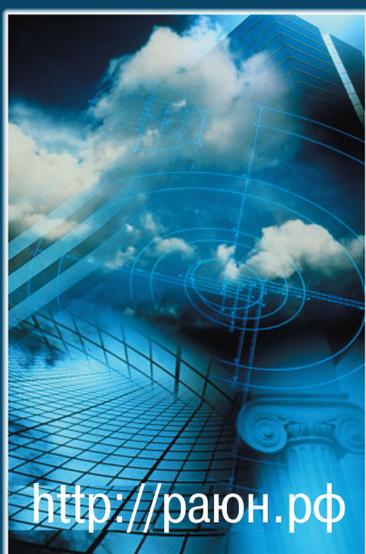


Российская академия
юридических наук

НАУЧНЫЕ ТРУДЫ

20



2020

РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ
ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК

**НАУЧНЫЕ
ТРУДЫ**

Выпуск 20

МОСКВА
2020

УДК 34
ББК 67я431
Н 34

Н 34 Научные труды. Российская академия юридических наук. Выпуск 20. — М. : ООО «Издательство «Юрист», 2020. — 333 с.

Редакционная коллегия:

Блажеев В.В., Бублик В.А., Голиченков А.К., Капустин А.Я., Кропачев Н.М., Перевалов В.Д., Суханов Е.А., Шахрай С.М., Шерстобитов А.Е., Ястребов О.А.

Ответственный редактор:

Гриб В.В.

В сборнике представлены труды членов Российской академии юридических наук (РАЮН) и материалы XX Международной научно-практической конференции «Права и обязанности гражданина и публичной власти: поиск баланса интересов», организованной Юридическим факультетом Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, Российской академией юридических наук, Московским государственным юридическим университетом имени О.Е. Кутафина, Московским отделением Ассоциации юристов России, при участии органов законодательной, исполнительной и судебной власти, общественных объединений юристов, юридических вузов и научных учреждений права, которая состоялась в Москве 26–29 ноября 2019 года.

Статьи публикуются в авторской редакции.

Сборник предназначен для преподавателей, научных сотрудников, аспирантов, студентов юридических вузов.

© Российская академия юридических наук, 2020
© ООО «Издательство «Юрист», 2020

ISBN 978-5-91835-386-8

Уважаемые коллеги!

Российская академия юридических наук представляет очередное издание ежегодных научных трудов. Тысячи преподавателей, аспирантов, юристов-практиков опубликовали свои статьи за прошедшие годы в научном ежегоднике. Академия предоставляет возможность проявить себя молодым ученым из всех регионов России и стран СНГ. В этом году сборник издается на базе материалов XX Международной научно-практической конференции «Права и обязанности гражданина и публичной власти: поиск баланса интересов», состоявшейся 26 ноября — 29 ноября 2019 г. в Москве. Конференция была организована Юридическим факультетом Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, Российской академией юридических наук, Московским государственным юридическим университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Московским отделением Ассоциации юристов России при участии органов законодательной, исполнительной и судебной власти, общественных объединений юристов, юридических вузов и научных учреждений права.

Российская академия юридических наук сотрудничает не только с юридическими вузами, научными организациями, но и с институтами гражданского общества, консолидируя юридическую науку и общественность в деле построения правового государства.

Одним из итогов такого сотрудничества являются «Научные труды», которые будут и дальше помогать нашим коллегам в их профессиональной, научной и общественной деятельности.

Голиченков А.К.,
сопредседатель Ученого совета РАЮН,
декан Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
член-корреспондент Российской академии образования,
заслуженный деятель науки Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор

Гриб В.В.,
председатель Исполкома РАЮН,
заведующий кафедрой правовых основ управления
МГИМО МИД РФ,
член-корреспондент Российской академии образования,
заслуженный юрист Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА. ИСТОРИЯ ПРАВОВЫХ И ПОЛИТИЧЕСКИХ УЧЕНИЙ

Ишков А.Ю.

Развитие институтов
предварительного расследования
во Франции конца XVIII —
начала XIX веков9

Осипов М.Ю.

Юридическая ответственность
органов государственной
власти за нарушение прав
граждан как фактор повышения
эффективности взаимодействия
публичной власти с населением... 11

Павлов В.И.

Взаимодействие человека
и государства в контексте
проблемы свободы..... 16

Пономарев М.В.

Ценностные императивы
и «правовая архитектура»
субсидиарной модели
социального партнерства.....21

Попова В.В.

Влияние участия в Союзе
писателей на правовой статус
советского автора в середине
1930-х годов.....27

Сергеева Т.Н.

Права и обязанности гражданина
и публичной власти баланс
интересов в правовых ценностях.. 32

КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Денисов С.А.

Концепция основ
конституционного
избирательного права35

Кротов А.В.

Рождение подотрасли права
частной жизни в системе
конституционного права как
результат эволюционирования
субстанциональных основ
правового государства.....41

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО. ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Колмыков И.П.

Охраняемая законом тайна
и принцип состязательности
в административном
судопроизводстве: конфликт
или взаимодействие?.....46

Леонов Д.В.

Квазисудебное обжалование
административных актов
как способ защиты
субъективных прав в сфере
государственного
управления.....51

Маслов К.В.

Осмысление проблем
безопасности
в дореволюционной
финансово-правовой науке56

Нагорных Р.В.

Трансформация предмета
административного права
в условиях становления
административного
конституционализма
в современной России61

Шелкунов А.Д.

Принцип нейтральности налога
на добавленную стоимость
как принцип налогового
права 67

Ядрихинский С.А.

Правовое регулирование
компенсационно-
восстановительных налоговых
отношений: актуальные
проблемы баланса частных
и публичных интересов.....72

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Амиров А.Т.

Шариат в современном
мире.....78

**ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.
СЕМЕЙНОЕ ПРАВО**

Адельшин Р.Н.

Баланс интересов публичного
и частного характера
в стохастических
обязательствах с производным
элементом84

Емелина Л.А.

Повышение финансовой
грамотности как способ
реализации права детей
на образование в условиях
цифровой экономики90

Ковалева О.А.

Перспективы развития
социально направленной
государственной жилищной
политики РФ.....95

Мотлохова Е.А.

Защита прав на недвижимость
путем иска об установлении
границ..... 101

Мусаев Р.М.

Особенность совместного
завещания по ГК РФ 108

Пушкина А.В.

Развитие законодательства
о факторинге в РФ..... 111

Родионова О.М.

К вопросу о соотношении
интересов граждан
и публичной власти:
цивилистический
аспект 119

Степин М.Г.

Природа договора лизинга..... 124

Ульянова М.В.

Критерии осуществления
семейных прав ребенка..... 129

Ускова М.С.

Правоотношение
по страхованию урожая
сельскохозяйственных
культур, осуществляемому
с государственной
поддержкой: баланс
частных и публичных
интересов 135

Фролов А.И.

Функционалистский тип
правопонимания как условие
достижения баланса частных
и публичных интересов..... 140

Ходырева Е.А.

Влияние частного
интереса на приобретение
выморочного имущества 144

**ГРАЖДАНСКИЙ
И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС**

Аргунов В.В.

Теория «сервисного
государства» и ее влияние
на гражданский процесс 151

Нахова Е.А.

Особенности структуры нормы материального права как фактор, влияющий на определение предмета доказывания по делу 156

Таирова А.Т.

Баланс интересов законного представителя и несовершеннолетнего в гражданском процессе 161

Толмачева Е.Н.

Доверие человека к судебной системе и судье как обеспечение защиты его интересов 166

ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО

Докукина И.А.

Совершенствование законодательства в области лицензионного программного обеспечения 168

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Кодиров Ш.Б.

Правомерно ли шутить над известным товарным знаком? 174

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО

Варламова А.Н.

Принцип свободы договора и антимонопольные запреты: защита публичного или частного интереса? 180

Еремин В.В.

Проблемы исполнения арбитражных решений в отношении споров, «обремененных» публичным элементом в Российской Федерации..... 185

Сухоруков А.С.

Конституционно-правовое регулирование конкуренции в современных условиях 198

ТРУДОВОЕ ПРАВО. ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Демидов Н.В.

Преимущество публично-правовых начал в отрасли трудового права России 204

Еникеев О.А.

Конституционно-правовые основы регулирования гражданско-правовых договоров в медицине..... 208

Карданова И.В.

Проблема реализации прав граждан на пенсионное обеспечение 213

Рогов И.В.

Минимальный размер оплаты труда: баланс интересов сторон трудовых отношений... 219

ПРИРОДНОРЕСУРСНОЕ ПРАВО. ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

Волконитин А.С.

Основание возникновения прав на ранее учтенные земельные участки: столкновение частных и публичных интересов..... 224

Харьков В.Н.

Правовое регулирование рационального использования и охраны земель и других природных ресурсов как сфера обеспечения публичных интересов 230

**УГОЛОВНОЕ ПРАВО.
КРИМИНОЛОГИЯ.
УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО**

Абакшина Н.А.

Совершенствование уголовно-правового регулирования в вопросах уголовной ответственности несовершеннолетних в историческом контексте защиты прав и свобод человека и гражданина Российской Федерации..... 236

Анисимов А.Г.

Противодействие преступности в «лесной» сфере как обязанность публичной власти (на примере Иркутской области) 241

Бухалов В.И.

О конституционном принципе «не дважды за одно и то же» ... 247

Зенцова В.М.

Провокационно-подстрекательская деятельность сотрудников правоохранительных органов на примере ст. 290 УК РФ 252

Клочкова А.В.

Деструктивное воздействие насилия и жестокости на сознание молодежи в сфере культуры..... 257

Матвеева А.А.

Семейное насилие в странах СНГ: особенности противодействия и перспективы 264

Решняк М.Г.

Уголовная ответственность за незаконный оборот специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации: проблемы и пути совершенствования 270

Романова Ю.В.

Соблюдение принципа верховенства закона при ограничении прав и свобод граждан в уголовном праве 277

Серебренникова А.В.

Поиск баланса интересов государства и личности в вопросе ограничения тайны переписки, почтовой и телекоммуникационной тайны в ФРГ 281

**УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС.
ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР**

Петрякова А.В.

Правосудие как инструмент гармонизации интересов государства и гражданина..... 284

Победкин А.В.

Право граждан на участие в отправлении правосудия или право решать судьбу сограждан? 288

Чекулаев Д.П.

Гражданский иск в уголовном процессе. Должен ли учитываться при его рассмотрении вопрос компетенции судов?..... 293

СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА. КРИМИНАЛИСТИКА. ОПЕРАТИВНО- РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Григорьев В.Н.

О тревожных тенденциях
в доказывании фактических
обстоятельств вмененного
деяния..... 302

Крупник А.В.

О проблеме оценки суицидального
контента в сети Интернет..... 306

Петраш И.П.

«Адвокатское расследование:
Quis? Quid? Ubi? Quibus auxiliis?
Cur? Quomodo? Quando?»..... 311

Ткачев А.В.

Криминалистические
аспекты адвокатского
расследования316

Центров Е.Е.

О признании обвиняемым
своей вины..... 321

АДВОКАТСКАЯ ПРАКТИКА

Хвенько Т.И.

Проблемы реализации прав
адвокатов при работе
с подзащитными,
находящимися в учреждениях
ФСИН..... 328

Развитие институтов предварительного расследования во Франции конца XVIII – начала XIX веков

Реформирование предварительного расследования во Франции началось уже на первом этапе революции. Уже 9 октября 1789 г. Учредительное собрание принимает Декрет об изменениях в уголовном процессе¹, в котором устанавливает ряд новых принципов построения уголовного процесса.

Декрет признал необходимость полного реформирования уголовного процесса и судостроительства во Франции и содержал в себе такие принципиальные нововведения:

1. Установлено право обвиняемого иметь защитника.

2. Срок доставки обвиняемого к судье был ограничен 24 часами после ареста.

3. Введено право на ознакомление обвиняемого и его защитника с делом.

Наиболее детальным уголовно-процессуальным законом Учредительного собрания был Декрет о полиции безопасности, уголовном процессе и учреждении суда присяжных от 16 сентября 1791 г.² Была детально прописана процедура рассмотрения уголовных дел: заявление о преступлении направлялось мировому судье, который, наряду с полицейскими чиновниками, имел право проводить предварительное расследование. Если мировой судья признавал заявление обоснованным, он отправлял его на уровень дистрикта к обвинительному жюри. Обвинительное жюри — это орган, состоявший из восьми присяжных и директора жюри, который был профессиональным судьей и председательствовал в заседаниях жюри, руководил его работой. Обвинительное жюри принимало решение о направлении дела в суд для рассмотрения по существу (т.е. осуществляло предание суду). В случае принятия решения жюри о предании обвиняемого суду дело направлялось в уголовный трибунал, где решение принималось окончательно одним профессиональным судьей и 12 присяжными.

Кодекс 1808 г. структурно и концептуально разделяет регулируемый уголовный процесс на две стадии: первая стадия называется судебной полицией и, по сути, является предварительным расследованием, вторую стадию составляет судебное разбирательство, в которое включаются все виды обжалования приговоров. Однако теоретики-процессуалисты выделяют также стадии возбуждения уголовного дела и исполнения приговора. В действительности нормы о возбуждении уголовного дела (возбуждении «публичного иска», если использовать французскую терминологию) содержатся в предварительных положениях кодекса, а нормы об исполнении приговора — в книге,

посвященной судебному разбирательству³. В этом наблюдается недостаток юридической техники, который не позволяет четко выделить стадии уголовного процесса по Кодексу 1808 г.

Ишков А.Ю.,
аспирант кафедры истории государства и права
Юридического факультета Московского государственного
университета имени М.В. Ломоносова
(г. Москва)

-
- ¹ Декрет об изменениях в уголовном процессе 8-9 октября 1789 г. // Великая французская революция: Документы и исследования. Т. 1. М.: Изд-во МГУ, 1990. С. 84–87.
- ² Le Décret de la police de surete // Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglements, et avis du Conseil d'Etat / J.B. Duvergier. V. 3. Paris, 1824. P. 331–348.
- ³ Code d'instruction criminelle // Bulletin des lois de la République française. 4 série. V. 9. Contenant les Lois rendues pendant le deuxième Semestre de l'année 1808. No. 214 bis. Paris, Imprimerie nationale des lois. 1809. P. 213–403.

Юридическая ответственность органов государственной власти за нарушение прав граждан как фактор повышения эффективности взаимодействия публичной власти с населением

Одной из актуальных проблем, стоящих перед современной российской правовой системой, является проблема повышения эффективности взаимодействия публичной власти с населением. Об этой проблеме написано немало работ¹. Однако правовые аспекты эффективности взаимодействия органов публичной власти с населением, к сожалению, в литературе не получили достаточного освещения и надлежащего теоретико-правового обоснования. Постараемся в данной работе восполнить данный пробел.

Необходимо отметить, что эффективность любого правового явления, а взаимодействие между органами публичной власти и населением есть исключительно правовое явление, поскольку оно должно осуществляться в рамках правоотношений между органами государственной власти и гражданами (физическими лицами) как субъектами права, определяется в юридической науке неоднозначно. Наиболее распространенной точкой зрения на проблему эффективности тех или иных правовых явлений является следующая: «Эффективность — это соотношение между целями данного правового явления и результатом действия данного правового явления»². Однако подобная точка зрения не позволяет учесть тот факт, что правовое явление является составной частью правовой системы, активно взаимодействует с другими социальными явлениями; изменяется с течением времени. Все вышеизложенное затрудняет понимание эффективности как соотношения между целями данного правового явления и результатом его действия³. Возникает необходимость пересмотра традиционного понятия «эффективность действия норм права», «эффективность правового регулирования», «эффективность реализации права», «эффективность правоприменения». Иными словами, возникает необходимость выработки отечественной юридической наукой иных критериев эффективности тех или иных правовых явлений, нежели чем простое соотношение цель — результат⁴. Каким же образом необходимо выработать иные критерии эффективности тех или иных правовых явлений.

Для ответа на данный вопрос необходимо исследовать то или иное явление не с позиции: цель — результат, а с несколько иной позиции, которая предполагает: а) раскрытие смысла и назначения того или иного правового явления в правовой системе общества; б) анализ функций данного правового явления в правовой системе; в) оценка значимости данных функций для общества

в целом, для субъектов права; г) выявления последствий взаимодействия данного правового явления с иными правовыми явлениями, образующими правовую систему; д) оценка значимости последствий взаимодействия данного правового явления, с иными правовыми явлениями, образующими правовую систему; е) качественно-количественная оценка последствий взаимодействия данного правового явления с иными правовыми явлениями, образующими правовую систему; ж) выявление и оценка возможных ошибок и неточностей при конструировании и осуществлении того или иного правового явления; з) учет ошибок, допущенных при конструировании и осуществлении того или иного правового явления; и) составление многомерных шкал эффективности действующих правовых явлений; к) осуществление хронологического мониторинга динамических элементов правовой системы, к которым относятся: правовое регулирование, правотворчество, правореализация, правоприменение⁵; л) учет всех независимых от сознания человека факторов, влияющих на содержание динамических элементов правовой системы: на правовое регулирование, правотворчество, реализацию права, правоприменение.

Если исходить из указанных методологических постулатов применительно к оценке взаимодействия органов публичной власти и населения, то можно выявить следующие закономерности, связанные с определением эффективности взаимодействия органов публичной власти и населения:

1. Эффективность взаимодействия органов публичной власти и населения во многом зависит от степени совпадения целей органов публичной власти и населения, чем выше степень расхождения целей органов публичной власти и населения, тем ниже эффективность такого взаимодействия.

2. Эффективность взаимодействия органов публичной власти и населения во многом зависит от степени совпадения интересов органов публичной власти и населения, чем выше степень расхождения интересов органов публичной власти и населения, тем ниже эффективность такого взаимодействия.

3. Эффективность взаимодействия органов публичной власти и населения во многом зависит от степени развития коммуникативной компетентности представителей органов государственной власти. При этом под коммуникативной компетентностью понимается «уровень владения знаниями и умениями организации эффективного взаимодействия, опирающийся на потребности и ценности участников процесса взаимодействия и обеспечивающий его качество»⁶. Применительно к взаимодействию органов государственной власти и населения коммуникативная компетентность представителей органов государственной власти может быть определена как способность представителей органов государственной власти слушать и слышать свое население, понимать его нужды и потребности, объяснять на понятном населению языке смысл и значение принимаемых властных решений, нередко воплощаемых в действующие нормы права. Чем выше уровень развития коммуникативной компетенции представителей органов государственной власти, чем выше

уровень эффективности взаимодействия органов государственной власти и населения.

4. Наконец, одним из важнейших факторов, способствующих повышению эффективности взаимодействия органов публичной власти и населения, является наличие института юридической ответственности органов государственной власти за нарушение прав и свобод граждан.

Необходимость развития такого института обусловлена следующими причинами. Во-первых, одним из принципов правового регулирования, в том числе отношений между органами публичной власти и населением, является принцип справедливости. Как отмечает Г.В. Мальцев, «принцип справедливости отражает мировую гармонию в природе. В его основе лежит положение об эквиваленте действия и противодействия, труда и вознаграждения за труд, преступления и наказания, подвига и награды»⁷. Применительно к праву принцип справедливости выражается формулой: субъективное право + юридическая гарантия = юридическая обязанность + юридическая ответственность. Данная формула устанавливает эквивалент между субъективными правами и юридическими гарантиями, с одной стороны, и юридическими обязанностями и юридической ответственностью, с другой стороны⁸. Из данной формулы вытекают следующие положения. Во-первых, эквивалентность (взаимообусловленность) субъективных прав и юридических обязанностей. Во-вторых, соответствие юридической ответственности тяжести совершенного правонарушения. В-третьих, юридическую ответственность за противоправные действия, совершенные в ходе взаимодействия с органами государственной власти, граждане несут за публичное оскорбление представителя власти (ст. 319 Уголовного кодекса Российской Федерации, далее — УК РФ), за клевету в отношении судьи, присяжного заседателя, прокурора, следователя, лица, производящего дознание, судебного пристава (ст. 298.1 УК РФ). В то же самое время в УК РФ отсутствует какая-либо статья, устанавливающая уголовную ответственность за оскорбление представителем власти гражданина, что, по нашему мнению, является явным признаком дисбаланса интересов публичной власти и граждан. Если же мы проанализируем внимательно ст. 303 УК РФ «Фальсификация доказательств и результатов оперативно-разыскной деятельности», то увидим, что состав по ч. 1 ст. 303 УК РФ сформулирован следующим образом: «Фальсификация доказательств по гражданскому, административному делу лицом, участвующим в деле, или его представителем, а равно фальсификация доказательств по делу об административном правонарушении участником производства по делу об административном правонарушении или его представителем, **а равно фальсификация доказательств должностным лицом, уполномоченным рассматривать дела об административных правонарушениях, либо должностным лицом, уполномоченным составлять протоколы об административных правонарушениях**»⁹. Между тем общественная опасность противоправного деяния, совершенная должностным лицом, намного выше общественной опасности деяния, совершенного

обычным гражданином, ибо противоправное деяние, совершенное должностным лицом, посягает не только на права и законные интересы граждан, но и подрывает авторитет публичной власти и поэтому должно наказываться строже.

Полагаем также ввести институт имущественной юридической ответственности органов государственной власти за нарушение прав и свобод человека и гражданина. Согласно ст. 1069 ГК РФ «вред, причиненный гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления либо должностных лиц этих органов, в том числе в результате издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта государственного органа или органа местного самоуправления, подлежит возмещению. Вред возмещается за счет соответственно казны Российской Федерации, казны субъекта Российской Федерации или казны муниципального образования»¹⁰. Между тем смысл юридической ответственности состоит в том, что она представляет собой осуществляемое в установленном законом порядке при обеспечении лицу, подозреваемому или обвиняемому в совершении правонарушения права на защиту на основе принципа состязательности и равноправия сторон, возложение на лицо, совершившее правонарушение, определенных санкций личного, имущественного или организационного характера, которые предусмотрены нормами права за данный вид правонарушения. Поскольку правонарушителем в данном случае выступает орган государственной власти или должностное лицо, то по логике вещей оно должно самостоятельно нести имущественную ответственность за вред, причиненный гражданину, и только в случае недостаточности его имущества субсидиарная ответственность может быть возложена на казну. По нашему мнению, в этом случае юридическая ответственность будет выступать в качестве сдерживающего фактора от нарушений прав и свобод человека и гражданина и тем самым будет способствовать повышению эффективности взаимодействия публичной власти с населением.

Осипов М.Ю.,

старший научный сотрудник,

доцент кафедры государственно-правовых дисциплин

Института законовещения и управления

Всероссийской полицейской ассоциации,

кандидат юридических наук

(г. Тула)

Литература

1. Алексеев С.С. Теория права / С.С. Алексеев. 2-е изд., стер. Харьков : Бек, 1993.
2. Гаврилов О.А. Математические методы и модели в социально-правовом исследовании / О.А. Гаврилов ; ответственный редактор Г.Г. Зуйков. Москва : Наука, 1980.
3. Джагарян А.А. Муниципально-частное партнерство в решении социально-экономических задач местного самоуправления: конституционные проблемы институционализации / А.А. Джагарян // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5(84).

4. Курилова О.О. Коммуникативная компетентность преподавателя медицинского вуза как основа для формирования профессиональной компетентности студентов / О.О. Курилова, Н.Г. Денисова // Региональный вестник. 2019. № 3(18).
5. Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право / Г.В. Мальцев. Москва : Мысль, 1977.
6. Овсянникова Е.К. Коммуникативная компетентность преподавателя высшей школы как фактор эффективности учебно-воспитательного процесса / Е.К. Овсянникова, В.М. Марухно // Международный журнал экспериментального образования. 2015. № 4.
7. Пилипчук Н.В. К вопросу о публичной оценке эффективности управления органов государственной власти / Н.В. Пилипчук // Транспортное дело России. 2016. № 3.
8. Родионова Е.В. Об обеспечении эффективности взаимодействия публичной власти с населением на муниципальном уровне / Е.В. Родионова // Проблемы российского законодательства: история и современность : материалы X Международной научно-практической конференции (г. Тольятти, 21–22 февраля 2013 г.) : сборник научных статей / ответственный редактор Р.В. Закомолдин. Самара : Изд-во Самарской гуманитарной академии, 2013.
9. Сырых В.М. Логические основания общей теории права. Элементарный состав / В.М. Сырых. Москва : Юстиформцентр, 2003.
10. Эффективность правовых норм / В.В. Глазырин, В.Н. Кудрявцев, В.И. Никитинский, И.С. Самощенко. Москва : Юридическая литература, 1980.

¹ Джагарин А.А. Муниципально-частное партнерство в решении социально-экономических задач местного самоуправления: конституционные проблемы институционализации // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5(84). С. 71–85; Пилипчук Н.В. К вопросу о публичной оценке эффективности управления органов государственной власти // Транспортное дело России. 2016. № 3. С. 125–126; Родионова Е.В. Об обеспечении эффективности взаимодействия публичной власти с населением на муниципальном уровне // Проблемы российского законодательства: история и современность : материалы X Международной научно-практической конференции / филиал НОУ ВПО «СаГА» в г. Тольятти ; отв. ред. Р.В. Закомолдин. 2013. С. 144–147.

² Сырых В.М. Логические основания общей теории государства и права : в 3-х т. Т. 2. М., 2004. С. 265; Кудрявцев В.И., Самощенко И.С., Никитинский В.Н. и др. Эффективность правовых норм. М., 1980. С. 36–37; Лапаева В.В. Эффективность действия права. Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсисянца. М. : Норма, 2004. С. 499 ; Гаврилов О.А. Математические методы и модели в социально-правовом исследовании. М., 1984; Спектор Е.И. Проблемы реализации закона о государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр. Да здравствует подполье? // Адвокат. 2007. № 2.

³ Спектор Е.И. Указ. соч.

⁴ Сырых В.М. Указ. соч. Т. 2. С. 265; Кудрявцев В.И., Самощенко И.С., Никитинский В.Н. и др. Указ. соч. С. 36–37; Лапаева В.В. Указ. соч. С. 499.

⁵ Алексеев С.С. Теория права. 2-е изд., стер. Харьков : Бек, 1994. 224 с.

⁶ Овсянникова Е.К., Марухно В.М. Коммуникативная компетентность преподавателя высшей школы как фактор эффективности учебно-воспитательного процесса // Международный журнал экспериментального образования. 2015. № 4. С. 186–187; Курилова О.О., Денисова Н.Г. Коммуникативная компетентность преподавателя медицинского вуза как основа для формирования профессиональной компетентности студентов // Региональный вестник. 2019. № 3 (18).

⁷ Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право. М., 1974. С. 77.

⁸ Когда говорится об эквиваленте между субъективными правами и юридическими обязанностями, то подразумевается, что субъективное право предполагает существование юридической обязанности, а существование юридической обязанности предполагает существование субъективного права.

⁹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 02.08.2019). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/ (дата обращения: 20.09.2019)

¹⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 29.07.2018, с изм. от 03.07.2019) (с изм. и доп., вступ. в силу с 30.12.2018). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_9027/2a21c91b31203c3e3c0c092aca5109f2a5008b7d/ (дата обращения: 20.09.2019).

Взаимодействие человека и государства в контексте проблемы свободы

Одним из самых важных вопросов общетеоретической юриспруденции является вопрос правогенеза, который практически всегда связывается с государством и его местом в правоустановлении. Ни одна общетеоретическая концепция не может игнорировать значимость государства в осуществлении права, хотя целый ряд правовых теорий не признает государство в качестве правоустанавливающей инстанции. Например, в либертарно-юридической концепции В.С. Нерсеянца государство рассматривается как производное от права явление, не имеющее своей собственной сущности, отличной от сущности права, хотя при этом предполагается, что «правовой закон», формальное равенство всегда обеспечивается принудительной силой государства. Государство, собственно, и есть форма выражения формального равенства¹. Следовательно, в случае нарушения принципа формального равенства государством оно превращается в аппарат насилия.

Иную точку зрения в отношении государства в процессе правогенеза занимал другой крупный теоретик права — Л.С. Мамут, который, как нам кажется, пытался уйти от новоевропейской либерально ориентированной тенденции «подозрения государства» в связывании свободы и нащупывал в понимании государства солидаристские мотивы и форму институционального выражения жизни социума².

Большинство современных политико-правовых концепций, которые относятся к пост- или неклассическим правовым концепциям (коммуникативная теория права, герменевтическая концепция права, диалогическая теория права и др.), также уходит от легистско-этикетского понимания государства в вопросе правогенеза и ставит его «под подозрение», однако уже не в качестве средства ограничения свободы, а в качестве выражения техник подчинения, или «микрофизики власти». В работах М. Фуко, например, это подозрение распространяется не только и даже не столько на государство, сколько на современные общество и культуру в целом³. Интересно отметить при этом, что господство «скрытых дискурсов» власти общества и государства возникает не благодаря доминированию государства, а благодаря историческому вытеснению и подавлению традиционного государства со стороны либеральной идеологии, которая трансформирует государство и превращает его в средство распространения и навязывания либерального мировоззрения и техник власти современной культуры. При этом власть в постклассических политико-правовых концепциях в основном рассматривается не столько как прямая сила со стороны государства, а как имплицитное воздействие на человека, его личность «микрофизики власти» — разнообразных техник и процедур, структурирующих возможное поле действия субъектов. Примером действия «микро-

физики власти» являются господствующие в современном обществе техники потребления, стимулируемые брэндингом и маркетингом, процедуры контроля, учета, регистрации, в том числе с использованием техники, которые структурно задают достаточно широкий круг социальных отношений, своего рода невидимо подчиняя себе поведение человека.

Каким образом можно определить значение современного государства в установлении начал правовой жизни? Современное государство, по крайней мере если говорить о восточнославянском мире, — о Беларуси, России, о некоторых азиатских странах (Китай, Казахстан) — пока еще сохраняет свою традиционную форму суверенной организации осуществления власти. Тем не менее глобальные тенденции общественной самоорганизации, государственно-властного раскрепощения, повсеместного усиления частноправовых начал и, следовательно, постепенного вытеснения государства из процесса правоустановления сегодня оказывают влияние и на традиционные государства. Об этом свидетельствует актуальность в современном социальном дискурсе идей государственно-частного партнерства, широкого распространения медиативных и посреднических практик, создания правовых процедур самозанятости граждан и т.д. Можно сказать, что сфера «государственного права» сужается, государство постепенно вытесняется из общественного сознания как главный источник правоустановления, не в последнюю очередь в этом процессе играет и техника как объективный фактор развития социальной реальности. Интересно, однако, при этом отметить, что когда речь заходит об упречных ситуациях, совершении правонарушений, социальных конфликтах, различного рода катаклизмах в обществе и т.д., государство призывается обществом как главный субъект обязанности обеспечения права и субъект ответственности за поддержание личной и общественной безопасности.

Анализ исторического развития общества и государственности, рассмотрение процессов формирования различных правовых систем, прослеживание правогенеза у различных народов подтверждает тот факт, что исторически государство не является первым источником правового. В принципе и сегодня большинство стран, имеющих в основании своего политико-правового устройства новоевропейские правовые стандарты (учение о правовом государстве и правах человека, приоритете человека, его прав и свобод над обществом и государством), также исходят из положения о том, что государство не является правоустанавливающей инстанцией, а есть лишь легальное и легитимное средство выражения права. Вместе с тем в социальном сознании именно государство, а не народ или абстрактное понятие общества воспринимается в качестве правоустанавливающего авторитета.

Действительно, с точки зрения обычной юридической прагматики сложно отказать государству в праворегулирующем доминировании в рамках национальных правовых систем, даже несмотря на мощную современную тенденцию развития различных надгосударственных образований и господство либерального типа мышления. Данный факт признают практически все

современные правоведы несмотря на их принадлежность к различным правовым школам. Почти все общества живут сегодня в государственно организованной форме, а вот опыт разрушения государства, как мы видим сегодня на примере той же Сирии, Ирака, создает хаос и нарушение базовых принципов человеческого существования — возникает банальная «война всех против всех», рынки работорговли, массовые убийства и пр. Не случайно в свое время Г.Д. Гурвич отмечал, что именно в момент различного рода потрясений государственно организованной жизни, в периоды революций интуитивное позитивное право превалирует над правом формальным, однако затем снова устанавливается новое формальное право⁴. Но где гарантия того, что это новое право будет лучшим нежели прежнее? Печальные примеры подобных революций дает нам отечественная история в прошлом столетии, подобные же примеры имеются и сегодня.

С позиции антропологического подхода к праву обсуждение вопроса о правогагенезе в плане традиционной постановки вопроса о конкуренции государства и иных образований (общества, социальных союзов, личности и т.д.) должно быть дополнено вопросом о критериях праворегулирующей практики, в том числе и соответствующей деятельности государства: вопрос не «кто» является правоустанавливающим авторитетом, а «что» устанавливается, ведь не только государство, но и социальная группа, союз, общество, личность, априорный принцип и т.д. также могут стать источником неправового и несправедливого, искажающего элементарные базовые ценности права. Такое ценностно-правовое измерение проблемы правогагенеза нередко упускается из вида исследователями, которые основной акцент делают на поиске правоустанавливающего авторитета. Хотя и этот вопрос является важнейшим для философии права, однако без аксиологического измерения он утрачивает свою значимость.

В рамках антропологического подхода к праву целесообразно сместить методологические ориентиры с рассмотрения традиционного новоевропейского подхода по оппонированию государству в борьбе за первенство в правогагенезе на поиск аксиологического критерия, который должен лежать в основе оценки правоустановления.

Антропология права, утверждающая принцип человекомерности права в качестве центрального для правовой системы⁵, соответственно, требует концентрации внимания на вопросе отражения в правоустановлении ценностей личности в праве, личного правового существования, причем ценностей не как априорных принципов, а как реально складывающихся и проявляющихся в правовой действительности практик правового существования. В самом общем виде практики правового существования выступают в антропологии права критерием и ориентиром для реально складывающегося правопорядка. В них и через них осуществляется воспроизводство личных и в то же время социокультурных ценностей. Практики правового существования, рассматриваемые в качестве правоустанавливающего критерия, должны способствовать цивилизационно-культурной идентичности, воспроизводству того

или иного общества, народа, страны, что, в свою очередь, связано с воспроизводством ценностей в личном правовом опыте. Достижение этого возможно за счет антропологической ориентации права на базе собственной культурно-исторической традиции, но не за счет одного лишь совершенствования фундаментализма права, т.е. развития положений новоевропейской конституционно-правовой доктрины, ориентированной на универсализирующую трансформацию национальной правовой системы с опорой на так называемые мировые стандарты. Этот последний путь сегодня является ошибочным, на что обратил внимание В.Д. Зорькин⁶.

Антропологизация права предполагает его особое человекомерное измерение, где, как и в новоевропейском правовом дискурсе, все усилия правового и государственного развития направлены, в конечном счете, на человека. Однако, в отличие от новоевропейской методологии, антропологическая концепция права рассматривает человека не абстрактно и не идеализированно, а в контексте его реальной деятельности с опорой на возможности формирования и удержания лицом личных правовых ценностей и их воспроизводства в правовой жизни. Методологическим критерием здесь может стать учение о личности, разрабатываемое в постклассической философской мысли о человеке и в традиционной византийской антропологии: сегодня во многом они сближаются, оказывая взаимное влияние и выступая реальной альтернативой того разрушающего воздействия, которое оказывают на национальные правовые порядки так называемые новые ценности в сфере прав человека (однополоые браки, их право на усыновление и удочерение, замена представления о традиционной семье, отцовстве, воспитании и т.д.).

Удержание человеком ценности, личной добродетели для самой по себе человеческой природы, как это предполагалось в новоевропейской (картезианской) модели человека, невозможно. Современная правовая действительность подтверждает ошибочность природно-субъектной антропологии эпохи Просвещения на примере распространившейся по всей Западной Европе правовой защиты явно антиантропологических по своему характеру, противоречащих самой человеческой природе юридических прав («соматические права человека»). Удержание ценности, добродетели, нравственно положенного возможно только через личностное усилие, личностное произволение в процессе практики существования, что и должно постоянно учитываться в процессе правоустановления.

Относительно государства в связи с этим следует сказать, что именно оно, более того, видимо, только оно и может осуществить закрепление и удержание нравственно оправданных практик личного правового существования посредством построения ценностной иерархии в источниках права. Вместе с тем для этого общество, как и само государство, должны исключить возможность злоупотребления — присвоения права определения этого критерия самой государственной властью без опоры на культурно-историческую традицию и социокультурные ценности. Это очень важный и тонкий момент, поскольку

государство, как бы мы его не социализировали, есть прежде всего институциональное образование, обладающее свойствами системы, по своим внутренним характеристикам объективно не различающее и нивелирующей личностное, человеческое.

В рамках государства антропологические критерии выявлены быть не могут из-за совершенно иной — институциональной природы государственной деятельности, что, однако, не означает чего-то самого по себе негативного. Это просто объективный факт любой институциональной формы, в этом заключена специфическая особенность государственной деятельности. Поэтому в антропологической концепции права не система и институты, а личность в праве является ориентиром правового. Парадоксально, но именно такой подход способствует эффективному функционированию государству в выполнении им своего социального назначения.

Павлов В.И.,

начальник кафедры теории и истории государства и права
Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь,
кандидат юридических наук, доцент
(Республика Беларусь, г. Минск)

Литература

1. Гурвич Г.Д. Идея социального права / Г.Д. Гурвич // Гурвич Г.Д. Философия и социология права : избранные сочинения / перевод М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. Санкт-Петербург : Изд. дом Санкт-Петербургского ун-та, 2004.
2. Зорькин В.Д. Суть права / В.Д. Зорькин // Вопросы философии. 2018. № 1.
3. Мамут Л.С. Социальное государство с точки зрения права / Л.С. Мамут // Государство и право. 2001. № 7.
4. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства / В.С. Нерсесянц. Москва : Инфра-М, 1999.
5. Павлов В.И. Проблемы теории государства и права : учебное пособие / В.И. Павлов. Минск : Академия МВД, 2017.
6. Фуко М. Рождение биополитики : курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1978–1979 учебном году / М. Фуко ; перевод с французского А.В. Дьяков. Санкт-Петербург : Наука, 2010.

¹ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М. : Инфра-М, 1999. С. 70–78.

² Мамут Л.С. Социальное государство с точки зрения права // Государство и право. 2001. № 7. С. 5–14.

³ См., например: Фуко М. Рождение биополитики. Курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1978–1979 учебном году : пер. с фр. А.В. Дьякова. СПб., 2010. 446 с.

⁴ Гурвич Г.Д. Идея социального права // Он же. Философия и социология права: Избр. соч. : пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. СПб. : Изд. дом С.-Петерб. ун-та, 2004. С. 171.

⁵ Павлов В.И. Проблемы теории государства и права : учебное пособие. Минск : Академия МВД, 2017. С. 36.

⁶ Зорькин В.Д. Суть права // Вопросы философии. 2018. № 1. URL: http://vphil.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=1851&Itemid=52 (дата обращения: 28.11.2019).

Ценностные императивы и «правовая архитектура» субсидиарной модели социального партнерства

Поиск оптимальной модели взаимодействия в системе отношений «человек — общество — государство» остается острой проблемой на протяжении уже не одного столетия. В начале XXI в. сложились вполне благоприятные условия для качественного рывка в этом направлении. Представление о приоритетной значимости защиты прав человека и необходимости удовлетворения потребностей в личностном развитии закрепилось и в общественном сознании, и в официальном политическом дискурсе. Решение такой задачи рассматривается в тесной взаимосвязи с реализацией принципов социальной солидарности и справедливости, всемерным укреплением конституционного правопорядка, в том числе совершенствованием институтов демократического, правового, социального государства, упрочением системы правосудия, повышением качества действий правоохранительных органов, а также консолидацией общества в борьбе с угрозами и рисками глобального мира. Важную роль в закреплении этого вектора развития играет система международного права. Соответствующие задачи составляют актуальную «повестку дня» практически для любого государства. На их решение направлена и деятельность разнообразных институтов гражданского общества, правозащитных организаций, экспертно-аналитического, научного, педагогического сообществ. И все же даже в такой ситуации проблема взаимоотношений человека и государства не утрачивает свою остроту. Она является рефреном дискуссий о «нечестных выборах», миграционных кризисах, межконфессиональных отношениях, правах меньшинств, «правильном понимании истории», языковой политике, реформах образования, цифровой экологии, национальной безопасности. Вся эта полемика, по сути, имеет общий знаменатель — в современном обществе существуют два ярко выраженных полюса в понимании самой основы социального взаимодействия.

Один из этих полюсов связан с представлением об априорной значимости естественного права человека «быть самим собой» и социальной эмансипации как процесса формирования самостоятельной личности, обладающей рациональным, критическим мышлением, открытой коммуникативной культурой, развитыми когнитивными способностями, склонностью к деятельности и состязательному образу жизни. Такая позиция очень часто ассоциируется с политическими установками либерализма, но в современных условиях она в гораздо большей степени сопряжена со спецификой постиндустриальной модели развития — мультикультурной открытостью и инновационной изменчивостью жизненного пространства современного человека, процессами цифровизации, вышедшими далеко за рамки технологических новаций и формирующих принципиально новую когнитивную и коммуникативную

культуру, развитием сетевых форм социального взаимодействия, основанных на репрезентации, широким распространением «постматериалистической мотивации» и игровых социальных практик. Наглядным отражением этой «постсовременной» реальности является развитие «новой экономики», связанной с феноменом «человеческого капитала», разнообразные проявления «сетевой демократии», разительно меняющиеся электоральные процессы и формы гражданского активизма, распространение парадигмы «открытого образования» с присущими ей принципами компетентностного обучения, резкий рост социальной мобильности в самых разнообразных ее формах¹. Ассоциация же с либеральным политическим дискурсом возникает здесь в силу признания того факта, что динамичная изменчивость «постсовременного» общества неизбежно порождает мультикультурную множественность и ценностный релятивизм, а, следовательно, предполагает абсолютный приоритет договорных основ социального взаимодействия.

Альтернативный взгляд на «постсовременную» реальность во многом является результатом ее отторжения. Он сопряжен с социал-консервативным политическим дискурсом и умонастроениями «консервативного большинства», остро переживающего «футуршок» — издержки инновационной изменчивости различных социальных практик и структур повседневности, деформацию ценностного пространства, конфликт коммуникативных и поведенческих моделей, сформированных в русле разных культурных традиций, многочисленные проявления реальных и вымышленных рисков и угроз глобального мира. В этих условиях востребованной становится органическая модель социального взаимодействия, которая способна заменить фобии «постсовременной» эпохи на позитивный ценностный императив национальной идентичности и социальной солидарности: «Духовное единство народа и объединяющие моральные ценности — это такой же важный фактор развития, как политическая и экономическая стабильность. Общество лишь тогда способно ставить и решать масштабные национальные задачи, когда у него есть общая система нравственных ориентиров, когда в стране хранят уважение к родному языку, самобытной культуре, памяти своих предков, каждой странице отечественной истории»². Значимость такой позиции убедительно подтверждается электоральной динамикой последних полутора десятилетий и утверждением социал-консервативного политического дискурса на огромном пространстве от США до КНР³. Однако логика органического мышления явно диссонирует с парадигмой мультикультурного общества с характерными для нее ценностным релятивизмом и высокой степенью социальной самодостаточности человека. Это особенно явно проявляется в плоскости решения конкретных общественных проблем, требующего законодательного оформления. Острота дискуссий о регулировании практики аборт, легализации однополых браков, запретах публичной демонстрации конфессиональной принадлежности, регламентации распространения информации в Интернете и возможностей доступа к ней, квотировании миграционных потоков нагляд-

но показывает, что синтез договорной и органической моделей социального взаимодействия чрезвычайно затруднен. Его основой могла бы стать «смешанная» конституционная модель, где институты демократии обеспечивают баланс между верховенством права и законодательной активностью социального государства — этот вектор развития конституционного права является доминирующим еще с середины XX в. Однако, в отличие от эпохи холодной войны, идея демократии в современном мире уже не имеет ярко выраженного ценностного звучания. Формирование же новой аксиологической доктрины, наполняющей институциональный баланс конституционной государственности ценностным содержанием, оказывается весьма сложной проблемой. Ярким свидетельством служит дискуссия вокруг сравнительно недавней конституционной реформы в Венгрии⁴. Не менее наглядный пример — дискуссия о конституционной идентичности, инициированная Председателем Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькиным⁵.

На фоне этих процессов особого внимания заслуживает субсидиарная модель социального взаимодействия, которая изначально осмысливалась в категориях «третьего пути» и разрабатывалась не только в контексте институциональных решений, но и на основе оригинальной ценностной системы. По своему происхождению принцип субсидиарности (от лат. *subsidium* — помощь, поддержка) связан с обновлением социального учения католической церкви, пытавшейся предложить особую стратегию общественного развития, защищающую человека от разрушительного влияния буржуазного представления о свободе как вседозволенности, иллюзорных «духовных ценностей» тоталитарных идеологий, классового эгоизма, потребительской инфантильности. В основе принципа субсидиарности лежит презумпция свободного выбора в сочетании с социальной ответственностью за этот выбор. Папа Пий XI в энциклике «*Quadragesimo anno*» (1931) характеризовал такой подход очень лапидарно: «Нельзя отнимать у частных лиц те полномочия, с которыми они способны справляться по своей инициативе и за счет собственных средств, и передавать их какому-либо сообществу»⁶. Но за этой нарочито упрощенной формулировкой стоит особая мировоззренческая и ценностная система, доказывающая не индивидуалистический, а органический характер подлинной человеческой свободы. Подразумевается, что «созданный по подобию Божьему» (подобию Творца) человек уже по своей природе обладает безусловным правом совершать разумный и свободный выбор, творчески преобразовывая себя и свой мир. Но реализуя это естественное право на свободу, человек не может противопоставлять свои интересы обществу, поскольку речь идет не просто об удовлетворении тех или иных потребностей, а о свободном действии как продолжении Творения этого мира. С другой стороны, творческая социальная активность не должна выхолащиваться любыми формами коллективизма — суть свободного действия заключается прежде всего в достижении и раскрытии личности человека, а не в гонке за идеологическими химерами или повышением уровня материального

благополучия. Таким образом, *обучение свободе через ответственное социальное действие* является ключевым средством обретения «человеческого», и подлинная свобода не может быть реализована в рамках индивидуальной жизненной траектории и обеспечена лишь формальностью договорных отношений. Именно такая свобода помогает раскрыть персональность человека и обрести личностное *достоинство* — неразрывную и осознанную взаимосвязь свободы, права и ответственности⁷. Со стороны общества требуется не только безусловное уважение достоинства человека, но и интенсивное взаимодействие, наполняющее свободные поступки социально значимым смыслом, снимающее видимое противоречие между правами и обязанностями и превращающее их во взаимосвязанные элементы социально ответственного свободного действия.

Таким образом, реализация принципа субсидиарности требует от человека и общества развития особой коммуникативной культуры, сочетающей толерантность и солидарность — необходима готовность *соразмерять* свободные действия, а не *ограничивать* их или *разрешать*. Не менее важно создать и институциональные условия для субсидиарной модели социального партнерства. В «Компендиуме социального учения [Католической] Церкви» перечисляются характерные примеры такой практики: «Соблюдение и эффективное утверждение примата личности и семьи; более высокая оценка компетентности промежуточных ассоциаций и организаций в совершении собственного фундаментального выбора; поощрение частной инициативы, осуществляемое таким образом, чтобы каждый социальный организм, с присущими ему особенностями, служил общему благу; плюрализм в обществе и система представительства, охватывающая все его жизненные силы; защита прав человека и прав меньшинств; децентрализация бюрократического и административного аппарата; равновесие между общественной и частной сферами, с вытекающим отсюда признанием социальной функции за частной сферой»⁸. На практике принцип субсидиарности реализуется прежде всего как модель гибкого распределения компетенции между субъектами, находящимися на разных уровнях властной иерархии (примером является ст. 5 Договора о Европейском Союзе: «Если и поскольку цели предполагаемого действия в силу масштабов и предполагаемых результатов не могут быть достигнуты в достаточной мере государствами-членами, то они могут быть более успешно достигнуты Сообществом»⁹). Но, по сути, модель субсидиарных отношений применима в любых сферах общественных отношений. Так, ст. 6 Основного закона ФРГ распространяет ее на уход за детьми и их воспитание, что объявлено «естественным правом родителей», но деятельность родителей должна осуществляться под наблюдением государства и может быть ограничена вплоть до лишения родительских прав при недостаточном выполнении соответствующих обязательств¹⁰. Таким образом, «правовая архитектура» субсидиарной модели опирается на признание презумпции свободного выбора любого «нижестоящего» субъекта при условии его ответственности за результаты этого выбора и со-

блюденнии общих норм и принципов человеческого сообщества. Ценностный же императив позволяет формировать эти рамочные условия на основе «процессуальной солидарности», а не формальных норм законодательства.

Пономарев М.В.,

профессор кафедры новой и новейшей истории стран Европы и Америки
Московского педагогического государственного университета,
кандидат исторических наук, доцент
(г. Москва)

Литература

1. Гаврилова Ю.В. «Эра Си Цзиньпина»: трансформация современного конституционно-правового режима Китайской народной республики / Ю.В. Гаврилова // Актуальные проблемы публичного права: вопросы теории и практики : сборник материалов Международной научно-практической конференции (г. Воронеж, 17 мая 2018 г.) : сборник научных статей / ответственный редактор В.У. Хатуаев. Воронеж : Ритм, 2018.
2. Зорькин В.Д. Буква и дух Конституции / В.Д. Зорькин // Российская газета. 2018. 9 октября.
3. Компендиум социального учения Церкви / редактор О. Карпова. Москва : Paoline, 2004.
4. Общество, познание и современность: научные исследования : монография / В.М. Мапельман и др. Нижний Новгород : Профессиональная наука, 2019.
5. Основной закон Федеративной Республики Германия // Конституции государств Европейского Союза : сборник / редколлегия: Л.А. Окуньков (руководитель) [и др.] ; вступительная статья Л.А. Окунькова. Москва : ИнфраМ ; Норма, 1997.
6. Пастырская конституция о Церкви в современном мире // Документы II Ватиканского Собора / перевод А. Ковалья. Москва : Паолине, 1998.
7. Пономарев М.В. Социальный консерватизм и проблемы развития современного конституционализма / М.В. Пономарев // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. 2012. № 1(9).
8. Путин В.В. Послание Федеральному Собранию Российской Федерации. 26 апреля 2007 г. / В.В. Путин. URL: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/25522> (дата обращения: 26.10.2019).

References

1. European Commission for Democracy through Law. Opinion on the regulatory concept of the Constitution of the Republic of Hungary (2011) / C. Grabenwarter, W. Hoffmann-Riem, H. Suchocka. URL: <https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/venice-commission-hungarian-constitution.pdf> (дата обращения: 26.10.2019).
2. Pius XI. Encyclical «Quadragesimo anno» (1931) / Pius XI. URL: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html (дата обращения: 26.10.2019).

¹ Общество, познание и современность: научные исследования / В.М. Мапельман и др. Нижний Новгород : НОО «Профессиональная наука», 2019. С. 8–22. URL: <http://scipro.ru/conf/monographsocety.pdf> (дата обращения: 26.10.2019).

² Путин В.В. Послание Федеральному Собранию Российской Федерации. 26 апреля 2007 г. URL: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/25522> (дата обращения: 26.10.2019).

³ Пономарев М.В. Социальный консерватизм и проблемы развития современного конституционализма // Вестник МГПУ. Серия : Юридические науки. 2012. № 1(9). С. 69–77; Гаврилова Ю.В. «Эра Си Цзиньпина»: трансформация современного конституционно-правового режима Китайской народной республики // Актуальные проблемы публичного права: вопросы теории и практики : сборник материалов Международной научно-практической конференции. Воронеж, 2018. С. 20–25.

- ⁴ European Commission for Democracy through Law. Opinion on the regulatory concept of the Constitution of the Republic of Hungary (2011) / С. Grabenwarter, W. Hoffmann-Riem, Н. Suchocka. URL: <https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/venice-commission-hungarian-constitution.pdf> (дата обращения: 26.10.2019).
- ⁵ Зорькин В.Д. Буква и дух Конституции. URL: <https://rg.ru/2018/10/09/zorkin-nedostatki-v-konstitucii-mozhno-ustranit-tochechnymi-izmeneniiami.html> (дата обращения: 26.10.2019).
- ⁶ Pius XI. Encyclical «Quadragesimo anno» (1931). URL: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html (дата обращения: 26.10.2019).
- ⁷ Пастырская конституция о Церкви в современном мире // Документы II Ватиканского Собора. М. : Паолине, 1998. С. 385–386.
- ⁸ Компендиум социального учения Церкви. М. : Paoline, 2004. С. 130–131.
- ⁹ Договор о Европейском Союзе. Консолидированная версия. М. : Интердиалект+, 2001. С. 48.
- ¹⁰ Основной закон Федеративной Республики Германия // Конституции государств Европейского Союза. М. : ИнфраМ ; Норма, 1997. С. 182.

Влияние участия в Союзе писателей на правовой статус советского автора в середине 1930-х годов

Общественные объединения в советском государстве играли важную, а порой и более значимую, чем иные государственные органы власти, роль. Этому благоприятствовала и форма правления, и политический режим. Яркий пример такого общественного объединения являла собой ВКП(Б), а затем и КПСС. Не удивительно, что столь тесно связанная с идеологической ролью в обществе фигура автора советского литературного произведения очень скоро стала рассматриваться прежде всего в рядах особой писательской организации.

Писательские организации появились задолго до консолидации их под эгидой Союза советских писателей СССР (далее — ССП). Среди наиболее известных: РАПП, ВАПП, ЛЕФ, Перевал, Союз крестьянских писателей и др. Между тем, следует отметить, что ССП не стал правопреемником ни одной писательской организации.

Если по состоянию на июнь 1925 г. ЦК партии считал недопустимым «легаллизованную монополию на литературно-издательское дело какой-либо группы или литературной организации», поскольку «это значило бы загубить пролетарскую литературу прежде всего»¹. Однако в 1930-е годы, когда эти самые организации уже не могли быть охвачены партийным руководством, создание единой писательской организации стало делом само собой разумеющимся. Тогда по решению ЦК ВКП(б) 23 апреля 1932 г. и появился Союз советских писателей СССР.

Всесоюзный съезд писателей Союза ССР начал свою работу 17 августа 1934 г. Такого масштаба организация писателей еще не знала. По разным подсчетам ССП включал от 2 336 до 3 000 представителей. Учреждение Союза писателей в масштабах всего СССР решило несколько задач как явных, так и скрытых. Организация объединила под своей эгидой все ранее существовавшие ведущие писательские организации, что сделало управление и контроль над писателями делом удобным даже со стороны самоуправляющейся по своему статусу организации. Это подтверждается первыми минутами съезда, что проявилось, в частности, формированием его почетного президиума. Его состав был оглашен и принят единогласно под бурные аплодисменты.

Союз советских писателей осуществлял идеологическое руководство с подачи и под пристальным контролем партии. Примечательно, что в рядах Союза оказались и писатели беспартийные, но поддерживающие пролетарскую идеологию. Цель такого включения была очевидна — направлять и контролировать беспартийных. К тому же была еще одна, не совсем очевидная причина, почетным председателем (1932–1936 гг.) Союза был Максим Горький, также беспартийный.

Союз советских писателей был уже безальтернативным объединением писателей. Стать его членом можно было по личному заявлению писателя. Таким же правом пользовались литературоведы, научные критики, переводчики, кинодраматурги, авторы пьес и прочие связанные литературной и научно-литературной деятельностью лица подобного рода. При этом, при рассмотрении вопроса о приеме в члены ССП, помимо идеологической выдержанности, наличия опубликованных печатных трудов (количество трудов не указывалось, очевидно, отдаваясь всякий раз на усмотрение правлению ССП). Во внимание принималось наличие избирательных прав (лишенцам путь в Союз, понятное дело, был закрыт). По сути, на этом официальные цензовые ограничения заканчивались.

Иначе обстоял вопрос с выходом из состава Союза. Так, Устав ССП устанавливал положение, согласно которому исключению из членов Союза происходило в случаях: а) лишения избирательных прав; б) противоречия деятельности члена Союза интересам социалистического строительства и его задачам; в) совершения антисоветских и антиобщественных поступков; г) прекращения литературно-художественной и литературно-критической деятельности в течении ряда лет; д) неуплаты в сроки членских взносов; е) собственное желание². Последнее основание требует уточнения. В качестве показательного примера попытки выйти из состава Союза советских писателей можно привести дело поэтессы Мариэтты Шагинян. Поэтесса обвинила организацию в никчемности и сообщила об этом и своем выходе в письме С. Орджоникидзе. Выбор адресата был связан с просьбой М. Шагинян включить ее в качестве работника Народного комиссариата тяжелой промышленности, наркомом которого в тот период времени являлся С. Орджоникидзе. Это позволило бы ей собирать материал для книги о термодинамике (при этом она отмечает, что жалование ей не нужно, поскольку, по ее собственной оценке, она зарабатывает «книгами очень много»). Не удивительно, что такой поступок вызвал осуждение как С. Орджоникидзе, так и членов президиума правления ССП. В ответе Наркомтяжпрома содержалось следующее: «Удивлен, как это Вы могли уйти из Союза советских писателей, ведь это наш Союз, СОВЕТСКИЙ Союз, он ведь организован ЦК нашей партии, а Вы его называете «никчемным». Недвусмысленное упоминание о Советском Союзе как форме государственного единства с односторонним входом, параллели с выходом из которого отдавали признаками измене Родине. И это в разгар 1936 г.! Поэтесса вовремя признала свою «вину» и дело для нее по счастливой случайности закончилось разгромной статьей в «Правде»³, а также не помешало получить в 1951 г. Сталинскую премию третьей степени.

Участие в ССП означало возможность содействия в публикации произведений, получения защиты авторских прав как внутри страны, так и за ее пределами; защиты других прав писателей, включая оказание юридической помощи, а также получение ряда привилегий. На практике это означало предоставление ряда имущественных прав, которых были лишены большинство

обычных советских граждан, что существенно сказывалось на общем уровне благосостояния. В частности, писатели, входящие в Союз, получали право пользования отдельной жилплощадью, оплачиваемые выступления перед читателями, материальную помощь нуждающимся. Опыт нормативного улучшения жилищных условий существовал, в частности, применительно к научным работникам. Научные работники имели право на отдельную комнату, а при отсутствии — на увеличение жилплощади на 20 кв. м. Такую жилплощадь научные работники согласно нормам права могли иметь на праве пользования, которое сохранялось после их смерти за родственниками (правда на короткий период — на три месяца). Выделенная жилплощадь сохранялась за такими работниками и на период отъезда, более того, допускалось возмездно сдавать ее по договору найма на это время третьим лицам. Открытым оставался в нормативном акте вопрос относительно сохранения такой жилплощади за бывшими научными работниками, включая достижение ими пенсионного возраста. Кроме того, предлагалось предоставить возможность научным работникам улучшать свои жилищные условия и за счет льготного кредитования на приобретения недвижимости⁴. Действие постановления относительно научных работников распространялось и на писателей — членов Союза советских писателей СССР⁵.

С целью материального обеспечения авторов, входящих в Союз писателей СССР, при последнем был образован Литературный фонд (28 июля 1934 г.), большая часть средств на формирование бюджета которого поступала из государственного бюджета Союза ССР (25% — до 1940 г.). Первая сумма — в размере 1 млн руб. по решению Политбюро должна была поступить из резервного фонда Союза ССР⁶. Средства на строительство жилья для пролетарских писателей выделялись и до образования Союза советских писателей. Так, в частности, ленинградские писателям в 1931 г. было выделено на постройку жилья 2,5 млн руб., Федерации объединений советских писателей — 500 тыс. руб. (это позволило построить 30 квартир, обеспечив 1/10 нуждающихся авторов)⁷.

Писатели и их родственники, не в пример большинства советских граждан, пользовались правом выезда за границу, чаще официально — для литературных целей. Правда, всякий раз на это требовалось разрешение чаще всего непосредственно Сталина⁸. Возможность выезда за рубеж была связана также с участием в Международных съездах советских писателей.

С середины 1930-х гг. начинается строительство загородных домов для отдыха писателей в виде дачных писательских поселков. Один из известных комплексов находился в поселке Переделкино. А также у ССП в ведении было несколько домов отдыха, гаражей для автомобилей писателей (что очевидно предполагало наличие у них самих автомобилей)⁹.

Примечательно, что сам М. Горький, упоминая о бюджете ССП в 10 млн руб. (по состоянию на декабрь 1935 г.), говорил о нецелесообразном распоряжении средствами, о том, что они не всегда доходили до по-настоящему нуждающихся, особенно в провинции и молодых литераторов, не имеющих своего угла (молодые литераторы по его свидетельству проживали зачастую в подвалах)¹⁰.

Контрастирует с этим удовлетворенная просьба А. Толстого об отдыхе на заграничном курорте с женой и о выделении средств для отдыха и лечения за границей. С этой целью ему было выделено 500 долл. на три недели отдыха в Испании¹¹. Примерно в это же время правление ССП ходатайствует о выделении участка в 0,5 га (!) и средств на его освоение и постройку дачи в Московской области для ответственного секретаря ССП поэта А. Лахути. В ходатайстве содержится ссылка на рекомендацию подобного места жительства врачами. Вот только остается гадать, кем рекомендован и чем обусловлен размер земельного участка, на котором должно было разместиться «поместье»¹². Сам А. Лахути ратовал в письме председателю СНК т. Молотову о повышении оплаты труда работникам аппарата ССП (с его слов работники с высшим специальным образованием получают всего 450–500 руб. в месяц)¹³. Для сравнения: максимальная месячная заработная плата среди рабочих и служащих по состоянию на март 1936 г. была у инженерно-технических работников, особенно в сфере рыбного промысла — 563 руб. Средняя заработная плата в месяц составляла 100–250 руб.¹⁴ Такие диаметрально противоположные расхождения материального благосостояния авторов свидетельствовали не только об оценке заслуг действительно значимых писателей, но и о социальном расслоении советских писателей, официально отрицаемом.

Таким образом единая писательская организация, задуманная как проводник партийного надзора за писательскими умами, формировала облик советского писателя не только идеологически, но и финансово, делая статус писателя привлекательным на фоне тяжелого труда и нищеты многомиллионного населения нашей страны.

Попова В.В.,

доцент кафедры истории Отечества, государства и права
гуманитарного факультета Московского
государственного университета геодезии и картографии,
доцент кафедры теории и истории государства и права
юридического факультета Государственного
академического университета гуманитарных наук,
кандидат юридических наук
(г. Москва)

Литература

1. «Счастье литературы». Государство и писатели. 1925–1938 гг. : документы / составитель Д.Л. Бабиченко. Москва : РОССПЭН, 1997.
2. Издательское дело в СССР (1923–1931) : сборник документов и материалов / составитель Е.А. Динерштейн, Э.В. Гольцева ; комментарий Е.А. Динерштейна ; редакционная коллегия: Е.А. Динерштейн [и др.]. Москва : Книга, 1978.

¹ Постановление ЦК РКП(б) о политике партии в области художественной литературы от 18 июня 1925 г. // Издательское дело в СССР (1923–1931) : сборник документов и материалов. М. : Книга, 1978.

- ² Устав Союза Советских писателей СССР // Первый Всесоюзный съезд советских писателей. 1934. Стенографический отчет. Прил. VIII. М., 1934. С. 717.
- ³ «Счастье литературы». Государство и писатели. 1925–1938 гг. Документы / сост. Д.Л. Бабиченко. М., 1997. С. 211–213.
- ⁴ Постановление ЦИК и СНК СССР от 17 марта 1933 г. «Об улучшении жилищных условий научных работников». URL: http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_3878.htm
- ⁵ Постановление ЦИК и СНК СССР от 7 июля 1933 г. «Об улучшении жилищных условий писателей» // «Счастье литературы». Государство и писатели. 1925–1938 гг. Документы / сост. Д.Л. Бабиченко. М., 1997. С. 161–162.
- ⁶ Там же. С. 166.
- ⁷ Там же. С. 113.
- ⁸ Там же. С. 114, 172.
- ⁹ Там же. С. 178, 198, 222.
- ¹⁰ Там же. С. 202.
- ¹¹ Там же. С. 231–232.
- ¹² Там же. С. 133.
- ¹³ Там же. С. 232.
- ¹⁴ Численная заработная плата рабочих и служащих в СССР (Итоги единовременного учета за март 1936 года). М., 1936. С. 8–13.

Права и обязанности гражданина и публичной власти – баланс интересов в правовых ценностях

В современном праве статьи Конституции Российской Федерации представляют собой определенную систему, имеющую логические основания, отражающую специфику прав и свобод тех сфер жизнедеятельности человека и гражданина, которых они касаются. Это имеет далеко не техническое значение, а отражает соответствующую концепцию правового статуса личности, которой придерживается государство. Как отмечалось ранее, в действующей Конституции Российской Федерации, основанной на новой концепции прав человека, перечень прав и свобод зафиксирован в такой последовательности: сначала указаны личные, затем политические, а потом социально-экономические права и свободы. Именно такова последовательность во Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1948 г.¹ Личные права и свободы человека — это совокупность естественных и неотчуждаемых основополагающих прав и свобод, принадлежащих человеку от рождения и не зависящих от его принадлежности к конкретному государству. Эти права и свободы составляют основу всего правового статуса человека.

Личным правам посвящены ст. 20–29 Конституции Российской Федерации.

Основной закон закрепляет такие основополагающие личные права, как:

1. Право на жизнь.
2. Право на достоинства.
3. Право на свободу и личную неприкосновенность.
4. Неприкосновенность жилищ.
5. Неприкосновенность частной жизни.
6. Свобода телефонных, телеграфных, почтовых и иных сообщений.
7. Свобода информации.
8. Свобода определения национальности и выбора языка.
9. Право на свободу передвижения и выбор места пребывания и места жительства.
10. Право на выезд из России и возвращение обратно.
11. Свобода совести и вероисповедания.
12. Свобода мысли и слова.

Однако в Конституции Российской Федерации установлены не только права, но и обязанности человека и гражданина. Основные обязанности:

- соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы (ст. 15);
- платить законно установленные налоги и сборы (ст. 57);
- сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам (ст. 58);

- защищать Отечество, в том числе нести военную службу (ст. 59);
- заботиться о детях (ст. 38);
- заботиться о нетрудоспособных родителях (ст. 38);
- получить основное общее образование (ст. 43);
- заботиться о сохранении исторического и культурного наследия, беречь памятники истории и культуры (ст. 44).

В учебниках по теории государства и права до сих пор говорится, что публичная власть — основной призрак государства. Так, государство выступает регулятором прав и обязанностей человека и гражданина. Однако права и обязанности человека и гражданина и публичной власти — баланс интересов в правовых ценностях. Не нарушая баланс интересов в виде правовых ценностей, соответственно, не нарушается целостность механизма государства, так как государство и общество взаимосвязанно.

Правовые ценности — это взаимосвязанные элементы, существование права, которые обеспечивают справедливость, свободу и равенство. Все правовые ценности равны перед собой. В широком смысле понятия правовые ценности представляют собой такие достижения регулятивной культуры, выражающие позитивный потенциал права, его «вклад» в обеспечение социального регулирования. Роль правовых ценностей чаще всего рассматривается как самое важное функциональное предназначение, которое позволяет добиться добровольного и осознанного сотрудничества подавляющего большинства членов общества на почве осознания важности соблюдения норм права.

Анализ источников показывает, что правовые ценности представляют собой формы субъективного восприятия права, обусловленные отношением к правовой системе общества, определяющие выбор соответствующего поведения и юридическую оценку событий. Их следует рассматривать не отдельно, а в системном взаимодействии: народ и общий интерес, стабильность, правда, порядок, свобода, равенство должны выступать ориентирами в правотворческой деятельности.

Изучение литературы показывает, что правовые ценности являются также важным элементом государства, которые закреплены и утверждены в законодательстве, и обязана соблюдать эти законы все члены общества.

В настоящее время актуальным является научное осмысление правовых ценностей, так как с постоянным изменением права изменяются и правовые ориентиры. Правовые ценности взаимосвязаны с интересами общества и государства и поэтому находятся в постоянном изменении и развитии. Также правовые ценности отражают интересы социальной группы, общества и индивида.

Так, под правовыми ценностями в общем значении этого слова понимают значимые для субъекта ценности в рамках правовой среды, удовлетворяющие его предметы, его окружающие.

Закрепление данных прав в Конституции Российской Федерации означает следующее:

— жизнь человека является главной ценностью; все формы лишения человека жизни незаконны и подлежат юридической ответственности, (убийство является тяжчайшим преступлением, эвтаназия (умерщвление врачами больного по его просьбе) запрещена и т.д.); единственным способом законного лишения человека жизни является смертная казнь по приговору суда; в настоящее время смертная казнь в исполнение не приводится. Баланс интересов заключается в правовых ценностях, так как права и обязанности человека и гражданина являются высшей ценностью. Анализ научных источников показывает, что публичная власть — государственная — выступает регулятором прав и обязанностей человека и гражданина. Тем самым показан баланс и интерес взаимодействия государственной власти и прав и обязанностей человека и гражданина. Таким образом, они представляют собой правовые ценности. Права и обязанности человека и гражданина являются правовыми ценностями исходя из понятия научных трудов.

Однако правовые ценности показывают, что в современном праве они являются ориентирами и основными тенденциями развития права в современном мире.

После глобальных проблем формирования правовых ценностей в условиях общества риска является актуальной и практически значимой в условиях современной России. Объясняется это тем, что в условиях социальной нестабильности, высоких скоростей происходящих изменений нарушается порядок социальных действий и взаимодействий, особенности передачи социального опыта, общения и обмена информацией. Указанные обстоятельства особенно важны в контексте формирования правовых ценностей, в целях создания социальной обстановки, способствующей генезису правовых ценностей.

Сергеева Т.Н.,
преподаватель Московской
финансово-юридической академии
(г. Москва)

Литература

1. Карнаушенко Л.В. Проблема формирования правовых ценностей в условиях общества риска / Л.В. Карнаушенко // Закон и право. 2015. № 9.
2. Кузубова А.Ю. Правовые ценности в цивилизационном учении Данилевского / А.Ю. Кузубова // Теория и практика общественного развития. 2015. № 21.
3. Леонтьев Д.А. Ценность как междисциплинарное понятие: опыт многомерной реформации / Д.А. Леонтьев // Вопросы философии . 1996. № 4.
4. Пантелеев Б.Н. Сотрудничество органов государственной власти с общественностью (На примере взаимодействия прокуратуры с НПО в предотвращении дискриминации и ксенофобии). М. : Academia, 2007.

¹ Пантелеев Б.Н. Сотрудничество органов государственной власти с общественностью (На примере взаимодействия прокуратуры с НПО в предотвращении дискриминации и ксенофобии). М. : Academia, 2007.

Концепция основ конституционного избирательного права

Для конституционалистов ясно, что Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и прав на участие в референдуме граждан Российской Федерации» от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ является явно неконституционным актом. Он устраняет свободу выборов, закрепленную в ч. 3 ст. 3 Конституции Российской Федерации. Вместо свободных выборов его нормы устанавливают «узкий коридор» прав, по которому могут пройти отобранные правящей группой кандидаты. Он обеспечивает сохранение власти административного класса страны, ее правящей группы. Другими словами, он устраняет демократический политический режим, декларированный в ст. 1 Конституции Российской Федерации, и закрепляет авторитарный режим, обеспечивающий несменяемость власти.

Современное законодательство России о выборах основано на идеях этатизма, т.е. господства государства над обществом и подавления конституционных свобод. Оно позволяет государству осуществлять «управляемые выборы» и таким образом сохранять власть административного класса над обществом.

Для движения России к конституционному обществу представители гражданской интеллигенции должны выработать для себя основы конституционного избирательного права. Они должны отражать стратегию борьбы за конституционный строй в России, на основе которой, затем, можно будет выработать тактику этой борьбы и требовать изменений в действующем законодательстве.

Очевидно, что в России сегодня нет политических сил, которые способны выработать указанные основы избирательного права. Эта задача ложится на плечи конституционной науки, которая должна идти впереди политической практики. Она должна формировать цели развития права, которые затем будут приняты на вооружение демократическими политическими силами.

К сожалению, пока представители отечественной науки не могут преодолеть старую привычку «кланяться перед начальством» и предлагать ему свои услуги. Они забывают, что власть в стране должна принадлежать народу (ст. 3 Конституции Российской Федерации). Распространять свои передовые идеи надо в обществе. Его надо призывать через политическую активность внедрять наши идеи в законы.

Прежде всего конституционалисты должны понять, в каких условиях находится страна, от кого следует защищать конституционные ценности свободы выборов и на кого при этом можно положиться.

С точки зрения автора, очевидно, что основная угроза устранения свободы выборов сегодня исходит от господствующего в стране административного класса, который полностью подчинил себе государственный механизм.

Исходя из этого в основе избирательного кодекса должны лежать не права гражданина избирать и быть избранными, а обязанности государства, государственных органов и должностных лиц не мешать людям осуществлять конкуренцию на политическом поле и выбирать своих представителей в органы власти. Негативные обязанности государства должны выражаться через запреты органам власти и должностным лицам создавать помехи избирателям и кандидатам на выборные должности в осуществлении ими конституционных свобод. Конституционный избирательный кодекс должен быть средством борьбы с недобросовестными государственными органами, избирательными комиссиями и должностными лицами. Он должен быть нацелен на пресечение любых их попыток злоупотребить имеющейся у них властью. Избирательный кодекс должен стать перечнем запретов тех или иных действий (бездействий) членов избирательных комиссии. Избирательный кодекс из орудия авторитарного государства должен быть превращен в орудие избирателя и кандидатов на выборные должности в борьбе за свои свободы.

Основы избирательного права должны исходить из того, что право избирать и быть избранным является высшей конституционной ценностью наряду с другими правами и свободами граждан, что закреплено в ст. 2 Конституции Российской Федерации. Красной линией через весь избирательный кодекс должен проходить запрет органам власти и должностным лицам отменять или умалять свободы граждан при проведении выборов органов власти. Это исходит из ч. 2 ст. 55 Конституции Российской Федерации.

Следует напомнить, что свобода выборов означает общедозволительный тип правового регулирования для граждан, т.е. они могут делать все что угодно для достижения поставленных ими целей, кроме того, что приносит явный вред другим людям и обществу и запрещено в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации.

Избирательный кодекс должен исходить из презумпции добросовестности кандидатов на выборные должности и с подозрением относиться ко всем должностным лицам и органам власти, пытающимся ограничить их свободу. Кандидат на выборную должность должен быть ответственным за свои поступки не перед избирательной комиссией, а перед избирателями. Изобличать кандидата на выборную должность в правонарушениях и аморальном поведении должны не государственные органы, а конкурирующие с ним кандидаты. Высшей мерой ответственности кандидата на выборную должность должно стать решение избирателя отказать ему в доверии. Только избиратель может решить вопрос о достоинствах или недостатках претендента на выборную должность. Избирательное право должно обеспечивать честность избирательных комиссий и должностных лиц, а не кандидатов на выборные должности. Честность последних должны оценивать избиратели, а не члены избирательных комиссий.

Авторитарное государство изображает из себя «отца народа», которое берет его под опеку и следит за тем, чтобы органы власти формировались

только из «правильных людей». Оно пугает население приходом к власти «деструктивных сил», которые разрушат действующее государство. На этом основано принятие закона, который фактически нацелен на борьбу с оппозицией. Избирательное право должно быть основано на презумпции разумности избирателей, которые сами решат, кого им избирать. Граждане не дети, которых нужно ограждать от «злых дяденек». Все нормы избирательного права, дополняющие Конституцию Российской Федерации новыми запретами, ограничивающими пассивное избирательное право граждан, должны быть устранены как нарушающие ст. 32 Конституцию Российской Федерации. Вновь следует вспомнить ч. 2 ст. 55 основного закона страны, запрещающую законодателю отменять или умалять свободы граждан.

Известно, что тактикой авторитарного государства является устранения свободы выборов под предлогом урегулирования порядка использования людьми своего права. Материальные нормы нейтрализуются с помощью процессуальных норм. С их помощью избирательные комиссии лишают пассивного избирательного права представителей оппозиции. Избирательный кодекс должен устранить бюрократическое крючкотворство. Установленные процедуры проведения выборов должны быть просты. Они должны способствовать свободе участия в выборах всех желающих, а не создавать препятствия для этой свободы. Основы законодательства о выборах должны быть основаны на принципе, гласящем, что все нормы избирательного законодательства толкуются в пользу свободы граждан с активным и пассивным избирательным правом. Попытки истолковать их в целях ущемления этой свободы должны рассматриваться как злоупотребление должностными лицами своими полномочиями.

Свобода неизбежно приводит к злоупотреблению ею. Обществу следует выбрать, злоупотребления с какой стороны представляют для него опасность: со стороны членов общества, участвующих в выборах, или со стороны государственных органов и, в частности, со стороны избирательных комиссий. Лица, находящиеся на этатистских позициях, боятся больше общества и поддерживают лишение его свободы, опутывание его массой запретов и обязанностей. Представители конституционной доктрины больше боятся государства и его должностных лиц. Они вынуждены терпеть некоторые злоупотребления свободой со стороны членов общества и выступают за то, чтобы «набросить узду» на государство и его органы.

В рамках расширения свободы для граждан следует поддерживать смешанную избирательную систему, позволяющие участвовать в выборах как партиям, так самовыдвиженцам. Следует отменить все формальные основания отказа в регистрации кандидатов. Для отсева мелких политических сил от «большой игры» существуют два тура голосования. В первом туре должны принимать участие все желающие. Кто может участвовать в выборах, должен решить естественный отбор кандидатов, а не решение чиновников, управляющих выборами.

Естественно, следует устранить все препятствия на пути человека получить пассивное избирательное право. Должны быть ликвидированы всякого рода муниципальные фильтры. Типичным способом выдвижения кандидата на выборную должность должен стать избирательный залог. Не дело избирательных комиссий заниматься выявлением поддельных подписей в поддержку кандидата на выборную должность. Списки лиц, поддержавших выдвижение кандидата на выборах, должны быть опубликованы, и пусть его оппоненты выявляют поддельные подписи, доказывают его нечестность. Если кандидат на выборную должность нарушает какие-то нормы законодательства, то он должен быть привлечен к ответственности за эти нарушения как обычный гражданин (уволен с работы за использование своего должностного положения в личных интересах, оштрафован за использование чужой интеллектуальной собственности, подкуп избирателей или за использование денег на избирательную кампанию помимо открытого избирательного фонда). Ни о каком лишении статуса кандидата не должно быть и речи.

Естественно, следует ликвидировать всякие ограничения в блокировании партий на выборах, в создании разного рода партийных союзов накануне выборов.

Консервативные силы сегодня действуют под лозунгом: «Не раскачивайте лодку!» Другими словами, они стремятся решить вопросы политики «за закрытыми дверями», «в тиши кабинетов». Избирательное право должно способствовать восстановлению в России публичной политики, когда вопросы власти решаются на выборах, в процессе агитационной кампании, а не в ходе аппаратных игр.

Основы конституционного избирательного права должны отражать конституционную философию положения избирательных комиссий в избирательных отношениях.

Сегодня законодатель наделяет избирательные комиссии значительными полномочиями, дискретной властью. При этом он делает вид, что стремится обеспечить независимость этих комиссии. Для этого они собираются как листики в гербарий, по представителю от разных политических сил. Как показывает практика, никакой независимости избирательных комиссий не получается. Административный класс и правящие группы используют эти комиссии для проведения управляемых выборов. При этом привлечь к ответственности членов комиссий и сами комиссии очень трудно. Каждая комиссия — это коллективный орган, принимающий решения по большинству голосов. Как можно спрашивать с полуграмотных общественников, которые послушно выполняют указания председателя комиссии и служат лишь целям имитации демократизма создания комиссии и ее деятельности? Комиссия, состоящая из неюристов, естественно, принимает политические, а не юридические решения по всем возникающим вопросам. Но демократическое сообщество по-прежнему испытывает иллюзии того, что эти комиссии можно реформировать и они могут работать беспристрастно¹.

В связи с этим возникает несколько задач. Первая — лишить избирательные комиссии широчайших полномочий решать судьбу избирательной кампании. Они не должны быть политическим инструментом борьбы за власть ни в руках правящей группы, ни в руках оппозиции. Их следует превратить в беспристрастных фиксаторов результатов борьбы за власть внутри общества.

Избирательные комиссии должны осуществлять функции регистратора в избирательном процессе. Они должны быть лишены функций органов власти, не должны что-либо разрешать или запрещать. Избирательные комиссии должны быть лишены права решать вопрос о том, кто будет участвовать в избирательной кампании, а кто будет не допущен к ней. Это вопрос борьбы политических сил общества, а не вопрос бюрократии. Если избирательная комиссия считает, что кандидат в депутаты не исполнил всех действий, необходимых для его регистрации, то она должна обратиться в суд для истребования необходимых документов.

Избирательная комиссия не должна подменять собой суд. Все действия репрессивного характера против кандидата (в первую очередь регистрация кандидата и лишение его статуса зарегистрированного кандидата) на выборную должность должен принимать суд по заявлениям других кандидатов на эту должность. Следует отнять у комиссий право регистрации кандидатов на выборные должности, право привлечения их к ответственности, право подведение итогов голосования. Например, в Италии итоги выборов подводят подразделения судебной инстанции².

Вторая задача избирательного права сводится к упрощению привлечения к ответственности членов избирательной комиссии за малейшее посягательство на свободу выборов, через привлечение их к судебной ответственности по инициативе кандидатов на выборные должности и избирателей. Это возможно в случае, если комиссия состояла бы из профессиональных кадровых чиновников (Германия) или возглавлялась судьей (Испания, Италия, Франция). Члены избирательной комиссии так же, как судьи, должны руководствоваться только законом. В этом случае стимулом действия в рамках закона становится не только штраф или иная мера уголовной ответственности, но, так же, угроза потери должности, социального статуса, всех огромных социальных гарантий, которые дает государственная служба, крах служебной карьеры. Председателями избирательных комиссий могли бы назначаться судьи в отставке. Партиям и кандидатам на выборные должности должно быть предоставлено право направлять своих наблюдателей в профессиональные избирательные комиссии.

В соответствии с принципом правового государства (ст. 1 Конституции Российской Федерации) деятельность должностных лиц должна быть урегулирована в соответствии с разрешительным типом правового регулирования. Избирательный кодекс должен представлять ясный набор норм, ограничивающих деятельность избирательных комиссии и их членов, всякое отступление

от которых (злоупотребление служебным положением, превышение полномочий, халатность, коррупция) должно строго караться.

Итак, конституционалисты должны выработать основы избирательного права страны, реализующие философию свободы выборов. Они должны стать стратегическим ориентиром («сияющими высотами») для борьбы за конституционный строй в России. Опираясь на них, можно вести тактическую борьбу за изменения в действующем законодательстве.

Денисов С.А.,

доцент кафедры прав человека юридического факультета

Гуманитарного университета,

кандидат юридических наук, доцент

(г. Екатеринбург)

Литература

1. Кадомцева Е.А. Избирательные органы зарубежных стран: сравнительно-правовой аспект / Е.А. Кадомцева // Концепт. 2017. Т. 39.
2. Любарев А.Е. Избирательный кодекс Российской Федерации — основа модернизации политической системы России : доклад / руководитель рабочей группы А.Е. Любарев. Москва : Голос, 2011.

¹ Избирательный кодекс Российской Федерации — основа модернизации политической системы России. М. : Голос, 2011. С. 69–70.

² Кадомцева Е.А. Избирательные органы зарубежных стран: сравнительно-правовой аспект // Концепт. 2017. Т. 39. С. 2316–2320. URL: <https://e-koncept.ru/2017/970790.htm> (дата обращения: 07.11.2019).

Рождение подотрасли права частной жизни в системе конституционного права как результат эволюционирования субстанциональных основ правового государства

Концепция правового государства, как отмечается в научной литературе, это «многомерное развивающееся явление. В ходе общественного прогресса оно приобретает новые свойства, наполняется новым содержанием, соответствующим конкретным условиям существования общества и уровню его развития»¹, такой концепции присущи свои отличия не только в рамках определенной национальной системы права и правовой семьи, но и в контексте сложившейся конкретно-исторической реальности.

Реализация законов в правовом государстве предполагает воплощение принципов справедливости, которые совместно с «общечеловеческими принципами гуманизма, равенства и свободы личности, ее чести и достоинства»² образуют нравственную основу правового государства, модификация принятых в обществе принципов справедливости, находит свое выражение в содержании норм права, так как для них существуют только регулируемые ими общественные отношения в качестве материального источника права, у них «нет и не может быть никакой презумпции истинности, только изменение общественных отношений или недостатки, выявленные в процессе правоприменения, могут являться основанием для корректировки содержания норм или их пересмотра»³.

Необходимость модернизации правовых норм актуализировалась в преломлении процессов общей глобализации, новой (четвертой) технологической революции, в условиях которой «ставится вопрос о существенной корректировке самой природы человеческого существования, в обществе происходят феноменальные изменения, с трудом поддающиеся прогнозированию»⁴, происходящая на мировом и региональном уровне глубокая модификация традиционных общественных институтов, влияет и на особенности конституционно-правового регулирования частной жизни.

Истоки зарождения современной концепции права частной жизни (как основного) связаны с развитием в западном обществе XVII–XIX вв. идей негативной свободы, которые на стадии начального периода капитализма использовались в целях пресечения государственного вмешательства в рыночную сферу, экономику, для обеспечения личной свободы индивидуума в распоряжении собственностью в новых условиях капиталистического общества, что в итоге привело к существенному прогрессу в части самоидентификации личности.

В западном мире (Western world, Western civilization) необходимость обеспечения защиты определенного пространства бытийности от вторжения извне (в наибольшей степени со стороны государства) стала рассматриваться в качестве естественной потребности человека. Требование обеспечения режима неприкосновенности частной жизни было включено в «кодекс справедливости» в качестве одного из основных понятий человеческих потребностей: предмета человеческих стремлений и человеческих требований одновременно, конституция, в свою очередь, зафиксировала сформулированный принцип справедливости, осуществив его интеграцию в правовую реальность, в формате права на неприкосновенность частной жизни (как основного), что было необходимо в контексте соответствующей периодизации общественного развития западной цивилизации, таким образом обеспечение режима неприкосновенности частной жизни в качестве эталонного императива стало одной из основ правового государства (прозападного).

Дальнейшее развитие конституционно-правового регулирования частной жизни связано с эволюционированием концепции классического либерализма, а также изменением роли государства (в качестве «ночного сторожа»). Понятие негативной свободы в XIX в., после прохождения эпохи первоначального накопления капитала (XV–XVIII вв.), вступило в противоречие с общественными и индивидуальными потребностями индивидуума, чьи требования в рамках либерализма были существенно увеличены, постепенно концепция негативной свободы трансформировалась и стала дополняться требованиями позитивной свободы, социальный либерализм пришел на смену классическому.

Произошел переход от отрицательного к положительному пониманию свободы, что явилось настоящей революцией, перед государством было поставлено, как писал П.И. Новгородцев, новое требование — «доставление материальной возможности для наилучшего проявления свободы»⁵, с учетом все более нарастающего в условиях капитализма классового расслоения общества государство было призвано на помощь нуждающимся в целях уравнивания условий жизненной борьбы, и такое уравнивание в итоге стало являться принципом нового понимания свободы, так как только при поддержке государства свобода может стать действительной (имеется в виду свобода начальных условий развития человека).

Как отмечают немецкие исследователи, «позиция «человек против государства» в последовательном развитии конституционного строя и формировании правового, культурного и социального государства изменилась в сторону создания системы позитивных социальных и культурных прав. Равенство в этом контексте стало трактоваться как обязанность государства обеспечивать определенную свободу в качестве именно социального государства, по крайней мере в пределах, которые необходимы для уважения человеческого достоинства»⁶.

Соответственно, если классический либерализм понимал свободу в отрицательном смысле, в смысле свободы «от», в такой концепции свобода — это

состояние, при котором права собственности человека на его тело и материальное достояние защищены от посягательств и агрессии (более подробно см.: Ротбард М. К новой свободе: Либертарианский манифест), то социальный либерализм стал понимать свободу в положительном смысле, т.е. свободу (право) «на»⁷.

Смена доминирующей концепции свободы (переход к концепции позитивной свободы), трансформация роли государства (от государства, выполняющего роль «ночного сторожа», к социальному государству), модификация идей классического либерализма повлияли на содержание права частной жизни, трансформация которого предполагает установление конституционных гарантий практической возможности удовлетворения человеком своих интересов и потребностей в сфере частной жизни.

Таким образом первичная норма, обеспечивающая режим неприкосновенности частной жизни, как один из принципов справедливости, составляющих нравственную основу правового государства, сформировавшаяся в XVIII—XIX вв. в западном мире с развитием капитализма и распространением доктрины классического либерализма, индивидуалистического мировоззрения, концепции негативной свободы (придерживаясь классификации предложенной Д.М. Азми⁸ в качестве первичной (исходной) нормы, мы понимаем норму, которая представляет правила поведения, ставшие социальной нормой в большинстве обществ и носящие универсальный характер), во многом утратила свою актуальность, была подвергнута глубокой модификации.

Как отмечается в Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН № 68/167 от 18 декабря 2013 г.⁹, право частной жизни в современном мире является одним из основ демократического общества и непосредственно связано с правом на выражение своего мнения, был сформирован коммуникационный институт права частной жизни с рядом входящих в него субинститутов, появились такие правовые институты и нормы, как институт права на создание и развитие семейных отношений, право на гендерную идентичность и иные, непосредственно право на неприкосновенность частной жизни в условиях социальной и технологической революции было преобразовано в правовой институт.

Таким образом, в процессе эволюции нравственных начал правового государства, модификации принципов справедливости, через обособление общественных отношений в сфере частной жизни, укрупнение и объединение, создание ряда конституционных институтов, субинститутов и правовых норм, формирование и развитие логически связанной структуры, высокой степени специализации и интеграции элементов системы права, а также в целях «формирования общих начал правового регулирования, посредством чего обеспечивается должная степень единообразия и своевременная адаптация (правового регулирования) к внешней среде путем охвата новых отношений, требующих юридического опосредования»¹⁰, вследствие социальной и технологической эволюции, формирования глобального информационного

общества, становления и развития киберпространства, как итог многоуровневого процесса осмысления особенностей правовой материи появилась возможность и необходимость выдвижения гипотезы о произошедшем обособлении совокупности элементов системы права в новое правовое образование — подотрасль права частной жизни в составе системы конституционного права, под которой мы предлагаем понимать правовое образование в составе отрасли конституционного права, представляющую собой взаимообусловленное и взаимосвязанное единство общественных отношений по поводу формирования и развития индивидуальных признаков человека и норм права, регулирующих такие отношения.

Выделение подотрасли права частной жизни позволяет достичь единого, согласованного и скоординированного правового регулирования общественных отношений в сфере частной жизни с учетом модернизации субстанциональных (нравственных) начал правового государства, что приводит к осуществлению более эффективного социального регулирования, создание подотрасли права частной жизни в данном контексте — это «ответная реакция на увеличение разнообразия в системе регулируемых общественных отношений»¹¹.

Существует антиномия личности и общества, вечное противоречие между ними, преодоление такого противоречия на каждом данном этапе исторического развития «возможно лишь частично и носит относительный характер, а каждая новая ступень цивилизационного процесса порождает новые противоречия, требующие выработки социально эффективных механизмов сосуществования личности и общества»¹², выделение подотрасли права частной жизни является одним из социальных механизмов сосуществования общества и индивида на современном этапе общественного развития.

Кротов А.В.,

докторант кафедры государственного (конституционного) права
Южного федерального университета,
кандидат юридических наук
(г. Ростов-на-Дону)

Литература

1. Азми Д.М. Система права и ее строение : методологические подходы и решения / Д.М. Азми. Москва : Юстицинформ, 2014.
2. Государственное право Германии : сокращенный перевод немецкого семитомного издания. В 2 томах. Т. 1 / Н. Ахтенберг [и др.] ; перевод Ю.П. Урьяс [и др.] ; ответственный редактор Б.Н. Топорнин. Москва : Изд-во ИГиП РАН, 1994.
3. История политических и правовых учений : учебник / ответственный редактор В.В. Лазарев. 3-е изд., испр. и доп. Москва : Норма ; ИНФРА-М, 2016.
4. Лукьянова Е.А. Конституционные риски : учебно-методическое пособие / Е.А. Лукьянова. Москва : Кучково поле, 2015.
5. Мандрыка Н.Н. Судебная власть и доктрина правового государства в разных правовых системах / Н.Н. Мандрыка // Российский судья. 2016. № 7.

6. Новгородцев П.И. Введение в философию права: кризис современного правосознания / П.И. Новгородцев. Москва : Норма, 1996.
7. Петров Д.Е. Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права : автореферат диссертации доктора юридических наук / Д.Е. Петров. Саратов, 2015.
8. Цечоев В.К. Теория государства и права : учебник / В.К. Цечоев, А.Р. Швандерова. Москва : Прометей, 2017.
9. Шваб К. Четвертая промышленная революция : перевод с английского / К. Шваб. Москва : Издательство «Э», 2016.
10. Эбзеев Б.С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности / Б.С. Эбзеев. Москва : Норма, 2007.

¹ Цечоев В.К., Швандерова А.Р. Теория государства и права : учебник. М. : Прометей, 2017. С. 210.

² Там же. С. 215.

³ Лукьянова Е.А. Конституционные риски : учебно-методическое пособие. М., 2015. С. 52.

⁴ Шваб К. Четвертая промышленная революция. М., 2016. С. 12.

⁵ Новгородцев П.И. Введение в философию права: Кризис соврем. правосознания / РАН. Ин-т государства и права. М., 1996. С. 180–185.

⁶ Государственное право Германии : сокращ. перевод немецкого семитомного издания. Т. 1. М., 1994. 312 с.

⁷ История политических и правовых учений : учебник / отв. ред. В.В. Лазарев. 3-е изд., испр. и доп. М., 2016. С. 610.

⁸ Азми Д.М. Система права и ее строение: Методологические подходы и решения. М., 2014. С. 211.

⁹ Резолюция № 68/167, принята Генеральной Ассамблеей ООН 18 декабря 2013 г. URL: <https://daccess-ods.un.org/TMP/7566478.84845734.html> (дата обращения: 14.01.2018).

¹⁰ Петров Д.Е. Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права : автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01. Саратов, 2015. С. 16.

¹¹ Там же. С. 11.

¹² Эбзеев Б.С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности. М., 2008. С. 53.

Охраняемая законом тайна и принцип состязательности в административном судопроизводстве: конфликт или взаимодействие?

Следует признать, что одним из нерешенных в действующем законодательстве вопросов является проблема доступа к информации, составляющей охраняемую законом тайну (коммерческая тайна, банковская тайна, налоговая тайна)¹, в механизме доказывания по административным делам (в соответствии с правилами, предусмотренными Кодексом административного судопроизводства Российской Федерации (далее — КАС РФ).

С одной стороны, российское законодательство содержит множество норм, устанавливающих запрет или ограничение на доступ к той или иной информации.

В частности, Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне»² содержит положения о защите сведений экономического, организационного, технического и иного характера, сведений о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам.

Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности»³ содержит положения, направленные на защиту информации об операциях, о счетах и вкладах.

В силу ст. 102 Налогового кодекса Российской Федерации⁴ налоговую тайну составляют любые полученные налоговым органом, органами внутренних дел, следственными органами, органом государственного внебюджетного фонда и таможенным органом сведения о налогоплательщике, плательщике страховых взносов.

Иными словами, существует ряд законодательных положений, которые направлены на защиту информации, и имеют своей целью охрану частной жизни либо публичных ценностей, публично-правового образования и связанной с ним деятельности, в силу чего определенная информация не может и не должна быть доступна для частных лиц.

С другой стороны, ст. 46 Конституции Российской Федерации⁵ гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод, а ст. 123 Конституции Российской Федерации провозглашает, что судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон.

В разъяснениях, содержащихся в п. 24 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 сентября 2016 г. № 36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации», отмечается, что доказывание по административным

делам осуществляется на основе принципа состязательности и равноправия сторон при активной роли суда (п. 7 ст. 6, ст. 14 КАС РФ).

Несмотря на специальное указание в законе и соответствующих разъяснениях на активную роль суда в рамках административного судопроизводства принцип состязательности, прежде всего, гарантирует беспристрастность суда и предоставление равных возможностей сторонам процесса. По мнению исследователей, этот принцип призван обеспечить полноту представления фактического и доказательственного материала, необходимого для полного и правильного рассмотрения и разрешения дел, а также детальное и всестороннее исследование обстоятельств административных дел⁶. Указанный принцип направлен на предоставление возможности сторонам самостоятельно наполнять материалы дела доказательствами.

Конечно, данное определение не следует воспринимать буквально, тем более в рамках осуществления административного судопроизводства, где наиболее отчетливо прослеживается активная роль суда, которому для всестороннего и полного установления обстоятельств дела предоставлены полномочия по самостоятельному истребованию доказательств.

Проблема, связанная с рассматриваемой тематикой, заключается в том, что зачастую в рамках рассмотрения административного дела истцам требуется доступ к той или иной информации, составляющей охраняемую законом тайну, чтобы доказать те обстоятельства, на которых основывается административное исковое заявление. Однако при попытке получить указанную информацию становится ясно, что доступ к ней существенно ограничен или вообще запрещен.

Наибольший интерес данная проблема вызывает применительно к различного рода инвестиционным проектам, реализуемым государством и частными компаниями в рамках государственно-частного партнерства, предусмотренного Федеральным законом от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁷, Законом Санкт-Петербурга от 25 декабря 2006 г. № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах»⁸.

Продемонстрируем исследуемый вопрос на примере одного дела, рассмотренного Смольнинским районным судом города Санкт-Петербурга по коллективному административному исковому заявлению группы граждан, интересы которых представлял автор настоящей работы, к правительству Санкт-Петербурга⁹.

В рамках рассмотрения указанного дела группа граждан оспаривала статус юридического лица как стратегического инвестора города Санкт-Петербурга в рамках государственно-частного партнерства (указанный статус был присвоен постановлением Правительства Санкт-Петербурга), а, кроме того, просила признать незаконным постановление Правительства Санкт-Петербурга

о выделении земельного участка для строительства производственного объекта.

В соответствии с Законом Санкт-Петербурга от 3 декабря 2008 г. № 742-136 «О стратегических инвестиционных проектах, стратегических инвесторах и стратегических партнерах Санкт-Петербурга», а также Постановлением Правительства Санкт-Петербурга от 28 апреля 2009 г. № 440 для признания того или иного юридического лица стратегическим инвестором необходимо проведение экспертизы с целью определения оснований к принятию решения о стратегическом инвесторе.

Для того чтобы понять, будет ли административное исковое заявление обоснованным (иными словами, были ли допущены нарушения при присвоении юридическому лицу статуса стратегического инвестора и проводилась ли в действительности эта экспертиза), группа граждан направила запрос в комитет по инвестициям города Санкт-Петербурга с целью получения материалов проведенной экспертизы или информации о ней. Однако комитет по инвестициям Санкт-Петербурга отказался предоставлять указанную информацию, ссылаясь на то, что эти сведения составляют коммерческую тайну и в соответствии с положениями законодательства о коммерческой тайне не могут быть предоставлены третьим лицам.

Поскольку необходимая информация не была получена, группа граждан предъявила исковое заявление в отсутствие должных доказательств, подтверждающих обоснованность заявленных требований, заявляя одновременно ходатайство об истребовании соответствующих доказательств от органов государственной власти в порядке ст. 63 КАС РФ. Однако суд отказал в истребовании соответствующей документации, также ссылаясь на положения законодательства о коммерческой тайне.

Несмотря на то, что оспариваемое постановление Правительства Санкт-Петербурга было добровольно отменено административным ответчиком, данный пример является показательным и отражает не только существо, но и актуальность рассматриваемой проблемы.

С одной стороны, нельзя допустить произвольное получение конфиденциальной информации любым лицом, которое для целей ее незаконного использования беспрепятственно может ссылаться на необходимость оказания юридической помощи по тому или иному делу или необходимость предъявления искового заявления. Законодательство должно учитывать интересы как государства, так и физических и юридических лиц — интересы, связанные с охраной конфиденциальных сведений.

С другой стороны, в силу ст. 126 КАС РФ к административному исковому заявлению прилагаются документы, подтверждающие обстоятельства, на которых административный истец основывает свои требования. Иными словами, предъявлению искового заявления в суд предшествует работа по подготовке и сбору соответствующих доказательств. Зачастую эти доказательства и составляют охраняемую законом тайну, и доступ к ним бывает необходим для

определения того, в действительности ли нарушаются права и законные интересы или никакого нарушения нет, и необходимость в предъявлении административного искового заявления отсутствует.

Подводя итог рассуждениям, следует отметить, что в условиях, когда частному лицу (группе граждан) противостоит орган государственной власти, намеренный совместно с коммерческой организацией реализовать инвестиционный проект в рамках государственно-частного партнерства, предпочтение следует отдать публичным интересам.

Согласно ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Иными словами, указанные положения Конституции Российской Федерации допускают ограничение прав человека и гражданина в целях охраны публичных интересов, интересов государства.

Между тем этот вывод не должен являться столь однозначным с учетом того обстоятельства, что коллективные административные иски по смыслу ст. 42 КАС РФ обладают в некотором смысле публично-правовой природой, а споры, связанные с обжалованием незаконных актов, действий, бездействий органов власти, также связаны с защитой, в конечном итоге, публичных интересов; впрочем, эти рассуждения выходят за предмет заявленной темы и будут исследованы автором в последующих работах.

Колмыков И.П.,

аспирант кафедры гражданского процесса
юридического факультета

Санкт-Петербургского государственного университета
(г. Санкт-Петербург)

Литература

1. Валова Е.А. Незаконные получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую тайну / Валова Е.А., Кузнецов Ф.В. // Законность. 2018. № 4.
2. Глодина А.В. Сочетание принципа активной роли суда с отдельными принципами административного судопроизводства / Глодина А.В. // Административное право и процесс. 2018. № 11.
3. Дегтярев А.В. Современное состояние правового института налоговой тайны / Е.Н. Холопова, А.В. Дегтярев // Российская юстиция. 2017. № 1.
4. Майборода В.А. Активная роль суда в административном судопроизводстве / В.А. Майборода // Судья. 2017. № 3.
5. Фокина М.А. Курс доказательственного права: Гражданский процесс. Арбитражный процесс. Административное судопроизводство / М.А. Фокина. Москва : Статут, 2019.

¹ Валова Е.А. Незаконные получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую тайну / Е.А. Валова, Ф.В. Кузнецов // Законность. 2018. № 4. С. 10–14; Дегтярев А.В. Современное состояние правового института налоговой тайны / Е.Н. Холопова, А.В. Дегтярев // Российская юстиция. 2017. № 1. С. 24–26.

- ² Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» // СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3283 (в ред. от 18.04.2018) // СПС «КонсультантПлюс».
- ³ Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. №395-1 «О банках и банковской деятельности» // СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492 (в ред. от 06.06.2019) // СПС «КонсультантПлюс».
- ⁴ Федеральный закон от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ «Налоговый кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824 (в ред. от 19.02.2018) // СПС «КонсультантПлюс».
- ⁵ Конституция Российской Федерации (принята на всенародном голосовании 12.12.1993) // Российская газета. 2009. 21 января (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции Российской Федерации от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ и от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // СПС «КонсультантПлюс».
- ⁶ Глодина А.В. Сочетание принципа активной роли суда с отдельными принципами административного судопроизводства // Административное право и процесс. 2018. № 11. С. 21–27; Майборода В.А. Активная роль суда в административном судопроизводстве // Судья. 2017. № 3. С. 11–14; Фокина М.А. Курс доказательственного права: Гражданский процесс. Арбитражный процесс. Административное судопроизводство. М. : Статут, 2019. 496 с.
- ⁷ Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 29(1). Ст. 4350. (в ред. от 26.07.2019) // СПС «КонсультантПлюс».
- ⁸ Закон Санкт-Петербурга от 25 декабря 2006 г. № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах» // Санкт-Петербургские ведомости. 2006. 28 декабря // СПС «КонсультантПлюс».
- ⁹ Определение Смольнинского районного суда города Санкт-Петербурга от 31 января 2018 г. по делу № 2а-592/18. URL: <https://sudact.ru/>

Квазисудебное обжалование административных актов как способ защиты субъективных прав в сфере государственного управления

В настоящее время нет оснований полагать, что квазисудебное обжалование сложилось в России как цельная самостоятельная процедура разрешения дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений. Такой способ обжалования, в отличие от внесудебного (административного) обжалования и административного судопроизводства, применяется лишь к отдельным категориям административно-правовых споров.

Исследование правового статуса квазисудебных органов, а также особенностей процедуры рассмотрения заявлений в этих органах требует установления смысла понятия «квазисудебный орган» (применительно к рассмотрению административно-правовых споров). Особую значимость этот вопрос приобретает в связи с тем, что многие исследователи применяют термин «квазисудебный орган» к различным государственным органам и должностным лицам¹. Представляется, что наиболее подробную характеристику квазисудебных органов представили А.Б. Зеленцов и О.А. Ястребов. Исследователи выделяют следующие общие признаки квазисудебных органов:

- 1) эти органы наделены юрисдикционными полномочиями по разрешению административно-правовых споров;
- 2) эти органы не входят в судебную систему²;
- 3) эти органы «используют квазисудебные процедуры, т.е. почти судебные процедуры, максимально приближенные к ним»³;
- 4) эти органы относятся к системе исполнительной власти либо к органам судейского сообщества, которые к судебной власти не относятся;
- 5) эти органы не осуществляют правосудие⁴.

Представляется разумным всецело согласиться с А.Б. Зеленцовым и О.А. Ястребовым в том, что квазисудебные органы не входят в судебную систему и не осуществляют правосудие, но в то же время рассматривают административно-правовые споры. Однако другие признаки квазисудебных органов, приведенные авторами, вызывают некоторые вопросы, требующие более глубокого рассмотрения.

Так, А.Б. Зеленцов и О.А. Ястребов полагают, что процедура разрешения споров в квазисудебных органах максимально приближена к судебной. При этом что понимается под «максимальным приближением» квазисудебных процедур рассмотрения спора к административному судопроизводству, какие сходства должны быть у квазисудебных процедур с судебными процедурами авторами, к сожалению, не поясняется. Для более точного определения сходства квазисудебных процедур с судебными необходимо установить

те принципы административного судопроизводства, которые в той или иной мере могут быть применены к квазисудебным процедурам рассмотрения административно-правовых споров.

Принцип состязательности, содержанием которого охватываются равные возможности сторон по предоставлению доказательств, участию в их исследовании и выражению мнения по вопросам, возникающим в ходе рассмотрения дела, вполне может быть применен в квазисудебном обжаловании. Если данный принцип не соблюдается, то процедура обжалования, по сути, является не квазисудебной, а внесудебной (административной), поскольку позволяет должностному лицу принять решение без заслушивания сторон и рассмотрения доказательств (кроме тех, что уже были приложены к жалобе).

Для объективного рассмотрения жалобы во многих случаях будет необходимо проявление активной роли квазисудебного органа (квазисудьи), которая выражается в наличии у него расширенных полномочий по руководству производством по делу, в частности, в возможности органа или должностного лица истребовать доказательства по собственной инициативе. Активная роль юрисдикционного органа органично сочетается с любым способом разрешения административно-правовых споров, поскольку для данной категории споров свойственно фактическое неравенство положения лица, ищущего защиты прав, и активной администрации.

Принцип диспозитивности, как представляется, может иметь ограниченное применение в квазисудебном обжаловании. Нельзя не учитывать возможность отказа лица от жалобы или изменения требований, содержащихся в ней — очевидно, что такие возможности должны быть предоставлены лицу и при рассмотрении жалоб квазисудебным органом.

Принцип непосредственности отличает обжалование в квазисудебном органе от внесудебного обжалования. Должностные лица квазисудебных органов должны лично исследовать все доказательства по делу при принятии решения по жалобе.

Принцип гласности и открытости, содержанием которого охватывается общественный контроль в сфере разрешения споров, также сближает процедуры административного судопроизводства и квазисудебного обжалования. Представляется, что обеспечение соблюдения гласности и открытости в квазисудебном обжаловании повысит доверие к данному способу защиты субъективных прав в отношениях граждан с публичной администрацией.

Помимо рассмотренного нами признака квазисудебных органов (сходство процедуры с судопроизводством), вызывает интерес и то, что А.Б. Зеленцовым и О.А. Ястребовым определено два варианта положения квазисудебных органов в системе разделения властей: или они действуют в системе исполнительной власти, или они относятся к органам судейского сообщества. Однако в реалиях российской правовой системы, на наш взгляд, вопрос о положении квазисудебных органов в системе разделения властей обстоит несколько иначе. Представляется, что квазисудебные органы могут быть

отнесены к системе исполнительной власти Российской Федерации только в качестве самостоятельных органов, если они будут включены в структуру федеральных органов исполнительной власти в соответствии с указом Президента Российской Федерации.

В то же время нельзя не допускать, что квазисудебный орган, даже обладая организационной обособленностью, может быть в существенной степени зависим от администрации (например, если состав квазисудебного органа определяется руководителем органа исполнительной власти). Следовательно, исходя из приведенных выше суждений, можно определить современное положение квазисудебных органов в системе разделения властей в Российской Федерации следующим образом: квазисудебные органы не входят в судебную систему, не входят в систему органов исполнительной власти, хотя и могут быть в определенной степени зависимы от последних.

Обобщая рассмотренные признаки квазисудебных органов, можно выделить их характерные черты:

1) содержание деятельности этих органов — разрешение административно-правовых споров;

2) эти органы не входят в судебную систему и не осуществляют правосудие — их решения впоследствии могут быть обжалованы в суде;

3) эти органы обладают организационной обособленностью, даже если данные органы входят в систему исполнительной власти, они не могут являться структурными подразделениями других органов, при этом квазисудебные органы могут находиться в определенной зависимости от администрации;

4) сходство данных органов с судами состоит в том, что они рассматривают жалобы, руководствуясь в той или иной мере принципами состязательности, активной роли квазисудебного органа (квазисудьи), диспозитивности, непосредственности при рассмотрении дела, гласности и открытости.

Ярким примером квазисудебных органов в России являются комиссии по рассмотрению споров о результатах определения кадастровой стоимости при Росреестре (далее — комиссии). Думается, что статус этих комиссий, а также процедура рассмотрения заявлений о пересмотре кадастровой стоимости (далее — заявления) этими органами соответствуют признакам квазисудебных органов, приведенным выше.

Правовой статус комиссий по рассмотрению споров о результатах определения кадастровой стоимости регламентирован положениями Приказа Минэкономразвития России от 4 мая 2012 г. № 263⁵ (далее — Приказ № 263).

В соответствии с п. 3 и 4 Приказа № 263 в комиссии, помимо должностных лиц Росреестра, входят эксперты Национального совета по оценочной деятельности (саморегулируемой организации оценщиков), которые не находятся в служебном подчинении от Росреестра, а сами комиссии не входят в структуру Росреестра⁶. Таким образом, комиссии являются отдельными от Росреестра государственными органами, которые не входят в систему исполнительной власти. В то же время комиссии в определенной степени зависят

от Росреестра — их состав утверждается приказом Росреестра в соответствии с положениями п. 1–6 Приказа № 263.

Самой яркой отличительной чертой правового положения комиссий является то, что процедура рассмотрения заявлений в данных органах имеет существенные сходства с административным судопроизводством, что обеспечивает (пусть и не в полной мере) соблюдение принципов, сближающих судебный процесс и квазисудебное обжалование.

Принцип состязательности при рассмотрении заявлений комиссиями проявляется в том, что заявителям предоставляются гарантии возможности присутствовать на заседании и быть заслушанными в ходе рассмотрения заявлений. В соответствии с п. 16 Приказа № 263 за пять рабочих дней до даты заседания комиссии о времени и месте проведения заседания извещаются не только заявители, но и исполнители работ по кадастровой оценке недвижимости, а также оценщики.

В то же время вопросы доказывания в процедуре рассмотрения заявлений комиссиями регламентированы фрагментарно — из положений Приказа № 263 не следует, что лица, участвующие в рассмотрении заявления, могут представлять какие-либо документы в ходе заседания комиссии, не решена судьба и иных видов доказательств (кроме письменных доказательств, которые фигурируют в Приказе № 263 как «документы»).

Принцип диспозитивности в деятельности комиссий прямо не проявляется; в то же время положения Приказа № 263 не содержат и таких положений, которые препятствовали бы реализации лицам, обратившимся с жалобой, в реализации своих прав (в частности, права на отказ от жалобы).

Принцип непосредственности при рассмотрении заявлений проявляется в том, что на заседании члены комиссии исследуют предоставленные документы на предмет подтверждения сведений об объекте недвижимости или их недостоверности (п. 19 Приказа № 263), а также заслушивают пояснения сторон по существу заявления. Сведения об этих пояснениях вносятся в протокол заседания комиссии в соответствии с п. 18 Приказа № 263.

Принцип гласности и открытости при рассмотрении заявлений проявляется в том, что за пять рабочих дней до заседания комиссии на сайте территориального органа Росреестра размещается информация о времени и месте проведения заседания, а также сведения о заявителе и кадастровом номере объекта недвижимости, результаты оценки которого оспариваются (п. 9 Приказа № 263).

Обобщая вышесказанное, можно утверждать, что комиссии в целом соответствуют признакам квазисудебных органов. Представляется, что рассмотренная процедура может являться ориентиром для создания и организации деятельности квазисудебных органов по рассмотрению административно-правовых споров в других сферах. При этом наилучшим вариантом установления правовой основы функционирования квазисудебных органов видится принятие единого федерального закона о квазисудебном обжаловании,

в котором должны быть закреплены основные принципы данной процедуры, в том числе те, которые были обозначены выше. В таком случае данные принципы будут распространяться на деятельность всех квазисудебных органов, что обеспечит установление гарантий защиты субъективных прав граждан и организаций посредством квазисудебного обжалования во всех областях государственного управления.

Квазисудебное обжалование при обеспечении надлежащих гарантий защиты субъективных прав может стать той процедурой, которая необходима для принятия объективных решений по жалобам физических и юридических лиц без судебного вмешательства в государственное управление. Именно квазисудебное обжалование позволяет найти золотую середину между внесудебным (административным) обжалованием и административным судопроизводством. Такой способ обжалования менее формализован, чем судебный, и не требует несения сторонами и государством существенных издержек. При этом квазисудебное обжалование может стать отличной альтернативой административному судопроизводству только в том случае, если процедура обжалования будет действительно близка к судебной, если стороны административно-правового спора получат возможность довести свою позицию до квазисуда (квазисуды).

Леонов Д.В.,
соискатель Института законодательства
и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации
(г. Москва)

Литература

1. Громов В.Г. Институт отрешения от должности в связи с утратой доверия Президента Российской Федерации / В.Г. Громов // Современное право. 2016. № 10.
2. Зеленцов А.Б. Судебное административное право : учебник для студентов вузов / А.Б. Зеленцов, О.А. Ястребов. Москва : Статут, 2017.
3. Ливеровский А.А. Органы конституционного нормоконтроля как «квазисуды» / А.А. Ливеровский, М.В. Петров // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 3.

¹ См., например: Громов В.Г. Институт отрешения от должности в связи с утратой доверия Президента Российской Федерации // Современное право. 2016. № 10. С. 36; Ливеровский А.А., Петров М.В. Органы конституционного нормоконтроля как «квазисуды» // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 3. С. 27.

² Зеленцов А.Б., Ястребов О.А. Судебное административное право: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / А.Б. Зеленцов, О.А. Ястребов. М. : Статут, 2017. С. 30.

³ Там же.

⁴ См.: Там же.

⁵ Приказ Минэкономразвития России от 4 мая 2012 г. № 263 «Об утверждении Порядка создания и работы комиссии по рассмотрению споров о результатах определения кадастровой стоимости и признании утратившим силу приказа Минэкономразвития России от 22 февраля 2011 г. № 69 «Об утверждении Типовых требований к порядку создания и работы комиссии по рассмотрению споров о результатах определения кадастровой стоимости» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 01.11.2019).

⁶ Постановление Правительства Российской Федерации от 1 июня 2009 г. № 457 «О Федеральной службе государственной регистрации, кадастра и картографии» // СЗ РФ. 2009. № 25. Ст. 3052.

Осмысление проблем безопасности в дореволюционной финансово-правовой науке

Развитие правовой мысли в области государственного управления исторически неразрывно связано с представлениями о безопасности.

Обусловленность государственной организации общества и потребность в безопасности подчеркивали еще Платон и Аристотель¹.

Взгляды отечественных ученых находились в русле этих воззрений. И.И. Янжул выделял поддержание безопасности как потребность (т.е. функцию) государств в каждую историческую эпоху². Коллективной потребностью, обеспечиваемой при посредстве государства, считал безопасность его ученик И.Х. Озеров³. И.Т. Тарасов называл заботу о внутренней и внешней безопасности, наряду с «благоустройственными целями», задачами государства⁴.

Предметно проблематика безопасности изучалась в рамках науки камералистики как на ранних этапах ее развития, так и при выделении из нее полицейской и финансовой наук.

В сфере внимания ученых находилась не только безопасность граждан (имущественная, личная), но и безопасность государства в целом. В. Гумбольдт отмечал, что безопасность должна быть обеспечена не только всем гражданам одинаково, но и самому государству — для свободной реализации его полномочий⁵.

Безопасность традиционно понималась в камералистике в первую очередь как область компетенции исполнительной власти, в основном, связанная с предупреждением, пресечением правонарушений и обеспечением исполнения наказания за них. Вместе с тем изучение трудов ведущих камералистов и полицейстов демонстрируют более широкое значение безопасности, нежели одна из сфер «негативного» управления. Обеспечение безопасности связывалось не только с реагированием на правонарушения путем применения мер принуждения, но и с каждодневной «позитивной» управленческой деятельностью. Как писал Р. фон Моль, «полицейская деятельность страны столь часто проявляет себя положительно, прямо создавая выгодные условия безопасности или благосостояния, как и отрицательно, когда устраняет невыгодные из этих условий»⁶. Большое значение в вопросе обеспечения безопасности уделялось внутриорганизационным отношениям в системе государственного управления. В. Гумбольдт отмечал, что «полицейские законы... могут определять то, что необходимо для поддержания или применения к делу самой государственной власти»⁷.

Таким образом, анализ трудов камералистов, полицейстов и финансистов того времени свидетельствует о более широком значении безопасности, нежели область охраны личности и общества от правонарушений. В обеспечении безопасности важная роль отводилась надлежащей организации всей системы публичного управления.

При этом наблюдается диссонанс в определении отраслевой принадлежности вопросов безопасности.

Часть ученых, как, например, И. Зонненфельс, разделяли вопросы внутренней безопасности как предмет изучения полицейской науки и область управления государственными доходами как предмет самостоятельной науки⁸.

В то же время иными учеными обеспечение как безопасности, так и благосостояния рассматривалось в качестве задач государственного управления в любой сфере («полиции» в широком смысле)⁹. Иоганн фон Юсти считал охрану народного и увеличение государственного имущества основным направлением деятельности полиции, а полицейское управление — неразрывно связанным с финансовым¹⁰.

Согласно Лоренцу Штейну элемент опасности присущ каждой из сфер управления (правосудию, государственному хозяйству — т.е. финансам и внутреннему управлению), и в каждой из указанных сфер самостоятельные органы полиции (т.е. органы управления) такие опасности устраняют¹¹.

Таким образом, многие западные камералисты справедливо считали обеспечение безопасности государства функцией публичной власти, реализуемой в различных сферах управления (включая финансовую) не только охранительными методами, но и посредством позитивного государственного управления.

Общий взгляд на труды отечественных ученых того времени позволяет приписать им видение безопасности как одной из самостоятельных сфер государственного управления. Ссылаясь на мнение части западных камералистов об обособлении в XVIII в. управления в финансовой и военной сферах в общем объекте государственного управления (полиции в широком ее смысле), основная масса дореволюционных правоведов исключали финансы из области деятельности полиции по обеспечению безопасности. И.Т. Тарасов называл безопасность «особой отраслью деятельности администрации» и отделом особенной части науки административного права, наряду с просвещением, сообщением, обращением, производством, распределением и потреблением¹², в то же время отмечая выделение финансов из полиции в предмет самостоятельной науки финансового права¹³. Такое обособление, полагаем, связано с отношением к безопасности как к узкой сфере управления и не означает, что в военной и финансовой сферах, формально не именуемых полицейскими, не происходило обеспечения безопасности в ее подлинном смысле. Внимание к проблематике безопасности в финансовой сфере прослеживается и в трудах правоведов и финансистов XIX в. при более глубоком их анализе.

Во-первых, у ученых отсутствовало единство во взглядах на пределы разграничения финансового управления и полицейской деятельности.

Отдельные сферы управления финансами учеными включались в содержание полиции безопасности, которая, как считалось, регулируется полицейским (а впоследствии — административным) правом. Так, В.В. Ивановский в состав хозяйственного управления, противопоставляемого финансовому, включал монетную и денежную, кредитную систему, систему страхования¹⁴.

В настоящее время нормы в перечисленных сферах, как минимум частично, причисляются к институтам финансового права. О дороговизне продуктов (т.е. инфляции), а также о расхищении государственной собственности как об угрозах безопасности писал И.Е. Андреевский¹⁵.

Во-вторых, ученые отмечали сходство и тесное взаимодействие полицейской и финансовой деятельности, а также совпадение финансовых мер с мерами обеспечения безопасности и благосостояния. И.Е. Андреевский указывал, что «успехи финансовой деятельности представляются последствием успехов полицейской деятельности страны», приводя в пример «разумную финансовую администрацию как важное средство обеспечения условий благосостояния и безопасности»¹⁶.

Безопасность рассматривалась в качестве одной из неотъемлемых целей финансовой деятельности государства. И.Т. Тарасов связывал несение государственных расходов и функционирование системы государственных займов с выполнением «всеобщей задачи, заключающейся в охране внутренней и внешней безопасности и в содействии общему благу»¹⁷. Расходы на обеспечение внутренней и внешней безопасности государства М.М. Сперанский именовал «необходимыми издержками», в то время как все иные — просто полезными, избыточными или излишними и бесполезными¹⁸.

Соответственно, признавалось, что безопасность может обеспечиваться посредством финансово-правового регулирования. Так, исторической причиной распространения таможенных пошлин в Древнем Риме называлась необходимость обеспечения безопасности судоходства¹⁹. Распространенным примером воздействия финансово-правовых механизмов на безопасность, используемым в работах тех лет, было установление в Российской империи в 1892 г. двойного акциза в отношении фосфорных спичек (производившихся с использованием ядовитого белого фосфора и обладавших повышенной способностью к самовозгоранию), что привело к значительному сокращению их производства²⁰.

Безопасность, как внутренняя, так и внешняя, рассматривались и в качестве ценности, «невещественного блага» по терминологии А.А. Исаева²¹, детерминирующей развитие финансов государства. «Сохранение порядка, установление условий благоустройства и безопасности, отправления правосудия и т.п. — все это имеет положительное хозяйственное значение и может быть рассматриваемо как создание ценности», — писал И.Т. Тарасов²². Прямое влияние безопасности дохода кредиторов («обеспеченности капитала») на ставку процентов по государственным займам отмечали И.И. Янжул и И.Х. Озеров²³.

Безопасность считалась основной побудительной причиной к уплате налогов наряду с иными «полезными результатами воздействия государственной власти»²⁴. М.Ф. Орлов писал, что внесением налога гражданин «теряет часть своего имущества, но приобретает уверенность в неприкосновенном обладании остальным»²⁵.

Таким образом, несмотря на отсутствие финансово-правовой концепции безопасности, эта категория использовалась в дореволюционной финансовой и правовой науке. Анализ трудов ученых тех лет свидетельствует о понимании ими диалектической природы безопасности, которая, являясь ценностью, обеспечиваемой посредством финансовой деятельности государства, одновременно, предопределяет развитие средств финансово-правового регулирования. Обеспечение безопасности в финансовой сфере виделось правоведам и финансистам не только как противодействие совершению финансовых правонарушений, но и как организация надлежащего управления финансами.

Маслов К.В.,

доцент кафедры государственного и муниципального права
юридического факультета Омского государственного университета
имени Ф.М. Достоевского,
кандидат юридических наук
(г. Омск)

Литература

1. Андреевский И. Полицейское право. В 2 томах. Т. 1: Введение и часть 1, полиция безопасности / И. Андреевский. Санкт-Петербург : Тип. Эд. Праца, 1871.
2. Аристотель. Сочинения. В 4 томах. Москва : Мысль, 1983.
3. Галлиган Д. Административное право: история развития и основные современные концепции / Д. Галлиган, В.В. Полянский, Ю.Н. Стариков. Москва : Юрист, 2002.
4. Гумбольдт В.Ф. Опыт установления пределов государственной деятельности. Санкт-Петербург : Изд-е В.Ф. Лугинина ; Типо-литография «Евг. Тиле преемн.», 1908.
5. Зонненфельс И. фон. Начальные основания полиции или благочиния / И. фон Зонненфельс ; перевод М. Гаврилова. Москва : Университетская тип., 1787.
6. Ивановский В.В. Учебник административного права: Полицейское право. Право внутреннего управления / В.В. Ивановский. Казань : Типо-литография В.З. Еремеева, 1911.
7. Исаев А.А. Государственный кредит // Исаев А.А. Финансы и налоги: очерки теории политики / вступительная статья И.И. Кучерова. Москва : Статут, 2004.
8. Озеров И.Х. Основы финансовой науки : курс лекций, читанных в Петроградском и Московском университетах и в Московском коммерческом институте. Выпуск 1: Учение об обыкновенных доходах. 5-е изд. (с отд. доп.). Москва : Тип. Т-ва И.Д. Сытина, 1917.
9. Орлов М.Ф. О государственном кредите / М.Ф. Орлов // У истоков финансового права. М.М. Сперанский. Н.И. Тургенев. М.Ф. Орлов / под редакцией А.Н. Козырина // Золотые страницы финансового права России. Т. 1. Москва : Статут, 1998.
10. Платон. Государство; Законы; Политик / Платон ; перевод, предисловие Е.И. Темнова. Москва : Мысль, 1998.
11. Сперанский М.М. План финансов / М.М. Сперанский // У истоков финансового права. М.М. Сперанский. Н.И. Тургенев. М.Ф. Орлов / под редакцией А.Н. Козырина // Золотые страницы финансового права России. Т. 1. Москва : Статут, 1998.
12. Тарасов И.Т. Краткий очерк науки административного права : конспект лекций ординарного профессора по кафедре государственного права и административного И.Т. Тарасова. В 2 томах. Т. 1: Введение и общая часть / И.Т. Тарасов. Ярославль : Типо-литография Г. Фальк, 1888.
13. Тарасов И.Т. Очерк науки полицейского права / И.Т. Тарасов. Москва : Печатня С.П. Яковлева, 1897.
14. Тарасов И.Т. Очерк науки финансового права : Введение : конспект лекций. Вып. 1 / И.Т. Тарасов. 2-е изд. Ярославль : Типо-литография Г. Фалька, 1889.

15. Тарасов И.Т. Очерк науки финансового права: Введение. Общая часть. Особенная часть : составлен по лекциям, читанным в Демидовском юридическом лицее, в 1878—1881 академических годах / И.Т. Тарасов // Временник Демидовского юридического лицея. Ярославль, 1883. Кн. 31.
16. Тарасов И.Т. Очерк науки финансового права: Введение. Общая часть. Особенная часть : составлен по лекциям, читанным в Демидовском юридическом лицее, в 1878—1881 академических годах / И.Т. Тарасов // Временник Демидовского юридического лицея. Ярославль, 1883. Кн. 32.
17. Тургенев Н.И. Опыт теории налогов / Тургенев Н.И // У истоков финансового права. М.М. Сперанский. Н.И. Тургенев. М.Ф. Орлов / под редакцией А.Н. Козырина // Золотые страницы финансового права России. Т. 1. Москва : Статут, 1998.
18. Янжул И.И. Основные начала финансовой науки : учение о государственных доходах / И.И. Янжул. Москва : Статут, 2002.

- ¹ См.: Платон. Государство; Законы; Политик. М., 1998. С. 628; Аристотель. Сочинения : в 4-х т. М., 1983. С. 378.
- ² См.: Янжул И.И. Основные начала финансовой науки. Учение о государственных доходах. М., 2002. С. 36—37.
- ³ См.: Озеров И.Х. Основы финансовой науки. Выпуск первый: Учение об обыкновенных доходах. М., 1917. С. 242.
- ⁴ Тарасов И.Т. Очерк науки финансового права. Выпуск первый: Введение. Ярославль, 1889. С. 24.
- ⁵ Гумбольдт В.Ф. Опыт установления пределов государственной деятельности. СПб., 1908. С. 90.
- ⁶ Цит. по: Андреевский И. Полицейское право : в 2-х т. Т. 1: Введение и часть 1, полиция безопасности. СПб., 1871. С. ССXXIV.
- ⁷ Гумбольдт В.Ф. Указ. соч. С. 92—93.
- ⁸ См.: Зонненфельс И., фон. Начальные основания полиции или благочиния. М., 1787. С. 19.
- ⁹ См.: Галлиган Д., Полянский В.В., Стариков Ю.Н. Административное право: история развития и основные современные концепции. М., 2002.
- ¹⁰ См. об этом: Тарасов И.Т. Краткий очерк науки административного права. Т. 1. Ярославль, 1888. С. 2, 39.
- ¹¹ См. об этом: Тарасов И.Т. Очерк науки полицейского права. М., 1897. С. 38.
- ¹² Тарасов И.Т. Краткий очерк науки административного права. С. 18.
- ¹³ Тарасов И.Т. Очерк науки финансового права: Введение. Общая часть. Особенная часть // Временник Демидовского юридического лицея. Ярославль, 1883. Кн. 31. С. 34.
- ¹⁴ Ивановский В.В. Учебник административного права: Полицейское право. Право внутреннего управления. Казань, 1911.
- ¹⁵ Андреевский И. Указ. соч. С. 70, 450—451.
- ¹⁶ Там же. С. X.
- ¹⁷ Тарасов И.Т. Очерк науки финансового права: Введение. Общая часть. Особенная часть. С. 663.
- ¹⁸ Сперанский М.М. План финансов // У истоков финансового права. М.М. Сперанский. Н.И. Тургенев. М.Ф. Орлов / под ред. А.Н. Козырина. М., 1998. С. 44—45.
- ¹⁹ См.: Тургенев Н.И. Опыт теории налогов // У истоков финансового права. М.М. Сперанский. Н.И. Тургенев. М.Ф. Орлов / под ред. А.Н. Козырина. М. : Статут, 1998. С. 193.
- ²⁰ См.: Янжул И.И. Указ. соч. С. 503; Озеров И.Х. Указ. соч. С. 504.
- ²¹ Исаев А.А. Государственный кредит // Финансы и налоги: очерки теории политики. М. : Статут, 2004. С. 409.
- ²² Тарасов И.Т. Очерк науки финансового права: Введение. Общая часть. Особенная часть. С. 571.
- ²³ См.: Янжул И.И. Указ. соч. С. 361; Озеров И.Х. Указ. соч. С. 303.
- ²⁴ Янжул И.И. Указ. соч. С. 57.
- ²⁵ Орлов М.Ф. О государственном кредите // У истоков финансового права. М.М. Сперанский. Н.И. Тургенев. М.Ф. Орлов / под ред. А.Н. Козырина. М., 1998. С. 303.

Трансформация предмета административного права в условиях становления административного конституционализма в современной России

Конституционная демократическая модель современного российского государства обуславливает необходимость развития демократической архитектуры исполнительной власти, а точнее, всей публично-правовой надстройки, осуществляющей организационную исполнительно-распорядительную деятельность в сфере управления делами общества и государства. В связи с этим очень важным становится понимание административного права не просто как отрасли, регулирующей общественные отношения при *«осуществлении властной деятельности»* либо *«практической реализации»* исполнительной власти, а как отрасли, определяющей правовые рамки публичной администрации в сфере осуществления исполнительно-распорядительной деятельности и установления в качестве приоритета функционирования исполнительных органов базовой конституционной ценности — прав и свобод человека и гражданина.

Подобное понимание современного административного права, которое и должно определять содержание его предмета, является общемировым цивилизационным достижением, позволяющим определить соотношение индивидуальной свободы личности и интересов общества и государства. Именно по этому основной методологической константой определения новой структуры предмета административного права должно стать регулирование отношений, *«возникающих между личностью и государством, между гражданином и органами власти, обеспечивающих реализацию и охрану прав и свобод граждан в сфере государственного управления, их защиту от возможного произвола, ущемления или ограничения этих прав и свобод со стороны того или иного чиновника государственного аппарата»*¹.

Изучение отечественной и зарубежной литературы по административному праву подтверждает эту точку зрения. Так, например, еще в 1914 г. известный отечественный административист Аркадий Иванович Елистратов, разрабатывая идеи положения личности в правовом государстве в рамках дореволюционной догмы русского административного права, видел его главную задачу *«в упорядочивании отношений между людьми в области государственного управления посредством ограничения административного усмотрения должностных лиц правом, ибо система усмотрения подрывает в населении чувство права и справедливости, так как со справедливостью не совместим и самый благожелательный произвол»*².

В зарубежном европейском и североамериканском административном праве того периода господствующей также являлась идея о том, что админи-

стративное право, являясь частью публичного права, определяет организацию и компетенцию административных органов и указывает отдельным лицам средства правовой защиты от нарушения их прав, т.е. предметом административного права являются характер и способ осуществления административной власти, а также система защиты от административных действий публичной администрации³.

При наличии довольно заметных отличий в понимании административного права в континентальной Европе, Великобритании и США концепции административного права сходятся в одном — административное право предназначено для регулирования деятельности публичной власти и защиты граждан от ее произвола.

В работе одного из крупнейших американских административистов конца XIX — начала XX вв. Фрэнка Дж. Гудноу⁴ «Принципы административного права Соединенных Штатов» административное право определялось как *«часть права, определяющего компетенцию органов, исполняющих закон, и индивидуальные средства правовой защиты»*⁵, т.е. определяющее характер и способы осуществления административной власти, а также систему защиты от административных действий.

Другой выдающийся американский административист первой половины XX в. Эрнст Фройнд полагал, что административное право представляет собой *«свод законов, который разрабатывается таким образом, чтобы регулировать и ограничивать чрезмерные действия, не затрагивая конституционные вопросы. Его предметом является управление государственными делами, в отличие от законодательства, с одной стороны, и от юрисдикции судов, с другой...»*⁶.

В работах современного специалиста Джери Ли Машоу предмет американского административного права на основе идей административного конституционализма рассматривается через описание следующих трех основных групп общественных отношений.

Во-первых, это отношения между исполнительной администрацией и другими политическими ветвями власти, в которых административное право приобретает конституционный характер и широко касается вопросов разделения властей, а также делегирования полномочий различным субъектам по осуществлению публичных административных действий.

Во-вторых, административное право касается внутренних структур и процедур, которые необходимы для осуществления законных административных действий. Эта часть американского административного права затрагивает конституционные, законодательные и подзаконные аспекты регулирования различных правовых процедур. При этом процедурные проблемы настолько доминируют в современной американской концепции административного права, что административный процесс все чаще рассматривается как самостоятельная отрасль американского публичного права.

В-третьих, американское административное право значительное внимание уделяет средствам судебной защиты для проверки законности админи-

стративных действий. В современных учебниках по административному праву описание процедур судебного контроля за административными действиями занимает большую часть. Даже в тех случаях, когда речь идет о предметах политического контроля администрации и необходимых административных процедурах, студентам предлагается рассматривать эти вопросы в основном через призму судебного контроля и судебного толкования⁷.

Эти же особенности характерны и для современного административного права Великобритании, в котором значительное внимание уделяется именно роли судебного контроля за деятельностью публичной администрации в защите конституционных прав и свобод человека. В специальной литературе по вопросам конституционного и административного права Великобритании разделы, посвященные административному праву, обычно начинаются с описания конституционной роли судебного контроля (рассмотрения) в публичном управлении. *«Судебный контроль представляет собой средство, с помощью которого суды контролируют осуществление государственной власти. Судебный контроль разработан с целью обеспечения того, чтобы государственные органы, которые осуществляют законодательную или судебную власть, находились в пределах предоставленной власти. Судебный контроль связан с законностью принятого решения, а не с существом конкретного решения...»*⁸.

На сложный «мозаичный» характер современного административного права обращает внимание и выдающийся французский административист Г. Бребан. По его мнению, предмет административного права *«включает в себя значительную часть норм о государственном управлении»*⁹ с некоторыми исключениями, связанными с исполнительно-распорядительной деятельностью в сфере государственной политики, а также в сфере частнопредпринимательской и производственной деятельности с участием государства. Рассматривая предмет современного французского административного права, Г. Бребан выделяет три основные группы общественных отношений:

«во-первых, отношения, в которых государственному аппарату принадлежит исключительная монополия (армия, правосудие, почта и т.д.);

во-вторых, отношения, в которых государственное управление раздваивается, т.е. осуществляется совместно с другими участниками правоотношений (предприятиями и гражданами). К такой сфере относится управление школами, лечебно-медицинскими учреждениями, жилым фондом, транспортом и т.д.;

*в-третьих, отношения, в которых государственное вмешательство носит исключительный характер, т.е. когда частная инициатива не приводит к успеху либо необходимо решить проблемные ситуации»*¹⁰.

В основе такой плюралистической трактовки предмета административного права лежит интеграция централизованного государственного управления (la centralisation (франц.) — централизация) и децентрализованного государственного регулирования и участия в управлении (la décentralisation, la déconcentration (франц.) — децентрализация, деконцентрация). В свою очередь, децентрализация и деконцентрация как организационные формы

государственного управления рассматриваются довольно широко и предусматривают как обычное делегирование полномочий публичным субъектам (например, органам местного самоуправления либо специально создаваемым государственным организациям и учреждениям), так и передачу полномочий негосударственным структурам (например, профсоюзам и иным общественным организациям), а в ряде случаев и коммерческим организациям и частным лицам на основании лицензий и жесткого государственного контроля (например, государственным корпорациям, предприятиям с государственным участием и т.п.)¹¹.

Важной особенностью развития современного американского и западноевропейского административного права является и концепция глобального административного права. В частности, профессор Высшей нормальной школы в Пизе (Италия) Сабино Кассезе обращает внимание на то, что глобальное административное право развивается для решения наднациональных и национальных проблем, в том числе для *«укрепления национальной демократии и верховенства права, для повышения взаимной подотчетности между нациями или для уменьшения асимметрии между нациями»* посредством создания *«глобальных регуляторных режимов, включающих законодательство (договоры, правила, политики, стандарты, мягкое право) без законодательных органов»*. При этом предусматривается осуществление функций по урегулированию споров *«через различные квазисудебные надзорные органы и реализацию этих функций управления без исполнительной власти через косвенное регулирование»*, а также *«путем мониторинга и контроля за их осуществлением и исполнением через национальные органы»*¹².

Все сказанное позволяет определить главные направления дальнейшей эволюционной трансформации предмета современного российского административного права на основе общепризнанных в мировом масштабе идей административного конституционализма на десятилетия вперед.

Вполне очевидно, что приоритетным направлением дальнейшей эволюции предмета административного права и механизма регулирования административно-правовых отношений является всестороннее ограничение административного произвола в деятельности органов исполнительной власти и их должностных лиц, развитие институтов общественного и государственного, прежде всего судебного контроля за деятельностью органов исполнительной власти. Эта задача может быть решена посредством скорейшей разработки и принятия законов в области контроля и надзора за деятельностью органов исполнительной власти, например таких, как законы «О государственном управлении», «Об административных процедурах», «О государственном контроле», «О государственных должностях» и др.

Вторым необходимым направлением совершенствования административно-правового регулирования должно стать проведение реформы системы органов государственного управления (прежде всего системы органов исполнительной власти) в части их демократизации, де бюрократизации, де-

централизации и делегирования полномочий. В нашей стране должны произойти окончательный отказ от административно-командной системы управления и переход к социальному государству, основанному на партнерских отношениях между органами публичной администрации и гражданами, общественными объединениями, предприятиями, организациями и учреждениями различных организационно-правовых форм.

И наконец, третьим направлением развития системы административно-правового регулирования и предмета этого регулирования должна стать комплексная международная интеграция в решении важнейших наднациональных проблем (безопасность, экология и природопользование, транспорт, связь и коммуникации, образование, здравоохранение и т.д.), затрагивающих базовые права и свободы человека в различных государствах. При этом Российская Федерация как полноправный член международного сообщества должна не только развиваться в русле общемировых тенденций демократизации, но и самостоятельно активно генерировать создание наднациональных систем публичного управления и регулирования в сфере своих национальных интересов, осуществлять координацию их деятельности.

Нагорных Р.В.,

профессор кафедры административно-правовых дисциплин
Вологодского института права и экономики Федеральной службы
исполнения наказаний Российской Федерации (ФСИН России),
доктор юридических наук, доцент, почетный работник высшего
профессионального образования Российской Федерации
(г. Вологда)

Литература

1. Брэбан Г. Французское административное право : перевод с французского / Г. Брэбан ; под редакцией и со вступительной статьей С.В. Боботова. Москва : Прогресс, 1988.
2. Елистратов А.И. Основные начала административного права / А.И. Елистратов. Москва : Изд. Г.А. Лемана, 1914.
3. Попов Л.Л. Ренессанс государственного управления в России : избранное / Л.Л. Попов. Москва : Юр.Норма ; НИЦ ИНФРА-М, 2015.

References

1. Cassese S. Global administrative law: The state of the art / S. Cassese // International Journal of Constitutional Law. April 2015. Vol. 13. No. 2.
2. Constitutional and administrative law / H. Barnett, Q. Mary. Fourth ed. London, Sydney : Cavendish Publishing Limited, 1995.
3. Ernst D.R. Ernst Freund, Felix Frankfurter and the American Rechtsstaat: A Transatlantic Shipwreck, 1894–1932 / D.R. Ernst // Studies in American Political Development. 2009. Vol. 23. URL: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/18> (дата обращения: 22.04.2019).
4. Harriman E.A. The development of administrative law in the United States / E.A. Harriman // Yale L.J. 1916. Vol. 25. URL: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol25/iss8/3> (дата обращения: 20.04.2019).
5. Mashaw J.L. The American Model of Federal Administrative Law: Remembering the First One Hundred Years / J.L. Mashaw // Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 2010. Faculty Scholarship. Series. 3866. URL: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3866 (дата обращения: 24.04.2019).

6. The principles of the administrative law of the United States/ Frank J. Goodnow. New York : G.P. Putnam's Sons, 1905.
7. Tifine P. Droit administratif français : Revue générale du droit on line / P. Tifine. 4ème édition, 2019. URL: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2013/08/22/droit-administratif-francais-premiere-partie-chapitre-3> (дата обращения: 28.04.2019).

-
- ¹ См.: Попов Л.Л. Ренессанс государственного управления в России. Избранное. М. : Юр.Норма ; НИЦ ИНФРА-М, 2015. С. 25.
 - ² См.: Основные начала административного права / А.И. Елистратов. М. : Изд. Г.А. Лемана, 1914. С. 1, 2.
 - ³ См.: Edward A. Harriman. The development of administrative law in the United States, 25 Yale L.J. (1916). URL: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol125/iss8/3> (дата обращения: 20.04.2019).
 - ⁴ Прим. авт.: Фрэнк Джонсон Гудноу (1859—1939), президент Университета Джона Хопкинса в 1915—1929 гг. Фрэнк Дж. Гудноу является одним из первых исследователей в области государственного управления и административного права, а также специалистом в области государственного управления. Фрэнк Дж. Гудноу был первым президентом Американской ассоциации политических наук, которая до настоящего времени вручает ежегодную награду от его имени.
 - ⁵ См.: The principles of the administrative law of the United States / Frank J. Goodnow, L.L.D. New York : G.P. Putnam's Sons, 1905. P. 17. URL: <https://www.lawbooktxchang.com/> for selection of our other publications and fine facsimile reprints of classic works of legal history (дата обращения: 20.04.2019).
 - ⁶ См.: Ernst Freund, Felix Frankfurter and the American Rechtsstaat: A Transatlantic Shipwreck, 1894—1932 // Studies in American Political Development. October 2009. P. 171—188. URL: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/18> (дата обращения: 22.04.2019).
 - ⁷ См. подр.: Mashaw J.L. The American Model of Federal Administrative Law: Remembering the First One Hundred Years. Yale Law School. Yale Law School Legal Scholarship Repository. (2010). Faculty Scholarship. Series. 3866. URL: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3866 (дата обращения: 24.04.2019).
 - ⁸ См.: Constitutional and administrative law. Fourth Edition Hilaire Barnett, BA, LL.M Queen Mary, University of London. London, 1995. P. 837.
 - ⁹ См.: Брэбан Г. Французское административное право : пер. с фр. / под ред. и со вступ. ст. С.В. Боботова. М. : Прогресс, 1988. С. 24.
 - ¹⁰ Там же. С. 30.
 - ¹¹ См.: Tifine P. Droit administratif français. 4ème édition: Revue générale du droit on line, 2019. URL: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2013/08/22/droit-administratif-francais-premiere-partie-chapitre-3> (дата обращения: 28.04.2019).
 - ¹² См.: Cassese S. Global administrative law: The state of the art // International Journal of Constitutional Law. April 2015. Vol. 13. No. 2. P. 465—468.

Принцип нейтральности налога на добавленную стоимость как принцип налогового права

Следует признать, что вопросы определения и значения принципов финансового права сохраняют свою актуальность. Судебная практика из года в год подтверждает, что принципы права являются непосредственными правовыми регуляторами отношений в сфере публичных финансов.

В частности, в декабре 2018 г. Верховный Суд Российской Федерации (далее — ВС РФ) признал существование у налога на добавленную стоимость собственного принципа, характеризующего его правовую природу. Таким принципом был назван принцип нейтральности налога на добавленную стоимость (Определение ВС РФ от 21 декабря 2018 г. № 306-КГ18-13567).

Такое признание лишь подтвердило назревшую актуальность исследования данного принципа, в том числе его определения и содержания.

В европейской правовой доктрине принцип нейтральности налога на добавленную стоимость признается как основополагающий принцип, задающий смысл совокупности элементов указанного налога. Поскольку элементы российского налога на добавленную стоимость были позаимствованы российским законодателем из европейской правовой доктрины, то для раскрытия указанного принципа большое значение имеет исследование как европейских научных источников, так и судебной практики Суда Европейского союза.

Принцип нейтральности НДС

Важно отметить, что налог на добавленную стоимость был разработан в Европе. Российский законодатель лишь скопировал элементы данного налога, установив соответствующие положения в законодательстве о налогах и сборах.

В этой связи при толковании вопросов, связанных с исчислением налога на добавленную стоимость, следует исходить из того понимания правовой природы указанного налога, которое закладывалось при установлении элементов такого налога в европейской доктрине.

Как отмечено, европейская доктрина признает за налогом на добавленную стоимость наличие такого собственного принципа взимания, как принцип нейтральности. Указанный принцип предполагает исключение осязательного воздействия процесса взимания налога на сферы хозяйственной деятельности налогоплательщика. В соответствии с такими сферами следует выделять следующие составляющие принципа нейтральности налога на добавленную стоимость:

1) имущественная составляющая — предполагает отсутствие осязательного влияния на имущественное положение налогоплательщика, включая освобождение от бремени уплаты суммы налога на добавленную стоимость;

2) конкурентная составляющая — предусматривает соблюдение конкуренции налогоплательщиков на том или ином рынке;

3) формально-юридическая составляющая — предполагает отсутствие воздействия на выбор правовой формы организации и ведения хозяйственной деятельности;

4) экономическая составляющая — означает отсутствие воздействия на выбор средств производства, распределения и прочих обстоятельств непосредственного ведения хозяйственной деятельности.

Указанные составляющие при комплексном толковании исключают существенное влияние налога на добавленную стоимость на налогоплательщиков (сферы их хозяйственной деятельности) и делают такой налог нейтральным для них. При этом только общее соблюдение всех указанных составляющих позволит говорить о нейтральности НДС в целом.

Применительно к имущественной составляющей принципа нейтральности важное значение имеет возможность ее распространения только на тот предъявленный налогоплательщику НДС, который он предполагает понести или уже понес в целях дальнейших операций, облагаемых указанным налогом. Если речь идет о налоге на добавленную стоимость, который налогоплательщик несет в целях необлагаемых операций, то оставление такого бремени на налогоплательщике не противоречит принципу нейтральности НДС.

Кроме того, с точки зрения конкурентной, формально-юридической и экономической составляющих принципа нейтральности НДС важно, чтобы налогоплательщики находились в равных условиях по вопросу о возможности принятия к вычету НДС, который они несут в целях дальнейших облагаемых либо необлагаемых операций.

Правовой режим взимания НДС не предполагает различий при формировании налоговой составляющей в себестоимости одних и тех же товаров (работ, услуг) в зависимости, в частности, от фактических результатов деятельности налогоплательщиков; количества сделок между ними, предшествующих итоговой облагаемой реализации товаров (работ, услуг); процессов принятия решений об использовании приобретенных товаров (работ, услуг) для целей тех или иных облагаемых либо необлагаемых операций.

Определение ВС РФ от 21 декабря 2018 г. № 306-КГ18-13567

В Определении ВС РФ от 21 декабря 2018 г. № 306-КГ18-13567 обоснованно отмечается, что критерием, в соответствии с которым суммы НДС, включенные в цену приобретенных товаров (работ, услуг), подлежат или не подлежат вычету, является характер использования приобретенных товаров (работ, услуг).

Правовая природа НДС предполагает возможность принятия к вычету сумм предъявленного НДС в случае приобретения товаров (работ, услуг) для использования в дальнейших облагаемых операциях. В противном случае налогоплательщик должен нести бремя затрат на такой предъявленный НДС за свой счет.

Соответственно, налогоплательщики, приобретающие товары (работы, услуги) для использования, в частности в необлагаемых операциях (в том числе при таком последующем использовании), должны претерпевать одинаковые налоговые последствия. Этим и объясняется закрепленная в подп. 2 п. 3 ст. 170 Налогового кодекса Российской Федерации (далее — НК РФ) обязанность восстанавливать вычеты по НДС в случае несовпадения предполагаемого использования товаров (работ, услуг) с их фактическим использованием в целях необлагаемых операций.

В противном случае налогоплательщик, изначально приобретающий товары (работы, услуги) для целей необлагаемых операций и в этой связи не применяющий связанный с ними налоговый вычет, будет находиться в худшем положении по сравнению с налогоплательщиком, который будет использовать аналогичные приобретенные товары (работы, услуги) для целей аналогичных необлагаемых операций, но изначально приобретет их для целей облагаемых операций и применит связанный с ними налоговый вычет.

Иными словами, если бы обязанности, установленной подп. 2 п. 3 ст. 170 НК РФ, не было, то налогоплательщик, сознательно изменивший цели использования приобретенных товаров (т.е. решивший их использовать в рамках необлагаемой операции вместо облагаемой операции), получал бы необоснованное конкурентное преимущество по сравнению с налогоплательщиком, изначально приобретающим товары для целей необлагаемой операции. Такое конкурентное неравенство подрывало бы конкурентную составляющую принципа нейтральности НДС.

Стоит отметить, что НДС изначально задумывался как косвенный налог, который не должен влиять на конкуренцию предпринимателей-налогоплательщиков на рынке. Существо НДС не предполагает предоставления отдельным налогоплательщикам каких-либо конкурентных преимуществ, происходящих из подходов к решению вопросов самого исчисления такого налога. В себестоимости товаров (работ, услуг) не должно быть разной составляющей НДС в условиях, когда их реализация конечному приобретателю облагается НДС. НДС должен взиматься через налогоплательщиков, при этом ни в коем случае не оказывая ощутимого влияния на конкурентную и иные сферы предпринимательской деятельности.

При этом, как обоснованно отмечено ВС РФ, намеренное изменение налогоплательщиком целей использования товаров (работ, услуг) не следует отождествлять с фактически сложившимся изменением возможности использования таких товаров (работ, услуг) ввиду их утраты либо наступления иных непредвиденных и не зависящих от налогоплательщика неблагоприятных последствий.

В этой связи лишение налогоплательщиков, объективно утративших в связи с непредвиденными обстоятельствами возможность использовать приобретенные товары (работы, услуги) по предполагаемому целевому назначению, права на вычет поставит их в неравное положение с налогоплательщиками,

которые такую возможность не утратят. Такое неравное положение будет предполагать различные налоговые последствия в зависимости от результатов хозяйственной деятельности и возникших в ходе нее потерь, что будет противоречить экономической, имущественной и конкурентной составляющим принципа нейтральности НДС.

Вместе с тем, поскольку в рассматриваемом деле налогоплательщик реализовал лом цветных металлов, образовавшийся от ликвидации объектов основных средств, а реализация такого лома была освобождена от НДС на основании подп. 25 п. 2 ст. 149 НК РФ¹, то в действительности составляющие приобретенных товаров были использованы для необлагаемой операции.

Представляется, что ВС РФ не мог проигнорировать факт такого использования для целей необлагаемой операции и в этой связи указал на возможность постановки вопроса о корректировке налоговых вычетов, понесенных в связи с приобретением товаров, но только в части стоимости самого реализованного металлолома, принятого к учету по результатам ликвидации объектов основных средств. По сути, оприходованный металлолом представляет собой часть приобретенных основных средств, и в этой связи обоснованно ставить вопрос о корректировке вычетов, приходящихся на такую часть, в связи с ее использованием в необлагаемой операции по ее реализации.

Расчет суммы вычетов, приходящихся на стоимость металлолома, требует определения соотношения стоимости такого металлолома, по которой он должен приниматься на учет (т.е. по рыночной стоимости), со стоимостью приобретения товаров, при ликвидации которых был сформирован такой металлолом. Пропорционально доле такого соотношения должна определяться доля восстанавливаемых вычетов.

По своей сути описанная логика с корректировкой вычетов, приходящихся на реализованный металлолом, согласуется со смыслом положений подп. 2 п. 3 ст. 170 НК РФ, но осложнена причинами происхождения такого металлолома (непредвиденными конструктивными изменениями приобретенных товаров, в силу которых из них налогоплательщиком выделяется другой товар). Однако выделение и введение в оборот такого товара налогоплательщиком происходит осознанно.

Иными словами, налогоплательщик, формируя для продажи металлолом из ранее приобретенных товаров, по которым уже применил налоговые вычеты, и реализуя его контрагенту, осознавал, что использует такую выделенную часть приобретенных товаров в целях дальнейшей необлагаемой операции.

В этой связи сохранение за ним права на вычет, приходящийся на такую часть, противоречило бы смыслу налогового вычета по НДС и правовой природе указанного налога. В противном случае налогоплательщик, который целенаправленно приобретал товары для их реализации в качестве металлолома, оказывался бы в худшей конкурентной ситуации, поскольку изначально не мог бы применить право на вычет в отношении приобретенных товаров.

Постановка вопроса о возможности компенсации налогоплательщику предъявленных сумм НДС в зависимости от того, изменил ли такой налогоплательщик после приобретения изначальные цели использования приобретенного имущества, создавала бы неравные условия для налогоплательщиков-конкурентов, действующих на рынке одних и тех товаров (работ, услуг), для целей реализации которых такие суммы НДС были понесены. С учетом изложенного такое толкование противоречило бы принципу нейтральности НДС, на котором основывается его правовая природа.

Таким образом, рассматриваемое Определение ВС РФ ценно не только тем, что впервые на уровне высшей судебной инстанции было признано наличие у НДС собственного принципа взимания в виде принципа нейтральности.

Указанное определение в очередной раз заставило задуматься над соотношением норм налогового права, разрешающих конкретные вопросы исчисления налогов, и принципов налогового права, которые, как видно из описанного примера, выступают самостоятельными и непосредственными средствами правового регулирования.

Шелкунов А.Д.,
преподаватель кафедры государственно-правовых дисциплин
Северо-Западного филиала Российского государственного
университета правосудия
(г. Санкт-Петербург)

¹ Подпункт утратил силу с 1 января 2018 г.

Правовое регулирование компенсационно-восстановительных налоговых отношений: актуальные проблемы баланса частных и публичных интересов

Поводом для написания настоящей статьи является дифференцированный подход законодателя в вопросе защиты права публичной и частной собственности в компенсационно-восстановительных налоговых отношениях. Различие ставится в зависимости от вида защищаемого интереса (публичный или частный). Данная проблема обнаруживает коллизию двух равнозначных конституционных ценностей, которая приводит к дисбалансу публичных и частных интересов в определении имущественных последствий, связанных с неправомерным использованием денежных средств, и требует корректировки.

Еще до принятия Налогового кодекса Российской Федерации в 1996 г. Конституционный Суд Российской Федерации (далее — КС РФ) определил правовую природу пени «как компенсацию потерь государственной казны в результате недополучения налоговых сумм в срок в случае задержки уплаты налога»¹. По мысли КС РФ данный дополнительный платеж призван полностью возместить ущерб, понесенный государством в результате несвоевременного внесения налога.

В дальнейшем эта правовая позиция неоднократно воспроизводилась КС РФ в своих актах².

До 1 октября 2017 г. длительность недоимки не играла никакой роли на величину пеней: процентная ставка пеней всегда принималась равной 1/300 ставки рефинансирования Банка России, действовавшей во время просрочки. Низкая цена компенсации даже давала нам все основания говорить об отсутствии стимулирующей функции пени: величина фискального процента заметно уступала стоимости кредитного ресурса на рынке заемного капитала, т.е. была ниже ставок банковского и коммерческого кредитов и в лучшем случае соотносилась с уровнем инфляции³.

С 1 октября 2017 г. порядок начисления пени для юридических лиц изменился: 1/300 ставки рефинансирования Банка России на сумму недоимки действует только первые 30 календарных дней включительно; начиная с 31-го календарного дня просрочки исполнения обязанности по уплате налога исчисление производится исходя из 1/150 действующей в это время ставки рефинансирования Банка России на сумму недоимки сроком свыше 30 календарных дней.

С 28 октября 2019 г. ставка рефинансирования Банка России (равна ключевой ставке) составляет 6,5%⁴. Если пени рассматривать в качестве компен-

сационной платы за пользование денежными средствами, предназначенными для уплаты налога, то цена этого «кредитного ресурса» для налогоплательщиков — физических лиц, включая индивидуальных предпринимателей, составит 7,9% годовых ($6,5/300 \times 365$). Для налогоплательщиков — юридических лиц в первые 30 дней просрочки величина пени составит 7,9% годовых, с 31-го календарного дня просрочки — 15,8% годовых ($6,5/150 \times 365$).

С другой стороны, возможны ситуации, когда государство без законных на то оснований пользуется денежными средствами налогоплательщика. Речь идет об излишне взысканных налогах, пених, штрафах (ст. 79 НК РФ), несвоевременном возврате излишне уплаченного налога (ст. 78 НК РФ), нарушении сроков возврата возмещаемого НДС (ст. 176 НК РФ) и др.

На этот случай законодатель предусмотрел компенсацию имущественных потерь налогоплательщика путем начисления ему процентов за каждый день неправомерного использования государством денежных средств налогоплательщика. Причем во всех случаях (п. 8 ст. 45.1; абз. 2 и 3 п. 9.2 ст. 76; п. 10 ст. 78; абз. 3 п. 5 ст. 79, абз. 5 и 6 п. 5 ст. 105.18; п. 10 ст. 176, п. 10 ст. 176.1, п. 3 ст. 203 НК РФ) установлена единая компенсационная ставка — ставка рефинансирования Банка России, действовавшая в дни нарушения.

КС РФ в Определении от 23 июня 2009 г. № 832-О-О указал, что выплаты, предусмотренные положениями п. 10 ст. 78 НК РФ (а по сути, во всех вышеперечисленных статьях (добавлено. — Я.С.)) по своему характеру являются *компенсационно-восстановительными*, поскольку выплачиваются в случаях, когда государственный орган не исполнил возложенные на него обязанности.

Если принять за истину (с учетом правовых позиций КС РФ: Постановление от 17 декабря 1996 г. № 20-П и Определение от 23 июня 2009 г. № 832-О-О), что пени и проценты обладают одинаковой компенсационно-восстановительной природой, то следствием данного допущения станет вывод о *релевантном* правовом регулировании сходных по своему содержанию отношений, не допускающем дифференцированный (в зависимости от формы собственности) подход в определении имущественных последствий, связанных с неправомерным использованием чужих денежных средств.

КС РФ неоднократно указывал, что «однородные по своей юридической природе отношения должны регулироваться одинаковым образом»⁵.

В то же время стоимость использования чужих денежных средств — величина правосстановительной санкции для налогоплательщика и публично-правового образования — не одинакова.

Государственная (муниципальная) собственность (т.е. та часть имущества налогоплательщика, в виде определенной денежной суммы, подлежащей взносу в казну, которой он не вправе распоряжаться по своему усмотрению) ценнее частной собственности, так как математически ее использование дороже: на 20% ($365/300$), или в 1,2 раза, если просрочка исполнения обязанности по уплате налога составляет до 30 календарных дней, и на 240%, или

в 2,4 раза (365/150), если просрочка составляет больше 30 календарных дней (п. 4 ст. 75 НК РФ).

Возникает вопрос об аргументах в пользу такого несоразмерного (непропорционального) законодательного решения, принимая во внимание конституционные принципы равенства, справедливости, признания и защиты всех форм собственности *равным образом* (ч. 2 ст. 8 Конституции Российской Федерации).

Еще в XIX в. определяя математическое уравнение «обиды и отплаты за нее», И.Я. Фойницкий указывал, что «существо справедливости состоит в причинении одному человеку точно того же, что он причинил другому; дело юстиции должно покрывать дело обиды и быть математически соразмерно с ним»⁶.

Безусловно, определение размера компенсационного платежа является прерогативой федерального законодателя, который обладает широкой дискрецией как при установлении величины пени (ст. 75 НК РФ), так и при определении размера компенсации имущественных потерь частного собственника (ст. 76, 78, 79, 176, 176.1, 203 НК РФ).

Вместе с тем степень усмотрения законодателя не является абсолютной. Федеральный законодатель связан требованиями Конституции Российской Федерации (ч. 1 и 2 ст. 19), обязывающими его следовать принципам юридического равенства и справедливости, из которых вытекает необходимость равного обращения с лицами, находящимися в равных условиях, и соблюдение которых означает, помимо прочего, запрет вводить не имеющие *объективного и разумного оправдания* различия в правах лиц, находящихся в одинаковых или сходных обстоятельствах⁷.

Данная связанность законодателя конституционными принципами равенства, справедливости и соразмерности требует от него в регулировании, особенно в публично-правовой сфере, взаимной согласованности предметно связанных между собой норм, а также адекватности, разумной достаточности и пропорциональности используемых правовых средств.

КС РФ неоднократно указывал, что принцип равенства не исключает возможность установления различных правовых условий для различных категорий субъектов права, однако такие различия не могут быть произвольными, они должны основываться на *объективных характеристиках* соответствующих категорий субъектов⁸.

Конституционному принципу равенства противоречит любая дискриминация, т.е. такие устанавливаемые законом различия в правах и свободах, которые в сходных обстоятельствах ставят одну категорию лиц в менее благоприятные (или, наоборот, более благоприятные) условия по сравнению с другими категориями⁹.

Соответственно, при законодательном установлении размера компенсационно-восстановительных выплат, дифференциация, приводящая к различиям в правах и обязанностях субъектов права, допустима только в том случае,

если она объективно оправдана, юридически обоснована и преследует конституционно значимые цели, а используемые для достижения этих целей правовые средства соразмерны им.

Если компенсационные выплаты как следствие неправомерного поведения и частного и публичного субъектов рассматривать в качестве разновидности обмена антиблагами (нарушение и санкция), то денежный эквивалент стоимости денег во времени в асимметричном подходе утрачивается, при том что объективное и разумное оправдание различия в восстановлении имущественного права лиц, находящихся в одинаковых (сходных) обстоятельствах, отсутствует. Различная цена денег обусловлена исключительно статусом защищаемого интереса (публичный или частный).

Предпочтение, отдаваемое законодателем публичному собственнику, ущемляет законные интересы налогоплательщиков. Ущемление законных интересов налогоплательщиков состоит не в том, что государство имеет и пользуется такими защитительными возможностями, а в том, что налогоплательщики не имеют юридических оснований для получения аналогичных возможностей, в то время как фактические основания для этого существуют в достаточной степени. Эту ситуацию можно рассматривать и так, что налогоплательщики находятся в необоснованно менее выгодном или дискриминационном положении. Их законное ожидание состоит не в лишении государства привилегированного защитного статуса, а в приобретении такого же, т.е. уравнивании с ним в защитном потенциале права собственности.

В советский период социалистическая собственность тоже имела приоритетную охрану по сравнению с личной собственностью граждан, которая считалась производной от социалистической и должна была существовать лишь до «наступления высшей фазы коммунизма»¹⁰. Проявлялось это как раз в степени строгости наказаний: преступления против социалистической собственности наказывались намного суровее аналогичных преступлений, направленных против личной собственности. Посягательства на социалистическую собственность по степени опасности стояли выше (гл. 2 УК РСФСР от 27 октября 1960 г.), чем преступления против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности (гл. 3 УК РСФСР).

Эти причудливые архаизмы с современных позиций права смотрятся тем более чуждыми, но, тем не менее, аналогичная логика законодателя усматривается в регулировании вышеуказанных налоговых отношений.

Для предоставления привилегий публичным интересам должны быть существенные основания (которые не обнаруживаются), иначе деятельность законодателя становится произвольной и нарушает равновесие между интересами общества и необходимыми условиями защиты основных прав личности.

Возникающая коллизия публичного и частного интересов во всяком случае не может преодолеваться путем предоставления приоритета одним интересам в ущерб другим, равноценных по своему конституционному значению. Представляется, что в целях обеспечения справедливого и соразмерного

установления размера компенсационно-восстановительного платежа законодатель должен исходить из конституционного равенства всех форм собственности (ч. 2 ст. 8 Конституции Российской Федерации).

В основе равной компенсации лежит эгалитарный принцип: налогоплательщик так же, как и государство, должен иметь аналогичную (на одинаковых условиях и принципах, в сопоставимом объеме) возможность компенсации имущественного ущерба. Равнозащищаемые интересы частного и публичного собственника не должны противопоставляться друг другу, конкурировать между собой. Применительно к нормативно-правовому регулированию в налоговой сфере это означает, что установление федеральным законодателем величины пени и процентов как источников покрытия имущественных потерь, соответственно казны и кошелька налогоплательщика, необходимо рассматривать в системном единстве как имеющих общее правовое основание.

Ядрихинский С.А.,

доцент кафедры административного и финансового права
Северо-Западного института (филиала)
Университета имени О.Е. Кутафина,
кандидат юридических наук, доцент
(г. Вологда)

Литература

1. Василенков П.Т. Советское право : учебное пособие / П.Т. Василенков, С.И. Дудников. Москва : Высшая школа, 1964.
2. Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюремным содержанием / И.Я. Фойницкий. Санкт-Петербург : Тип. Мин-ва путей сообщения (А. Бенке), 1889.
3. Ядрихинский С.А. Пеня как способ обеспечения обязанности по уплате налогов и сборов: проблемы правопонимания / С.А. Ядрихинский // *Налоги и налогообложение*. 2015. № 2. DOI: 10.7256/1812-8688.2015.2.12919.

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 декабря 1996 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности пунктов 2 и 3 части первой статьи 11 Закона Российской Федерации от 24 июня 1993 года «О федеральных органах налоговой полиции» // *Вестник КС РФ*. 1996. № 5.

² См., например: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 6 декабря 2001 г. № 257-О «По жалобе Красноярского филиала закрытого акционерного общества «Коммерческий Банк «Ланта-Банк» на нарушение конституционных прав и свобод пунктами 1 и 2 статьи 135 и частью второй статьи 136 Налогового кодекса Российской Федерации» // *Вестник КС РФ*. 2002. № 3; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 4 июля 2002 г. № 202-О «По жалобе унитарного государственного предприятия «Дорожное ремонтно-строительное управление № 7» на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 1 статьи 122 Налогового кодекса Российской Федерации» // *Вестник КС РФ*. 2003. № 1; и др.

³ Ядрихинский С.А. Пеня как способ обеспечения обязанности по уплате налогов и сборов: проблемы правопонимания // *Налоги и налогообложение*. 2015. № 2. С. 107–108.

⁴ Информационное сообщение Банка России от 25 октября 2019 г. «Банк России принял решение снизить ключевую ставку на 50 б.п., до 6,50% годовых» // *Вестник Банка России*. 2019. № 70.

- ⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 марта 2008 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности части 3 статьи 21 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Товарищество застройщиков», открытого акционерного общества «Нижнекамскнефтехим» и открытого акционерного общества «ТНК-ВР Холдинг» // Вестник КС РФ. 2008. № 3.
- ⁶ Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюремномедием. СПб. : Тип. Мин-ва пут. сообщ. (А. Бенке), 1889. С. 18.
- ⁷ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 апреля 2016 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности статей 32, 34.2 и 217 Налогового кодекса Российской Федерации, пунктов 1 и 3 Положения о Пенсионном фонде Российской Федерации (России) и подпункта 5.1.1 Положения о Федеральной налоговой службе в связи с запросом Ленинградского окружного военного суда» // Вестник КС РФ. 2016. № 4.
- ⁸ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 апреля 2001 г. № 7-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Таможенного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области, жалобами открытых акционерных обществ «АвтоВАЗ» и «Комбинат «Североникель», обществ с ограниченной ответственностью «Верность», «Вита-Плюс» и «Невско-Балтийская транспортная компания», товарищества с ограниченной ответственностью «Совместное российско-южноафриканское предприятие «Эконт» и гражданина А.Д. Чулкова» // Вестник КС РФ. 2001 № 5.; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 14 декабря 2004 г. № 451-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Палаты представителей Законодательного Собрания Свердловской области о проверке конституционности пункта 1 статьи 374 Налогового кодекса Российской Федерации» // Вестник КС РФ. 2005. № 3; и др.
- ⁹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 7 июня 2001 г. № 141-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Кавказтрансгаз» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 4 статьи 81 Налогового кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».
- ¹⁰ Василенков П.Т., Дудников С.И. Советское право : учебное пособие. М. : Высш. шк., 1964. С. 237.

Шариат в современном мире

Существует мнение, что там, где перестали применять мусульманское право, ислама больше не существует¹. Поскольку помимо исламской теологии, указывающей мусульманину, во что ему верить, данная религия является основой шариата — т.е. мусульманского права. «Шариат» в переводе означает «путь следования» и содержит правила поведения мусульман в соответствии с догмами ислама. Чтобы понимать мусульманское право, необходимо знать первоосновы ислама, так как ислам — это религия закона, а само право ценно как слуга религии². В связи с этим центральная концепция ислама предопределяет функционирование общества теократического режима. Сама же наука мусульманских законов (фикх) как изучает сам шариат, так и объясняет источники его возникновения. Теологами-правоведами на протяжении веков были разработаны обширные правовые доктрины. Очевидно, что мусульманское право составляет одну из сторон религии ислама. Однако шариат применим к отношениям, когда все стороны являются приверженцами ислама, если же одна из сторон не является им, то принцип регулирования взаимоотношений религиозными правилами отпадает.

В настоящей статье кратко будут затронуты вопросы источников мусульманского права; адаптации шариатских норм к условиям современного мира; правовых систем современных мусульманских государств.

Наука выделяет четыре источника мусульманского права:

— **Коран** — является священной книгой ислама и первоисточником шариата. Считается, что Коран содержит в себе наставления Аллаха, переданные пророку Мухаммеду в виде откровений. Мусульманские юристы не воспринимают Коран в качестве кодекса или книги права, его положений недостаточно для полноценной кодификации, а многие правовые институты не затрагиваются. Поэтому судья обращается не непосредственно к Корану, который он не может и не должен толковать, а к книгам авторитетных юристов и ученых-богословов, содержащим в себе такое толкование³;

— **сунна** — сборник традиций, который повествует о действиях и высказываниях самого пророка Мухаммеда, записанные его сподвижниками. Его слова и наставления воспринимаются за образцовое поведение, которым должны руководствоваться правоверные мусульмане;

— **иджма** — консенсус мусульманского общества по вопросам права. Однако иджма приобретает правовую силу при консенсусе именно компетентных лиц, а не всего мусульманского сообщества. Несмотря на отрицание ее юридической силы некоторыми шиитами, большинство мусульман считают иджму третьим по важности правовым источником;

— **кияс** — суждение по аналогии. Естественно, что многие вопросы современного мира не могут регулироваться лишь первыми тремя источника-

ми. Поэтому мусульманские легисты прибегают к методу толкования и рассуждения.

Возникает вопрос о юридической силе обычая и судебной практики в мусульманском праве. Являются ли они источниками права? Обязан ли судья руководствоваться прецедентом? Формально нет. Тем не менее мусульманские юристы на практике обращаются к судебным прецедентам и обычаям в целях уточнения и правильного применения правовой нормы либо правового принципа. Естественно, что обычаю отводится лишь субсидиарная роль в сфере регулирования, освещающая и детализирующая вопросы, которые затронуты шариатом лишь на общем уровне. Например, порядок использования водного источника между земельными участками или способ выплаты приданого. Можно отметить, что некоторые институты торгового права (чек) были выработаны именно деловой практикой. Обычаи не могут воспрепятствовать действиям человека, которые согласно фикху являются обязательными; и наоборот, рекомендовать запрещенные или порицаемые действия. Напомним, что в соответствии с шариатом человеческие поступки делятся на: обязательные, рекомендуемые, безразличные, порицаемые и запрещенные.

Толкование коранических догм не отличается единообразием среди мусульманских правоведов, особенно между суннитами и шиитами, что привело к возникновению множества школ исламского права (мазхабов), которые внесли существенный вклад в развитие шариата. Перечислим основные из них.

Первые четыре мазхаба относятся к школам суннитского толка. Ханафитская школа исповедует рациональный подход к мусульманским предписаниям и традициям. Ее идеи получили распространение в Ираке, Египте, Сирии, Персии, Индии, Китае, Центральной Азии, Турции, мусульманских республиках бывшего СССР, Иордании, Афганистане, Пакистане. Школа Маликита, или традиционная мединская школа, признающая сформировавшиеся лишь при жизни пророка Мухаммеда нормы фикха, закрепилась в некоторых странах Аравийского полуострова, Северной и Западной Африки. Догматический мазхаб Хафецитов отдает предпочтение исследованию лишь религиозных идеалов, а не сложившейся практике. Последователи этой школы занимают юг Аравийского полуострова, Пакистан, Египет, Индонезию, Малайзия, Цейлон, Филиппины, Восточную Африку. Ханбализм считается самой консервативной школой со строгими правилами следования шариату в традиционной форме. Приверженцев этих идей можно встретить в Саудовской Аравии и Сирии.

Среди несуннитских школ следует отметить шиитскую школу Зейдитов, распространенную в Йемене, как наиболее близкую и лояльную к суннитам. Джафаритский мазхаб (Ирак, Иран) опирается только на традиции имамов, выходцев из семьи пророка. Поскольку приверженцы данной школы признают своим духовным лидером 12 имамов, то иначе их называют шииты-двунадесятники.

Приведенные правовые школы возникли и распространены в той или иной степени в разных регионах мусульманского мира. Базируясь на единых принципах ислама, они различаются в интерпретации мусульманских норм, а также в других деталях. Тем не менее теоретики, исходя из общих исламских принципов, предпринимают попытки сблизить представителей различных правовых школ, как минимум школ суннитского толка.

Сложившееся в X в. н.э. мусульманское право было ориентировано на регулирование отношений того времени. И его неизменные нормы являются консервативными и непригодными для нужд современного общества. Некоторые объясняют казуистичность и архаичность норм мусульманского права тем, что оно сформировалось в Средневековый период⁴. Очевидно, что многие институты третьего тысячелетия, например трансплантация и искусственное оплодотворение, не могут получить должной регламентации в традиционном мусульманском праве. Так можно ли модернизировать мусульманское общество, не отказываясь от традиций?

Складывается впечатление, что шариат был актуален лишь для общества прошлых столетий. Фактически это не так: мусульманское право продолжает оставаться одной из крупных правовых систем современного мира и регулировать отношения между более чем полтора миллиарда мусульман. Мусульмане проживают во многих странах, включая Европу. Некоторые ученые выделяют семью традиционного мусульманского права (Иран, Саудовская Аравия) и семью модернизированного мусульманского права (Алжир, Египет, Марокко, Индонезия)⁵. Принципы ислама находят отражение в конституциях и законах многих государств с мусульманским населением. Например, конституции Алжира, Египта, Ирана, Мавритании, Марокко, Пакистана, Республики Йемен, Судана, Туниса провозгласили подчинение этих государств принципам ислама. В 1985 г. появилась Модель исламской конституции, подготовленная под эгидой Исламского Совета в Европе. Гражданский кодекс Египта (1948 г.), Алжира (1975 г.), Ирака (1951 г.) предлагает судьям восполнять пробелы закона на основе принципов мусульманского права. Это является наглядным примером того, как мусульманские страны пытаются приспособиться к модернизации и вызовам настоящего времени, сохранив традиционный уклад.

Императивные нормы шариата оставляют широкую область для свободной инициативы сторон. Принцип дозволения заключения соглашений в дополнение к предписаниям закона предопределяет дискрецию, которая порой может привести ощутимые изменения в нормы шариата. Так, брачный договор с оговоркой о возможности жены расторгнуть брак в связи с вступлением мужа в другие браки сводит на нет принцип полигамии традиционной мусульманской семьи. Именно такими соглашениями в Сирии кардинально был реформирован институт брака и семьи.

В стремлении обойти некоторые строгие нормы шариата в мусульманской юриспруденции появилась практика использования юридических фик-

ций и стратагем. Формально соблюдая букву закона, стороны фактически могут заключить запрещенный в исламе процентный договор займа посредством двойной купли-продажи, а запрет аренды земли позволяет обойти фикция института товарищества.

Согласно мусульманскому мировоззрению Аллах является единоличным законодателем и единственным истопником власти. Все остальные, включая духовенство и правителей, его рабы. Поэтому богословы, как правило, не занимают административных должностей. В случае угрозы тирании и узурпации властных полномочий народ имеет право свергнуть правителя; не исполнять его указания, если они противоречат религиозным заветам⁶. Суверен не является законодателем в исламистском понимании, но руководит государственной политикой, поэтому его регламентирующие меры признаются мусульманским правом законными. Благодаря такому подходу правители широко пользовались своими регламентирующими полномочиями в целях внесения изменений в правоприменение. Исламские теологи, несмотря на порицание подобных действий и неприятие любых реформ и проявлений модернизации общества, не смели выступать против правителей и ограничивались довольно сдержанной критикой.

Современные тенденции по-разному повлияли на отдельные отрасли права. Так, уголовное и фискальное право уже давно попали под тенденцию светизации, что сложно сказать в отношении брачно-семейных отношений. Тем не менее во всех отраслях на сегодняшний момент можно наблюдать определенную степень модернизации. Во многих отраслях права, появившихся в прошлом веке, наблюдаются заимствования из романо-германской и англосаксонской правовых систем. Эта тенденция получила название «вестернизация права». Благодаря принятию целых кодексов или отдельных законов появились конституционное, трудовое, административное, уголовное отрасли права, которые сохранили лишь минимум традиционных мусульманских норм.

Противопоставление гражданского и религиозного сообществ в мусульманской стране привело к возникновению дуализма судебной системы. Мусульманское право признавало суды кади в качестве единственных легитимных судебных органов. Однако появление с XX в. государственных судов практически полностью вытеснило их. В Британской Индии они были ликвидированы еще в 80-х гг. XIX столетия. В Египте шариатский суд был упразднен в 1956 г. Однако это коснулось не всех государств: исламская революция в Иране в 1978–79 гг. снова возродила шариатские суды⁷.

Правовая вестернизация и кодификация вынуждает юристов получать образование западного образца, что также является угрозой для дальнейшего искоренения шариата из традиционной правовой культуры. Индийские судьи, прошедшие школу общего права, реформировали чистое мусульманское право в англо-мусульманское.

Что же касается предписаний относительно персонального статуса правоверного мусульманина, то правители не могли проводить серьезные реформы

в данной сфере в течение многих столетий. Даже мысль о кодификации и консолидации разрозненных и дублирующих друг друга норм казалась слишком революционной⁸. В конце концов в 1927–1935 гг. был издан Гражданский кодекс Ирана — первая признанная кодификация мусульманского семейно-наследственных отношений. Впоследствии подобные кодексы были приняты в Египте, Иордании, Ираке, Сирии, Кувейте и других странах.

Однако наряду с вестернизацией мусульманского права в XXI в. отмечается и международная тенденция исламизации ряда правовых систем немусульманских стран. Например, синкретизм и язычество в Африке активно вытесняется исламом. Для этого есть несколько причин: дискредитация христианства, щедрое финансирование проповеднической деятельности, близость ритуалов и обычаев⁹. Идея халифата как идея объединения мусульманских государств на сегодняшний момент не получила широкого распространения в связи с практической невозможностью ее реализации и национальными настроениями в каждой стране. Тем не менее в мусульманском сообществе можно обнаружить немало интеграций в экономический, социальной, культурной сферах. Ярким примером является созданная в 1962 г. Всемирная исламская лига¹⁰.

Полагаем, что решающую роль в дальнейшей судьбе исламизации и вестернизации права на мировой арене будет играть политическая и экономическая ситуация.

Амиров А.Т.,

доцент кафедры коммерческого права и основ правоведения
Юридического факультета Московского государственного
университета имени М.В. Ломоносова,
руководитель Отделения мусульманского права
Центра религиозно-правовых исследований
Юридического факультета Московского государственного
университета имени М.В. Ломоносова,
кандидат филологических наук
(г. Москва)

Литература

1. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; перевод с французского В.А. Туманова. Москва : Международные отношения, 2019.
2. Керимов Г.М. Шариат: Закон жизни мусульман. Ответы Шариата на проблемы современности / Г.М. Керимов. Санкт-Петербург : Диля, 2016.
3. Марченко М.Н. Правовые системы современного мира : учебное пособие / М.Н. Марченко. Москва : Зерцало-М, 2016.
4. Чиркин В.Е. Сравнительное правоведение : учебник для магистратуры / В.Е. Чиркин. Москва : Международные отношения, 2012.

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности : пер. с фр. В.А. Туманова. М. : Международные отношения, 2019. 456 с.

- ² Bergstrasser G. Grundzuge des islamischen Rechts. 1935. S. 1.
- ³ Марченко М.Н. Правовые системы современного мира : учебное пособие. М. : ИКД «Зерцало-М», 2016. 528 с.
- ⁴ Chehata C. Logique juridique et droit musulman / Studiaa Islamica XXIII. 1865. P. 5–25.
- ⁵ Чиркин В.Е. Сравнительное правоведение : учебник для магистратуры. М. : Международные отношения, 2012. 336 с.
- ⁶ Керимов Г.М. Шариат: Закон жизни мусульман. Ответы Шариата на проблемы современности. СПб. : Диля, 2016. 512 с.
- ⁷ Исламская революция в Иране 1979 — выступления широких слоев населения Ирана, приведшие к изменению государственного строя и различных сторон жизни иранского общества. Имела не только антимонархическую, но и ярко выраженную антизападную направленность. Лозунгам борьбы с деспотизмом сопутствовали призывы покончить с засильем Запада (прежде всего США), ставленником которого объявлялся шахский режим.
- ⁸ Египетский Кодекс личного статуса Мохаммеда Кадри-паши так и остался частным научным трудом несмотря на высокую научную ценность и повсеместное признание.
- ⁹ Керимов Г.М. Указ. соч.
- ¹⁰ The Muslim World League is an international non-governmental Islamic organization based in the Holy City of Makkah. URL: <https://themwl.org/en> (дата обращения: 25.11.2019).

Баланс интересов публичного и частного характера в стохастических обязательствах с производным элементом

Законодательство не определяет содержание прав, структуру обязательств, терминологический аппарат для «стохастически настроенных»¹, обязательственных конструкций и не дает ответов на отдельное категорирование понятий, лежащих в основе таких «производных инструментов» и, соответственно, установления приемлемых границ баланса частного и публичного интересов сторон.

Основы таких критериев обязательств, в том числе гражданско-правового характера, из договоров, носящих зачастую производный характер, их идентификация и фиксация, структура обязательства с принятием изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) 2019 г. Федеральным законом № 34-ФЗ, приобретают новые правовые смыслы, в том числе для определения утилитарной составляющей в публично-правовом смысле, не меняя и не ограничивая «остроты» в обороте инвестиционной составляющей таких обязательств.

Похожие способы осуществления прав свойственны и другим договорам, являющимся производными финансовыми инструментами (далее — ПФИ), где волеизъявление сторон выражается с помощью электронных и (или) иных технических средств. Такими договорами являются договоры с производной частью от базисных активов согласно Указанию Центрального банка России № 3565-У от 16 февраля 2015 г. «О видах ПФИ» — опцион, форвард, фьючерс, своп, а также Федеральному закону № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее — Закон о РЦБ) в части сделок РЕПО. Обе группы обязательств выявляют все большее количество сходных черт: и аналогичную производную, и стохастическую правовую природу².

Теперь о том, как это представлено в законодательстве и практике. Как следует из Федерального закона № 34-ФЗ, если иное не предусмотрено законом, обременение или ограничение распоряжения объектами гражданских прав, права на которые удостоверяют цифровые права, возникают исключительно при внесении сведений об обременении или ограничении распоряжения такими цифровыми правами в информационную систему. Предполагается, что приобретатель цифрового права знает о таком обременении или ограничении, и стороны используют такое право, руководствуясь принципами добросовестности и должной осмотрительности фидуциарной составляющей.

Принятые в данном виде изменения в законодательство о цифровых финансовых активах, об альтернативных способах привлечения инвестиций и

о включении в число объектов гражданских прав (ст. 128 ГК РФ) цифровых прав, к сожалению, не решают вопросы ответственности из договора.

Тезис о том, что производное право из «стохастически настроенных обязательств» — это иное имущество, пока особо критичен, так как существенно затруднено их вовлечение в оборот и создание для их оборотоспособности некоего баланса частного и публичного характера как для полноценного объекта гражданских прав в смысле ст. 128, 129 ГК РФ. Учитывая толкование положений ст. 128 и 141.1 ГК РФ, цифровое право возможно отождествлять только с формой (цифровой формой) учета (удостоверения) гражданских прав (по аналогии с удостоверением права при помощи бумажного носителя) с учетом децентрализованного подхода к учету прав, например, с использованием блокчейн (прим. автора).

Следует отметить, что появление изменений в правовой доктрине и практике стохастических высокотехнологичных обязательств в сторону инвестиционной составляющей сопряжено с существенными рисками при вовлечении таких «объектов» в оборот. Использование «прав в распределенном реестре» при вовлечении в оборот инвестиционных токенов³, в том числе для закрепления прав на производные инструменты и (или) при использовании в структуре смарт-контрактов (например, специфическое регулирование в виде публичных ограничений при оформлении соответствующих долей компаний в корпоративном правовом смысле), создают еще более неопределенный правовой баланс частного и публичного характера, и такое «усеченное» использование, позволяющее его использовать в «удобной» форме, не исключает значительные злоупотребления правом, так как инвестиционная составляющая без соответствующего закрепления прав на стоимость, например интеллектуального права на результат умственной деятельности, будет уязвимо для недобросовестных пользователей и третьих лиц⁴.

Таким образом, налицо последующие коллизии и неопределенности при «автоматизированном — стохастическом» исполнении таких обязательств⁵:

— положение абз. 2 ст. 309 ГК РФ в редакции закона о том, что оспаривание состоявшегося исполнения автоматизировано исполняемых обязательств допускается исключительно в случаях, когда доказано вмешательство сторон сделки или третьих лиц в процесс исполнения, прямо противоречит правилам ст. 168 ГК РФ об основаниях недействительности сделки, нарушающей требования закона или иного правового акта;

— из Федерального закона № 34-ФЗ остается неясным, каков будет правовой статус и форма ответственности у специализированного посредника, обеспечивающего оцифровку условий сделки, подлежащих автоматизированному исполнению.

Таким образом, положения об автоматизированном исполнении обязательства в ст. 309 ГК РФ нуждаются в соотнесении с нормами гл. 26 ГК РФ о прекращении обязательств. Так, например, ст. 417 ГК РФ допускает прекращение обязательства невозможностью исполнения, если она вызвана наступив-

шим после возникновения обязательства обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает. Однако, исходя из редакции закона, смарт-контракт не будет предусматривать возможности применения подобного способа прекращения обязательств, так как программный код, скорее всего, будет включать в себя вариант исполнения, согласованный сторонами. Аналогичные коллизии при исполнении смарт-контракта также могут возникнуть в случае передачи права требования по обязательству (цессия) и при исполнении процессуального законодательства (исполнительное производство и банкротство).

Следует отметить, что участие в отношениях из прав на инвестиционные токены (права в распределенном реестре) и производные инвестиционные инструменты имеют специфическое регулирование, которое будет невозможно без профессиональных и непрофессиональных посредников, включая доверительного управляющего по договору на управление соответствующим активом. Специфика отношений должна будет строиться на уже известном отечественной правовой системе публичном аспекте регулирования статуса обладателя критической информационной инфраструктуры и целей сторон по сделке.

Очевидно, что автоматизация затронет не только стадию заключения договора, но и его исполнение (например, в смарт-контрактах)⁶. То есть осуществление гражданских прав и исполнения обязанностей по договору будет осуществляться в том числе исходный код программы ЭВМ по прогнозируемому и непрогнозируемому алгоритму и особой фидуциарной составляющей исполнителя перед заказчиком. Соответственно, возможность изменить условия такого договора, отказаться от его исполнения, от договорных прав или от их осуществления будет ограничена или невозможна. Но в связи с этим особо встает вопрос о добросовестности и должной осмотрительности исполнителя, которую предстоит осмыслить в связи с новыми вызовами и новым пониманием «самоисполняемых» контрактов.

Процесс автоматизации по таким контрактам представляется в двух частях: как правило, это исходный код с правом на результат интеллектуальной деятельности и «переменная часть, структурно, состоящая из прав и обязанностей на некую стоимость, в том числе производную»⁷. С точки зрения подходов к утилитарным правам такое соотношение видится неизбежным и (или) оправданным при возникновении и прекращении прав из таких договоров в электронной форме (прим. автора). Следующим очевидным фактором видится процесс выбора сторонами модели: утилитарной или инвестиционной, что представляется существенным условием «самоисполняемого умного» контракта до его заключения (прим. автора).

Так, например, заключение, исполнение и расторжение договоров с профессиональным участником рынка ценных бумаг осуществляется с использованием автоматизированных систем. Так, законодательство указывает на обязательное применение им программно-технических средств при проведении операций во исполнение договора, а также при заключении отдельных договоров (п. 6, 18, 23, 24 ст. 4.1 Закона о РЦБ). При этом программно-техниче-

ские средства, их использование должны соответствовать требованиям, установленным Законом об РЦБ, Указанием Банка России от 2 сентября 2015 г. № 3773-У «Об отдельных требованиях к деятельности форекс-дилера» и базовым стандартам по управлению рисками, подготовленным саморегулируемой организацией в сфере финансового рынка.

Похожие способы осуществления прав и (или) отказа от прав свойственны и другим договорам, являющимся ПФИ, где волеизъявление сторон выражается с помощью электронных и (или) иных технических средств⁸.

В Федеральном законе № 34-ФЗ обозначен схожий механизм осуществления прав и исполнения обязанностей применительно к заключению смарт-контракта, поэтому необходимо соотнести понятия «договор, предусматривающий выражение воли сторон с помощью электронных либо иных аналогичных технических средств» и «смарт-контракт».

Смарт-контрактом является договор в электронной форме, исполнение прав и обязательств по которому осуществляется путем совершения в автоматическом порядке цифровых транзакций в распределенном реестре таких транзакций в строго определенной договором последовательности и при наступлении определенных им обстоятельств⁹. Иными словами, права и обязанности сторон по смарт-контракту регулирует программный код, который отвечает за исполнение договора¹⁰.

Таким образом, Федеральный закон № 34-ФЗ полного понятия «смарт-контракт» не содержит.

Сходство с условными обязательствами и деривативами — ПФИ также подтверждается указанием в законе на исполнение прав и обязательств по смарт-договору при наступлении определенных обстоятельств. То есть к отношениям сторон по смарт-контракту, предположительно, будут применяться положения о сделках и обязательствах, предусмотренные ст. 157, 327.1 ГК РФ, регулирующие также и стохастические обязательства (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 19 ноября 2014 г. по делу № А05-2229/2014).

Однако, в отличие от расторжения договора ПФИ, требующего нажатия физическим лицом определенных клавиш, расторжение смарт-контракта или прекращение отдельных прав и обязанностей по нему будет осуществлять программный код, отдельное волеизъявление стороны смарт-контракта не потребуется. Кроме того, «смарт-контракт не будет предусматривать возможности применения подобного способа прекращения обязательств¹¹, так как программный код, скорее всего, будет включать в себя вариант исполнения, согласованный сторонами»¹².

Адельшин Р.Н.,
доцент кафедры гражданского права
Российского государственного университета правосудия,
кандидат юридических наук, доцент
(г. Москва)

Литература

1. Адельшин Р.Н. К вопросу об актуализации ответственности из прав на информационные технологии, производные инструменты или их аналоги / Р.Н. Адельшин // Образование и право. 2018. № 9.
2. Адельшин Р.Н. Особенности осуществления и отказ от права в высокотехнологичных стохастических обязательствах в сфере срочного рынка и информационных технологий в банковской сфере / Р.Н. Адельшин, Ю.А. Сорокина // Банковское право. 2019. № 6.
3. Адельшин Р.Н. Формирование правовой инфраструктуры ответственности из прав на информационные технологии, производные финансовые инструменты / Р.Н. Адельшин // Актуальные проблемы предпринимательского, корпоративного, экологического и трудового права. В 2 томах. Т. 2 : монография / ответственные редакторы С.Д. Могилевский [и др.]. Москва : Проспект, 2019.
4. Бабина К.И. Проблемы правового регулирования криптовалюты в российском законодательстве / К.И. Бабина, Г.В. Тарасенко // Право и экономика. 2018. № 1.
5. Беломытцева О.С. О понятии криптовалюты. Биткоин в рамках мнений финансовых регуляторов и контексте частных и электронных денег / О.С. Беломытцева // Проблемы учета и финансов. 2014. № 2 (14).
6. Бехметьев А. Судья Арбитражного суда г. Москвы отказала во взыскании криптовалюты у должника / А. Бехметьев // Административное право. 2018. № 1.
7. Савельев А.И. Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права / А.И. Савельев // Вестник гражданского права. 2016. Т. 16. № 3.
8. Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву / А.И. Савельев // Закон. 2017. № 5.
9. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / В.В. Байбак [и др.] ; ответственный редактор А.Г. Карапетов. Москва : Статут ; М-Логос, 2018.

¹ См. также о сущности стохастического обязательства в тексте Постановления Арбитражного суда Северо-Западного округа от 19 ноября 2014 г. по делу № А05-2229/2014; Решение Арбитражного суда г. Москвы от 21 июня 2017 г. по делу № А40-3903/2017. URL: <https://sudact.ru/arbitral/court/reshenya-fas-severo-zapadnogo-okruga>

² Адельшин Р.Н. Формирование правовой инфраструктуры ответственности из прав на информационные технологии, производные финансовые инструменты // Актуальные проблемы предпринимательского, корпоративного, экологического и трудового права : монография : в 2-х т. Т. 2 / отв. ред. С.Д. Могилевский [и др.]. М., 2019. С. 262–271.

³ Там же. С. 262–271.

⁴ См. прим. автора: Одновременно исключение предопределяющей составляющей в части РИД в исходном коде как основной составляющей в таких токенах дает почву для возможных злоупотреблений, как правило, с участием посреднических институтов (См.: Статус информационного и технического посредника).

⁵ Адельшин Р.Н., Сорокина Ю.А. Особенности осуществления и отказ от права в высокотехнологичных стохастических обязательствах в сфере срочного рынка и информационных технологий в банковской сфере // Банковское право. 2019. № 6; Бабина К.И. Проблемы правового регулирования криптовалюты в российском законодательстве // Право и экономика. 2018. № 1. С. 26–29; Беломытцева О.С. О понятии криптовалюты. Биткоин в рамках мнений финансовых регуляторов и контексте частных и электронных денег // Проблемы учета и финансов. 2014. № 2 (14). С. 26; Бехметьев А. Судья Арбитражного суда г. Москвы отказала во взыскании криптовалюты у должника // Административное право. 2018. № 1. С. 57–58.

⁶ См., например: Савельев А.И. Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права // Вестник гражданского права. 2016. Т. 16. № 3.

⁷ См.: Адельшин Р.Н. Формирование правовой инфраструктуры ответственности из прав на информационные технологии, производные финансовые инструменты. С. 262–271, Савельев А.И. Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права.

- ⁸ Адельшин Р.Н., Сорокина Ю.А. Особенности осуществления и отказ от права в высокотехнологичных стохастических обязательствах в сфере срочного рынка и информационных технологий в банковской сфере.
- ⁹ Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. № 5. С. 94–117.
- ¹⁰ Адельшин Р.Н. К вопросу об актуализации ответственности из прав на информационные технологии, производные инструменты или их аналоги // Образование и право. 2018. № 9.
- ¹¹ Адельшин Р.Н. Формирование правовой инфраструктуры ответственности из прав на информационные технологии, производные финансовые инструменты. С. 265.
- ¹² Адельшин Р.Н. К вопросу об актуализации ответственности из прав на информационные технологии, производные инструменты или их аналоги // Образование и право. 2018. № 9.

Повышение финансовой грамотности как способ реализации права детей на образование в условиях цифровой экономики

В статье рассматриваются вопросы, связанные с введением курса финансовой грамотности в школах России. Дается определение финансовой грамотности, анализируются основные направления ее развития, в том числе опыт благотворительного проекта по повышению финансовой грамотности «Финансовые знания с детства», реализуемого Национальным советом финансового рынка. Описывается опыт первого года работы Финансового клуба довузовской подготовки «Афина».

В соответствии с ч. 2 ст. 43 Конституции Российской Федерации гражданам России гарантируется общедоступность и бесплатность основного общего образования. Получение несовершеннолетним основного общего образования также является правом, предусмотренным п. 1 ст. 28 Конвенции о правах ребенка. В ст. 5 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» (действует в ред. от 29.07.2017) право на образование и государственные гарантии реализации права на образование в Российской Федерации регламентированы более детально.

Говоря о среднем образовании и проблемах, возникающих в процессе обучения детей, нельзя не отметить, что в последнее время все чаще поднимается вопрос о необходимости введения курса финансовой грамотности в школах России. На сегодняшний день финансовая грамотность — это одно из наиболее значимых направлений развития образования в целом. Ведь именно повышение уровня финансовой грамотности населения является, согласно заявлениям Банка России, одним из основных условий успешного развития российского финансового рынка.

Более того, 24 ноября 2019 г. в Государственную Думу внесен законопроект, которым предлагается наделить Банк России полномочиями по повышению финансовой грамотности граждан и представителей бизнеса, а также по обеспечению доступности финансовых услуг для них.

Проект подготовили вице-спикер Совета Федерации Николай Журавлев и группа депутатов Госдумы, среди которых председатель Комитета по финансовому рынку Анатолий Аксаков. В пояснительной записке отмечается, что в соответствии с действующим законодательством к основным целям работы Банка России относится развитие и обеспечение стабильности финансового рынка страны. В рамках достижения этих целей регулятор ведет работу по повышению доступности финансовых услуг и финансовой грамотности. Разработчики проекта указывают, что правительство еще в 2017 г. утвердило Стратегию повышения финансовой грамотности в Российской Федерации на

2017–2023 гг., в реализации которой участвуют Минфин России и Банк России на условиях системного партнерства и паритета.

Одним из первых шагов в направлении системного улучшения финансового просвещения явилось подписание 13 апреля 2017 г. председателем Банка России Эльвирой Набиуллиной и министром образования и науки Российской Федерации Ольгой Васильевой «дорожной карты» мероприятий по включению финансовой грамотности в программы российских образовательных организаций. Помимо этого, внесены изменения в существующие на тот период программы начального, основного, среднего, среднего профессионального и высшего образования. В период 2019–2020 гг. появились предложения по включению элементов финансовой грамотности в контрольно-измерительные материалы единого государственного экзамена, о чем еще продолжается публичная дискуссия.

«Для Банка России вопросы повышения финансовой грамотности имеют первостепенное значение, — отметила Эльвира Набиуллина. — Мы исходим из того, что современный человек должен обладать знаниями и практическими навыками в разных жизненных ситуациях, когда он приобретает те или иные финансовые продукты и услуги: при получении кредита, страховании своего имущества или жизни, когда он делает пенсионные накопления и когда нужно наиболее эффективным образом распорядиться личными сбережениями». Министр образования и науки Ольга Васильева подчеркнула, что соглашение с Банком России станет основой для аналогичных региональных соглашений, потому что финансовая грамотность будет встроена в образовательные стандарты всех уровней.

По предложению Банка России модуль по финансовой грамотности был включен в раздел «Экономика» школьных программ, который является обязательным предметом курса «Обществознание». Помимо этого, также идет реализация образовательных программ. Для того чтобы обеспечить должную подготовку преподавателей школ по вопросам финансовой грамотности, специально созданы методические рекомендации.

Еще три года назад года Банк России запустил пилотное внедрение основ финансовой грамотности в 72 регионах страны. В свою очередь, в московских педагогических вузах в программы подготовки преподавателей предмета «Обществознание» также были включены модули по финансовой грамотности.

Следует отметить, что по состоянию на 2019 г. в основном все издания по финансовой грамотности были рассчитаны на школьников, начиная с 7 класса обучения. Однако в последнее время активно прорабатывается вопрос об охвате и более младших классов. Курс «Финансовая грамотность» является прикладным курсом, в котором затронуты интересы обучающихся 5–7 классов. Основные содержательные темы курса: деньги, их история, виды, функции; семейный бюджет; экономические отношения семьи и государства; семья и финансовый бизнес; собственный бизнес. Однако в ходе проработки

учебных материалов для средней школы стало очевидно, что обучение основам финансовой грамотности должно начинаться еще раньше — в младших классах и даже в дошкольных организациях. В связи с этим встал вопрос, как же в доступной форме изложить детям материал о финансах?

Вполне очевидно, что в рамках образовательных программ главное внимание уделяется учебной, методической и даже научной литературе о финансах. Однако самые восприимчивые к новому и необычному — это дети. А дети не любят учебники. Дети любят сказки. Интересен и поучителен в этом плане опыт Национального совета финансового рынка, который с 2016 г. реализует благотворительный проект для школьников «Финансовая грамотность с детства». К нему уже подключены ИГСУ РАНХиГС при Президенте Российской Федерации и ряд банков («ХОУМ КРЕДИТ энд ФИНАНС БАНК», «Совкомбанк», «ОТП Банк», «Тойота Банк»).

В качестве пособия по финансовой грамотности для детей в рамках проекта используется книжная серия «Волшебные приключения в мире финансов», авторами которой являются: Анна Тищенко — известный писатель-романист, победитель интернет-конкурса на лучший рассказ (2015), профессиональный художник-график и иллюстратор, и Людмила Емелина — кандидат юридических наук, доцент кафедры правового обеспечения рыночной экономики и отделения журналистики ИГСУ РАНХиГС при Президенте Российской Федерации, член Экспертного совета по семейному и социальному праву при Комитете Государственной Думы по вопросам семьи, женщин и детей, автор более 100 научных и учебно-методических работ по теории и истории государства и права, семейному, гражданскому и трудовому праву.

Первая книга из серии «Волшебные приключения в мире финансов» — приключенческий роман-сказка (категория 12+), в увлекательной форме знакомящий юных читателей и их родителей с основами финансов, экономической и финансовой терминологией. Также в книге даны базовые представления о построении собственного бизнеса. Формат сказки, в отличие от учебных пособий, интересен тем, что это прежде всего книга для семейного чтения.

На книгу поступили отзывы известных педагогов, юристов и финансистов. Так, Михаил Валерьевич Мамута, руководитель Службы по защите прав потребителей финансовых услуг и миноритарных акционеров Банка России, отметил, что «финансовая грамотность — очень важная составляющая успеха в современном мире. И впитывать эти знания современному человеку нужно с самых ранних лет жизни. Но наука эта сложная. Поэтому финансовая грамотность, рассказанная языком сказки, замечательный и пока уникальный пример разговора на важнейшие темы с самыми маленькими «потребителями финансовых услуг» — на языке доступном и увлекательном».

В своем отзыве доктор педагогических наук, профессор Нэлла Матвеевна Прусс, президент Университета управления «ТИСБИ», заслуженный работник высшей школы Российской Федерации, член-корреспондент

Российской Академии гуманитарных наук, отметила, что «финансовое просвещение и воспитание детей дошкольного и школьного возраста является глобальной социальной проблемой, неотделимой от ребенка с самых ранних лет его жизни. Пониманию многих явлений, развитию познавательного интереса к экономике, созданию положительной мотивации к ее изучению в значительной степени способствует сказка. Эта книга может быть рекомендована для прочтения школьникам среднего и старшего возраста. Мы благодарим авторов книги за возможность окунуться в мир фантазии, мечты и детства».

В 2016—2019 гг. в рамках проекта тиражи книг были безвозмездно переданы в Университет управления «ТИСБИ» (г. Казань), Центр образования «Школа № 548 «Царицыно», Центр спорта и образования «Московская экспериментальная школа» при Москомспорте, детский дом «Дербышки», Региональный общественный фонд поддержки многодетных, приемных и неполных семей «Дети — наше будущее», Общество многодетных семей Можайского района Региональной общественной организации поддержки многодетных семей «Благотвор» ЗАО г. Москвы, ряд школ Республики Крым, подшефные школы и детские дома банков-участников проекта.

Значимость и успешность избранного формата подтвердило и обсуждение отчетного доклада председателя Национального совета финансового рынка А.В. Емелина в рамках заседания Экспертного совета по финансовой грамотности при Банке России 18 декабря 2017 г.

Еще одной вехой на пути развития финансовой грамотности явилась VI Всероссийская неделя сбережений, которая стартовала 31 октября 2019 г. во всех регионах страны от Калининграда до Владивостока. Такие недели проводятся в рамках проекта Минфина России «Содействие повышению уровня финансовой грамотности населения и развитию финансового образования в Российской Федерации» в сотрудничестве с Роспотребнадзором.

В октябре 2019 г., на День учителя, руководитель Комитета Государственной Думы по финансовому рынку Анатолий Аксаков передал в подарок крымским школам десятый дополнительный тираж книги «Волшебные приключения в мире финансов», выпущенный Национальным советом финансового рынка в сотрудничестве с Всероссийским союзом страховщиков.

Особый интерес представляет опыт повышения уровня финансовой грамотности в рамках факультативных внешкольных занятий. Ярким примером такой модели является Молодежный финансовый клуб довузовской подготовки «Афина», созданный НСФР при поддержке Центр спорта и образования «Московская экспериментальная школа» (МЭШ) при Москомспорте и Высшей школы правоведения ИГСУ РАНХ и ГС.

Основной принцип, которого придерживаются создатели клуба «Афина» — если хочешь, чтобы что-то было сделано хорошо, то сделай это сам. Похожую идею в свое время высказал основатель автомобильного концерна и конструктор бронетанковой техники Фердинанд Порше, который как-то сказал, что он

вышел на улицу, не увидел автомобиля своей мечты и понял, что его надо сделать самому.

Благотворительный проект по повышению финансовой грамотности в МЭШ стартовал 6 лет назад, в декабре 2013 г. В основу занятий первоначально была положена первая книга цикла «Волшебные приключения в мире финансов» — «Тайна заброшенного города». Постепенно выяснилось, что наиболее эффективной формой развития финграмотности являются еженедельные занятия, для чего и был 1 декабря 2018 г. создан клуб «Афина» для школьников 6–9 классов. Занятия в клубе ведутся по субботам, включают в себя три академических часа. Руководители клуба — кандидаты юридических наук Андрей и Людмила Емелина — проводят занятия на общественных началах.

Клуб «Афина» нацелен и на формирование базы дополнительных знаний, и на профориентацию школьников. Так, 28 ноября 2019 г. было подписано соглашение о сотрудничестве между НСФР и РАНХиГС в целях повышения уровня довузовской и вузовской профессиональной подготовки юристов с учетом современных потребностей участников финансового рынка и опыта практической работы специалистов юридических специальностей.

Сегодня мир стремительно переходит в новую цифровую эпоху во всех сферах жизни и бизнеса, что требует все большего числа высококлассных специалистов, имеющих не только систематизированные углубленные познания в финансах и технологиях, но и адаптированную к современным условиям систему мировоззрения, умения усваивать большие объемы информации и применять их на практике. Опыт клуба довузовской подготовки «Афина» видится здесь ярким примером и ориентиром для других энтузиастов финансового и юридического просвещения. Проект уже давно перерос изначальный формат. И хотя финансы устойчиво остаются в основе изучения, общая сфера интересов клуба формируется потребностями комплексного и гармоничного развития личностей ребят, включая на сегодня формирование навыков проектной работы в команде, эстетическое воспитание, обучение риторике и основам права, практическое изучение финансового рынка. Не случайно участники клуба «Афина» в течение 2019 г. под эгидой НСФР совершили ознакомительные поездки в ведущие российские банки, Банк России и Государственную Думу. Но и на этом работа не останавливается, впереди реализация новых планов и новые творческие перспективы.

Емелина Л.А.,

доцент кафедры правового обеспечения рыночной экономики
Международного института государственной службы и управления
Российской академии народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации,
кандидат юридических наук
(г. Москва)

Перспективы развития социально направленной государственной жилищной политики Российской Федерации

Основной закон Российской Федерации провозглашает нашу страну как, «социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека»¹.

Безусловно, Россия является социальным государством и проводит социальную жилищную политику. В научной литературе идут дискуссии о соотношении понятий «социальная политика» и «социальное государство». Эти понятия, по мнению Дж. Блау и М. Абрамовиц, не тождественны. Социальная политика, с точки зрения Е.В. Аристова², может реализовываться в государстве, которое является не социальным, а социальное государство должно жить в рамках концепции предоставления социально ориентированных услуг и социальных выплат со стороны государства.

Социально направленная политика представляет собой систему мер, направленных на осуществление социальных программ, поддержания доходов, уровня жизни населения, обеспечения занятости, поддержки отраслей социальной сферы, предотвращения социальных конфликтов. Содержанием социальной функции государства является в том числе и его социально направленная жилищная политика, которая призвана обеспечить гармонизацию жилищных отношений путем обеспечения граждан доступным, безопасным и качественным жильем.

Как отмечает М.Б. Смоленский³, жилье является одной из базовых ценностей, обеспечивающих гражданам ощущение экономической стабильности и безопасности, стимулирующих производительность труда, его эффективность, формирующих отношение граждан к государству, поскольку именно государство является гарантом реализации конституционного права граждан на жилище.

На наш взгляд верно мнение Е.В. Богданова: «В социальном государстве все законодательство должно быть в той или иной степени социализированным... Поэтому направлением совершенствования жилищного законодательства может быть только одно — его дальнейшая социализация»⁴.

Именно поэтому социально направленная жилищная политика реализуется в России через адресную поддержку различных категорий граждан с помощью государственных программ, направленных на улучшение жилищных условий (в том числе повышение качества жизни путем предоставления льгот, субсидий на оплату жилья, компенсаций, помощь в решении проблемы отдельным категориям граждан, улучшение условий проживания и безопасности жилища и другие способы).

На данный момент на территории России действует постановление Правительства Российской Федерации от 30 декабря 2017 г. № 1710 «Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Обеспечение доступным и комфортным жильем и коммунальными услугами граждан Российской Федерации», в рамках которой и реализуется государственная жилищная политика России. Кроме того, каждый регион России в рамках своих полномочий разрабатывает свою региональную жилищную политику, направленную в том числе на обеспечение социально незащищенных граждан (детей сирот, молодые семьи, малоимущих граждан)⁵.

Жилищная политика Российской Федерации призвана определить публичные ориентиры и приоритеты преобразования жилищной сферы, консолидировать федеральные и региональные ресурсы и участников рынка на приоритетных направлениях развития, обеспечить инвестиционную привлекательность и эффективность жилищных программ и проектов, их синергию с федеральными, муниципальными, корпоративными и частными жилищными стратегиями и программами. Тем самым учитываются частные интересы граждан по реализации права на достойное жилье, происходит «сращивание» публичных интересов государства и частных интересов граждан.

Социальная направленность жилищной политики выражается также и в реализации принципа социальной справедливости по отношению к семьям с разным достатком и участникам различных сегментов жилищного рынка.

В.А. Вайпан в своей работе определяет принцип социальной справедливости как «выраженное в теоретической форме и адекватное общественной объективной реальности научно обоснованное представление о том, каким должно быть на данной ступени исторического развития конкретного общества в его специфических социально-экономических условиях и с учетом национальных особенностей общественное явление (например, право, отдельные его нормы), чтобы оно вытекало как естественное следствие из существующего способа производства (экономических отношений), а значит, отвечало коренным социальным интересам»⁶.

В жилищных отношениях данный принцип реализуется в следующем:

— во-первых, региональные государственные и муниципальные ресурсы должны непосредственно направляться только в программы социальной помощи малоимущим и социально незащищенным группам населения, а также в поддержку строительства жилья эконом-класса;

— во-вторых, на поддержку среднего класса должны распространяться в основном меры нефинансового стимулирования;

— в-третьих, в отношении бизнес- и премиум-сегментов жилищного рынка должна реализовываться политика невмешательства сторон, т.е. государство и муниципалитеты не налагают на участников этого сегмента социальные обременения, а они, в свою очередь, не получают от государства и муниципалитетов каких-либо льгот. Благотворительность участников жилищного

рынка приветствуется, принуждение к жилищной благотворительности не допускается.

Кроме того, социальная справедливость подразумевает доступность информации о предлагаемых льготах и мерах поддержки по обеспечению жильем. Многие граждане иногда и не подозревают о наличии целевых программ, дающих возможность улучшить их жилищные условия. В связи с чем считаем, что необходимо разработать механизм уведомления граждан различных категорий о доступности для них тех или иных мер социальной поддержки по обеспечению жильем.

Следующим перспективным направлением развития социально направленной жилищной политики должно являться улучшение качества и безопасности жилья.

Жилые помещения должны соответствовать всем санитарным, гигиеническим и экологическим требованиям. Однако если санитарные и гигиенические требования перечислены в нормативных актах (например, СанПиН 2.1.2.2645-10 «Требования к условиям проживания в жилых зданиях и помещениях»), то что такое экологическая безопасность жилого помещения не говорит ни один нормативный акт. Данный факт вызывает массу толкований данного термина, а иногда и полное его игнорирование. Для перспективного развития жилищной политики, на наш взгляд, необходимо ввести в жилищное законодательство понятие и нормы экологической безопасности жилых помещений, в проектах жилой застройки учитывать нормы экологической безопасности, нормы озеленения, размещения мест прогулок и отдыха, проводить мониторинг соблюдения указанных норм.

Качество жилья (жилища, условий проживания и среды обитания) оценивается критериями эффективности. Оценка эффективности жилья для целей ценообразования и инвестирования определяется на основе концепций современного жилья (набора критериев и их весов), совокупностью критериев (паспортом эффективности жилья — ПЭЖ), выражаемой баллами, классами и стандартами в публичных рейтингах.

В России до сих пор негласно действует советский стандарт благоустройства жилья, и эта традиция формирует консервативное отношение к строительству и потреблению жилья, препятствуя внедрению инноваций, направленных на улучшение быта и экономию эксплуатационных издержек.

Принятие нового стандарта на государственном уровне нерационально, так как вновь ведет к консервации некоторых представлений о благоустройстве и к потере мобильности в адаптации социальных и технологических инноваций в жилищной сфере.

В мировой практике совершенствование стандартов жизнеобустройства осуществляется в общественном пространстве через формирование предпочтений потребителей (моды) методами рекламы и публичных рейтингов, а также государственной пропагандой современных концепций и технологий.

В связи с чем, на наш взгляд, необходимо создать условия, при которых региональные саморегулируемые организации в жилищной сфере, продавцы и арендодатели стремились бы декларировать критерии качества строящегося, продаваемого, нанимаемого и эксплуатируемого жилья в публичных рейтингах эффективности жилья.

Сегодня темпы социально-экономического развития страны во многом определяются способностью мобильности ресурсов, в первую очередь трудовых. Однако во многом эти процессы сдерживаются отсутствием качественного надлежащего жилья как в крупных городах, так и в малых населенных пунктах страны. Одним из механизмов решения данной проблемы видится формирование института найма жилья. В России рынок наемного жилья в большей части представляет собой сегмент теневой экономики, что сказывается не только на эффективности процессов институционализации рынка жилой недвижимости, но и на формировании цивилизованных форм обеспечения населения надлежащим жильем.

Формирование рынка коммерческого найма посредством создания института доходных домов сегодня может стать не только инструментом цивилизованного решения проблемы обеспечения жильем граждан страны, но и позволит среднему классу получить доступное жилье надлежащего качества⁷. Тем самым российский рынок жилья сформируется как трехсегментная структура: жилье в частной собственности, социальное наемное жилье и коммерческое наемное жилье.

В России в настоящее время очевидно наличие спроса на новый цивилизованный формат наемного жилья, поскольку 6,9 млн семей потенциально готовы рассмотреть наемное жилье как решение жилищной проблемы, в том числе 4,7 млн семей — именно как долгосрочное решение собственного жилищного вопроса⁸.

В связи с этим мы считаем, что в целях поддержания достойного качества проживания для малоимущих граждан, содействия гражданам с доходами, недостаточными для покупки жилья эконом-класса, помощи переселенцам и трудовым мигрантам в регионах и на местах необходимо стимулировать:

- увеличение объемов качественного жилья для срочного социального найма;
- строительство и вовлечение в наем жилья для сдачи его в наем гражданам определенных категорий по регулируемым ставкам арендной платы;
- легализацию рынка наемного жилья, строительство доходных домов и формирование объединений наймодателей.

Итак, перспективное развитие социальной жилищной политики России должно учитывать следующие направления:

- обязательное соответствие принципу социальной справедливости и социального равенства. Здесь необходимо обеспечить механизм доступа граждан к информации о возможностях улучшения жилищных условий. Реализация данной инициативы частично будет осуществлена на основании Плана

мероприятий («дорожной карты») перехода к применению к установлению тарифов в сферах водоснабжения, водоотведения и теплоснабжения методом сравнения аналогов с использованием эталонных значений затрат⁹, третий блок которого направлен на цифровизацию и предусматривает реализацию комплекса мер по развитию информатизации тарифного регулирования коммунального комплекса, что позволит сделать систему ЖКХ открытой для потребителей, повысит прозрачность и эффективность регуляторных решений;

— далее ввести в жилищное законодательство понятие и нормы экологической безопасности жилых помещений, в проектах жилой застройки учитывать нормы экологической безопасности, озеленения, размещения мест прогулок и отдыха, проводить мониторинг соблюдения указанных норм;

— учитывая социально-экономические тенденции ротации кадров и трудовой миграции, создать законодательную базу для формирования наемного фонда жилья в целях поддержания достойного качества проживания для малоимущих граждан, содействия гражданам с доходами, недостаточными для покупки жилья эконом-класса, помощи переселенцам и трудовым мигрантам.

Таким образом, государственная жилищная политика России требует своего дальнейшего развития в области активизации управленческих решений и в разработке механизмов ресурсного обеспечения предпринимаемых действий в процессе ее реализации.

Ковалева О.А.,

доцент кафедры гражданского права и процесса
Оренбургского государственного университета,

кандидат юридических наук, доцент
(г. Оренбург)

Литература

1. Аристов Е.В. Правовая парадигма социальности государства / Е.В. Аристов. Москва : Закон и право, 2016.
2. Богданов Е.В. Жилищное законодательство России: направление совершенствования / Е.В. Богданов // Юстиция. 2008. № 2.
3. Вайпан В.А. Реализация принципа социальной справедливости в правовом регулировании предпринимательской деятельности : автореферат диссертации доктора юридических наук / В.А. Вайпан. Москва, 2019.
4. Сидоренко Е.Н. Перспективы строительства доходных домов в России / Е.Н. Сидоренко // Проблемы экономики и менеджмента. 2015. № 7 (47).
5. Смоленский М.Б. Жилищное право : учебное пособие / М.Б. Смоленский. Москва : Дашков и К°, 2010.

¹ Конституция Российской Федерации (принята Всенародным голосованием 12.12.1993, по сост. на 21.07.2014) // СЗ РФ. 2014. № 30 (ч. 1). Ст. 4202.

² Аристов Е.В. Правовая парадигма социальности государства. М. : Закон и право, 2016. С. 76.

³ Смоленский М.Б. Жилищное право : учебное пособие. М. : Дашков и К°, 2010. С. 87.

- ⁴ Богданов Е.В. Жилищное законодательство России: направление совершенствования // Юстиция. 2008. № 2. С. 24.
- ⁵ Постановление Правительства Российской Федерации от 30 декабря 2017 г. № 1710 (ред. от 11.09.2019) «Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Обеспечение доступным и комфортным жильем и коммунальными услугами граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 3. Ст. 546.
- ⁶ Вайпан В.А. Реализация принципа социальной справедливости в правовом регулировании предпринимательской деятельности : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2019. С. 7.
- ⁷ Сидоренко Е.Н. Перспективы строительства доходных домов в России // Проблемы экономики и менеджмента. 2015. № 7 (47). С. 52.
- ⁸ Стратегия развития жилищной сферы Российской Федерации на период до 2025 года // Минстрой России. М., 2017. С. 54.
- ⁹ Плана мероприятий («дорожной карты») перехода к применению к установлению тарифов в сферах водоснабжения, водоотведения и теплоснабжения методом сравнения аналогов с использованием эталонных значений затрат (утв. 06.08.2019) // СПС «Техэксперт». URL: <https://cntd.ru>

Защита прав на недвижимость путем иска об установлении границ

Установление границ земельного участка и кадастровый учет недвижимости — вопросы на стыке частных и публичных интересов. С одной стороны, кадастровый учет призван точно идентифицировать объекты гражданских прав, которые принадлежат частному лицу. Точные геодезические координаты местоположения объекта недвижимого имущества позволяют бесспорно определить пространство, на которое распространяется титул и правомочия правообладателя недвижимости. Следовательно, кадастровый учет и процедура установления границ служат защите прав и законных интересов частных лиц. С другой стороны, кадастровый учет представляет собой средство публичного контроля за количеством недвижимого имущества, находящегося на территории Российской Федерации.

С 1 января 2017 г. вступил в силу Федеральный закон «О государственной регистрации недвижимости»¹ (далее по тексту — Закон № 218-ФЗ). Важным и актуальным является исследование влияния измененного законодательства на процесс формирования недвижимой вещи как объекта гражданских прав. Кроме этого, необходимо изучить влияние реформированного законодательства на реализацию исков, связанных с осуществлением кадастрового учета, в частности, иска об установлении границ земельного участка.

В свете реформы системы вещных прав и подхода к пониманию недвижимости важно пересмотреть правила реализации иска об установлении границ. При разрешении споров между собственниками соседней недвижимости суды и лица, участвующие в деле, часто оперируют следующими терминами: «признание межевания недействительным», «земельный иск», «защита прав на земельный участок», «межевой спор». При этом на лексическом уровне допускается идея горизонтального деления. Причины тому две. Первая — физическая. Спор между соседями чаще всего возникает по местоположению смежной границы, которая часто проходит именно по земле. Вторая — историческая и привычка «горизонтального деления» недвижимости. Авторы Земельного кодекса Российской Федерации² (далее — ЗК РФ), в продолжение советской традиции, искусственно «увели» вопросы земельных отношений в сторону от частноправового регулирования отношений с недвижимым имуществом.

Однако если смотреть шире, то защита прав на земельные участки подразумевает защиту прав на недвижимость в том смысле, в котором в это понятие включается одновременно земельный участок и все расположенные на нем объекты капитального строительства. Невозможно рассматривать соседский спор, например, о местоположении границ земельного участка, не принимая во внимание местоположение и принадлежность строений, расположенных на земельном участке. В отдельных случаях установление смежной

границы напрямую зависит от местоположения объекта капитального строительства³. Поэтому иск об установлении границ земельного участка, несмотря на сложившееся название, необходимо рассматривать как способ защиты права на недвижимость в целом. Тем более, что в обозримом будущем на законодательном уровне между термином «земельный участок» и «недвижимость» будет поставлен знак «равно».

Центральным понятием исследуемого способа защиты права является «граница». Из совокупности положений п. 3 ст. 6 ЗК РФ и п. 3 ч. 4 ст. 8 Закона № 218-ФЗ следует, что граница земельного участка — это уникальная характеристика, которая определяется посредством перечисления координат характерных точек, позволяющая выделить земельный участок в качестве индивидуально определенной вещи.

На определенном этапе перед владельцем земельного участка встает задача — уточнить местоположение принадлежащего ему земельного участка. Процедура уточнения границ земельного участка может иметь место в трех случаях.

Первый случай — первичное установление границ, когда земельный участок имеет статус «ранее учтенный», описания границ не имеет; из уникальных характеристик имеет лишь кадастровый номер, декларированную площадь, также может иметь адресную привязку.

Второй — определение местоположения границ земельного участка. Данная процедура реализуется, когда ранее учтенный земельный участок имеет границы, но их местоположение было определено в соответствии с требованиями ранее действующего законодательства. Такое описание не позволяет точно идентифицировать местоположение границ.

Третий — изменение местоположения границ земельного участка. Этот случай имеет место при необходимости внести изменения в сведения кадастра недвижимости об описании местоположения границ земельного участка. При данной процедуре границы земельного участка, являющегося объектом уточнения, установлены в соответствии с требованиями действующего законодательства. Однако сведения о таких границах не соответствуют действительным границам по различным причинам (например, в результате ошибки, неразрешенного спора об установлении смежной границы, изменения площади участка).

С точки зрения Закона № 218-ФЗ уточнение местоположения границ земельного участка — это процедура внесения изменений в сведения, содержащиеся в Едином государственном реестре недвижимости (далее — ЕГРН), которая осуществляется на основании межевого плана (ст. 22). Отсюда следует, что право на предъявление иска об установлении границ земельного участка обусловлено наличием у лица права осуществления кадастрового учета в отношении недвижимой вещи. Из совокупности ч. 1 и 2 ст. 15 Закона № 218-ФЗ, подп. 3.1, 6, 8.1, 10, 13.1, 13.3, 15, 22, 23.1, 36 п. 2 ст. 39.6, 39.8 ЗК РФ следует, что с заявлением о кадастровом учете может обратиться лишь собственник или

арендатор земельного участка для целей строительства. Только этот круг вправе осуществлять кадастровые работы и выступать заказчиком межевого плана по уточнению местоположения границ земельного участка. Следовательно, лишь собственник или арендатор земельного участка для целей строительства может быть истцом по делу об установлении границ земельного участка. Отсутствие доказательств наличия необходимого титула на земельный участок влечет безусловный отказ в удовлетворении исковых требований⁴.

Предпосылкой спора о границах является отказ или уклонение владельца смежного земельного участка (собственника, арендатора земельного участка на срок более 5 лет или субъекта права бессрочного пользования) от подписания акта согласования — документа, которым оформляется результат согласования местоположения границ (ст. 39, 40 Федерального закона «О кадастровой деятельности» от 24 июля 2007 г. № 221-ФЗ⁵). Следовательно, надлежащим ответчиком по иску об установлении границ является правообладатель смежного с истцом земельного участка, который отказывается или уклоняется от подписания акта согласования границ земельного участка. Наряду с собственником, арендатором или субъектом права бессрочного пользования ответчиком может выступить уполномоченный в силу сделки или закона представитель правообладателя земельного участка. Так Верховный Суд Российской Федерации признал несостоятельным довод заявителя кассационной жалобы о том, что управляющая организация не может быть ответчиком по иску об установлении границ, так как не является собственником смежного земельного участка, на котором расположен многоквартирный дом. Руководствуясь ст. 36, 138 Жилищного кодекса Российской Федерации⁶, суд указал, что земельный участок как общее имущество собственников помещений многоквартирного дома находится под управлением товарищества собственников жилья, которое представляет законные интересы собственников, связанные с управлением общим имуществом перед третьими лицами, в том числе в суде⁷.

Предмет иска — установление места прохождения границы земельного участка на местности. Основанием иска являются факты, позволяющие установить место прохождения границы земельного участка при его формировании, предоставлении, в процессе использования, а также факты нарушения, оспаривания такой границы, в том числе смежными землепользователями, причины такого оспаривания. Исковые требования по данной категории дел формулируются просьбой к суду установить границы земельного участка по описанию посредством перечисления координат характерных точек. Это может быть перечисление точек, описывающих все границы земельного участка, являющегося предметом спора, так и перечисление отдельных спорных точек по смежной с ответчиком границе⁸.

При рассмотрении спора центральной проблемой является выявление действительного местоположения спорных границ. Средствами доказывания становятся источники кадастровых сведений, перечисленные в ч. 10 ст. 22

Закона № 218-ФЗ: правоустанавливающие документы; документы, подтверждающие местоположение границ земельного участка при его образовании; проект межевания территории; границы, существующие на местности 15 лет и более, закрепленные элементами природного и антропогенного ландшафта (фактические границы).

В период с 1 января 2017 г. по 1 октября 2019 г. еще одним источником сведений о границах был проект межевания территории, причем приоритетным по отношению к сведениям о фактических границах. К счастью, этот дисбаланс между частными и публичными интересами устранен.

Иск об установлении границ относится к искам о правах на недвижимое имущество. Об этом говорит п. 2 совместного Постановления от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении вопросов, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» (далее — Постановление № 10/22)⁹, а также правоприменительная практика.

Истцом заявлен административный иск о признании незаконным бездействия комитета по природным ресурсам, выразившегося в невнесении в государственный лесной реестр сведений и обязанности внести изменения в ЕГРН в целях обеспечения регистрации права собственности. Стороны по делу ошибочно посчитали, что иск об установлении границ является публично-правовым спором. В иске было отказано, поскольку между сторонами имеется гражданско-правовой спор, надлежащим способом защиты права является иск о границах, который относится к искам о правах на недвижимое имущество¹⁰.

Виды споров об установлении границ можно разделить на три категории в зависимости от вида процедуры по уточнению границ, которая предшествовала возникновению спора: иск о первичном установлении границ земельного участка; иск об определении местоположения границ земельного участка; иск об изменении местоположения границ земельного участка.

Иск о первичном установлении границ земельного участка применяется, когда земельный участок имеет статус «ранее учтенный», описания границ не имел. Основным источником доказывания выступают сведения о фактических границах участка, а также продолжительность существования на местности этих границ.

Иск об определении границ применяется, когда земельный участок имеет границы, но их описание не позволяет точно идентифицировать местоположение границ. В качестве доказательств могут быть использованы сведения инвентаризации, схемы, планы, картографические данные.

Иск об изменении юридически установленных границ основан на фактах ошибочного описания границ либо фактах изменения параметров земельного участка на местности. Например, в случае формирования земельного участка, в границы которого ошибочно включается часть земной поверхности, занятой зданием, принадлежащим третьему лицу. Судебным решением по такому делу суд устанавливает границы земельного участка, необходимого для использо-

вания здания, и одновременно изменяет местоположение границ исходного ошибочно сформированного земельного участка¹¹. Требования по такому иску могут быть заявлены как просьба установить спорную смежную границу или как просьба установить границы земельного участка истца, с одномоментным изменением местоположения границ земельного участка, принадлежащего ответчику.

Судебная практика показывает увеличение числа споров о границах между земельными участками частных лиц и участками лесного фонда. Связано это с проведением кадастровых работ в отношении земель лесного фонда и уточнением местоположения их границ. Собственники земельных участков, граничащих с землями лесного фонда, сталкиваются с проблемами на стадии разработки межевого плана для уточнения местоположения границ. В таких случаях кадастровый инженер обнаруживает наложение границ земель лесного фонда, согласно сведениям ЕГРН, на фактические границы уточняемого земельного участка. При этом, согласно ч. 10 ст. 10 Федерального закона от 29 июля 2017 г. № 280-ФЗ¹², в случае уточнения местоположения границ земельного участка, смежного с лесным участком, орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации не вправе возражать против согласования местоположения границ такого земельного участка, если площадь такого земельного участка увеличивается не более чем на десять процентов площади, указанной в правоустанавливающих документах или документах, удостоверяющих права на такой земельный участок. Несмотря на указанное обстоятельство споры данной категории встречаются как в федеральной¹³, так и региональной практике¹⁴.

По результатам исследования можно сделать ряд выводов:

1. Иск об установлении границ является надлежащим способом защиты права, когда границы земельного участка не установлены в соответствии с требованиями действующего законодательства к степени точности координат.

2. В целях унификации судебной практики по делам об установлении границ земельных участков целесообразно дополнить Постановление № 10/22 разделом, посвященным способам защиты прав на недвижимое имущество при спорах о границах. В него возможно включить: разъяснение понятия «граница земельного участка»; порядок реализации иска об установлении границ, указать предмет, основание иска и корректную формулировку исковых требований; комментарии о предмете и способах доказывания местоположения границы земельного участка.

3. ЗК РФ дополнить ст. 64.1 «Земельные споры об установлении границ земельного участка» следующего содержания:

«1. Споры, не урегулированные в результате согласования местоположения границ, после оформления акта согласования границ разрешаются путем предъявления иска об установлении границ земельного участка, по границам которого возникли возражения.

2. Отсутствие подписи смежного землепользователя в акте согласования границ при проведении кадастровых работ является основанием для оспаривания местоположения границ земельного участка только в случае нарушения прав и законных интересов смежного землепользователя.

3. Местоположение границ земельного участка определяется с учетом положений ч. 10 ст. 22 Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости».

4. Решение суда, которым установлены границы земельного участка, является основанием для изменения сведений о данном земельном участке в кадастре недвижимости. В резолютивной части решения суда по такому делу указываются уникальные характеристики, подлежащие внесению в кадастр недвижимости: площадь, описание местоположения границ земельных участков путем указания координат характерных точек таких границ».

Мотлохова Е.А.,

аспирант кафедры гражданского права и гражданского процессуального права юридического факультета

Хабаровского государственного университета экономики и права
(г. Хабаровск)

Литература

1. Бевзенко Р.С. Горизонтальное разделение земельного участка / Р.С. Бевзенко // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 4.
2. Мотлохова Е.А. Защита прав на земельные участки путем предъявления иска об установлении границ / Е.А. Мотлохова // Имущественные отношения в РФ. 2017. № 11.
3. Савенко Г.В. Исковая защита прав на земельные участки и межевание: проблемы теории и практики / Г.В. Савенко. Москва : Infotropic, 2016.

¹ Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» // Российская газета. 2015. 17 июля.

² Федеральный закон от 25 октября 2001 г. № 136-ФЗ «Земельный кодекс Российской Федерации» // Российская газета. 2001. 30 октября.

³ Апелляционное определение Хабаровского краевого суда от 9 августа 2017 г. по делу № 33-6078/2017. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/>

⁴ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29 января 2019 г. № 305-ЭС18-24603; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 20 сентября 2018 г. № 308-ЭС18-15307; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 27 августа 2018 г. № 308-ЭС18-12505 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Федеральный закон от 24 июля 2007 г. № 221-ФЗ «О кадастровой деятельности» // Российская газета. 2007. 1 августа.

⁶ Федеральный закон от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ «Жилищный кодекс Российской Федерации» // Российская газета. 2005. 12 января.

⁷ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 6 августа 2018 г. № 309-ЭС18-10657 // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Апелляционное определение Хабаровского краевого суда от 26 декабря 2018 г. по делу № 33-9001/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возни-

кающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Вестник ВАС. 2010. № 6.

- ¹⁰ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 10 декабря 2018 г. № 307-КГ18-19923 // СПС «КонсультантПлюс».
- ¹¹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 27 декабря 2018 г. № 308-ЭС18-21850 // СПС «КонсультантПлюс».
- ¹² Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 280-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях устранения противоречий в сведениях государственных реестров и установления принадлежности земельного участка к определенной категории земель» // Российская газета. 2017. 4 августа.
- ¹³ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 4 декабря 2018 г. № 4-КГ18-81; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 12 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-18259 // СПС «КонсультантПлюс».
- ¹⁴ Определение Хабаровского краевого суда об отказе в передаче кассационной жалобы в Президиум от 18 декабря 2017 г. № 4Г-3237/2017. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/>

Особенность совместного завещания по ГК РФ

Во все времена, начиная с Древнего Рима, наследственные отношения, особенно по завещанию, находились в поле зрения как теоретиков, так и практикующих юристов. Такое внимание объясняется тем, что касается права собственности граждан, желающих определить судьбу своего имущества на момент после своей смерти. Эта особенность наследственных отношений по завещанию и должна определять специфику правового регулирования, что, по мнению автора, не происходит. Особенно с внесением изменений в ст. 1118 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), где говорится о возможности совершения совместного завещания лицами, состоящими в браке.

Согласно п. 5 ст. 1118 ГК РФ завещание является односторонней сделкой, которая создает права и обязанности после открытия наследства. Следовательно, по своей юридической природе завещание представляет собой одностороннюю сделку, направленную на распределение имущества между лицами, указанными завещателем.

Общее понятие односторонней сделки, данное в ст. 154 п. 2 ГК РФ, допускает участие нескольких субъектов в ней. Но определение ст. 153 ГК РФ подразумевает под сделками действия граждан и юридических лиц. Значит сделка — всегда волевой акт. А завещание является сделкой, которая выражает волю только завещателя. И согласно п. 4 ст. 1118 ГК РФ на стороне завещателя могут выступать супруги, выразившие свою волю составить совместное завещание. Получается, что каждый из супругов может самостоятельно решить, кого назначит своим наследником, и какое имущество ему оставит. Но самостоятельность волеизъявления супругов в данной сделке будет относительной. Хотят они того или нет, но мнение друг друга они должны будут учитывать, согласовывать. И только после согласования своих мнений совместить, трансформировать эти два мнения в одно единое. Какая-то совмещенная, согласованная единая воля предполагается в таком завещании. Во многих сделках это возможно, так как субъекты могут проявлять свою волю в объеме своих прав и участвовать в сделке на определенной стороне.

Множественность не противоречит законодательству, так как в соответствии с п. 2 ст. 1 ГК РФ «физические и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе». Завещание сделка особенная, так как имеет юридические последствия после смерти завещателя, и установить волю наследодателя в случае его нарушения не представляется возможным.

Юридическая природа завещания будет всегда противоречить такому совмещению двух решений, так как согласование решения о совместном завещании есть волевое действие, а значит, самостоятельная сделка, регулирующая

щая внутренние отношения между самими супругами по поводу завешания. Какими признаками обладает эта внутренняя сделка и может ли односторонняя сделка заключать в себя внутреннюю сделку? Законодатель оставил открытым эти стороны данной конструкции, хотя известно, что особенности ее всегда выделяли завешание среди других односторонних сделок.

Завешание — односторонняя сделка, носящая строго личный характер. Личностный характер завешания проявляется в том, что запрещается оформлять завешание через представителя (ст. 182 п. 4 ГК РФ, ст. 57 ч. 1 Основ законодательства о нотариате). Так было и по ГК РСФСР 1964 г., так есть и сегодня по действующему ГК РФ. Законодатель никогда не допускал и не допускает представительство в данной сделке, потому что представительство есть юридическая фикция и никаким добросовестным исполнением она не заменит своего субъекта. То есть изъявить волю вовне, чтобы она стала доступной и была правильно воспринята, необходимо полное соответствие между содержанием воли и внешним выражением ее, а этого может добиться только обладатель воли. Отсюда строго формальные требования. Завешание должно быть лично подписано завещателем, при невозможности (по любым причинам) другим лицом с обязательным указанием причин невозможности получения личной подписи завещателя (ст. 1125 ГК РФ).

Завешание — это формальная сделка, так как считается недействительной, если совершена не в установленной законом форме. Известный русский цивилист Г.Ф. Шершеневич по поводу формы завешания писал в свое время следующее: «Внешним условием действительности завешания является соблюдение установленной формы. Формальные требования со стороны закона по отношению к завешанию превышают требования, обращаемые к другим сделкам. Объяснение и оправдание этому явлению заключается в отсутствии носителя воли в то время, когда она приобретает юридическое значение. Необходимо удостоверение подлинности воли завещателя и тождественности ее содержания. Это может быть достигнуто только предписанием обязательного соблюдения установленной формы под страхом недействительности самого завешания»¹. Строгость формы завешания подчеркивает убедительно, что ценность во все времена представляла получение и сохранение воли самого собственника в первоизданном виде. Она должна быть выражена автономно, несмотря на режим совместной собственности супругов, потому что ст. 253 ч. 2 ГК РФ допускает распоряжение совместным имуществом по согласию. И хотя согласие презюмируется, но точная картина может получиться при личном волеизъявлении. Ведь это распоряжение на случай смерти.

Завешание — это специфическая сделка, поскольку оно является распоряжением на случай смерти. Основное правовое действие завешания наступает с момента смерти завещателя или со дня вступления в силу решения суда об объявлении его умершим. Этот факт, по мнению автора, законодатель оставил без внимания, так как согласно ст. 1113 ГК РФ смертью гражданина открывается наследование, а п. 4 ст. 1118 ГК РФ позволяет перенести открытие

наследства и определить наследственную массу на момент после смерти второго супруга.

Принцип свободы завещания в наследственном праве ограничивается правилом об обязательной доле необходимых наследников. При этом ст. 1149 ГК РФ так же, как ст. 535 ГК РСФСР, содержит исчерпывающий перечень лиц, имеющих право на обязательную долю в наследстве.

Как известно, обязательная доля равна половине той доли, которую наследник получил бы при наследовании по закону. Если у одного из супругов имеется обязательный наследник, а наследование будет осуществляться после смерти второго супруга, каким образом и когда рассчитывать обязательную долю: со всего имущества и после второго супруга?

Представляется, что данный вопрос должен решаться без ущемления прав обязательных наследников, а это будет означать, что переносить открытие наследства невозможно, и после смерти каждого наследодателя должна формироваться своя наследственная масса.

Говоря о возможности отмены завещания пережившим супругом, следует вспомнить ст. 1119 ГК РФ, в которой закреплен принцип свободы завещания. А свобода завещания означает, что завещатель, совместный или единоличный, вправе по своему усмотрению, без согласования с кем либо, распорядиться своим имуществом. Потому что завещатель — собственник, а право собственности защищается Конституцией Российской Федерации. Предоставляя возможность пережившему супругу отменить, изменить совместное завещание, законодатель: 1) либо наделяет пережившего супруга правомочием собственника, но тогда непонятно, как и когда это право собственности перешло от одного к другому, ведь открытие наследства и переход права может быть перенесено на момент смерти второго супруга; 2) либо предполагает единство воли, которое дает возможность и существует у всякого завещателя на отмену изменение завещания. Но в этом случае мы забываем волю умершего супруга, которая присутствует в совместном завещании и в таком случае не защищается законом. А ведь нарушение воли завещателя влечет ее недействительность.

Вышеприведенные доводы свидетельствуют, что данная конструкция имеет изъяны как в содержании своем, так и во внешнем оформлении, поэтому нуждается в серьезном осмыслении и доработки.

Мусаев Р.М.,
доцент кафедры гражданского права
Омского государственного университета имени Ф.М. Достоевского,
кандидат юридических наук, доцент
(г. Омск)

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1912. С. 823.

Развитие законодательства о факторинге в Российской Федерации

В предпринимательских отношениях сторона, поставившая товар, выполнившая работу или оказавшая услугу, зачастую не сразу получает оплату за выполнение своих обязанностей по договору, предоставляя своему контрагенту отсрочку платежа. А для повышения оборотоспособности капитала и, следовательно, увеличения прибыли необходимо как можно быстрее получить причитающиеся предпринимателю деньги. И помочь капиталу в этом призван договор финансирования под уступку денежного требования. Предприниматель (клиент) может сразу же получить полагающуюся за выполнение обязанностей по договору сумму, уступив это денежное требование финансовому агенту и получив от него финансирование, которое будет меньше стоимости уступаемого требования на размер вознаграждения финансового агента. Возможна и обеспечительная уступка, при которой финансирование осуществляется на возвратной основе, а требование соответственно необходимо передать обратно, если финансирование возвратили. Кроме того, финансовый агент может оказывать услуги по ведению бухгалтерского учета и иные финансовые услуги. Для предприятий мелкого и среднего бизнеса это очень важно, так как им выгоднее обратиться к финансовому агенту для обслуживания дебиторской задолженности, чем нанимать дополнительных работников для этого. При классическом варианте¹ финансирования под уступку денежного требования предприниматель может получить деньги за поставку товара, выполнение работы или оказание услуги практически немедленно, что значительно ускоряет оборот в его бизнесе и в итоге увеличивает прибыль. Выгодна данная схема и финансовому агенту, который получает вознаграждение за свою деятельность.

В настоящее время в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ) понятия «финансирование под уступку денежного требования» и «факторинг» употребляются как равнозначные. В доктрине для обозначения договора финансирования под уступку денежного требования и раньше нередко употребляется термин «факторинг», используемый в коммерческом обороте многих стран, хотя некоторые ученые и отмечали различия между ними. В России первым актом, регулировавшим факторинг, было письмо Госбанка СССР от 12 декабря 1989 г. № 252 «О порядке осуществления операций по уступке поставщиками банку права получения платежа по платежным требованиям за поставленные товары, выполненные работы и оказанные услуги». Финансирование под уступку денежного требования на уровне кодифицированного акта в России впервые было урегулировано в ч. II ГК РФ (гл. 43).

Факторинг как правовой институт возник в системе общего права в конце XIX в., а с середины XX в. стал использоваться и в странах континентального

права. В большинстве зарубежных государств факторинг не регламентируется на уровне кодифицированных актов. В настоящее время принято две международных конвенции, регулирующие факторинг: Конвенция УНИДРУА о международном факторинге (Оттава, 28 мая 1988 г.), вступившая в силу с 1 мая 1995 года, и Конвенция ООН «Об уступке дебиторской задолженности в международной торговле» (Нью-Йорк, 12 декабря 2001 г.), еще не вступившая в силу. Россия присоединилась к Конвенции УНИДРУА о международном факторинге (Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 86-ФЗ) с 1 марта 2015 г. В настоящее время Россия не является участником Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле.

Стороны в договоре финансирования под уступку денежного требования.

В отношениях финансирования под уступку денежного требования участвуют три стороны: финансовый агент (фактор), который осуществляет финансирование, клиент, который передает долг под это финансирование, и должник, у которого кредитором вместо клиента становится финансовый агент и который в договоре факторинга не участвует.

Финансовый агент, как правило, обязуется передать денежные средства клиенту в счет уступаемого требования. В первоначальной редакции ст. 825 ГК РФ было закреплено, что для коммерческих организаций (кроме банков и иных кредитных организаций) необходимо получение лицензии для того, чтобы иметь возможность выступать в качестве финансового агента. Но ст. 10 Федерального закона от 26 января 1996 г. «О введении в действие ч. II ГК РФ» замораживала действие данной нормы до установления условий лицензирования финансовых агентов. Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» не включал в предусмотренный им перечень видов лицензируемой деятельности (ст. 17) деятельность по финансированию под уступку денежного требования. Поэтому многие цивилисты² считали, что деятельность финансовых агентов в период действия первоначальной редакции ст. 825 ГК РФ могла осуществляться без лицензии. В судебно-арбитражной практике также встречались решения, подтверждавшие данную точку зрения³.

Однако распространение в арбитражных судах получила противоположная позиция⁴. Получалось, что до установления условий лицензирования финансовых агентов данный вид деятельности могли осуществлять лишь банки и иные кредитные организации. Им право на заключение сделок по приобретению права требования от третьих лиц исполнения обязательств в денежной форме было предоставлено п. 2 ч. 3 ст. 5 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности». Такая позиция арбитражных судов поддерживалась и некоторыми учеными⁵.

На практике в России в период действия первоначальной редакции ст. 825 ГК РФ успешно функционировали факторинговые компании, не являвшиеся кредитными организациями и не имевшие лицензии на данный вид

деятельности — такие как ЗАО «Факторинговая компания «Еврокоммерц», ЗАО «Стройкредит Факторинг», ЗАО «ТрансКредитФакторинг», ЗАО «Фактор-фирма «Энергия».

Таким образом, велась острая научная дискуссия о возможности выступать в качестве финансового агента без лицензии некредитным организациям, отразившаяся и в судебно-арбитражной практике. Факторинговым компаниям приходилось доказывать свое право на существование. Требовалась определенность в данном вопросе. Все сомнения разрешил Федеральный закон от 9 апреля 2009 г. № 56-ФЗ «О внесении изменения в ст. 825 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившей силу ст. 10 Федерального закона «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации». Данный закон установил, что в качестве финансового агента договоры финансирования под уступку денежного требования могут заключать коммерческие организации. Поэтому в настоящее время не возникает сомнений в том, что финансовый агент вправе действовать без лицензии.

Относительно того, кто может выступать в качестве другой стороны договора финансирования под уступку денежного требования — клиента — также не существует единого мнения. Так, многие ученые⁶ считают, что клиентами могут быть только коммерческие организации или индивидуальные предприниматели, так как данный договор используется исключительно в предпринимательском обороте. Однако некоторые цивилисты⁷ полагают, что клиентами могут выступать, кроме того, физические лица, не являющиеся предпринимателями.

Соотношение финансирования под уступку денежного требования и цессии. Нормы о цессии помещены в общую часть обязательственного права, а договор финансирования под уступку денежного требования рассматривается среди отдельных видов обязательств. Со времен римского права известен принцип «*lex specialis derogat generali*» — «специальный закон вытесняет общий». М.И. Брагинский отмечает: «Хотя указанный принцип в общем виде в ГК и не закреплен, как не было и нет его в другом законодательстве, он является давно и безусловно признанным»⁸. Таким образом, нормы о финансировании под уступку денежного требования являются специальными по отношению к нормам о цессии, и в случае их противоречия будут действовать нормы о финансировании под уступку денежного требования.

Сделка уступки права требования опосредует исключительно перемену кредитора в обязательстве. Для цессии не имеет значения, на основании чего происходит правопреемство в обязательстве. Поэтому многие ученые сравнивают цессию с традицией как с актом передачи права. Если при помощи традиции переходит право собственности, то цессия переносит право требования. Поэтому помимо соглашения об уступке права требования сторонам необходимо заключить еще и сделку — основание перехода права требования. Ею могут быть договоры купли-продажи, мены, дарения, залога и другие.

Большинство цивилистов⁹ рассматривают и финансирование под уступку денежного требования как одно из оснований цессии.

Данная позиция наиболее логично объясняет соотношение цессии и факторинга. Нормы о цессии находятся в общей части обязательственного права и характеризуют уступку права как акт передачи права требования. Нормы о финансировании под уступку денежного требования находятся в особенной части обязательственного права, и в них основной упор делается на основании такой уступки, а именно — на финансировании клиента. Поэтому, как отмечалось выше, нормы о цессии и факторинге соотносятся как общие и специальные. К финансированию под уступку денежного требования применимы общие положения о перемене лиц в обязательствах (например, правило, сформулированное в ст. 386 ГК РФ, о праве должника выдвигать против требования нового кредитора возражения, которые он имел против первоначальному кредитору). Однако если нормы о финансировании под уступку денежного требования будут предусматривать другое правило, чем нормы о цессии, то будут действовать специальные нормы, т.е. нормы о факторинге.

Обеспечительная передача права. Финансирование под уступку денежного требования может строиться по модели продажи или обеспечительной передачи права. Передача денежного требования финансовому агенту в обмен на предоставление клиенту денежных средств — это модель купли-продажи права требования, а уступка клиентом фактору своего денежного требования в качестве способа обеспечения исполнения обязательства, имеющегося у клиента перед фактором — это модель обеспечительной передачи права.

Статья 831 ГК РФ устанавливает различие для факторинга по модели купли-продажи и обеспечительной передачи права (так называемого обеспечительного факторинга) при получении финансовым агентом исполнения от должника. При финансировании под уступку денежного требования по модели купли-продажи фактор получает права на все деньги, полученные от должника. При факторинге как способе обеспечения исполнения обязательства действуют правила, аналогичные положениям о реализации заложенного имущества (п. 3 ст. 334 ГК РФ). Если полученная от должника сумма выше суммы долга, остаток возвращается клиенту. Если же полученная сумма меньше суммы долга, то клиент остается обязанным перед фактором в оставшейся части. Норма о возврате клиенту суммы, превышающей долг клиента, является диспозитивной, договором финансирования под уступку денежного требования может быть предусмотрено оставление этой суммы у финансового агента.

Обеспечительная передача права является новым для российского законодательства способом обеспечения исполнения обязательств, хотя она берет свои истоки в древнем римском праве, а именно в институте фидуции (*fiducia*)¹⁰. Обеспечительная передача права похожа на залог, хотя имеются и существенные различия между ними.

В чем же разница между обеспечительной передачей и залогом? И в том, и в другом случае предоставляется определенное имущество, из стоимости которого могут удовлетворяться требования кредитора при неисполнении обеспечиваемого им обязательства. Однако если при залоге кредитор получает ограниченное вещное право на такое имущество, то при обеспечительной передаче кредитор получает над ним полное господство. Если же обеспеченное залогом обязательство не было нарушено, то право на предмет залога остается у залогодателя автоматически, в то время как при обеспечительной передаче в аналогичной ситуации придется осуществлять обратную передачу имущества.

В ситуации с обеспечительным факторингом можно обойтись и без обратной передачи права требования, определив в договоре его судьбу в случае своевременного возврата либо невозврата суммы финансирования.

Уступка требования в целях взыскания. В течение долгого времени спорным был вопрос, допустима ли в Российской Федерации уступка требования в целях взыскания и можно ли использовать для ее оформления договор финансирования под уступку денежного требования. А.П. Васильченко так описывает суть данной сделки: «Активное развитие рынка повлекло за собой появление в отечественной практике конструкции цессии с целью взыскания, когда кредитор уступал права требования третьему лицу, которое взыскивало долг. Цессионарий обязывался вернуть cedentu все полученное им с должника после получения исполнения, за вычетом причитающегося ему вознаграждения»¹¹. Такая уступка осуществляется с целью получения исполнения, т.е. инкассирования, она широко распространена за рубежом, где иногда именуется инкассо-цессией или цессией на инкассо. Факторинг такого рода также называют инкассовым или факторингом без финансирования.

Но в отечественной судебной-арбитражной практике цессия в целях взыскания при прежней редакции ГК РФ нередко признавалась недействительной сделкой. Однако большинство ученых считают, что инкассо-цессия и раньше не противоречила российскому законодательству, и ее основанием мог выступать договор финансирования под уступку денежного требования.

Инкассовый факторинг широко распространен за рубежом. Его смысл сводится не столько к самому взысканию задолженности фактором, сколько к передаче фактору трудоемкой процедуры отслеживания графика погашения дебиторской задолженности. Чаще всего клиентам приходится самостоятельно заниматься администрированием задолженности, что требует найма большого числа опытных квалифицированных сотрудников. Клиент обратится к фактору за помощью при проведении инкассовых операций только в том случае, если точно оценит, что для него более выгодно не создавать (или ликвидировать уже существующий) отдел администрирования продаж, а использовать услуги фактора. Эффективность определяется им путем простого сравнения издержек от создания и функционирования собственного отдела и стоимости факторинговых услуг.

В настоящее время п. 1 ст. 824 ГК РФ в редакции Федерального закона от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ предусмотрено в качестве одного из действий, допустимых в качестве объекта факторинга, осуществление права по денежным требованиям клиента, в том числе предъявление должникам денежных требований к оплате, получение платежей от должников и производство расчетов, связанных с денежными требованиями. В п. 3 ст. 831 ГК РФ установлено, что если уступка денежного требования осуществлена в целях оказания финансовым агентом (фактором) клиенту услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки, финансовый агент (фактор) обязан представить отчет клиенту и передать ему все суммы, полученные во исполнение уступленных денежных требований, а клиент обязан оплатить оказанные услуги

Таким образом, в действующем ГК РФ четко сформулирована возможность инкассового факторинга. Представляется, что и в прежней редакции ГК РФ законодательных препятствий для его использования не было установлено. Решения арбитражных судов, отрицавшие возможность инкассового факторинга в России, приняты в результате ограничительного толкования норм гражданского кодекса.

Однако более распространенным все же является факторинг, предполагающий финансирование клиента. Любой вид финансирования под уступку денежного требования выгоден как клиенту, так и финансовому агенту. Так, клиент увеличивает объем продаж и количество покупателей, предоставив им льготные условия оплаты товара (коммерческий кредит). Кроме того, клиент получает возможность сконцентрироваться на своей основной производственной деятельности, переложив издержки по обслуживанию дебиторской задолженности на финансового агента. Наконец, клиент получает адекватную оценку финансового состояния партнера, что позволяет планировать поступление средств и погашение собственной задолженности. Финансовый агент, в свою очередь, получает достаточно высокое вознаграждение за оказание такого рода услуг. Поэтому факторинг становится инструментом повышения конкурентоспособности для предприятий мелкого и среднего бизнеса, которые чаще всего выступают в качестве клиентов, и средством получения прибыли для финансовых агентов, в качестве которых нередко выступают коммерческие банки.

Пушкина А.В.,

научный сотрудник сектора гражданского права,
гражданского и арбитражного процесса
Института государства и права Российской академии наук (ИГП РАН),
доцент кафедры частного права Государственного
академического университета гуманитарных наук,
кандидат юридических наук
(г. Москва)

Литература

1. Алексанова Ю.А. Правовые проблемы финансирования под уступку денежного требования : диссертация кандидата юридических наук / Ю.А. Алексанова. Москва, 2004.
2. Алешев И. Соотношение факторинга и цессии / И. Алешев // ЭЖ-Юрист. 2006. № 34.
3. Бирюкова Л.А. Фидуциарная собственность как способ обеспечения защиты кредитора / Л.А. Бирюкова // Актуальные проблемы гражданского права : сборник статей / под редакцией С.С. Алексеева. Москва : Статут : Юрист, 2000.
4. Брагинский М.И. Договорное право : общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Москва : Статут, 1998.
5. Брагинский М.И. Договорное право. В 2 томах. Кн. 5. Т. 1: Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Москва : Статут, 2006.
6. Васильченко А.П. Цессия для целей взыскания / А.П. Васильченко // Вестник гражданского права. 2008. № 2.
7. Гасников К.Д. Договор финансирования под уступку денежного требования (факторинг) по праву России и Англии / К.Д. Гасников. Москва : Юрист, 2005.
8. Гражданское право. В 2 томах. Т. 2. Полумтом 2 : учебник / ответственный редактор Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : Бек, 2000.
9. Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика / Л.Г. Ефимова. Москва : НМП, 2001.
10. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / под редакцией Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. Москва : Юрайт, 2004.
11. Мошкович М. Финансовые агенты против терроризма / М. Мошкович, Н. Завойкина, Ю. Терешко // ЭЖ-Юрист. 2008. № 2.
12. Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг / Л.А. Новоселова. Москва : Статут, 2003.
13. Плехов Е.В. Лицензирование факторинговой деятельности / Е.В. Плехов // Современное право. 2005. № 2.
14. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве : учебно-практическое пособие / К.И. Скловский. Москва : Дело, 2000.
15. Чеговадзе Л. Факторинг — сделка под уступку имущественного права / Л. Чеговадзе // Хозяйство и право. 2001. № 12.
16. Шевченко Е.Е. Договор финансирования под уступку денежного требования в системе гражданского права Российской Федерации / Е.Е. Шевченко. Москва : Ось-89, 2005.
17. Шевченко Е.Е. О проблеме лицензирования деятельности финансового агента как субъекта договорных отношений финансирования под уступку денежного требования / Е.Е. Шевченко // Юрист. 2004. № 2.
18. Шурганова Н.П. Место договора финансирования под уступку денежного требования в системе иных гражданско-правовых договоров, являющихся основанием совершения уступки, и их соотношение со сделкой уступки имущественного требования / Н.П. Шурганова // Кодекс info. 2004. № 11-12.
19. Эрделевский А. Договор факторинга / А. Эрделевский // Российская юстиция. 1999. № 1.

¹ Возможен и так называемый факторинг без финансирования, при котором деньги поступают к клиенту не сразу при уступке требования, а по мере их взыскания с должника финансовым агентом (см. об этом последнюю часть настоящей статьи). В данном случае для клиента важно сокращение расходов на обслуживание дебиторской задолженности.

² См., например: Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2003. С. 358–361; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. Кн. 5 : в 2-х т. Т. 1. М., 2006 (автор раздела — В.В. Витрянский); Васильченко А.П. Цессия для целей взыскания // Вестник гражданского права. 2008. № 2; Мошкович М., Завойкина Н., Терешко Ю. Финансовые агенты против терроризма // ЭЖ-Юрист. 2008. № 2; Плехов Е.В. Лицензирование факторинговой деятельности // Современное право. 2005. № 2; Шевченко Е.Е. О проблеме лицензирования деятельности финансового агента как субъекта договорных отношений финансирования под уступку де-

- нежного требования // Юрист. 2004. № 2; Алексанова Ю.А. Правовые проблемы финансирования под уступку денежного требования : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 77.
- ³ См., например: Постановление Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации Уральского округа от 4 января 2001 г. № Ф09-1969/2000-ГК // СПС «Консультант-Плюс».
- ⁴ Постановление Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации Центрального округа от 7 сентября 1999 г. № А14-2582-99/86/10; Постановления Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации Московского округа от 25 сентября 2003 г. № КГ-А40/7043-03-П, от 3 февраля 2003 г. № КГ-А40/68-03, Постановление Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации Волго-Вятского округа от 31 марта 2005 г. № А79-6708/2004-СК2-6335; Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 июня 1998 г. № 955/98 и др. // СПС «КонсультантПлюс».
- ⁵ См., например: Гражданское право : учебник : в 2-х т. Т. II. Полумом 2 / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2000. С. 234 (автор раздела — Е.А. Суханов); Алешев И. Соотношение факторинга и цессии // ЭЖ-Юрист. 2006. № 34; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / под ред. Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. М., 2004. С. 544 (автор раздела — А.П. Юденков); Эрделевский А. Договор факторинга // Российская юстиция. 1999. № 1; Гасников К.Д. Договор финансирования под уступку денежного требования (факторинг). М., 2005. С. 77.
- ⁶ См., например: Гражданское право : учебник : в 2-х т. Т. II. Полумом 2. С. 233 — 234 (автор раздела — Е.А. Суханов); Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч.; Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. М., 2001. С. 570.
- ⁷ См., например: Алексанова Ю.А. Указ. соч. С. 78; Шевченко Е.Е. Договор финансирования под уступку денежного требования в системе гражданского права Российской Федерации. М., 2005. С. 142.
- ⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1998. С. 37.
- ⁹ См., например: Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 2000. С. 462; Шурганова Н.П. Место договора финансирования под уступку денежного требования в системе иных гражданско-правовых договоров, являющихся основанием совершения уступки, и их соотношение со сделкой уступки имущественного требования // Кодекс info. 2004. № 11-12. С. 32; Гасников К.Д. Указ. соч. С. 56; Чеговадзе Л. Факторинг — сделка под уступку имущественного права // Хозяйство и право. 2001. № 12. С. 54.
- ¹⁰ См., например: Бирюкова Л.А. Фидуциарная собственность как способ обеспечения защиты кредитора // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. С.С. Алексева. М., 2000. С. 194—196.
- ¹¹ Васильченко А.П. Указ. соч.

К вопросу о соотношении интересов граждан и публичной власти: цивилистический аспект

Проблема соотношения прав граждан и публичной власти относится к числу фундаментальных, в том числе и в цивилистике, поскольку связана с определением назначения самого права. Очевидно, что эту проблему нельзя решать, базируясь на буквально понятом социологическом или экономическом подходах, поскольку право имеет свою объективную сущность, хотя и идеального порядка.

Исходя из этого прежде всего следует юридически определить категорию «публичная власть», поскольку ясно, что она, по своей сути, отражает широко понимаемое социально-институциональное явление¹. В рамках гражданского права, думается, более плодотворно относить публичную власть к способности общества, проявляя свою волю, воздействовать на деятельность людей, а также их групп в общих интересах, обозначаемых также в качестве публичных.

Публичная власть реализуется посредством определения и уполномочивания публично-правовых образований. Согласно ст. 3 Конституции Российской Федерации «народ осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления», которые, в свою очередь, оформляют публичные интересы в нормативно-правовые предписания, закрепляя права и обязанности граждан, в том числе в имущественной и личной неимущественной сфере. При таком подходе к определению публичной власти проблема соотношения прав граждан и публичной власти кроется в понимании публичного интереса.

Интуитивная ясность такого интереса, возникавшая ранее в процессе неоднократного их подтверждения путем проб и ошибок на протяжении достаточно длительного времени, теперь для общества теряет свою однозначность, создавая запрос на операционализацию публичного интереса, который может быть удовлетворен только в рамках той же юридической техники, которая применяется при определении интереса отдельных лиц.

Следует уточнить, что публичный интерес в своей сущности не определяется и не может определяться собственными потребностями органов государственной или муниципальной власти, поскольку они буквально присущи только человеку как члену социума. Публичная власть включает в себя только «производные», признаваемые обществом в качестве наиболее значимых для него потребности, т.е. интересы, которые и обеспечиваются правом. По удачному выражению Ю.А. Тихомирова, публичные интересы — «это общественные интересы, без удовлетворения которых невозможно, с одной стороны, реализовать частные интересы, с другой, обеспечить целостность, устойчивость и нормальное развитие организаций, государств, наций, социальных слоев, наконец общества в целом»². Схожие определения даются и за рубежом³.

Очевидно, что публичные интересы складываются в обществе исторически в результате его существования как результате нахождения баланса между развитием и деградацией, вырабатываются представления о том, каковы пределы потребностей людей (их качества, количества, способов реализации и проч.). Указанные представления имеют значение для установления пределов произвола людей уже в правовой сфере. Важно при этом отметить, что ни публичные, ни частные интересы а priori не могут быть определены в качестве приоритетных, поскольку, по сути, это одни и те же признанные обществом потребности.

Подобное понимание перекликается с позицией интерпретации баланса публичных и частных интересов Верховным судом США. В решении по делу 1938 г. *United States v. Carolene Products*⁴, в рамках которого рассматривалось соответствие Конституции мер «Нового курса» Ф. Рузвельта было отмечено, что суд «будет признавать действия правительства по улучшению благосостояния только в том случае, если это не будет сопровождаться особым отношением к какой-то социальной группе и выделением ее в качестве привилегированной».

Несколько иную позицию занимает Конституционный совет Франции, который также оперирует категорией публичного интереса. Им обеспечивается приоритет публичных интересов над частными, однако с существенными изъятиями, исходя из принципа соразмерности. Проверив, не использовал ли законодатель, устанавливая ограничения прав и свобод человека, ссылку на публичный интерес для сокрытия своих истинных целей, т.е. действительно оправдывается публичным интересом, Конституционный совет определяет, не является ли оно чрезмерным⁵.

Конституционным Судом Российской Федерации приоритет публичного интереса по отношению к частному обоснованно не рассматривается как единственная форма их соотношения в правовом регулировании. Он исходит из того, что в силу п. 2, 3 ст. 55 и ч. 3 ст. 56 Конституции Российской Федерации предполагается возможность разумного и соразмерного урегулирования федеральным законом субъективного права без его умаления и неправомерного ограничения при справедливом соотношении публичных и частных интересов⁶. При этом в Конституции Российской Федерации выражение «публичный интерес» не используется.

Отечественный законодатель начал вводить термин в середине 2000-х гг. В Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ) начиная с 2006 г. появился ряд статей, в которых содержится отсылка к публичному интересу (ст. 152.1, 152.2, 1362). Пленумом Верховного Суда Российской Федерации в п. 75 Постановления «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 23 июня 2015 г. № 25⁷ публичные интересы определены применительно к ст. 166, 168 ГК РФ. Рекомендовано под ними, в частности, «...понимать интересы неопределенного круга лиц, обеспечение безопасности жизни и

здоровья граждан, а также обороны и безопасности государства, охраны окружающей природной среды».

В указанном постановлении, по сути, воспроизведено имеющее непосредственное отношение к методу гражданского права конституционное положение абз. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ, в котором установлена возможность Российской Федерации, в чьем ведении находится гражданское законодательство, ограничить гражданские права на основании федерального закона в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Думается, приведенная формулировка статьи при ее буквальном толковании страдает узостью, поскольку означает, что ограничение прав возможно лишь в случае угрозы существованию территориальной целостности и неприкосновенности государственной власти. Очевидно, что ее следует понимать более широко, ведь безопасность общества достигается еще и его развитием, обеспечиваемом публичной властью. Такой подход очевиден для правоприменителей, которые видят публичный интерес в различных социальных сферах⁸.

Следует уточнить, что указанная возможность публичной власти ограничивать гражданские права относится к самым общим правилам воздействия на имущественные и личные неимущественные отношения. Она включает в себя, в первую очередь, установление соответствующих нормативных положений в рамках принятия актов государственных органов или органов местного самоуправления, которые, в том числе, и по основанию несоответствия запрету, содержащемуся в абз. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ, могут быть признаны недействительными согласно ст. 12 ГК РФ. То есть речь идет о запрете действия нормативного правового акта или его части в случае его противоречия интересам отдельных лиц, а также обеспечению обороны страны и безопасности государства. Кроме того, указанная возможность относится и к этапу осуществления гражданских прав.

Возможность ограничения гражданских прав на этапе их осуществления нужно, очевидно, понимать не в смысле уменьшения объема правомочий, а запрета их реализации полностью или в части. Так, в случае противоречия сделки публичным интересам она признается ничтожной (п. 2 ст. 168 ГК РФ), т.е. пресекается реализация способности лиц приобретать и осуществлять свои гражданские права своей волей и в своем интересе (ст. 1 ГК РФ) и, в частности, совершать сделки (ст. 18 ГК РФ). Поэтому следовало бы понимать широко содержащийся в ст. 10 ГК РФ запрет нарушения пределов осуществления гражданских прав не только действиями с намерением причинить вред другому лицу и злоупотребление правом, но и угрозу создания препятствий для удовлетворения публичных интересов как общих интересов, обеспечиваемых публичной властью.

Следует отметить, что в гражданском праве, с помощью которого оказывается воздействие на имущественные и личные неимущественные отноше-

ния, публичный интерес приобретает материальную составляющую. Разумеется, публичные интересы могут быть напрямую связаны с присвоением и оборотом благ⁹. Но запрету подлежат и те взаимодействия по поводу имущества, которые находятся в причинно-следственной связи с препятствиями к обеспечению публичных интересов, относящихся к иным общественным отношениям¹⁰.

Из приведенных рассуждений о правилах установления баланса частных и публичных интересов интереса видно, что в действующем законодательстве они закреплены в выражениях, требующих их расширенного толкования. Представляется, что с учетом актуализации публичного интереса его значения для определения метода гражданского права и его пределов следовало бы придавать соответствующим правилам более широкое значение. Логично было бы считать, что ограничение гражданских прав, предусмотренное в абз. 1 п. 2 ст. 1 ГК РФ, возможно в целях обеспечения прав и законных интересов других лиц, обороны страны, а также безопасности государства, понимаемой как *общий для всех* интерес, обеспечиваемый публичной властью.

Родионова О.М.,
профессор кафедры гражданского права
Саратовской государственной юридической академии,
доктор юридических наук, доцент
(г. Саратов)

Литература

1. Зеленцов А.Б. Публичные интересы и производные от них юридические конструкции / А.Б. Зеленцов, М.В. Немытина // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 4.
2. Калиш Д.Б. Соответствие публичному интересу как критерий конституционности законов: французская доктрина и практика / Д.Б. Калиш // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2016. № 3.
3. Рачинский В.В. Публичная власть как общеправовая категория: теоретико-прикладной аспект : автореферат диссертации кандидата юридических наук / В.В. Рачинский. Уфа, 2003.
4. Сафонов В.Н. Конституционное правотворчество в деятельности Верховного суда США. Историко-правовое исследование : монография / В.Н. Сафонов. Москва : Проспект, 2018.
5. Тихомиров Ю.А. Публичное право : учебник для юридических факультетов и вузов / Ю.А. Тихомиров. Москва : Бек, 1995.
6. Хайек Ф.А. Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Ф.А. Хайек ; перевод с английского Б. Пинскера, А. Кустарева. Москва : ИРИСЭН, 2006.

References

1. Chevallier J. Intérêt Général / J. Chevallier // Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation / I. Casillo, R. Barbier, L. Blondiaux [et al.] (dir.). Paris : GIS Démocratie et Participation. 2013. URL: <https://www.dicopart.fr/en/dico/interet-general> (дата обращения: 22.10.2019).

¹ Так, дается определение публичной власти как «...институализированной легальной социальной власти, реализующей артикулированные общественные интересы определенного территориального сообщества и служащей цели сохранения и развития данного сообщества»

- в качестве целостной системы в соответствии с господствующим в обществе мировоззрением». См., например: Рачинский В.В. Публичная власть как общеправовая категория: теоретико-прикладной аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2003. С. 8.
- ² Тихомиров Ю.А. Публичное право. М., 1995. С. 55.
 - ³ Так, известный австрийский экономист и политический философ Ф.А. Хайек считает, что публичный интерес содержится в заинтересованности социума сохранить порядок, являющийся средством достижения множества личных целей. См.: Хайек Ф.А. Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С. 170. Крупнейший французский антрополог Ж. Шевалье указывает, что публичный интерес выступает как «основополагающий принцип легитимации власти в современных обществах: любая власть является носителем интереса, который стоит выше и выходит за рамки частных интересов членов общества». Chevallier J. Intérêt Général // Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation / I. Casillo, R. Barbier, L. Blondiaux [et al.] (dir.). Paris : GIS Démocratie et Participation, 2013. URL: <https://www.dicopart.fr/en/dico/inter-et-general> (дата обращения: 22.10.2019).
 - ⁴ United States v. Carolene Products 304 US. 144 (1938). См.: Сафонов В.Н. Конституционное правотворчество в деятельности Верховного суда США. Историко-правовое исследование : монография. М., 2018. С. 119–110; Зеленцов А.Б., Немытина М.В. Публичные интересы и производные от них юридические конструкции // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 4. С. 435.
 - ⁵ См.: Калиш Д.Б. Соответствие публичному интересу как критерий конституционности законов: французская доктрина и практика // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2016. № 3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/sootvetstvie-publicnomu-interesu-kak-kriteriy-konstitutsionnosti-zakonov-frantsuzskaya-doktrina-i-praktika> (дата обращения: 27.10.2019).
 - ⁶ См.: Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 18 февраля 2000 г. № 3-П, от 14 ноября 2005 г. № 10-П, от 26 декабря 2005 г. № 14-П, от 16 июля 2008 г. № 9-П, от 7 июня 2012 г. № 14-П, от 16 февраля 2016 г. № 4-П и др. // СПС «КонсультантПлюс».
 - ⁷ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 23 июня 2015 г. № 25 // СПС «КонсультантПлюс».
 - ⁸ Так, определив в качестве публичного интереса, по сути, стимулирование отечественной экономики в части содействия осуществлению и взаимной защите иностранных капиталовложений, суд посчитал, что принятие уполномоченным органом правового акта, которым отменено ранее изданное распоряжение об утверждении общества в качестве инвестора по реализации проекта реконструкции здания, неправомерно. См.: Пункт 1 Обзора практики разрешения судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 12.07.2017) // СПС «КонсультантПлюс».
 - ⁹ Так, условие дополнительного соглашения, согласно которому увеличивается цена контракта в размере, превышающем 10%, является ничтожным в соответствующей части как противоречащее закону и при этом посягающее на публичные интересы и права и интересы третьих лиц — иных участников закупки (п. 2 ст. 168 ГК РФ, ч. 2 ст. 8, п. 1 ст. 95 Закона о контрактной системе). См.: Пункт 12 Обзора судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 28.06.2017) СПС «КонсультантПлюс».
 - ¹⁰ Так, Пленум Верховного Суда Российской Федерации пришел к выводу о том, что «принимая во внимание необходимость эффективных мер, направленных на восстановление состояния окружающей среды, в котором она находилась до причинения вреда, наличие публичного интереса в благоприятном состоянии окружающей среды, суд с учетом позиции лиц, участвующих в деле, и конкретных обстоятельств дела вправе применить такой способ возмещения вреда, который наиболее соответствует целям и задачам природоохранного законодательства». См.: Пункты 13 и 17 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении вреда, причиненного окружающей среде» от 30 ноября 2017 г. № 49 // СПС «КонсультантПлюс».

Природа договора лизинга

Юридическая сущность лизинга в настоящее время в научных кругах продолжает вызывать дискуссии. В свое время Е.В. Кабатова писала: «Что же такое лизинг? На первый взгляд все очень просто: одна организация покупает у другой какое-либо имущество и сдает его во временное пользование третьей. Однако простота это кажущаяся, до сих пор специалисты не могут выработать единого определения для этих сделок, разобраться в их природе»¹. С момента, когда Е.В. Кабатова писала свою работу, прошло более 27 лет. За это время в Российской Федерации существенно изменилось законодательство, регулирующее лизинговые отношения, появилась судебная практика, но до конца правовая природа лизинга так и не была определена. В настоящее время приобретает особую актуальность определение правовой природы лизинга, особенно в свете реформы гражданского законодательства, в частности, подготовленного Министерством финансов Российской Федерации законопроекта об изменении Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)². Министерство финансов предлагает вывести регулирование лизинга из гл. 34 ГК РФ «Аренда» в отдельную главу, т.е. планируется прямое нарушение взятых Россией на себя международных обязательств в рамках ЕврАзЭС (в части унификации законодательства) и Конвенции УНИДРУА «О международном финансовом лизинге», где основой лизинговых отношений является аренда.

Нерешенность до конца природы лизинговых отношений по российскому праву проявляется в том, что разные законы определяют ее по-разному. Так, ГК РФ предлагает относить лизинговые правоотношения к арендным в связи с тем, что договор лизинга относится к гл. 34 «Аренда» ГК РФ. А ст. 2 Федерального закона от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)» (далее — закон о лизинге) устанавливает, что лизинговая деятельность — вид инвестиционной деятельности по приобретению имущества и передаче его в лизинг. Вторит положению закона о лизинге и судебная практика. Так, в постановлении пленума Высшего арбитражного суда³ говорится, что имущественный интерес лизингодателя заключается в размещении и последующем возврате с прибылью денежных средств, то есть, по сути, подтверждается инвестиционная природа лизинга.

Многими учеными были предприняты попытки обоснования отнесения лизинга либо к инвестиционной, либо к арендной деятельности. В частности, к инвестиционной деятельности причислял лизинг В.Д. Газман⁴. На отнесении лизинга к арендной деятельности настаивает В.В. Витрянский. Он писал: «Говоря об ошибках в определении параметров будущего правового регулирования, мы имеем в виду прежде всего чисто экономический подход к лизингу не как к гражданско-правовому договору, что имеет место в Оттавской

конвенции, а как виду предпринимательской деятельности»⁵. Данное противоречие между инвестиционной и арендной природой попыталась разрешить в своей работе И.М. Григорьева. Так, она пишет о том, что лизинговые отношения включают в себя элементы арендных, кредитных и отношений купли-продажи, которые в рамках лизинга «...утрачивают самостоятельность, подвергаются трансформации и образуют единую систему отношений, складывающуюся между как минимум тремя субъектами гражданского права: лизингодателем, лизингополучателем и продавцом объекта лизинга»⁶.

Таким образом, если принять за основу инвестиционную составляющую лизинговой деятельности, то мы ставим во главу угла инвестора, которым может быть как лизингодатель, так и любой субъект — юридическое или физическое лицо, готовое кредитовать лизингодателя. Но по замыслу и по своей сути договор лизинга начинается с потребности лизингополучателя получить нужный предмет лизинга в аренду, с определенными условиями. Возникновение лизинговой сделки начинается с появления потребности у лизингополучателя, который находит лизингодателя, затем решается вопрос с выбором продавца предмета лизинга (в соответствии со ст. 665 ГК РФ), а уже под конкретный договор купли-продажи лизингодатель может найти инвестора (может и не прибегать к услугам инвестора по тем или иным причинам). Рассматривая природу лизинговой деятельности как инвестиционную, следует обратить внимание, что инвестиции появляются в лизинговой сделке как следствие первоначальных потребностей лизингополучателя, а следовательно, не являются первичным признаком лизинга. Более того, если рассмотреть природу инвестиции, то в экономической теории говорится, что инвестиции выступают как возможная реализация сбережений, т.е. сбережения выступают как потенциальные инвестиции. Сбережения являются реализованными инвестициями, направленными на получение экономического или социального эффекта. Чем благоприятнее экономическая и социальная обстановка в стране, тем выше степень и безопасность вложений, тем больше сбережений трансформируется в инвестиции⁷. Получается, что инвестиции сами по себе не существуют, они существуют как вложенные определенные ресурсы⁸, которые приносят дополнительный доход инвестору. Инвестиции выступают в качестве производной от сбережений. Если взять за основу договор аренды как первичный двигатель лизинговой сделки и к нему «пристроить» инвестиционную составляющую, то со временем данная конструкция раскроется в договоре лизинга, в котором через определенное время инвестиции будут являться важным источником финансирования лизинговой сделки, но это не говорит о том, что арендная основа лизинга снимается, и остается в чистом виде лизинг как инвестиционная деятельность. Если рассматривать в общем виде договор лизинга, то после сформированной арендной потребности начинается поиск инвестора, который готов вкладывать инвестиции в лизинговый проект, а никак не наоборот. В связи с этим делать вывод о целом, взяв за основу вторичные качества, по меньшей мере некорректно. Однако если рассматривать до-

говор лизинга с определенной стороны, абстрагируясь от всех других сторон, например с точки зрения лизингодателя или инвестора (кредитора) лизинговой сделки, то вся совокупность лизинговой сделки у данных организаций будет отражаться как активные (инвестиционные) операции с целью получение прибыли. В этом случае со стороны лизингодателя и коммерческих банков проявляется явно инвестиционный характер отношений, относящихся к лизинговой сделке.

Но с точки зрения первичности возникновения потребности у лизингополучателя (арендатора) на предмет лизинга данная сделка имеет арендную природу. На этой позиции основана Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге (далее — конвенция), в преамбуле которой сказано, что государства присоединились к данной конвенции, признавая важность устранения определенных нормативных препятствий в отношении международного финансового лизинга, одновременно поддерживая справедливое равновесие всех участников лизинговой сделки, желая сделать международный лизинг более доступным, понимая, что правовые нормы, регулирующие традиционный договор аренды, нуждаются в адаптации к самостоятельным трехсторонним отношениям, возникающим из сделки финансового лизинга, признавая при этом желательность формулирования определенных единообразных норм, относящихся в первую очередь к гражданско-правовым и торгово-правовым аспектам международного финансового лизинга⁹. Инвестиционная составляющая лизинговой сделки на международном уровне выведена из формального регулирования конвенции как неосновной признак лизинговой сделки, отводя инвестиционную роль на уровень правовой системы участника конвенции. Арендная природа лизинга как генезис лизинговых отношений может проявляться в инвестиционной деятельности как экономической категории. Но инвестиционная деятельность сама по себе не может быть первопричиной лизинговых отношений, которые основаны на арендном элементе.

На арендную первопричину возникновения лизинга продолжает указывать такой принцип права, как «*Lex specialis derogate generali*» (специальный закон отменяет (вытесняет) общий закон), который берет свое начало из римского права. М.И. Брагинский и В.В. Витрянский пишут об этом: «Хотя указанный принцип в общем виде в ГК и не закреплен, как не было и нет его в другом законодательстве, он является давно и безусловно признанным. Отказ от этого принципа привел бы к тому, что правовая система государства полностью сводилась бы к нормам общим и только к таким специальным, которые эти общие нормы могут лишь детализировать. Тем самым законодатель лишает себя возможности достаточно полно отражать в принятых нормах специфику отдельных разновидностей регулируемых отношений. При таком положении ее комплексность, определяемая предметом гражданского права, как и любой другой отрасли, оказалось бы вообще утерянной»¹⁰.

Исходя из данного понимания иерархии горизонтальных норм, мы можем с уверенностью говорить о том, что договор лизинга имеет общее

регулирование в соответствии с ГК РФ в качестве договора аренды, помимо специального, которое его выделяет из общих разновидностей договоров аренды, в финансовую аренду (лизинг). Об этом свидетельствует ст. 625 ГК РФ, в которой говорится, что к отдельным видам договора аренды и договорам аренды отдельных видов имущества (прокат, аренда транспортных средств, аренда зданий и сооружений, аренда предприятий, финансовая аренда), положения, предусмотренные настоящим параграфом, применяются, если иное не установлено правилами ГК РФ об этих договорах. Отсюда вытекает субсидиарный характер применения общих норм, указанных в ГК РФ, к договору лизинга, например: государственная регистрация недвижимого имущества, включая авиационную технику, морские суда и пр. Регистрация осуществляется как лизингодателем, так лизингополучателем, т.е. данное условие можно прописать в договоре. Однако лизингодатель может обязать лизингополучателя зарегистрировать на себя предмет лизинга. В регистрационных документах указываются сведения о собственнике и пользователе лизингового имущества, а в случае расторжения договора лизинга и изъятия предмета лизинга лизингодателем (например, по причине нецелевого использования) по заявлению лизингодателя регистрирующие органы обязаны аннулировать запись о пользователе¹¹.

Суды также активно применяют общие принципы аренды к лизингу. В качестве примера можно привести судебное дело, в котором истец (лизингополучатель) требует признать договор лизинга недвижимости незаключенным в связи с отсутствием регистрации объекта недвижимости в установленном законом порядке, а также присудить компенсацию всех понесенных расходов. Суд признает договор незаключенным, с частичным возмещением понесенных расходов¹².

Учитывая неразрывность связи общих норм об аренде и специальных норм о лизинге, можно сделать вывод о том, что арендная составляющая не снимается конструкцией лизинга, а является важнейшим элементом договора лизинга.

Процесс становления лизинга, именно как финансовой аренды, скорее всего, будет интенсивно продолжаться в XXI в. Реформирование законодательства в России должно быть четким и продуманным, в соответствии с действующими международными соглашениями. Нельзя менять своды норм, которые уже действуют в обороте и подкреплены судебной практикой. Если однобоко, только экономически, рассматривать сложные договорные конструкции, такие как лизинг, не обращая внимание на юридическую сторону сделки, это будет провоцировать расшатывание устоев гражданского оборота и вводить от прогрессивного развития общества.

Степин М.Г.,

аспирант сектора гражданского права, гражданского и арбитражного процесса Института государства и права Российской академии наук (ИГП РАН)
(г. Москва)

Литература

1. Бочаров В.В. Инвестиции : учебник для вузов / В.В. Бочаров. 2-е изд. Санкт-Петербург : Питер, 2008.
2. Брагинский М.И. Договорное право. В 2 книгах. Кн. 2: Договоры о передаче имущества / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Москва : Статут, 2000.
3. Газман В.Д. Финансовый лизинг : учебное пособие / В.Д. Газман. Москва : Изд-во ГУ ВШЭ, 2003.
4. Григорьева И.М. Правовое регулирование лизинговых отношений в Российской Федерации : диссертация кандидата юридических наук / И.М. Григорьева. Москва, 2014.
5. Кабатова Е.В. Лизинг: понятие, правовое регулирование, международная унификация / Е.В. Кабатова. Москва : Наука, 1991.

¹ Кабатова Е.В. Лизинг: понятие, правовое регулирование, международная унификация. М. : Наука, 1991. С. 3.

² Проект федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации (в части совершенствования гражданско-правового регулирования лизинговой деятельности)» подготовлен Минфином России. URL: <http://regulation.gov.ru/>

³ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 марта 2014 г. № 17 «Об отдельных вопросах, связанных с договором выкупного лизинга» // Вестник ВАС РФ. 2014. № 5.

⁴ Газман В.Д. Финансовый лизинг : учебное пособие. М. : Изд-во ГУ ВШЭ, 2003. С. 23.

⁵ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М. : Статут, 2000. С. 565.

⁶ Григорьева И.М. Правовое регулирование лизинговых отношений в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 27.

⁷ Бочаров В.В. Инвестиции : учебник для вузов. 2-е изд. СПб. : Питер, 2008. С. 17.

⁸ Инвестиции — денежные средства, ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права, иные права, имеющие денежную оценку, вкладываемые в объекты предпринимательской и (или) иной деятельности в целях получения прибыли (или) достижения полезного эффекта. Статья 1 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» // СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096.

⁹ Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге (заключена в Оттаве 28.05.1988) // СЗ РФ. 1999. № 32. Ст. 4040.

¹⁰ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. Изд. 2-е, испр. М. : Статут, 1999. С. 48.

¹¹ Подробнее см.: Солдатова В.И., Романова О.А. Договор аренды в предпринимательской деятельности: учебник для студентов и практиков. М. : Проспект, 2020. С. 112.

¹² Постановление ФАС Дальневосточного округа от 18 июня 2010 г. № Ф03-3610/2010.

Критерии осуществления семейных прав ребенка

Государства-участники Конвенции о правах ребенка принимают все необходимые законодательные, административные и другие меры для осуществления прав, признанных в Конвенции (ст. 4)¹. Современное изменение социальных отношений, развитие законодательства требует выработки принципов-критериев осуществления личных семейных прав, «учитывая сложность и деликатность семейных отношений»².

Рассматривая категорию «осуществление семейных прав ребенка» как центральную, следует обратить внимание на то, что целью является не само по себе правовое регулирование или вынесение судебного решения как завершающий этап, а фактическая, реальная возможность осуществления субъективных семейных прав³. Одним из сложнейших вопросов осуществления и защиты семейных прав является исполнение судебного решения по требованиям «о воспитании детей». Семейному правоотношению присущ ряд особенностей: имеет место равное право родителей и обязанности в отношении своих детей (ч. 1 ст. 61 Семейного кодекса Российской Федерации (далее — СК РФ)⁴), в том числе родители имеют право и обязаны воспитывать своих детей (ч. 1 ст. 63 СК РФ).

1. Ребенок имеет право жить и воспитываться в семье и лучшим для него является проживание с обоими родителями. В силу жизненных обстоятельств родители могут не проживать вместе, они вправе на основании своего соглашения определить постоянное место жительства ребенка с одним из них в интересах ребенка, что соответствует положениям Конвенции о правах ребенка. Однако часто ребенка используют как средство манипуляции, или конфликт родителей заходит так далеко, что они не могут, не хотят приходиться к взаимному согласию. Решается вопрос не только о праве родителя проживать с ребенком и воспитывать его, но и в первую очередь о правах и интересах ребенка. Ребенок в этих отношениях является субъектом, в интересах которого выносится судебное решение. Согласно семейному законодательству и Конвенции о правах ребенка обеспечивается приоритет интересов ребенка.

Следует обратить внимание на положение ч. 2 ст. 64 СК РФ (на которое ссылаются применительно к разрешению споров материального характера) о том, что родители не вправе представлять интересы своих детей, если органом опеки и попечительства установлено, что между интересами родителей и детей имеются противоречия.

В ходе судебного разбирательства проводятся экспертизы, представляются акты обследования, заслушивается мнение ребенка (в предусмотренных законом случаях), исследуются иные средства доказывания. Судья стоит перед непростым выбором — совместное проживание с кем из родителей, находя-

щихся в состоянии конфликта между собой, в большей степени отражает интересы ребенка.

Период предъявления иска, судебного разбирательства, вынесения судебного решения, вступления его в законную силу может быть длительным, маленький ребенок за это время может забыть родителя, с которым ему определено место жительства; задарен подарками и не пожелает уйти из дома другого родителя; находиться под влиянием того, с кем проживает и испытывать неосознанно чувство вины, если поддерживает общение с истцом.

О необходимости разрешения этой ситуации на государственном уровне свидетельствует как национальная судебная практика, так и решения, вынесенные ЕСПЧ в отношении России⁵. Среди авторов высказываются позиции относительно того, что и в какой сфере следует усовершенствовать. Так, М.Л. Гальперин обозначает проблему, ставит ее на обсуждение, выдвигая предположения о том, кто несет риск неисполнения судебного решения⁶. Другие авторы обращают внимание на необходимость совершенствования процессуальных механизмов, к которым относится формулировка резолютивной части. Однако однозначности нет, так как формулировка резолютивной части, где определено, с кем проживать ребенку, является правоустанавливающей и не предполагает исполнительного производства по нему⁷. Требования относительно формулировки резолютивной части судебного решения указаны в Письмах Федеральной службы судебных приставов⁸, поддержаны высшим органом судебной власти в 2011 г.⁹

Вместе с тем, полагаю, реальная исполнимость судебного решения может быть обеспечена путем применения существующих правовых средств, направленных на осуществление и защиту прав ребенка.

Решение этой ситуации предлагала в своих работах А.М. Нечаева. Исходя из интересов ребенка родители могут прибегнуть к примирительным процедурам и, второй вариант, более тяжелый — при невозможности разрешить конфликт — это применение мер принудительного характера. Рассмотрим подробнее каждый из них.

В современном регулировании семейных отношений «соглашениям» уделено значимое место в нормах семейного и гражданско-процессуального законодательства. Сторонам предлагается разрешить ситуацию в первую очередь «мирным способом», «хотя бы они и зашли в некоторый тупик при разрешении проблемы семейного воспитания детей, — тем самым семейное законодательство обеспечивает интересы ребенка и гарантирует право на семью»¹⁰.

В качестве форм примирительных процедур и соглашений законодателем предложены в том числе процедуры медиации, судебного примирения. Так, в ст. 3 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»¹¹ (далее — закон № 193-ФЗ) закреплены принципы проведения процедуры медиации, которые являются ориентиром, критерием деятельности

сторон. К принципам относятся взаимное волеизъявление сторон, добровольность, сотрудничество и равноправие сторон.

Как итог примирительных процедур стороны осознанно приходят к разрешению конфликта, спора, не препятствуя действиям друг друга при осуществлении родительских прав и обязанностей по воспитанию, а также действуя в интересах ребенка. Предусмотренная законодателем процедура позволяет выйти из ситуации спора, реально осуществить личные права участников семейных правоотношений.

Достижением последних лет является развитие законодательного регулирования в направлении «разрешения споров мирным путем»¹², к чему призывала А.М. Нечаева в предыдущие годы. И важно отметить, что применение примирительных процедур и соглашений возможно не только до обращения в суд, но и по предложению судьи (например, ст. 7 закона № 193-ФЗ).

2. Важным моментом в защите интересов ребенка в конфликте спорящих сторон является устранение ребенка из сферы конфликта как на этапе судебного разбирательства, так и вынесенного судебного решения, вступившего в законную силу.

Следует согласиться с позицией, высказанной А.М. Нечаевой, что СК РФ предоставляет возможность устранить ребенка на период из сферы конфликта¹³. В частности, в ч. 2 п. 2 ст. 79 СК РФ закреплено, что при невозможности исполнения решения суда о передаче ребенка без ущерба его интересам ребенок может быть по определению суда временно помещен в организацию для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, т.е. под надзор образовательной, медицинской организации или той, что оказывает социальные услуги, или в некоммерческие организации.

Устройство ребенка в социальный приют для детей, в социально-реабилитационный центр¹⁴ на первом этапе «позволит ребенку избавиться от давления заинтересованных лиц», в конечном счете облегчит исполнение судебного решения¹⁵. Применение подобных мер, по мнению А.М. Нечаевой, позволит реально практически выйти из положения. Автор отмечала и сложности: «Во-первых, временное устройство несовершеннолетнего даже с целью охраны его интересов также связано с его отобранием от одного из родителей. Во-вторых, в приют, социально-реабилитационный центр попадают прежде всего «дети улицы», общаться с которыми вряд ли полезно «домашним» детям, о которых спорят». Думается, подобная мера может быть применена как крайняя при невозможности разрешить конфликт между родителями иными примирительными процедурами.

Полагаю, в период нахождения ребенка в реабилитационном центре психологи могут установить истинные желания, привязанности ребенка, сформированные не под влиянием лиц, у которых ребенок находился. Такой способ защиты интересов ребенка и обеспечения исполнения судебного решения вызовет неоднозначное отношение со стороны родителей. Во-первых, будет иметь воспитательную функцию — решение вопроса не должно уходить

в сферу конфликта и наилучший способ — определить место жительства ребенка посредством соглашения, заверенного у нотариуса. При невозможности договориться — прибегнуть к услугам примирительных процедур, обозначив для каждой из сторон желаемое и имеющиеся для этого средства и ресурсы. В отдельных случаях сторона ставит препоны другому, предъявляет иск, добивается вынесения решения, которое ей, по сути, безразлично, а иногда и хуже того — не интересно. Совместное проживание с ребенком требует больших затрат, чем общение в выходные дни и в каникулярный период. Во-вторых, применение положений ст. 79 СК РФ позволит не только ребенку обрести душевный покой, но и родителям задуматься: действительно ли в интересах ребенка они действуют или ими движут иные мотивы и чувства (эгоизм, месть бывшему супругу и пр.), т.е. защитит права и интересы ребенка в семейных правоотношениях.

Таким образом, действующее законодательство позволяет реально (формально и фактически) осуществлять личные семейные права как путем применения принудительных мер, так и при добровольном осознанном волеизъявлении родителей, основанном на желании сотрудничества и равноправии сторон.

3. Современное состояние брачно-семейных отношений характеризует неоднократное последовательное вступление лиц в брак в течение жизни, что предопределено принципом свободы заключения брака, однако отражается на интересах детей. Брак расторгается по причинам, в которые общество не вмешивается, родители являются социально благополучными, не страдают заболеваниями, препятствующими осуществлять свои родительские права, и перед судом стоит вопрос: кому из них отдать приоритет на совместное проживание с ребенком при равенстве прав и с учетом принципа 6 Декларации прав ребенка¹⁶. Учитывая современное регулирование, думается, что возможно предложить в качестве критерия добросовестность осуществления родительских прав. Составляющие этого критерия при рассмотрении дел об определении места жительства ребенка можно выделить следующие: предпринимали ли стороны меры к досудебному урегулированию отношений; желание каждого из родителей на совместное проживание с ребенком и ежедневные действия по уходу за ним, заботу; наличие возможности и соответствующего времени, выявление приоритета прав родителя перед другими лицами (например, проживание с бабушкой, няней и прочим персоналом, на период командировок родителя); возможность обеспечить общение с ребенком для другого родителя (как проявление добросовестного поведения), если это не противоречит интересам ребенка.

Думается, применение критериев потребует определить содержание родительских прав, сочетая термины, используемые в международных договорах¹⁷ и российском законодательстве, где используются иные. Тем более, что правоприменитель использует терминологию конвенций при формулировке требований, и, соответственно, находим их в судебных решениях¹⁸.

Таким образом, в правоприменении могут быть выработаны критерии, позволяющие при равных условиях в отношении родителей определить место жительства ребенка с одним из них.

Ульянова М.В.,
доцент кафедры гражданского права
Российского государственного университета правосудия (РГУП),
кандидат юридических наук
(г. Москва)

Литература

1. Вавилин Е.В. Механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей : автореферат диссертации доктора юридических наук / Е.В. Вавилин. Москва, 2009.
2. Гальперин М.Л. Невозможность исполнения требования исполнительного документа в неизменном виде: проблема процессуального или материального права? / М.Л. Гальперин // Закон. 2017. № 7.
3. Данилян М.А. Практика принудительного исполнения судебных решений, связанных с воспитанием несовершеннолетних, и направления совершенствования российского института алиментирования детей / М.А. Данилян // Практика исполнительного производства. 2013. № 3.
4. Крашенинников П.В. Вступительная статья / П.В. Крашенинников // Семейный кодекс Российской Федерации с постатейными материалами. Москва : Спарк, 1996.
5. Нечаева А.М. Дети России : историко-правовой очерк / А.М. Нечаева. Москва : Межрегиональный центр управленческого и полит. консультирования, 2013.
6. Нечаева А.М. Отобрание детей у родителей / А.М. Нечаева // Российская юстиция. 2010. № 7.
7. Штыков Д.В. Категория «согласие» среди основных понятий в семейном праве Российской Федерации : автореферат диссертации кандидата юридических наук / Д.В. Штыков. Москва, 2010.
8. Якушев П.А. Споры о детях: традиционные ценности и судебная практика : монография / П.А. Якушев. Москва : Проспект, 2018.

¹ Конвенция о правах ребенка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989) (вступила в силу для СССР 15.09.1990) // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLVI. 1993.

² Крашенинников П.В. Вступительная статья // Семейный кодекс Российской Федерации с постатейными материалами. М., 1996. С. 5.

³ См., например: Вавилин Е.В. Механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2009. С. 29–30.

⁴ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ // Российская газета. 1996. 27 января.

⁵ Например: Постановление Европейского суда по правам человека от 14 июня 2011 г. по делу «Ханамирова (Khanamirova) против Российской Федерации» (жалоба № 21353/10) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2012. № 11; Постановление Европейского суда по правам человека от 13 ноября 2012 г. по делу «У.У. против Российской Федерации» (жалоба № 41354/10) // Российская хроника Европейского суда. 2013. № 3; и др.

⁶ Гальперин М.Л. Невозможность исполнения требования исполнительного документа в неизменном виде: проблема процессуального или материального права? // Закон. 2017. № 7. С. 27–40.

⁷ Якушев П.А. Споры о детях: традиционные ценности и судебная практика : монография. М. : Проспект, 2018 // СПС «КонсультантПлюс»; Данилян М.А. Практика принудительного исполнения судебных решений, связанных с воспитанием несовершеннолетних, и направ-

- ления совершенствования российского института алиментирования детей // Практика исполнительного производства. 2013. № 3. С. 12–21.
- ⁸ Письмо Федеральной службы судебных приставов Российской Федерации от 14 июня 2012 г. № 12/01-14324-ТИ «О порядке организации работы при исполнении судебных решений об отобрании ребенка, об определении места жительства ребенка, об определении порядка общения с ребенком» // Бюллетень Федеральной службы судебных приставов. 2012. № 8.
- ⁹ Обзор практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 20.07.2011 // Бюллетень ВС РФ. 2012. № 7.
- ¹⁰ См., например: Нечаева А.М. Дети России: историко-правовой очерк. М., 2013. С. 167; Штыков Д.В. Категория «согласие» среди основных понятий в семейном праве Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 5.
- ¹¹ Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ (ред. от 26.07.2019) «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // Российская газета. 2010. 30 июля.
- ¹² Нечаева А.М. Дети России: историко-правовой очерк. С. 168.
- ¹³ Нечаева А.М. Отобрание детей у родителей // Российская юстиция. 2010. № 7. С. 23–28.
- ¹⁴ Приюты и центры действуют в соответствии с Примерным положением, утвержденным Постановлением Правительства Российской Федерации от 27 ноября 2000 г. № 896 «Об утверждении Примерных положений о специализированных учреждениях для несовершеннолетних, нуждающихся в социальной реабилитации» (вместе с Примерным положением о социально-реабилитационном центре для несовершеннолетних, Примерным положением о социальном приюте для детей, Примерным положением о центре помощи детям, оставшимся без попечения родителей) // Российская газета. 2000. 9 декабря.
- ¹⁵ Нечаева А.М. Отобрание детей у родителей. С. 23–28.
- ¹⁶ Декларация прав ребенка (принята 20.11.1959 Резолюцией 1386 (XIV) на 841-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН) // Международная защита прав и свобод человека : сборник документов. М. : Юридическая литература, 1990. С. 385–388.
- ¹⁷ Конвенция о правах ребенка; Конвенция о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей (заключена в г. Гааге 25.10.1980) // Бюллетень международных договоров. 2013. № 1. С. 11–21; Конвенция о юрисдикции, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении родительской ответственности и мер по защите детей // Бюллетень международных договоров. 2014. № 1. С. 34–63; Конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления // Международное частное право : сборник документов. М. : Бек, 1997. С. 712–720; Европейская конвенция об осуществлении прав детей // Международные акты о правах человека : сборник документов. М. : Норма — ИНФРА-М, 2002. С. 733–740.
- ¹⁸ Определение Верховного Суда Российской Федерации № 5-КГ18-325 от 26 февраля 2019 г.; Определение Верховного Суда Российской Федерации № 18-КГ18-223 от 29 января 2019 г. // СПС «КонсультантПлюс».

Правоотношение по страхованию урожая сельскохозяйственных культур, осуществляемому с государственной поддержкой: баланс частных и публичных интересов

В целях обеспечения продовольственной безопасности страны крайне важной представляется защита имущественных интересов сельскохозяйственных товаропроизводителей, без которой невозможно стабильное развитие отечественного сельского хозяйства. В частности, защите подлежат имущественные интересы аграриев, связанные с риском полной или частичной утраты (гибели) урожая сельскохозяйственных культур в результате воздействия всех, нескольких или одного из опасных для производства сельскохозяйственной продукции природных явлений и стихийных бедствий; проникновения и (или) распространения вредных организмов, если такие события носят эпифитотический характер; нарушения электро-, и (или) тепло-, и (или) водоснабжения в результате опасных природных явлений и стихийных бедствий при страховании сельскохозяйственных культур, выращиваемых в защищенном грунте или на мелиорируемых землях.

Действенным правовым инструментом для защиты указанных интересов сельскохозяйственного товаропроизводителя является страхование урожая сельскохозяйственных культур, осуществляемое с государственной поддержкой, которое регулируется на двух уровнях, как справедливо отмечает О.М. Родионова¹: основном (нормативном) (Гражданским кодексом Российской Федерации и Федеральным законом «О государственной поддержке в сфере сельскохозяйственного страхования и о внесении изменений в Федеральный закон «О развитии сельского хозяйства» от 25 июля 2011 г. № 260-ФЗ) и вспомогательном (ненормативном), т.е. посредством договора страхования.

Рассматривая данное страхование как правоотношение, следует отметить, что его субъектами выступают: страхователь (сельскохозяйственный товаропроизводитель), страховщик, государство в лице его уполномоченных органов (далее — государство).

Таким образом, налицо взаимодействие частных интересов (страхователей и страховщиков) с публичными интересами (государство): страхователь и страховщик, руководствуясь своими частными интересами, заключают договор страхования урожая сельскохозяйственных культур, а государство, обеспечивая исполнение страхователем своих обязательств перед страховщиком по данному договору, уплачивает за страхователя страховщику до 50% страховой премии, тем самым реализуя стратегическую цель по обеспечению продовольственной безопасности страны, т.е. руководствуется публичными интересами.

Думается, что государство в данном правоотношении демонстрирует одну из возможных моделей участия государства в гражданских правоотношениях, допущенного в гражданско-правовую сферу лишь как рядовой, равноправный участник (п. 1 ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации)², поскольку, предоставляя сельскохозяйственному товаропроизводителю субсидию для уплаты части страховой премии по договору страхования урожая сельскохозяйственных культур, оно взаимодействует со страхователем в правоотношении, которое по своей природе является гражданско-правовым и не носит бюджетный характер. Например, между государством и аграрием заключается соглашение³, которым устанавливаются взаимные права и обязанности сторон: страхователь предоставляет государству необходимые документы с целью получения финансовой помощи, а последнее обязуется предоставить страхователю государственную поддержку. При этом страхователь не является участником бюджетных правоотношений, исчерпывающий перечень которых предусмотрен ст. 152 Бюджетного кодекса Российской Федерации (далее — БК РФ), а также не является «получателем бюджетных средств» согласно ст. 6 БК РФ⁴.

Поэтому рассматриваемое правоотношение регулируется частноправовым методом, присущим гражданскому праву, поскольку в данном случае, полагаем, отсутствуют отношения власти и подчинения, государство является одним из субъектов рассматриваемого гражданского правоотношения, имеет свои права и обязанности, а в случае нарушения своих обязательств должно нести гражданско-правовую ответственность.

Анализ природы правоотношения по страхованию урожая сельскохозяйственных культур, осуществляемому с государственной поддержкой, в свете баланса частных и публичных интересов, по нашему мнению, следует осуществлять применительно также и к категории государственно-частного партнерства.

Термин «государственно-частное партнерство» — дословный перевод «public-private partnership» (PPP) — длительно и активно применяемая в США и ряде других стран Северной Америки и Западной Европе форма тесного взаимодействия власти и бизнеса.

Современная научная доктрина демонстрирует множество различных подходов к определению дефиниции «публично-частного партнерства».

Например, В.Г. Варнавский под государственно-частным партнерством (далее — ГЧП) понимает институциональный и организационный альянс между государством и бизнесом в целях реализации общественно значимых проектов и программ в широком спектре отраслей промышленности и НИОКР, вплоть до сферы услуг⁵.

По мнению В.В. Щербакова, такое определение ГЧП является непозволительно узким, поскольку оно не отражает всех аспектов участия государства в ГЧП. Не менее существенными элементами партнерства, по мнению ученого, являются финансирование и обеспечение гарантий, защиты (как правовой,

так и финансовой). В связи с этим предлагается под ГЧП понимать объединение компетенций государства и частного бизнеса с целью возведения их в новое качество взаимовыгодных отношений на основе распределения рисков (функций и обязательств) участников для решения приоритетных национальных задач⁶.

Ассоциация менеджеров России в национальном докладе «Риски бизнеса в частно-государственном партнерстве» сформулировала два подхода к пониманию самой сути ГЧП⁷. Первый подход тяготеет ко всякому взаимодействию бизнеса и государства, к которому часто относят поставку товаров для нужд министерств и ведомств. Сторонники же второго подхода пытаются конкретизировать данную формулировку и предлагают рассматривать ГЧП как финансирование конкретного проекта, что, на наш взгляд, аналогично концессионному соглашению⁸.

Старший специалист Всемирного банка Джеффри Делмон отмечает, что термин «государственно-частное партнерство» употребляется в наиболее широком смысле и означает любые контрактные или юридические отношения между государственными и частными структурами с целью улучшения и (или) расширения инфраструктурных услуг, исключая контракты по государственному заказу (государственные закупки). Государственно-частное партнерство представляет собой подход к предоставлению услуг в области инфраструктуры, который коренным образом отличается от традиционных государственных закупок и связан с рядом вызовов⁹.

При этом необходимо помнить, что отношения государственно-частного партнерства позволяют публичному партнеру использовать деятельность субъекта частного права для реализации государственных функций и предоставления государственных услуг или же обеспечить выполнение отдельных таких функций (услуг) за счет сил частного партнера. Иначе говоря, отношения государственно-частного партнерства позволяют привлечь субъекта частного права к реализации функций государства¹⁰.

Однако сельскохозяйственное страхование является специфической отраслью, поскольку его целью является обеспечение продовольственной безопасности России.

На сегодняшний день в России легальное определение ГЧП содержится в п. 1 ст. 3 Федерального закона о ГЧП — это юридически оформленное на определенный срок и основанное на объединении ресурсов, распределении рисков сотрудничество публичного партнера, с одной стороны, и частного партнера, с другой стороны, которое осуществляется на основании соглашения о государственно-частном партнерстве, соглашения о муниципально-частном партнерстве, заключенных в соответствии с данным федеральным законом в целях привлечения в экономику частных инвестиций, обеспечения органами государственной власти и органами местного самоуправления доступности товаров, работ, услуг и повышения их качества¹¹.

Однако следует согласиться с мнением А.В. Баркова и О.А. Серовой о том, что данный закон «сузил» понимание самого термина государственно-частно-

го партнерства, применявшегося ранее и к иным формам привлечения частных инвестиций, поскольку к формам государственно-частного взаимодействия относятся, помимо проектов о государственно-частном партнерстве и концессионных соглашений, соглашения о социально-экономическом сотрудничестве, инвестиционные меморандумы, контракты жизненного цикла, договоры аренды государственного имущества, договоры финансовой аренды (лизинга) и другие формы договорного регулирования социально-экономического сотрудничества¹².

В этой связи считаем необходимым распространить ГЧП и на сферу страхования урожая сельскохозяйственных культур, которой также присуще публично-частное взаимодействие с целью достижения стратегических задач России в области сельского хозяйства.

Подводя итог анализа рассматриваемого правоотношения, можно заключить, что в настоящее время в Российской Федерации наметилась тенденция к переходу от добровольной формы данного вида страхования к обязательной с целью укрепления имущественного положения сельскохозяйственных товаропроизводителей. В этой связи все большее количество ученых высказывается за возврат к обязательному страхованию урожая сельскохозяйственных культур, указывая при этом, что на данный момент имеет место переход от добровольной к обязательной форме сельскохозяйственного страхования с сохранением на первых порах некой гибридной системы страхования¹³.

Ускова М.С.,

преподаватель кафедры гражданского права
юридического факультета Волгоградского института бизнеса
(г. Волгоград)

Литература

1. Барков А.В. Государственно-частное партнерство на рынке социальных услуг в свете развития социального предпринимательства: проблемы гармонизации правового регулирования / А.В. Барков, О.А. Серова // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. № 33.
2. Варнавский В.Г. Государственно-частное партнерство: теория и практика / В.Г. Варнавский, А.В. Клименко, В.А. Королев. Москва : Изд-во ГУ ВШЭ, 2010.
3. Делмон Д. Государственно-частное партнерство в инфраструктуре: практическое руководство для органов государственной власти / Д. Делмон. Астана : Апельсин, 2010.
4. Лосев В.В. Понятие государственно-частного партнерства и отграничение его от смежных явлений / В.В. Лосев // Юрист. 2016. № 13.
5. Осипов В.С. Агрострахование и цифровая экономика: единство и противоречие / В.С. Осипов // Страховое дело. 2017. № 9.
6. Резниченко И.В. Модели государственно-частного партнерства / И.В. Резниченко // Вестник Санкт-Петербургского университета. Менеджмент. 2010. № 4.
7. Родионова О.М. Правовые формы реализации волевых отношений в механизме гражданско-правового регулирования : диссертация доктора юридических наук / О.М. Родионова. Москва, 2017.
8. Рыженков А.Я. Введение в философию гражданского права : монография / А.Я. Рыженков. Москва : Юрлитинформ, 2019.

9. Цакаев А.Х. Российская система сельхозстрахования: формы, модели и риски / А.Х. Цакаев, З.А. Саидов // Вестник Чеченского государственного университета. 2017. № 3 (27).
10. Щербаков В.В. Партнерство государства и бизнеса в страховании сельскохозяйственных рисков: вызовы нового времени и перспективы развития : монография / под редакцией И.П. Хоминич. Москва : Дашков и К, 2011.

-
- ¹ См.: Родионова О.М. Правовые формы реализации волевых отношений в механизме гражданско-правового регулирования : дис. ... докт. юрид. наук. М., 2017. С. 49–50.
 - ² Рыженков А.Я. Введение в философию гражданского права : монография. М. : Юрлитинформ, 2019. С. 56.
 - ³ См., например: Постановление Администрации Волгоградской области от 25 января 2016 г. № 10-п // Официальный портал Волгоградской области. URL: <https://ksh.volgograd.ru/apk/strahovanie-rast/> (дата обращения: 25.10.2019).
 - ⁴ См., например: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 19 января 2018 г. № 308-ЭС17-13889 по делу № А32-41315/2016 // Официальный портал Федеральных арбитражных судов Российской Федерации. URL: http://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/b796900e-18c9-4fc5-bdd0-144c844548b7/33ea0597-8673-43d8-bea4-cd9003213f77/A32-41315-2016_20180119_Opredelenie.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 25.10.2019).
 - ⁵ См.: Варнавский В.Г., Клименко А.В., Королев В.А. Государственно-частное партнерство: теория и практика. М. : Изд-во ГУ-ВШЭ, 2010. С. 18.
 - ⁶ См.: Щербаков В.В. Партнерство государства и бизнеса в страховании сельскохозяйственных рисков: вызовы нового времени и перспективы развития : монография / под ред. И.П. Хоминич. М. : Дашков и К, 2011. С. 7.
 - ⁷ См.: Национальный доклад Ассоциации менеджеров России «Риски бизнеса в частно-государственном партнерстве» (2007). Программа развития ООН. URL: <http://www.undp.ru/index.php?iso=RU&lid=2&cmd=publications1&id=61> (дата обращения: 25.10.2019).
 - ⁸ Федеральный закон «О концессионных соглашениях» от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ // Российская газета. 2005. 26 июля.
 - ⁹ См.: Делмон Д. Государственно-частное партнерство в инфраструктуре: практическое руководство для органов государственной власти. Астана : Апельсин, 2010. С. 2.
 - ¹⁰ См.: Лосев В.В. Понятие государственно-частного партнерства и отграничение его от смежных явлений // Юрист. 2016. № 13. С. 18.
 - ¹¹ Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ (ред. от 29.07.2018) «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4350.
 - ¹² Барков А.В., Серова О.А. Государственно-частное партнерство на рынке социальных услуг в свете развития социального предпринимательства: проблемы гармонизации правового регулирования // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. № 33. С. 272.
 - ¹³ Цакаев А.Х., Саидов З.А. Российская система сельхозстрахования: формы, модели и риски // Вестник Чеченского государственного университета. 2017. № 3 (27). С. 87–96; Калиев Г.А., Нуркужаев Ж.М., Алшембаева Л.Т. Страхование в сельскохозяйственном производстве стран Евразийского экономического союза (опыт и проблемы) // Горное сельское хозяйство. 2018. № 2. С. 6–11.

Функционалистский тип правопонимания как условие достижения баланса частных и публичных интересов

Подходы к пониманию права можно разделить на две большие группы: нормативизм и широкое понимание права (право не только нормы права, но и правоотношения, субъективные права, судебное толкование, правоприменительная практика и даже сама общественная жизнь, как полагает Г.В. Мальцев¹). Основные положения широкого понимания права: живое право (право в действии), противопоставление права и закона, а также позитивного права и естественного права.

Широкое понимание права допускает развитие идей в духе школы «свободного права» (Е. Эрлих, С.А. Муромцев) или социологической школы права (Д. Дьюи, Р. Паунд): право создается по свободному усмотрению судей и не имеет под собой основы в виде позитивного закона.

Функционалистский тип правопонимания мог бы расположиться посередине, вобрав лучшее от нормативизма и широкого подхода. Право — система. Системность права — естество права — объясняет необходимость применения структурно-функциональных методов исследования правовых феноменов. Элементы любой системы находятся во взаимодействии, каждый элемент выполняет свою собственную функцию.

Функциональные начала лежат в основе регулирования обеспечительных обязательств и других производных (деривативных) обязательств, обслуживающих базовое обязательство и обусловленных таким базовым обязательством (соглашение о возмещении потерь, соглашение об опционе, расчеты, страхование и т.п.).

Функционалистский тип правопонимания — сосредоточение на функциях отдельных элементов права, его институтов и норм. Функция нормы или института находит отражение в нормах позитивного права.

Зачастую смысл нормы права противоречит букве нормы права. Что предпочтительнее? Категория «смысл права» открывает прямой путь к крайнему субъективизму. Если вместо «смысла закона» руководствоваться «функцией закона», субъективизм в правоприменении не исчезает полностью, но в значительной степени редуцируется. Часто функция жестко противопоставляется формальному буквальному смыслу. Например, обеспечительная функция залога или поручительства при строгой реализации принципа акцессорности (залог будущей вещи, неполное описание предмета залога, изменение объема обеспечиваемого требования при поручительстве и т.д.)².

Термин «функции гражданско-правовых средств» предложен Б.И. Пугинским³. Он же подверг обоснованной критике идею целесообразности исследо-

ваний функций права вообще как таковых. По мнению Б.И. Пугинского, важнее функции конкретных правовых средств.

Функция правового средства обусловлена его структурным расположением, местом в системе других правовых средств. Функция предопределяется экономическим и социальным назначением нормы и, безусловно, в соответствии со своей функцией правовое средство служит целям обеспечения публичных или частных интересов в различной степени или обеспечивает баланс частных и публичных интересов.

Формализм нормативистского подхода, когда норма права применяется без учета свойственной ей функции, не обеспечивает достижение баланса интересов частных и публичных. Ригоризм в реализации формализма приводит к применению явно абсурдных положений закона, которые не могут удовлетворить ни частный, ни публичный интерес, поскольку являются не более чем ошибкой разработчиков текста законопроекта.

Что предполагает функционалистский тип правопонимания? Приоритет смысла над буквой? Или приоритет существа соответствующего регулирования над текстом?

За неоднозначностью термина «смысл» следует предпочесть иной термин — «функция». В настоящее время наметился переход от строго нормативистского применения права к иному, который можно назвать функциональным. Реализуется он через применение норм, закрепляющих принципы *favor contractus, contra proferentem* через телеологическое толкование права в соответствии с подходами, изложенными в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах», через толкование условий договора с учетом цели договора и существа законодательного регулирования соответствующего вида обязательств (п. 43 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2018 г. № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора»).

В качестве примера можно привести ряд дел, рассмотренных Верховным Судом Российской Федерации (далее — ВС РФ), в которых соответствующие нормы применялись в соответствии с их действительной функцией, что можно окрестить как победу права над формализмом.

Например, ВС РФ отменил решения нижестоящих судов, состоявшихся по делу о взыскании с застройщика неустойки⁴. Суды отказали цессионарию во взыскании с застройщика неустойки на том основании, что договор уступки не был зарегистрирован, применив доктрину непротивопоставимости незарегистрированного договора третьим лицам. В силу п. 3 ст. 433 ГК РФ договор, подлежащий государственной регистрации, считается для третьих лиц заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом. Формально застройщик — третье лицо (по отношению к договору уступки, в котором он не участвует), поэтому при буквальном применении нормы на застройщика как на третье лицо не должны распространяться последствия неза-

регистрированного договора уступки. При решении казуса ВС РФ исходил из функции нормы п. 3 ст. 433 ГК РФ — защита добросовестного (неосведомленного) третьего лица, вступающего в правоотношение в целях ограждения его от возможных неблагоприятных для него последствий, наступающих не по его воле. В рассмотренном деле застройщик не только знал об уступке, но он уже был участником правоотношений строительства, являлся должником к моменту уступки, и перемена кредитора не повлекла изменения в худшую для него сторону его имущественного положения вопреки его воле.

Другой пример — спор о выкупе арендуемого предпринимателем муниципального имущества. Предпринимателю согласовали цену выкупа, с которой он не согласился и обратился в суд. Суд принял решение о заключении договора по цене, предложенной муниципалитетом. Затем муниципалитет в суде взыскал штраф с предпринимателя, отказавшегося выкупить объект. Это решение поддержали апелляция и кассация. ВС РФ судебные акты отменил, посчитав, что решение о заключении договора в такой ситуации обязывает только арендодателя⁵. Такое решение противоречит буквальному смыслу нормы п. 4 ст. 445 ГК РФ, в силу которой договор считается заключенным на условиях, указанных в решении суда, с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда. Однако функция института заключения договора в судебном порядке заключается в понуждении к заключению договора стороны, для которой заключение договора обязательно. Эта норма служит праву другой стороны на вступление в договорную связь. Суд не может понуждать лицо к осуществлению права, что противоречило бы принципу свободы осуществления гражданских прав (п. 2 ст. 1 ГК РФ). Однако у института судебного заключения договора есть еще одна функция — разрешение разногласий об условиях договора, если стороны по соглашению передают разрешение спора в суд. В этом случае участники преддоговорных отношений, осознавая риски судебного определения условий договора, идут на это в соответствии со своей волей, что не влечет нарушение указанного принципа свободы.

Не в каждом деле ВС РФ учитывает действительную функцию соответствующих институтов права. Так, в Определениях от 4 июля 2016 г. № 310-ЭС16-7423 и № 310-ЭС13-7341 подтверждена практика, не допускающая уступку прав из государственных (муниципальных) контрактов, причем любых прав, в том числе денежных требований. Очевидно, нормы законодательства о контрактной системе, в соответствии с которыми личность поставщика (исполнителя, подрядчика) имеет ключевое значение для исполнения контракта, выполняют функцию защиты интересов заказчика (публичные интересы) по получению качественного исполнения от определенного в соответствии с установленными процедурами лица. Функция этих норм не заключается в ограничении уступки денежного долга, в котором личность кредитора не может иметь значения.

Функционалистский подход на первый взгляд можно ошибочно принять за синтез телеологического и систематического толкования права.

Однако телеологическое толкование, основанное только на учете цели, которую преследовал законодатель, осуществляя соответствующее регулирование, недостаточно эффективно. Какую в действительности преследовал цель законодатель, выяснить невозможно. А может быть истинная цель законодателя — лоббирование интересов определенных узких групп, а не общее социальное благо? Но и смысл нормы у толкователя может возникать свой, отличный от того смысла, который вкладывал в норму законодатель.

Подобную критику можно высказать в отношении толкования с учетом существа законодательного регулирования (п. 43 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). Существо — главное, принципиальное, основное. Это неплохо, но не дает ответа на вопрос, что является главным, принципиальным и основным в соответствующем регулировании. Этим главным, как представляется, должна быть функция права.

Систематическое толкование норм права, взятое в отдельности, также не приносит пользы: какой прок в том, что нормы находятся в определенной системе? Гораздо важнее выяснить именно функцию нормы. О функции уместно говорить как о назначении одного элемента системы в контексте межэлементных связей. Не система сама по себе, а связи между элементами системы имеют первейшее значение. Какая же функция у нормы, как это выяснить? Множеством факторов: и системой, и местом в структуре норм, и потребностями оборота, и разумом, ну и целью регулирования, но последнее — не главное.

Функционалистский подход к праву, к толкованию норм права и договора является условием достижения баланса частных и публичных интересов. Право должно быть правом норм-функций, а не правом норм-формальностей.

Фролов А.И.,

доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
Санкт-Петербургского юридического института (филиала)
Университета прокуратуры Российской Федерации,
кандидат юридических наук
(г. Санкт-Петербург)

Литература

1. Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право / Г.В. Мальцев. Москва : Мысль, 1977.
2. Пугинский Б.И. Функции гражданско-правовых средств / Б.И. Пугинский // Вестник Московского университета. 1980. № 1.

¹ Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право. М., 1977. С. 223.

² В настоящее время в связи с изменениями законодательства эта проблема не является настолько острой. Гражданский кодекс Российской Федерации в редакции Федерального закона от 21 декабря 2013 г. № 367-ФЗ разрешает эти вопросы в пользу обеспечительной функции вопреки строгой формальной акцессорности (п. 2 ст. 336, ст. 339, п. 2 ст. 367 Гражданского кодекса Российской Федерации).

³ Пугинский Б.И. Функции гражданско-правовых средств // Вестник Московского университета. 1980. № 1. С. 12–21.

⁴ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 24 декабря 2018 г. № 305-ЭС 18-15666 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29 сентября 2019 г. № 307-ЭС19-3613 // СПС «КонсультантПлюс».

Влияние частного интереса на приобретение выморочного имущества

В настоящее время задача публичной власти — не только создать необходимое правовое регулирование той или иной группы отношений, но и обеспечить при этом баланс интересов между определенными категориями лиц. Это могут быть интересы должника и кредитора, частного лица и публичной власти, собственников жилого дома, участников гражданского оборота в целом. В судебных решениях в различных категориях дел все чаще используется это словосочетание — «баланс интересов». В ряде случаев оно усиливается словом «справедливый» баланс интересов¹, что представляется излишним, поскольку если бы баланс интересов был несправедливым, то это не именовалось бы «балансом». Одной из сфер применения категории «баланс интересов» является сфера наследования.

Наследование — частноправовой институт, назначение которого обеспечить переход имущественной массы умершего гражданина к его преемникам. Если исторически изначально имущество умершего подлежало «свободному завладению всех и каждого», то в дальнейшем с появлением общественного устройства, определением семьи, рода, развитием экономического оборота возникает потребность определить именно то лицо, которое не только было бы вправе завладеть вещами умершего, но и стало бы главой семейства. Эти обстоятельства вызвали к жизни институт наследования, сочетающий в себе семейно-правовые и имущественные начала. С учетом этого участие публичной власти в отношениях наследования должно иметь исключительный характер.

С другой стороны, государство как собственник заинтересовано в приобретении отдельных видов имущества. Как указывал И.Б. Новицкий, институт права собственности является «наиболее ярким и показательным примером сочетания интересов личности с интересами государства, притом такого сочетания, при котором за государственным интересом сохраняется значение ведущего»². Но в таком случае проявление публично-правового интереса к наследственному имуществу должно обуславливаться выполняемыми соответствующими государственными и муниципальными образованиями функциями. Причем при реализации большинства из них форма участия государства является опосредованной, поскольку проникновение государства в сферу частных интересов не соответствует его основному предназначению. Опосредованная форма участия реализуется путем издания правовых норм, определяющих для субъектов особенности участия в правоотношениях; через защиту интересов общества и обеспечение правопорядка.

Непосредственное проявление публичного интереса связано с реализацией экономической функции. При этом государство и муниципальные образования становятся собственниками не только выморочного имущества, но и

имущества, перешедшего к ним по завещанию или наследственному договору. Независимо от основания перехода имущества приобретаемые объекты должны служить общественным и публичным интересам, ибо в рамках осуществляемых государством или муниципальным образованием функций у них нет иного, собственного интереса.

В этой связи ст. 1151 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) указывает на назначение выморочных жилых помещений, а именно — зачисление в жилищный фонд социального использования, что позволит обеспечить жильем социально незащищенные категории населения, нуждающиеся в предоставлении жилых помещений. Такое предназначение указывает на необходимость учета интересов неопределенного круга лиц, что укладывается в понятие «общественного интереса» и возможность иного использования поступившего выморочного жилого помещения закон не предусматривает.

Однако зачастую встречаются примеры того, когда у гражданина не осталось наследников, но совместно с ним в жилом помещении проживали лица, которые были участниками общей собственности. Типичный случай: Зинкова С.А. обратилась в суд с иском к Администрации Ленинск-Кузнецкого городского округа о присуждении компенсации за доли в выморочном имуществе. Требования мотивированы тем, что ей на основании договора дарения принадлежат доли в праве общей долевой собственности на жилой дом и земельный участок. Остальные доли в указанном имуществе принадлежали умершей, после смерти которой наследники по закону и завещанию отсутствуют. Все расходы по содержанию имущества несла истица, право собственности за муниципалитетом не зарегистрировано. Ее заявление о выкупе доли жилого дома, доли земельного участка ответчиком не рассмотрено, в связи с чем она и обратилась в суд. Суд отказал в иске, ссылаясь на п. 4 ст. 252 ГК РФ, где только незначительность доли и отсутствие существенного интереса являются условиями получения компенсации³. То есть решить конфликт частного и публичного интереса нормами объективного права в такой ситуации невозможно. По мнению С.В. Михайлова, при ответе на вопрос: какой интерес должен получить судебную защиту, необходимо руководствоваться разумностью и добросовестностью участников, и только суд вправе ограничить реализацию частного интереса в пользу публичного интереса⁴. В другом случае при применении ст. 252 ГК РФ суд проанализировал дополнительные обстоятельства: пользуется ли спорным объектом истец, имеются ли у него иные возможности обеспечения потребности в жилье, обращался ли он с просьбой к ответчику о досудебном разделе спорного имущества⁵.

Представляется, что в подобных случаях, когда выморочной становится лишь доля в общем имуществе, целесообразным было бы отдать предпочтение частным интересам и предоставить сособственнику возможность выкупить долю по кадастровой стоимости объекта. Реализация такого предложения могла бы быть осуществлена с помощью преимущественного права, предо-

ставленного сособственнику доли приоритетно перед наследником выморочного имущества. С точки зрения подхода о «рачительном хозяине» частный собственник более заинтересован в обладании имуществом. Поэтому, с одной стороны, наследник выморочного имущества получает денежные средства за выкуп доли в счет реализации преимущественного права. С другой стороны, сособственник доли получает возможность стать собственником всей вещи или возможность увеличить свою долю, если есть несколько сособственников, желающих выкупить долю. В последнем случае их доли увеличивались бы пропорционально первоначальному распределению долей.

В другом деле суд по иску гражданина удовлетворил требование о заключении договора купли-продажи доли со ссылкой не на нормы о долевой собственности, а на ст. 59 Жилищного кодекса Российской Федерации (далее — ЖК РФ). Предметом спора была однокомнатная квартира, доля в праве собственности на которую принадлежала умершему и оставшемуся сособственнику. Суд с учетом требований ст. 59 ЖК РФ проанализировал, был ли гражданин признан малоимущим и составляет ли обеспеченность общей площадью жилого помещения менее нормы предоставления⁶. Но, представляется, в этом случае ошибочным использование правового режима комнат в коммунальной квартире. Применить ст. 59 ЖК РФ можно тогда, когда речь идет о самостоятельном объекте договора социального найма — комната в квартире. Если же речь идет о части комнаты, которая не признается самостоятельным предметом договора, то нормы жилищного права применению не подлежат. Но субъект не лишен возможности предъявить требования о приобретении доли выморочного имущества в порядке п. 4 ст. 252 ГК РФ⁷.

Таким образом, ст. 1151 ГК РФ не учитывает интерес сособственников в том случае, когда объектом наследования стала доля в праве собственности на выморочное жилое помещение. Установление единственного способа использования выморочных жилых помещений — включение в жилищный фонд социального использования — не способствует их эффективному использованию и порождает отношения социальной напряженности. Если в отношении жилых помещений законодатель указывает цель использования имущества, то этого не установлено в отношении иных объектов, перешедших в качестве выморочных к публично-правовым образованиям: земельных участков, денежных вкладов и т.п., что подчеркивает право собственника имущества (публично-правового образования) распорядиться ими по своему усмотрению с учетом соблюдения общественных и публичных интересов. Судьба имущества, полученного публично-правовым образованием по завещанию, не должна отличаться от судьбы выморочного имущества, хотя законодатель не устанавливает в этом отношении каких-либо правил. С учетом исключительного характера участия государства и муниципальных образований в наследственных отношениях можно вообще поставить под сомнение право получения такими наследниками имущества по завещанию и тем более по наследственному договору.

Конструкция *ipso iure* в отношении выморочного имущества обязывает публично-правовые образования принять наследуемое имущество. Исполнение этой обязанности не зависит от значимости и ценности наследуемых объектов, соответствия их публичным интересам. Принимая на себя права и обязанности умершего наследодателя, государство или муниципальное образование тем самым становится участником частноправовых отношений, проявляя заботу и внимание по отношению к частному имуществу, предотвращая его бесхозяйность, порчу, разрушение и непреднамеренную утрату.

Однако здесь возникает вопрос о тех правовых средствах, которые могут использовать публичные собственники для достижения указанного результата. Как показывает практика, именно на этапе выявления и оформления прав на выморочное имущество возникают проблемы. Посредством противоправных действий третьих лиц выморочное имущество зачастую выбывает из обладания публично-правового собственника, а в дальнейшем становится предметом виндикации. Конституционный Суд Российской Федерации еще в 2017 г. высказал свое отношение по этому вопросу, установив ограничение на виндикацию выморочных жилых помещений от добросовестных владельцев⁸. Чуть позже был решен вопрос о применении ст. 302 ГК РФ к земельным участкам⁹. Суды удовлетворяют иски публичных образований об изъятии выморочных земельных участков, указывая при этом, что интерес публично-правового образования, истребующего от граждан земельный участок, выбывший из его владения в результате противоправных действий третьих лиц, существенно отличается от интереса публично-правового образования, которое истребует выморочное жилое помещение с целью включения его в жилищный фонд социального использования (п. 2 ст. 1151 ГК РФ) для последующего предоставления по предусмотренным законом основаниям. Земля и другие природные ресурсы должны защищаться государством как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории¹⁰. Именно этот публичный интерес противопоставляется частным имущественным и неимущественным интересам конкретного добросовестного приобретателя.

Поэтому важно разработать такую систему выявления и учета выморочного имущества, которая позволила бы своевременно оформить права на такое имущество, вступив в его фактическое владение и пользование. Законом не установлен механизм взаимодействия между различными органами, в том числе нотариатом, не определены сроки выявления состояния выморочности наследства. Достаточно проблемным моментом является выявление состояния выморочности тогда, когда наследственного дела нотариусом не заводилось. В такой ситуации состояние выморочности имущества может проясниться благодаря информации от нотариусов, управляющих компаний, учреждений социальной защиты населения, прокуратуры, гаражных и садоводческих кооперативов и товариществ, от кредиторов, органов налоговой службы и других лиц или органов. Законом необходимо установить обязанность органов местного самоуправления при получении информации от

заинтересованных лиц и организаций провести работу с тем видом имущества, по поводу которого сделано заявление, проверить информацию о факте смерти гражданина, сделав запрос в орган ЗАГС, проверить информацию о факте открытия наследственного дела, в том числе благодаря открытому реестру наследственных дел на сайте Федеральной нотариальной палаты. После чего предпринять меры к получению свидетельства о праве на наследство. В отношении недвижимого имущества предварительно следует выяснить информацию о наличии прав на недвижимое имущество. Если выморочное имущество относится к категории движимого, то сообщить о факте поступления информации необходимо в территориальное управление Росимущества. Информация о начале процесса оформления объектов как выморочных может размещаться на официальном сайте муниципального образования в соответствующем разделе «Выморочное наследство».

Еще одним связанным с этой проблемой вопросом является вопрос о том, а можно ли предотвратить приобретение публично-правовым образованием выморочного имущества и лишить публичного собственника права наследования? Если мы признаем, что выморочное имущество переходит в порядке наследования, то, с одной стороны, наследники выморочного имущества в рамках ст. 1119 ГК РФ также могут быть лишены права наследования. С другой стороны, имущество не может оказаться ничейным в случае отсутствия наследников по завещанию, договору или по закону. Отсутствие у имущества собственника означало бы признание вещи бесхозной. В отношении бесхозных недвижимых вещей необходимым было бы применение п. 3 и 4 ст. 225 ГК РФ, а в отношении бесхозных движимых вещей — п. 2 ст. 225 ГК РФ. Соблюдение установленных правил существенно бы усложнило процесс передачи имущества умершего гражданина и не позволяло бы применять нормы о преемстве в отношении оставшихся у наследодателя обязательств. Поэтому установление правил ст. 1151 ГК РФ призвано защитить интересы кредиторов и упростить механизм получения имущества государственными или муниципальными образованиями.

Невозможность лишения права государства или муниципального образования на имущество умершего подтверждается историей становления института наследования. Так, по ГК РСФСР 1922 г. в рамках свободы завещания завещатель мог лишить прав законного наследования одного, некоторых или всех лиц, указанных в ст. 418, в которой определялся круг лиц, имеющих право наследовать по закону и по завещанию. В этот круг не входило государство, наследственные права которого устанавливались в особом порядке (ст. 417, примечание к ст. 422 ГК РСФСР). По ГК РСФСР 1964 г. содержалось аналогичное положение о лишении по завещанию права наследования одного, нескольких или всех наследников по закону (ст. 534), перечень которых устанавливался в ст. 532 ГК РСФСР. Нормы о переходе имущества к государству структурно были расположены после оснований наследования (закон и завещание) и правилах принятия или отказа от наследства. Сама ст. 552

ГК РСФСР именовалась «Переход наследства к государству», чем подчеркивался особый характер приобретения выморочного имущества. Поэтому нормы о лишении права на государство не распространялись. В настоящее время ст. 1151 ГК РФ говорит уже о наследовании выморочного имущества, нормы о котором структурно расположены в гл. 63 «Наследование по закону». В связи с этим законодатель подчеркивает, что переход имущества осуществляется не в каком-то особом порядке, как это было по нормам предшествующих Гражданских кодексов 1922 и 1964 гг., а в порядке наследования, считая государственные и муниципальные образования наследниками по закону. Поэтому по логике законодателя получается, что право лишения распространяется на любых наследников по закону, в том числе на государственные и муниципальные образования. Следует признать такое правовое регулирование не совсем удачным. Более верным, на наш взгляд, было бы размещение норм о переходе выморочного имущества в гл. 64 «Приобретение наследства», где предусматривались бы положения об особом характере приобретения публичными собственниками выморочного имущества.

Ходырева Е.А.,

доцент кафедры гражданского права
Удмуртского государственного университета,
кандидат юридических наук, доцент
(г. Ижевск)

Литература

1. Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве / С.В. Михайлов. Москва : Статут, 2002.
2. Новицкий И.Б. Солидарность интересов в советском гражданском праве (Отношения товарищеского сотрудничества и социалистической взаимопомощи) / И.Б. Новицкий. Москва : Госюриздат, 1951.

¹ См., например: Решение Эжвинского районного суда г. Сыктывкара, Республика Коми от 10 января 2019 г. по делу № 2-3/2019. URL: <https://sudact.ru> (дата обращения: 30.10.2019).

² Новицкий И.Б. Солидарность интересов в советском гражданском праве (Отношения товарищеского сотрудничества и социалистической взаимопомощи) / Московский юридический институт; проф. И.Б. Новицкий. М. : Госюриздат, 1951. С. 21.

³ Решение Ленинск-Кузнецкого городского суда Кемеровской области от 28 июня 2016 г. по делу № 2-2687/2016. URL: <https://sudact.ru> (дата обращения: 05.11.2019).

⁴ Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. М. : Статут, 2002. С. 81.

⁵ Апелляционное определение Самарского областного суда от 23 ноября 2016 г. по делу № 33-15039/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Решение Московского районного суда г. Чебоксары Чувашской Республики от 19 апреля 2017 г. по делу № 2-169/2017. URL: <https://sudact.ru> (дата обращения: 05.11.2019 г.).

⁷ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 25 мая 2015 г. № 33-8443/2015 по делу № 2-155/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 22 июня 2017 г. № 16-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 1 статьи 302 Гражданского ко-

декса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А.Н. Дубовца» // Вестник КС РФ. 2017. № 5.

⁹ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 сентября 2017 г. № 1795-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Исаевой Марины Михайловны на нарушение ее конституционных прав пунктом 2 статьи 168, статьями 301 и 302 Гражданского кодекса Российской Федерации»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 сентября 2017 г. № 1792-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Вельмискиной Галины Михайловны на нарушение ее конституционных прав пунктом 1 статьи 302 и статьей 304 Гражданского кодекса Российской Федерации»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 сентября 2017 г. № 1791-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Боль Маргариты Анатольевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 1 статьи 302 и статьей 304 Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ См., например: Постановление Белгородского областного суда Белгородской области № 44Г-3/2019 от 17 января 2019 г. по делу № 2-85/2018. URL: <https://sudact.ru> (дата обращения: 05.11.2019).

Теория «сервисного государства» и ее влияние на гражданский процесс

Гражданское судопроизводство как осуществление правосудия по гражданским делам, законодательство о нем, а также совокупность научных взглядов, отражающих сущее и должное в указанной сфере, находятся в постоянном развитии. Каков вектор развития, куда движутся реформы судопроизводства? Думается, можно говорить, что для России наступает момент, когда следует подвести итоги определенного заканчивающегося этапа изменений. Также, на основе имеющихся фактов достижений и промахов, выполняя свою прогностическую функцию, наука права уже может наметить направления движения мысли и действий законодателя в обозримом будущем.

Настоящим предлагаем свое видение на данную тему. В качестве оцениваемого этапа возьмем последние сто лет развития гражданского судопроизводства. В основу положим как сущее гражданского судопроизводства (законодательство, практику применения, доктринальные взгляды, нашедшие отражение в практической деятельности), так и должное (умственную абстракцию, идеальное видение гражданского процесса в указанный период времени, включая аксиологическую составляющую). Разделяя сущее и должное исключительно для наглядности, постараемся посмотреть на гражданский процесс с холистической точки зрения, ибо считать единство должного и сущего распавшимся или в принципе невозможным, а также исходить из примата одного над другим, не представляется продуктивным.

С точки зрения поиска балансов интересов личности и государства интересным будет взгляд на гражданское судопроизводство через призму нашедшей в последние 50–70 лет популярность практическую реализацию теории «сервисного государства».

Термин «сервисное государство» весьма узок и находится в области отраслевых наук, а именно административного, частично — гражданского и конституционного права. Наряду с указанным термином, пришедшим в российскую науку из германской правовой традиции¹, используется понятие «социальное государство», а в последнее время наряду с ним — «государство партисипативного общества», «государство, благоприятствующее труду» («постсоциальное государство»). В отечественном обществе и в праве популярна идея «активного гражданина». В целом можно сказать, что в настоящее время наблюдается уточнение параметров социального государства с учетом наработок экономического подхода к праву, эффективности размещения ресурсов и сокращения трансакционных издержек.

Все указанные теории отражают развитие объема прав личности в государстве, как правило, в направлении их увеличения по сравнению с древним «полицейским государством», все связаны с идеей субъективных публичных

прав, так называемой «третьей волной прав человека», прав на положительные услуги со стороны государства (право на образование, здравоохранение, пенсионное обеспечение, частично право на труд и пр., в общем виде, по выражению Б.А. Кистяковского, «право на достойное человеческое существование»)². Однако в последнее время более важным становится аспект «активности» не только государства, но и гражданина, желающего иметь достойный уровень жизни. При сохраняемом объеме достигнутых социальных прав идет определение механизма их наиболее эффективного (точечного) предоставления с учетом возможностей и поведения самого гражданина. Выбор нами термина «сервисное государство» этим и обусловлен. С нашей точки зрения он отражает сущность явления, не ведет к увеличению мифологем в юридическом языке. Для нас важно, что все указанные термины отражают определенный объем социальных функций современного государства, а также представления о динамике их развития. Особенно показательна динамика — мы наблюдаем отход от целей всеобщего благоденствия за счет государства, ведь «сервисное государство» теперь учитывает не просто объективную «нуждаемость», но и способности конкретного гражданина самостоятельно реализовать свои интересы и потребности. По нашему мнению, для гражданского судопроизводства такая динамика в развитии социальной функции государства — возможность возратить отношение к правосудию как *ultima ratio* (последний аргумент), а не просто рядовой услуги со стороны государства, а суду — уважение и величие, а не бытие правового супермаркета. Гражданский процесс — это интеллектуальный поединок, предполагающий активность обеих сторон, тщательную работу, а не получение судебной услуги за плату или бесплатно.

Учитывая, что гражданский процесс включает в себя три модели взаимоотношений: состязание, сотрудничество, управление³ и может быть рассмотрен в системе механизма государственного управления как одна из его форм⁴, нет оснований говорить о неприменимости наработок правового регулирования управленческих отношений и в сфере судопроизводства. Сейчас на практическом и на доктринальном уровне имеются попытки переноса ряда представлений о социальных функциях и их реализации в административном праве и праве социального обеспечения на иные функции государства, а именно — на функцию охраны правопорядка (правоохранительную функцию). Ясно, что функции государства не могут существовать изолированно друг от друга, и четко разграничить их в реальности трудно. На примере теории «социального гражданского процесса» Ф. Кляйна, а также ее более поздних интерпретаций (социалистический гражданский процесс, идеи «Флорентийского доклада» 1971 г., современная «материализация» процесса, абсолютизация и всеобщность права на судебную защиту) видно, что научные представления о социальном государстве и практическая реализация ряда идей (разных по сути и в неодинаковом объеме в каждом отдельно взятом государстве) оказали сильное влияние на сферу гражданского судопроизводства.

Некоторые авторы полагают, что возник даже «новый тип» гражданского процесса. Так, Е.Г. Стрельцовой, посвятившей данной теме первое отечественное научное исследование, предложен ряд выводов и соображений⁵.

Однако вопрос, до каких пределов возможно применение правовых средств из сферы государственного управления в судопроизводстве, остается открытым. Может ли быть гражданский процесс «с социальной направленностью»? Возможен ли здесь патернализм со стороны государства? Как это отражается на других взаимоотношениях в судопроизводстве, в особенности на отношениях состязания? Можно ли проводить параллели, что социальный гражданский процесс предполагает серьезную активность со стороны суда, а значит, усиление следственных начал? Каков предел общественного интереса в гражданском судопроизводстве, до какой степени можно помогать «слабой» стороне? Всегда ли социальный гражданский процесс — сотрудничество? Вряд ли можно говорить о «новом типе» гражданского процесса через призму социального государства. Это подход с точки зрения цели и результата, но не с точки зрения самого процесса: здесь все остается неизменным — либо следствие, либо состязание. Думается, что развитие правосудия по гражданским делам исключительно на основах расширения прав человека, его социальных гарантий приведет к выхолащиванию правосудия. История показывает, что реальный спрос на правосудие был (и, вероятно, будет) всегда, и он не зависит от типа государства, в котором оно вершится. Рассмотрение и разрешение гражданского спора — «штучный» продукт, который востребован, только когда конфликт не может быть урегулирован и разрешен своими силами. Искусственно повышать спрос на такой продукт (в том числе в политических целях), в отсутствие общественных предпосылок — неэффективно.

Эффективный путь с точки зрения экономического подхода (чикагской школы, теории общественного выбора и прочих «экономических» направлений) — дать человеку реальную доступность правосудия, а государственной власти — реальное средство управления, не поддаваясь политическим и правовым иллюзиям. Как видно, надежды, которые возлагались 60 лет назад на всеобщее, доступное каждому правосудие, не оправдывают себя на практике, ибо, во-первых, не способствуют конструктивным взаимоотношениям между гражданином и государством, во-вторых, неэффективно размещаются и распределяются ресурсы, наблюдается перегрузка судебной системы. Есть точка зрения, что имеющиеся правила судопроизводства лишь усугубляют динамику конфликта, отрицательно влияя на возможность диалога между сторонами. Возникает опасность «латентного» разрешения и урегулирования споров без участия государства (например, в медиации), т.е. риск потерять правосудие как особого рода правоприменительную *государственную* деятельность. С политико-правовой точки зрения проблема процесса сегодня — не в установлении объективной истины при любой цене для общества, а установление судебной истины при экономически оправданной

цене⁶. Дорогостоящий и отнимающий много времени процесс принятия решений поставлен под сомнение. Задача науки гражданского процесса — выявить такие его качества, без которых невозможно никакими иными правовыми средствами достичь баланса частного и публичного интереса в разрешении конфликтов.

Вместе с тем юридическая наука, наоборот, подпитывает нигилистическое отношение к процессу своим юридико-догматическим его пониманием, во-первых, как формы принудительного осуществления материального права (эта позиция все еще сильна в науке), во-вторых, как публично-правового отношения, направленного на подтверждение «статуса кво» в материальных правоотношениях, с исключительно правами (но не обязанностями) сторон, хоть и с «преклюзивным» эффектом. Указанное воззрение на процесс, установившееся более ста лет назад взамен старой теории процессуальных действий (в том числе с подачи известнейшего процессуалиста Оскара фон Бюлова⁷), и ставшее прогрессивным тогда, сегодня выполнило свое предназначение. Это касается и России: система гражданского процессуального права получила новые стадии, модели которых ранее отсутствовали в законе (возбуждение, подготовка дела), условия и предпосылки действительности процесса, иски о признании, разные модели доказывания и пр. Теперь оно, по нашему мнению, тормозит дальнейшее развитие процесса, обращая внимание больше на его начало и конец, нежели на непосредственное содержание. Все больше наблюдается принцип «черного ящика»⁸ в регулировании процессуальных отношений: в делах упрощенного, приказного производства, по сути, отсутствует процессуальная форма, так как ее наличие не считается существенной в деятельности заинтересованных лиц и суда. Подробно смоделированы лишь «входная» и «выходная» стадии процесса. А настало время вновь взглянуть на процесс как «процесс», а не только на его цели и результат.

Деятельностный подход, разработанный на новом уровне советскими учеными-методологами, а также зарубежными учеными, хоть и начал применяться в теории гражданского процесса с 80-х гг. XX в., нельзя назвать господствующим. Сегодня есть много «междисциплинарных» подходов, которые, по нашему мнению, есть отвлекающий фактор и могут лишь дополнять учение о гражданском процессе, но ни в коей мере не являются «магистральными». Функция таких подходов — методологически верно произвести взаимообогащение научными достижениями и результатами правовой науки и иных гуманитарных (экономики, социологии, психологии, истории) и фундаментальных наук (философии, математики).

В процессуальной науке накопилось множество новых неясностей, противоречий (вопросы видов судопроизводства, судебного доказывания, ограничений и пределов усмотрения суда и пр.), требующих, как и сто лет назад, их анализа и устранения. Некоторая деятельность, осуществляемая в ходе процесса, до сих пор не нашла своего правового регулирования (вопросы

мотивированности судебных актов, правила совещательной комнаты, процессуальная форма неисковых производств). С учетом междисциплинарных исследований здесь есть над чем поработать.

Аргунов В.В.,

доцент кафедры гражданского процесса Юридического факультета
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова
(МГУ имени М.В. Ломоносова),
кандидат юридических наук
(г. Москва)

Литература

1. Васильева А.Ф. Сервисное государство: административно-правовое исследование оказания публичных услуг в Германии и России : монография / А.Ф. Васильева. Москва : РАП, 2012.
2. Вершинин А.П. Содержание гражданских процессуальных правовых отношений : автореферат диссертации кандидата юридических наук / А.П. Вершинин. Ленинград, 1986.
3. Кистяковский Б.А. Государственное право (общее и русское). Лекции, читанные в Московском коммерческом институте в 1908/1909 академическом году / Б.А. Кистяковский. Санкт-Петербург : Изд-во РХГИ, 1999.
4. Курочкин С.А. Правосудие по гражданским делам как форма социального управления / С.А. Курочкин // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия: Право. 2010. № 3.
5. Масленникова Н.И. Гражданский процесс как форма социального управления / Н.И. Масленникова. Свердловск : Изд-во Урал. ун-та, 1989.
6. Мишко Р.С. Юридический процесс : монография / Р.С. Мишко. Москва : КноРус, 2017.
7. Осаке К. Сравнительное правоведение. Схематический комментарий / К. Осаке. Москва : Юристъ, 2008.
8. Стрельцова Е.Г. Приватизация правосудия : монография / Е.Г. Стрельцова. Москва : Проспект, 2019.
9. Фон Бюлов О. Учение о процессуальных возражениях и процессуальные предпосылки / О. Фон Бюлов ; перевод с немецкого Д.С. Ксенофонтова ; редактор Д.Х. Валеев. Москва : Статут, 2019.

References:

1. Ringwald R. Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff: Forsthoff, Grundgesetz und Grundversorgung. (Öffentliches und Internationales Recht / Res Publica, Band 7) / R. Ringwald. Frankfurt am Main ; Berlin ; Bern ; Wien. 2007.

¹ Родоначальником теории стал профессор Е. Форстхофф: Forsthoff E. Rechtsfragen der leistenden Verwaltung. Stuttgart, 1959. О современной интерпретации проблемы, в том числе размежевании публичных услуг государства и его правоохранительной деятельности, см.: Ringwald R. Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff: Forsthoff, Grundgesetz und Grundversorgung. (Öffentliches und Internationales Recht / Res Publica, Band 7). Frankfurt am Main ; Berlin ; Bern ; Wien. 2007. На русском языке: Васильева А.Ф. Сервисное государство: административно-правовое исследование оказания публичных услуг в Германии и России. М., 2012.

² Кистяковский Б.А. Государственное право (общее и русское). Лекции, читанные в Московском коммерческом институте в 1908/1909 академическом году. СПб. : Изд-во РХГИ, 1999. С. 543.

³ Вершинин А.П. Содержание гражданских процессуальных правовых отношений : автореф. дис... канд. юрид. наук. Л., 1986. С. 15–16.

⁴ Курочкин С.А. Правосудие по гражданским делам как форма социального управления // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия: Право. 2010. № 3. С. 29–36; Масленникова Н.И. Гражданский процесс как форма социального управления. Свердловск, 1989.

⁵ Стрельцова Е.Г. Приватизация правосудия. М., 2019. С. 11, 23–37.

⁶ Осаке К. Сравнительное правоведение. Схематический комментарий. М., 2008. С. 663.

⁷ Фон Бюлов О. Учение о процессуальных возражениях и процессуальные предпосылки / пер. с нем. М., 2019. С. 30 и след.

⁸ Мишко Р.С. Юридический процесс. М., 2017. С. 15.

Особенности структуры нормы материального права как фактор, влияющий на определение предмета доказывания по делу

Проблематике норм в правоведении посвящено достаточное число публикаций, вместе с тем проблематика норм в данной науке остается дискуссионной. В правоведении юридическая норма определяется «в качестве исходящего от государства и охраняемого им общеобязательного (общего) правила поведения, которое предоставляет участникам общественного отношения данного вида юридические права и налагает на них юридические обязанности»¹. С.С. Алексеев разграничивал норму как принцип, общее начало и норму как конкретное формально-определенное правило². Проблематика структуры нормы права представляется дискуссионной в правоведении: имеются сторонники трехчленной и двучленной схемы правовой нормы. О.Э. Лейст, например, полагал, что санкции (а также гипотезы) вообще не являются составными частями отдельно взятой нормы, а выступают в качестве ее необходимого «атрибута»³. Но санкция как «атрибут» — это уже не структурная часть, а свойство нормы⁴. По мнению О.Э. Лейста, структура правовой нормы существует объективно как неразрывная связь правила поведения (диспозиция) с условиями и пределами его применения (гипотеза) и способом охраны от нарушений (санкция). По мнению О.Э. Лейста, гипотеза определяет круг лиц, которым адресована правовая норма, а также обстоятельства (юридические факты), при наступлении которых она реализуется⁵. Заслуживает внимания и иное понимание гипотезы как определения всего комплекса обстоятельств, имеющих правовое значение, включающего не только юридические факты и состояния, но и качества субъектов права, правовые цели, процессуальные обстоятельства (способы и сроки совершения юридически значимых действий), правила действия нормативных актов во времени, в пространстве, по кругу лиц, приемы решения правовых коллизий и т.п., т.е. все, что имеет юридическое значение, порождает правовые последствия⁶. Диспозиция содержит само правило поведения, выраженное как запрет или как определение обязанностей и прав сторон правоотношения. Санкция — указание на меры государственного принуждения за нарушение диспозиции.

В основу классификации юридических норм положены различные факторы: а) функции права; б) специализация права; в) способы правового регулирования; г) индивидуальное регулирование общественных отношений⁷. Для целей настоящего исследования имеет значения следующая классификация норм права — по степени определенности содержания нормы, предложенная С.С.Алексеевым.

К абсолютно определенным нормам следует отнести нормы, которые с исчерпывающей конкретностью и полнотой устанавливают условия своего действия, права и обязанности адресатов и не предусматривают возможность конкретизированного индивидуального регулирования общественных отношений с помощью правоприменительных актов⁸. При этом относительно определенными нормами являются нормы, которые не содержат достаточно полных, исчерпывающих указаний об условиях действия, правах и обязанностях сторон или содержании юридических санкций и предоставляют право государственным и иным правоприменительным органам решить дело с учетом конкретных обстоятельств. Относительно определенные нормы (в зависимости от пределов свободы усмотрения компетентного органа) подразделяются на три основные группы: ситуационные, альтернативные, факультативные. Под ситуационными нормами понимаются нормы, предусматривающие возможность прямого конкретизированного регулирования актом правоприменительного органа в зависимости от особенностей конкретной ситуации⁹.

Впервые в юридической литературе на существование ситуационных норм указал К.И. Комиссаров¹⁰. Однако автор помещал ситуационные нормы в один ряд с императивными и диспозитивными нормами¹¹. К.И. Комиссаров исследовал формы судебного усмотрения, к которым относил: конкретизацию субъективных прав и обязанностей, применение норм факультативного характера, применение аналогии закона и аналогии права. Одной из форм судебного усмотрения является конкретизация субъективных прав и обязанностей. Конкретизация имеет место, когда суд по своему усмотрению определяет объем и содержание субъективных прав. Она является способом применения особого рода правовых норм, которые можно было бы назвать ситуационными, поскольку их действие во многом зависит от конкретной ситуации¹².

С указанной классификацией норм также связана и классификация фактических составов, предложенная В.Б. Исаковым. По его мнению, в правоведении выделяются составы с элементом-конкретизатором. Среди составов с элементом-волеизъявлением выделяется особая группа составов, в которых элемент-волеизъявление выполняет функцию конкретизации (индивидуального регулирования). Элементом-конкретизатором могут быть решения суда, арбитража, органов управления, акты иных субъектов права. Однако не всякий акт реализации норм права и даже не всякий акт применения является актом-конкретизатором. В процессе индивидуального регулирования осуществляется не просто «ретрансляция» норм права применительно к конкретному случаю, а регулирование общественных отношений с участием (в той или иной степени) свободного усмотрения самих субъектов. Усмотрение — одна из необходимых сторон всякой сознательной деятельности, и в этом смысле оно свойственно даже такой форме реализации права, как соблюдение запретов. Однако усмотрение в процессе индивидуального регулирования обладает особым юридическим качеством. Оно предполагает решение юридически значимых вопросов субъектом (или субъектами) в силу специ-

ального разрешения нормы права. Из этого следует, что акт-конкретизатор не тождествен ни волеизъявлению вообще, ни даже акту применения права. По этой причине индивидуальное регулирование выступает как особый (хотя и подчиненный) элемент системы правового регулирования. В.Б. Исаков утверждал, что фактические составы с элементом-конкретизатором можно подразделить на виды по направлению конкретизации. Это составы с элементом: конкретизирующим фактическую предпосылку; конкретизирующим правовое последствие; одновременно конкретизирующим и фактическую предпосылку, и правовое последствие. Предложенная классификация фактических составов, которую следует поддержать, соответствует трем основным формам индивидуального регулирования, используемым в правовом регулировании общественных отношений: конкретизации гипотезы нормы, конкретизации диспозиции (санкции); одновременной конкретизации и гипотезы, и диспозиции (санкции) нормы¹³. Конкретизация правовых последствий — наиболее распространенная форма индивидуального регулирования. В разной степени она присуща всем отраслям внутреннего и международного права, а потому вряд ли нуждается в иллюстрациях. Конкретизация правовых последствий может происходить на этапе завязки правоотношения, а также в процессе его развития. Поэтому элементы-конкретизаторы предусматриваются как в правообразующих, так и в правоизменяющих составах¹⁴. Наконец, в праве встречаются фактические составы, включающие элемент, одновременно конкретизирующий и фактические обстоятельства, и правовые последствия. По объему конкретизации В.Б. Исаков подразделяет на фактические составы с элементом-конкретизатором трех видов: с альтернативной конкретизацией; с факультативной конкретизацией; с ситуационной конкретизацией.

Степень определенности юридической нормы предопределяет объем конкретизации фактического состава¹⁵. Составы с альтернативной конкретизацией (альтернативные составы) имеют место в тех случаях, когда соответствующий субъект выбирает один из нескольких указанных нормой вариантов фактической предпосылки. Составы с факультативной конкретизацией весьма сходны с предыдущим видом составов. Здесь также имеет место альтернатива. Однако если в предыдущей группе выбор осуществляется между «равноправными» вариантами, то для рассматриваемой группы составов характерен иной принцип. В составах с факультативной конкретизацией один из возможных вариантов предложен как основной, а другой (или другие) реализуется «в порядке исключения». Выбор факультативного варианта, как правило, требует обоснования. Наконец, существует группа фактических составов с ситуационной конкретизацией. Это наиболее свободная форма конкретизации. Законодатель не связывает усмотрение субъекта какими-либо альтернативными или факультативными вариантами. Указывается лишь, что конкретизация должна производиться «в соответствии с обстоятельствами дела», «учетом конкретной ситуации» и т.п.¹⁶. При этом под конкретными обстоятельствами дела понимаются индивидуальные особенности дела, не предусмотренные

прямо гипотезой нормы в качестве юридических фактов, но имеющие юридическое значение, которое согласно закону непосредственно определяется правоприменяющими органами, подлежат учету при применении закона¹⁷.

Широкие пределы усмотрения, связанные с рассматриваемой формой конкретизации, отнюдь не колеблют ее подзаконного характера. Ситуационная конкретизация происходит в рамках направлений и границ, установленных законом, на основе общих, отраслевых и межотраслевых принципов права¹⁸. Следует согласиться с мнением М.К. Треушникова, что сложность определения предмета доказывания при рассмотрении гражданских дел судом обусловлена именно большим числом ситуационных норм в материальном праве¹⁹.

Нахова Е.А.,
доцент кафедры предпринимательского права
Санкт-Петербургского института (филиала)
Всероссийского государственного университета юстиции
(РПА Минюста России),
кандидат юридических наук
(г. Санкт-Петербург)

Литература

1. Алексеев С.С. Общая теория права. В 2 томах. Т. 2 / С.С. Алексеев. Москва : Юридическая литература, 1982.
2. Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования / В.Б. Исаков. Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1980.
3. Кац А.К. Конкретизация судом гражданских и семейных правоотношений с частично неурегулированным содержанием : автореферат диссертации кандидата юридических наук / А.К. Кац. Свердловск, 1965.
4. Комиссаров К.И. Правоприменительная деятельность суда в гражданском процессе / К.И. Комиссаров // Советское государство и право. 1971. № 3.
5. Комиссаров К.И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе / К.И. Комиссаров // Советское государство и право. 1969. № 4.
6. Курылев С.В. Избранные труды / С.В. Курылев. Минск : Редакция журнала «Промышленно-торговое право», 2012.
7. Лейст О.Э. Санкции в советском праве / О.Э. Лейст. Москва : Госюриздат, 1962.
8. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / О.Э. Лейст ; под редакцией В.А. Томсинова. Москва : Зерцало, 2008.
9. Матюхин А.А. Нормативные условия осуществления норм советского права / А.А. Матюхин // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 1982. № 6.
10. Треушников М.К. Судебные доказательства / М.К. Треушников. 5-е изд., доп. Москва : Городец, 2016.

¹ Алексеев С.С. Общая теория права : в 2-х т. Т. II. М. : Юрид. лит., 1982. С. 31.

² Там же.

³ Лейст О. Э. Санкции в советском праве. М., 1962. 238 с. С.12; Алексеев С.С. Указ. соч. Т. II. С. 63.

⁴ Алексеев С.С. Указ. соч. Т. II. С. 63.

⁵ Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / под ред. В.А. Томсинова. М. : Зерцало, 2008. С. 52–55.

- ⁶ Матюхин А.А. Нормативные условия осуществления норм советского права // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 1982. № 6. С. 66–73; Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / под ред. В.А. Томсинова. С. 52–55.
- ⁷ Алексеев С.С. Указ. соч. Т. II. С. 65–73.
- ⁸ Там же. С. 73–74.
- ⁹ Там же.
- ¹⁰ Комиссаров К.И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Сов. государство и право. 1969. № 4. С. 51; Алексеев С.С. Указ. соч. Т. II. С. 74.
- ¹¹ Комиссаров К.И. Правоприменительная деятельность суда в гражданском процессе // Сов. государство и право. 1971. № 3. С. 74–75; Алексеев С.С. Указ. соч. Т. II. С. 74.
- ¹² Комиссаров К.И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе. С. 51.
- ¹³ Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов : Изд-во Саратовск. ун-та, 1980. С. 30.
- ¹⁴ Там же.
- ¹⁵ Там же. С. 31.
- ¹⁶ Исаков В.Б. Указ. соч. С. 32.
- ¹⁷ Курьлев С.В. Избранные труды. Минск : Редакция журнала «Промышленно-торговое право», 2012. С. 352.
- ¹⁸ Кац А.К. Конкретизация судом гражданских и семейных правоотношений с частично неурегулированным содержанием : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1965. С. 15–16.
- ¹⁹ Треушников М.К. Судебные доказательства. 5-е изд., доп. М., 2016. С. 27.

Баланс интересов законного представителя и несовершеннолетнего в гражданском процессе

В соответствии с ч. 3 ст. 52 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ) законные представители совершают от имени представляемых ими лиц все процессуальные действия, право совершения которых принадлежит представляемым, с ограничениями, предусмотренными законом. Соответственно, исполнение процессуальных обязанностей от имени представляемых также возлагается на указанных лиц. Общий вектор направленности процессуальных и иных связанных с судопроизводством обязанностей законного представителя очевиден — это защита прав и интересов подопечных¹. В соответствии с ч. 4 ст. 18 Федерального закона «Об опеке и попечительстве» при необходимости, если этого требуют интересы подопечного, опекун или попечитель незамедлительно обязан предъявить в суд иск об истребовании имущества подопечного из чужого незаконного владения или принять иные меры по защите имущественных прав подопечного. Предъявление иска в рамках процессуальных отношений является процессуальным правом лица, законодатель требует от представителя обращения в суд, вменяя ему такое обращение в обязанность, вытекающую из его статуса. В Федеральном законе «Об опеке и попечительстве» проявляются нормы, посвященные запретам и ограничениям представительства интересов подопечных со стороны опекунов и попечителей. В настоящее время ограничения представительства в суде по гражданским делам сводились к требованию дееспособности представителя (ст. 49 ГПК РФ), а также к запрету представительства со стороны судей, следователей и прокуроров (ст. 51 ГПК РФ). В настоящий момент можно говорить об ограничениях представительства по субъектному составу и ограничении процессуальных прав представителя.

В сфере гражданского судопроизводства представитель вступает в правоотношения с судом путем совершения определенных процессуальных действий в соответствии со своим волеизъявлением. О процессуальной независимости представителя можно говорить при условии, что противоположная сторона спора, а равно иные лица, не способны оказывать влияния на содержание, последовательность и совершение (не совершение) представителем определенных процессуальных действий.

Возникает вопрос о балансе интересов законного представителя и несовершеннолетнего. В соответствии с ч. 10 ст. 10 Федерального закона «Об опеке и попечительстве» в случае возникновения противоречий между интересами подопечных одного и того же опекуна или попечителя при осуществлении ими законного представительства орган опеки и попечительства обязан назначить каждому из подопечных временного представителя для разрешения возникших противоречий; заинтересованностью представителя в максималь-

но полном и качественном отстаивании прав представляемого. Такая заинтересованность имеется при условии, что личные интересы представляемого, отстаиваемые представителем, никоим образом не находятся в сфере личных интересов представителя. Федеральный закон «Об опеке и попечительстве», устанавливающий ограничения судебного представительства интересов подопечных, развивает положения ч. 2 ст. 64 Семейного кодекса Российской Федерации (далее — СК РФ), в соответствии с которыми «родители не вправе представлять интересы своих детей, если органом опеки и попечительства установлено, что между интересами родителей и детей имеются противоречия».

В случае возникновения разногласий между родителями и детьми орган опеки и попечительства обязан назначить представителя для защиты прав и интересов детей. При этом реализация данных положений СК РФ может вызвать известные сложности, поскольку орган опеки и попечительства не наделен правом непосредственно заменить судебного представителя в гражданском процессе — такое право принадлежит только суду. Поэтому установление правовых рамок допустимого поведения сторон при осуществлении доказательственной деятельности, возложение на стороны обязанностей, подлежащих исполнению ими при доказывании своих требований и возражений, не противоречит смыслу закона, а, напротив, вполне согласуется с ним².

Отзыв или отстранение законного представителя в суде возможны лишь путем прекращения его представительских полномочий и направления соответствующих документов в суд.

В соответствии с ч. 1 ст. 21 Федерального закона «Об опеке и попечительстве» предварительное разрешение органа опеки и попечительства на совершение представителем действий, затрагивающих осуществление материальных прав подопечного, требуется теперь не только при заключении непосредственно сделок, но также во всех иных случаях, если действия опекуна или попечителя могут повлечь за собой уменьшение стоимости имущества подопечного, в том числе при: отказе от иска, поданного в интересах подопечного; заключении в судебном разбирательстве мирового соглашения от имени подопечного; заключении мирового соглашения с должником по исполнительному производству, в котором подопечный является взыскателем.

Довольно часто, когда путем реализации распорядительных прав законный представитель причиняет ущерб правам и законным интересам подопечного. Как правило, такие действия совершаются недобросовестно, и мы предлагаем именовать их как злоупотребление процессуальными правами³. Отказ от законных требований, заявленных в защиту интересов подопечного, либо признание заведомо неправомερных требований, либо заключение мирового соглашения на заведомо невыгодных для представляемого условиях способны причинить ущерб не меньший, чем незаконная сделка, направленная на распоряжение имуществом подопечного. В данном случае уместно привести позицию Д.И. Дедова, полагавшего, что в сфере представительских

отношений можно говорить о наличии презумпции виновности представителя, а в ряде случаев и о презумпции его недобросовестности⁴. В соответствии с нормами Федерального закона «Об опеке и попечительстве» суды были вынуждены применять общую норму, содержащуюся в ч. 2 ст. 39 ГПК РФ, из которой следует, что «суд не принимает отказ истца от иска, признание иска ответчиком и не утверждает мировое соглашение сторон, если это противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц».

При этом из поля зрения законодателя выпало еще одно распорядительное действие, последствия которого гипотетически способны причинить вред подопечному лицу. Речь идет о признании иска ответчиком, действующим в лице законного представителя (ч. 1 ст. 39 ГПК РФ). Полагаем, что признание заведомо необоснованных требований вряд ли может отвечать интересам представляемого, тем более что предъявление иска в таком случае может быть обусловлено сговором истца с представителем противоположной стороны. Для признания иска законным представителем должна быть установлена необходимость получения предварительного разрешения органа опеки и попечительства. Установление запретов и ограничений законного представительства предполагает активную роль органов опеки и попечительства, которые наделены определенным комплексом процессуальных прав и обязанностей, способствующих выполнению этой задачи. Процессуальные права и обязанности органа опеки и попечительства возникают у него в связи с участием в гражданском процессе, однако необходимо различать ситуации, когда гражданский процесс инициируется органом опеки и попечительства, и ситуации, при которых орган опеки и попечительства восполняет дефекты процессуального поведения законного представителя: инициирование гражданского процесса органами опеки и попечительства. В соответствии с ч. 3 ст. 20, ч. 4 ст. 21 Федерального закона «Об опеке и попечительстве» при обнаружении факта заключения договора от имени подопечного без предварительного разрешения органа опеки и попечительства, в частности при обнаружении факта отчуждения жилого помещения подопечного, орган опеки и попечительства обязан незамедлительно обратиться от имени подопечного в суд с требованием о расторжении такого договора в соответствии с гражданским законодательством, за исключением случая, если такой договор заключен к выгоде подопечного.

На основании ч. 3 ст. 26 Федерального закона «Об опеке и попечительстве» при обнаружении ненадлежащего исполнения опекуном или попечителем обязанностей по охране имущества подопечного и управлению имуществом подопечного (порча, ненадлежащее хранение имущества, расходование имущества не по назначению, совершение действий, повлекших за собой уменьшение стоимости имущества подопечного, и др.) орган опеки и попечительства обязан составить об этом акт и предъявить требование к опекуну или попечителю о возмещении убытков, причиненных подопечному.

Полномочия органа опеки и попечительства на обращение в суд осуществляются в рамках положений ст. 46 ГПК РФ, которая связывает право органов власти на подачу заявления в защиту чужих интересов с прямым указанием закона. Также необходимо обратить внимание на то, что приведенные нормы Федерального закона «Об опеке и попечительстве» указывают не просто на возможность органа опеки и попечительства обратиться в суд, а вменяют им такое обращение в обязанность. Данная обязанность имеет административно-правовой (служебный), а не процессуальный характер, поскольку право на обращение в суд трактуется исключительно как субъективное право истца (заявителя). В соответствии с п. 8 ч. 1 ст. 8 Федерального закона «Об опеке и попечительстве» к полномочиям органов опеки и попечительства относятся «представление законных интересов несовершеннолетних граждан и недееспособных граждан, находящихся под опекой и попечительством, в отношениях с любыми лицами (в том числе в судах), если действия опекунов или попечителей по представлению законных интересов подопечных противоречат законодательству Российской Федерации и (или) законодательству субъектов Российской Федерации или интересам подопечных, либо если опекуны или попечители не осуществляют защиту законных интересов подопечных»⁵. Во-первых, в ГПК РФ орган опеки и попечительства не отнесен к числу законных или иных представителей лиц, участвующих в деле. Следовательно, орган опеки и попечительства непосредственно не может участвовать в гражданском процессе в качестве представителя лица, чьи интересы оказались недостаточно эффективно защищены законным представителем. Во-вторых, вступление представителя в гражданский процесс — это не одностороннее действие представителя, как и другое процессуальное действие оно опосредуется действием суда. В процессуальном законодательстве не указаны порядок и основания, которые позволяли бы органу опеки и попечительства «заменить» или «отстранить» участвующего в деле «предыдущего» представителя. Участие органа опеки и попечительства с точки зрения действующего процессуального законодательства и в свете рассматриваемой статьи Федерального закона «Об опеке и попечительстве» возможно только двумя способами: путем назначения органом опеки и попечительства нового представителя и делегирования его в процесс, также в порядке ст. 47 ГПК РФ для дачи заключения по делу. Однако в этом случае орган опеки и попечительства займет процессуальное положение лица, участвующего в деле, и к числу представителей относиться не будет. С одной стороны, специальное указание на право обращения в суд является излишним, поскольку право на судебную защиту имеет практически абсолютный характер, однако, с другой стороны, декларирование такого права в сочетании с указанием на оптимальный, по мнению законодателя, способ защиты права, позволяет заинтересованному лицу добиться наиболее эффективной защиты, а также избежать споров о допустимости избрания того или иного способа защиты. В соответствии с ч. 1 ст. 6 Федерального закона «Об опеке и попечительстве» органами опеки и попечительства

являются органы исполнительной власти субъекта Российской Федерации. Взаимодействие указанных органов с опекунами и попечителями строится на основе вынесения такими органами актов, а также путем заключения договоров, т.е. в отношениях данных субъектов имеет место как договорное, так и административное регулирование.

Таким образом, анализ запретов и ограничений законного представительства показывает, что характер правоотношений, возникающих в сфере защиты прав и законных интересов недееспособных или не обладающих полной дееспособностью лиц, требует формулирования ряда специальных процессуальных правил, направленных прежде всего на ограждение лиц от различных злоупотреблений со стороны их законных представителей.

Таирова А.Т.,

стажер-исследователь лаборатории социально-правовых исследований и сравнительного правоведения Юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова (МГУ имени М.В. Ломоносова) (г. Москва)

Литература

1. Дедов Д.И. Конфликт интересов / Д.И. Дедов. Москва : Волтерс Клувер, 2004.
2. Молчанов В.В. Об ответственности в гражданском судопроизводстве / В.В. Молчанов // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 10.
3. Юдин А.В. Запреты и ограничения законного представительства в гражданском судопроизводстве / А.В. Юдин // Арбитражный и процессуальный процесс. 2008. № 10.
4. Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве : монография / А.В. Юдин. Санкт-Петербург : Изд-во Санкт-Петербургского государственного ун-та, 2005.

¹ Юдин А.В. Запреты и ограничения законного представительства в гражданском судопроизводстве // Арбитражный и процессуальный процесс. 2008. № 10 // СПС «Консультант-Плюс».

² Молчанов В.В. Об ответственности в гражданском судопроизводстве / Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 10 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. СПб., 2005. С. 254–266.

⁴ Дедов Д.И. Конфликт интересов. М. : ВолтерсКлувер, 2004. С. 13.

⁵ Юдин А.В. Запреты и ограничения законного представительства в гражданском судопроизводстве.

Доверие человека к судебной системе и судьбе как обеспечение защиты его интересов

Конституция Российской Федерации провозглашает человека, его права и свободы высшей ценностью и исходя из того, что права и свободы **человека** и **гражданина** являются непосредственно действующими, определяют смысл, содержание и применение законов и **обеспечиваются правосудием**, возлагает на государство обязанность признавать, соблюдать и защищать эти права и свободы на основе принципа равенства, гарантировать их согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией Российской Федерации (ст. 2, ч. 1 ст. 17, ст. 18, ч. 1, 2 ст. 19).

Правосудие — категория, уместно ложащаяся в философские измышления, но имеющая большое прикладное значение.

Говоря о правосудии, в первую очередь следует сказать о целях и назначении такой деятельности — рассудить по праву. Особенность отечественных правовых институтов обуславливается их фидуциарностью, т.е. правовые нормы основаны на доверии.¹

Доверие — уверенность в чьей-нибудь добросовестности, искренности, в правильности чего-нибудь.

Доверие — убежденность в чьей-нибудь честности, порядочности; вера в искренность и добросовестность кого-нибудь².

Доверие наступает лишь в том случае, когда человек известен и по своей порядочности, искренности способен разрешить спор по совести, т.е. вынести справедливое решение.

Сегодня суд — не последняя инстанция для защиты прав и интересов человека. К сожалению, суды перестали быть местом поиска и установления истины. Суд — один из способов решения того или иного вопроса.

В то же время судья — человек, который призван помогать решать проблемы человека. От того, каким образом судья проводит анализ доказательств, сопоставляя друг с другом, взвешивает все и выносит справедливое решение, в этом и заключается искусство судейства. Если судья не в состоянии вынести справедливое решение, значит, он скован буквой закона, сложившейся судебной практикой.

Участники судопроизводства это понимают. Недоверие к одному судье может вылиться в недоверие судебной системой в целом. Стоит также отметить рост академического интереса к проблеме доверия: по данным Web of

Science, с 1995 по 2015 гг. было написано около 15 000 статей, в то время как с 1964 по 1995 гг. немногим более 1 000³.

Толмачева Е.Н.,
аспирант Института государственной службы и управления
Российской академии народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации,
отделение — Высшая школа правоведения
(ИГСУ РАНХ и ГС при Президенте РФ)
(г. Москва)

Литература

1. Бойцова В.В. Исторические традиции российской школы сравнительного права / В.В. Бойцова, Л.В. Бойцова // Журнал российского права. 2003. № 8.
2. Развейкина Н.А. Доверие населения к судебной власти / Н.А. Развейкина // Юридический вестник Самарского университета. 2016. Т. 2. № 3.
3. Толковый словарь русского языка. Т. 1–4 / составители Г.О. Винокур, Б.А. Ларин, С.И. Ожегов [и др.] ; под редакцией Д.Н. Ушакова. Москва : Советская энциклопедия, 1935–1940.

¹ Бойцова В.В., Бойцова Л.В. Исторические традиции российской школы сравнительного права // Журнал российского права. 2003. № 8. С. 165.

² Толковый словарь Ушакова / Д.Н. Ушаков. 1935–1940. URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/ushakov/790118>

³ Развейкина Н.А. Доверие населения к судебной власти. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/doverie-naseleniya-k-sudebnoy-vlasti>

Совершенствование законодательства в области лицензионного программного обеспечения

Сегодняшняя ситуация в области информационных технологий, законных прав на интеллектуальную продукцию в IT-индустрии спровоцировала проблемы относительно правового урегулирования отношений между участниками данной категории рынка. Это касается и юридической части по лицензионному программному обеспечению (далее — ПО). Такой факт отмечается несмотря на то, что данный участок рынка относится к стабильным в сравнении с другими. Перед тем как рассмотреть вопросы, касающиеся предмета договора, передачи права, его оплаты, следует обратить внимание на особенности структуры вида договора. Она является неотъемлемой частью объекта отношений — программного продукта. Согласно содержанию ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) передача прав на основании лицензионного договора является недостаточной для обеспечения работы ПО, удовлетворения требований лицензиата, являющегося потребителем услуги. По этой причине в ряде случаев заинтересованные стороны могут использовать перечень дополнительных услуг относительно дальнейшего комплексного сопровождения. Таким образом, расширенный список обязательств по договору приводит к заключению не просто лицензионного соглашения, а смешанной формы договора. В реальных ситуациях также не редкость совмещение договора подряда на создание программного обеспечения и дальнейшей передачи прав на использование продукта на правах лицензионного договора¹.

Российская правовая система не видит проблем в практической реализации договоров данного вида — разрешено объединять разные условия, предусматриваемые разными договорами в один. Кроме этого, суд Российской Федерации при рассмотрении исков по спорным ситуациям в данном вопросе признает такие соглашения. При этом положения разграничиваются, а соответствующие регулирования по ним также применяются. В описанной ситуации следует сказать об отношении антимонопольных органов. Принимая во внимание то, что по п. 4 ст. 10 Федерального закона № 135 от 26 июля 2006 г. «О защите конкуренции» соглашения по использованию исключительных прав на интеллектуальные продукты труда, средства индивидуализации относятся к таким, которые не входят в перечень регулируемых антимонопольным законодательством. Уполномоченная структура имеет право выполнить относительно положений, которые не относятся к распоряжению по исключительным правам, меры взысканий за несоблюдение условий антимонопольных законов. То есть если оформляется смешанная форма договора, следует обратить внимание на конкретные положения, которые устанавливают дополнительные услуги по работе ПО, что указывается в упомянутом законе.

В реальных жизненных ситуациях лицензионный договор относительно ПО оформляется контрагентами везде в мире. Его цель — оформление законных прав на программное обеспечение пользователем. При этом центральным объектом по договору является именно ПО. В российском законодательстве покупка лицензиатом ПО не трактуется как приобретение некоторого объекта. Примером является указанная выше ст. 1235 ГК РФ, по которому лицензионный договор предоставляет исключительные права на продукт интеллектуальной деятельности или лицензиар. В дальнейшем пользователь или лицензиат может использовать его в пределах, которые предусматриваются подписанным договором. Если право на какое-либо использование в договоре не прописывается, это считается неразрешенным для лицензиата при использовании ПО. Из данного утверждения следует, что по российскому законодательству форма лицензионного договора на самом деле предусматривает само приобретение пользователем права на использование программного обеспечения. Также по определению сам лицензиат, получая права на использование ПО, должен опираться на функциональность продукта, его удобство, пользу, надежность². Также важна эффективность, портативность, наличие сопровождения по обслуживанию, других опций, которые совместно дадут возможность получить ожидаемый конечный результат. Говоря проще, решая приобрести нужное программное обеспечение, лицензиат определяет возможность конкретного продукта выполнить задачи для получения конечного результата, а также соответствие качественных характеристик, заявляемых продавцом действительным ожиданиям. Перечисленные факторы оказывают влияние не только на необходимость покупки, но и на ее стоимость. По этой причине многие лицензиаты используют право тестирования программ (использование демо-версий), проверки соответствия реальных возможностей к ожидаемому результату. Так, примером может быть приобретение, если заинтересованное лицо купило программное обеспечение без предварительного тестирования и без предоставления каких-либо гарантий на его работу от лицензиара или же были причины, в силу которых нельзя было опробовать продукт на практике, и работа была проверена только после оформления соответствующего лицензионного договора. В дальнейшем, уже в ходе эксплуатации программы лицензиатом, в соответствии условий договора имели место существенные недостатки, что привело к некорректной работе программного обеспечения, которые не дали ожидаемого результата, которые должны были удовлетворить запросы лицензиата. Важно то, что минусы могут проявиться не только при тестировании пробной версии, но и уже в ходе обычного рабочего процесса с использованием ПО после подписания договора и оплаты услуги. Это приводит к тому, что критические ошибки могут не только не оправдать ожидания пользователя, но и привести к сбою во всей работе. Перечисленные ситуации, которые оформлены в соответствии с российским законодательством, часто становятся причиной обращения заинтересованных сторон в суд для защиты. Иски предъявляются к лицензиарам с целью

прекратить действие договора или же взыскать финансовое возмещение за некачественный продукт (обращаются и для совместного разрыва договора, и получения компенсации). Ответную реакцию арбитражных судов на заявления лицензиатов нельзя назвать однозначной. Возможно, это связано со структурой лицензионных договоров, составляемых по требованиям российского законодательства. Одна из позиций, которую отстаивали арбитражные суды в России, характеризовала именно право на использование программного обеспечения по лицензионному договору как предмет соглашения³. По их трактовке ПО — не предмет, а значит, по определению не может быть некачественным продуктом, иметь или не иметь функциональные возможности. Из этого следовало, что-то право, которое передавалось на основе подписанного лицензионного соглашения, являлось по определению бессрочным. На сегодняшний день суд по интеллектуальному праву при получении заявления о несоответствии ПО заявленным на него характеристикам, которые должны обеспечивать нужный для потребителя результат, в котором лицензиат был заинтересован на момент покупки, что для этого совершалась, и для чего заключался договор. Они не перестают востребовать суммы по платежам, которые были определены как убытки. В качестве причины такого отношения суд приводит доводы в пользу отсутствия возможности признавать обязательства лицензиара по переоформлению прав относительно пользования программным обеспечением как выполненного положенным образом. Параллельно с этим для определения данного отличия по функциональному содержанию программному обеспечению с дальнейшим востребованием с лицензиара считается как зависимое от указанных характеристик в самом договоре, подписанном обеими сторонами конфликта и которые, по мнению потребителя, не соответствуют истинному положению дел на практике. Таким образом, если в перечне указанных характеристик в содержании договора нужных нет, требования судом считаются несоответствующими реальности и решение выносится в пользу продавца продукта. Заслуживает внимания тот факт, что сам договор в таком случае не прекращает свое действие, если только данный факт не предусмотрен самим договором еще при заключении.

На основе вышесказанного следует, что учитывая практические результаты по судебным разбирательствам, осуществляемым соответственно российского законодательства по лицензионным договорам на программное обеспечение, лицензиат должен более точно, емко определять перечень характеристик, характеризующих программный продукт. Должны учитываться все возможные моменты, которые влияют на приобретение, качество предоставляемых услуг, возможностей ПО, в соответствии с которыми осуществляется передача прав на использование. Такое отношение позволит в будущем лицензиату пояснять проблемные ситуации, их несоответствие в достижении поставленных целей в рамках заключенного договора.

На сегодняшний день суды используют только формальные решения при рассмотрении исков относительно исполнения условий лицензионного

договора правообладателем, так как нет фактического подтверждения передачи ИТ-продукта. Примером служит одно из дел, рассматриваемых арбитражным судом Российской Федерации, по которому был вынесен отказ. Суд не стал признавать договор надлежаще исполненным, так как в договоре было указано, что передавались только права, что значилось непосредственно в акте по приему-передаче. В нем не было записи о передаче ПО, но это предусматривалось договором. На основании данной информации суд сделал заключение о том, что сам программный продукт не передали в том объеме, той форме, что была заявлена разработчиком или продавцом. Это означает, что программа не была установлена, настроена, а значит, не могла использоваться по назначению.

Другим делом, получившем широкую огласку, стал лицензионный договор, в котором одним из пунктов стало право на использование программного обеспечения, которое считалось предоставленным после непосредственного факта передачи материального носителя с программами для персонального компьютера. Об этом был составлен соответствующий акт. По факту передача материального носителя электронной информации не была выполнена. Так, в акте по приему-передаче была указана ссылка на то, что те данные, о которых идет речь, были на одном диске небольшой емкости. Его же технические возможности, количество информации, которую можно поместить даже с учетом архивирования, не давали возможности произвести перемещение программного обеспечения на данный носитель⁴.

В российской законодательной базе п. 5 ст. 1235 ГК РФ указана обязанность лицензиата согласно заключаемому договору выплатить лицензиару вознаграждение, которое предусматривается, оговаривается, если не предусматриваются другие условия. Перечисляться средства могут не только единым платежом. По возмездному договору предусматриваются и другие виды перечислений, поэтапные, частями, с процентами от получаемой прибыли, другие варианты, которые также должны быть согласованными и указанными в договоре.

Как может показаться, если лицензиат не выполняет свои обязательства по оформленному договору относительно приобретенных прав и оплаты вознаграждения по ним, что лицензируется безвозмездно дает возможность пользоваться им незаконно. Тогда нарушаются исключительные права лицензиара на программное обеспечение. Тогда он имеет право запросить взыскание за понесенные убытки, имущественную компенсацию, даже в два раза большую стоимости самого ПО. Такое утверждение ошибочное с точки зрения российского законодательства: лицензиат при невыплате средств — вознаграждения за работу по созданию программного обеспечения — не нарушает исключительных прав лицензиара на свою программу.

Таким образом, пользование программным обеспечением является законным даже в том случае, если лицензиат не соблюдает условия по перечислению возмещения. То есть при компенсируемых убытках, компенса-

ции средства не могут быть востребованными с лицензиата по просрочке. По той причине, что неоплата, о которой говорится, является причиной для применения действий, которые указаны по договору. В этой связи лицензиату и лицензиару следует внимательнее подходить к определению условий в договоре и использовать расширенные условия. Из вышесказанного следует заключить, что описываемые условия, характеристики не являются полными. В реальности возникают вопросы более сложного содержания. Без возможности самостоятельного их решения к помощи привлекаются суды. К сожалению, в целом ситуация может быть решена не всегда объективно, решение может пойти не в пользу разработчика, что и обуславливает проблематичность развития IT-сферы. По этой причине следует учитывать максимально возможные риски и указывать их в договоре. Такая беспечность позволит защитить распоряжение исключительными правами на продукт интеллектуальной сферы деятельности.

Еще одним нюансом оформления свободной лицензии является его содержание на английском языке с целью использования вне границ одного государства. На основании сравнительной характеристики законодательства Российской Федерации ст. 128.1 ГК РФ, урегулирование спорных ситуаций по свободным лицензиям не будет отличаться или иметь существенных отличительных черт по сравнению с законом об авторских правах и лицензионным договорам по ним. Примером служит содержание иностранного элемента в отношении свободного лицензирования на программное обеспечение в соответствии с разд. 4 «Международного частного права» ч. 3 ГК РФ. Именно поэтому многим зарубежным странам, по всей видимости, еще предстоит пройти путь полной легализации свободных лицензий посредством принятия соответствующих нормативно-правовых актов, а России — путь устранения существующих в действующем законодательстве пробелов и формирования собственной судебной практики по делам о свободном лицензировании.

Докукина И.А.,

доцент кафедры менеджмента и государственного управления

Среднерусского института управления-филиала

Российской академии народного хозяйства и государственной службы

при Президенте Российской Федерации (РАНХиГС),

кандидат экономических наук

(г. Орел)

Литература

1. Круглов В.А. Уголовное право. Особенная часть : курс лекций / В.А. Круглов. Минск : Амалфея, 2015.
2. Литвак Б.Г. Государственное управление. Лучшие мировые практики / Б.Г. Литвак. Москва : Изд-во МФПУ Синергия, 2015.

3. Малиновский В.В. Организационная деятельность в уголовном праве России (виды и характеристика) / В.В. Малиновский. Москва : Проспект, 2017.
4. Мальцев В.В. Принципы уголовного законодательства и общественно-опасное поведение // Государство и право. 2015. № 2.

-
- ¹ Круглов В.А. Уголовное право. Особенная часть: курс лекций. Минск : Амалфея, 2015. 591 с.
 - ² Литвак Б.Г. Государственное управление. Лучшие мировые практики. М. : Изд-во МФПУ Синергия, 2015. 624 с.
 - ³ Малиновский В.В. Организационная деятельность в уголовном праве России (виды и характеристика). М. : Проспект, 2017. 192 с.
 - ⁴ Мальцев В.В. Принципы уголовного законодательства и общественно-опасное поведение // Государство и право. 2015. № 2. С. 26–35.

Правомерно ли шутить над известным товарным знаком?

В американском правопорядке существует такая категория товарного знака, как известный товарный знак (*famous trademark*). В отличие от общеизвестного товарного знака (*well-known trademark*) названная категория знака охраняется не только на основе доктрины смешения (*confusion doctrine*) (как в случае с общеизвестным знаком), но и посредством доктрины размывания (*dilution doctrine*). Последняя, возникшая в конце 20-х гг. XX столетия вследствие осознания трансформации функции товарного знака, не известна российскому правопорядку. Между тем и среди некоторой части американских ученых она не признается до сих пор. По их мнению, данная теория предоставляет правообладателям известных товарных знаков слишком широкие права (*rights-in-gross*), следовательно, она является причиной дисбаланса интересов общества¹ и правообладателей.

Однако анализ подобных критических статей показал, что они не содержат достаточно убедительных и обоснованных аргументов². Для получения более ясной картины о применении доктрины в практике нам понадобился поиск своего рода увеличительного стекла. И такой «увеличитель» мы нашли в американском законодательстве о товарных знаках в виде пародии, вытекающей из первой поправки к Конституции США о свободе слова.

Пародия в качестве составляющей доктрины добросовестного использования (*fair use*) и ограничения прав на известные товарные знаки предусмотрена в § 43 (с) (3) Федерального закона о товарных знаках 1946 г.³, известном также как закон Лэнхема (*U.S. Trademark (Lanham) Act of 1946*):

«В соответствии с настоящим подразделом нижеследующие случаи не могут являться основаниями для предъявления исков о *размывании товарного знака посредством утраты его различительной способности* или *размывании товарного знака посредством запятнания его репутации* (курсив наш. — Ш.К.): (А) Любое добросовестное использование, в том числе номинативное или описательное добросовестное использование, либо содействие добросовестному использованию известного товарного знака иным лицом, кроме такого использования им путем указания источника происхождения собственных товаров или услуг, в том числе использование в целях: (i) рекламы или продвижения, позволяющие потребителям сравнивать товары или услуги; или же:

(ii) отождествления и пародирования, критики или комментирования правообладателя известного товарного знака либо товаров или услуг этого правообладателя.

(В) Все формы новостей и комментарии к новостям.

(С) Любое некоммерческое использование товарного знака».

Как видно из указанных положений, существует два основных вида размывания товарного знака: 1) размывание товарного знака посредством утраты его различительной способности (*dilution by blurring*); 2) размывание товарного знака посредством запятнания его репутации (*dilution by tarnishment*). В США если известный товарный знак используется в пародии, то в соответствии с федеральным законодательством и законодательством штатов правообладатель может предъявить иск о нарушении прав на товарный знак, в том числе иск о недобросовестной конкуренции по общему праву. Суть каждого из этих исков практически одинакова: пародист создал у потребителей вероятность смешения товарных знаков или иным образом нарушил деловую репутацию правообладателя товарного знака. Если же последний не может доказать такие правонарушения, то он может прибегнуть к иску о размывании товарного знака согласно федеральному законодательству, законодательству штатов или прецедентному праву⁴. Результаты исследования судебной практики опровергают позицию критиков доктрины размывания. На самом деле не все так однозначно. Даже в пределах одного суда исход подобных дел зависит от множества факторов, а не только от названной доктрины. В качестве материала для анализа мы взяли два судебных акта федерального суда Южного округа штата Нью-Йорк с одним и тем же истцом.

Ни для кого не секрет, что французская компания Louis Vuitton является известным во всем мире производителем товаров класса люкс. Но она также известна как участник многочисленных судебных споров в отношении своих товарных знаков. Одним из таких споров, рассмотренным вышеуказанным судом, является дело «*Louis Vuitton Malletier, S.A. v. Hyundai Motor America*», 2012 WL 1022247 (S.D.N.Y., March 22, 2012)⁵ (далее — дело Hyundai).

В 2010 г., во время мирового экономического кризиса, дочерняя компания южнокорейской автомобилестроительной компании Hyundai Motor Company выпустила в США 30-секундный телевизионный рекламный ролик «Роскошь» о своем автомобиле Hyundai Sonata, который был представлен в качестве символа доступного предмета роскоши для массового потребителя. В одном из эпизодов ролика был продемонстрирован баскетбольный мяч коричневого цвета, маркированный обозначениями золотого цвета, схожими с товарными знаками французского дома высокой моды. Компания Louis Vuitton Malletier, S.A. (далее — Louis Vuitton или LV), помимо других исков к компании Hyundai Motor America (далее — Hyundai), предъявила иски о размывании товарного знака как по федеральному законодательству, так и по законодательству штата Нью-Йорк. Суд удовлетворил эти иски.

В другом судебном деле «*Louis Vuitton Malletier, S.A. v. My Other Bag, Inc.*», 156 F.Supp.3d 425, 445 (S.D.N.Y. 2016)⁶ (далее — дело MOB) Louis Vuitton, наряду с другими исками, заявила о размывании ее товарных знаков со сторо-

ны компании My Other Bag, Inc. (далее — My Other Bag или МОВ). Последняя производила и продавала холщовые хозяйственные сумки, на одной стороне которых была размещена надпись: «My Other Bag...», а на другой — картинка женской сумки с обозначениями, схожими с товарными знаками известных домов высокой моды. Однако в этом судебном процессе суд не удовлетворил иски Louis Vuitton.

Для применения добросовестного использования товарного знака любой комментарий или пародия должны быть направлены на знак истца.

В соответствии с вышеприведенными положениями закона Лэнхема добросовестное использование товарного знака исключается, если лицо использует известный товарный знак для указания источника происхождения собственных товаров или услуг. В деле Hyundai баскетбольный мяч не являлся товаром компании Hyundai, а использовался в качестве абстрактного символа предмета роскоши. Так почему же ответчик потерпел неудачу?

На наш взгляд, ряд ключевых факторов привели к вынесению формального и несправедливого решения. Во-первых, судья П. Кевин Кастель (*P. Kevin Castel*), гонясь за *шестифакторным критерием (тестом) оценивания*⁷ размывания товарного знака посредством утраты его различительной способности (далее — размывание посредством blurring)⁸, упустил самое главное. Судья недостаточно ответил на главный вопрос: каким образом использование ответчиком товарных знаков истца ухудшило их различительную способность? В целом решение суда сводится к следующему: 1) Hyundai использовал в своей рекламе сходные с товарными знаками истца обозначения и создал ассоциацию с последним; 2) Hyundai перед выпуском рекламы пытался получить разрешение у 13 известных домов высокой моды (Louis Vuitton, Chanel, Gucci и др.) на использование их товарных знаков, но не получил его; 3) Hyundai не остановил показ рекламы после получения письма-предупреждения от Louis Vuitton. Основная мысль судьи: Hyundai использовал чужую репутацию для продвижения своего товара. Во-вторых, его подтолкнула к этой мысли правовая позиция представителя Hyundai, который описал рекламу как «юмористический, социально-экономический комментарий к роскоши, которая определяется ценой премиум-класса, а не ценностью для потребителя»⁹. Согласно закону Лэнхема ответчику важно было доказать намерение о пародировании, критике или комментировании известного товарного знака. Однако и представитель, и свидетели (бывшие директора по маркетингу Hyundai и сотрудники рекламной компании) в один голос утверждали, что такого намерения у компании Hyundai не было.

Даже коммерческое использование известного товарного знака является добросовестным использованием товарного знака.

В деле МОВ Louis Vuitton утверждала, что исключения, касающиеся добросовестного использования, не применяется к сумкам МОВ, поскольку ответчик использует ее товарные знаки в качестве указания источника проис-

хождения собственных товаров. Также, окрыленный своей победой в деле Hyundai, Louis Vuitton пыталась выставить ситуацию в подобном же свете, заявляя, что показания учредителя МОВ Тары Мартин свидетельствуют о широком социальном комментарии, а не о пародии, направленной на ее знак и товары.

Однако судья Джесси М. Фурман (*Jesse M. Furman*) последовательно и обоснованно отклонил эти доводы. Он отметил, что решение по делу Hyundai не лишено критики. «Здесь, в отличие от дела Hyundai, МОВ действительно хотела сказать что-то конкретно о Louis Vuitton, т.е. сумки Louis Vuitton являются неотъемлемой частью шутки ответчика... название «Моя другая сумка...» — «это игра слов, основанная на классических наклейках для бамперов «Мой другой автомобиль...», которых можно увидеть на недорогих, старых автомобилях по всей стране, информирующих прохожих насмешливо-иронической манере о том, что «другим автомобилем» водителя является Mercedes (или какой-либо другой бренд роскошного автомобиля)... Сумки МОВ не имели бы своего смысла, и, конечно, не было бы смешно, если на лицевой стороне сумки просто изображалась бы какая-то неизвестная сумочка. Такая сумочка только сумбурно сообщала бы, что «Моя другая сумка... это какая-то другая сумка»... Данная шутка в сочетании со стилизованными, почти мультипликационными картинками сумок Louis Vuitton, создает значительную дистанцию между недорогими хозяйственными сумками МОВ и дорогими сумочками, предлагая забавное сравнение между МОВ и роскошным статусом Louis Vuitton. Кроме того, образ исключительности и изысканности, тщательно культивируемый Louis Vuitton, является, по крайней мере, главной шуткой: в то время как состоятельные женщины, для демонстрации своего определенного статуса, с благоговением ухаживают за сумочкой Louis Vuitton, холщовые сумки МОВ — это универсальные сумки, «предназначенные для продуктов из супермаркета, потной одежды из тренажерного зала или пляжных полотенец... Тот факт, что сумки МОВ передают сообщение о чем-то большем, чем *просто* сумки Louis Vuitton, не является фатальным для успешной защиты пародии»¹⁰.

«Коротко говоря, использование компанией МОВ знаков Louis Vuitton квалифицируется как добросовестное использование в соответствии с законом... Но даже если бы это было не так — если, например, МОВ действительно использовала знаки Louis Vuitton в качестве указания источника происхождения... сумки не представляют опасности для ослабления различительной способности знаков Louis Vuitton. Важно отметить, что недостаточно доказать то, как это бесспорно может сделать Louis Vuitton, что покупатели, вероятно, «ассоциируют» знак ответчика со знаком истца (или ответчик способен такой ассоциативной связи). Согласно закону «ассоциация» является необходимым условием, но не эквивалентным размыванию посредством blurring... Даже если есть доказательство вероятной ассоциации, это не означает, что существует также вероятность размывания посредством blurring... Таким

образом, имеющий юридическое значение вопрос заключается в том, может ли вид ассоциации, созданный МОВ, ослабить различительную способность знаков Louis Vuitton... И тот факт, что Louis Vuitton, по крайней мере, не находит сравнение смешным, несущественен; в соответствии с законодательством о товарных знаках чувство юмора Louis Vuitton (или его отсутствие) не определяет объемы ее прав (или прав МОВ)».

Цитируя решение Апелляционного суда США по Четвертому округу по делу «*Louis Vuitton Malletier S.A. v. Haute Diggity Dog, LLC*», 507 F.3d 252, 260 (4th Cir. 2007), судья кладет юристов Louis Vuitton на обе лопатки: «Действительно, сделав известный товарный знак объектом пародии, успешная пародия могла бы на самом деле усилить различительную способность известного товарного знака, сделав ее иконой. Главная цель шутки становится еще более известной»¹¹.

Резюмируя вышеизложенное, можно констатировать, что опасение некоторых американских ученых по поводу «опасной» доктрины размывания напрасны и беспочвенны. Для обеспечения справедливого баланса публичных и частных интересов в рамках этой доктрины существует такой эффективный правовой механизм, как добросовестное использование товарного знака, в том числе пародия на товарный знак. Анализ судебной практики по применению законодательства в данной сфере показало, что среди судей и представителей участников судебного процесса пока нет понимания сути доктрины размывания.

Кодиров Ш.Б.,

аспирант кафедры интеллектуальных прав
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
(г. Москва)

References

1. Bone R.G. Schechter's Ideas in Historical Context and Dilution's Rocky Road / R.G. Bone // Santa Clara High Technology Law Journal. 2008. Vol. 24 Iss. 3. URL: <https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol24/iss3/2/> (дата обращения: 10.11.2019).
2. Myers G. Trademark Parody: Lessons from the Copyright Decision in Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. / Myers G // Law and Contemporary Problems. 1996. Vol. 59. Iss. 2.

¹ Под общественными интересами здесь понимается обеспечение справедливой конкуренции в экономике.

² См., например: Robert G. Bone. Schechter's Ideas in Historical Context and Dilution's Rocky Road // Santa Clara High Technology Law Journal. 2008. Vol. 24. No. 3. URL: <https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol24/iss3/2/> (дата обращения: 10.11.2019).

³ U.S. TRADEMARK LAW. FEDERAL STATUTES // United States Patent and Trademark Office. 2013. URL: https://www.uspto.gov/sites/default/files/trademarks/law/Trademark_Statutes.pdf (дата обращения: 15.11.2019).

⁴ Myers G. Trademark Parody: Lessons From the Copyright Decision in Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. // Law and Contemporary Problems. 1996. Vol. 59. No. 2. P. 182.

- ⁵ URL: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=historical> (дата обращения: 15.11.2019).
- ⁶ URL: <http://www.schwimmerlegal.com/wp-content/uploads/2016/01/LV-v-My-Other-Bag.pdf> (дата обращения: 15.11.2019).
- ⁷ Названный тест закреплен в § 43 (с) (2) (В) закона Лэнхема.
- ⁸ Louis Vuitton подавала иск по двум видам размывания товарного знака, однако суд отклонил иск о размывании товарного знака посредством запятнания его репутации (dilution by tarnishment).
- ⁹ URL: <http://www.schwimmerlegal.com/wp-content/uploads/2016/01/LV-v-My-Other-Bag.pdf> (дата обращения: 15.11.2019).
- ¹⁰ Там же.
- ¹¹ Там же.

Принцип свободы договора и антимонопольные запреты: защита публичного или частного интереса?

Применительно к сделкам, нарушающим требования Закона о защите конкуренции¹, по вопросу о том, являются ли сделки оспоримыми или ничтожными, пока не сложилось единой позиции. Рассмотрим данный вопрос исходя из анализа того, чьи интересы нарушаются при совершении таких сделок.

Как писал Г.Ф. Шершеневич, «юридическое предположение свободной конкуренции заключается в институте частной собственности и свободе договора»². В целом принцип свободы договора, без сомнения, важен для конкурентного права. Это связано прежде всего с тем, что большинство запретов антимонопольного законодательства имеют «договорную форму». В части злоупотребления доминирующим положением незаконные действия осуществляется через ограничения в части заключения договоров или включения в договор положений, в которых контрагент доминанта не заинтересован. Сразу сделаем оговорку, что делая определенные выводы применительно к ст. 10 Закона о защите конкуренции, мы делаем эти выводы исключительно к тем формам злоупотребления доминирующим положением, которые осуществляются путем заключения договоров. При этом следует обратить внимание, что таких форм большинство. К ним можно отнести:

- установление, поддержание монопольно высоких (низких) цен;
- навязывание контрагенту условий договоров;
- экономически или технологически необоснованный отказ либо уклонение от заключения договора;
- создание дискриминационных условий.
- создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка;
- манипулирование ценами.

Что касается ст. 11, во-первых, в качестве антиконкурентных соглашений могут рассматриваться отдельные условия договоров. Во-вторых, несмотря на то, что согласно разъяснениям Верховного Суда Российской Федерации³ факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством, включая требования к форме и содержанию сделок, это не отменяет того факта, что условно антиконкурентные сделки все же можно рассматривать как институты, во многом схожие с договорами.

Полагаем, что в целом взаимосвязь свободы договора и свободной конкуренции можно проследить по двум направлениям:

1. Принцип свободы договора при выстраивании конкурентных стратегий на конкурентных рынках.

При ситуации наличия конкуренции на товарном рынке конкурентное право, целью которого является развитие конкуренции и поддержание развитой конкурентной среды, фактически направлено на обеспечение свободы договора, так как конкурентная среда, по сути, гарантирует эту самую свободу договора.

2. Принцип свободы договора при отсутствии конкуренции и наличии доминирующего субъекта на рынке (субъекта, обладающего рыночной силой).

Реальная свобода договора предполагает свободу у всех субъектов рынка, а не только у тех, кто «крупный и сильный». Антимонопольные запреты, налагаемые на доминирующего субъекта, направлены именно на обеспечение нормальной договорной деятельности контрагентов доминантов.

Исследуя вопрос о том, как антимонопольные ограничения при наличии на рынке доминирующего субъекта могут ограничивать свободу договора, вернемся к тем составляющим свободы договора, которые даны в ст. 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ).

ГК РФ предполагает четыре составляющих свободы договора:

- свобода в заключении договора;
- свобода в определении вида заключаемого договора;
- свобода выбора контрагента по договору;
- свобода в определении условий договора.

Конституционный характер договорной свободы предполагает возможность ее ограничения федеральными законами, но лишь в строго определенных целях и в той мере, в какой это необходимо для защиты:

- основ конституционного строя, нравственности, здоровья;
- прав и законных интересов других лиц;
- обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Статья 2 ГК РФ, по сути, повторяет ст. 55 Конституции Российской Федерации — гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Какое место в этом перечне отводится ограничениям свободы договора в связи с защитой конкуренции?

В работе «Свобода договора и ее пределы» А.Г. Карапетова и А.И. Савельевой подробно проанализированы различные основания ограничения договорной свободы. В части конкуренции авторы работы отмечают следующее. «Выше мы показали, что в большинстве стран вводятся те или иные ограничения свободы договора, когда сделка продуцирует негативные экстерналии в отношении интересов третьих лиц, а также перспектив развития и стабиль-

ности экономики в целом. На стыке двух этих случаев проявляет себя один из самых известных примеров того, как свободное соглашение может ущемлять интересы лиц, не участвующих в сделке. Речь идет о соглашениях, ограничивающих конкуренцию»⁴.

Следует согласиться с мнением авторов о том, что ряд ограничительных норм Закона о защите конкуренции действительно направлены на защиту интересов третьих лиц, а также на защиту публичного интереса (стабильность экономики в целом). Однако это не свидетельствует о том, что запреты не направлены также и на защиту частных интересов контрагентов доминантов. Рассмотрим все перечисленные защищаемые интересы применительно к ст. 10 и 11 Закона о защите конкуренции.

Если мы вернемся к запретам ст. 10, которые связаны с заключением договоров (отказ от заключения договора, включение в договор дискриминационных условий, навязывание невыгодных условий договоров), то можно сделать вывод, что данные запреты, безусловно, направлены на защиту интересов контрагентов доминантов. Следовательно, запреты ст. 10 защищают, прежде всего, частные интересы отдельных лиц.

Направлены ли нормы ст. 10 одновременно и на защиту публичных интересов? Для ответа на этот вопрос обратимся к понятию «публичный интерес».

Существующие в юриспруденции взгляды на то, какие интересы называются публичными, условно можно объединить в несколько групп. Публичными одни ученые признают интересы государства, другие — общества. Третьи рассматривают в качестве публичных универсальные, общезначимые индивидуальные интересы. В.Ф. Яковлев публичными называет интересы всех граждан, образующих то или иное сообщество, выразителем которых является государство⁵.

Как отмечает Т.С. Яценко⁶, отечественная судебная практика в качестве общественных рассматривает интересы группы лиц. При этом такие групповые интересы могут иметь разный уровень публичности, который зависит как от количества объединяемых в группу лиц, так и от того статуса, который приобретает группа в обществе.

Следовательно, публичными в гражданском праве следует признавать:

- государственные интересы;
- общественные интересы;
- имеющие важное социальное значение интересы группы лиц;
- интересы отдельных субъектов, приобретающих при определенных условиях особый социальный статус⁷.

Согласно правовой позиции Верховного Суда Российской Федерации публичные интересы составляют «интересы неопределенного круга лиц, обеспечение безопасности и здоровья граждан, а также обороны и безопасности государства, охраны окружающей среды»⁸.

Совершенно обоснованно большое внимание публичному интересу уделяется исследователями в области конкурентного права⁹. По нашему

мнению, под публичным интересом при нарушении конкурентного законодательства следует понимать интерес в области защиты конкуренции как таковой, как публичного блага, обеспечивающего социально-экономическое благосостояние общества, в том числе направленного на обеспечение публичных интересов неопределенного круга лиц — потребителей. Соответственно конкуренция есть публичное благо, наличие которого обеспечивает социально-экономическое благосостояние общества в целом и наилучшее удовлетворение частных интересов отдельных лиц. Как было сказано выше, именно наличие конкурентных отношений на рынке обеспечивает соблюдение принципа свободы договора.

Следует ли защита публичного интереса из запретов, предусмотренных ст. 10 Закона о защите конкуренции?

Согласно ст. 10 запрещаются действия (бездействие) доминирующего субъекта, если результатом этих действий является или может являться:

— недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или)

— ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

Согласно Разъяснению № 8 Президиума ФАС России «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции» нужно установить одно или другое последствие. Таким образом, закон налагает запреты на договорную свободу субъектов, если нарушены определенные интересы — пострадает конкуренция как таковая (будут нарушены строго публичные интересы) или пострадают интересы неограниченного круга лиц или определенного контрагента.

Может возникнуть мысль, что определенное действие, нарушающее интересы определенного субъекта в сфере предпринимательской деятельности, не нарушает конкуренцию и соответственно возможны ситуации, когда нарушается запрет ст. 10, но публичные интересы не нарушаются. Так ли это? Полагаем, что нет. Исходя из системного толкования ст. 3 и 10 Закона о защите конкуренции ущемление интересов других лиц рассматривается как одно из условий для установления нарушения правил конкуренции, если, как сказано в ст. 3 Закона, само рассматриваемое действие касается отношений, которые связаны с защитой конкуренции.

Таким образом, независимо от того, какое из перечисленных последствий имеет место — ограничение, недопущение, устранение конкуренции или ущемление интересов отдельных лиц — *данное действие оказывает негативное влияние и на конкуренцию как публичное благо.*

Что касается ст. 11 Закона, то антиконкурентные соглашения вне зависимости от их природы — горизонтальные, вертикальные, иные — наносят вред, прежде всего, третьим лицам. Однако исходя из всего вышесказанного это не исключает их вред конкуренции как таковой.

Таким образом, ограничения свободы договоров, предусмотренные Законом о защите конкуренции, применительно к любому ограничению договорной свободы, направлены на защиту публичных интересов. Однако помимо

защиты публичных интересов многие запреты Закона о защите конкуренции направлены и на защиту частных интересов контрагентов доминирующих субъектов или частные интересы иных лиц. В ряде случаев нарушение этих «частных интересов» является основным негативным эффектом данных действий.

Варламова А.Н.,
 профессор кафедры коммерческого права и основ правоуказания
 Юридического факультета Московского государственного университета
 имени М.В. Ломоносова (МГУ имени М.В. Ломоносова),
 доктор юридических наук, доцент
 (г. Москва)

Литература

1. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. В 2 томах. Т. 1. Общая часть / Г.Ф. Шершеневич. Москва : Издательство Юрайт, 2019. 148 с.
2. Варламова А.Н. Публичный интерес и публичные службы в конкурентном праве / А.Н. Варламова // Конкурентное право. 2017. № 4.
3. Варламова А.Н. Публичный интерес и публичные службы в конкурентном праве / А.Н. Варламова // Конкурентное право. 2018. № 1.
4. Карапетов А.Г. Свобода договора и ее пределы. В 2 томах. Т. 1. Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений / А.Г. Карапетов, А.И. Савельева. Москва : Статут, 2012.
5. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. В 4 томах. Т. 2. Товар. Торговые сделки. Москва, 2003.
6. Яковлев В.Ф. Правовое государство: вопросы формирования / В.Ф. Яковлев. Москва : Статут, 2012.
7. Яценко Т.С. Гражданско-правовая охрана публичных интересов : диссертация доктора юридических наук / Т.С. Яценко. Москва, 2016.

¹ Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

² Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. М., 2003. Т. 2. С. 108.

³ Пункт 9 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях у в указанной сфере (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016) // СПС «Консультант-Плюс».

⁴ Карапетов А.Г., Савельева А.И. Свобода договора и ее пределы. М. : Статут, 2012. Т. 1. С. 326.

⁵ Яковлев В.Ф. О частном и публичном праве в правовой системе России: выступление на научной конференции в Институте государства и права Российской академии наук (Москва, 31 марта 2000 г.) // Яковлев В.Ф. Правовое государство: вопросы формирования. М. : Статут, 2012. С. 194.

⁶ Яценко Т.С. Гражданско-правовая охрана публичных интересов : дис. ... докт. юрид. наук. М., 2016. С. 101.

⁷ Там же. С. 102.

⁸ Пункт 75 Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2015. 30 июня.

⁹ Подробно публичном интересе в конкурентном праве см.: Варламова А.Н. Публичный интерес и публичные службы в конкурентном праве // Конкурентное право. 2017. № 4 ; Конкурентное право. 2018. № 1.

Проблемы исполнения арбитражных решений в отношении споров, «обремененных» публичным элементом в Российской Федерации

К числу общепризнанных в современном правовом обществе способов разрешения гражданско-правовых споров, проистекающих из свободы договора, которой наряду с автономией воли участников предпринимательской и иной экономической деятельности обуславливаются диспозитивные начала гражданско-правовых и гражданско-процессуальных отношений, относится обращение в третейский суд¹.

В Российской Федерации право сторон гражданско-правового спора на его передачу в третейский суд основано на ч. 2 ст. 45 и ч. 1 ст. 8 Конституции Российской Федерации. Для того чтобы спор был рассмотрен третейским судом или международно-коммерческим арбитражем (далее — МКА), между сторонами должно быть заключено действующее соглашение. В случае если сторона отказывается исполнять решение третейского суда или МКА добровольно, то другая сторона вправе обратиться в государственный суд за выдачей исполнительного листа. Однако есть один очень важный нюанс — дерогационный эффект арбитражного (третейского) соглашения, т.е. государственный суд не имеет право пересматривать спор по существу².

Отечественное законодательство содержит определенные ограничения и критерии для характеристики спора как арбитрабельного. Так, спор должен проистекать из гражданско-правовых отношений, а также не попадать под прямой запрет закона, будь то запрет, который содержится в ст. 33 Арбитражно-процессуального кодекса Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (далее — АПК РФ) или ст. 22.1 Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (далее — ГПК РФ), а также в иных случаях, прямо предусмотренных законом.

В литературе возможность спора быть переданным на рассмотрение третейского суда называют объективной арбитрабельностью³. Отметим дополнительно, что у данного явления нет едино выработанного определения ни в законодательстве, ни в доктрине.

Существует и другой вид арбитрабельности — субъективная (возможность стороны быть участником арбитражного соглашения. Правда, никаких ограничений никаких ограничений для участия публично-правового образования для участия в арбитражном соглашении российское законодательство не содержит)⁴.

В целом такой подход к арбитрабельности соответствует международной практике и основаниями для отмены арбитражного решения могут быть как несоответствие прямому запрету в законе или несоответствие вынесен-

ного решения публичному порядку страны (Типовой закон ЮНСИТРАЛ⁵), такой подход содержится и в подп. 2 п. 2 ст. 239 АПК РФ и подп. 2 п. 1 ст. 421 ГПК РФ (в случае иностранных арбитражных решений).

Казалось бы, абсолютно очевидные правила арбитрабельности споров и оснований для сомнений нет и быть не может. Но высшие судебные инстанции (сначала Высший арбитражный суд Российской Федерации (далее — ВАС РФ)⁶, а затем и Верховный Суд Российской Федерации⁷ (далее — ВС РФ)) стали последовательно находить неарбитрабельность споров через призму наличия в них общественно значимых публичных элементов. В литературе данная концепция получила название концепции концентрации (концентрации) общественно-значимых публичных элементов⁸ (далее — Концепция). В литературе уже высказывалось мнение, что данная концепция начинает отмирать⁹. По-нашему же мнению, она находится лишь на стадии формирования. Окончательное свое оформление Концепция должна сначала получить на страницах теоретических исследований, а затем уже оформиться в законодательстве с дальнейшей корректировкой судебной практикой, если будет усматриваться ее рациональность. Попыткой найти рациональное зерно в Концепции и является настоящая статья.

В знаковом для всего третейского (арбитражного) сообщества России деле по вопросу арбитрабельности закупок отдельными категориями юридических лиц¹⁰ (Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 11 июля 2018 г. № 305-ЭС17-7240 по делу № А40-165680/2016, далее — Определение № 305-ЭС17-7240) наличествует не только явно выраженный практический характер (признание споров из таких контрактов арбитрабельными), но содержит в себе крайне интересный вывод с точки зрения теории: «Судебная власть вправе устанавливать баланс в отношениях в целях защиты публичного порядка при наличии соответствующего элемента публичного порядка. Такого элемента публичного порядка Российской Федерации, как неарбитрабельность споров, возникающих из отношений, регулируемых Федеральным законом № 223, не выявлено, а доказательств нарушения иных элементов публичного порядка, например, затрат бюджетных средств, заявитель в настоящем деле не представил». Следовательно, ВС РФ делает два крайне интересных базовых вывода: неарбитрабельность споров — элемент публичного порядка, иным элементом публичного порядка является затрата бюджетных средств.

При формировании Концепции Президиум ВАС РФ фактически ее сформулировал следующим образом¹¹: «Наличие в едином правоотношении такой концентрации общественно-значимых публичных элементов¹² не позволяет признать споры, возникающие по контрактам, спорами исключительно частного характера между частными лицами¹³, которые могут рассматриваться в частном порядке — третейскими судами». Именно возможность рассмотрения третейскими судами наталкивает нас на мысли об арбитрабельности, когда мы говорим о Концепции, так как под арбитрабельностью часто пони-

мают свойства спора, которое позволяет ему быть предметом третейского разбирательства¹⁴. Напрямую ВАС РФ об этом не говорит, но в свете Определения № 305-ЭС17-7240 данная Концепция становится, скорее, составляющей общего явления — публичного порядка.

Публичный порядок крайне сложное явление, но при этом в литературе, скорее, поддерживалось мнение, что арбитрабельность является составляющей частью публичного порядка¹⁵. Как верно отмечает С.В. Усоскин, публичному порядку не может противоречить сам факт рассмотрения третейским судом спора (в таком случае происходит подмена арбитрабельности), а может противоречить исполнению решения третейского суда¹⁶.

М.С. Калинин со ссылкой на Президиум ВАС РФ¹⁷ выделил основные факторы формирования концентрации общественно значимых публичных элементов (сторона по договору публичное лицо; наличие публичного интереса; финансирование из бюджета) и иные (императивный характер регулирования государственных закупок; невозможность третейского суда признать размещение заказа недействительным; непрозрачность арбитражного разбирательства, якобы противоречащая принципам отношений государственных закупок; менее формальный процесс доказывания; необходимость уплаты третейского сбора, потенциально повышающая издержки на ведение процесса в сравнении с размерами государственной пошлины)¹⁸. Считаем, что М.С. Калинин не до конца верно определены именно факторы, влияющие на формирование элементов, ибо основные факторы, указанные автором, являются, скорее, непосредственно общественно значимыми публичными элементами.

Публичные элементы в гражданско-правовых отношениях подвергались анализу в российской литературе¹⁹ и в качестве таковых принято выделять: лицензирование²⁰, государственную регистрацию прав на недвижимость²¹ и даже иностранного субъекта²². Конституционный Суд Российской Федерации признавал допустимым возникновение обязанности по государственной регистрации прав на недвижимость по решению третейского суда²³. Однако нет комплексного понимания что есть те «публичные ноты» в общей частноправовой картине и как они преобразуются под влиянием тех или иных обстоятельств, при которых формируется правоотношение, более того, доктринальные наработки не релевантны к позициям высших судов в части выделения подобных элементов.

Соответственно, Президиум ВАС РФ в ПП ВАС РФ № 11535/13 выделял следующие элементы:

- наличие публичного субъекта, т.е. спор не арбитрабелен, если стороной выступает публично-правовое образование. В данном случае речь идет фактически о субъективной арбитрабельности;
- публичный интерес является крайне абстрактной категорией, как и публичный порядок. Ограничение круга споров, возможных для передачи на рассмотрение третейского суда (арбитрабельность), имеет в качестве конечной цели защиту публичного интереса²⁴. В ПП ВАС РФ № 11535/13 также

указаны и публичные цели, однако рассмотрение публичных целей отдельно нецелесообразно ввиду того, что конечным итогом достижения публичных целей является публичный интерес;

- финансирование из государственного или муниципального бюджета: задействие напрямую или косвенно бюджетных средств.

ВС РФ к данным элементам еще добавил в Концепцию новый элемент — «имущество, находящееся в собственности публично-правовых образований»²⁵, т.е. государственную или муниципальную собственность, которая объединяется термином «публичное имущество». Ради справедливости отметим, что речь идет о «скрытой приватизации», т.е. когда собственность переходит из публичной в частную не по процедуре, предусмотренной Федеральным законом от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» (далее — Закон о приватизации). То есть наличие лишь такого элемента спор неарбитрабельным не сделает.

Соответственно, остановим внимание на данных элементах и рассмотрим каждый по отдельности.

Участие публично-правовых образований в третейском разбирательстве

Следует начать с допустимости участия публично-правовых образований в гражданско-правовых отношениях, такая возможность предусмотрена Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ), а именно ст. 124 ГК РФ, которая провозглашает, что участниками регулируемых гражданским законодательством отношений являются граждане и юридические лица. В регулируемых гражданским законодательством отношениях могут участвовать также Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования. Правовое положение государства и государственных (муниципальных) образований составляет важную роль учения о субъектах гражданского права, в которой тесно переплетены частно- и публично-правовые элементы²⁶.

В советское время признавалось, что наделение государственных органов правами юридического лица обуславливалось сохранением при социализме товарного производства со свойственным ему законом стоимости²⁷. В литературе советского периода участие государства в гражданско-правовых отношениях рассматривалось через призму гражданско-правовой ответственности (ее допустимости), например, в отношениях которых возникает проблема охраны природы²⁸. В.А. Мусин указывал как на одну из характеристик определения государственного юридического лица как участника гражданско-правовых отношений на наличие воли оно²⁹.

Из этого можно сделать вывод — учитывая, что арбитражное соглашение является гражданско-правовым договором, т.е. сделкой, и при наличии воли публично-правового образования третейская оговорка может быть включена в договор, а, значит, будет действительна. В этом плане не нарушается правоспособность публично-правового образования.

С другой стороны, обязательство по выполнению решения третейского суда у публично-правовых образований просто отсутствует. Если в законе не предусмотрена обязанность конкретных органов признавать решения третейского суда о признании, то эти решения «повиснут в воздухе», так как у решения третейского суда отсутствует свойство общеобязанности. Это частное решение, не являющееся актом правосудия³⁰.

Не вдаваясь в детали общей правоспособности государства как участника гражданско-правовых отношений, отметим, что может быть такая правоспособность либо общей (универсальной)³¹, либо специальной, т.е. напрямую закрепленной законом³². Есть мнение, что правоспособность государства может быть только целевой, т.е. государство может выполнять функции носителя публичной власти в интересах всего общества. Значит, вступая в гражданский оборот, государство должно следовать своему предназначению, которое установлено Конституцией Российской Федерации и иными законами³³.

Не существует единого подхода и к тому, что считать непосредственно участием государства в гражданско-правовых отношениях. Есть мнение, что государство напрямую не участвует, а участвует через отдельные хозяйственные организации³⁴. Считаем, что государство, будь то государственные органы или государственные корпорации, а также юридические лица, учреждаемые государством в широком смысле, могут выступать субъектами гражданско-правовых отношений, и такие отношения должны выстраиваться на ключевом принципе гражданского права — юридическом равенстве субъектов. Возможность включения третейской оговорки является одним из таких факторов, тогда как субъекты могут обращаться к так называемому частному правосудию и урегулировать свои споры таким образом. Отсутствие в законодательстве прямого запрета — подтверждение допустимости участия государства в третейском разбирательстве.

Элемент «бюджетные средства»

В литературе уже рассматривался вопрос влияния исполнения договора за счет бюджетных средств на третейское разбирательство³⁵, причем судебная практика говорит о том, что одна из сторон не обязательно должна быть публично-правовым образованием, достаточно наличие факта финансирования, чтобы указанные правоотношения были обременены данным элементом³⁶. С.В. Усокин через призму Определения № 305-ЭС17-7240 выделял два возможных понимания затрат бюджет средств, указывая, что:

1. Если в рамках договора расходуются средства, полученные из бюджета, то любое решение третейского суда противоречит публичному порядку.

2. Толкование заключается в том, что публичному порядку противоречит решение третейского суда, направленное на преступное завладение бюджетными средствами, например, в результате мошенничества (взыскание денежных средств за работы по подделанным документам, когда установлено, что работы не были выполнены)³⁷.

На наш взгляд, ситуация с вовлечением бюджетных средств зависит от возможной интерпретации одного из базовых принципов бюджетной системы РФ — принципа эффективности использования бюджетных средств. С этой точки зрения действительно можно поставить под сомнение участие публично-правового образования в третейском разбирательстве, так как затраты в рамках третейского разбирательства будут значительно выше затрат в рамках процесса в государственном суде. В данном случае можно говорить о «срабатывании страховочного механизма» неарбитрабельности спора — противоречии публичному порядку, которая пришла на смену «противоречию основополагающим принципам российского права». Не видим смысла освещать весь дискурс по данным «резиновым» категориям.

Элемент «публичный интерес» (публичные цели)

Публичные цели и публичный интерес довольно сложно разграничить. Публичные цели неизбежно скрывают за собой публичный интерес и наоборот.

Публичный интерес определен в большей степени, в отличие, например, от публичных целей. Публичный интерес фигурирует в п. 2 ст. 168 ГК РФ, при этом понятие публичного интереса не раскрывается, а подвергается толкованию лишь в судебной практике. Поэтому говорить об универсальном понятии публичного интереса, которое выработала судебная практика, не приходится. ВС РФ в Постановлении Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 (далее — Пленум № 25) крайне осторожно и расплывчато указал, что следует понимать под публичными интересами, точнив, в частности, что под публичными интересами следует понимать интересы неопределенного круга лиц, направленные на обеспечение безопасности жизни и здоровья граждан, а также обороны и безопасности государства, охраны окружающей природной среды³⁸. Оговорка «в частности» позволяет прибегать к широкому толкованию публичных интересов, проблемы определения границ публичных интересов остается актуальной, хотя нельзя сказать, что публичный интерес не был рассмотрен в дореволюционной литературе. Так, профессор Цитович, отмечая большую неопределенность общественного интереса или общественной пользы, указывал на то, что такая неопределенность проистекает из самого существа явления, и все, что может дать теория, это предостережь от слишком узкого понимания общественного интереса³⁹. А В.В. Ивановский определял публичный интерес как цели, признаваемые государством в качестве общего интереса⁴⁰.

Еще один важный тезис, который есть в п. 75 Пленума № 25, это то, что само по себе несоответствие сделки законодательству или нарушение ею прав публично-правового образования не свидетельствует о том, что публичные интересы нарушены. На наш взгляд, ВС РФ не ставит знак равенства между правами публично-правового образования и публичными интересами. Признавая тем самым публично-правовое образование самостоятельным

участником гражданско-правовых отношений, действующим в хозяйственных (квазичастных), а не публичных целях.

Теоретическое восприятие, наоборот, производит смешивание публично-го интереса и публичного порядка⁴¹.

В юридической науке наравне с делением права на частное и публичное, интерес также принято делить на частный и публичный, однако трансформация публичного интереса позволяет говорить о наличии третьей разновидности интереса — общественного интереса. Некоторые авторы определяют публичный интерес как общественный интерес, признанный государством и урегулированный (обеспеченный) правом⁴². Другие же говорят о том, что публичный интерес означает то, что служит общественным целям⁴³. Следует отметить, что публичный интерес не тождественен общественному, как не тождественна публичная (государственная) собственность общему (народному) достоянию, которое было в СССР⁴⁴. Соответственно, судя по тем формулировкам, которые использует ВС РФ и использовал ВАС РФ в решениях, напрямую связанных с Концепцией, можно говорить о том, что отождествляется публичный интерес и государственный (а также и муниципальный), так как рассматриваемые судами государственные закупки направлены не на общественные нужды, а на обеспечение государственных нужд и т.д. Безусловно, конечным бенефициаром всего является общество, но государство в данном случае действует, скорее, как собственник, а не публично-правовое образование, как обособленная единица, которая, пускай, и не является юридическим лицом, но преследует свои собственные цели для обеспечения собственных хозяйственных нужд. Каким образом, например, закупка канцелярии для государственного органа может посягать на публичный интерес, если спор из данного государственного контракта будет рассмотрен конфиденциально в третейском суде? Однако можно привести и противоположную точку зрения, согласно которой чрезмерное злоупотребление (закупка предметов роскоши) является общественной проблемой, а, значит, и публичный интерес (если под ним понимать общественный) явно затронут.

Публичный интерес призван, с одной стороны, обеспечивать устои общества и государства как условие их существования, с другой — гарантировать удовлетворение частных интересов в их единичном и концентрированном («усредненном») выражении⁴⁵. Тем не менее если говорить о третейском разбирательстве, то механизмом, обеспечивающим устои общества при принудительном исполнении арбитражного решения, должен являться публичный порядок. А. Белоглазев высказывал мнение, что публичный порядок — более узкая категория, чем публичный интерес⁴⁶. Публичный интерес должен защищаться напрямую в законодательстве императивной нормой⁴⁷. В данном случае неизбежно напрашивается вывод о том, что принципиально в публичный порядок не должен входить публичный интерес, и вообще публичный порядок, как отмечалось в литературе, должен быть основан на конституционных принципах⁴⁸ в таком случае, и Концепция не имеет право на существование.

Соответственно, публичный интерес как элемент Концепции не самостоятелен и является, скорее, «игрой с понятиями» и лишь условно может быть отнесен к публичному порядку⁴⁹.

Элемент «публичная собственность»

Не вдаваясь в подробности термина, в часть именно термина «публичная собственность», отметим, что вопросы публичной собственности являются одними из наиболее разработанных как в зарубежной, так и отечественной литературе. В любом случае собственность не является категорией сугубо юридической, а являет собой базис экономических отношений.

Выводимые из ч. 2 ст. 8, ч. 2 ст. 9 Конституции Российской Федерации и из ст. 212 ГК РФ формы собственности государственная и муниципальная могут быть объединены в единую — публичную собственность. Как отмечает А.В. Винницкий, родство государственной и муниципальной форм собственности подчеркивают представители и других наук, что дает основания рассматривать их в рамках единой публичной формы собственности и в этом плане противопоставлять частной форме собственности⁵⁰.

Ключевым уязвимым моментом применения использования такого элемента является то, что вовлекая публичное имущество в оборот в хозяйственных целях, публично-правовое образование действует как собственник и наравне с любым другим участником гражданско-правовых отношений (ст. 124 ГК РФ). Контраргументом может являться толкование подобных действий публично-правового образования как преследующих цель реализации полномочий, тогда как у собственника (частного субъекта) цель — реализации собственного интереса. На наш взгляд, такого рода контраргумент не ставит во главу угла результат, а являет собой некий процесс реализации полномочий, когда так любое действие, будь то реализация собственности или управление ею, имеет конечным своим результатам некую выгоду для публично-правового образования, выражающуюся в материальном эквиваленте. Конечно, можно говорить о том, что публичная собственность — это всенародное достояние и она должна охраняться по-особенному, можно и даже нужно, так есть собственность, которая может быть только у государства, но может передаваться, например, в рамках концессионных соглашений во владение и пользование частным субъектам. Но тем не менее, говоря про способы защиты, следует исходить из того, что п. 2 ст. 8 Конституции Российской Федерации закреплено, что частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности защищаются равным образом, а, значит, нет ограничений для применения третейского разбирательства в отношении публичной собственности в вопросах по его защите⁵¹.

Выводы

К сожалению, можно констатировать факт того, что наличие одного элемента достаточно для «срабатывания» Концепции в том виде, в котором она существует сейчас, за исключением элемента «публичная собственность»,

который «сработает» лишь при переходе права собственности в обход Закона о приватизации. На наш взгляд, если рассматривать возможность включения дополнительных оснований для отмены (хоть и в противоречии Нью-Йоркской конвенции 1958 г.) возможно и даже логично было бы с учетом следующих основных положений.

В рамках реформирования арбитража складывается система из небольшого количества постоянно действующих арбитражных учреждений (далее — ПДАУ). Логичным было бы «допустить» в сферу обремененных публичным элементом споров частноправовой способ разрешения путем споров путем создания специализированных ПДАУ. Например, специализирующихся на спорах из инвестиционных договоров с разными составами арбитров в зависимости от специфики инвестиционных отношений. Такие изменения должны были бы повлечь комплексное изменение законодательства, например, изменения в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части того, чтобы третейское разбирательство не противоречило бы принципу эффективности использования бюджетных средств, а также решение могло бы быть исполнено, не затрагивая «иммунитет бюджетов»⁵². Все-таки от гражданско-правовых отношений государству не скрыться.

Судами не были даны соответствующие пояснения о том, что же такое «публичный элемент» и каким образом накопление (из обывательской логики как минимум двух) публичных элементов должно влиять на арбитрабельность спора и, как следствие, на выдачу исполнительного листа. Подобный подход был рассмотрен в рамках дел, которые были связаны с государственными закупками⁵³ и закупками отдельных категорий юридических лиц⁵⁴. По итогу государственные контракты признаны «условно неарбитрабельными», т.е. будут неарбитрабельны до момента создания ПДАУ, которое будет специализироваться на такого рода спорах, а споры из отношений по поводу закупок отдельных юридических лиц признаны полностью арбитрабельными.

Следует также отметить наметившуюся тенденцию в отношении споров с публичным элементом. В случае, когда арбитрабельность, по сути, не явилась неким «защитным ограждением» от рассмотрения спора с публичным элементом, ее заменю становится другая категория — публичный порядок.

Подводя итог, сделаем вывод, что наличие обременения публичным элементом не влияет на арбитрабельность спора, если разрешение его путем арбитража напрямую не противоречит закону. Однако законодателю следует задуматься о воплощении в нормативную базу концепции «накопления (концентрации) общественно значимых публичных элементов» ввиду необходимости пресечения дальнейшей противоречивой судебной практики.

Еремин В.В.,

аспирант кафедры коммерческого права
юридического факультета

Санкт-Петербургского государственного университета
(г. Санкт-Петербург)

Литература

1. Абова Т.Е. Избранные труды / Т.Е. Абова. Москва : Статут, 2007.
2. Белоглаvek А.И. Защита прав потребителей в арбитраже / А.И. Белоглаvek ; научный редактор, перевод Т.В. Фиников, И.А. Диковская. Киев : Таксон, 2012.
3. Брагинский М.И. Гражданская правосубъектность Союза ССР и союзных республик / М.И. Брагинский // Правоведение. 1963. № 1.
4. Бушев А.Ю. Европейский Суд по права человека и Конституционный Суд РФ: сотрудничество и границы взаимного контроля / А.Ю. Бушев // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам / председатель редакционного совета А.И. Ковлер. Москва : Статут, 2016. Вып. 2: «Автономное толкование» Конвенции и «судейский активизм».
5. Винницкий А.В. Публичная собственность / А.В. Винницкий. Москва : Статут, 2013.
6. Виноградов В.А. Некоторые вопросы отражения публичного интереса в решениях Конституционного Суда Российской Федерации / В.А. Виноградов // Интерес в публичном и частном праве. Москва : Изд-во ВШЭ-ГУ, 2002.
7. Гаджиев Г.А. Предприниматель-налогоплательщик — государственно-правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации : учебное пособие для студентов вузов / Г.А. Гаджиев, С.Г. Пепеляев. Москва : Изд. дом ФБК-ПРЕСС, 1998.
8. Гражданское право. В 3 томах. Т. 1 : учебник для вузов / Ю.К. Толстой. 7-е изд., перераб. и доп. Москва : Проспект, 2011.
9. Договорное право. В 5 книгах. Кн. 1. Общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. 2-е изд., стер. Москва : Статут, 2011.
10. Ивановский В.В. Вопросы государственного управления, социологии и политики / В.В. Ивановский. Казань : Типо-лит. Имп. ун-та, 1899.
11. Калинин М.С. Арбитрабельность споров в свете российской концепции «концентрации общественно значимых публичных элементов» / М.С. Калинин // Новые горизонты международного арбитража : сборник статей / под редакцией А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. Москва : Наука права, 2018. Вып. 4.
12. Косарев Е.С. ВС РФ взял курс на арбитрабельность / Е.С. Косарев, С.Д. Иванов // Третейский суд. 2018. № 3/4.
13. Кряжков А.В. Публичный интерес: понятие, виды и защита / А.В. Кряжков // Государство и право. 1999. № 10.
14. Курочкин С.А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж / С.А. Курочкин. Москва : Статут, 2017.
15. Минина А.И. Объективная арбитрабельность в законодательстве, доктрине и арбитражной практике России / А.И. Минина // Актуальные проблемы российского права 2014. № 1.
16. Минина А.И. Понятие и содержание субъективной арбитрабельности / А.И. Минина // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 6.
17. Мусин В.А. Волевые акты государственных предприятий и проблема сущности юридического лица / В.А. Мусин // Правоведение. 1963. № 1.
18. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. 7-е изд., стер. Москва : Статут, 2016.
19. Пятков Д.В. О гражданской правосубъектности Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований / Д.В. Пятков // Журнал российского права. 1999. № 10.
20. Советское гражданское право : учебник для юридических институтов и факультетов / под редакцией О.С. Иоффе, Ю.К. Толстого, Б.Б. Черепахина. Т. 1 / О.С. Иоффе, В.А. Мусин, Е.А. Поссе [и др.]. Ленинград : Изд-во ЛГУ, 1971.
21. Усоскин С.В. Арбитрабельность споров из договоров, заключаемых в рамках специальных процедур закупки (Закон № 223-ФЗ): шаг вперед и прыжок назад. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 11.07.2018 № 305-ЭС17-7240 / С.В. Усоскин // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 12.
22. Цитович Н.М. Принудительное отчуждение и аграрный вопрос / Н.М. Цитович. Киев : Тип. Императорского ун-та Св. Владимира Акц. О-ва печ. и изд. дела Н.Т. Корчак-Новицкого, 1907.

References

1. Fouchard Ph. Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). Hague ; London ; NY : Kluwer Law International, 1999.

- 1 Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 г. № 10-П; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 5 февраля 2015 г. № 233-О; Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 11 июля 2018 г. № 305-ЭС17-7240 по делу № А40-165680/2016 // СПС «КонсультантПлюс».
- 2 Например, Верховный Суд Российской Федерации в п. 18 Обзора практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 26.12.2018) указывает напрямую, что судом первой инстанции был допущен пересмотр решения по существу.
- 3 Минина А.И. Объективная арбитрабельность в законодательстве, доктрине и арбитражной практике России // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 1. С. 116.
- 4 Минина А.И. Понятие и содержание субъективной арбитрабельности // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 6. С. 1241.
- 5 Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (принят в г. Нью-Йорке 21.06.1985 на 18-й сессии ЮНСИТРАЛ) // СПС «КонсультантПлюс».
- 6 См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 января 2014 г. № 11535/13 по делу № А40-148581/12 // СПС «КонсультантПлюс».
- 7 См.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 3 марта 2015 г. по делу № 305-ЭС14-4115, А41-60951/13, от 28 февраля 2017 г. № 305-ЭС17-5 по делу № А40-2650/2016 // СПС «КонсультантПлюс».
- 8 Калинин М.С. Арбитрабельность споров в свете российской концепции «концентрации общественно значимых публичных элементов» // Новые горизонты международного арбитража : сб. ст. Вып. 4. / под науч. ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. М. : Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права. 2018 С. 74–75.
- 9 Косарев Е.С., Иванов С.Д. ВС РФ взял курс на арбитрабельность // Третейский суд. 2018. № 3/4. С. 132.
- 10 Речь идет о закупках в рамках Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Федеральный закон № 223).
- 11 Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 января 2014 г. № 11535/13 по делу № А40-148581/12, А40-160147/12 // СПС «КонсультантПлюс» (далее — ПП ВАС РФ № 11535/13).
- 12 В данном случае имеются в виду следующие публичные элементы: контракты имеют публичную основу, преследуют публичный интерес и направлены на достижение результата, необходимого в публичных целях для удовлетворения публичных нужд, достигаемых за счет траты бюджетных средств.
- 13 ВАС РФ фактически указывает на субъективную арбитрабельность, выводя из круга субъектов третейского разбирательства публично-правовые образования.
- 14 Арбитраж (третейское разбирательство) в Российской Федерации : учебник для бакалавриата и магистратуры / О.Ю. Скворцов. М. : Юрайт, 2017. С. 118.
- 15 См.: Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). The Hague ; L. ; NY : Kluwer Law International, 1999. P. 317. Правда, следует сделать оговорку, что в тексте данного источника речь идет о международном коммерческом арбитраже, а в случае Концепции мы имеем дело с так называемым «внутренним публичным порядком».
- 16 Уоскин С.В. Арбитрабельность споров из договоров, заключаемых в рамках специальных процедур закупки (Закон № 223-ФЗ): шаг вперед и прыжок назад. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 11.07.2018 № 305-ЭС17-7240 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 12. С. 24.
- 17 Имеется в виду ПП ВАС РФ № 11535/13.

- ¹⁸ Калинин М.С. Указ. соч. С. 76–77.
- ¹⁹ См.: Скворцов О.Ю. Публичный элемент в споре и арбитрабельность // Третейский суд. 2014. № 4. С. 80–83.
- ²⁰ См.: Лескова Ю.Г. Концептуальные и правовые основы саморегулирования предпринимательских отношений. М. : Статут, 2013. 384 с.
- ²¹ См.: Кириченко Ю.Н. Сравнительный анализ правовых основ аренды земельных участков в России и Германии // Юридический мир. 2015. № 12. С. 64–68.
- ²² См.: Тагашева О.В. Комментарий к Федеральному закону от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс».
- ²³ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 г. № 10-П // СПС «КонсультантПлюс».
- ²⁴ Курочкин С.А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. М. : Статут, 2017. С. 146.
- ²⁵ Пункт 14 Обзора практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26.12.2018) // СПС «КонсультантПлюс».
- ²⁶ Гражданское право : в 3-х т. : учебник для вузов ; рекомендовано Мин. образования / СПб. гос. ун-т; ред. Ю.К. Толстой. М. : Проспект, 2011. Т. 1. 7-е изд., перераб. и доп. С. 214.
- ²⁷ Советское гражданское право / под ред. О.С. Иоффе, Ю.К. Толстого, Б.Б. Черепахина. Ленинград : Изд-во ЛГУ, 1971. Т. 1. С. 113.
- ²⁸ Брагинский М.И. Гражданская правосубъектность Союза ССР и союзных республик // Правоведение. 1963. № 1 С. 49–59.
- ²⁹ Мусин В.А. Волевые акты государственных предприятий и проблема сущности юридического лица // Правоведение. 1963. № 1. С. 69.
- ³⁰ Абова Т.Е. Избранные труды. М. :Статут, 2007. С. 953.
- ³¹ Договорное право. Книга 1. Общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. М.: Статут, 2011. С. 288.
- ³² Гаджиев Г.А., Пепеляев С.Г. Предприниматель-налогоплательщик — государственно-правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации. М., 1998. С. 46.
- ³³ Гражданское право : в 3-х т. : учебник для вузов. Т. 1. С. 226.
- ³⁴ Пятков Д.В. О гражданской правосубъектности Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований // Журнал российского права. 1999. № 10. С. 78–80.
- ³⁵ Например, см.: Еремин В.В. Составляющие публичного порядка как основание для отмены арбитражного решения и «скрытая приватизация» как основание для неарбитрабельности спора // Третейский суд. 2019. № 1-2. С. 117–118; Косарев Е.С., Иванов С.Д. ВС РФ взял курс на арбитрабельность // Третейский суд. 2018. № 3/4. С. 131–132.
- ³⁶ Например, в Определении Верховного Суда Российской Федерации от 18 марта 2019 г. № 305-ЭС18-21635 по делу № А40-75603/2017 был не подтвержден факт вовлечения бюджетных средств, и ВС РФ пришел к выводу, что таким образом решение третейского суда не противоречит публичному порядку.
- ³⁷ Усоскин С.В. Указ. соч. С. 25–26.
- ³⁸ Пункт 75 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. №2 5 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».
- ³⁹ Цитович Н.М. Принудительное отчуждение и аграрный вопрос. Киев : Типография Императорского ун-та Св. Владимира Акц. О-ва печ. и изд. дела Н.Т. Корчак-Новицкого, 1907. С. 18–19.
- ⁴⁰ Ивановский В.В. Вопросы государственного управления, социологии и политики. Казань : Типо-лит. Имп. ун-та, 1899. С. 105.
- ⁴¹ Белоглавок А.И. Защита прав потребителей в арбитраже. Киев : Таксон, 2012. С. 44.
- ⁴² Кражков А.В. Публичный интерес: понятие, виды и защита // Государство и право. 1999. № 10. С. 92.

- ⁴³ Виноградов В.А. Некоторые вопросы отражения публичного интереса в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // *Интерес в публичном и частном праве*. М., 2002. С. 44.
- ⁴⁴ См.: Иванов А.А. Общее (народное) достояние и право государственной собственности // *Правоведение*. 1990. № 5. С. 12–23.
- ⁴⁵ Тихомиров Ю.А. Право и публичный интерес // *Законодательство и экономика*. 2002. № 3 (212). С. 4.
- ⁴⁶ Белоглазек А.И. Указ. соч. С. 44.
- ⁴⁷ Там же. С. 46.
- ⁴⁸ Бушев А.Ю. Европейский Суд по права человека и Конституционный Суд РФ: сотрудничество и границы взаимного контроля // *Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека (Russian yearbook of the European convention on human rights)*. М., 2016. Вып. 2: «Автономное толкование» Конвенции и «судейский активизм». С. 77.
- ⁴⁹ Вопросы публичного порядка, который изначально является категорией международного частного права, подробно изложены как в трудах дореволюционных ученых, так и в современных работах. См.: Брун М.И. *Публичный порядок в международном частном праве*. Пг. : Сенатская типография, 1916. 97 с.; Крохалев С.В. *Категория публичного порядка в международном гражданском процессе*. СПб. : Изд. дом СПб. гос. Ун-та ; Изд-во юрид. фак-та СПб. гос. ун-та, 2006. 472 с.; Монастырский Э.Ю. *Понятие «orde public» в международном частном праве* // *Российский ежегодник международного права*. 1996–1997. СПб., 1998. С. 161–176.
- ⁵⁰ Винницкий А.В. *Публичная собственность*. М. : Статут, 2013. С. 85.
- ⁵¹ Единственным исключением можно назвать вопрос об арбитрабельности споров, связанных с приватизационными отношениями, такой запрет напрямую установлен в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации.
- ⁵² Пункт 1 ст. 239 Бюджетного кодекса Российской Федерации предусмотрено, что взыскание бюджетных средств может быть произведено только на основании судебного решения, коим решения третейского суда являться не будет.
- ⁵³ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 января 2014 г. № 11535/13 по делу № А40-148581/12 // СПС «КонсультантПлюс».
- ⁵⁴ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 11 июля 2018 г. № 305-ЭС17-7240 по делу № А40-165680/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

Конституционно-правовое регулирование конкуренции в современных условиях

Конституционно-правовое регулирование конкуренции в последнее время приобретает все большую актуальность. Во многом это связано с развитием мировой конкуренции на товарных рынках и экономической безопасностью государств. «Торговые войны» и экономические санкции зачастую являются рычагом экономического и политического воздействия на внешнюю и внутреннюю политику государств. К сожалению, правила Всемирной торговой организации в современных условиях не могут оказать действенного регулирующего воздействия на формирование законных, честных и справедливых методов экономической конкуренции между государствами. В связи с этим возникает необходимость обеспечить безопасность внутреннего рынка и развитие отечественной экономики, и одну из ведущих ролей в этом процессе играет конституционно-правовое регулирование конкуренции.

Конституционно-правовое регулирование конкуренции состоит из нескольких составляющих: конституционно-правовых основ конкуренции и конституционного права на конкуренцию.

Конституционно-правовые основы конкуренции — совокупность конституционно-правовых норм, содержащихся в конституции государства и иных источниках конституционного права (конституционных актах государства и его регионов), регулирующих общественные отношения, связанные с защитой и развитием конкуренции, в рамках которых реализуется конституционное право на конкуренцию¹.

Конституционное право на конкуренцию представляет собой субъективное конституционное право хозяйствующих субъектов на самостоятельное и равное соперничество с другими хозяйствующими субъектами, недискриминационный и свободный доступ на рынок и добровольный выход с него, реализующееся в рамках конституционных правоотношений, имеющее целью для субъектов — носителей этого права (хозяйствующих субъектов) приобретение конкурентных преимуществ, в результате чего происходит удовлетворение спроса населения в качественных товарах (работах, услугах), а также эффективное развитие экономики². Данные конституционные правоотношения складываются между хозяйствующими субъектами и государством.

Отметим, что в отечественной юриспруденции конституционное право на конкуренцию до сих пор отдельно не выделялось в качестве самостоятельного конституционного права. Между тем имеются основания для его самостоятельного рассмотрения, поскольку последнее как субъективное право является, наряду с конституционно-правовыми основами, важным элементом конституционно-правового регулирования конкуренции в Российской Федерации.

Содержание субъективного права, в том числе и конституционного права на конкуренцию, определяется объективным правом и выражает реальное действие правовых норм. В этой связи важно отметить нормативную основу, на которой базируется конституционное право на конкуренцию. Это, прежде всего, один из важнейших конституционных принципов рыночной экономики, закрепленный в ч. 1 ст. 8 гл. 1 «Основы конституционного строя» Конституции Российской Федерации, — поддержки конкуренции³. К тому же согласно ч. 2 ст. 34 Конституции Российской Федерации в стране установлен конституционный запрет на недопущение экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Конституционно-правовые основы зарубежных государств также содержат нормы о конкуренции. Так, например, данные нормы содержатся в п. 16 абз. 1 ст. 74 Основного закона ФРГ от 23 мая 1949 г.⁴, п. «е» ч. 2 ст. 117 Конституции Италии от 27 декабря 1947 г.⁵, ч. 2 ст. 128 Конституции Испании от 27 декабря 1978 г.⁶ и др.

Кроме того, несмотря на различное территориально-государственное устройство, конституции (уставы, статуты) регионов данных стран содержат положения о конкуренции. Так, например, в Российской Федерации они закреплены в ст. 11, 95 Устава Свердловской области от 23 декабря 2010 г.⁷; в ФРГ — в ст. 156 Конституции земли Бавария от 26 октября 1946 г.⁸, в Италии — в п. «т» ч. 4 ст. 2 Статута области Ломбардия от 30 августа 2008 г.⁹, в Испании — в ст. 154 Статута автономного сообщества Каталония от 19 июля 2006 г.¹⁰ и т.д.

Отметим, что наличие единого экономического пространства и свободно-го перемещения товаров (работ, услуг) внутри государства диктуют необходимость регулирования конкуренции не только на уровне государства, но и на уровне его регионов. Разное экономическое развитие регионов также определяет необходимость закрепления положений о конкуренции в конституциях (уставах, статутах) всех без исключения регионов.

Раскрывая содержание конституционного права на конкуренцию на основе действующей нормативной базы, приведем высказывание Б.С. Эбзеева о том, что запреты есть, по существу, негативные способы закрепления прав человека и гражданина¹¹. Конституционное право на конкуренцию представляет собой содержательную составляющую конституционно-правового регулирования конкуренции, однако, прямо в Конституции Российской Федерации не сформулировано, а вытекает из положений ч. 1 ст. 8 и ч. 2 ст. 34 Конституции Российской Федерации¹².

Конституционные права определяют содержание конституционных отношений между субъектом права (в нашем случае хозяйствующие субъекты (индивидуальные предприниматели, организации и предприятия различных форм собственности) и государством, в которых конституционным правам первых корреспондируют соответствующие обязанности последнего.

Как справедливо отмечает Л.Д. Воеводин, обязанности государства выражаются в гарантиях и заключаются в осуществлении деятельности, направленной на обеспечение реализации конституционных прав¹³. По нашему мнению, к гарантиям реализации конституционного права на конкуренцию относятся: материальные (например, деятельность государства по финансовой поддержке субъектов малого и среднего предпринимательства, финансовой поддержке импортозамещения различных видов товаров в Российской Федерации и т.д.), организационные (система органов, обеспечивающих защиту и развитие конкуренции: Федеральная антимонопольная служба Российской Федерации, Министерство экономического развития Российской Федерации, Министерство промышленности и торговли Российской Федерации и др.) и юридические (конституционно-правовые основы конкуренции: Конституция Российской Федерации, Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», указы Президента Российской Федерации, постановления Правительства Российской Федерации и др.).

Основным нормативно-правовым актом, развивающим положения Конституции Российской Федерации в сфере конкуренции, является Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», реализацией положений которого в нашей стране занимается Федеральная антимонопольная служба России и ее территориальные органы. Как справедливо отметил Конституционный Суд Российской Федерации, федеральный законодатель, регулируя вопросы экономической деятельности, «во всяком случае связан... обязанностью не допускать экономическую деятельность, направленную на монополизацию и недобросовестную конкуренцию»¹⁴. В Постановлении от 13 февраля 2018 г. № 8-П Конституционный Суд Российской Федерации обратил особое внимание на необходимость поддержания конкурентной экономической среды¹⁵.

Одним из ключевых нормативно-правовых актов, регулирующих вопросы развития конкуренции, является Указ Президента Российской Федерации от 21 декабря 2017 г. № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции»¹⁶, который определил ключевые направления развития конкуренции на ближайшие годы.

В настоящее время развитие конкуренции идет не только на федеральном уровне (План мероприятий («дорожная карта») по развитию конкуренции в отраслях экономики Российской Федерации и переходу отдельных сфер естественных монополий из состояния естественной монополии в состояние конкурентного рынка на 2018–2020 годы (утв. Распоряжением Правительства Российской Федерации от 16 августа 2018 г. № 1697-р)¹⁷), но и на региональном уровне (Стандарт развития конкуренции в субъектах Российской Федерации, утв. Распоряжением Правительства Российской Федерации от 5 сентября 2015 г. № 1738-р¹⁸, а также стандарты развития конкуренции субъектов федерации).

Таким образом, можно сказать, что в Российской Федерации складывается целая система законодательства о защите и законодательства о развитии конкуренции.

Основными проблемами в сфере развития конкуренции в настоящее время являются:

- 1) повышение качества товаров (работ, услуг) отечественных товаров;
- 2) повышение конкурентоспособности российских предприятий на мировом рынке;
- 3) развитие высокотехнологичных производств и привлечение инвестиций в отечественную экономику;
- 4) развитие торговли на цифровых торговых площадках;
- 5) развитие малого и среднего предпринимательства;
- 6) снижение социальной напряженности в обществе;
- 7) обеспечение экономической безопасности Российской Федерации.

В современных условиях одной из важнейших сфер развития экономики является информационная среда, а конституционно-правовое регулирование конкуренции в условиях цифровой экономики приобретает особое значение. Развитие информационного общества, социальных сетей, мессенджеров, доступность для потребителей приобретения товаров (работ, услуг) через Интернет, создание цифровых платформ для торговли (Amazon, AliExpress, Ozon, Booking и др.), в том числе товарами, бывшими в употреблении (Auto.ru, Avito, «Юла» и др.) диктуют создание новых форм и методов регулирования торговли в современных цифровых условиях, в том числе с помощью законодательства о конкуренции¹⁹.

Отметим, что сфера торговли в современных цифровых условиях не может обойтись без правового регулирования. Для полноценной и качественной реализации и защиты прав хозяйствующих субъектов и потребителей необходимо не только гражданско-правовое регулирование, основанное на нормах гражданского законодательства, но и правовое регулирование конкуренции в данной сфере, базирующееся на конституционно-правовых нормах. В частности, возникает необходимость в совершенствовании действующего законодательства о защите конкуренции и законодательства о развитии конкуренции. Необходимо не только совершенствовать Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», но и — законодательство о развитии конкуренции, которое в настоящее время в основном состоит из указов Президента Российской Федерации и постановлений Правительства Российской Федерации.

Полагаем, что в целях повышения значимости правового регулирования развития конкуренции и выполнения задач по ее развитию необходимо принятие Федерального закона «О развитии конкуренции», который бы систематизировал и закрепил на законодательном уровне базовые принципы развития конкуренции, основные направления развития конкуренции, мероприятия по развитию конкуренции на долгосрочную перспективу, полномочия органов государственной власти Российской Федерации, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления в сфере развития конкуренции.

Несмотря на то, что понятийный аппарат защиты и развития конкуренции во многом схож, есть определенные различия в направлениях государственно-правового регулирования конкуренции. Защита конкуренции, прежде всего, направлена на защиту общественных отношений, связанных с недопустимостью монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, а развитие конкуренции — на принятие комплексных мер по развитию конкуренции в различных отраслях промышленности²⁰.

Все это способствовало бы комплексному правовому регулированию конкуренции в нашей стране, а в конечном итоге — развитию отечественной экономики и экономической безопасности Российской Федерации.

Таким образом, можно прийти к выводам о том, что конституционно-правовое регулирование является базовым для отраслевого регулирования конкуренции. Конституционно-правовое регулирование состоит из конституционно-правовых основ и конституционного права на конкуренцию. В современных условиях необходимо совершенствование не только законодательства о защите конкуренции, но и принятие новых нормативно-правовых актов в сфере развития конкуренции для полноценной реализации и защиты прав хозяйствующих субъектов и потребителей в экономической сфере, выполнения общегосударственных задач по развитию и защите конкуренции, а также для эффективной экономической безопасности Российской Федерации.

Сухоруков А.С.,

доцент кафедры конституционного права

Уральского государственного юридического университета

(УрГЮУ),

кандидат юридических наук

(г. Екатеринбург)

Литература

1. Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху : Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции : монография / под редакцией А.Ю. Цариковского, А.Ю. Иванова и Е.А. Войниканис. Москва : Изд. дом Высшей школы экономики, 2018.
2. Варламова А.Н. Конкурентное право России / А.Н. Варламова. Москва : Зерцало-М, 2008.
3. Воеводин Л.Д. Конституционные права и обязанности советских граждан / Л.Д. Воеводин. Москва : Изд-во МГУ, 1972.
4. Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России : учебное пособие / Л.Д. Воеводин. Москва : Изд-во МГУ ; НОРМА ; ИНФРА-М, 1997.
5. Портер М. Международная конкуренция: Конкурентные преимущества стран / М. Портер. Москва : Альпина Паблишер, 2018.
6. Сухоруков А.С. Конституционное право на конкуренцию / А.С. Сухоруков // Права человека: регулирование, реализация, защита : материалы конференции (14 декабря 2007 г.) : сборник научных статей. Екатеринбург : Филантроп, 2008.
7. Сухоруков А.С. Конституционно-правовое регулирование конкуренции в Российской Федерации : монография / А.С. Сухоруков. Москва : Юрлитинформ, 2013.
8. Эбзеев Б.С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности / Б.С. Эбзеев. Москва : Норма, 2007.

- ¹ Сухоруков А.С. Конституционно-правовое регулирование конкуренции в Российской Федерации : монография. М. : Юрлитинформ, 2013. С. 20; Сухоруков А.С. Конституционное право на конкуренцию // Права человека: регулирование, реализация, защита : материалы конференции (14 декабря 2007 г.). Екатеринбург : Филантроп, 2008. С. 268–272.
- ² Сухоруков А.С. Конституционно-правовое регулирование конкуренции в Российской Федерации : монография. С. 102.
- ³ СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.
- ⁴ URL: <http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg/245216>
- ⁵ URL: http://en.camera.it/application/xmanager/projects/camera_eng/file/costituzione_EN_dicembre2014.pdf
- ⁶ URL: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/c78/cons_ingl.pdf
- ⁷ URL: <http://www.midural.ru/ufiles/105-oz.pdf>
- ⁸ URL: http://www.bayern.landtag.de/cps/rde/xbcr/landtag/dateien/Bavarian_Const_2003_BF.pdf
- ⁹ URL: http://www.consiglio.regione.lombardia.it/c/document_library/get_file?uuid=f3d55eed-f97c-47e6-b680-8a328ddee5be&groupId=38960
- ¹⁰ URL: http://www.congreso.es/consti/estatutos/ind_estatutos.jsp?com=67
- ¹¹ См.: Эбзеев Б.С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности. М. : Норма, 2007. С. 252.
- ¹² О конституционных правах, прямо не сформулированных в Конституции РФ см.: Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России : учебное пособие. М. : Изд-во МГУ ; ИГ «ИНФРА-М — НОРМА», 1997. С. 184.
- ¹³ Воеводин Л.Д. Конституционные права и обязанности советских граждан. М., 1972. С. 101–102.
- ¹⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 31 мая 2005 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности Федерального закона «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» в связи с запросами Государственного Собрания — Эл Курултай Республики Алтай, Волгоградской областной Думы, группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина С.Н. Шевцова» // СЗ РФ. 2005. № 23. Ст. 2311.
- ¹⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 февраля 2018 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 1252, статьи 1487 и пунктов 1, 2 и 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «ПАГ» // СЗ РФ. 2018. № 9. Ст. 1435.
- ¹⁶ СЗ РФ. 2017. № 52 (ч. 1). Ст. 8111.
- ¹⁷ СЗ РФ. 2018. № 36. Ст. 5655.
- ¹⁸ СЗ РФ. 2015. № 37. Ст. 5176.
- ¹⁹ В частности, о проблемах правового регулирования конкуренции в цифровых условиях см.: Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху: Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции : монография / Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики» ; ФАС России ; под. ред. А.Ю. Цариковского, А.Ю. Иванова и Е.А. Войниканис. М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2018.
- ²⁰ Например, А.Н. Варламова выделяет ограничительные, стимулирующие и специальные меры конкурентного законодательства: Варламова А.Н. Конкурентное право России. М. : ИКД «Зерцало-М», 2008. С. 77–90. М. Портер особое внимание обращает на развитие конкуренции как одного из важнейших факторов развития экономики государства: Портер М. Международная конкуренция: Конкурентные преимущества стран. М. : Альпина Паблишер, 2018. С. 610–643.

Преимущество публично-правовых начал в отрасли трудового права России

Концепция деления отраслей права на публичное и частное насчитывает около двух тысяч лет истории. Получив зарождение в трудах римских юристов, в XX в. она получила детальную разработку в российском и мировом правоведении. Соответствующий научный поиск продолжается и в современности. Спорным аспектом является основание теории публичного права, так как базовым типологическим критерием предлагаются различные явления¹. В рамках настоящей работы воспринят суммативный подход, согласно которому чертами публично-правовых образований признаются: «1) императивность норм; 2) ориентация на удовлетворение публичных, общественных интересов; 3) иерархические отношения субъектов публичных отношений; 4) одностороннее волеизъявление субъектов; 5) широкая сфера усмотрения государственных органов и должностных лиц; 6) санкции преимущественно штрафного (карательного) характера; 7) большая степень централизованного урегулирования»².

В науке трудового права распространено представление о преимущественно частноправовом характере трудового права³ либо его дуалистических частно-публичных чертах⁴. Вопреки устоявшимся взглядам, видится обоснованным признать преимущественно публично-правовую природу отрасли российского трудового права. Такова сущность преобладающего объема юридических норм о труде на федеральном, региональном и муниципальном уровнях регулирования. Назначение предписаний такого рода — в разграничении интересов работника и работодателя с позиций нужд общества и государства. Возможность самоопределения для субъектов трудового правоотношения существенно ограничена. Так, законодатель полностью изымает из самостоятельного упорядочения сторонами трудового договора систему отношений, указанную в ст. 6 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ). Даже в максимально децентрализованных институтах рабочего времени, времени отдыха или оплаты труда мера самостоятельности участников отношений в серьезной степени лимитирована. Российский законодатель во многом пренебрегает волеизъявлением субъектов и реализует патерналистский авторитарный подход.

Можно говорить о наличии устойчивой административистской парадигмы правового регулирования отношений в сфере труда в период с 1917 г. по настоящее время. Ее генезис относится к ранним годам советской власти. Именно тогда сформировались начала самобытной, исторически устойчивой советской модели трудового права. Факторами советского публично-правового акцента в сфере труда стали: а) концепция публичности всего советского права как исходящего от социалистического общества; б) идеология верховенства

общественных интересов над частными; в) невозможность исключения трудово-правовых норм из логики иных отраслей советского права; г) необходимость прямой управляемости производительных отношений в хозяйственной системе СССР.

Верховенство публично-правовых начал трудового права проявляется в противоречиях понятийного аппарата. Так, заимствуя гражданско-правовую конструкцию обязательных условий трудового договора, законодательство о труде лишает термин его содержания. Последствия невключения обязательных условий в трудовой договор отсутствуют. Трудовой договор принципиально не может быть признан недействительным при отсутствии одного или нескольких условий, которые названы в ст. 57 ТК РФ «обязательными». Более того, на действительность соглашения о труде не влияет полное отсутствие документального оформления.

С точки зрения частного права лишается смысла и норма ст. 68 ТК РФ, по которой «прием на работу оформляется приказом (распоряжением) работодателя». Приказ не имеет правоустанавливающего значения, весьма слабо отвечает потребностям работодателя или работника, а единственным юридическим значением предполагает возможность применения ст. 5.27 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации в случае несоблюдения правила. Сущность этого документа, как и некоторых других в трудовом праве, — административистская, расширяющая потенциал государственного управления, надзора, контроля, наказания.

Публично-правовой характер трудового права следует из массы предписаний, не имеющих регулятивного смысла, пренебрегающих нуждами работника и работодателя, но преследующих контрольно-организационные цели. Таково правило, ограничивающее работу по совместительству четырьмя часами в день (ст. 284 ТК РФ), норма об издании приказа при приеме на работу (ст. 68 ТК РФ).

Характерно толкование дискриминации в сфере труда, закрепленное в ст. 3 ТК РФ. Дискриминацией признается не содержательное ограничение трудовых прав лица, а ограничение прав, предусмотренное федеральным законом. Показателен и широкий список исключений, узаконивающих нарушение интересов индивида, если это делается «в целях обеспечения национальной безопасности... и в целях решения иных задач внутренней и внешней политики государства». Структура ст. 3 ТК РФ в целом построена по логике восхождения от трудово-правовой нормы ч. 1, к приоритетным административно-правовым предписаниям ч. 2 и 3.

Частноправовое исключение в системе трудового права образуют локальная и социально-партнерская регламентация отношений по труду. Однако и их можно признать феноменом цивилистики с известными оговорками. Так, ст. 178 ТК РФ предписывает устанавливать повышенное выходное пособие исключительно коллективным договором и трудовым договором. Как специальная норма данный запрет превалирует над правилом ст. 9 ТК РФ

об улучшении положения работника. При этом запрет на установление выходного пособия в иных локальных нормативных или индивидуальных актах трудно понять.

В русле публично-правовой парадигмы трудового права лежит судебная и управленческая практика. Таково, например, решение о применении отечественного законодательства к лицам, выполняющим работу за рубежом. В силу ст. 13 ТК РФ нормативные акты о труде действуют на территории Российской Федерации. Между тем судами со ссылкой на «системное толкование» норм ТК РФ принимается решение о применении российского законодательства (Кассационное определение Орловского областного суда от 17 августа 2011 г. №33-1214) при выполнении работы за границей.

Применение иных критериев публичного права, помимо ориентации на удовлетворение общественных интересов, также служит аргументом публично-правовой природы отрасли трудового права. Так, преобладающий объем норм ТК РФ — запреты и обязывания. Даже в достаточно «либеральном» институте времени отдыха императивные нормы соотносятся с диспозитивными примерно как 3:1. Налицо и иерархизм в отношениях субъектов трудового права, в системе которых работник и работодатель занимают низовое звено, находятся в распорядительном, контрольном или функциональном подчинении у органов исполнительной и судебной власти. За нарушение законодательства о труде работодатель несет административную или уголовно-правовую ответственность перед государством, чьи интересы в большинстве случаев затронуты лишь косвенно. Симптоматичен стихийно сложившийся акцент в защите трудовых прав: он смещен от самозащиты, КТС или медиации в пользу инспекции труда и суда.

Применение критериев публичного права к нормам трудового права требует проконстатировать объективную данность. Трудовое право, искусственно сформированное в СССР как протекционистская прогосударственная отрасль, в период 2010-х гг. вновь приобрело преимущественные публично-правовые черты. Устанавливая государственные стандарты в сфере труда, отрасль помещает на второе место волеизъявление работника, работодателя, их представителей. Мера самоопределения работника и работодателя ограничивается на протяжении всего массива юридических норм о труде. Конструктивный баланс частных и публичных начал в этих условиях относится, скорее, к категории желаемого, чем действительного.

Демидов Н.В.,

доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения
Юридического института Национального исследовательского
Томского государственного университета,
кандидат юридических наук, доцент
(г. Томск)

Литература

1. Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 томах. Т. 2. Специальные вопросы правоуедения / С.С. Алексеев. Москва : Статут, 2010.
2. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права / Н.М. Коркунов. 6-е изд. Санкт-Петербург: Изд. Н.К. Мартынова, 1904.
3. Лушников А.М. Курс трудового права. В 2 томах. Т. 1 : учебник для вузов / А.М. Лушников, М.В. Лушникова. Москва : Проспект, 2003.
4. Лушникова М.В. Трудовое право, право социального обеспечения и административное право: дуализм публичных интересов и субъективных трудовых прав / М.В. Лушникова // Вестник трудового права и права социального обеспечения. 2010. № 5.
5. Минкина Н.И. Частно-публичные начала в трудовом праве и регулировании социально-трудовых отношений / Н.И. Минкина // Гражданское общество и правовое государство. 2011. Т. 2.
6. Морозова Л.А. Теория государства и права : учебник / Л.А. Морозова. 5-е изд., перераб. и доп. Москва : Норма, 2017.
7. Таль Л.С. Очерки промышленного права / Л.С. Таль. Москва : Типогр. Г. Лисснера и Д. Совко, 1916.

¹ Алексеев С.С. Собрание сочинений : в 10 т. Т. 2. М. : Статут, 2010. С. 187; Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 6-е изд. СПб. : Изд. Н.К. Мартынова, 1904. С. 248–250.

² Морозова Л.А. Теория государства и права : учебник. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, 2017. С. 264.

³ Минкина Н.И. Частно-публичные начала в трудовом праве и регулировании социально-трудовых отношений // Гражданское общество и правовое государство. 2011. Т. 2. С. 47.

⁴ Таль Л.С. Очерки промышленного права. М. : Типогр. Г. Лисснера и Д. Совко, 1916. С. 1–2; Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права : учебник для вузов : в 10 т. Т. 1. М. : Проспект, 2003. С. 55–56; Лушникова М.В. Трудовое право, право социального обеспечения и административное право: дуализм публичных интересов и субъективных трудовых прав // Вестник трудового права и права социального обеспечения. 2010. № 5. С. 32–51.

Конституционно-правовые основы регулирования гражданско-правовых договоров в медицине

По данным социологических опросов 65% граждан России не довольны качеством оказываемой медицинской помощи, функционированием медицинских учреждений¹. Право на медицинскую помощь относится ко второму поколению прав и напрямую закреплено в ст. 41 Конституции Российской Федерации. Данное право гарантируется предоставлением бесплатной медицинской помощи в медицинских учреждениях государственной, муниципальной и частной систем здравоохранения за счет страховых взносов, средств бюджета и иных поступлений. Несмотря на упоминание термина бесплатности, в ст. 41 содержатся как минимум три положения, ограничивающих эту бесплатность:

1. Обязанность государства по развитию частной системы здравоохранения.
2. Оплата медицинской помощи за счет средств медицинского страхования.
3. Оплата медицинской помощи за счет других поступлений.

На наш взгляд, этими тремя положениями законодатель предельно четко и лаконично ограничил бесплатность медицинской помощи и создал предпосылки для ее замены и полного перехода к частной медицине. В этом плане примечательны слова Президента Российской Федерации, сказанные им 4 октября 2019 г. о возможности создания вместо Министерства здравоохранения Российской Федерации госкорпорации². Государственная корпорация — это юридическое лицо частного права. Таким образом, в стратегии развития нашего здравоохранения целью гражданско-правовых договоров в медицине теперь будет не оказание качественной бесплатной медицинской помощи, а прибыльность и возвратность вложенных в данную корпорацию средств. Вместе с тем нельзя забывать, что еще в советское время отношения, возникающие между гражданином и лечебным учреждением, характеризовались как гражданско-правовые договорные³, но имели другой объем.

Статья 41 Конституции России прямо указывает в качестве гарантии права на медицинскую помощь — договор медицинского страхования. Всего на данный момент при оказании медицинской помощи пациент может заключить или быть выгодоприобретателем трех основных типов гражданско-правовых договоров:

1. Договора обязательного медицинского страхования (далее — ОМС).
2. Договора добровольного медицинского страхования.
3. Договора оказания медицинской помощи.

В рамках этих гражданско-правовых договоров осуществляется реализация конституционного права на медицинскую помощь⁴. Из всех трех вышеуказанных договоров наибольшее распространение и применение получил

договор обязательного медицинского страхования, так как остальные два на условиях возмездности доступны по большей части 5–10% населения России.

Как метко отмечал в свое время А.В. Тихомиров, потребителю медицинских услуг приходится многократно оплачивать медицинскую помощь: «Во-первых, через систему обязательных страховых взносов, во-вторых, в виде благодарности в сумме, озвученной врачом, в-третьих, на пациента перекладывают плату в стационаре за медикаменты, постельные принадлежности, посуду, тапочки. Более того, медицинские работники изыскивают любые возможности для получения дополнительных доходов, например, внеочередная госпитализация, неучтенный прием пациентов за плату, в ходе которого используются оборудование лечебного учреждения, лекарства, площади»⁵. То есть основной проблемой договора обязательного медицинского страхования можно назвать недостаточное страховое покрытие — не способное удовлетворить потребности граждан в объеме и качестве получаемой медицинской помощи. Следствием этого было принятие «так называемой» Программы государственных гарантий по оказанию бесплатной медицинской помощи, принимаемой ежегодно⁶ Правительством РФ. В данной Программе объем медицинских услуг, получаемых гражданами, ограничен:

1. Волей Правительства Российской Федерации (только Правительство Российской Федерации ежегодно определяет, какая медицинская помощь и в каком объеме будет для граждан России бесплатной).

2. Лимитом бюджета Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, выделяемого на оплату обязательного медицинского страхования на неработающее население. Так, А.Н. Пищита полагает, что «уточнение нормы Конституции Российской Федерации о бесплатности медицинской помощи положениями в программе государственных гарантий является недопустимым как с точки зрения юридической техники, так и с позиций обеспечения прав граждан»⁷.

В рамках договора ОМС Конституция Российской Федерации в ст. 41 предоставляет каждому право на получение бесплатной медицинской помощи в медицинских учреждениях государственной, муниципальной и частной систем здравоохранения. При этом Конституция Российской Федерации предоставляет каждому право выбора, но не создает механизма создания критериев для осуществления данного выбора⁸. Так, пациент может выбрать врача и медицинское учреждение, но государство до сих пор не обеспечило граждан механизмами получения критериев оценки качества медицинской помощи, оказываемой врачом или медицинским учреждением, по которым он может отличить хорошего врача от слабого в рамках ОМС.

К сожалению, договор ОМС рассматривается современными учеными исключительно со стороны пациентов, а права медицинских организаций и врачей выпадают из поля зрения контролирующих и надзорных органов. Так, например, основная категория дел, которыми занимаются суды, это защита прав пациентов в рамках ОМС при оказании некачественной, неполной

или неверной медицинской помощи, тогда как защитой прав врачей и медицинских организаций в рамках ОМС не занимается никто. Позволю себе процитировать министра здравоохранения Российской Федерации В.И. Скворцову: «Если каждый член медицинского сообщества будет понимать, что он в ответе за наше общее дело, и мы сами будем находить и, если нужно, выбрасывать или довоспитывать тех людей, которые порочат наше общее имя и лицо нашего сообщества, вот тогда у нас будет все в порядке»⁹. Наибольшее количество штрафов, налагаемое страховыми медицинскими организациями (далее — СМО) накладывается при медико-экономической экспертизе, если утрированно, то это за то, что время не так поставил, подпись неразборчива, медсестра склеила историю болезни не в хронологическом порядке и прочие «грубые» нарушения¹⁰. Вместе с тем эти «грубые» нарушения могут снижать уровень оплаты оказанной медицинской услуги врачам и медицинским учреждениям со стороны СМО на 25–75%. Медицинская организация, являясь должником по отношению к гражданину — пациенту в правоотношении по оказанию услуги, одновременно является кредитором страховой медицинской организации, имея право требовать оплаты оказанных услуг. При этом обжаловать штрафы врачам и медицинским организациям за «грубые» нарушения *de facto* невозможно.

К особым проблемам договора обязательного медицинского страхования, которые не нашли освещения в юридической литературе и нормативно-правовых актах, относится вопрос отсутствия контроля за расходованием денежных средств, полученных из ОМС на уровне медицинского учреждения. Данный правовой пробел порождает множество злоупотреблений со стороны главных врачей медицинских учреждений, волонтаристски определяющих уровень оплаты труда медицинских работников и направление движения средств, полученных ОМС. Следствием отсутствия данного контроля является недостаточность средств ОМС или нецелевой характер их трат.

На договор оказания медицинской помощи (входит в систему договоров ОМС) распространяется действие Закона Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей». Такой тезис подтверждается самим Законом № 2300-1, положениями ч. 8 ст. 84 Закона об охране здоровья граждан, а также судебными разъяснениями, данными в п. 1 и 9 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей», согласно которым к отношениям по предоставлению гражданам медицинских услуг, оказываемых медицинскими организациями в рамках добровольного и обязательного медицинского страхования, применяется законодательство о защите прав потребителей. В заключение отметим, что в части гражданско-правовой ответственности по договору оказания медицинской помощи продолжает сохраняться правовой режим, определяемый ст. 401 Гражданского кодекса Российской Федерации, согласно которому профессионал несет ответственность безвиновной ответственности¹¹.

Мы полагаем, что устранение противоречий, подчеркнутых в данной работе, способами, указанными выше, может позволить гражданам России более полно реализовать свое право на бесплатную медицинскую помощь.

Еникеев О.А.,
доцент кафедры гражданского права и процесса
Башкирской академии государственной службы и управления
при главе Республики Башкортостан (БАГСУ),
кандидат юридических наук, кандидат медицинских наук
(г. Уфа)

Литература

1. Веретенников С.В. Гражданско-правовые способы реализации права на медицинскую помощь / С.В. Веретенников // Конституционно-правовое регулирование общественных отношений: теория, методология, практика : материалы международной научно-практической конференции (г. Воронеж, 25 января 2018 г.) : сборник научных статей. Воронеж : АМиСта, 2018.
2. Еникеев О.А. Проблемы гражданско-правового регулирования медицинской информации и медицинских баз данных / О.А. Еникеев, С.А. Еникеев // Правовое государство: теория и практика. 2014. № 3 (37).
3. Кочурина А.Ю. Конституционно-правовое регулирование реализации права граждан Российской Федерации на бесплатную медицинскую помощь / А.Ю. Кочурина // Правовое регулирование современного общества: теория, методология, практика : материалы II Международной научно-практической конференции (г. Воронеж, 27 декабря 2017 г.) : сборник научных статей . Воронеж : АМиСта, 2017.
4. Кузбагаров А.Н. Медицинская помощь или медицинская услуга: к вопросу о гражданско-правовом регулировании / А.Н. Кузбагаров // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 4 (44).
5. Москвина С. Страховые компании в ОМС получают деньги просто за факт своего существования / С. Москвина // Медицинская Россия. 2018. 12 сентября.
6. Пищита А.Н. Правовой статус российского пациента / А.Н. Пищита // Журнал российского права. 2005. № 11.
7. Пучкова В.В. Конституционно-правовые аспекты итогов реформирования системы обязательного медицинского страхования / В.В. Пучкова, В.И. Цергер // Актуальные тенденции и инновации в развитии российской науки : сборник научных статей / научный редактор Ю.С. Шацких. Т. 4. Москва, 2019.
8. Савицкая А.Н. Возмещение ущерба, причиненного ненадлежащим врачеванием / А.Н. Савицкая. Львов : Вища шк. ; Изд-во при Львов. ун-те, 1982.
9. Суховеркий В.Л. Гражданско-правовое регулирование отношений по здравоохранению / В.Л. Суховеркий // Советское государство и право. 1975. № 6.
10. Тихомиров А.В. Медицинское право : практическое пособие / А.В. Тихомиров. Москва : Статут, 1998.

¹ Пучкова В.В., Цергер В.И. Конституционно-правовые аспекты итогов реформирования системы обязательного медицинского страхования // Актуальные тенденции и инновации в развитии российской науки : сборник научных статей / науч. ред. Ю.С. Шацких. М., 2019. С. 144–151.

² Путина заинтересовало создание медицинской корпорации. URL: <https://www.ria.ru>

³ Суховеркий В.Л. Гражданско-правовое регулирование отношений по здравоохранению // Советское государство и право. 1975. № 6. С. 107–108; Савицкая А.Н. Возмещение ущерба, причиненного ненадлежащим врачеванием. Львов, 1982. С. 33.

- ⁴ Веретенников С.В. Гражданско-правовые способы реализации права на медицинскую помощь // Конституционно-правовое регулирование общественных отношений: теория, методология, практика : материалы международной научно-практической конференции. 2018. С. 102–106.
- ⁵ Тихомиров А.В. Медицинское право : практ. пособие. М., 1998. С. 29.
- ⁶ Кочурина А.Ю. Конституционно-правовое регулирование реализации права граждан Российской Федерации на бесплатную медицинскую помощь // Правовое регулирование современного общества: теория, методология, практика : материалы II Международной научно-практической конференции. 2017. С. 203–208.
- ⁷ Пищита А.Н. Правовой статус российского пациента // Журнал российского права. 2005. № 11. С. 52.
- ⁸ Еникеев О.А., Еникеев С.А. Проблемы гражданско-правового регулирования медицинской информации и медицинских баз данных // Правовое государство: теория и практика. 2014. № 3 (37). С. 61–64.
- ⁹ В Минздраве РФ намерены «выбраковывать» врачей за непрофессионализм // Медицинская Россия. URL: <https://medrussia.org/15101-vibrakovivat-vrachej/>
- ¹⁰ Москвина С. Страховые компании в ОМС получают деньги просто за факт своего существования // Медицинская Россия. URL: <https://medrussia.org/21268-strakhovie-kompanii-v-oms-poluchayut-den/>
- ¹¹ Кузбагаров А.Н. Медицинская помощь или медицинская услуга: к вопросу о гражданско-правовом регулировании // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 4 (44). С. 200–204.

Проблема реализации прав граждан на пенсионное обеспечение

Одна из главных задач социального государства — обеспечение достойного уровня и качества жизни граждан, достигших пенсионного возраста, которые своим трудом внесли вклад в развитие общества. В 2018 г. численность населения старше трудоспособного возраста (мужчины в возрасте 60 лет и старше, женщины в возрасте 55 лет и старше) составила 37,36 млн человек, или 25% общей численности населения России¹.

Пенсионное обеспечение — один из элементов социальной политики. Статья 39 Конституции Российской Федерации *гарантирует* социальное обеспечение по возрасту и закрепляет, что государственные пенсии устанавливаются законом².

Как справедливо отмечается, отнесение решения указанных вопросов к прерогативе законодателя не предполагает освобождение государства от конституционной обязанности гарантировать материальное обеспечение гражданам при наступлении социальных рисков (безработица, болезнь, инвалидность, наступление старости и иные случаи утраты средств к существованию по независящим от человека обстоятельствам), а напротив, обуславливает выработку оптимальных механизмов регулирования отношений в этой сфере, основанных на балансе между социальными потребностями населения и экономическими возможностями государства на конкретном этапе его развития³.

Вот уже почти двадцать пять лет (1995 год — год разработки Правительственной Концепции реформы пенсионного обеспечения в Российской Федерации), ведутся дискуссии по реформированию национальной пенсионной системы. С каждым ее изменением дискуссии продолжаются, поскольку начатые реформы проваливаются и продолжают ухудшать положение нынешних и будущих пенсионеров.

Долгое время важнейшим достоинством пенсионной системы считалась ее предсказуемость, возможность заранее рассчитать будущий размер своей пенсии. Действующая советская и постсоветская модели пенсионного обеспечения заложили в сознание работающих граждан, что, достигнув установленного пенсионного возраста и заработав требуемый стаж, государство гарантирует им пенсию по старости. При старении населения бывшее достоинство стало оборачиваться серьезной экономической проблемой: число пенсионеров растет, количество трудоспособных, работающих граждан неуклонно сокращается, что требует дополнительного финансирования из государственного бюджета.

Пытаясь уйти от этой проблемы, был предложен новый тип пенсионной модели — с гибким формированием пенсионных прав: они стали накапливаться не в денежных, а в условных расчетных единицах (баллах), стоимость

которых определяется с учетом имеющихся финансовых ресурсов. Гибкое формирование пенсионных прав получает все больше распространение, в разных видах им пользуются Германия, Италия, Швеция и Китай⁴.

Условие о наличии индивидуальных пенсионных коэффициентов (ИПК) введено с 2015 г. В 2019 г. право на пенсию по старости возникает при наличии 10 лет страхового стажа и 16,2 пенсионных балла (далее — ИПК). Эти показатели с 2015 г. ежегодно увеличиваются и уже в 2020 г., для выхода на пенсию, потребуется 11 лет страхового стажа и 18,6 ИПК. К 2025 г. эти показатели достигнут 15 лет и 30 баллов и, согласно действующему законодательству, перестанут расти⁵.

Изменения в пенсионном обеспечении на деле оказались скрытой формой увеличения возраста выхода на пенсию, поскольку введение дополнительного условия о наличии пенсионных баллов для многих стало неожиданным «сюрпризом», приведшим к отказу им в установлении страховой пенсии по старости. По данным Пенсионного фонда России, в 2017 г. было вынесено 125,4 тысячи решений об отказе в назначении страховой пенсии по старости. В 2018 их оказалось уже 170,5 тысячи. Есть все основания полагать, что цифра эта будет только расти⁶. Получается, что зарабатывали пенсионные права по одним правилам, а достигнув определенного возраста, оказались без материального обеспечения в старости.

С 2019 г. изменения коснулись возраста выхода на страховую пенсию по старости.

Таблица выхода на страховую пенсию по старости с 2019 г.

Женщины		Мужчины		Год выхода на пенсию	
Дата рождения	Новый пенсионный возраст	Дата рождения	Новый пенсионный возраст	По старому закону	По новому закону
1-я половина 1964 г.	55,5	1-я половина 1959 г.	60,5	1-я половина 2019 г.	2-я половина 2019 г.
2-я половина 1964 г.	55,5	2-я половина 1959 г.	60,5	2-я половина 2019 г.	1-я половина 2020 г.
1-я половина 1965 г.	56,5	1-я половина 1960 г.	61,5	1-я половина 2020 г.	2-я половина 2021 г.
2-я половина 1965 г.	56,5	2-я половина 1960 г.	61,5	2-я половина 2020 г.	1-я половина 2022 г.
1966	58	1961	63	2021	2024
1967	59	1962	64	2022	2026
1968	60	1963	65	2023	2028

М.Л. Захаров в своем исследовании «Международные стандарты и российская пенсионная система» отмечает, что по данным Международной организации труда (МОТ)⁷, в Австрии и Бельгии, например, пенсионный возраст составляет 65 и 60 лет (соответственно для мужчин и для женщин), Дании — 67 лет (как для мужчин, так и для женщин), Финляндии — 65 лет, Франции — 60 лет (планируется повысить до 62 лет), Германии — 65 лет (намечено повысить до 67 лет), Великобритании — 65 и 60 лет (в настоящее время осуществляется повышение возраста для женщин до 65 лет), Португалии, Испании — 65 лет и т.д. Стандартный пенсионный возраст сегодня 65 лет (как для мужчин, так и для женщин). В мире просматривается тенденция выравнивания пенсионного возраста для мужчин и женщин, а точнее, «подтягивание» женского пенсионного возраста до мужского⁸.

Разный возраст выхода на пенсию для мужчин и женщин обсуждается уже давно. Предлагается установить его на одном уровне. Этот вопрос был предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации⁹.

Следует обратиться к истории данного вопроса в России. Законодатель, определяя разницу в пять лет, исходил из научных исследований. Было определено, что при равной занятости в народном хозяйстве мужчин и женщин женщина занимается домашним трудом в три раза больше времени, чем мужчина. У женщины утрата трудоспособности происходит быстрее в силу физической и эмоциональной нагрузки. Согласно статистике женщина может жить дольше, но это не означает, что при этом она сохраняет способность к труду наравне с мужчиной¹⁰.

Таким образом, установленный возраст для назначения пенсии по старости 55 лет для женщин и 60 лет для мужчин просуществовал в России 90 лет. В то же время демографы отмечают, что ожидаемая продолжительность жизни при достижении пенсионного возраста мало изменялась на протяжении последних 120 лет. При достижении возраста 65 лет у мужчин она увеличилась всего на 2 года, а у женщин — на 6 лет. Велики региональные различия по ожидаемой продолжительности предстоящей жизни при достижении пенсионного возраста¹¹.

Возраст выхода на пенсию — это тема самостоятельного исследования. Отметим лишь, что первые пенсии по старости были установлены постановлением Наркома труда СССР от 5 января 1928 г. для рабочих текстильной промышленности. Пенсионный возраст тогда был определен для мужчин 60 лет, для женщин — 55. В 1929 г. пенсионное обеспечение было введено для рабочих горной, энергетической, металлургической, железнодорожной промышленности и водного транспорта.

Принятые в 1928–1932 гг. законодательные акты стали основанием для дальнейшей разработки законодательства относительно пенсионного обеспечения по старости в следующие годы¹².

В.Ю. Воронин в своем интервью Ленте.ру отметил следующее: «В 20–30-е годы прошлого века всех стариков заставляли проходить врачебно-трудоу-

комиссию. Эксперты в каждом конкретном случае определяли, достаточно ли человек старый, чтобы назначить ему пенсию. Это определялось исходя из индивидуальных особенностей организма. Но потом посчитали, что слишком дорого и организационно сложно прогонять все население через экспертизу.

И возникла совершенно здравая идея, которая и на Западе применяется: презумпция утраты трудоспособности в определенном возрасте. Тогда определили этот возраст для мужчин — 60, для женщин — 55 лет»¹³.

Насколько продуманным оказалось решение о повышении возраста для установления пенсии в 2019 г., ответить сложно. Оно принималось исходя из экономических расчетов, другие исследования не проводились. В обоснование необходимости повышения пенсионного возраста приводились статистические данные: «В 2015 г. доля лиц старше общеустановленного пенсионного возраста (мужчины — 60+, женщины 55+), по данным Росстата, составила 24,56%, а к 2030 г. возрастет до 28%, по оценкам отдела народонаселения ООН к 2030 г. — 26,8%, к 2050 г. — 33,4%. Для сравнения: в 1939 г. эта доля составляла 8,6%, в 2002 г. — 20,5%»¹⁴. Против указанных изменений назывался фактор низкой продолжительности жизни. Самое распространенное возражение состоит в том, что средняя продолжительность жизни в современной России низка и продолжительность пребывания на пенсии крайне мала, следовательно, в этих условиях повышение пенсионного возраста невозможно¹⁵.

Все вышесказанное о повышении пенсионного возраста позволяет сделать вывод о том, что в 2019 г. было принято решение без всяких научных обоснований, исходя только из экономических расчетов.

В проводимых пенсионных реформах отсутствует комплексный подход, а само по себе увеличение пенсионного возраста вряд ли приведет к созданию сбалансированной пенсионной системы. Количество предпенсионеров будет увеличиваться, а вместе с ним будет расти финансирование предоставляемых им гарантий.

Представляется целесообразным на основе всестороннего исследования указанной проблемы вернуться к ее решению, осуществив профессиональное обсуждение с участием заинтересованных министерств и ведомств, ученых в этой области, социальных партнеров, экспертных организаций и институтов гражданского общества в целях:

- выработки консолидированного документа развития пенсионной системы, рассчитанного на длительный период функционирования (например, до 2050 г.), включающего наиболее приемлемые для общества решения;
- подготовки и принятия Программы долгосрочного развития пенсионной системы Российской Федерации;
- закрепления на законодательном уровне правила, обеспечивающего баланс интересов застрахованных, страхователей и государства (например, рассмотреть вопрос установления пенсии по старости при неполном страховом стаже);

• реализации политики по созданию условий, обеспечивающих достойную жизнь человека и законодательного закрепления понятия «достаточный уровень жизни».

Карданова И.В.,

старший преподаватель кафедры государственно-правовых дисциплин
Северо-Кавказского филиала
Российского государственного университета правосудия
(г. Краснодар)

Литература

1. Вишневский А. Возраст выхода на пенсию и продолжительность жизни / А. Вишневский, С. Васин, А. Рамонов // Вопросы экономики. 2012. № 9.
2. Горлин Ю.М. Повышение пенсионного возраста: позитивные эффекты и вероятные риски / Ю.М. Горлин, В.Ю. Ляшок, Т.М. Малева // Экономическая политика. 2018. Т. 13. № 1.
3. Гурвич Е.Т. Государственные финансы в эпоху старения населения / Е.Т. Гурвич // Коммерсантъ. 2018. 30 августа.
4. Захаров М.Л. Международные стандарты и российская пенсионная система / М.Л. Захаров // Журнал российского права. 2012. № 10.
5. Комментарий к Конституции Российской Федерации / под редакцией В.Д. Зорькина, Л.В. Лазарева. Москва : Эксмо, 2010.

¹ Распределение населения по возрастным группам по состоянию на 1 января 2018 г. // Официальный сайт Росстата. URL: http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/demography/# (дата обращения: 27.10.2019).

² См.: Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/ (дата обращения: 02.10.2019).

³ См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина, Л.В. Лазарева. М. : Эксмо, 2010. С. 375.

⁴ См.: Гурвич Е.Т. Государственные финансы в эпоху старения населения. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3724083> (дата обращения: 22.10.19).

⁵ См.: Федеральный закон от 28 декабря 2013 г. № 400-ФЗ «О страховых пенсиях». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_156525/ (дата обращения: 13.10.2019).

⁶ От ворот поворот. Почему выросло число отказов в пенсии? URL: http://www.aif.ru/money/mymoney/ot_vorot_povorot_pochemu_vyroslo_chislo_otkazov_v_pensii (дата обращения: 19.10.2019).

⁷ См.: Социальное обеспечение в мире в 2010–2011 гг. Издание МОТ. 2011. Табл. 16. С. 207–213.

⁸ См.: Захаров М.Л. Международные стандарты и российская пенсионная система // Журнал российского права. 2012. № 10. С. 14.

⁹ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2000 № 276-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб граждан Березкина Владимира Рейновича, Бушмелева Геннадия Николаевича, Корниенко Николая Николаевича, Кропотова Геннадия Ивановича и Мамаева Александра Степановича на нарушение их права на пенсионное обеспечение положениями статей 10 и 12 Закона Российской Федерации «О государственных пенсиях в Российской Федерации» и статьи 242 КЗоТ Российской Федерации». URL: <http://base.garant.ru/12133264/> (дата обращения: 15.10.2019).

- ¹⁰ См.: Интервью руководителя аппарата Счетной палаты РФ Воронина В.Ю. «О советских истоках российской пенсионной системы» Ленте.ру. URL: <https://lenta.ru/articles/2016/06/08/voronin/> (дата обращения: 25.10.2019).
- ¹¹ См.: Старшие поколения населения России. № 797–798. 1–27 января 2019 г. URL: <http://www.demoscope.ru/weekly/2019/0797/barom03.php> (дата обращения: 15.10.2019).
- ¹² См.: Ерусланова Р.И. Пенсионное обеспечение в России. М., 2008. С. 68.
- ¹³ Интервью руководителя аппарата Счетной палаты РФ Воронина В.Ю. «О советских истоках российской пенсионной системы» Ленте.ру.
- ¹⁴ Горлин Ю.М., Ляшок В.Ю., Малева Т.М. Повышение пенсионного возраста: позитивные эффекты и вероятные риски // Экономическая политика. 2018. Т. 13. № 1. С. 148–179.
- ¹⁵ Вишневецкий А., Васин С., Рамонов А. Возраст выхода на пенсию и продолжительность жизни // Вопросы экономики. 2012. № 9. С. 88–109.

Минимальный размер оплаты труда: баланс интересов сторон трудовых отношений

При установлении работникам заработной платы работодатели зачастую ненамного превышают размер минимального размера оплаты труда (далее — МРОТ), который продолжительное время был ниже величины прожиточного минимума трудоспособного населения, несмотря на то, что в соответствии со ст. 133 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ) ниже этой величины он быть не может, являясь «нижней планкой вознаграждения за труд»¹ при условии, что работник за месяц полностью отработал норму рабочего времени и выполнил нормы труда (трудовые обязанности).

Прожиточный минимум предназначен в том числе для обоснования МРОТ, устанавливаемого на федеральном уровне. Величина прожиточного минимума по России, устанавливаемая Правительством Российской Федерации на основании п. 2 ст. 4 Федерального закона от 24 октября 1997 г. № 134-ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации»², во II кв. 2019 г. составила 11 185 руб. на душу населения (для трудоспособного населения — 12 130 руб.).

На проблему, связанную с решением практических вопросов повышения МРОТ до величины прожиточного минимума трудоспособного населения, с необходимостью принятия специального федерального закона (ст. 421 ТК РФ), неоднократно обращали внимание специалисты в области трудового права³. Нельзя не отметить справедливое замечание А.М. Куренного, что по международным стандартам МРОТ — это уровень оплаты неквалифицированного труда⁴. Более того, в редакции ст. 129 ТК РФ до внесения изменений Федеральным законом от 20 апреля 2007 г. № 54-ФЗ⁵ было определение, в соответствии с которым МРОТ признавался размером месячной заработной платы за труд неквалифицированного работника (без учета компенсационных, стимулирующих и социальных выплат). По данному вопросу Г.В. Хныкин указывает, что изменение позиции законодателя относительно минимального стандарта оплаты труда негативно отразилось и на содержании других легальных определений⁶.

Следует упомянуть соответствующий зарубежный опыт (на примере стран Евразийского экономического союза), показывающий, что такая гарантия, как МРОТ, так или иначе урегулирована нормами трудовых кодексов всех государств-членов ЕАЭС.

В соответствии со ст. 1 ТК Республики Казахстан минимальный размер месячной заработной платы — это гарантированный минимум денежных выплат работнику простого неквалифицированного (наименее сложного) труда при выполнении им трудовых обязанностей в нормальных условиях и при нормальной продолжительности рабочего времени, установ-

ленных настоящим кодексом, в месяц. ТК Кыргызской Республики в ст. 151 указывает, что минимальная заработная плата (минимальный размер оплаты труда) — это гарантируемый законом размер месячной заработной платы за труд неквалифицированного работника, полностью отработавшего норму рабочего времени при выполнении простых работ в нормальных условиях труда.

Таким образом, законодатели Республики Казахстан и Кыргызской Республики, в отличие от российского законодателя, сохранили подход, определяющий МРОТ в качестве платы за неквалифицированный труд.

ТК Республики Беларусь определяет минимальную заработную плату (месячную и часовую) как низшую границу оплаты труда работников за работу в нормальных условиях в течение нормальной продолжительности рабочего времени при выполнении обязанностей работника, вытекающих из законодательства, локальных нормативных правовых актов и трудового договора (ст. 59). Данная статья изначально (до изложения в 2007 г. в новой редакции) содержала положения о том, что в состав минимальной заработной платы не входят доплаты, надбавки, премии и другие компенсационные выплаты⁷. И это было вполне логично в том числе исходя из того, что включение в заработную плату работников с целью достижения ее уровня до установленного минимального размера надбавок, доплат, премий и других выплат не соответствует требованиям трудового законодательства⁸. ТК Республики Армения в ст. 179 также указывает, что в устанавливаемый законом минимальный размер оплаты труда не включаются доплаты, надбавки, премии и другие поощрительные выплаты. Указанные выплаты, а также выплаты за работу в условиях, отклоняющихся от нормальных, за работу в особых климатических условиях и на территориях, подвергшихся радиоактивному загрязнению, и иные компенсационные и социальные выплаты не включаются в МРОТ в соответствии со ст. 154 ТК Кыргызской Республики. Соответственно, в состав МРОТ по трудовому законодательству Кыргызской Республики включается только основная часть заработной платы (причем за основу берется оплата труда наименее квалифицированного работника)⁹.

Необходимо учитывать, что как следствие исключения из ст. 129 ТК РФ части второй, в соответствии с которой в величину МРОТ не могли быть включены компенсационные, стимулирующие и социальные выплаты, судебная практика потребовала разъяснений на уровне Конституционного Суда Российской Федерации о возможности включения в состав МРОТ в субъекте Российской Федерации районных коэффициентов (коэффициентов) и процентных надбавок, начисляемых в связи с работой в местностях с особыми климатическими условиями. Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 7 декабря 2017 г. № 38 П¹⁰ указал, что основным назначением МРОТ в системе действующего правового регулирования является обеспечение месячного дохода работника, отработавшего норму рабочего времени, на гарантированном законом уровне.

Изложенное подтверждает, что в настоящее время законодательно не урегулирован вопрос включения в величину МРОТ компенсационных, стимулирующих и иных выплат. При этом не учитывается квалификация работника, которая в соответствии со ст. 195.1 ТК РФ определяется уровнем знаний, умений, профессиональных навыков и опыта работника.

Вместе с тем представляется необходимым отметить позитивную тенденцию в рассматриваемом вопросе: 11 сентября 2017 г. на совещании с членами Правительства Российской Федерации Президентом России В.В. Путиным было предложено с 1 января 2018 г. повысить МРОТ с действующего размера 71% (от прожиточного минимума трудоспособного населения) до 85% и не позднее 1 января 2019 г. — приравнять МРОТ и прожиточный минимум. В тот же день на федеральном портале проектов нормативных правовых актов был размещен проект соответствующего федерального закона¹¹. С 1 января 2018 г. МРОТ увеличился с 7 800 до 9 489 руб. в месяц, с 1 мая 2018 г. — до 11 163 руб. и с 1 января 2019 г. — до 11 280 руб.

Тем не менее в настоящее время заработная плата работника достаточно редко превышает МРОТ и, соответственно, прожиточный минимум. Такой вывод может быть сделан в том числе исходя из следующего: месячная заработная плата работника в соответствии со ст. 133 ТК РФ не может быть ниже МРОТ. При этом налоговое законодательство Российской Федерации устанавливает, что вознаграждение за выполнение трудовых или иных обязанностей относится к доходам (ст. 208 Налогового кодекса Российской Федерации) и, соответственно, облагается налогом. Как справедливо указывает Г.С. Скачкова, по законодательству Российской Федерации не требуется, чтобы ниже МРОТ не опускалась сумма, которую работник получает на руки¹² (т.е. после налогообложения).

Кроме того, возвращаясь к тезису о том, что прожиточный минимум предназначен, в том числе, для обоснования МРОТ, представляется необходимым поставить и следующий вопрос: обеспечивает ли установление МРОТ реальные (даже минимальные) потребности работников в условиях, когда работник может являться единственным кормильцем в семье? Ведь ст. 2 ТК РФ устанавливает такой принцип правового регулирования трудовых отношений, как обеспечение права работника на заработную плату, обеспечивающую достойное человека существование для него самого и его семьи. Специалисты МОТ отмечают, что в Российской Федерации при установлении ставок минимальной оплаты труда в качестве основного критерия (закрепленного в законодательстве) применяется только «уровень инфляции/стоимости жизни»¹³. Другие критерии (например, такие как уровень зарплат, уровень занятости, экономическая ситуация или развитие, производительность труда, финансовые возможности предприятий, социальные пособия) на момент проведения исследования не применялись при установлении ставок минимальной оплаты.

Таким образом, продолжает существовать ряд проблемных вопросов, связанных с определением и структурой МРОТ. Поэтому представляется весьма

актуальным внесенный в 2014 г. на рассмотрение Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, но в настоящее время пока так и нереализованный проект федерального закона «О внесении изменений в статью 129 Трудового кодекса Российской Федерации», предусматривающий возврат в ст. 129 ТК РФ абзаца с соответствующим определением минимального размера оплаты труда (минимальной заработной платы)¹⁴.

При этом прежде всего следует учитывать изначальный принцип минимальной оплаты труда, подразумевающий, что размер минимальной оплаты труда прежде всего определяется как сумма, необходимая работнику для оплаты стоимости его жизни и жизни его семьи. Потребности работников и их семей являются критически важным критерием, используемым при установлении МРОТ, так как данный критерий непосредственно связан с защитой уровня жизни работников, которая, в свою очередь, является главной функцией МРОТ.

Рогов И.В.,

старший помощник начальника отдела воинской части
Министерства обороны Российской Федерации
(Минобороны России),
кандидат юридических наук
(г. Москва)

Литература

1. Бережнов А.А. Проблемы применения МРОТ в районах Крайнего Севера / А.А. Бережнов [и др.] // Трудовое право в России и за рубежом. 2017. № 2.
2. Гладков Н.Г. Реализация и защита трудовых прав, свобод и законных интересов работников: настольная книга профсоюзного работника и профсоюзного актива / Н.Г. Гладков. 2-е изд., доп. и акт. Москва : Проспект, 2015.
3. Евразийское трудовое право : учебник / Е.А. Волк [и др.]; под общей редакцией М.В. Лушниковой, К.С. Раманкулова, К.Л. Томашевского. Москва : Проспект, 2017.
4. Куренной А.М. Конституция, трудовое право и вопросы социальной справедливости / А.М. Куренной // Трудовое право в России и за рубежом. 2014. № 1.
5. Основы установления минимальной оплаты труда / Ф. Эйро, К. Саже. Москва : МОТ, 2010.
6. Постатейный комментарий к Трудовому кодексу Республики Беларусь / под общей редакцией Г.А. Василевича ; редколлегия: В.Г. Голованов [и др.]. Минск : Регистр, 2008.
7. Постатейный комментарий Трудового кодекса Республики Беларусь / под общей редакцией Г.А. Василевича ; редколлегия: Г.Б. Шишко [и др.]. Минск : Регистр, 2014.
8. Скачкова Г.С. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный) / Г.С. Скачкова. 5-е изд. Москва : РИОР ; ИНФРА-М, 2014.
9. Трудовое право России : учебник / под редакцией А.М. Куренного. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Проспект, 2016.
10. Хныкин Г.В. О соотношении справедливой заработной платы и минимального размера оплаты труда по трудовому законодательству России / Г.В. Хныкин // Законодательство. 2017. № 7.

¹ См.: Гладков Н.Г. Реализация и защита трудовых прав, свобод и законных интересов работников: настольная книга профсоюзного работника и профсоюзного актива. 2-е изд., доп. и акт. М. : Проспект, 2015. С. 279.

- ² СЗ РФ. 1997. № 43. Ст. 4904.
- ³ См., например: Бережнов А.А., Корсаненкова Ю.Б., Костян И.А. [и др.] Проблемы применения МРОТ в районах Крайнего Севера // Трудовое право в России и за рубежом. 2017. № 2. С. 39–43; Хныкин Г.В. О соотношении справедливой заработной платы и минимального размера оплаты труда по трудовому законодательству России // Законодательство. 2017. № 7. С. 60–66.
- ⁴ См.: Куренной А.М. Конституция, трудовое право и вопросы социальной справедливости // Трудовое право в России и за рубежом. 2014. № 1. С. 15.
- ⁵ См.: Федеральный закон от 20 апреля 2007 г. № 54-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О минимальном размере оплаты труда» и другие законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 17. Ст. 1930.
- ⁶ Например, утратила силу ч. 4 ст. 133 ТК РФ, предусматривавшая, что размеры тарифных ставок, окладов (должностных окладов), а также базовых окладов (базовых должностных окладов), базовых ставок заработной платы по профессиональным квалификационным группам работников не могут быть ниже МРОТ. См.: Трудовое право России : учебник / под ред. А.М. Куренного. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2016. С. 370.
- ⁷ См.: Постатейный комментарий к Трудовому кодексу Республики Беларусь / под общ. ред. Г.А. Василевича; редкол.: В.Г. Голованов [и др.]. Минск : Регистр, 2008. С. 287.
- ⁸ См.: Постатейный комментарий Трудового кодекса Республики Беларусь / под общ. ред. Г.А. Василевича; редкол.: Г.Б. Шишко [и др.]. Минск : Регистр, 2014. С. 326.
- ⁹ См.: Евразийское трудовое право : учебник / Е.А. Волк, Е.С. Герасимова, С.Ю. Головина [и др.]; под общ. ред. М.В. Лушниковой, К.С. Раманкулова, К.Л. Томашевского. М. : Проспект, 2017. С. 386.
- ¹⁰ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 7 декабря 2017 г. № 38 П «По делу о проверке конституционности положений статьи 129, частей первой и третьей статьи 133, частей первой, второй, третьей, четвертой и одиннадцатой статьи 133.1 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан В.С. Григорьевой, О.Л. Дейдей, Н.А. Капуриной и И.Я. Кураш» // СЗ РФ. 2017. № 51. Ст. 7913.
- ¹¹ См.: ID проекта 01/05/09-17/00073033. URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=73033/> (дата обращения: 26.11.2019).
- ¹² См.: Скачкова Г.С. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный). 5-е изд. М. : РИОР ; ИНФРА-М, 2014. С. 290.
- ¹³ См.: Основы установления минимальной оплаты труда / Ф. Эйро, К. Саже ; Группа технической поддержки по вопросам достойного труда и бюро МОТ для стран Восточной Европы и Центральной Азии. М. : МОТ, 2010. С. 37.
- ¹⁴ См.: Законопроект № 434587-6. Автоматизированная система законодательной деятельности Государственной Думы Федерального собрания РФ. URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=434587-6&02](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=434587-6&02) (дата обращения: 26.11.2019).

Основание возникновения прав на ранее учтенные земельные участки: столкновение частных и публичных интересов

Современное земельное законодательство признает за гражданами право оформления частной собственности на ранее учтенные земельные участки. Вместе с этим органы публичной власти могут отказать в регистрации права собственности вследствие отсутствия правоустанавливающих документов на землю.

Документами, на основании которых гражданам предоставлялась земля до введения в действия Земельного кодекса Российской Федерации (далее — ЗК РФ) 2001 г., были решения (постановления) публичного органа власти и государственный акт на землю. Действующее законодательство не раскрывает, какой из приведенных документов является правоустанавливающим, а какой — правоподтверждающим. Терминологическая неопределенность приобретает практическую ценность в том случае, если гражданин может представить органу публичной власти только одни из приведенных документов, поскольку другой — утрачен.

Стремление граждан реализовать свое право на оформление частной собственности нередко сталкивается с интересом публичной власти в повышении земельной дисциплины и порядка оформления и регистрации прав на землю. Вследствие этого непредоставление отдельных документов на землю может повлечь отказ в государственной регистрации собственности. Решение проблемы столкновения частных и публичных интересов видится в прояснении вопроса о том, какой из приведенных выше документов является основанием для возникновения права, т.е. является правоустанавливающим документом.

В современной судебной практике можно встретить противоположные подходы к вопросу о том, что являлось основанием возникновения прав на землю до введения в действие ЗК РФ 2001 г.

В одних случаях суды в качестве основания возникновения права рассматривают государственный акт, в других основанием рассматривается совокупность документов: решения (постановления) публичного органа власти и государственный акт. Для выяснения оснований возникновения права на землю предлагаем рассмотреть два юридически значимых периода развития земельного законодательства, а именно: 1) период до 1991 г. и 2) период с 1991 по 2001 гг.

1. Земельно-правовое регулирование до 1991 г. Основными источниками, которые закрепляли правовое регулирование земельных правоотношений до 1991 г., были **Земельный кодекс РСФСР от 1 июля 1970 г.** и **Закон СССР от 13 декабря 1968 г. № 3401-VII.**

Согласно нормам земельного законодательства, действовавшим в рассматриваемый период, земельный процесс предоставления земельного участка включал в себя следующие этапы: 1) возбуждение ходатайства о предоставлении земельного участка; 2) вынесение решения (постановления) о предоставлении земельного участка; 3) отвод земельного участка; 4) выдача документа, удостоверяющего право землепользователя¹.

Начальным этапом для возникновения права землепользования является решение компетентного государственного органа о предоставлении землепользователю определенного земельного участка. Наряду с таким решением требовалось осуществить отвод земельного участка². Решение о предоставлении земельного участка и документ об отводе земельного участка являлись основанием для регистрации вновь образованного земельного участка в земельно-кадастровой книге района или города. После государственной регистрации землепользования выдавались документы на право пользования землей. К числу таких документов относился государственный акт на бессрочное пользование землей³.

Из абз. 1 ст. 18 Земельного кодекса РСФСР 1970 г. и абз. 7 ст. 10 Закона СССР 1968 г. следует, что право землепользования удостоверяется государственными актами на право пользования землей, которые выдаются исполнительными комитетами районных, городских Советов депутатов трудящихся.

Таким образом, государственный акт на землю является замыкающим этапом земельного процесса по предоставлению земельного участка в пользование и выдается землепользователю как итоговый документ, подтверждающий права на соответствующий земельный участок. Изложенное позволяет сделать вывод, что государственный акт на землю по своей правовой природе является правоподтверждающим документом.

Правоустанавливающими документами являются решение (постановление) о предоставлении земельного участка и документ об отводе земельного участка.

Вместе с этим специфика возникновения права землепользования (в рассматриваемом историческом периоде) состояла в том, что возникновение права на землю требовало наличие всех указанных выше этапов, а соответственно и всех документов, которые фиксировали тот или иной этап земельного процесса. Согласно правовой доктрине исследуемого периода при отсутствии хотя бы одного из приведенных этапов (и документов) право землепользования не может считаться возникшим и законно существующим⁴. В юридической литературе можно встретить иное мнение относительно оснований возникновения права на землю, в частности, некоторые авторы придерживаются того подхода, что право землепользования возникает только на основании решения соответствующего органа об отводе земли⁵, государственный акт на землю не влияет на возникновение права на землю. Данная позиция не получила широко распространения в юридической литературе и была подвергнута критике⁶.

Следовательно, решение о предоставлении земли, землеотводный документ, государственный акт являлись неотъемлемыми элементами фактического состава возникновения права землепользования.

Положениям ст. 10 Закона СССР 1968 г. и ст. 18 Земельного кодекса РСФСР 1970 г. были истолкованы в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 ноября 2011 г. № 8251/11 по делу № А57-12992/09-5⁷ следующим образом: **решение исполнительного комитета к числу правоустанавливающих документов отнесено быть не может, поскольку ... указанное решение является начальным этапом процедуры предоставления земельного участка.**

В Определении Верховного Суда Российской Федерации от 11 января 2016 г. № 309-ЭС15-16596 по делу № А47-11654/2014 отмечается, что **решение не является правоустанавливающим документом при отсутствии государственного акта** о закреплении участка на праве постоянного (бессрочного) пользования. Аналогичный подход к государственному акту излагается в более поздней судебной практике⁸.

Таким образом, для возникновения права на земельные участки, сформированные до 1991 г., требовался сложный фактический состав, обязательным элементом которого был государственный акт на землю. Отсутствие указанного документа делает невозможным возникновение права землепользования у конкретного лица.

2. Земельно-правовое регулирование в период с 1991 по 2001 гг. Основным источником земельного права в указанное время являлся **Земельный кодекс РСФСР от 25 апреля 1991 г.**

Совокупность юридических фактов, которые являлись основанием для возникновения права землепользования, осталась неизменной: решение о предоставлении земельного участка, отвод земли в натуре, документ, удостоверяющий право на земельный участок⁹.

Передача земельного участка в собственность оформлялась государственным актом на право собственности¹⁰. Так, согласно ст. 31 Земельного кодекса РСФСР право собственности на землю, пожизненного наследуемого владения, бессрочного (постоянного) пользования земельным участком удостоверяется государственным актом, который выдается и регистрируется соответствующим Советом народных депутатов.

Содержание ст. 31 Земельного кодекса РСФСР 1991 г. почти дословно повторяет формулировку, приводимую в ст. 10 Закона СССР 1968 г. и ст. 18 Земельного кодекса РСФСР 1970 г. в части определения юридического значения государственного акта как документа, удостоверяющего право на земельный участок. Вместе с этим Высший Арбитражный Суд Российской Федерации занял принципиально иную позицию относительно квалификации юридической роли государственного акта как основания возникновения права собственности на землю.

Согласно правовому подходу Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее — ВАС РФ), изложенному в Постановлении Президиума ВАС РФ от 29 февраля 2000 г. № 4328/99 по делу № А12-6617/98-С22¹¹: в силу ранее действовавшей ст. 31 Земельного кодекса РСФСР право бессрочного (постоянного) пользования земельным участком удостоверяется государственным актом. **Однако государственный акт не является правоустанавливающим документом. Предоставление земельных участков производится на основании решения соответствующих органов власти или органов местного самоуправления.**

В Постановлении Президиума ВАС РФ от 29 августа 2006 г. № 16465/05 по делу № А15-2351/2003-13¹² нашла свое выражение следующая правовая позиция: государственный акт подтверждает лишь имеющееся право на земельный участок, не являясь при этом правоустанавливающим документом. Отсутствие такого государственного акта (правоподтверждающего документа) в отношении прав на земельный участок... само по себе не означает отсутствия права постоянного бессрочного пользования в отношении земельного участка.

Аналогичный подход был реализован в Постановлении Президиума ВАС РФ от 9 января 2002 г. № 7486/01 по делу № А76-9815/2000-39-376¹³, Определении ВАС РФ от 14 ноября 2012 г. № ВАС-14249/12 по делу № А32-3845/2011. К такому же выводу, со ссылкой на правовой подход ВАС РФ, приходят суды окружных кассаций в более поздней судебной практике¹⁴.

Следовательно, в период времени с 1991 по 2001 гг. государственный акт на землю перестает играть ключевую роль при формировании фактического состава возникновения права на земельный участок. Конститутивное значение приобретает соответствующее решение (постановление) о предоставлении земельного участка, которое является основанием для возникновения прав на землю. Отсутствие государственного акта не может означать отсутствие оснований для приобретения права на земельный участок.

Вместе с этим стоит отметить, что отдельные авторы (в период с 1991 по 2001 гг.) продолжают рассматривать сложный фактический состав (в том числе наличие государственного акта) как обязательное условие для возникновения права на земельный участок¹⁵, такой подход встречается в практике судов общей юрисдикции¹⁶.

Таким образом, в зависимости от земельного законодательства, действовавшего в соответствующий период времени, совокупность юридических фактов, которые формируют основание возникновения права на землю, меняется, а отсутствие государственного акта на землю может оказать влияние на возникновение права землепользования.

Учитывая изложенное, не может быть отказано в государственной регистрации права на ранее учтенный земельный участок со ссылкой на непредо-

ставление государственному регистратору государственного акта на землю, если такой участок был отведен по решению (постановлению) публичного органа, выданному после 1991 г. Указанное решение является достаточным основанием для возникновения права на землю и по смыслу п. 9 ст. 3 Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации».

Волконитин А.С.,
преподаватель кафедры конституционного и муниципального права
Южно-Российского института управления
филиала Российской академии народного хозяйства
и государственной службы
при Президенте Российской Федерации (РАНХиГС),
адвокат Ростовской областной коллегии адвокатов «Советник»
(г. Ростов-на-Дону)

Литература

1. Ерофеев Б.В. Земельное право России. В 2 частях. Ч. 1. Общая часть : учебник для студентов вузов / под редакцией Б.В. Ерофеева. Москва : Юрист, 1994.
2. Ерофеев Б.В. Основы земельного права (теоретические вопросы) / Б.В. Ерофеев. Москва : Юридическая литература, 1971.
3. Иконицкая И.А. Право собственности на землю в Российской Федерации / И.А. Иконицкая. Москва : Изд-во ИГПАН, 1993.
4. Кабатов В.А. Правовые формы управления землями сельскохозяйственного назначения в СССР / В.А. Кабатов. Москва : Госюриздат, 1958.
5. Краснов Н.И. Правовой режим земель специального назначения / Краснов Н.И. Москва : Госюриздат, 1961.
6. Краснов Н.И. Советское земельное право : учебник / под редакцией Н.И. Краснова. Москва : Юридическая литература, 1981.
7. Петров В.В. Земельное право России : учебник по специальности «Правоведение» / под редакцией В.В. Петрова. Москва : ТЕИС, 1995.

¹ Советское земельное право : учебник / под ред. Н.И. Краснова. 1981. С. 203.

² Ерофеев Б.В. Основы земельного права (теоретические вопросы). 1971. С. 215.

³ Там же. С. 224.

⁴ Там же. С. 222.

⁵ Кабатов В.А. Правовые формы управления землями сельскохозяйственного назначения в СССР. 1958. С. 77.

⁶ См.: Краснов Н.И. Правовой режим земель специального назначения. М. : Госюриздат, 1961. С. 135.

⁷ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 ноября 2011 г. № 8251/11 по делу № А57-12992/09-5 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2012. № 3.

⁸ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 1 февраля 2017 г. № 303-ЭС16-19698 по делу № А24-4469/2015; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 28 января 2019 г. № Ф08-11285/2018 по делу № А32-25135/2017; Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 7 декабря 2017 г. № Ф06-18938/2017 по делу № А12-46006/201.

⁹ Земельное право России : учебник по специальности «Правоведение» / под ред. В.В. Петрова. 1995. С. 96–98.

- ¹⁰ Иконицкая И.А. Право собственности на землю в Российской Федерации. 1993. С. 9.
- ¹¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 февраля 2000 г. № 4328/99 по делу № А12-6617/98-С22 // Вестник ВАС РФ. 2000. № 6.
- ¹² Постановление Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 29 августа 2006 г. № 16465/05 по делу № А15-2351/2003-13 // Вестник ВАС РФ. 2006. № 10.
- ¹³ Постановление Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 9 января 2002 г. № 7486/01 по делу № А76-9815/2000-39-376 // Вестник ВАС РФ. 2002. № 5.
- ¹⁴ Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 4 сентября 2018 г. № Ф08-7041/2018 по делу № А32-33950/2016; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24 ноября 2017 г. № Ф08-8230/2017 по делу № А32-33740/2016; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 10 июля 2017 г. № Ф08-4279/2017 по делу № А32-33739/2016 // СПС «КонсультантПлюс».
- ¹⁵ Ерофеев Б.В. Земельное право России. Общая часть : учебник : в 2-х ч. 1995. С. 221.
- ¹⁶ Бюллетень ВС РФ. 2013. № 7.

Правовое регулирование рационального использования и охраны земель и других природных ресурсов как сфера обеспечения публичных интересов¹

Необходимыми условиями социально-экономического развития страны являются благоприятная окружающая среда, качественные характеристики которой способствуют максимально длительному периоду активной жизнедеятельности граждан России, а также рациональное и эффективное использование природных ресурсов, что является важной составляющей экономического роста и материального благосостояния народов Российской Федерации как в настоящем, так и в будущем.

Фундаментальные принципы социально-экономического и экологического развития страны закреплены в Конституции Российской Федерации, определившей кроме традиционных атрибутов государственного устройства, формы правления, такие стратегические цели развития, как становление социального государства, в котором человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — первейшая обязанность государства, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека.

Важнейшую роль в обеспечении таких условий играет экологическое благополучие, которое выступает необходимым условием реализации наиболее значимых прав человека, таких как право на жизнь, охрану и укрепление здоровья. Именно поэтому в составе стратегических направлений развития Российской Федерации, наряду с другими, в качестве первоочередных поставлены масштабные задачи охраны окружающей среды².

Следует отметить, что «экологический вектор» стратегии развития страны не является исключительно национальной задачей, а обусловлен и глобальными вызовами, с которыми столкнулось человечество еще в прошлом веке. В связи с этим определение приоритетов экологического развития России, решение стратегических и текущих задач охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности не может осуществляться без учета глобальной значимости природно-ресурсного потенциала Российской Федерации и без учета международно-правового регулирования охраны окружающей среды.

Правовым основанием для такого представления системы правового регулирования экологических отношений, на наш взгляд, является ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, согласно которой общепризнанные

принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Такой интегрированный подход позволяет рассматривать соответствующие международные акты и российское экологическое законодательство в качестве единой системы, объединенной общей целью сбережения человечества и природы — как глобальной естественной среды обитания человека.

Обоснованность такого подхода подтверждается и актами Конституционного Суда России, который отмечал, что Российская Федерация, обладая государственным суверенитетом и одновременно осознавая себя частью мирового сообщества, может участвовать в международных объединениях и передавать им часть своих полномочий в соответствии с международными договорами, если это не влечет ограничения прав и свобод человека и гражданина и не противоречит основам конституционного строя³.

Соответственно, в качестве наиболее значимых для формирования национальной экологической политики должны рассматриваться международно-правовые акты, принятые Организацией Объединенных Наций в сфере обеспечения экологических интересов всего населения Земли, и призванные объединить усилия всех государств в решении глобальной задачи сбережения природы и окружающей среды в качестве основного условия сохранения человечества.

В ряду таких документов следует указать: Всемирную хартию природы⁴; Декларацию Рио-де-Жанейро по окружающей среде и развитию (принята в г. Рио-де-Жанейро 14.06.1992)⁵; Декларацию тысячелетия Организации Объединенных Наций (принята в г. Нью-Йорке 08.09.2000 Резолюцией 55/2 на 8-м пленарном заседании 55-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН)⁶; Йоханнесбургскую декларацию по устойчивому развитию 2002 г.⁷; итоговый документ Конференции Организации Объединенных Наций по устойчивому развитию «Будущее, которого мы хотим» (принят Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 27.07.2012 № 66/288)⁸, и др. Все эти документы объединяет понимание необходимости развития человечества в гармонии с природой, а также, начиная с Декларации Рио — признание принципов устойчивого развития стратегическим направлением развития человечества⁹.

Конституционные основы природопользования (ст. 9, 36, 42, 58 Основного закона) определили цели и задачи экологического и природоресурсного законодательства, призванные обеспечить экологически благополучную окружающую среду и природно-ресурсный потенциал для настоящего и будущих поколений граждан России, что предопределяет в качестве одного из важнейших принципов правового регулирования охраны окружающей среды и природопользования — принцип приоритетного обеспечения публичных экологических интересов.

Важнейшее значение для понимания содержания конституционных норм о природопользовании имеют соответствующие правовые позиции, выработанные Конституционным Судом Российской Федерации (далее — КС РФ).

Наиболее значимой, на наш взгляд, является определение конституционно-правового режима природных ресурсов как общенародного (публичного) достояния¹⁰.

Также большое значения для определения конституционно-правового статуса земель имеет Постановление КС РФ от 23 апреля 2004 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности Земельного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Мурманской областной Думы»¹¹, в котором выражена развивающая положения ч. 1 ст. 9 Конституции Российской Федерации правовая позиция, согласно которой конституционная характеристика земли как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории, т.е. всего многонационального народа России, предопределяет требование рационального и эффективного использования, а также охраны земли как важнейшей части природы, естественной среды обитания человека, основы осуществления хозяйственной и иной деятельности (п. 2).

Такое конституционно-правовое регулирование природопользования является, в известной мере, продолжением реализации выработанной в советский период развития страны концепции общенародного достояния в отношении природных ресурсов, и в практике конституционного судопроизводства, основанной на действующей Конституции Российской Федерации, принцип приоритета публичных интересов в сфере охраны окружающей среды и природопользования последовательно претворялся в жизнь¹².

Так, в Постановлении КС РФ от 14 мая 2009 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности положения подпункта «б» пункта 4 Постановления Правительства Российской Федерации «Об утверждении Порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей природной среды, размещение отходов, другие виды вредного воздействия» в связи с запросом Верховного суда Республики Татарстан»¹³ указано, что целью обеспечения благополучия нынешнего и будущих поколений и ответственностью перед ними определяют взаимообусловленность закрепленных Конституцией Российской Федерации права каждого на благоприятную окружающую среду (ст. 42) и обязанности сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам (ст. 58), выражая тем самым один из основных принципов правового регулирования отношений в сфере охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности – принцип приоритета публичных интересов (п. 2)¹⁴.

Важные выводы о приоритетном обеспечении публичных интересов в сфере природопользования содержит Постановление КС РФ от 25 октября 2016 г. № 21-П «По делу о проверке конституционности части 3 статьи 8 Закона Алтайского края «О регулировании отдельных лесных отношений на территории Алтайского края» в связи с жалобой гражданки Г.А. Пенкиной»¹⁵. В частности, суд указал, что по смыслу ст. 9, 42, 58 Конституции Российской

Федерации, рассматриваемых во взаимосвязи с провозглашенной в преамбуле Конституции целью обеспечения благополучия и процветания России исходя из ответственности перед нынешним и будущими поколениями, правовое регулирование отношений, связанных с использованием лесных ресурсов, основывается на принципе приоритета публичных интересов.

В этом же постановлении суд, со ссылкой на ранее вынесенное Определение от 15 января 2015 г. № 5-О¹⁶ указал, что правовое регулирование отношений, связанных с использованием лесных ресурсов, предполагает также обеспечение сохранности лесного фонда, его рациональное использование и эффективное воспроизводство. Эта правовая позиция, с учетом особенностей лесопользования, по существу является идентичной позиции, выработанной в приведенном выше Постановлении КС РФ от 23 апреля 2004 г. № 8-П, что позволяет сделать вывод о сущностном единстве отношений природопользования, правовое регулирование которых во всем их многообразии, призвано гарантировать народам Российской Федерации рациональное и эффективное использование и охрану земли и других природных ресурсов как естественно-богатства и достояния всенародного значения.

Таким образом, конституционная характеристика природных ресурсов как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории, представляет собой основанное на принципе приоритета публичных интересов конституционное требование организации рационального и эффективного использования и охраны земель и других природных ресурсов, что предполагает как природно-ресурсное обеспечение текущих потребностей социально-экономического развития, так и сохранение природного потенциала для будущих поколений граждан России, а также в качестве значимой составляющей экологического благополучия всего человечества.

Харьков В.Н.,

доцент кафедры гражданского и земельного права

Тульского государственного университета,

кандидат юридических наук, доцент

(г. Тула)

Литература

1. Международное публичное право : сборник документов / составитель и автор вступительной статьи К.А. Бекашев, А.Г. Ходаков. Москва : Бек, 1996. Т. 2.
2. Харьков В.Н. История становления конституционного статуса земель и иных природных ресурсов в Советской и современной России / В.Н. Харьков // История государства и права. 2017. № 4.
3. Харьков В.Н. Обеспечение экологической безопасности и устойчивое развитие как конституционные принципы экологической политики Российской Федерации / В.Н. Харьков // Экологическое право. 2019. № 4.

- ¹ Статья подготовлена при информационной поддержке СПС «КонсультантПлюс».
- ² См.: Указ Президента Российской Федерации от 19 апреля 2017 г. №176 «О Стратегии экологической безопасности Российской Федерации на период до 2025 года»; Указ Президента Российской Федерации от 7 мая 2018 г. № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года»; Паспорт национального проекта «Экология» (утв. президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 24.12.2018 №16) и др. // СПС «КонсультантПлюс».
- ³ См.: Пункт 4 Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 19 июля 2019 г. № 30-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 24.1 Федерального закона «Об отходах производства и потребления» в связи с запросом Арбитражного суда Республики Карелия» // СЗ РФ. 2019. № 30. Ст. 4412.
- ⁴ Всемирная хартия природы (принята 28.10.1982 Резолюцией 37/7 на 48-м пленарном заседании 37-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН) // Международное публичное право : сборник документов. Т. 2. М. : БекК, 1996. С. 132–135.
- ⁵ Декларация Рио-де-Жанейро по окружающей среде и развитию (принята в г. Рио-де-Жанейро 14.06.1992) // Международное публичное право : сборник документов. Т. 2. М. : Бек, 1996. С. 135–138.
- ⁶ Декларация тысячелетия Организации Объединенных Наций (принята в г. Нью-Йорке 08.09.2000 Резолюцией 55/2 на 8-м пленарном заседании 55-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН) // СПС «КонсультантПлюс».
- ⁷ Йоханнесбургская декларация по устойчивому развитию 2002 г. (принята на Всемирной встрече на высшем уровне по устойчивому развитию (г. Йоханнесбург, Южная Африка, 26 августа — 4 сентября 2002 г.). URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/decl_wssd.shtml (дата обращения: 28.10.2019).
- ⁸ Итоговый документ Конференции Организации Объединенных Наций по устойчивому развитию «Будущее, которого мы хотим» (принят Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 27.07.2012 № 66/288). URL: <https://undocs.org/ru/a/66/l.56> (дата обращения: 28.10.2019).
- ⁹ Подробнее см.: Харьков В.Н. Обеспечение экологической безопасности и устойчивое развитие как конституционные принципы экологической политики Российской Федерации // Экологическое право. 2019. № 4. С. 3–6.
- ¹⁰ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 9 января 1998 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности Лесного кодекса Российской Федерации»; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 7 июня 2000 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».
- ¹¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2004 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности Земельного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Мурманской областной Думы» // СЗ РФ. 2004. №18. Ст. 1833.
- ¹² Подробнее см.: Харьков В.Н. История становления конституционного статуса земель и иных природных ресурсов в Советской и современной России // История государства и права. 2017. № 4. С. 44–49.
- ¹³ Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 14 мая 2009 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности положения подпункта «б» пункта 4 Постановления Правительства Российской Федерации «Об утверждении Порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей природной среды, размещение отходов, другие виды вредного воздействия» в связи с запросом Верховного суда Республики Татарстан» // СЗ РФ. 2009. № 22. Ст. 2752.
- ¹⁴ Принцип приоритета публичных интересов в сфере правового обеспечения экологической безопасности был отмечен в качестве основного и в других решениях КС РФ, к примеру, в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 5 марта 2013 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности статьи 16 Федерального закона «Об охране окружающей среды» и постановления Правительства Российской Федерации «Об утверждении

Порядка определения платы и ее предельных размеров за загрязнение окружающей природной среды, размещение отходов, другие виды вредного воздействия» в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Тополь» // СПС «КонсультантПлюс».

- ¹⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 октября 2016 г. № 21-П «По делу о проверке конституционности части 3 статьи 8 Закона Алтайского края «О регулировании отдельных лесных отношений на территории Алтайского края» в связи с жалобой гражданки Г.А. Пенкиной» // СЗ РФ. 2016. № 45 (ч. II). Ст. 6324.
- ¹⁶ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15 января 2015 г. № 5-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Форест-групп» на нарушение конституционных прав и свобод отдельными положениями статей 1, 24, 61, 74, 81, 82, 83, 101 Лесного кодекса Российской Федерации, пунктом 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» и статьей 26.12 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

Совершенствование уголовно-правового регулирования в вопросах уголовной ответственности несовершеннолетних в историческом контексте защиты прав и свобод человека и гражданина Российской Федерации

История развития уголовного права Российской Федерации свидетельствует о политике снисхождения государства к несовершеннолетним правонарушителям путем упрочения гарантий законных интересов данной категории лиц, что нашло свое отражение в выделении в структуре Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) разд. V, посвященного особенностям уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних.

Как справедливо отмечает Е.В. Поводова¹, Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. определяло субъективную составляющую ответственности несовершеннолетних в зависимости от оценки их «способности ко вменению», так, в соответствии со ст. 98, 104, 142, 143 Уложения лица в возрасте до 10 лет признавались невменяемыми, свыше 10 лет — в зависимости от наличия у них «разумения», в возрасте от 14 до 17 лет — «с разумением», в результате чего наказание, назначаемое подросткам, подлежало смягчению с учетом тяжести совершенного деяния на общих основаниях, независимо от его социального статуса, степени психофизиологического развития. Так, согласно Уложению, несовершеннолетнего в возрасте до 15 лет могут отправить отбывать наказание в самые отдаленные районы Севера, что по справедливому мнению многих ученых, среди которых А.Ф. Кистяковский, представляет собой безразличное, необоснованное с точки зрения целесообразности уголовной политики в отношении данной категории лиц отношение государства к лицам, не способным ко вменению². Уголовно-правовая политика в соответствии с УК РСФСР 1922 г. отказалась от института способности ко вменению и предусматривала общий возраст уголовной ответственности — 16 лет, а исключительный возраст — 14 лет представлял собой формальный признак субъекта ответственности, при этом отсутствовала дифференциация при назначении наказания несовершеннолетним, в результате чего определение меры наказания в отношении лиц от 14 до 16 лет осуществлялось в общем порядке, индивидуализация наказания осуществлялась посредством широкого судебного усмотрения. В соответствии со ст. 18 УК РСФСР 1922 г. наказание не применялось к лицам до 14 лет, а также к лицам от 14 до 16 лет, к которым признавалось возможным применить меры медико-педагогического воздействия, не регламентированные уголовным законодательством, при этом в общей части кодекса отсутствовали положения

об особенностях освобождения подростка от уголовной ответственности и наказания, суд мог учесть его возраст, социальную несформированность, психофизические особенности, условия жизни и воспитания, способные повлиять на выбор меры наказания, однако данные обстоятельства не были закреплены в общих началах назначения наказания данной категории лиц.

В первой редакции ст. 25 УК РСФСР 1922 г. несовершеннолетний возраст не включался в перечень смягчающих обстоятельств, что в последствии Постановлением ВЦИК от 11 ноября 1922 г. «Об изменениях и дополнениях Уголовного кодекса Р.С.Ф.С.Р.» был дифференцирован в следующей градации: взрослый, несовершеннолетний от 16 до 18 лет, несовершеннолетний от 14 до 16 лет, либо малолетний до 14 лет, при этом данным постановлением уголовный кодекс был дополнен двумя статьями, ограничивающими судебское усмотрение в вопросах уголовной ответственности данной категории лиц, в частности, подросткам в возрасте от 14 до 16 лет наказание подлежало смягчению на 1/2 против наивысшего установленного соответствующими статьями предела и соответственно подросткам в возрасте от шестнадцати до восемнадцати лет на 1/3³. Статья 33 УК РСФСР 1922 г. была дополнена примечанием, в котором указывалось, что высшая мера наказания не может быть применена к несовершеннолетним и женщинам, находящимся в состоянии беременности.

Нововведения нашли свое законодательное закрепление в ст. 22 УК РСФСР 1926 г., согласно которой несовершеннолетние и женщины, находящиеся в состоянии беременности, не могли быть приговорены к расстрелу, кроме того, в соответствии со ст. 48 этого кодекса данные обстоятельства признавались смягчающими в отношении лиц, нуждающихся в особой социальной защите со стороны государства, при этом снисхождение проявлялось в ограничении судебского усмотрения при определении сроков наказания, в соответствии с УК РСФСР 1922 г., или применении меры социальной защиты, в соответствии с УК РСФСР 1926 г. Так, ст. 56 УК РСФСР 1922 г. закрепляла уголовно-правовую репрессию неограниченного правом принуждения в отношении несовершеннолетних, осужденных к лишению свободы, не достигших достаточного исправления к концу отбытия ими назначенного судом срока наказания: срок пребывания в исправительно-трудовом учреждении по представлению распределительных комиссий мог быть им продлен, но не более чем наполовину первоначального срока наказания, что также нашло законодательное закрепление в УК РСФСР 1926 г. только в отношении лиц, не достигших 18-летия. Данная норма в своей непропорциональной политике назначения наказания несовершеннолетним базировалась на идее классовой дифференциации и отрицании идеи воздаяния за вину в соответствии с общественной опасностью и тяжестью преступления. Статья 50 УК РСФСР 1926 г. регламентировала положения, ограничивающие судебское усмотрение при назначении наказания подросткам в виде лишения свободы или принудительных работ с учетом дифференциации их возраста, что предполагало обязатель-

ное уменьшение срока наказания для лиц от 14 до 16 лет — на половину, а для лиц от 16 до 18 лет — на 1/3, причем срок назначаемой судом меры социальной защиты не должен превышать половины максимального срока, устанавливаемого данным кодексом за совершенное преступление. Таким образом, несовершеннолетний, в силу своей социально-психологической незрелости, выступал объектом принудительного карательного воздействия, не обладая особым статусом субъекта уголовной ответственности как в вопросах «целесообразности» при назначении наказания в период действия УК РСФСР 1922 г., так и УК РСФСР 1926 г.

Между тем ст. 7 УК РСФСР 1926 г. заменила понятие «наказание» мерами социальной защиты судебно-исправительного, медицинского или медико-педагогического характера, применимыми к несовершеннолетним в зависимости от их возрастной категории, а также степени их потенциальной угрозы для общества, представляя собой универсальную форму уголовно-правового воздействия на данную категорию лиц. В частности, к лицам в возрасте до 14 лет применимы исключительно меры медико-педагогического характера, от 14 до 16 лет — добавлялись меры судебно-исправительного характера (ст. 12 УК РСФСР 1926 г.), от 16 лет — меры судебно-исправительного или медицинского характера (ст. 10, 11 УК РСФСР 1926 г.), в случае соответствующих медицинских показаний.

Постановлением ЦИК и СНК от 25 ноября 1935 г. «Об изменении действующего законодательства РСФСР о мерах борьбы с преступностью среди несовершеннолетних, с детской беспризорностью и безнадзорностью» в ст. 12 УК РСФСР 1926 г. было внесено дополнение, существенно расширившее свободу судейского усмотрения в вопросах уголовной ответственности лиц, не достигших 12 лет, утвердив тем самым политику карательного принуждения, отличную от дифференциации ответственности несовершеннолетних субъектов в противовес политике либерализации и снисхождения к молодому поколению страны. Так, согласно данному постановлению, лица, не достигшие 12-летнего возраста, считались субъектами уголовной ответственности за кражу, причинение насилия, телесных повреждений, увечий, убийство или попытку убийства, в результате чего к ним применялись все меры наказания⁴. Указ Президиума Верховного Совета СССР от 10 декабря 1940 г. «Об уголовной ответственности несовершеннолетних за действия, могущие вызвать крушение поездов»⁵ в дополнение к вышеуказанному постановлению регламентировал применение всех мер наказания к подросткам, достигшим 12-летнего возраста за действия, которые могут повлечь крушение поезда.

Идея гуманизма и снисходительной уголовной политики в отношении подростков нашли свое воплощение в УК РСФСР 1960 г., пронизывая практически все институты, относящиеся к категории «ответственность», определяя тем самым особенности уголовной ответственности несовершеннолетних. Так, ч. 1 и 2 ст. 10 Кодекса определялся общий возраст субъекта ответственности — 16 лет и исключительный — 14 лет. Глава четвертая содержала

положения о формальных ограничениях применения к ним отдельных видов наказания, положением ч. 2 ст. 24 УК закреплялся максимальный срок лишения свободы в 10 лет, ч. 6 и 8 ст. 24 УК предусматривалось отбывание лишения свободы в воспитательно-трудовых колониях и запрет на отбывание наказания в тюрьме. Согласно ч. 4 ст. 25 УК к ним не применялась ссылка, а в соответствии с ч. 3 ст. 26 УК — высылка. Часть 2 ст. 23 УК предусматривала запрет на применение смертной казни, в соответствии с ч. 3 ст. 24 УК при решении вопроса о признании лица особо опасным рецидивистом не учитывались судимости за преступления, совершенные в несовершеннолетнем возрасте, при назначении наказания несовершеннолетний возраст лица законодательно отнесен к смягчающим обстоятельствам.

Вопросы уголовной ответственности несовершеннолетних по УК РСФСР 1960 г. были ориентированы на международно-правовые стандарты и соответствовали Пекинским принципам «охранительной ориентации» и «социальной насыщенности» правосудия в отношении несовершеннолетних.

Таким образом, политика советского уголовного права была направлена на сужение уголовной ответственности несовершеннолетних за преступления, не представляющие большой общественной опасности, закрепляя более действенные формы воспитательного воздействия на подрастающее поколение страны с минимизацией репрессивных методов воздействия на правосознание подростка⁶. История российского законодательства в вопросах уголовной ответственности несовершеннолетних отмечена опытом снисхождения, некарательного принудительного воздействия на сознание незрелого субъекта с целью предотвращения в дальнейшем совершения им новых преступлений.

Совершенствование уголовно-правового регулирования в вопросах уголовной ответственности несовершеннолетних нашло свое отражение в УК РФ 1996 г., где закреплены особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних в разд. V гл. 14 (ст. 87–96 УК).

Как отмечает А.И. Чучаев, выделение особой главы об уголовной ответственности несовершеннолетних по своей природе и содержанию восполнило пробел между уголовным и уголовно-процессуальным законодательством в целом⁷. Необходимость учета возрастных, психологических, интеллектуальных, социальных, физических особенностей развития несовершеннолетнего при применении мер уголовно-правового характера нашли свою реализацию в отдельном разделе УК РФ, объединив в себе особые правила назначения наказания и применения иных мер уголовно-правового воздействия в отношении данной категории лиц.

Специальные нормы об уголовной ответственности несовершеннолетних в правовом поле государства основаны на принципах законности и целесообразности, справедливости и гуманизма, закрепленных в ст. 38 Конституции России об особой защите детства со стороны государства с учетом международно-правовых обязательств страны.

В трудах А.И. Рарога четко регламентированы аспекты снисхождения к несовершеннолетним как особым субъектам ответственности в системе следующих специальных норм, законодательно закрепленных в соответствующих статьях УК РФ, в частности, о видах наказаний в ст. 88 УК РФ, об особенностях назначения наказания в ст. 89 УК РФ, об особенностях освобождения от ответственности и наказания в ст. 90, 91, 92, 93 УК РФ, об особенностях аннулирования уголовно-правовых последствий преступления и осуждения в ст. 94 и 95 УК РФ, что позволяет говорить об особом социальном статусе подростка в уголовно-правовом поле страны⁸.

Абакшина Н.А.,

аспирант кафедры экономической кибернетики
Донецкого национального университета (ДНР, г. Донецк),
магистр уголовного права
Московского государственного юридического
университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
(г. Москва)

Литература

1. Кистяковский А.Ф. Молодые преступники и учреждения для их исправления, с обзором русских учреждений / А.Ф. Кистяковский. Киев : Университетская тип. (И.И. Завадского), 1878.
2. Поводова Е.В. Принудительные меры воспитательного воздействия: проблемы теории и правового регулирования : диссертация кандидата юридических наук / Е.В. Поводова. Владимир, 2005.
3. Правонарушения несовершеннолетних и их предупреждение : сборник статей / под редакцией Б.С. Волкова. Казань : Изд-во Казанского ун-та, 1983.
4. Уголовное право России. Части Общая и Особенная часть : учебник для бакалавров / ответственный редактор А.И. Рарог. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : Проспект, 2017.
5. Уголовное право. Общая часть : учебник для бакалавров / под редакцией А.И. Чучаева. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Проспект, 2017.

¹ Поводова Е.В. Принудительные меры воспитательного воздействия: проблемы теории и правового регулирования : дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2005.

² Кистяковский А. Ф. Молодые преступники и учреждения для их исправления, с обзором русских учреждений / А.Ф. Кистяковский. К., 1878. С. 10–11.

³ Уголовный кодекс РСФСР. 1922 г. // СУ РСФСР. 1922. № 72–73. Ст. 906.

⁴ Постановление Центрального исполнительного комитета СССР и Совета народных комиссаров СССР от 25 ноября 1935 г. «Об изменении действующего законодательства РСФСР о мерах борьбы с преступностью среди несовершеннолетних, с детской беспризорностью и безнадзорностью» // СУ РСФСР. 1936. № 1. Ст. 1.

⁵ Указ Президиума Верховного Совета СССР от 10 декабря 1940 г. «Об уголовной ответственности несовершеннолетних за действия, могущие вызвать крушение поездов» // ВВС СССР. 1940. № 52. Ст. 54.

⁶ Правонарушения несовершеннолетних и их предупреждение : сборник статей / под ред. Б.С. Волкова. Казань : Изд-во Казанского университета, 1983. С. 16.

⁷ Уголовное право. Общая часть : учебник для бакалавров / под ред. А.И. Чучаева. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2017. С. 416.

⁸ Уголовное право России. Части Общая и Особенная часть : учебник для бакалавров / отв. ред. А.И. Рарог. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2017. С. 279.

Противодействие преступности в «лесной» сфере как обязанность публичной власти (на примере Иркутской области)

Сущностное содержание публичной власти сводится к тому, что благодаря ее деятельности в обществе устанавливается баланс интересов, устраивающий подавляющее большинство его членов. В этом, на наш взгляд, заключается первоочередная ее функция. Указанным обстоятельством институты публичной власти приобретают кредит доверия у общества, за счет которого публичная власть легитимирует свое право на насилие в отношении тех, кто создаваемый баланс интересов нарушает. В ситуации, когда публичная власть не выполняет или не в полной мере выполняет функцию защиты общественных интересов, ее авторитет снижается, а в обществе возрастает уровень недовольства, принимающий самые разнообразные, часто стихийные формы. Данный процесс усиливает развитие современных коммуникационных технологий, за счет которых недостатки в экономической, хозяйственной, правоприменительной и политической практике становятся наиболее заметны.

Одним из наиболее ярких примеров стали лесные пожары в Сибири летом 2019 г., вызвавшие серьезное общественное недовольство¹. Причиной такого возмущения, как нам видится, стал диссонанс между гарантированным ст. 42 Конституции России правом на благоприятную окружающую среду и реальным положением дел в сфере охраны окружающей среды в целом и противодействия преступности в лесной сфере в частности. При этом угроза экологической безопасности оказалась серьезной не только в пределах России, но и в масштабах планеты². На этом фоне отдельные представители публичной власти своими заявлениями лишь увеличивали степень общественного недовольства³.

На сегодняшний день ведущими причинами описанного стихийного бедствия признаны глобальное потепление и незаконная вырубка леса в местах, где произошли пожары⁴.

Если оставить в стороне проблемы глобального потепления, то резюмируя, можно сказать, что публичная власть, по мнению общества, в конкретном случае не выполнила надлежащим образом круг своих обязанностей по противодействию преступности в лесной сфере. Но какие конкретно обязанности в такой ситуации не были выполнены надлежащим образом? Думается, что, по мнению общества, публичная власть через своих представителей обязана своевременно выявлять причины и условия такой преступности, а также постоянно совершенствовать систему мер профилактики.

Разберем более подробно ключевые причины и условия «лесной» преступности, а также направления совершенствования системы профилактики в данном ключе.

В указанном контексте рассуждений Иркутская область является одним из наиболее ярких примеров. Так, на ее территории сосредоточено 8,79 млрд кубометров, или более 12%, запасов лесов Российской Федерации, а доля особо ценных хвойных пород, таких как сосна и кедр, значительна даже в масштабах планеты⁵. При этом проблема декриминализации лесной отрасли как одной из ведущих в экономике Иркутской области остается весьма актуальной. Так, в 2018 г. из Иркутской области было экспортировано 13,5 млн кубометров лесоматериалов на общую сумму свыше 1,4 млрд долл. США.

Среди общего количества зарегистрированных в Сибирском федеральном округе незаконных рубок в 2018 г., более 40% (2 620), совершены в Иркутской области.

Детализированные статистические данные по ст. 260 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) с высокой степенью достоверности отражают общее состояние преступности в лесной отрасли. Так, в среднем более 84% всех зарегистрированных преступлений, связанных с незаконным оборотом леса и лесоматериалов, составляют незаконные рубки леса — ст. 260 УК РФ⁶.

Все оставшиеся в массиве «лесной» преступности составы преступлений так или иначе связаны с фактами незаконных рубок. Например, говоря об общеуголовных преступлениях, следует вспомнить незаконное приобретение, перевозку и хранение леса (ст. 191.1 УК РФ), заводя речь об экономических составах преступлений, следует отметить разного рода превышения должностных полномочий (ст. 286 УК РФ) или взяточничество (ст. 290–292 УК РФ) и т.п.

Проведенный автором анализ позволяет с высокой степенью достоверности утверждать, что на уровне общества **причинами**⁷ совершения преступлений в «лесной» сфере являются дефекты экологического сознания граждан, установки на экстенсивную эксплуатацию окружающей среды в угоду экономическому росту. На групповом уровне это пренебрежительное отношение к обществу и государству, отдельным гражданам, извращенные установки, направленные на групповое обогащение за счет эксплуатации вверенных природных ресурсов, потребительское отношение к окружающей среде. На этом же уровне существуют изъяны экономического сознания, связанные с установкой обогатиться любой ценой, без учета любых, даже самых очевидных долгосрочных негативных последствий для окружающей среды. На индивидуальном уровне — это недоверие к государственным институтам, неверие, что они действительно способны обеспечить и реализовать рациональное использование лесных ресурсов. Здесь же деформации экономического сознания, связанные с тем, что легально заработать достойные деньги иным, кроме участия в нелегальной вырубке леса, способом в сложившихся условиях невозможно.

Описанные причины сформированы условиями социально-экономического, законодательного и правоприменительного характера, **решать которые — задача публичной власти.**

Среди социальных причин, обуславливающих совершение на территории региона незаконных рубок леса, является низкий уровень жизни местного населения на фоне наличия значительных лесных ресурсов и невозможности найти легальную работу. Так, например, на территории Чунского района уровень безработицы практически в три раза превышает среднеобластной, при этом объем лесных ресурсов в расчете на одного жителя района также вдвое больше, чем в среднем в регионе⁸. Как результат, удельный вес зарегистрированных незаконных рубок (ст. 260 УК РФ) на территории указанного района ежегодно больше усредненных значений в 4–5 раз (25–30% против 4–6% по Иркутской области в целом).

На фоне высокой безработицы количество предприятий, занимающихся переработкой древесины в «лесных» районах области, сокращалось либо увеличивалось несущественно. В целом по области количество лесоперерабатывающих предприятий сократилось с 1995 по 2018 гг. в 16,8 раза (с 725 до 43), в то время как количество лесозаготовительных, напротив, выросло в 1,14 раза (1 550 до 1 777)⁹.

На этом фоне уровень жизни населения в «лесных» районах области оставался низким. По данным Иркутскстата, среднемесячная заработная плата в отдаленных от областного центра районах Иркутской области существенно ниже среднеобластной. При этом в отдельных случаях разница в размере оплаты труда доходит до 80% (1,8 раза; сравнение г. Иркутска и Куйтунского района).

В совокупности с безнаказанностью нелегальные лесозаготовки остаются едва ли не единственной возможностью заработать для местных жителей. О низком уровне жизни большинства лиц, непосредственно совершающих незаконные рубки, также свидетельствуют данные статистики. Так, подавляющее большинство лиц, выявленных за незаконные рубки, являлись безработными — около 80%. Существенным было число рабочих — около 14%. Доля предпринимателей была незначительной — чуть выше 1%. На этом фоне жители других регионов России практически не совершают незаконных рубок на территории Иркутской области, их удельный вес был менее 0,5%.

Таким образом, можно сделать вывод, что в совершение незаконных рубок вовлечено, как правило, местное население с низким уровнем жизни, которое не может заработать деньги другими легальными способами.

Следующим способствующим условием является несовершенство права. Одним из таких примеров можно считать то, что в соответствии с требованиями законодательства¹⁰ у лесозаготовителей имеется возможность вывозить древесину за границу, применяя к дереву незначительную обработку (например, удаление коры). Критерии переработки древесины, подлежащей экспорту, фактически отсутствуют, что дает возможность поставщикам вывозить ее по минимальным таможенным платежам.

Имеются недостатки и в правоприменительной практике. Так, несмотря на средний ежегодный рост регистрации незаконных рубок в Иркутской обла-

сти на 15% и числа преступлений, совершенных в составе ОПГ (+15–20% ежегодно), количество вынесенных приговоров в виде реального лишения свободы виновным лицам остается чрезвычайно низким. За 6 лет (с 2012 по 2018 гг.) такие приговоры были назначены лишь 28 лицам.

В подавляющем большинстве случаев преступники приговариваются к лишению свободы условно. При этом, как показывает практика, зачастую продолжают совершать преступления.

Другой стороной данного процесса является сложность доказывания ч. 2 и 3 ст. 260 УК РФ. Так, отмечены случаи, когда зарегистрированный факт совершения преступления по ч. 3 ст. 260 УК РФ переквалифицируется в суде на менее тяжкий состав (ч. 2 или 1) за счет невозможности доказать необходимый для вменения объем ущерба и (или) совершения преступления группой лиц. Отдельно стоит выделить недостатки, связанные с доказыванием должностных преступлений. Так, одной из ключевых проблем является невозможность вменения ненадлежащего исполнения должностными лицами территориальных отделов агентств лесного хозяйства (далее — АЛХ) своих обязанностей, в действиях (бездействии) которых усматриваются признаки преступления, предусмотренного ст. 293 УК РФ («Халатность»). Ключевой проблемой здесь является отсутствие прямого указания в должностных регламентах руководителей государственных органов обязанностей по охране и защите лесного фонда. Между тем такая обязанность прямо вытекает из сущности деятельности АЛХ в соответствии с положением о министерстве лесного комплекса Иркутской области¹¹. Данная ситуация является крайне коррупциогенной и требует вмешательства со стороны как правительства Иркутской области, так и, возможно, Российской Федерации в части изменения действующего регионального законодательства.

Подытоживая сказанное, отметим, что пути решения проблемы преступности в лесной сфере есть, однако их реализация невозможна без прямого участия публичной власти. Более того, такое участие (в отличие от громких и, очевидно, недальновидных заявлений) является одной из ее обязанностей.

Одним из ключевых направлений по сокращению социальных условий «лесной» преступности является привлечение в проблемные регионы крупных инвесторов, постройка современных деревообрабатывающих предприятий и создание новых рабочих мест, которые логично реализовать в рамках национальных проектов.

Важные правовые изменения необходимы в части внедрения критериев переработки древесины (в сторону увеличения ее степени). Они создадут базовые экономические условия для постройки новых деревообрабатывающих предприятий на территории проблемных регионов и повышения уровня легальной занятости местного населения.

Необходимо также внесение изменений в должностные обязанности специалистов территориальных отделов Агентства лесного хозяйства в сфере

вменения ответственности за непринятие должных мер к обеспечению контроля за закрепленными участками лесных насаждений.

Разумеется, необходим пересмотр структуры правоохранительных органов, занимающихся выявлением, пресечением и расследованием преступлений в сфере лесного комплекса в сторону укрепления количества и качества личного состава. Это создаст предпосылки и ресурсы для совершенствования практики первоначальных следственных действий; наращивания оперативных позиций; повышения качества оперативного сопровождения уголовных дел.

В этом ключе одной из мер по повышению качества расследования уголовных дел могло бы стать создание совместного с представителями следственного комитета координирующего органа, в обязанности которого бы входила проверка законности и обоснованности возбуждения уголовных дел в лесной сфере в отношении должностных лиц. Такая мера способствовала бы объективному исследованию всех обстоятельств того или иного дела, контролю за работой соответствующих органов на данном направлении.

Хочется верить, что произошедшие в 2019 г. стихийные бедствия уже обратили внимание публичной власти на необходимость реализации указанных мер, и в скором времени подход к противодействию преступности в лесной сфере будет качественно пересмотрен, в ином случае нас ожидает череда новых стихийных бедствий.

Анисимов А.Г.,
доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики
Иркутского института филиала Всероссийского
государственного университета юстиции
(РПА Минюста России),
кандидат юридических наук
(г. Иркутск)

Литература

1. Алексеева М. В лесах Иркутской области сосредоточена восьмая часть запасов российской древесины / М. Алексеева // Леспроектформ : журнал профессионалов ЛПК. 2016. № 1 (115).
2. Демченко Н. Дым от пожаров в Сибири достиг США и Канады / Н. Демченко // РБК.ру. 2019. 14 августа.
3. Кузнецова Н.Ф. Проблемы криминологической детерминации / Н.Ф. Кузнецова. Москва : Изд-во Московского ун-та, 1984.
4. Халецкая И. «Жалко до слез!» К чему приведут крупнейшие лесные пожары в Сибири / И. Халецкая, М. Марикян // РИА Новости. 2019. 30 июля.

¹ «Жалко до слез!» К чему приведут крупнейшие лесные пожары в Сибири. URL: <https://ria.ru/20190730/1556981900.html> (дата обращения: 17.10.2019).

² Дым от пожаров в Сибири достиг США и Канады. URL: <https://www.rbc.ru/society/01/08/2019/5d42b1ff9a794773f8c45aa8> (дата обращения: 17.10.2019).

- ³ См., например: Против России могли применить климатическое оружие, заявили в Госдуме. URL: <https://gia.ru/20190810/1557365674.html> (дата обращения: 17.10.2019); «Вплоть до экологических катастроф»: Валуев предсказал возможный сценарий попытки смены власти в России. URL: https://tsargrad.tv/news/vplot-do-jekologicheskikh-katastrof-valuev-predskazal-vozmozhnyj-scenarij-popytki-smeny-vlasti-v-rossii_210723 (дата обращения: 17.10.2019); Жириновский назвал одной из возможных причин пожаров «лазеры из-за рубежа». URL: <https://gia.ru/20190801/1557073929.html> (дата обращения: 17.10.2019).
- ⁴ Лесные пожары в Сибири 2019 года. URL: [https://ru.wikipedia.org/wiki/Лесные_пожары_в_Сибири_\(2019\)](https://ru.wikipedia.org/wiki/Лесные_пожары_в_Сибири_(2019)) (дата обращения: 17.10.2019).
- ⁵ См., например: Алексеева М. В лесах Иркутской области сосредоточена восьмая часть запасов российской древесины // Леспроминформ : журнал профессионалов ЛПК. 2016. № 1 (115). URL: <https://lesprominform.ru/jarticles.html?id=4278> (дата обращения: 07.07.2019).
- ⁶ По данным ИЦ ГУ МВД России по Иркутской области и ИЦ ГУ МВД России по Красноярскому краю.
- ⁷ Автор разделяет подход Н.Ф. Кузнецовой к пониманию причин преступности. См.: Кузнецова Н.Ф. Проблемы криминологической детерминации. М. : Изд.-во Моск. ун-та, 1984. С. 13.
- ⁸ Информация о положении на рынке труда в Иркутской области на 1 июня 2019 г. URL: <https://irkzan.ru/Documents/Detail/ace2137a-75b7-4f82-b734-7fc2df7ac8bf/> (дата обращения: 07.07.2019).
- ⁹ По данным агентства лесного хозяйства Иркутской области.
- ¹⁰ Постановление Правительства Российской Федерации от 30 августа 2013 г. № 754 (ред. от 07.09.2019) «Об утверждении ставок вывозных таможенных пошлин на товары, вывозимые из Российской Федерации за пределы государств — участников соглашений о Таможенном союзе, и о признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 36. Ст. 4582.
- ¹¹ См.: Постановление Правительства Иркутской области от 31 марта 2016 г. № 178-пп «О министерстве лесного комплекса Иркутской области» (вместе с Положением о министерстве лесного комплекса Иркутской области) // Областная. 2016. 6 апреля.

О конституционном принципе «не дважды за одно и то же»

Запрет на преследование дважды за одно и то же преступление возник в древние античные времена. О нем упоминал Демосфен (355 г. до н.э.), и он записан в Дигестах Юстиниана (533 г.): «Правитель не должен допускать, чтобы повторно осуждали за преступление того, кто в нем уже обвинялся, но был оправдан»¹. Этот принцип сохранился как римская правовая традиция в раннем каноническом праве. В «Повести временных лет», наиболее раннем из дошедших до нас древнерусских летописных сводов начала XII в., говорится: «Так Господь сотворил нам: создал нас и падших поднял. Адамово преступление простил, нетление даровал и свою кровь за нас пролил. Вот и нас видя в неправде пребывающими, навел на нас эту войну и скорбь, чтобы и те, кто не хочет, в будущей жизни получили милость; потому что душа, наказываемая здесь, всякую милость в будущей жизни обрящет и освобождение от мук, ибо не мстит Господь дважды за одно и то же»².

В XIII в. этот принцип был положен в основу традиции общего права в трудах Генри де Брэктона³ и формулировался как «*nemo debet bis puniri pro uno delicto*» (никто не должен быть наказан дважды за одно преступление). В эпоху ранних английских королей он игнорировался, но отношение к нему изменилось во времена Генриха II, когда наказания в Англии стали очень жестокими: смерть или увечья предусматривались почти за любое преступление, совершенное повторно. В 1164 г. архиепископ Англии Томас Беккет, впоследствии канонизированный Католической церковью, не подчинился Генриху II и отказался подписать «Кларендонские конституции», существенно ограничивавшие привилегии церкви. При этом он ссылался на принцип канонического права «не дважды за одно и то же», так как, согласно конституциям, клирики должны были быть судимы дважды за одно и то же преступление — как церковным, так и светским судом. Конфликт с королем привел к убийству Беккета рыцарями, но Генрих II пришел на могилу Беккета с покаянием и сохранил клирикам привилегию церковного суда, положив в 1172 г. начало универсальному принципу «*non bis in idem*».

Позже эта доктрина получила развитие в работах английских юристов Сэра Эдварда Коука (1628 г.), Сэра Мэтью Хейла (1736 г.), Сэра Уильяма Блэкстона (1769 г.) и, в отличие от римского права, ограничивалась исключительно уголовными делами. Она не предоставляла абсолютной защиты от повторного осуждения, а содержала условия по трем категориям: ранее осужден, ранее оправдан, ранее помилован. В дальнейшем в Великобритании концепция «*non bis in idem*» была расширена и перестала ограничиваться, как у Блэкстона, фелониями, но ее необходимое условие — наличие вступившего в силу решения о виновности или оправдании — сохранилось до настоящего времени.

В 1789 г. в США Джеймс Мэдисон представил Конгрессу поправки к Конституции, которые в 1791 г. составили Билль о правах. Принцип «никто не должен за одно и то же преступление дважды подвергаться угрозе нарушения телесной неприкосновенности или лишения жизни» был включен в пятую, а затем в четырнадцатую поправку и имел прямую связь с «универсальной максимой общего права» Блэкстона. Джеймс Мэдисон расширил определение принципа, сделав его применимым ко всем уголовным преступлениям, а не только к тем, которые карались смертной казнью. В 1905 г. для этого принципа был введен термин «double jeopardy», он предоставляет обвиняемым защиту в случаях повторного обвинения за одно и то же преступление после оправдания, после осуждения и при наложении более одного наказания за одно и то же преступление. Верховный суд США указал, что идея принципа «double jeopardy» заключается в том, чтобы препятствовать в злоупотреблениях превосходящим ресурсам государственного обвинения, защищать людей от финансовых, эмоциональных и социальных последствий судебных преследований, исключить из судебного усмотрения возможности применения кумулятивных наказаний, сохранять законченность и целостность уголовного процесса и предотвращать осуждение невиновных, что имеет непоправимые последствия, а потому крайне подрывает доверие к судебной системе.

Принцип «не дважды за одно и то же» нашел свое отражение и в российском Уставе уголовного судопроизводства 1864 г. Согласно ст. 21 «оправданный вошедшим в законную силу приговором не может быть вторично подвергнут следствию и суду по тому же самому преступлению, если бы даже открылись к его изобличению новые обстоятельства»; ст. 22: «присужденный вошедшим в законную силу приговором к наказанию или взысканию не может быть вновь судим по тому же делу, хотя бы впоследствии были обнаружены обстоятельства, увеличивающие его вину». В соответствии со ст. 23 действие этого принципа ограничивалось, «если судом будет признано, что прежде состоявшийся приговор был последствием подлога, подкупа или иного преступления».

В советской науке о праве доктрина «не дважды за одно и то же» не получила научного внимания и не нашла применения в советском уголовном праве, о чем свидетельствуют многочисленные неоднократные осуждения во время массовых политических репрессий.

Как универсальный международный принцип — принцип «не дважды за одно и то же» был сформулирован в 1966 г. в п. 7 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах: «Никто не должен быть вторично судим или наказан за преступление, за которое он уже был окончательно осужден или оправдан в соответствии с законом и уголовно-процессуальным правом каждой страны».

В 1984 г. этот принцип был реализован в ст. 4 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод: «Никто не должен быть повторно судим или наказан в уголовном порядке в рамках юрисдикции одного и того же государства за преступление, за которое уже был оправдан или осужден»⁴.

Этот принцип закреплен в ст. 9 Устава Международного трибунала по Руанде и в ст. 10 Устава Международного трибунала по бывшей Югославии, согласно которым национальным судам запрещается осуждать за деяния, за которые виновные уже были судимы Международным трибуналом. Он содержится в ст. 20 Римского статута международного уголовного суда, согласно которой никто не может быть судим за преступление, в отношении которого он уже был признан виновным или оправдан.

Поскольку Российская Федерация участвует в Международном пакте о гражданских и политических правах, в соответствии со ст. ст. 15 ч. 4 Конституции Российской Федерации этот принцип является частью российского национального законодательства и содержится в Конституции России 1993 г. в ч. 1 ст. 50: «Никто не может быть повторно осужден за одно и то же преступление», в ч. 2 ст. 6 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ): «Никто не может быть повторно привлечен к уголовной ответственности за одно и то же преступление».

В современной российской науке о праве принцип «не дважды за одно и то же» не получил дальнейшего развития и может нарушаться в случаях преследования лиц за различные деяния, содержащие признаки одного и того же преступления, или при пересмотре вынесенных судебных решений в силу новых или вновь открывшихся обстоятельств.

В частности, он нарушается административной и иной преюдицией и нечетким распределением составов преступлений и административных правонарушений. Административная и дисциплинарная преюдиции означают наличие возможности привлечения к уголовной ответственности только при наличии у лица, совершившего противоправное деяние, привлечения к административной или дисциплинарной ответственности за одно или несколько указанных деяний, совершенных ранее. Общественная или иная преюдиция заключается в применении к лицу мер общественного воздействия или иного фиксирования совершения им такого деяния ранее. В настоящее время в УК РФ и Кодексе об административных правонарушениях Российской Федерации (далее — КоАП РФ) предусмотрены только административная преюдиция и иная преюдиция, заключающаяся в установлении уголовной ответственности за деяние, совершенное неоднократно, независимо от привлечения за него к административной ответственности. Дисциплинарная и общественная преюдиции предусматривались законодательством СССР, РСФСР, других союзных республик и России до 1996 г. Дисциплинарная преюдиция предусмотрена в законодательстве ряда стран СНГ. В России общественная и дисциплинарная преюдиции были отменены при вступлении в силу УК РФ 1996 г. Любой из указанных видов преюдиции нарушает принцип «не быть судимым дважды за одно и то же», поскольку лицо, привлекаемое к уголовной ответственности за деяние, совершенное повторно, фактически привлекается одновременно к более строгой ответственности, учитывающей именно повторное совершение деяния, и к уголовной ответственности за пре-

ступление, совершенное впервые, учитывая отнесение первого деяния к правонарушениям, не являющимся преступлениями. Таким образом, лицо наказывается одновременно за совершение административного правонарушения или иного противоправного деяния и за совершение преступления впервые, что и означает наказание дважды за одно и то же.

Примерами административной преюдиции в УК РФ являются нормы о побоях (ст. 6.1.1 КоАП РФ и ст. 116 .1 УК РФ), мелком хищении в размере более одной тысячи, но не более двух тысяч пятисот рублей (ч. 2 ст. 7.27 КоАП РФ и ст. 158.1 УК РФ), продаже несовершеннолетнему алкогольной продукции (ч. 2.1 ст. 14.16 КоАП РФ и ст. 151.1 УК РФ), незаконной продаже алкогольной или спиртосодержащей пищевой продукции (ч. 2 ст. 14.17.1 КоАП РФ и ст. 171.4 УК РФ) и о ряде других противоправных деяниях. Примерами иной преюдиции являются нормы о незаконном усыновлении (удочерении) и незаконном использовании средств индивидуализации товаров, работ или услуг (ст. 154 и 180 УК РФ), предусматривающие уголовную ответственность за данные деяния, совершенные неоднократно, независимо от привлечения виновного лица к административной или иной ответственности либо применения к нему каких-либо предупредительных или репрессивных мер. Уголовная ответственность за указанные деяния наступает как в случае совершения не менее двух деяний в течение одного года независимо от того, привлекалось ли лицо к административной ответственности или нет, так и в случае одновременного их совершения. Учитывая отсутствие в части норм об административной ответственности за данные деяния (ст. 5.37 и ч. 1 ст. 14.10 КоАП РФ) критериев их отграничения от соответствующих преступлений и запрета привлечения лица, совершившего не менее двух указанных деяний, сразу именно к уголовной ответственности, не исключается привлечение лица за совершение одного и того же деяния к административной и уголовной ответственности или привлечение сразу к уголовной ответственности без рассмотрения вопроса о привлечении к административной ответственности за первое деяние. Это нарушает принцип «не дважды за одно и то же», поскольку лицо наказывается дважды за совершение деяния, предусмотренного одной нормой закона. Понятие преюдиции в уголовном праве противоречит ст. 14 УК РФ, определяющей общественную опасность деяния как неотъемлемый признак преступления, поскольку общественная опасность деяний определяется не их количеством или привлечением к ответственности за одно или несколько деяний, а тяжестью причиненного вреда или совокупностью обстоятельств, свидетельствующих о высокой степени опасности деяния, причинившего вред или создавшего угрозу его причинения. Поэтому совершение деяния два или более раза не может во всех предусмотренных законом случаях влечь уголовную ответственность.

Для соблюдения принципа «не дважды за одно и то же» необходимо внесение в КоАП и УК РФ изменений, исключающих привлечение к уголовной ответственности только за факт совершения двух или более деяний, установ-

ливающих четкие критерии отграничения друг от друга противоправных деяний по степени их опасности и вводящих определения общественной опасности деяния и его малозначительности как признаков, четко отграничивающих преступления от иных правонарушений.

Бухалов В.И.,
выпускник Московского государственного
юридического университета имени О.Е. Кутафина
(МГЮА),
член Содружества выпускников МГЮА
(г. Москва)

Литература

1. Повесть временных лет / перевод Д.С. Лихачева. URL: <http://old-russian.chat.ru/01povest.htm>.

References

1. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 7. The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century / A. Padovani, P.G. Stein. Springer, 2007.
2. Digest of Justinian. Book 48 // The Civil Law, including the Twelve tables : the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo / translated from the original Latin, edited, and compared with all accessible systems of jurisprudence ancient and modern, by S.P. Scott. Cincinnati, Central Trust Co., 1932. URL: https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D48_Scott.htm

¹ Digest of Justinian. Book 48. Title 2. Note 7 (2). URL: https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D48_Scott.htm

² Повесть временных лет. URL: <http://old-russian.chat.ru/01povest.htm>

³ A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 7. The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century / A. Padovani, P.G. Stein. 2007.

⁴ Международные стандарты защиты прав человека и уголовное правосудие. URL: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/roli/russia/russia-int-standards-crim-justice-manual-ru.authcheckdam.pdf>

Провокационно-подстрекательская деятельность сотрудников правоохранительных органов на примере статьи 290 УК РФ

В российском уголовном праве особое внимание уделяется субъективной стороне преступления. Исходя из психического отношения лица к совершенному деянию правоприменитель дает уголовно-правовую оценку его действиям, по этой причине провокация преступления со стороны представителей правоохранительных органов является недопустимой.

В Уголовном кодексе Российской Федерации (далее — УК РФ) понятие «провокация» вводится в ст. 304 УК РФ «Провокация взятки, коммерческого подкупа либо подкупа в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд». На настоящий момент указанный состав является единственным, устанавливающим уголовную ответственность за неправомерные действия сотрудников правоохранительных органов, спровоцировавших лицо к совершению преступления.

В соответствии со статистическими данными Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации (далее — Судебный департамент ВС РФ), привлечение к уголовной ответственности по указанной статье является экстраординарным событием. Так, в 2016 г. было вынесено 2 обвинительных приговора по ст. 304 УК РФ, в 2017 г. — 6, в 2018 г. — 0. В то же время число лиц, осужденных по ст. 290 УК РФ «Получение взятки», составило в 2016 г. 1 333, в 2017 г. — 1 293, в 2018 г. — 1 251¹.

Приведенные статистические данные являются свидетельством того, что ст. 304 УК РФ фактически не применяется в правоприменительной практике на территории Российской Федерации, что вызвано двумя основными причинами:

1. В исследуемой статье закреплён неполный перечень составов преступлений, к совершению которых лицо может быть спровоцировано сотрудниками правоохранительных органов. Уголовная ответственность установлена исключительно за провокацию к получению взятки, коммерческого подкупа либо подкупа в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд, при этом провокация к совершению иных запрещённых уголовным законом деяний не является преступлением по смыслу ст. 304 УК РФ.

В качестве примера можно привести отсутствие уголовной ответственности для сотрудников правоохранительных органов за провокацию преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических веществ. Провокация преступления не может являться преступной для отдельных составов, предусмотренных УК РФ. Указанный состав необходимо сделать универсальным,

поскольку неправомерные действия сотрудников правоохранительных органов, выразившиеся в провокации к совершению преступления, обладают высоким уровнем общественной опасности и способны нанести существенный вред интересам лица, в отношении которого на незаконных основаниях начато уголовное преследование.

2. Статья 304 УК РФ не является эффективной уголовно-правовой конструкцией, поскольку состав, изложенный в диспозитивной части, логически не соответствует названию указанной статьи. Нелогичное описание элементов состава создает непреодолимые препятствия к доказыванию факта провокации преступления.

В диспозиции исследуемой статьи провокацией взятки называется **попытка передачи** должностному лицу **без его согласия денег**, иного имущества или оказания ему услуг имущественного характера **в целях искусственного создания доказательств совершения преступления или шантажа**.

Закрепленное в тексте статьи словосочетание «попытка передачи» исключает возможность привлечения сотрудников правоохранительных органов к уголовной ответственности, предусмотренной ст. 304 УК РФ, в случае если должностное лицо, действующее в условиях провокации, приняло денежные средства или иное имущество.

Указанная проблема подмены понятий выделяется многими учеными, в том числе В.Н. Борковым, который считает, что термин «провокация» не точно отражает содержание преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ. Виновные в данном случае не провоцируют должностное лицо к получению взятки, а создают искусственные доказательства².

Обозначенную проблему попытался разрешить Пленум Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ), изложив в п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 9 июля 2013 г. № 24 «О судебной практике по делам о взятках и об иных коррупционных преступлениях» следующую позицию: *«От преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ, следует отграничивать подстрекательские действия сотрудников правоохранительных органов, спровоцировавших должностное лицо или лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, на принятие взятки или предмета коммерческого подкупа»³.*

Таким образом, Пленум ВС РФ ввел новое понятие в уголовно-правовую систему — **«подстрекательские действия сотрудников правоохранительных органов»**, совершение которых с большой степенью вероятности не образует отдельный состав преступления, но, при наличии грубейших нарушений со стороны должностного лица, может быть квалифицировано по ст. 285 УК РФ «Злоупотребление должностными полномочиями».

Еще более интересную оценку Пленум ВС РФ дал действиям должностного лица, в отношении которого была совершена провокация сотрудниками правоохранительных органов. В соответствии с позицией Пленума ВС РФ в действиях должностного лица, подвергнутого провокации, отсутствует со-

став преступления, а его действия не могут расцениваться как уголовно наказуемое деяние⁴.

Поскольку подстрекательские действия совершаются в нарушение требований ст. 5 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» № 144-ФЗ, устанавливающей абсолютный запрет подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий, при наличии обстоятельств, свидетельствующих о том, что без вмешательства сотрудников правоохранительных органов умысел на получение взятки не возник бы и преступление не было бы совершено, уголовное дело в отношении должностного лица подлежит прекращению на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ ввиду отсутствия состава преступления.

На основании изложенного можно привести следующую иерархию возможных действий сотрудников правоохранительных органов при выявлении и пресечении преступлений, предусмотренных ст. 204, 290 УК РФ: 1) законные действия; 2) подстрекательские действия; 3) провокация взятки или коммерческого подкупа.

Уголовным законом устанавливается ответственность за совершение провокации взятки или коммерческого подкупа, однако подстрекательские действия сотрудников правоохранительных органов не образуют очевидного состава преступления. В то же время именно подстрекательские действия несут в себе наибольшую угрозу ввиду своей широкой распространенности.

Преступные деяния, связанные с дачей взятки или совершением коммерческого подкупа, могут быть выявлены на основании заявления о преступлении или явки с повинной, однако наиболее распространенной формой выявления является проведение оперативных мероприятий (далее — ОРМ), в ходе которых взяткополучатель и (или) взяткодатель совершают покушение на дачу (получение) взятки. Именно в условиях проводимого ОРМ должностное лицо, получающее взятку, с высокой степенью вероятности может испытывать на себе влияние подстрекательских действий со стороны сотрудников правоохранительных органов, проводящих ОРМ.

О распространенной практике применения оперативного эксперимента пишет С.Ю. Шукин в статье «Использование оперативного эксперимента для изобличения взяточников», так, по мнению автора, «при осуществлении оперативного эксперимента с целью задержания взяточника с личным применяется тактический прием — «от преступника к преступлению», который заключается в наличии достоверной информации о том, что должностное лицо занимается преступной деятельностью, но конкретный факт преступления предстоит установить экспериментальным путем»⁵. Примечательно, что автор приведенной статьи, говоря о об оперативном эксперименте, не описывает преступную роль взяткодателя, что является прямым свидетельством того, что взяткодатель является участником оперативного эксперимента.

Учитывая, что в большинстве ОРМ взятокодатель сотрудничает с сотрудниками правоохранительных органов, наличие самого события преступления «дача взятки» ставится под сомнение, поскольку нет реальной угрозы посягательства на какой-либо охраняемый уголовным законом объект общественных отношений. Само событие преступления могло не совершиться в реальной жизни, если бы не было вмешательства со стороны правоохранительных органов, например, взятокодатель мог добровольно отказаться от совершения преступления или не довести преступление до конца по независящим от него обстоятельствам.

Как справедливо отмечал В.Н. Борков, провокация представляет собой деятельность, направленную на формирование у потерпевшего намерения получить взятку, на склонение его к совершению преступления⁶. В результате данного воздействия у провоцируемого лица утрачивается свобода умысла, претерпевает изменения волевой аспект субъективной стороны состава преступления, предусмотренного ст. 290 УК РФ.

Уголовное наказание должностному лицу, получившему взятку под влиянием подстрекательских действий сотрудников правоохранительных органов, не может быть справедливым, если будет назначено в соответствии с санкцией ст. 290 УК РФ, со ссылкой на ст. 30 УК РФ, как за покушение на получение взятки. Автор настоящей статьи разделяет позицию В.С. Комиссарова и П.С. Яни, предлагающих рассматривать провокационно-подстрекательскую деятельность сотрудников правоохранительных органов в качестве нового, пока не отраженного в гл. 8 УК РФ обстоятельства, исключающего преступность деяния, совершенного лицом, в отношении которого эта деятельность осуществлялась⁷.

Также предлагается внести изменения в ст. 61 УК РФ, дополнив ч. 1 указанной статьи пунктом «Совершение преступления в результате провокационно-подстрекательских действий сотрудников правоохранительных органов». Предполагается, что суд, в зависимости от масштабов провокации, будет принимать решение о прекращении уголовного дела в отношении лица, подвергнутого незаконному воздействию, или же о назначении наказания с учетом смягчающих обстоятельств.

Вопрос об уголовной ответственности сотрудников правоохранительных органов, совершивших провокационно-подстрекательские действия, также требует разрешения. Статья 304 УК РФ не является эффективной, поскольку охватывает чрезвычайно узкий состав преступления, а именно провокацию к получению взятки или коммерческого подкупа. Как уже отмечалось автором настоящей статьи, недопустимо устанавливать уголовную ответственность за провокацию только к двум преступлениям, предусмотренным УК РФ. Норма должна быть либо универсальной, либо подлежать исключению из уголовного закона. В случае исключения ст. 304 УК РФ действия сотрудников правоохранительных органов, совершивших провокацию либо провокационно-подстрекательские действия, следует квалифициро-

вать в соответствии со ст. 285 УК РФ, поскольку, в данном случае, в их действиях присутствуют все признаки злоупотребления должностными полномочиями.

Зенцова В.М.,
аспирант кафедры конституционного
и административного права факультета права
Национального исследовательского университета
«Высшей школы экономики» (НИУ ВШЭ),
адвокат в Московской коллегии адвокатов «Карабанов и партнеры»
(г. Москва)

Литература

1. Аюсинов А.Е. Особенности уголовно-правовой конструкции статьи 304 Уголовного Кодекса РФ («Провокация взятки или коммерческого подкупа») / А.Е. Аюсинов // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2014. № 4 (28).
2. Борков В.Н. Квалификация провокационно-подстрекательских действий сотрудников правоохранительных органов / В.Н. Борков // Уголовное право. 2015. № 1.
3. Ермаков С.Е. Вопросы уголовно-правовой квалификации по статье 304 УК РФ действий сотрудников оперативных подразделений, допустивших провокацию / С.Е. Ермаков // Вестник Восточно-Сибирского института Министерства внутренних дел России. 2019. № 2 (89).
4. Комиссаров В.С. Провокационно-подстрекательская деятельность в отношении должностного лица как обстоятельство, исключающее ответственность за получение взятки / В.С. Комиссаров, П.С. Яни // Законность. 2010. № 9.
5. Шукин С.Ю. Использование оперативного эксперимента для изобличения взяточников / С.Ю. Шукин // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2016. № 5.

¹ URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79>

² Борков В.Н. Квалификация провокационно-подстрекательских действий сотрудников правоохранительных органов // Уголовное право. 2015. № 1

³ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 июля 2013 г. № 24 г. Москва «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях». П. 34. Абз. 1.

⁴ Там же. П. 34. Абз. 3.

⁵ Шукин С.Ю. Использование оперативного эксперимента для изобличения взяточников // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2016. № 5.

⁶ Борков В.Н. Указ. соч.

⁷ Комиссаров В.С., Яни П.С. Провокационно-подстрекательская деятельность в отношении должностного лица как обстоятельство, исключающее ответственность за получение взятки // Законность. 2010. № 9.

Деструктивное воздействие насилия и жестокости на сознание молодежи в сфере культуры

Спецификой современной эпохи является доминирование влияния средств массовой коммуникации с использованием современных технологий над иными факторами социализации молодежи. В 1948 г. американский ученый Г. Лассуэлл выделил ее основные функции: регулирующую, информационную и познавательную-культурологическую, обеспечивающую хранение и переход культурных ценностей от поколения к поколению, или функцию преемственности культуры. СМИ ретранслируют информацию о наиболее значимых событиях в сфере культуры, а таковыми нередко становятся скандальные произведения искусства, в том числе эксплуатирующие тему насилия и жестокости.

Размывание традиционных российских духовно-нравственных ценностей путем внешней культурной и информационной экспансии (включая распространение низкокачественной продукции массовой культуры), пропаганды вседозволенности и насилия отнесено Стратегией национальной безопасности Российской Федерации¹ к угрозам национальной безопасности в области культуры (п. 79). В Стратегии подчеркивается первостепенная роль культуры в сохранении и приумножении традиционных российских духовно-нравственных и культурных ценностей и укреплении национальной безопасности России в области культуры (п. 80, 82). Именно поэтому проблемы деструктивного влияния современного информационного пространства, в том числе «загрязненного» в результате творческой деятельности, на становление личности детей и подростков заслуживают специального научного анализа.

Лонгитюдное исследование, проведенное лабораторией социально-правовых исследований и сравнительного правоведения Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, свидетельствует о том, что засилье кинофильмов и телевизионных передач с изображением сцен насилия и жестокости способствовали значительному росту толерантности студенческой молодежи по отношению к антиобщественному поведению за исследуемый 10-летний период². Негативное, осуждающее восприятие массовым сознанием поведения, ранее считавшегося социально неприемлемым, ненормативным и, следовательно, асоциальным, все более трансформируется в лояльное и одобрительное. В большей степени молодежь уже относится к нему как к допустимому, нормотипичному, а некоторая часть, особенно подростки, — даже как к эталонному, в результате навязчивого транслирования его образцов в теле- и видеопродукции, произведениях литературы и искусства.

Так, число студентов, полагающих, что указанные факторы воздействия способствует привыканию к преступности и антиобщественному поведению, сократилось с 67 до 49%, тем самым доказывая: регулярный просмотр насиль-

ственного контента, ставший привычным для значительной части молодежи, уже не вызывает дискомфорта, начинает восприниматься как правомерное поведение, атрофирует чувство эмпатии. Подтверждением данной тенденции является сокращение доли студентов, полагающих, что указанные произведения порождают злость, раздражение и агрессивность и побуждают к насилию и жестокости по отношению к окружающим (с 69 до 47% и с 65 до 43% соответственно).

Привыкание, равнодушие респондентов к насилию свидетельствуют об очерствении души, неспособности к сопереживанию, нивелированию ценности человеческой жизни и, следовательно, изменению ценностно-нормативных установок на уровне общественного сознания. Как справедливо отметил С.Н. Ениколопов, «культурное насилие ведет к тому, что все другие проявления насилия начинают выглядеть и восприниматься как справедливое, или, во всяком случае, не дурное дело. Можно установить каузальную связь от культурного через структурное к прямому насилию. Это те случаи, когда культура, в том числе и СМИ, проповедуют, учат, заставляют рассматривать агрессию, эксплуатацию и репрессии в качестве нормальных и естественных явлений или не замечать их вовсе»³.

На рубеже веков деятели культуры, полагавшие, что обладают не только правом на свободу творчества, но и повышенной социальной ответственностью в сфере культурного просвещения и воспитания, не раз обращали внимание на данную проблему. Александр Розенбаум в одном из своих интервью заявлял: «Нельзя так прибивать народ своей же страны! Я не призываю скрывать плохое, но зачем же ежедневно сливать столько расчлененки и чернухи в главной новостийной программе страны?»⁴ На II съезде Союза кинематографистов России (1994 г.) Сергей Соловьев в своем выступлении вину в создавшейся ситуации возложил в том числе и на интеллигенцию в сфере культуры: «Мы сами способствовали превращению отечественного кинопроката в отвратительную общемировую помойку».

Леонид Филатов отмечал, что и в кинематографе, и в художественной литературе «...количество пошлых и бездарных произведений множится с такой удручающей скоростью, что скрыться от них невозможно... Это ужасно, это формирует вкус нации»⁵. Любимый публикой артист и талантливый писатель в начале века обращал внимание на тот факт, что предложение способствует появлению и формированию потребительского спроса в противовес тезису о том, что именно спрос рождает предложение, гиперболизирующему агрессивность природы человека. Еще в прошлом веке известный американский ученый Герберт Шиллер в своей работе «Манипуляторы сознанием» опроверг миф об агрессивном и хищническом характере природы человека, которым пытались оправдать засилье жестокости и насилия в американских средствах массовой информации.

Произведения культуры предлагают зрителю, читателю разнообразную, многоплановую, при этом не всегда высокого художественного качества

картину мира. Насилие при этом стало неким трендом, который культивируется в кинотворчестве, театральном искусстве, живописи, акционизме и других видах искусства, деформируя до неузнаваемости реальное мировосприятие. За последние четверть века СМИ приучили свою аудиторию к тому, что поглощается, в первую очередь, негативная информация, следствием чего является развитие девиаций, появление их новых форм, смещение нормы в сторону патологии. Как представителями деятелей культуры, СМИ, так и некоторыми учеными предлагается вывод: насилие востребовано населением, представители культуры лишь пытаются отвечать на социальный запрос. Таким образом, спрос порождает предложение произведений культуры, напичканных жестокими, кровавыми сценами и сексуальным насилием.

В научной литературе отмечается, что такой подход ведет к недооценке разрушительной силы таких явлений, как манипулирование, внушение, пропаганда⁶, использующихся, как правило, в коммерческих интересах. Влияние этих методов воздействия на общественное сознание может быть более разрушительны, чем прямое физическое воздействие, так как они закладывают глубинные деформации общественного сознания, проявляющиеся в девиантных формах поведения и имеющие тенденцию к усилению негативного проявления. При этом, по результатам опроса ФОМ 2015 г., подавляющее большинство граждан нашей страны (82%) считают, что государство должно контролировать содержание художественных произведений⁷.

Засилье сцен насилия и жестокости с неизбежностью оказывает влияние на несформированную психику подростков и молодежи, выработавших привычку постоянно находиться в потоке информации, воздействующей не только на сознание, но и на подсознание личности. Ее лавинный поток не позволяет во времени ее осмыслить, оценить, тем самым уничтожает саму возможность индивидуального восприятия услышанного, увиденного и прочитанного⁸, что с неизбежностью приводит к потере объективного восприятия мира. И мир предстает перед индивидом, особенно перед ребенком или подростком таким, каким представлен нам в средствах массовой информации и в произведениях современной культуры. Американский профессор Дж. Гербнер еще в 80-е гг. прошлого столетия эмпирически обнаружил высокую степень интериоризации телевизионной картины мира зрителями, активно приобщенными к голубому экрану. Такой же вывод можно сделать о приобщенных к Интернету, авангардному киноискусству, театру, художественной литературе и иным видам современного искусства.

Согласно выводам научных исследований несовершеннолетние, в силу своих возрастных особенностей, оказываются наименее защищенными от вредного воздействия информационной продукции, даже той, которая обладает культурной ценностью для общества, так как данный признак не исключает ее травмирующего воздействия на несформировавшиеся психику и мировоззрение ребенка. Более того, чем выше художественный уровень произведения литературы и искусства, тем более сильное воздействие, в том чис-

ле негативное данное произведение может оказать. Ребенок воспринимает их, в первую очередь, как источник новой, нередко привлекательной для него информации, а затем как культурную, в том числе художественную ценность. Недостаток опыта и незавершенность социализации не позволяют ему осознать потенциально опасное для него содержание таких произведений⁹.

Данные исследований свидетельствуют о дестабилизирующем воздействии насильственного контента в киноискусстве на психику детей и подростков. Так, например, по результатам исследования ученого-культуролога К.А. Тарасова, «среди юных зрителей существует группа риска, агрессивность которых стимулируется просмотром соответствующих фильмов»¹⁰. Данная группа выделялась по четырем критериям: идентификация себя с носителем насилия; восприятие кровавых, насильственных сцен с чувством «восторга (восхищения)»; желание быть похожим на героев фильма, применяющих насильственные методы для решения личных проблем; мысленное возвращение к увиденным сценам насилия. У 84% подростков группы риска (в отличие от 2% контрольной группы) зрелище крови и ран вызывает чувство восторга, 58% (2% в контрольной группе) по окончании просмотра приходят к выводу, что в современной жизни необходимо овладеть искусством насилия.

Таким образом, приходит к выводу автор указанного исследования, киноискусство, призванное воспитывать детей в духе традиционных семейных ценностей, развивать способность к эмпатии, приучает детей не чувствовать чужой боли, преобразовалось в школу насилия.

В последнее время культивируется мода на эпатажно натуралистическое изображение разного рода физиологических и социальных отклонений в произведениях литературного, театрального, эстрадного творчества и киноискусства. Например, во многих странах, в том числе в России, действуют музеи и выставочные экспозиции, демонстрирующие средневековые орудия пыток и казни, предметы эротического искусства и иные экспонаты, доступ к которым детей, особенно младшего возраста, может причинить вред их здоровью, психическому, нравственному и духовному развитию¹¹.

В России к настоящему времени создана солидная правовая база для противодействия пропаганде насилия и жестокости в медиасфере и сфере массовых коммуникаций. Особое внимание уделяется законодательным гарантиям информационной безопасности несовершеннолетних (в возрасте от рождения до 18 лет). Федеральный закон от 24 июля 1998 г. № 124-ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» устанавливает обязанность органов государственной власти Российской Федерации принимать меры по защите ребенка от информации, пропаганды и агитации, наносящих вред его здоровью, нравственному и духовному развитию, в том числе от распространения печатной продукции, аудио- и видеопродукции, пропагандирующей насилие и жестокость.

Принятая в 2015 г. Концепция информационной безопасности детей в Российской Федерации¹² в качестве важнейшей задачи выделяет налаживание

согласованного взаимодействия семьи (главного института социализации и воспитания детей) с государством и всеми элементами современного медиарынка.

Федеральный закон от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию»¹³ к информации, запрещенной для распространения среди детей, относит информацию: побуждающую детей к совершению действий, представляющих угрозу их жизни и здоровью (в том числе к причинению вреда своему здоровью, самоубийству); обосновывающую (оправдывающую) допустимость насилия, жестокости, побуждающей осуществлять насильственные действия по отношению к людям или животным; содержащую изображение или описание сексуального насилия.

К информации, ограниченной для распространения среди детей определенных возрастных групп (возрастных категорий «0+», «6+», «12+»), относятся определенные, не соответствующие требованиям закона, изображения или описания жестокости, физического и психического насилия.

При этом закон не запрещает распространение информационной продукции, содержащей оправданные ее жанром или сюжетом эпизодические изображения или описания физического и психического насилия (кроме сексуального, отнесенного к запрещенной для детей информации) даже среди детей младших возрастных групп при соблюдении установленных условий, а именно, если в информационной продукции:

- содержится идея торжества добра над злом;
- или выражается сострадание к жертве насилия (прямо или косвенно, в контексте);
- выражается осуждение насилия или отрицательное, осуждающее отношение к лицам, совершающим насильственные или агрессивные действия;
- не обосновывается и не оправдывается допустимость насилия, жестокости, антиобщественного и противоправного поведения;
- содержатся ненатуралистические изображения и описания насилия, жестокости, антиобщественных действий (без фиксирования внимания на деталях, анатомических подробностях и физиологических процессах);
- содержатся изображения или описания заболеваний человека и их последствий в форме, не унижающей человеческого достоинства¹⁴.

Следует отметить, что Федеральный закон № 436-ФЗ не распространяется на оборот информационной продукции (в том числе произведений литературы и искусства), имеющей значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества. Возрастной классификации и маркировке такие произведения не подлежат.

Тем не менее для некоторых театров нормой стала ненормативная лексика, эротика на грани порнографии, демонстрация на сцене насилия и агрессии. При этом нередко допускаются злоупотребления свободой творчества, нарушаются традиционные нормы общественной нравственности эпатажными

постановками с использованием провокационных приемов (включая демонстрацию обнаженной натуры, массовые эротические сцены, натуралистическое изображение жесткого обращения с людьми и животными, популяризацию социальных, сексуальных и иных психофизиологических девиаций)¹⁵.

Даже для постановок, предназначенных детям школьного возраста, может быть характерно низведение любимых литературных героев до маргинального уровня. Аналогичная ситуация — в области эстрадных представлений, выставок и других зрелищных мероприятий.

Таким образом, очевидны недостатки социокультурной регуляции, одной из функций которой является ограничение деструктивных эффектов воздействия значительной части наиболее обсуждаемых скандальных произведений культуры на массовое и тем более несформированное подростковое и детское сознание. Стабильности в существовании, функционировании и динамическом развитии социокультурной системы может способствовать усиление особого внимания государственной поддержке, созданию и осуществлению деятельности организаций саморегулирования средств массовой информации и массовых коммуникаций, а также ассоциаций и движений родительской общественности, ассоциаций потребителей продукции средств массовой информации, образовательных и телекоммуникационных услуг, осуществляющих функции наблюдения (мониторинга) и общественного контроля за соблюдением законодательства Российской Федерации о средствах массовой информации и о рекламе. Эти вопросы поставлены в Концепции информационной безопасности детей в Российской Федерации, но до сих пор должным образом не реализованы.

Клочкова А.В.,

заведующий лабораторией социально-правовых исследований
и сравнительного правоведения

Юридического факультета Московского государственного университета
имени М.В. Ломоносова (МГУ),
кандидат социологических наук
(г. Москва)

Литература

1. Ениколопов С.Н. Средства массовой коммуникации и насилие / С.Н. Ениколопов // Проблемы медиапсихологии : материалы секции «Медиапсихология» Международной научно-практической конференции «Журналистика в 2000 году: Реалии и прогнозы развития» (г. Москва, МГУ, 2001 г.). Москва : РИП-холдинг, 2002.
2. Зинченко Ю.П. Психологическая безопасность детей в медийном пространстве и проблема экспертизы информационной продукции / Ю.П. Зинченко [и др.] // Активные процессы в социальной и массовой коммуникации : коллективная монография / ответственные редакторы и составители Н.В. Аниськина, Л.В. Ухова. Вып. 2. Ярославль : Изд-во Ярославского ГПУ им. К.Д. Ушинского, 2016.
3. Клочкова А.В. Условия формирования морально-нравственных и правовых приоритетов современной молодежи / А.В. Клочкова // Право и образование. 2015. № 12.

4. Полянина А.К. Правовое обеспечение информационной безопасности детей при обороте информационной продукции, имеющей значительную культурную ценность / А.К. Полянина // Юридический мир. 2014. № 9.
5. Сырых Е.Л. Роль и значение насилия в культуре : автореферат диссертации кандидата культурологии / Е.Л. Сырых. Челябинск, 2003.
6. Тарасов К.А. Роль насилия в кинокоммуникации: дефиниция, эффект воздействия и его регулирование / К.А. Тарасов // Communicology. 2017. Vol. 5. Iss. 2.

¹ Стратегия национальной безопасности Российской Федерации (утв. Указом Президента Российской Федерации от 31.12.2015 № 683).

² Данные получены в рамках лонгитюдного исследования «Правосознание студенческой молодежи». Методика разработана совместно с НИИ Генеральной прокуратуры Российской Федерации (О.В. Пристанская). Выборка составила: 2008 г. — 1 308 чел. (МГУ им. М.В. Ломоносова, МГПУ, Омская Академия МВД, СПб. юрид. институт и др. (совместно с НИИ Генеральной прокуратуры Российской Федерации)), 2013 г. — 1 156 студентов МГУ им. М.В. Ломоносова, 2018 г. — 866 студентов МГУ им. М.В. Ломоносова, Томский гос. университет, Красноярский гос. университет, МГЮА имени О.Е. Кутафина, РГГУ, Бурятский гос. университет и др.).

³ Ениколопов С.Н. Средства массовой коммуникации и насилие. Проблемы медиапсихологии // Журналистика в 2000 году: Реалии и прогнозы развития : материалы секции «Медиапсихология» Международной научно-практической конференции. М. : Изд-во МГУ, 2001 ; РИП-холдинг, 2002.

⁴ Розенбаум А. Я желаю цензуры! // Аргументы и факты. 2002. 4 сентября.

⁵ Филатов Л. Время дураков уходит? // Аргументы и факты. 2002. № 38.

⁶ Сырых Е.Л. Роль и значение насилия в культуре : автореф. дис. по культурологии. Челябинск. 2003. URL: <http://cheloveknauka.com/rol-i-znachenie-nasiliya-v-kulture>

⁷ Источник данных: «ТелеФОМ» — телефонный опрос граждан России 18 лет и старше по случайной выборке номеров мобильных и стационарных телефонов. 26 апреля 2015 г. 320 городов, 160 сел. 1 000 респондентов. Статистическая погрешность не превышает 3,8%.

⁸ См.: Клочкова А.В. Условия формирования морально-нравственных и правовых приоритетов современной молодежи // Право и образование. 2015. № 12. С. 45–51.

⁹ Полянина А.К. Правовое обеспечение информационной безопасности детей при обороте информационной продукции, имеющей значительную культурную ценность // Юридический мир. 2014. № 9. С. 36–41.

¹⁰ Тарасов К.А. Роль насилия в кинокоммуникации: дефиниция, эффект воздействия и его регулирование // Communicology. 2017. Vol. 5. No. 2. P. 168–180.

¹¹ Абраменкова В.В. Заключение на проект федерального закона № 717228-7 «О внесении изменений в статью 30 Закона Российской Федерации «Основы законодательства Российской Федерации о культуре» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием законодательных механизмов, регулирующих доступ детей к культурным ценностям и культурным благам» (в ред. от 09.10.2019) / В.В. Абраменкова [и др.]. URL: <https://regnum.ru/news/polit/2758178.html>

¹² Концепция информационной безопасности детей (утв. Распоряжением Правительства Российской Федерации от 02.12.2015 № 2471-р).

¹³ Федеральный закон от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» (вступил в силу с 01.09.2012).

¹⁴ Зинченко Ю.П. Психологическая безопасность детей в медийном пространстве и проблема экспертизы информационной продукции / Зинченко Ю.П. [и др.] //Активные процессы в социальной и массовой коммуникации : коллективная монография / отв. ред. и сост. Н.В. Аниськина, Л.В. Ухова. Вып. 2. Ярославль, 2016. С. 159–188.

¹⁵ Абраменкова В.В. Указ. соч.

Семейное насилие в странах СНГ: особенности противодействия и перспективы

Социальной основой государства является семья. Однако в современный период именно институт семьи подвергается массивному негативному воздействию, формы и характер которых становились предметом научных социологических, криминологических и иных исследований. Наиболее существенной внутренней угрозой является семейное насилие.

Противодействие семейному насилию должно иметь свою правовую основу, которой пока в Российской Федерации не существует. В то время, когда подавляющее число зарубежных стран не только приняло соответствующее законодательство, но и выработало основные подходы к реакции на семейное насилие, Россия начала испытывать серьезный правовой вакуум, который с каждым годом ощущался все сильнее. Если в середине 1990-х гг. Российская Федерация в уголовно-правовой сфере была законодательным флагманом, а основные положения Уголовного кодекса Российской Федерации 1996 г. стали ориентиром для всех государств СНГ и Балтии, то в отношении криминологического законодательства ситуация диаметрально противоположная.

Актуальность проблемы семейного насилия в стране очевидна. Все традиционные факторы, выделяемые в криминофамилистике (семейной криминологии) в качестве наиболее криминогенных, не просто имеют место, но и проявляются максимально интенсивно.

В качестве социально-экономических — невысокий уровень семейного дохода, выливающийся в абсолютную бедность семей, а также относительную бедность, наиболее ярко проявившуюся в ходе стремительного расслоения российского общества в период с конца 1980-х гг. Экономические факторы во многом определяют и виктимологическую составляющую, выражающуюся в терпимости жертв семейного насилия, обеспечении им латентности семейных конфликтов ввиду отсутствия у жертв собственного жилья¹.

Алкоголизация и наркотизация членов семьи. Бытовое пьянство традиционно рассматривалось в качестве одного из наиболее криминогенных факторов семейно-бытовой распущенности и насилия. Криминальная психология, бесспорно, свидетельствует о том, что поведение лиц, склонных к употреблению алкоголя и наркотиков, отягощено психологическими проблемами, вызванными химической зависимостью, и аффективными нарушениями, среди которых агрессивность, импульсивность, гиперсексуальность, раздражительность, ослабление контроля над собственным поведением, иные негативные изменения личности.

Супружеская и педагогическая несостоятельность взрослых членов семьи. Функции, выполняемые традиционными семьями, церковью, школой, иными социальными институтами по подготовке будущих супругов и роди-

телей, формированию у них традиционных и правильных представлений о семейных отношениях, существенно ослабли. Лица, вступающие в брак, не обременены чувством ответственности и специальными познаниями о выстраивании супружеских отношений, а также о формах и методах воспитания ребенка.

Нравственно-психологические факторы, определяемые как невысокий уровень общей культуры, недостаточное уважение прав и свобод детей, пожилых лиц, женщин, в том числе являющихся супругами или родственниками. Невысокий уровень правовой культуры как преступников, так и их жертв определяют как латентность, так и лояльность к фактам насильственных действий.

Традиционный комплекс криминогенной детерминации семейного насилия в России обременен дополнительными специфическими условиями. К одному из основных следует отнести демографические гендерные ножницы². Это, в свою очередь, во многом определяет терпимость жертв семейных преступлений. Православная культура также в числе традиционных ценностей рассматривает смирение, в том числе и в отношении супруга, проявляющего насилие. Представляется, что именно в православной традиции это проявляется больше, чем в других христианских конфессиях. Эта, несомненно, позитивная нацеленность на укрепление и сохранение семьи, в гипертрофированном понимании также обеспечивает латентность семейного насилия.

Несомненным условием распространения семейного насилия является отсутствие законодательной и организационной базы противодействия ему.

Само обсуждение проблем законодательного регулирования противодействия семейному насилию в семье в России проходит в достаточно сложных условиях. Инициирована психологическая война, граничащая с истерией, развернутая так называемыми защитниками традиционных семейных ценностей. Закон о противодействии семейному насилию преподносится как оружие ювенальной юстиции, посягающей на целостность семьи. Вместе с тем к ювенальной юстиции подобное утверждение не имеет никакого отношения. Ювенальная юстиция, возникшая в середине — второй половине XIX в., имеет своим предназначением осуществление особой процедуры и правил отправления правосудия в отношении несовершеннолетних, в основе которой лежит ювенальный суд³. Это не широкомасштабная деятельность по изъятию детей из семьи, лишению родительских прав и т.п. Вместе с тем факты избыточного применения ювенальных технологий имеют место в странах Европы, США, Канады. В нашей стране также случаи неправомерного лишения или ограничения родительских прав зачастую становились достоянием общественности. Однако такие факты не должны определять стратегию противодействия семейному насилию и влиять на процессы совершенствования законодательства в данной сфере. Для предупреждения подобной избыточной активности органов опеки и попечительства и правоохранительных органов и для обеспечения гарантий сохранения прав человека должны создаваться ме-

ханизмы государственного и общественного контроля. Например, в Республике Казахстан создан Национальный превентивный механизм, состоящий из Уполномоченного по правам человека, а также представителей общественных наблюдательных комиссий и общественных объединений, осуществляющих деятельность по защите прав, законных интересов граждан, юристов, социальных работников, врачей. Отбор кандидатов для участия в Национальном превентивном механизме (за исключением Уполномоченного по правам человека) осуществляет Координационное бюро — основной руководящий орган⁴.

На сегодняшний день из 10 государств, входящих в состав Содружества Независимых Государств, только три (Армения, Россия, Узбекистан) не имеют специального закона о противодействии семейному насилию. Какие вопросы призван решать данный закон? Наиболее четко это определено в ст. 7 Закона Республики Азербайджан от 22 июня 2010 г. «О предотвращении бытового насилия»⁵: формирование статистического массива семейного насилия, его научное исследование; обеспечение юридической, медицинской, психологической, иными видами помощи; предоставление временного убежища потерпевшим и членам семьи; содействие нормализации отношений сторон, сохранение семьи.

Показательно в этом отношении и законодательство Белоруссии. В стране нет отдельного закона по данной проблеме, а нормы, регулирующие вопросы противодействия семейному насилию, содержатся в Законе Республики Беларусь от 4 января 2014 г. № 122-3 «Об основах деятельности по профилактике правонарушений»⁶. К основным инструментам индивидуальной профилактики семейного насилия относятся: профилактическая беседа, официальное предупреждение, профилактический учет, защитное предписание, иные меры. При этом белорусское законодательство крайне деликатно подходит к вопросу вмешательства во внутренние дела семьи. Так, защитное предписание, которым может быть определен запрет предпринимать попытки выяснять место пребывания пострадавших граждан, посещать места нахождения пострадавших граждан, общаться с ними, а также требование временно покинуть общее с потерпевшим жилье и распоряжаться общей совместной собственностью (с согласия совершеннолетнего потерпевшего), выносится после вынесения официального предупреждения или лицу, в отношении которого осуществляется профилактический учет. То есть защитное предписание является крайней профилактической мерой, применяемой после иных мер. Законом предусмотрено также предоставление временного приюта пострадавшим гражданам и при необходимости меры по обеспечению местами временного пребывания граждан, в отношении которых вынесено защитное предписание, оказание социальных услуг пострадавшим гражданам и многие другие меры.

Закон Кыргызской Республики от 27 апреля 2017 г. № 63 «Об охране и защите от семейного насилия»⁷ также предусматривает механизм профилактического воздействия на семейных насильников, сочетающий современные

правовые инструменты с традиционными обычными институтами. Так, в число субъектов входит суд аксакалов, и его деятельность в основном направлена на разрешение конфликта и сохранение семьи. Схожие механизмы воздействия предусмотрены Законом Республики Казахстан от 4 декабря 2009 г. «О профилактики бытового насилия»⁸. С осени 2019 г. в качестве пилотного проекта началась деятельность семейных судов (которые включают и ювенальные суды).

Показательно, что подавляющая часть норм, предусмотренных законодательством о противодействии семейному насилию в странах СНГ, направлена на защиту пострадавших членов семьи и, главное, на разрешение конфликтов и сохранение семьи. Тогда как в России основным инструментом воздействия остается применение административных и уголовно-правовых мер. Практики справедливо утверждают, что к обращению в правоохранительные органы у нас прибегают в основном лица, решившиеся на разрыв брачно-семейных отношений⁹.

В Российской Федерации также начинает уделяться внимание поддержке семье и противодействию семейного насилия. Распоряжением Правительства Российской Федерации № 1618-р от 25 августа 2014 г. утверждается Концепция государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 г. В ноябре 2018 г. Указом Президента Российской Федерации был создан Совет при Президенте по реализации Государственной политики в сфере защиты семьи и детей¹⁰ (возглавляет третье лицо в государстве — Председатель Совета Федерации В.И. Матвиенко).

В сентябре 2016 г. в Государственную Думу был внесен законопроект «О профилактике семейно-бытового насилия»¹¹. Законом предусмотрены следующие основные меры профилактики семейно-бытового насилия: профилактический учет, профилактическая беседа, специализированные психологические программы, защитное предписание, судебное защитное предписание. Законопроект широко обсуждался криминологическим сообществом и получил немало критики в свой адрес. В ноябре 2016 г. он был возвращен для выполнения требований Конституции Российской Федерации.

В конце ноября 2019 г. в Государственную Думу был внесен новый законопроект «О профилактике семейно-бытового насилия в Российской Федерации»¹². В данном проекте вызывает серьезное недоумение определение предмета регулирования. Так, в качестве семейно-бытового насилия законопроект определяет «умышленное деяние, причиняющее или содержащее угрозу причинения физического и (или) психического страдания и (или) имущественного вреда, не содержащее признаки административного правонарушения или уголовного преступления» (ст. 2 законопроекта). То есть профилактическому воздействию (по смыслу законопроекта) должны подвергаться такие виды деяний, которые настолько опасны, что для их профилактики необходимо принятие самостоятельного нормативного акта, которым предусмотрены профилактические меры типа профилактического учета, вынесение защит-

ного предписания и судебного защитного предписания. Однако эти деяния не предусмотрены ни уголовным, ни административным законодательством. Возникает закономерный вопрос о том, какие насильственные акты собираются подвергать профилактике и правовому воздействию авторы этого законопроекта. Этот цыф и целый ряд других положений уже вызвал критику законопроекта. Не предусматривается пока и создание семейных судов в стране. Тема противодействия семейному насилию сейчас является не просто актуальной, но и довольно непростой, вызывающей противоречивые общественные реакции. В связи с этим появление недостаточно проработанного с правовой точки зрения законопроекта лишний раз будоражит общество, накаляя страсти.

Таким образом, для изменения существующей неудовлетворительной ситуации с противодействием семейно-бытовому насилию представляется необходимым осуществление следующих основных направлений:

1) проведение крупномасштабного криминологического изучения семейного насилия в целях определения его реальных количественных масштабов и качественных характеристик;

2) совершенствование уголовного и уголовно-процессуального законодательства в части обособления уголовной ответственности за семейное насилие, установления особого порядка привлечения к уголовной ответственности и расследования соответствующих преступных деяний; создание семейных и ювенальных судов (или семейных судов, включающих ювенальные);

3) разработка и принятие отдельного криминологического законодательства, определяющего основные понятия, принципы, субъекты и формы противодействия семейному насилию;

4) осуществление масштабной виктимологической профилактики с привлечением средств массовой информации и коммуникации для проведения разъяснительной работы о сути семейного насилия, недопустимости его, уголовной и иных видах ответственности, мерах реагирования жертв на факты семейного насилия, видах помощи жертвам;

5) создание основ семейного воспитания как особой разновидности образовательного и воспитательного процесса, в ходе которого закладываются основы семейного общежития, происходит научение формированию семейных отношений, выхода из кризисных ситуаций, воспитанию детей, оптимальных форм ведения совместного хозяйства, распределения семейного бюджета и иных вопросов.

Матвеева А.А.,

доцент кафедры уголовного права и криминологии
Юридического факультета Московского государственного университета
имени М.В. Ломоносова (МГУ),
кандидат юридических наук, доцент
(г. Москва)

Литература

1. Давтян М. Рекомендации для адвокатов по оказанию юридической помощи пострадавшим от домашнего насилия / М. Давтян, М. Фролова. Санкт-Петербург : Аргус СПб, 2019.
2. Мелешко Н.П. Ювенальная юстиция в Российской Федерации: криминологические проблемы развития : монография / Н.П. Мелешко. Ростов-на-Дону ; Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2006.
3. Мельникова Ю.Б. Ювенальная юстиция — охранительная и восстановительная : учебное пособие / Ю.Б. Мельникова. Москва : Проспект, 2002.
4. Сердюк Л.В. Семейно-бытовое насилие. Криминологический и уголовно-правовой анализ : монография / Л.В. Сердюк. Москва : Юрлитинформ, 2015.

¹ Только четверть граждан проживает в отдельной квартире или доме со всеми коммунальными удобствами, где на одного человека приходится не менее 18 кв. метров. Наиболее нуждающимися в государственной поддержке в вопросе обеспечения жильем являются молодые и многодетные семьи // Концепция государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 года (утв. распоряжением Правительства Российской Федерации от 25.08.2014 № 1618-р) // СЗ РФ. 2014. № 35. Ст. 4811.

Трудности, которые испытывает семья, в том числе связанные с экономическими проблемами, нередко приводят к внутрисемейным конфликтам, в результате которых могут оказаться нарушенными права и законные интересы детей // Там же.

² До 2003 г. соотношение женского и мужского населения составляло 53%:47%, с 2004 г. — 54%:46%. Однако по возрастным группам, создающим семейное население страны, разрыв еще больше. При рождении в возрастной группе 0—4 лет на 1 000 мужчин приходится 946 женщин. Однако уже с возрастной группы 30—34 года соотношение уравнивается, а со следующей группы 34—39 лет наблюдается перевес женщин. С возрастной группы 45—49 лет перевес почти на одну сотню (по данным на 2017 г.). См. об этом: URL: www/gsk.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/demography (дата обращения: 22.03.2019).

³ См., например: Мельникова Ю.Б. Ювенальная юстиция — охранительная и восстановительная. М. : Проспект, 2002; Мелешко Н.П. Ювенальная юстиция в Российской Федерации: криминологические проблемы развития. Ростов н/Д — СПб. : Юридич. центр Пресс, 2006.

⁴ Порядок создания и функционирования Национального превентивного механизма, объем его полномочий и иные вопросы регулируются законом Республики Казахстан от 29 декабря 2008 г. № 114-IV «О специальных социальных услугах». URL: [http://www.online.zakon.kz/Document/?doc_id=30369331#pos=307\\$-43](http://www.online.zakon.kz/Document/?doc_id=30369331#pos=307$-43) (дата обращения: 28.11.2019).

⁵ URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31146719 (дата обращения: 11.11.2019).

⁶ URL: <http://www.fr.gov.by/upload/ruvd/law-122-3.pdf> (дата обращения: 11.11.2019).

⁷ URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111570> (дата обращения: 30.10.2019).

⁸ URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30525680 (дата обращения: 25.10.2019).

⁹ См., например: Давтян М., Фролова М. Рекомендации для адвокатов по оказанию юридической помощи пострадавшим от домашнего насилия. СПб. : Аргус СПб, 2019; Сердюк Л.В. Семейно-бытовое насилие. М. : Юрлитинформ, 2015; и др.

¹⁰ Указ Президента Российской Федерации от 19 ноября 2018 г. № 662 «О Совете при Президенте Российской Федерации по реализации государственной политики в сфере защиты семьи и детей». URL: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/43772>

¹¹ Внесен депутатом Государственной Думы С.Ш. Мурзабаевой, членом Совета Федерации А.В. Беляковым. Проект № 1183390-6 // СПС «КонсультантПлюс».

¹² URL: <http://council.gov.ru/media/files/rDb1bpYASUAXolgmPXEfKLUlq7JAARUS.pdf> (дата обращения: 29.11.2019).

Уголовная ответственность за незаконный оборот специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации: проблемы и пути совершенствования

В 2011 г. Федеральным законом от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ в гл. 19 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) была введена ст. 138¹ об ответственности за незаконный оборот специальных технических средств¹. Этим же Федеральным законом была признана утратившей силу ч. 3 ст. 138 УК РФ, предусматривавшая ответственность за незаконный оборот таких специальных технических средств.

Из пояснительной записки к законопроекту² следовало, что он направлен на дальнейшую гуманизацию российского уголовного законодательства, однако необходимость выделения указанного уголовно-правового запрета в самостоятельную статью законодателем не обосновывалась.

Несомненно, существовавшее ранее закрепление состава незаконного оборота указанных специальных технических средств в ч. 3 ст. 138 УК РФ, посвященной уголовной ответственности за нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений граждан, трудно признать удачным законодательным решением³. Кроме того, в пояснительной записке к указанному законопроекту не приводилось какого-либо обоснования повышения строгости наказания за незаконный оборот специальных технических средств в санкции ст. 138¹ УК РФ по сравнению с санкцией, действовавшей на тот момент ч. 3 ст. 138 УК РФ: если в ч. 3 ст. 138 УК РФ устанавливался срок лишения свободы до 3 лет, то ст. 138¹ УК РФ этот срок был увеличен до 4 лет, повысив тем самым и категорию данного преступления с небольшой до средней тяжести, соответственно, что в целом исключило возможность обратной силы нового уголовного закона⁴.

В диспозиции ст. 138¹ УК РФ раскрывается только понятие незаконного оборота (через указание на относящиеся к нему противоправные действия в виде производства, приобретения и (или) сбыта специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации), однако не указываются конкретизирующие субъективные признаки, позволяющие разграничить уголовно наказуемые и аналогичные действия, не представляющие общественной опасности.

Необходимо отметить, что в теории уголовного права высказывались критические замечания по поводу правовой неопределенности данной уголовно-правовой нормы, в первую очередь, в части содержания и объема понятия специальных технических средств, предназначенных для негласного получения

информации⁵. Кроме того, ст. 138¹ УК РФ неоднократно становилась предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации, который, однако, не нашел в ней признаков правовой неопределенности⁶, с чем, с нашей точки зрения, мы не можем согласиться.

При обосновании отсутствия правовой неопределенности ст. 138¹ УК РФ Конституционный Суд Российской Федерации ссылается на положения, сформулированные им в Постановлении от 31 марта 2011 г. № 3-П применительно к ч. 3 ст. 138 УК РФ в первоначальной редакции, где, в частности, указано, что уголовная ответственность за незаконный оборот таких специальных технических средств наступает только при условии, что они заведомо предназначены (разработаны, приспособлены, запрограммированы) для того, чтобы негласно, т.е. тайно, неочевидно, скрытно получать информацию, которая затрагивает права личности, гарантированные ст. 23, ч. 1 ст. 24 и ст. 25 Конституции Российской Федерации. При этом свойства и признаки данных средств определяются в соответствующих законах и основанных на них нормативных правовых актах Правительства Российской Федерации, их свободный оборот не является разрешенным, если он не лицензирован и не предназначается для обеспечения деятельности оперативно-розыскных органов. Нормативные положения в данной области взаимосвязаны и не содержат неопределенности, лишаящей лицо возможности осознавать наличие установленного запрета, а также то, что его деяние является общественно опасным и наказуемым⁷.

Отметим, что Правительством Российской Федерации утвержден обновляемый Перечень соответствующих специальных технических средств, однако содержащиеся в нем отдельные характеристики запрещаемых к свободному обороту средств, с нашей точки зрения, могут быть понятны только лицам, обладающим соответствующими познаниями, стремящимися использовать такие предметы для негласного получения информации. Поскольку такие технические средства являются обязательным объективным признаком рассматриваемого состава преступления, считаем, что для привлечения к уголовной ответственности по ст. 138¹ УК РФ необходимо во всех случаях всесторонне исследовать и установить, что лицо осознавало их специальный характер и предназначенность для негласного получения информации. На данное обстоятельство, в частности, могут указывать особенности поведения лица, предшествовавшего его действиям со специальными техническими средствами, а также следовавшего за их совершением, например, когда оно фактически использовало приобретенные предметы для негласного получения информации или создавало условия для такого использования.

Если по делу не исследовано содержание субъективного отношения лица к производству, сбыту или приобретению специальных технических средств, это может привести к нарушению принципа вины в части запрета на объективное вменение и, как следствие, к необоснованному привлечению к уголовной ответственности по ст. 138¹ УК РФ. Отдельные из таких случаев приобре-

тают широкий резонанс и существенно дискредитируют как уголовный закон, так и судебно-следственные органы.

Так, в 2017 г. к уголовной ответственности по ст. 138¹ УК РФ был привлечен житель села в Курганской области, многолетний фермер Е. Васильев. Вследствие болезни ему было затруднительно вести хозяйство, в том числе наблюдать, где пасется его корова, поэтому он заказал в интернет-магазине на сайте AliExpress GPS-трекер китайского производства стоимостью 390 руб., который намеревался надеть на шею этого животного. Как затем выяснилось, конструкция данного устройства включает скрытый микрофон, о существовании которого фермер не подозревал и не намеревался использовать приобретенное устройство в противоправных целях. После того как об уголовном преследовании Е. Васильева было сообщено Президенту РФ В.В. Путину, это уголовное дело было прекращено в связи с отсутствием в содеянном состава преступления⁸.

Однако можно высказать предположение, что количество подобных дел, приведших к необоснованному осуждению за невиновное совершенное деяние, формально относящееся к сфере применения ст. 138¹ УК РФ, но не имевших широкого общественного резонанса, значительно.

Как показывает анализ статистических данных⁹, число лиц, осужденных за период с 2013 по 2017 гг. по ст. 138¹ УК РФ по основной и дополнительной квалификации, является относительно стабильным, что подтверждает сохранение потребности в мерах, способствующих исключению неопределенности в вопросах установления и реализации ответственности по данной уголовно-правовой норме.

Число лиц, осужденных по ст. 138¹ УК РФ (по годам)				
2013 г.	2014 г.	2015 г.	2016 г.	2017 г.
157 лиц	215 лиц	266 лиц	236 лиц	257 лиц

В связи с этим большое значение для формирования единообразной судебно-следственной практики имеют разъяснения Пленума Верховного Суда Российской Федерации, содержащиеся в его Постановлении от 25 декабря 2018 г. № 46¹⁰, в п. 9 которого приведены два немаловажных положения, направленные на обеспечение субъективного вменения при применении ст. 138¹ УК РФ: 1) само по себе участие в незаконном обороте соответствующих специальных технических средств не может свидетельствовать о виновности лица в совершении данного преступления, если его умысел не был направлен на приобретение и (или) сбыт именно таких средств (например, когда лицо при помощи общедоступного интернет-ресурса купило специальное техническое средство, которое рекламируется как устройство для бытового использования, и при этом добросовестно заблуждалось относительно того, для чего

фактически предназначен приобретенный предмет); 2) не могут квалифицироваться по ст. 138¹ УК РФ и действия лица, которое приобрело устройство, предназначенное для негласного получения информации, желая использовать его, в частности, для обеспечения личной безопасности, безопасности семьи, детей, сохранности имущества или в целях слежения за животными и не предполагало применять его как средство для посягательства на конституционные права и свободы граждан.

Как видим, преимущественно данные разъяснения касаются квалификации и доказывания фактов незаконного приобретения специальных технических средств и учитывают типичные примеры необоснованного применения ст. 138¹ УК РФ при нарушении запрета на объективное вменение, в том числе и дело фермера Е. Васильева.

Вместе с тем, как представляется, одних только разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации недостаточно для полного исключения отступлений от принципа вины, что подтверждает пример осуждения в январе 2019 г. жителя г. Новокузнецка А. Жаворонкова по ст. 138¹ УК РФ. Установлено, что он приобрел на сайте китайского интернет-магазина AliExpress солнцезащитные очки, чтобы использовать их при катании на горных лыжах. Данные очки были классифицированы как запрещенные в России специальные технические средства, поскольку их конструкция включала встроенную видеокамеру. Как пояснил осужденный, он намеревался использовать данные очки только при занятиях горнолыжным спортом и снимать свои заезды по трассе. При этом он не подозревал, что приобретенный предмет запрещен в России, так как эти очки свободно продаются в Интернете, комплектация оборудования не включала карту памяти, т.е. на момент поставки не была полностью готова для фиксации какой-либо информации¹¹.

Считаем, что именно при приобретении чаще всего лицо может заблуждаться относительно свойств, конструкции и предназначения покупаемых им средств. Кроме того, приобретение в уголовно-правовом значении имеет более широкий спектр действий, в частности, лицо может получить обычный бытовой предмет (часы, авторучку, очки и т.п.), конструкция которого включает в себя встроенные элементы специального технического средства, в дар, не зная о наличии в нем подобных свойств, либо, обнаружив их впоследствии, не предполагая, что их наличие в подарке может находиться под уголовно-правовым запретом. В подобном случае лицо, при использовании упомянутых свойств данного подарка даже в личных целях, может быть привлечено к уголовной ответственности по ст. 138¹. Так, к примеру, в 2015 г. Верх-Исетским районным судом г. Екатеринбурга был осужден по ст. 138¹ УК РФ и приговорен к штрафу в размере 50 000 руб. Е. Маленкин. Из материалов дела следует, что Маленкин владел наручными часами Watch DVR W2000, которые он получил в подарок на день своего рождения от сотрудников полиции. Среди свойств данных часов, которые он использовал в личных целях, были и возможность аудио и видеозаписи, которые он демонстрировал своим знакомым.

Суд квалифицировал его действия как незаконное приобретение специального технического средства, предназначенного для негласного получения информации. Апелляционная инстанция оставила приговор в этой части без изменений¹².

Полагаем необходимым отметить, что приобретение изначально обладает меньшей общественной опасностью, нежели незаконные производство и сбыт специальных технических средств, поэтому, по нашему мнению, для более полного обеспечения реализации принципов вины и справедливости уголовной ответственности целесообразно внести соответствующие изменения в ст. 138¹ УК РФ.

Примечания к указанной статье, внесенные Федеральным законом от 2 августа 2019 г. № 308-ФЗ, по нашему мнению, обсуждаемые проблемы в полном объеме не разрешили.

Считаем целесообразным снизить строгость наказания за такое незаконное приобретение, равно как и категорию данного преступления (до небольшой тяжести), и дополнительно указать цель деяния, заключающуюся в стремлении использовать специальное техническое средство для негласного получения информации, нарушающего конституционные права и свободы граждан. Применительно к более общественно опасным незаконным действиям, заключающимся в производстве и (или) сбыте соответствующих специальных технических средств, полагаем возможным сохранить имеющиеся виды и пределы наказания, усилив таковое только в части штрафа как альтернативы более строгим мерам.

Кроме того, с позиции более полного обеспечения субъективного вменения в совершении последних незаконных действий целесообразно применить термин «заведомо», подчеркивающий осведомленность виновного лица о предназначении производимых или сбываемых специальных технических средств, что также применимо и к незаконному приобретению таких средств.

На основе изложенного мы предлагаем внести изменения в ст. 138¹ УК РФ, изложив ее в следующей редакции:

«Статья 138¹ УК РФ. Незаконный оборот специальных технических средств, заведомо предназначенных для негласного получения информации.

1. Незаконное приобретение специальных технических средств, заведомо предназначенных для негласного получения информации, с целью использования для негласного получения информации, нарушающего конституционные права и свободы граждан, —

наказываются штрафом в размере до двухсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до восемнадцати месяцев, либо ограничением свободы на срок до двух лет, либо принудительными работами на срок до двух лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двух лет или без такового, либо лишением свободы на срок до двух лет с лишением права занимать

определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двух лет или без такового.

2. Незаконное производство и (или) сбыт специальных технических средств, заведомо предназначенных для негласного получения информации, —

наказываются штрафом в размере до трехсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до двух лет, либо ограничением свободы на срок до четырех лет, либо принудительными работами на срок до четырех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового, либо лишением свободы на срок до четырех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового».

Решняк М.Г.,

доцент кафедры уголовного права,
уголовного процесса и криминалистики
Московского государственного института
международных отношений (университет)

Министерства иностранных дел Российской Федерации,
кандидат юридических наук, доцент
(г. Москва)

Литература

1. Баринов С.В. Современная уголовно-правовая политика в сфере обеспечения неприкосновенности частной жизни / С.В. Баринов // Российский следователь. 2016. № 12.
2. Классен А.Н. Обратная сила предписаний Особенной части УК РФ / А.Н. Классен, М.С. Кириенко // Уголовное право. 2012. № 5.
3. Новиков В.А. Дискуссионные аспекты определения границ видового объекта преступлений, предусмотренных главой 19 УК РФ / В.А. Новиков // Журнал российского права. 2016. № 4.
4. Ситникова А.И. Законодательная текстология уголовного права / А.И. Ситникова // Lex Russica. 2017. № 3.

¹ См.: Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7362.

² См.: Пояснительная записка к проекту федерального закона № 559740 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации». URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=559740-5> (дата обращения: 07.08.2019).

³ См.: Баринов С.В. Современная уголовно-правовая политика в сфере обеспечения неприкосновенности частной жизни // Российский следователь. 2016. № 12. С. 25–29; Новиков В.А. Дискуссионные аспекты определения границ видового объекта преступлений, предусмотренных главой 19 УК РФ // Журнал российского права. 2016. № 4. С. 101–108.

⁴ См.: Классен А.Н., Кириенко М.С. Обратная сила предписаний Особенной части УК РФ // Уголовное право. 2012. № 5. С. 73.

- ⁵ См., например: Ситникова А.И. Законодательная текстология уголовного права // Lex Russica. 2017. № 3. С. 118.
- ⁶ См., например: Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 20 марта 2014 г., от 20 декабря 2016 г. № 2785-О и от 27 марта 2018 г. № 830-О. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Pages/default.aspx> (дата обращения: 08.08.2019).
- ⁷ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 31 марта 2011 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности части третьей статьи 138 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.В. Капорина, И.В. Коршуна и других». URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision60692.pdf> (дата обращения: 08.08.2019).
- ⁸ См.: URL: <https://russian.rt.com/russia/article/459904-telyonok-fermer-treker-ugolovnoe-delo> (дата обращения: 07.08.2019).
- ⁹ См.: URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79> (дата обращения: 09.09.2019).
- ¹⁰ См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2018 г. № 46 «О некоторых вопросах судебной практики по делам о преступлениях против конституционных прав и свобод человека и гражданина (статьи 137, 138, 138¹, 139, 144¹, 145, 145¹ Уголовного кодекса Российской Федерации)» // Российская газета. 2019. 9 января.
- ¹¹ См.: URL: https://www.znak.com/2019-01-07/zhitelya_novokuznecka_osudili_za_ochki_kuplennye_dlya_kataniya_na_lyzhah (дата обращения: 09.08.2019).
- ¹² Апелляционное определение СК по уголовным делам Свердловского областного суда от 2 сентября 2015 г. по делу № 22-7284/2015 // СПС «Гарант» (дата обращения: 09.09.2019).

Соблюдение принципа верховенства закона при ограничении прав и свобод граждан в уголовном праве

Сегодня соблюдение принципа верховенства закона в любом современном государстве представляется настолько естественным, что не задумываясь о том, как он реализуется на практике. И есть ли проблемы в случае ограничения прав граждан уголовным законом. В действительности баланс соблюдения принципа верховенства закона в классическом его понимании в случае любого ограничения права очень хрупкий.

Ведь в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства»¹. Вместе с тем шкалы приоритетов в системе основных прав и свобод человека не существует. Нет в Конституции главных или второстепенных прав. Невозможно сопоставлять эти права по степени их важности и утверждать, например, что право частной собственности или право на уважение чести и достоинства личности имеют приоритет перед неприкосновенностью личности и жилища, которые менее важны и потому могут быть ограничены. Таким образом, возможность законодательного ограничения прав личности в уголовном праве должна иметь иное объяснение.

Разбираясь в сложной ситуации баланса верховенства закона и возможности ограничения прав граждан уголовным законом, следует, в первую очередь, проанализировать буквальный смысл принципа верховенства закона.

Начать следует с того, что в соответствии с ч. 2 ст. 4 Основного закона «Конституция Российской Федерации и федеральные законы имеют верховенство на всей территории Российской Федерации»², а ст. 2 провозглашает высшей ценностью человека, его права и свободы. Более того, «признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства»³.

Возникает вопрос: как будут корреспондироваться обязанность государства по соблюдению и защите прав при реализации принципа верховенства закона в случае легального ограничения права конкретного гражданина нормами уголовного права?

Вместе с тем любое ограничение права должно быть основано на законе, быть воплощением верховенства права и преследовать социально значимую законную цель. С другой стороны, даже преследуя социально значимую цель и основываясь на законе, любое ограничение права гражданина, даже мини-

мальное, должно быть крайне аккуратно и дифференцированно применено. При этом ограничение всегда должно быть строго индивидуально. Оно не может быть шаблонным.

С учетом положений Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней»⁴ оно выглядит так: возможность вмешательства должна быть предусмотрена законом; вмешательство должно быть «необходимо в демократическом обществе», т.е.: 1) обоснованным (должны существовать разумные и достаточные фактические основания для вмешательства); 2) преследовать социально значимую, законную цель (например, обеспечение общественной безопасности, защиту морали, нравственности, прав и законных интересов других лиц); 3) соразмерным (пропорциональным) преследуемой социально значимой законной цели.

Но любое наказание так или иначе законно ограничивает права и свободы граждан.

Затрагивается право на свободу, личную неприкосновенность, право на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства, свободного выезда за пределы России, свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом. В соответствии со ст. 31 Конституции Российской Федерации российские граждане обладают правом собираться мирно, а также проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование. Лица, привлеченные к уголовной ответственности, этими правами воспользоваться не могут.

В соответствии со ст. 32 Конституции Российской Федерации граждане, содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда, не имеют права избирать и быть избранными. Также им не удастся получить доступ к государственной службе и воспользоваться правом на участие в отправлении правосудия. Проблематичным будет гражданам воспользоваться и предусмотренным в ст. 44 Конституции Российской Федерации правом на участие в культурной жизни и пользование учреждениями культуры, а также на доступ к культурным ценностям.

С одной стороны, все четко, логично и справедливо. Но справедливо абстрагировано, пока не вникнешь в суть темы. В соответствии со ст. 43 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) смысл наказания как раз и заключается в лишении или ограничении прав и свобод наказываемого лица в целях восстановления социальной справедливости, а также в целях его исправления и предупреждения совершения новых преступлений.

Представляется необходимым последовательно обратить внимание на ст. 44 УК РФ, которая предусматривает абсолютно правильные и законодательно обоснованные виды наказаний. Большинство из них являются для нашей страны традиционными. И, как правило, мало кто задумывается над тем, имеют ли уголовные наказания характер, ограничивающий конституционные

права граждан. И насколько эти ограничения являются существенными для тех людей, к которым применяются.

Попытаемся проанализировать некоторые наказания с позиции их влияния на ограничение прав и свобод граждан.

По смыслу Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 2015 г. № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания»⁵ необходимо исполнять требования закона о строго индивидуальном подходе к назначению наказания. Потому что только справедливое наказание способствует решению задач и достижению целей, указанных в уголовном законе.

В контексте рассматриваемой проблемы обратим внимание на следующие виды наказаний:

- ограничение свободы;
- арест;
- лишение свободы на определенный срок;
- пожизненное лишение свободы.

Одним из самых мягких вариантов, ограничивающих права и свободы, является ограничение свободы. В самом наименовании «ограничение свободы» содержится весь смысл и содержание данного вида уголовного наказания. Вместе с тем это самый щадящий вариант ограничений, сориентированный на то, чтобы путем установления судом запретов в отношении осужденного, оказать на него психологическое воздействие. Для того чтобы в будущем, помня прошлое, у него даже малейшего желания на совершение преступления не возникло.

Что касается ареста, то это уже содержание осужденного в условиях строгой изоляции от общества на срок от одного до шести месяцев. На первый взгляд возникает ощущение, что наблюдается определенное противоречие между п. «и» ст. 44 УК РФ и ч. 1 ст. 22 Конституции Российской Федерации, предусматривающей право на свободу и личную неприкосновенность. Однако это неверно. Конституция допускает возможность ареста по решению суда. И здесь уже вопросы к качеству судебного решения, к недопустимости судебной ошибки. Вместе с тем этот вопрос относится к сфере уголовного процесса.

Лишение свободы на определенный срок, регламентированное ст. 56 УК РФ, «заключается в изоляции осужденного от общества путем направления его в колонию-поселение, помещения в воспитательную колонию, лечебное исправительное учреждение, исправительную колонию общего, строгого или особого режима либо в тюрьму»⁶. Именно лишение свободы на определенный срок, а пожизненное — ст. 57 УК РФ — тем более, предусматривает широкий спектр законного ограничения прав и свобод. Лишение свободы еще более серьезно вторгается в право на свободу. Но точно так же решение суда с точки зрения соответствия закону исправляет ситуацию. Лишение свободы полностью лишает гражданина права свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства и свободного выезда за пределы страны.

Вместе с тем в соответствии с ч. 3 ст. 56 Конституции Российской Федерации не подлежат ограничению права и свободы, предусмотренные ст. 20 (право на жизнь), 21 (достоинство личности), ч. 1 ст. 23 (право на свободу и личную неприкосновенность), ст. 24 (сбор, распространение, хранение информации), ст. 28 (свобода совести и вероисповедания), ч. 1 ст. 34 (право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности), ч. 1 ст. 40 (право на жилище) Конституции Российской Федерации.

Однако уголовное право находит возможности, не противореча закрепленному Основным законом нашей страны верховенству закона, воздействовать на пределы сужения прав граждан в тех ситуациях, когда ограничение не допустимо, и ограничивая, когда это возможно.

Романова Ю.В.,

доцент кафедры уголовного права и криминологии Института права
Челябинского государственного университета,
кандидат юридических наук
(г. Челябинск)

¹ Конституция Российской Федерации // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней» // Российская газета. 2013. 5 июля.

⁵ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 2015 г. № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» // Российская газета. 2015. 29 декабря.

⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации (текст с изм. и доп. с 27.10.2019 по 26.07.2020; принят ГД РФ 24.05.1996; одобрен СФ РФ 05.06.1996). URL: <https://base.garant.ru/10108000/> (дата обращения: 01.11.2019).

Поиск баланса интересов государства и личности в вопросе ограничения тайны переписки, почтовой и телекоммуникационной тайны в ФРГ

Одной из приоритетных задач социально ориентированного общества и современного государства является защита личных прав и свобод человека и гражданина, в том числе права на неприкосновенность частной жизни, тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений¹.

Статья 10 Основного закона Германии 1949 г. провозглашает неприкосновенность тайны переписки, а также почтовой и телекоммуникационной тайны.

Важным правовым актом, устанавливающим ограничения в соответствии с абз. 2 ст. 10 Основного закона Германии, является Закон об ограничении тайны переписки, почтовой и телекоммуникационной тайны (Закон к ст. 10 Основного закона, G10) от 13 августа 1968 г. Этот федеральный закон, а также законы земель, принятые по данному вопросу, являются источниками так называемого дополнительного уголовного права (Nebenstrafrecht). Принимая указанные правовые акты, германский законодатель руководствовался тем, что ограничение такого, гарантированного Основным законом права человека и гражданина, как тайна переписки, почтовая и телекоммуникационная тайна, допускается только на основании закона, в том числе в целях безопасности государства и общества. В связи с этим в федеральном Законе об ограничении тайны переписки, почтовой и телекоммуникационной тайны исчерпывающим образом устанавливаются предпосылки для проведения тайного прослушивания или наблюдения, осуществляемого соответствующими органами (федеральной службой разведки и контрразведки, ст. 1, § 1–3, органами уголовного преследования, ст. 2), и на законодательном уровне регламентируется порядок проведения данных мер.

Уголовно-правовые предписания содержатся в ст. 10а Закона G10. Данная норма устанавливает, что лишением свободы на срок до двух лет или денежным штрафом наказывается тот, кто, нарушая предписания § 10, сообщает какому-либо лицу сведения, составляющие тайну частной жизни. В связи с тем, что данная норма является отсылочной, заметим, что в § 10 установлен запрет разглашать сведения, полученные компетентными органами на законных основаниях в процессе прослушивания или наблюдения.

Данный состав преступного деяния был выделен из § 10, абз. 2 в старой редакции в самостоятельный параграф Законом об изменении Закона G10 от 28 апреля 1997 г. Это было связано с принятием Закона о почтовом деле, допустившим к участию в телекоммуникационном процессе многочисленных частных провайдеров (фирм, предоставляющих телекоммуникацион-

ные услуги). На них не возложена обязанность сохранения должностной тайны (Amtspflicht), так как они не состоят на государственной службе. Этим и обусловлена потребность введения данной нормы в рассматриваемый закон.

Несколько слов следует сказать о разграничении § 10а Закона G10 и § 206, абз. 3, № 2 Уголовного кодекса ФРГ (далее — УК ФРГ) — нарушение тайны почтовой и телекоммуникационной связи². Деяние, предусмотренное в § 10а рассматриваемого закона, является специальным деликтом (Sonderdelikt). Отличие этих двух норм следует проводить, прежде всего, по объективным признакам данных составов преступных деяний. Объективные признаки преступного деяния (der objektive Tatbestand), предусмотренного в § 10а, вытекают из § 10: сообщение о факте наблюдения другим лицам в том случае, если на основании ст. 1 рассматриваемого закона или на основании § 100а, 100b Уголовно-процессуального кодекса ФРГ проводится наблюдение за телекоммуникационными сообщениями (абз. 1 § 10), сообщение о факте выдачи отправок другим лицам в том случае, если на основании ст. 1 § 1, абз. 2, предложений 1 или 3 рассматриваемого закона оно было назначено, либо сообщение другим лицам о факте предоставления сведений, проводимых на основании ст. 1 § 1, абз. 2 рассматриваемого закона.

Деянием (Tathandlung) по смыслу данной нормы является сообщение информации в том случае, если запрещено ее распространять. Субъектом данного преступного деяния может быть лицо, осуществляющее указанную, соответственно в абз. 1–3 § 10, деятельность. Для квалификации действий по данной норме не требуется наступления конкретного вреда или создания угрозы его причинения.

В связи с тем, что деяние является специальным деликтом, проблему соучастия в совершении данного преступного деяния необходимо рассматривать с учетом предписаний § 28, абз. 1 УК ФРГ, который устанавливает: «Если особые личные признаки (§ 14, абз. 1), которые обосновывают наказуемость исполнителя, отсутствуют у подстрекателя или пособника, то наказание им должно быть смягчено согласно § 49, абз. 1».

Интересным представляется и тот факт, что еще в 1978 г. в Европейский суд по правам человека была подана жалоба («Класс и другие»). «Заявители, оспаривая закон (G 10), не отрицали право государства на установление соответствующих законодательных мер, однако видели несоответствие его Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в том, что он не обязал власти уведомлять о таких мерах заинтересованных лиц, исключив тем самым возможность оспаривания. Европейский суд установил, что «надзор за мерами наблюдения может осуществляться на трех этапах: когда наблюдение санкционировано, во время его проведения и после того, как оно закончилось. Что касается первых двух этапов, сама природа и логика тайного наблюдения диктуют, что не только наблюдение, но и надзор, сопровождающий его, должны проходить без ведома заинтересованного лица». Закон ФРГ, ставший предметом рассмотрения, также фиксировал санкционирование оперативно-розыскных мероприятий не судебным органом, а органом исполнительной

власти (в частности министрами внутренних дел и обороны) под соответствующим политическим постоянным контролем со стороны Парламентской комиссии. И в этом случае суд не нашел нарушений норм Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод: «Тем не менее, принимая во внимание природу надзорных и других гарантий, предусмотренных Законом G 10, суд заключает, что исключение судебного контроля не превышает пределов того, что может быть признано необходимым в демократическом обществе. Парламентский совет и Комиссия G 10 независимы от органов, ведущих наблюдение, и они облечены достаточными полномочиями и властью осуществлять эффективный и постоянный контроль. Более того, демократический характер отражается в сбалансированности состава Парламентского совета. Оппозиция также представлена в данном органе и поэтому имеет возможность участвовать в осуществлении контроля над мерами, санкционированными уполномоченным министром, который подотчетен Бундестагу. Отсутствие обязательного последовательного уведомления лица о проводимых тайных мероприятиях также было признано судом соответствующим Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Таким образом, Закон об ограничении тайны переписки, почтовой и телекоммуникационной тайны отражает специфику германского уголовного права, характеризующегося наличием так называемого дополнительного уголовного права (*strafrechtliche Nebengesetze*). С одной стороны, он регламентирует ограничение такого провозглашенного Основным законом ФРГ права, как тайна переписки, почтовая и телекоммуникационная тайна, а с другой стороны, в случае нарушения предписаний данного закона устанавливает уголовную (§ 10a) и административную ответственность (§ 11).

Серебренникова А.В.,

профессор кафедры уголовного права и криминологии,
доцент Юридического факультета

Московского государственного университета

имени М.В. Ломоносова (МГУ),

доктор юридических наук

(г. Москва)

Литература

1. Романовский Г.Б. Право на неприкосновенность частной жизни / Г.Б. Романовский. Москва : МЗ-Пресс, 2001.
2. Серебренникова А.В. Уголовное право Германии : учебное пособие / А.В. Серебренникова. Москва : Юрайт, 2019.
3. Серебренникова А.В. Уголовно-правовая защита основных прав и свобод человека и гражданина по законодательству ФРГ / А.В. Серебренникова. Москва : МАКС Пресс, 2002.

¹ О понятии права на неприкосновенность частной жизни см., к примеру: Романовский Г.Б. Право на неприкосновенность частной жизни. М., 2001. С. 7–13. По данной проблематике см. также: Серебренникова А.В. Уголовно-правовая защита основных прав и свобод человека и гражданина по законодательству ФРГ. М., 2002; Серебренникова А.В. Уголовное право Германии : учебное пособие. М., 2019.

² Strafgesetzbuch. 57. Auflage. Munchen, 2018.

Правосудие как инструмент гармонизации интересов государства и гражданина

Доступ к правосудию как элемент взаимодействия гражданина и публичной власти за последние десятилетия претерпел значительную аксиологическую трансформацию и переосмысление.

В настоящее время доступ к правосудию рассматривается уже не только с позиции ст. 52 Конституции Российской Федерации, определяющей права потерпевших от преступлений и обеспечение потерпевшим доступа к правосудию и компенсацию причиненного ущерба. Правовая концепция доступа к правосудию давно вышла за рамки уголовно-процессуального понимания.

Конституционные основы и новое содержание правовой категории «доступ к правосудию» базируются на ст. 45 Конституции Российской Федерации, гарантирующей государственную защиту прав и свобод человека и гражданина, а также право на самозащиту, ст. 46, гарантирующей каждому право на судебную защиту.¹

По мнению большинства российских правоведов «содержанием права доступа к правосудию является возможность беспрепятственного обращения в суд»².

Тема конференции — права и обязанности гражданина и публичной власти: поиск баланса интересов. Предполагается, что интересы личности и государства противопоставлены друг другу. С этим в целом можно согласиться, поскольку праву одного субъекта (гражданина) должна соответствовать обязанность другого субъекта (государства) и *vice versa*.

Праву гражданина на доступ к правосудию корреспондирует обязанность публичной власти — государства — обеспечить реализацию этого права. Как гармонизировать баланс интересов личности и государства при обеспечении доступа к правосудию и в чем, собственно, эти интересы заключаются?

Интерес граждан в этом вопросе очевиден: правосудие должно быть доступно и с позиции технической (доступная и понятная процедура обращения за судебной защитой, удобное местонахождение судебных органов, отсутствие бюрократических барьеров и волокиты при приеме заявлений и при дальнейшем их рассмотрении, проч.), и с позиции финансовой (минимизация судебных расходов вплоть до полной отмены уплаты государственной пошлины за обращения в суды общей юрисдикции по примеру обращения в Европейский суд по правам человека, расширение предусмотренных законом льгот по уплате судебных расходов и льготных категорий граждан, расширение сферы предоставления бесплатной юридической помощи, иные), и с позиции информационной (открытость информации о деятельности судов, своевременное и полное информирование о месте нахождения судебных органов, режима работы, иное).

Интерес гражданина можно сформулировать как получение в кратчайшие сроки качественного судебного решения и дальнейшее его исполнение.

Гражданин при реализации права на доступ к правосудию заинтересован в двух аспектах, которые можно определить через правовые категории «сроки» и «качество». По этим двум параметрам в основном оценивается эффективность работы судей.

В чем же проявляется интерес государства в рассматриваемой области? Государство принимает на себя определенные обязательства перед обществом, в числе которых обязательства, связанные с организацией осуществления правосудия. Государство имеет легальную монополию на осуществление правосудия (включающую монополию на применение силы³), на определение того, «что является правосудием и кто может от имени государства осуществлять его»⁴.

В соответствии со ст. 10 Конституции Российской Федерации государственная власть в России осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную⁵. Судебная власть — власть государственная. Правосудие как основополагающая функция судебной власти осуществляется от имени государства (именем Российской Федерации). Государство приняло на себя обязательство и одновременно имеет уникальное право осуществлять правосудие в определенных процессуальных формах и определенными методами и средствами, установленными законом.

Интерес государства заключается в поддержании устойчивости и легитимности всей системы государственной власти в стране, включая власть судебную. Правосудие традиционно рассматривается во взаимосвязи со справедливостью. Предоставляя доступ к правосудию, можно сказать, что государство тем самым предоставляет доступ к справедливости, «поскольку любое решение по результатам разрешения конкретного дела есть поиск справедливости»⁶.

Таким образом, в рассматриваемой сфере присутствует интерес как государства (публичной власти), так и гражданина.

Государство, как и гражданин, заинтересовано в доступном правосудии, собственно, для аналогичных целей — быстрого и качественного рассмотрения споров и защиты своих прав и законных интересов. Органы государственной власти, государственные организации, выступая в качестве стороны по делу, имеют равные права по отношению к иным участникам судебного процесса (ст. 244 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ), ст. 6 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, ст. 8 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, ст. 14 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации) и также заинтересованы в доступном правосудии, быстром и качественном рассмотрении дела.

Постепенно идет трансформация понимания целей и задач правосудия в сторону признания основной его целью разрешения «социально-правовых конфликтов в обществе посредством осуществления правосудия»⁷, а не защиты прав и законных интересов отдельных сторон такого конфликта.

Позиция по этому вопросу сформулирована в Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 13 июня 2006 г. № 272-О: «личность в

ее взаимоотношениях с государством выступает не как объект государственной деятельности, а как равноправный субъект, который может защищать свои права всеми не запрещенными законом способами и спорить с государством в лице любых его органов»⁸.

И государство, и гражданин заинтересованы в целом в реализации принципа справедливости посредством доступа к правосудию. Несомненно, общество в целом стремится к единению; государство и граждане желают взаимного доверия и уважения, достижение которых немислимо без эффективного, законного и доступного правосудия. Правосудие есть «социальный институт, созданный для соблюдения установленных в обществе правил, благодаря которым возможно «мирное сосуществование людей в обществе»⁹. Мирное сосуществование гражданина и государства, баланс их интересов также достигаются посредством правосудия.

Выявляются и определенные правоприменительные вызовы в вопросах обеспечения доступа к правосудию, которые государство стремится разрешить.

Большой резонанс в юридическом сообществе вызвало Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 12 марта 2019 г. по жалобе гражданина Сулова Олега Борисовича на нарушение его конституционных прав ч. 1, 6 и 7 ст. 148 УПК РФ, заложившее основы нового подхода к решению вопроса об обеспечении потерпевшему права на доступ к правосудию: в качестве нарушающих право гражданина на доступ к правосудию признаны действия правоохранительных органов, которые многократно отказывали гражданину Сулову О.Б. в возбуждении уголовного дела, мотивируя отказ одними и теми же доводами, несмотря на то, что эти доводы уже были предметом рассмотрения по жалобам Сулова О.Б., направленным прокурору и руководителю сродственного органа, и ими соответствующие постановления об отказе в возбуждении уголовного дела неоднократно отменялись. Как указал Конституционный Суд Российской Федерации, «необоснованный отказ в возбуждении уголовного дела ограничивает право на доступ к правосудию, а потом ст. 125 УПК РФ прямо относит постановление органа дознания, дознавателя, следователя, руководителя следственного органа об отказе в возбуждении уголовного дела и о прекращении уголовного дела — как способное затруднить такой доступ, причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства — к решениям, подлежащим оспариванию в судебном порядке»¹⁰.

Конституционный Суд Российской Федерации выявил определенные пробелы в законодательстве, которые, возможно, будут устранены в ближайшем будущем путем принятия дополнительных мер законодательного регулирования, направленных на повышение гарантий прав граждан при разрешении вопроса о возбуждении уголовного дела.

В заключение хочется подчеркнуть, что правосудие можно рассматривать как основной инструмент гармонизации интересов гражданина и публичной

власти. Беспрепятственный доступ к правосудию выступает гарантом социальной стабильности общества, реализации цивилизованного подхода к решению социально-правовых конфликтов.

Петрякова А.В.,
старший преподаватель кафедры уголовно-правовых дисциплин
юридического факультета
Московского финансово-юридического университета (МФЮА)
(г. Москва)

Литература

1. Конституционные принципы судебной власти Российской Федерации / ответственный редактор В.П. Кашепов. Москва : Юриспруденция, 2011.
2. Конституция Российской Федерации: от образа будущего к реальности (к 20-летию Основного Закона России) : монография / Л.В. Андриченко, С.А. Боголюбов, В.И. Васильев [и др.] ; под редакцией Т.Я. Хабриевой. Москва : Юриспруденция, 2013.
3. Нозик Р. Анархия, государство и утопия / Р. Нозик. Москва : ИРИСЭН, 2008.
4. Правосудие в современном мире : монография / В.М. Лебедев, Т.Я. Хабриева, А.С. Автономов [и др.] ; под редакцией В.М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. 2-е изд., доп. и перераб. Москва : Норма, 2017.

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

² Конституционные принципы судебной власти Российской Федерации / отв. ред. д.ю.н. В.П. Кашепов. М. : ИД «Юриспруденция», 2011. С. 231.

³ См.: Нозик Р. Анархия, государство и утопия. М. : ИРИСЭН, 2008. С. 45.

⁴ Правосудие в современном мире: монография / В.М. Лебедев, Т.Я. Хабриева, А.С. Автономов и др. ; под ред. В.М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. 2-е изд., доп. и перераб. М. : Норма, 2017. С. 15–16.

⁵ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ).

⁶ Правосудие в современном мире : монография / В.М. Лебедев, Т.Я. Хабриева, А.С. Автономов и др. ; под ред. В.М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. С. 20.

⁷ Конституция Российской Федерации: от образа будущего к реальности (к 20-летию Основного Закона России) : монография / Л.В. Андриченко, С.А. Боголюбов, В.И. Васильев и др.; под ред. Т.Я. Хабриевой. М. : Изд-во ИЗиСП при Правительстве РФ ; ИД «Юриспруденция», 2013. С. 374.

⁸ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 13 июня 2006 г. № 272-О «По жалобам граждан Евдокимова Дениса Викторовича, Мирошников Махсима Эдуардовича и Резанова Артема Сергеевича на нарушение их конституционных прав положениями статьи 333.36 Налогового кодекса Российской Федерации и статьи 89 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2006. № 45. Ст. 4738.

⁹ Приведено по: Правосудие в современном мире : монография / В.М. Лебедев, Т.Я. Хабриева, А.С. Автономов и др. ; под ред. В.М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. С. 14.

¹⁰ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 12 марта 2019 г. по жалобе гражданина Сулова Олега Борисовича на нарушение его конституционных прав ч. 1, 6 и 7 ст. 148 УПК РФ // Официальный Интернет-портал правовой информации. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201904020003> (дата обращения: 25.11.2019).

Право граждан на участие в отправлении правосудия или право решать судьбу сограждан?

И не уйдешь ты от суда мирского...

А.С. Пушкин «Борис Годунов»

В условиях массовых гибридных войн, перманентно ведущихся в мире, представляющих прямые угрозы национальной безопасности России, которая подвергается как минимум массированным гибридным, в том числе информационным атакам, одним из обязательных и самым действенным средством противостояния нарастающим угрозам является укрепление традиционных духовно-нравственных основ жизни народов России. Народ, твердо верящий в непреложность правил, по которым живет, которые закладывались в его генетическую память поколениями предков — очень неудобная мишень для различного рода подрывной работы недоброжелателей самого разного масштаба.

Уголовное судопроизводство — мощное орудие в руках государства, имеющее серьезный потенциал противостояния преступности как угрозе национальной безопасности¹.

Однако — это и обоюдоострое орудие. Поскольку уголовно-процессуальными средствами решаются судьбы не только его участников, но и фактически последующих их поколений, сбой в сфере уголовного судопроизводства самым болезненным образом сказывается на тех, кого государство этим орудием и должно защищать: законопослушные жители страны, включая и тех, кто оказался вовлечен в уголовно-процессуальные отношения. Объяснимая болезненная реакция людей, чьих надежд судопроизводство не оправдало, в свою очередь, серьезная опасность социальной стабильности, авторитету государственных институтов и власти в целом.

Уголовный процесс, направленный на защиту населения страны от преступности, — это процесс, отвечающий национальным традициям и народным чаяниям. В числе самых трепетно оберегаемых россиянами ценностей — справедливость. Трудно спорить, что точное ее определение вообще, а для целей уголовного судопроизводства в частности сформулировать весьма затруднительно². Однако каждый нравственно здоровый россиянин остро чувствует несправедливость, а значит, и справедливость тоже.

Недаром в российском обществе существенно возрос запрос на социальную справедливость (27% респондентов согласно опросам, проведенным ФОМ в 2018 г., отмечают, что в последние годы российское общество стало менее справедливым, при этом большинство опрошенных — 67% — уверены,

что имеет место дискриминация отдельных групп, в частности, 21% полагают, что это малоимущие)³. Поддержание же справедливости в обществе в немалой степени определяется и качеством уголовного судопроизводства, что справедливо подчеркивается в Докладе Уполномоченного по правам человека.

Однако объективной справедливости уголовного судопроизводства, очевидно, недостаточно для удовлетворения потребности жителей страны в справедливом уголовном процессе. Важно ощущение справедливости уголовного судопроизводства обществом. Сегодня общество считает, что «защиту нарушенных прав в судах можно найти не всегда, не всем, не везде и не во всем»⁴.

Именно на этапе формирования этого ощущения и состоит ключевая проблема общественного доверия к результатам уголовного процесса и должностным лицам, его осуществляющим.

Население скептически относится к результатам работы судебно-следственных органов, и пока этот скепсис не преодолен, дефицит справедливости в уголовном процессе будет оставаться острым.

Представляется, что ключ к решению проблемы — в осознании особого характера уголовного судопроизводства, принципиально отличающегося от иных видов государственной деятельности, осуществляемой системой чиновников.

Уголовное судопроизводство — сфера, в которой решаются человеческие судьбы целых поколений. Решения, принимаемые должностными лицами в уголовном процессе, в прямом смысле слова судьбоносны для семей, потомков участников судопроизводства: потерпевших, осужденных, оправданных. Решение человеческих судеб должно осуществляться не в чиновничьей сфере, а в сфере служения высшим человеческим идеалам и не приходящими на работу служащими, а облеченными доверием призванными. Облечь доверием может только народ, который и является в стране единственным источником власти (ст. 1 Конституции Российской Федерации⁵).

Собственно, особый статус уголовно-процессуальной деятельности признается на уровне Конституции Российской Федерации, где наряду с целой системой норм, определяющих основные концептуальные положения уголовно-процессуальной деятельности, содержится и знаковая идея: «Граждане Российской Федерации имеют право участвовать в отправлении правосудия» (ч. 5 ст. 32 Конституции).

В литературе в целом справедливо отмечалось, что участие граждан в отправлении правосудия вряд ли оправдано трактовать как требование обеспечивать участие представителей общественности в уголовном судопроизводстве и в иных формах: поручители, залогодатели, понятые и др.⁶

Однако человеческие судьбы решаются не только в судебных стадиях, но и на иных этапах уголовного судопроизводства. Мало того, гарантий справедливости на досудебных стадиях значительно меньше, чем на судебных, что дает основание утверждать как минимум о неменьшей значимости народно-

го представительства в досудебном производстве, чем в судебном. Недаром в числе системных проблем уголовного судопроизводства в Докладе Уполномоченного по правам человека назван недостаточный уровень общественного контроля на предварительном следствии.

В этой связи обеспечение народного участия в тех или иных формах в судопроизводстве, контроле за его ходом и результатами, формировании органов, его осуществляющих — необходимая гарантия справедливости уголовного процесса.

Право граждан на участие в отправлении правосудия — лишь один из элементов более широкого права на решение судьбы сограждан. Однако и этот элемент пока нельзя признать состоятельным ни юридически, ни фактически, хотя Конституционный Суд Российской Федерации и видит в рассмотрении уголовных дел с участием присяжных заседателей конституционно одобренную форму участия граждан в отправлении правосудия⁷.

Фактически доля уголовных дел, рассматриваемых с участием присяжных заседателей, даже с учетом районных (городских) судов, весьма невелика. Так, в первом полугодии данным составом рассмотрено лишь 336 уголовных дел, что не дает никаких оснований считать объемы участия граждан в решении судеб сограждан даже заметными. Мало того, компетенция присяжных заседателей не позволяет им принимать участие в разрешении тех вопросов, где жизненный опыт и народное понимание справедливости особенно важно — вопросы назначения наказания.

Учитывая мизерное количество уголовных дел, в разрешении которых принимают участие представители народа, нельзя не согласиться, что положения ч. 5 ст. 32 Конституции фактически не реализуются⁸.

Юридически — нельзя считать приемлемым механизмом реализации права случай (жребий), который является определяющим юридическим фактом в механизме реализации права на участие в отправлении правосудия. Право — мера возможного поведения и его реализация должна определяться свободным волевым актом гражданина. Даже в тех случаях, когда право в широком смысле (право граждан в целом) предполагает обязанность конкретного гражданина принять участие в правосудии, вывод о том, что граждане в целом (в лице конкретно обязанных представителей) могут быть лишены возможности по какому-либо уголовному делу выступить в числе «судей», юридически несостоятельны.

Конституционное право граждан на участие в отправлении правосудия должно быть восстановлено в полной мере и юридически, и фактически. В той или иной форме (присяжных заседателей или народных заседателей по образцу советского периода) участие народа в решении судеб сограждан необходимо обеспечить по каждому уголовному делу.

Кроме того, что это принесет в уголовное судопроизводство справедливость в народном понимании, которая только и нужна людям, будет обеспечен необходимый уровень доверия судебным решениям⁹.

Однако, как уже отмечалось, этого явно недостаточно: уголовное судопроизводство должно стать подлинно народным делом. Для этого мало ограничиться полноценной реализацией права на участие в отправлении правосудия. Уголовно-процессуальное право следует пропитать идеей «солидаризма», сочленяющей в себе понимание как важности индивидуальной свободы, так и социальной справедливости¹⁰ и социальной справедливости — даже в первую очередь учитывая публичное предназначение уголовного процесса.

Народ должен участвовать как в собственно уголовном судопроизводстве, так и в его организации. Кроме участия в разрешении каждого уголовного дела по существу, представители народа могли бы вместе с судьей принимать и некоторые наиболее болезненные решения на досудебном производстве, например, об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу, которые несправедливостью грешат, увы, нередко и, прежде всего, ввиду боязни ответственности целой системы должностных лиц, участвующих в процедуре избрания этой меры пресечения. Народ ответственности не боится, для него важнее справедливость, которой должностные лица готовы пожертвовать ради собственного удобства.

Представители народа могли бы участвовать в формировании судейского, а может и следственного корпуса (варианты возможны разные и некоторые из них вполне укладываются в конституционные положения о наделении судей полномочиями). Пришло время возродить отчетность судей перед населением, как это сделано для некоторых категорий сотрудников полиции в соответствии с Федеральным законом от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции».

Народу же нужно предоставить возможности, позволяющие инициировать процедуру лишения полномочий должностных лиц, ведущих уголовный процесс или принимающих в нем участие. Только так можно добиться демократизации правосудия, обеспечения его «прозрачности» и приближения к населению¹¹.

Нелишним было бы вернуться к институту общественных обвинителей и общественных защитников, существенно расширить возможности общественного контроля за законностью производства следственных действий (увы, институт понятых уже не играет значимой роли в процессе).

Обязанностью должностных лиц, осуществляющих уголовно-процессуальную деятельность, должна стать воспитательная и праворазъяснительная работа с населением, что позволит им чувствовать чаяния народа, объяснять связь права, справедливости и нравственности, проникаться проблемами, волнующими массы.

И, наконец, текст уголовно-процессуального закона и предусмотренные им процедуры должны быть понятны народу, средства защиты своих интересов доступны и без дорогостоящих юристов, по вполне понятным причинам стремящихся к предельной запутанности судопроизводства.

Решать судьбу равных себе — дело народа, а не чиновников. Необходимо использовать все цивилизованные правовые средства, чтобы это дело народу не оставалось чуждым.

Победкин А.В.,
профессор кафедры управления
органами расследования преступлений
Академии управления МВД России,
доктор юридических наук, профессор
(г. Москва)

Литература

1. Бойков А.Д. К вопросу о гласности правосудия / А.Д. Бойков // Уголовное судопроизводство: теория и практика / под редакцией Н.А. Колоколова. Москва : Юрайт, 2011.
2. Васильев О.Л. Справедливость на досудебных стадиях уголовного процесса России : монография / О.Л. Васильев. Москва : Юрлитинформ, 2017.
3. Вилкова Т.Ю. Участие граждан в отправлении правосудия — межотраслевой принцип судопроизводства / Т.Ю. Вилкова // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 6.
4. Воскобитова Л.А. Проблемы понимания назначения целей и задач современного уголовного судопроизводства / Л.А. Воскобитова // Актуальные вопросы применения уголовно-процессуального и уголовного законодательства в процессе расследования преступлений (к 90-летию со дня рождения профессора И.М. Гуткина) : материалы межвузовской научно-практической конференции (г. Москва, 23—24 апреля 2009 г.). В 2 частях. Ч. 1 : сборник научных статей. Москва : Изд-во Академии управления МВД России, 2009.
5. Зорькин В.Д. Буква и дух Конституции / В.Д. Зорькин // Российская газета. 2018. 10 октября.
6. Клеандров М.И. О «Генеральном штабе» судебной власти / М.И. Клеандров // Журнал конституционного правосудия. 2015. № 1.
7. Колоколов Н.А. Будущее суда присяжных в России: Президенту РФ — спросил, общество ответило / Н.А. Колоколов // Уголовное судопроизводство. 2015. № 2.

¹ Справедливости ради заметим, что ряд авторитетных специалистов считают ошибочным рассматривать уголовное судопроизводство как средство борьбы с преступностью. См., например: Воскобитова Л.А. Проблемы понимания назначения целей и задач современного уголовного судопроизводства // Актуальные вопросы применения уголовно-процессуального и уголовного законодательства в процессе расследования преступлений (к 90-летию со дня рождения профессора И.М. Гуткина) : материалы межвузовской научно-практической конференции : в 2-х ч. М. : Изд-во Академии управления МВД России, 2009. Ч. 1. С. 58—59. Однако вряд ли кто-то всерьез возьмется отрицать, что выявление в ходе уголовного процесса лиц и в самом деле совершивших преступление, на состояние преступности влияет только положительно.

² См., например: Васильев О.Л. Справедливость на досудебных стадиях уголовного процесса России. М. : Юрлитинформ, 2017.

³ Доклад о деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2018 год. URL: <https://ombudsmanrf.org> (дата обращения: 29.10.2019) (далее — Доклад Уполномоченного по правам человека).

⁴ Клеандров М.И. О «Генеральном штабе» судебной власти // Журнал конституционного правосудия. 2015. № 1. С. 15 и др.

⁵ Далее — Конституция.

⁶ Вилкова Т.Ю. Участие граждан в отправлении правосудия — межотраслевой принцип судопроизводства // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 6. С. 202—212.

⁷ Об этом см., например: Колоколов Н.А. Будущее суда присяжных в России: Президенту РФ — спросил, общество ответило // Уголовное судопроизводство. 2015. № 2. С. 3—9.

⁸ Клеандров М.И. Указ. соч. С. 20 и др.

⁹ Там же. С. 21 и др.

¹⁰ Зорькин В.Д. Буква и дух Конституции // Российская газета. 2018. 10 октября.

¹¹ Бойков А.Д. К вопросу о гласности правосудия // Уголовное судопроизводство: теория и практика / под ред. Н.А. Колоколова. М., 2011. С. 261.

Гражданский иск в уголовном процессе. Должен ли учитываться при его рассмотрении вопрос компетенции судов?

Известный российский юрист, публицист и общественный деятель А.Ф. Кони считал, что гражданский иск является одной из наиболее спорных и наименее разработанных частей уголовного процесса¹. Почти полтора века прошло со времени этого высказывания, однако споры относительно необходимости данного института в российской уголовном процессе, предмете и пределах гражданского иска, рассматриваемого совместно с уголовным делом, не утихают до настоящего времени.

Принятый в 2001 г. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (далее — УПК РФ), провозгласив в качестве одной из целей уголовного судопроизводства защиту прав и законных интересов лиц и организаций, пострадавших от преступлений (п. 1 ч. 1 ст. 6), закрепил процессуальный статус потерпевшего как физического лица, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред, а также юридического лица в случае причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации, наделив потерпевшего правами стороны в уголовном судопроизводстве (п. 47 ст. 5 и ст. 42).

Преступление обладает не только свойством общественной опасности, но и может одновременно посягать на частный интерес, затрагивать субъективные гражданские права физических или юридических лиц. Так, в ст. 52 Конституции Российской Федерации указано, что государство обеспечивает потерпевшим не только доступ к правосудию, но и компенсацию причиненного ущерба. Часть 3 ст. 42 УПК РФ содержит положение о том, что потерпевшему обеспечивается возмещение имущественного вреда, причиненного преступлением.

В результате совершения преступления возникает то, что гражданским законом квалифицируется в качестве «обязательства вследствие причинения вреда» (гл. 59 Гражданского кодекса Российской Федерации, далее — ГК РФ), так как согласно п. 6 ч. 1 ст. 8 ГК РФ «причинение вреда другому лицу» служит основанием возникновения гражданских прав и обязанностей². Тот, кто вред причиняет, становится должником по гражданско-правовому обязательству, обязанным возместить причиненный вред, тогда как лицо, которому вред причинен, — кредитором по этому обязательству, имеющим право требовать возмещения вреда.

Существует несколько подходов (теорий) к понятию иска: 1) материально-правовой; 2) процессуально-правовой; 3) комплексный. Представители материально-правовой теории иска (Ф. Савиньи, Г. Пухта, Б. Виндшайд и др.)

считали, что иск суть само нарушенное право³. Согласно процессуально-правовой теории иск есть требование, предъявляемое к суду⁴.

Наиболее распространенным в настоящее время считается комплексный подход к понятию иска, согласно которому иск есть предъявленное в суд для рассмотрения и разрешения в определенном процессуальном порядке материально-правовое требование одного лица к другому, вытекающее из спорного материального правоотношения и основанное на определенных юридических фактах⁵. Особенность гражданского иска в уголовном процессе заключается в том, что в процессуальном смысле иск представляет собой обращение к суду, который рассматривает уголовное дело, причем это обращение может состояться еще в досудебных стадиях. Таким образом, гражданский иск в уголовном процессе можно определить как «материально-правовое требование лица, которому в результате совершения преступления был нанесен вред, оформленное в процессуально-правовом требовании к суду, рассматриваемому уголовное дело»⁶. Иными словами, предмет гражданского иска ограничивается требованием **вознаграждения за вред, непосредственно причиненный преступлением.**

Важнейшим положением, признаваемым в научной литературе⁷ и практике, является возможность выбора лица, которому причинен вред в результате преступления: предъявить иск в рамках уголовного дела либо предъявить иск в порядке гражданского судопроизводства путем подачи искового заявления. В первом случае возможность предъявления гражданского иска имеется согласно ч. 2 ст. 44 УПК РФ в период с момента возбуждения уголовного дела и до окончания судебного следствия при разбирательстве данного дела в суде первой инстанции. Кроме того, в рамках уголовного дела гражданский иск может быть заявлен уже тогда, когда еще не известен ответчик (т.е. уголовное дело возбуждено не *in personam*, а *in rem*). При этом в силу принципа публичности уголовного процесса бремя доказывания основания иска и размера возмещения имущественного вреда, причиненного преступлением (в отличие от диспозитивного гражданского судопроизводства), возлагаются не исключительно на истца, но и на следователя, дознавателя, государственного обвинителя.

Институт возмещения ущерба на основе гражданского иска к виновному, рассматриваемого вместе или отдельно от уголовного дела, имеет давнюю историю. Однако порядок рассмотрения таких исков в публичном уголовном процессе подробно не урегулирован⁸. Институт гражданского иска является предметом многочисленных дискуссий в современной научной литературе.

Некоторые исследователи констатируют явную научную и процессуальную противоречивость института гражданского иска в уголовном процессе⁹. В частности, В. Борзов подчеркивает, что «ряд принципов, характерных для деятельности суда по разрешению гражданско-правовых споров (например, диспозитивность), разительно противоречит принципам уголовного судопроизводства (например, публичности)»¹⁰.

В литературе приводятся многочисленные примеры ошибок судебной практики при доказывании в уголовном процессе необходимых для правильного принятия решения по гражданскому иску юридически значимых обстоятельств, в том числе неприведение в приговорах расчетов размеров, в которых удовлетворятся требования истца, доказательств, подтверждающих основания и размер иска, допускаемые судами нарушения при рассмотрении гражданского иска пределов судебного разбирательства (ст. 252 УПК РФ) и др.¹¹ Как правильно указывает М.А. Сойников, последствием отсутствия подробной регламентации гражданского иска в уголовном судопроизводстве являются «нормативная неурегулированность ряда общественных отношений, складывающихся в процессе предъявления, рассмотрения и разрешения гражданского иска в уголовном процессе, отсутствие единообразия в судебной практике в рассматриваемой сфере и, как следствие, нарушение прав и охраняемых законом интересов как потерпевших, так и подсудимых»¹².

Полагаю, что приводимые в литературе примеры нарушений должны учитываться правоприменителем при рассмотрении гражданского иска в уголовном деле, так как возможные злоупотребления правом на его заявление могут поставить под сомнение приговор, которым разрешен гражданский иск по «упрощенной» для гражданских дел процедуре доказывания как акт правосудия.

В настоящее время набирает «популярность» рассмотрение судами заявленных в рамках уголовного дела гражданских исков по делам о преступлениях, совершенных в сфере предпринимательской деятельности.

Например, Комсомольский районный суд г. Тольятти Самарской области при вынесении 5 июля 2019 г. по уголовному делу № 1-1/2019 (1-53/2018) обвинительного приговора в отношении мажоритарных акционеров и руководителей (фактических руководителей) ПАО «Тольяттиазот» и юридических лиц, аффилированных по мнению суда с указанным акционерным обществом, признал обвиняемых виновными в совершении преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 159 УК РФ, и удовлетворил заявленный потерпевшим — АО «Уралхим» (миноритарный акционер) — гражданский иск о взыскании ущерба в пользу ПАО «Тольяттиазот» в размере более 77 млрд руб. Столь значительные суммы взысканы в пользу ПАО «Тольяттиазот» как с осужденных (4 гражданина), так и 15 юридических лиц, привлеченных к участию в деле в качестве гражданских ответчиков¹³. Определением Самарского областного суда от 26 ноября 2019 г. приговор суда первой инстанции оставлен без изменения.

Фактически суд общей юрисдикции **при постановлении приговора** рассмотрел корпоративный спор, что прямо следует из искового требования миноритарного акционера о взыскании ущерба с руководителей общества и контролируемых ими юридических лиц в пользу акционерного общества.

Не вдаваясь в суть корпоративного конфликта, имевшего место между АО «Уралхим», некоторыми другими миноритарными акционерами

ПАО «Тольяттиазот» и руководителями общества, вынужден высказать точку зрения, согласно которой **предъявленные в интересах общества требования акционеров, даже если они связаны с возможным преступлением, не должны рассматриваться судами общей юрисдикции по правилам доказывания в уголовном процессе.**

В силу положений ч. 1 ст. 44 УПК РФ потерпевший, предъявивший требование о возмещении имущественного вреда, а также о компенсации причиненного преступлением морального вреда, должен быть признан гражданским истцом (п. 20 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 июня 2010 г. № 17 «О практике применения судами норм, регламентирующих участие потерпевшего в уголовном судопроизводстве»).

Однако правильное и непротиворечивое определение подсудности конкретного дела компетентному на рассмотрение этого спора суду (в том числе исходя из специализации судей и других предусмотренных национальным законодательством критериев) является одним из важнейших условий гарантии права на справедливое судебное разбирательство. От правильности определения подведомственности во многом зависит реализация права на доступ к правосудию и обеспечение права на эффективное средство правовой защиты, гарантированных ст. 46 Конституции Российской Федерации. Аналогичные положения содержатся в п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав и основных свобод, согласно которым «каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях... имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».

Европейский суд по правам человека неоднократно признавал нарушением ст. 6 и 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод случаи, когда лицо, чьи права нарушены, не может найти компетентный суд или иной компетентный орган, куда оно может обратиться с соответствующим заявлением¹⁴.

Как справедливо отмечается в литературе, особенно важную роль институт подведомственности (компетенции) играет в государствах, имеющих разветвленную систему судов и органов, основной целью деятельности которых является защита или восстановление нарушенных прав и свобод человека и гражданина¹⁵. Российская Федерация относится к числу таких государств в силу ст. 118, 125, 126 Конституции Российской Федерации, ст. 4 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», других федеральных конституционных и федеральных законов, в том числе процессуальных кодексов (гражданского процессуального, арбитражного процессуального, уголовно-процессуального, кодекса административного судопроизводства).

Институт подведомственности (компетенции) призван не только разграничить юрисдикцию различных судов, но и создать условия для выбора надлежащего суда лицу, намеревающемуся обратиться за судебной защитой

своих прав. В научной и учебной литературе подведомственность арбитражным судам определяют как «круг дел, рассмотрение которых законодательными актами Российской Федерации отнесено к ведению арбитражных судов Российской Федерации»¹⁶. Иными словами, подведомственность можно также определить как относимость конкретного дела к ведению определенного судебного органа. Техническая «замена» Федеральным законом от 28 ноября 2018 г. № 451-ФЗ этого термина в арбитражном процессуальном кодексе понятием «компетенция» не меняет его содержание.

Правильно определить подведомственность (компетенцию) того или иного спора арбитражному суду или суду общей юрисдикции возможно лишь, опираясь на критерии компетенции, выработанные процессуальной доктриной и практикой, а также применяя соответствующие нормы Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ) (ст. 22) и Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) (ст. 27–33), нормативно разграничивающие сферы судебной юрисдикции. Представляется, что **суд общей юрисдикции при рассмотрении гражданского иска в уголовном деле также должен руководствоваться указанными критериями.**

Критерии для определения подведомственности (компетенции) дел арбитражному суду содержатся в параграфе первом главы четвертой АПК РФ. Так, в ч. 1 ст. 27 арбитражного процессуального закона сформулировано общее правило компетенции, согласно которому к ведению арбитражных судов относится разрешение экономических споров и рассмотрение других дел, связанных с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности. С приведенным положением согласуется ст. 22 ГПК РФ, которая исключает из ведения судов общей юрисдикции экономические споры и иные дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности (ч. 3 ст. 22 ГПК РФ). Таким образом, **ключевая роль законодателем отводится предметному критерию подведомственности (компетенции).**

Существует также еще один критерий — субъектный. Но, как справедливо отмечается в научной литературе, указание в ст. 27 АПК РФ на многообразие состава участников арбитражного процесса фактически отводит на второй план значимость субъектного состава при определении подведомственности¹⁷.

Предметный и субъектный критерии применяются не во всех случаях. Так, указанные критерии не подлежат применению в случае, если **закон относит рассмотрение определенных категорий дел к исключительной компетенции либо суда общей юрисдикции, либо арбитражного суда.**

В силу ст. 22 ГПК РФ суды общей юрисдикции рассматривают и разрешают перечисленные в указанной норме закона споры, за исключением экономических споров и других дел, отнесенных федеральным конституционным законом и федеральным законом к ведению арбитражных судов.

Иными словами — основным критерием разграничения предметов ведения между судами общей юрисдикции и арбитражными судами являются субъектный состав участников спора и характер спора, при этом к подведомственности арбитражных судов относятся дела по экономическим спорам¹⁸ и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, если сторонами в споре являются юридические лица или индивидуальные предприниматели. Однако ключевая роль отводится предметному критерию подведомственности. **Особенно важно правильное определение подведомственности по делам, которые отнесены к исключительной компетенции арбитражных судов арбитражным процессуальным законом.**

Говоря о подведомственности судебных дел, законодатель в ч. 1 ст. 27 АПК РФ относит к компетенции арбитражных судов не только категорию экономических споров, но и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности. В связи с этим важно определить, что понимается под предпринимательской и иной экономической деятельностью.

Понятие предпринимательской деятельности дано в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ: предпринимательская деятельность — самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

В качестве **иной экономической деятельности можно рассматривать деятельность акционеров, вкладывающих свои средства в акции, рассчитывая при этом получить доход в виде дивидендов**¹⁹.

Как указывается в ст. 27 АПК РФ, арбитражные суды в качестве судов исключительной компетенции рассматривают дела по спорам, указанным в ст. 225.1 АПК РФ, т.е. **по корпоративным спорам.**

Более того, установление исключительной подведомственности корпоративных споров арбитражным судам является одной из мер охраны корпоративных прав²⁰.

В силу п. 2 ч. 6 ст. 27 АПК РФ дела по спорам, указанным в ст. 225.1 названного кодекса, рассматриваются арбитражными судами независимо от субъектного состава участников.

Согласно ст. 225.1 АПК РФ арбитражные суды рассматривают дела по спорам, связанным с созданием юридического лица, управлением им или участием в юридическом лице, являющемся коммерческой организацией, а также в некоммерческом партнерстве, ассоциации (союзе) коммерческих организаций, иной некоммерческой организации, объединяющей коммерческие организации и (или) индивидуальных предпринимателей, некоммерческой организации, имеющей статус саморегулируемой организации в соответствии с федеральным законом. **К числу таких споров относятся споры по искам**

учредителей, участников, членов юридического лица о возмещении убытков (п. 3 ч. 1 ст. 225.1 АПК РФ).

Согласно разъяснениям, приведенным в п. 30 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», споры, связанные с созданием государственных и муниципальных унитарных предприятий, государственных корпораций, **корпораций в формах коммерческих организаций, управлением ими или участием в них**, а также в ассоциации (союзе) коммерческих организаций, иной некоммерческой организации, объединяющей коммерческие организации и (или) индивидуальных предпринимателей, некоммерческой организации, имеющей статус саморегулируемой организации в соответствии с федеральным законом и объединяющей субъектов предпринимательской деятельности (**корпоративные споры**), рассматриваются арбитражными судами (п. 1 ст. 2, п. 2 ст. 50, ст. 65.1 ГК РФ, подп. 4.1 ст. 33, ст. 225.1 АПК РФ).

Иные корпоративные споры, связанные с созданием, управлением или участием в других корпорациях, являющихся некоммерческими организациями, рассматриваются судами общей юрисдикции (п. 3 ст. 50, п. 1 ст. 65.1 ГК РФ, ст. 22 ГПК РФ).

В п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 2 июня 2015 г. № 21 «О некоторых вопросах, возникших у судов при применении законодательства, регулирующего труд руководителя организации и членов коллегиального исполнительного органа организации» разъяснено, что дела о взыскании убытков с руководителя организации (в том числе бывшего) рассматриваются судами общей юрисдикции и арбитражными судами в соответствии с правилами о разграничении компетенции, установленными процессуальным законодательством (ч. 3 ст. 22 ГПК РФ, п. 2 ч. 1 ст. 33 и п. 3 ст. 225.1 АПК РФ).

В соответствии с п. 9 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 июля 2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» споры по искам о возмещении убытков (в виде прямого ущерба и (или) упущенной выгоды), причиненных действиями (бездействием) директора юридического лица, подлежат рассмотрению в соответствии с положениями п. 3 ст. 53 ГК РФ, в том числе в случаях, когда истец или ответчик ссылаются в обоснование своих требований или возражений на ст. 277 Трудового кодекса Российской Федерации. При этом с учетом положений п. 4 ст. 225.1 АПК РФ споры по искам о привлечении к ответственности лиц, входящих или входивших в состав органов управления юридического лица, в том числе в соответствии с абзацем первым ст. 277 Трудового кодекса Российской Федерации, **являются корпоративными**, дела по таким спорам подведомственны арбитражным судам (п. 2 ч. 1 ст. 33 АПК РФ) и подлежат рассмотрению по правилам гл. 28.1 АПК РФ.

Таким образом полагаю, что с учетом особого характера корпоративных споров и их исключительную компетенцию по их рассмотрению арбитражными судами **в рамках уголовного судопроизводства не должны рассматриваться иски требования акционеров (участников) корпорации в интересах корпорации даже в том случае, когда уголовное дело возбуждено и расследуется в связи с причинением преступления корпорации.** При рассмотрении таких споров суду необходимо исследовать экономическую деятельность предприятия в период его руководства гражданским ответчиком, установить недобросовестность и (или) неразумность действий (бездействия) директора, повлекших неблагоприятные последствия для юридического лица, в том числе если его действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску, принимая во внимание обычную деловую практику и масштаб деятельности юридического лица. Подобные споры, **являющиеся экономическими, корпоративными, подлежат рассмотрению арбитражным судом.** При предъявлении таких исков они должны быть оставлены рассматривающим уголовное дело судом общей юрисдикции без рассмотрения и, по аналогии в широком смысле процессуального закона, возвращены гражданскому истцу по предусмотренным п. 2 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ — дело неподсудно данному суду общей юрисдикции или подсудно арбитражному суду.

Чекулаев Д.П.,

доцент кафедры уголовного процесса, правосудия
и прокурорского надзора

Юридического факультета Московского государственного университета
имени М.В. Ломоносова (МГУ),
кандидат юридических наук
(г. Москва)

Литература

1. Андреева Т.К. Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Т.К. Андреева [и др.] ; редколлегия: В.Ф. Яковлев, М.К. Юков. Москва : Городец-издат, 2003.
2. Арбитражный процесс : учебник для студентов юридических вузов и факультетов / под редакцией М.К. Треушникова. 6-е изд., перераб. и доп. Москва : Городец, 2017.
3. Бозров В. Гражданский иск в уголовном процессе неуместен / В. Бозров // Российская юстиция. 2001. № 5.
4. Гражданский процесс : учебник для студентов / под редакцией М.К. Треушникова. 6-е изд., перераб. и доп. Москва : Городец, 2018.
5. Джелали Т.И. К вопросу о гражданском иске в уголовном процессе / Т.И. Джелали, Я.А. Шараева // Юрист-Правоведь. 2018. № 4.
6. Добровольский А.А. Основные проблемы исковой формы защиты права / А.А. Добровольский, С.А. Иванова. Москва : Изд-во МГУ, 1979.
7. Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц / В.М. Жуйков. Москва : Городец, 1997.
8. Кони А.Ф. Собрание сочинений. В 8 томах. Т. 3 / А.Ф. Кони ; под общей редакцией В.Г. Базанова [и др.] ; вступительная статья С. Волка, М. Выдри и А. Муратова. Москва : Юридическая литература, 1967.

9. Корпоративное право : учебник / А.В. Габов, Е.П. Губин, С.А. Карелина [и др.] ; ответственный редактор И.С. Шиткина. Москва : Статут, 2019.
10. Курс уголовного процесса / под редакцией Л.В. Головки. 2-е изд., испр. Москва : Статут, 2017.
11. Слоозберг Г.Б. К вопросу о гражданском иске в уголовном суде / Г.Б. Слоозберг. Санкт-Петербург : Юридическая летопись, 1890. Т. 2.
12. Сойников М.А. Гражданский иск в уголовном процессе: история, современность, перспективы / М.А. Сойников // Арбитражный и гражданский процесс. 2017. № 10.
13. Уголовный процесс. Проблемы теории и практики : учебник для студентов вузов / под редакцией А.В. Ендольцевой, О.В. Химичевой. Москва : Юнити-Дана, 2019.
14. Чекулаев Д.П. Потерпевший: доступ к правосудию и компенсация причиненного ущерба / Д.П. Чекулаев. Москва : Юрлитинформ, 2006.

¹ Кони А.Ф. Собрание сочинений : в 4-х т. М., 1962. Т. 3. С. 178. О критике гражданского иска как нарушающего «равноправность, равновесие между защитой и обвинением» см. также: Слоозберг Г.Б. К вопросу о гражданском иске в уголовном суде // Юридическая летопись. СПб., 1890. Т. 2. С. 257.

² Курс уголовного процесса / под ред. Л.В. Головки. М., 2017. С. 396–397.

³ Гражданский процесс : учебник / под ред. М.К. Треушникова. 6-е изд. М., 2018. С. 306.

⁴ Там же. С. 306.

⁵ См.: Добровольский А.А., Иванова С.А. Основные проблемы исковой формы защиты права. Краснодар, 2011. Т. I. С. 423.

⁶ Желали Т.И., Шараева Я.А. К вопросу о гражданском иске в уголовном процессе // Юристы-Правоведь. 2018. № 4. С. 164.

⁷ Там же. С. 399.

⁸ См.: Чекулаев Д.П. Потерпевший: доступ к правосудию и компенсация причиненного ущерба. М., 2006. С. 183.

⁹ См. подробнее: Бозров В. Гражданский иск в уголовном процессе неуместен // Российская юстиция. 2001. № 5.

¹⁰ Там же.

¹¹ См. об этом подробнее: Уголовный процесс. Проблемы теории и практики / под ред. А.В. Ендольцевой, О.В. Химичевой. М., 2019. С. 277–278.

¹² Сойников М.А. Гражданский иск в уголовном процессе: история, современность, перспективы // Арбитражный и гражданский процесс. 2017. № 10.

¹³ См.: URL: https://komsomolsky--sam.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&name_or=case&_id=121506164&_uid=0b73745a-7db6-4491-92b7-0db075dc38ff&_deloId=1540006&_caseType=&_new=0&srvc_num=1

¹⁴ Например, Постановление Европейского суда по правам человека от 22 декабря 2009 г. «Дело «Безымьянная (Везумуанпаа) против Российской Федерации» (жалоба № 21851/03).

¹⁵ См. подробнее по данному вопросу: Арбитражный процесс : учебник для студентов юридических вузов и факультетов / под ред. М.К. Треушникова. 6-е изд. М., 2017. С. 76.

¹⁶ Там же. С. 78.

¹⁷ Там же. С. 84.

¹⁸ Наиболее полное, учитывающее разные аспекты правоотношений в сфере экономики понятие «экономический спор» дано заместителем председателя Верховного Суда Российской Федерации В.М. Жуйковым: «Экономический спор — спор из гражданских, административных и иных публичных правоотношений, возникших в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, или в связи с обеспечением доступа к такой деятельности, а также в связи с предъявлением субъектами предпринимательской деятельности иных требований экономического (имущественного характера)». См.: Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М., 1997. С. 280.

¹⁹ См.: Андреева Т.К. Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу РФ. М., 2003. С. 88.

²⁰ Корпоративное право : учебник / А.В. Габов, Е.П. Губин, С.А. Карелина [и др.]; отв. ред. И.С. Шиткина. М. : Статут, 2019.

О тревожных тенденциях в доказывании фактических обстоятельств вмененного деяния

В последнее время в доказывании фактических обстоятельств вмененного по уголовному делу деяния все чаще стали проявляться две тревожные, на мой взгляд, тенденции. Одна из них — фрагментация при доказывании обстоятельств совершенного преступления, другая — отказ субъекта-«держателя» уголовного дела (т.е. того, в чьем производстве оно находится) принимать доказательства, идущие вразрез с позицией обвинения.

Суть фрагментации обстоятельств происшествия заключается в том, что из всего хода события преступления произвольно выбираются отдельные фрагменты, которые очевидны, просты в силу этого свойства для доказывания и содержат состав преступления, а другие фрагменты, в особенности противоречащие выбранным, игнорируются путем элементарного замалчивания либо голословного отрицания.

Особенно наглядно применение приема фрагментирования проявляется при выяснении обстоятельств преступлений, связанных с противоборством (побои, причинение вреда здоровью, хулиганство, грабеж, разбой, убийство), предполагающих сопротивление нападающему, какие-то в том или ином виде оборонительные действия.

Внешне это все может выглядеть как драка, расследование которой осложняется тем, что трудно установить, кто конкретно нанес те или иные удары, причинил те или иные повреждения¹. В результате к ответственности привлекают порой того, кто действовал правомерно, особенно если он «победил» в драке, либо, в крайнем случае, всех ее участников.

В юридической печати приводились результаты научного анализа подобной практики, при которой суд в приговоре вслед за следователем прибегает к произвольной фрагментации обстоятельств происшествия, в результате которой эти обстоятельства рассматриваются не в хронологической последовательности с определением юридически значимых свойств каждого следующего действия, а выборочно, с произвольной фиксацией одних действий и игнорированием других. Указанные обстоятельства являются существенными и для определения побудительных мотивов в поведении осужденных, и для установления механизма события преступления, и для квалификации действий его участников. Между тем суд, не сумев самостоятельно разобраться в обстоятельствах происшествия, пошел на поводу у следователя и в результате фрагментирования обстоятельств проигнорировал начальную стадию событий, в основе которых лежит факт неоднократного неправомерного применения потерпевшим огнестрельного оружия, что привело к диаметрально противоположному действительным обстоятельствам выводу о том, кто на кого напал².

В подобных случаях потерпевший нуждается не только в физической, но и в юридической защите. Особенно это актуально в условиях проявления второй обозначенной выше тенденции, когда должностные лица органов уголовного преследования отказываются принимать доказательства, противоречащие позиции обвинения, и тем более — опровергающие ее.

Подозреваемый, обвиняемый, а также потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители вправе собирать и предоставлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств. Так сказано в ч. 2 ст. 86 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ). В той же статье УПК РФ предусмотрено, что защитник вправе собирать доказательства (ч. 3). Стало быть, и представлять он их вправе.

Казалось бы, простые и для понимания, и для исполнения нормы. Однако в последние годы все чаще наблюдается ситуация, когда не только следователь (дознатель), но даже и суд отказываются принимать доказательства, представленные обвиняемым, его защитником, другими участниками уголовного судопроизводства со стороны защиты.

Характерным примером является уголовное дело по обвинению Долматова В.А. и Савченко Д.М. в совершении преступления, предусмотренного п. «а» ч. 3 ст. 111 Уголовного кодекса Российской Федерации (умышленное причинение тяжкого вреда здоровью), которые в очевидной ситуации невиновности были приговорены к шести с половиной годам лишения свободы каждому только на том основании, что суд не захотел принять в качестве доказательства видеозаписи с камер наблюдения, на которых отчетливо видна вся картина происшедшего.

В результате проведенного анализа материалов уголовного дела бросается в глаза очевидное и существенное расхождение обстоятельств совершенного преступления, как они описаны в приговоре суда и как они выглядят на видеозаписи с трех разных точек съемки. Если принимать за действительность то, что видно на видеозаписи (а никаких оснований ставить их под сомнение не выявлено), то описание события преступления в приговоре суда искажено до ровно противоположного тому, что происходило в действительности: преступник, совершивший покушение на убийство, оказался по приговору суда потерпевшим, а потерпевшие, которые оказали нападавшему активное сопротивление и обезоружили его, стали преступниками³.

Критические замечания по поводу допущенной односторонности в уголовном деле по обвинению Долматова и Савченко⁴, опубликованные А.В. Савенковым в указанном выше издании, получили в последующем подтверждение в Постановлении Президиума Московского городского суда от 24 июня 2018 г. об отмене приговора Тверского районного суда города Москвы от 10 августа 2017 г. и в оправдательном приговоре Тверского районного суда города Москвы по этому делу от 25 декабря 2018 г.

Ранее, в эпоху «тоталитаризма» нормативным основанием требовать от следователя и суда принятия представленных участниками уголовного судопроизводства доказательств была весьма демократичная норма о всестороннем, полном и объективном исследовании обстоятельств дела, в соответствии с которой суд, прокурор, следователь и лицо, производящее дознание, обязаны были принять все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, выявить как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а также смягчающие и отягчающие его ответственность обстоятельства (ч. 1 ст. 20 УПК РСФСР). В действующем УПК РФ такая норма отсутствует, равно как нет и иных норм, обязывающих следователя или суд принимать доказательства, представленные участниками уголовного судопроизводства.

Факты последних лет показывают, что не срабатывает в подобных ситуациях и элементарный здравый смысл. Судья изыщет всевозможные процессуальные меры, чтобы не принять от стороны защиты доказательство, ставящее под сомнение предъявленное обвинение. В противном случае надо будет это доказательство исследовать, самостоятельно разбираться в обстоятельствах происшедшего, самостоятельно принимать решение и идти вразрез с обвинительной властью. Гораздо проще проигнорировать представленное доказательство: нет его в деле, стало быть, и хлопот никаких нет. При этом вопросы о законности, состязательности, объективности уголовного судопроизводства как бы и не существуют. Такая позиция, как видим, порой влечет за собой весьма тяжкие последствия в виде осуждения невиновных.

Обозначенные тенденции к фрагментации при доказывании обстоятельств совершенного преступления и к отказу принимать доказательства со стороны защиты тревожны каждая в отдельности. Соединенные же вместе они многократно усиливают неправомерный потенциал.

Эти две тенденции объединяет нормативный источник происхождения: обе берут начало в неудачно сформулированной состязательности (ст. 15 УПК РФ), которая вместо инструмента установления действительных обстоятельств преступления превратилась в свою противоположность, когда обвинительный уклон из нарушения закона возведен в ранг принципа уголовного судопроизводства.

Прокурор, следователь, руководитель следственного органа, орган дознания, начальник подразделения дознания, начальник органа дознания, дознаватель — есть представители органов исполнительной власти, на которые законом прямо возложена лишь одна функция в уголовном процессе — функция обвинения: в гл. 6 УПК РФ они безальтернативно отнесены к числу участников уголовного судопроизводства со стороны обвинения. Поэтому данные участники, следуя букве закона, не только не обязаны, а даже не вправе принимать доказательства, работающие не на обвинение. Обязанные действовать односторонне, они вступают в очевидный конфликт с законом, если будут полно и всесторонне (а не фрагментарно) выяснять обстоятельства совершенного

преступления, собирать оправдательные доказательства, в том числе — путем принятия их от обвиняемого или его защитника. Конкретно такое поведение будет противоречить принципу состязательности, согласно нормативной формулировке которого функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо (ч. 2 ст. 15).

Для исправления сложившегося положения необходимо пересмотреть нормативную конструкцию состязательности с тем, чтобы вместо препятствования установлению действительных обстоятельств происшедшего она стала бы эффективным инструментом для этого. Начать здесь следует со снятия с должностных лиц, в производстве которых находится уголовное дело, обязанности быть односторонними в исследовании доказательств и представлять только одну сторону — обвинение (гл. 6 УПК РФ), а также устранить нормативный запрет для следователя, руководителя следственного органа, органа дознания, начальника подразделения дознания, начальника органа дознания, дознавателя собирать доказательства, защищающие обвиняемого (ч. 2 ст. 15 УПК РФ).

Григорьев В.Н.,
ведущий научный сотрудник группы подготовки
научно-педагогических и научных кадров аппарата
ученого секретаря, адъюнктуры, докторантуры
Научно-исследовательского института
Федеральной службы исполнения наказаний
Российской Федерации (ФСИН России),
доктор юридических наук, профессор
(г. Москва)

Литература

1. Григорьев В.Н. Устранение судом фактов произвольной фрагментации обстоятельств преступления / В.Н. Григорьев // Государство и право в изменяющемся мире: правовая система в условиях информатизации общества : материалы IV научно-практической конференции с международным участием (г. Нижний Новгород, 29 марта 2018 г.) : сборник научных статей / ответственный редактор Ю.В. Журавлева. Нижний Новгород : Автор, 2019.
2. Савенков А.В. О произвольной фрагментации при фиксации сведений о преступлении / А.В. Савенков // Юристъ-Правоведъ. 2018. № 2 (85).

¹ Драка // Википедия. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Драка> (дата обращения: 28.01.2019).

² Григорьев В.Н. Устранение судом фактов произвольной фрагментации обстоятельств преступления // Государство и право в изменяющемся мире: правовая система в условиях информатизации общества : материалы IV научно-практической конференции с международным участием (Н. Новгород, ПФ ФГБОУВО «РГУП», 29 марта 2018 г.). Н. Новгород : Автор, 2019. С. 164–166.

³ Савенков А.В. О произвольной фрагментации при фиксации сведений о преступлении // Юристъ-Правоведъ. 2018. № 2 (85) С. 74–76.

⁴ Архив Тверского районного суда города Москвы, 2017. Дело № 1-216/2017.

О проблеме оценки суицидального контента в сети Интернет

В 1986 г. исследователи этого феномена социологи Дэвид Филлипс и Линди Карстенсен¹ изучили данные о 12 585 самоубийствах подростков, проследив их связь с телерепортажами о самоубийстве в новостях и статьями первых полос газет. Они выяснили, что число самоубийств значительно возросло по прошествии 0–7 дней после публикации такой истории в новостях. Это увеличение возросло по мере увеличения количества программ, передававших репортаж. Однако, согласно этому исследованию, такая корреляция имела значение только для подростков, не влияя на количество самоубийства взрослых людей, и была гораздо сильнее для девочек, чем для мальчиков.

Во многих последующих исследованиях были выявлены похожие результаты. Например, в 1987 г. Венский центр кризисной помощи совместно с сотрудниками Венского метрополитена пошли на интересный эксперимент: ими было принято решение больше не освещать факты «смерти на рельсах», уделяя данным происшествиям минимум внимания. Уже через месяц количество самоубийств в метро снизилось почти в 3 раза. С тех пор в австрийской прессе действует запрет на освещение подобных трагических событий.

Сегодня контагиозность² суицидальных действий и влияние освещения суицидов в прессе и социальных сетях на увеличение кластерных суицидов практически не подвергается сомнению в правительствах большинства стран мира и руководстве крупных игроков интернет-отрасли, таких как Google и Facebook.

Однако, несмотря на признание проблемы, подходы и методы оценки суицидального контента сильно варьируются. Как оценивать выражение политического протеста в виде самоподжога? Являются ли публикации селфхарма³ с целью привлечения внимания информацией, подлежащей удалению? Разные страны и руководства социальных сетей, которые занимаются цензурой контента, публикуемого на своих площадках, по-разному отвечают на эти и многие подобные вопросы.

Целью настоящей работы является рассмотрение нормативного регулирования и практики применения данных норм в Российской Федерации.

В нашей стране суицидальная информация может быть признана запрещенной на территории России двумя способами: в досудебном порядке путем обращения на «горячую линию» Роскомнадзора (далее — РКН) по направлению «описание способов самоубийства, призывы к самоубийству» и через суд. Абсолютное большинство обращений приходит через «горячую линию» РКН (21 172 обращение за первые 7 месяцев 2019 г.). После поступления обращения на «горячую линию» сотрудниками оператора единого реестра доменных имен, указателей страниц сайтов в сети Интернет и сетевых адресов,

позволяющих идентифицировать сайты в сети Интернет, содержащие информацию, распространение которой в Российской Федерации запрещено (далее — единый реестр запрещенных сайтов или единый реестр), ссылка направляется в уполномоченный орган для рассмотрения вопроса наличия информации о способах совершения самоубийства, а также призывов к совершению самоубийства, который принимает решение о признании информации запрещенной (далее — Решение). Таким уполномоченным органом для ресурсов, зарегистрированных как СМИ, является РКН, для остальных — Роспотребнадзор. Уполномоченный орган принимает решение о наличии/отсутствии запрещенной информации отдельным Решением для каждой ссылки, при этом система построена таким образом, что для каждой ссылки необходимо принимать новое Решение, даже если открывающийся по новой ссылке материал идентичен тому, по которому уже принято Решение. На практике это означает, что, например, в отношении песни, которая уже является запрещенной на территории России, по каждому новому указателю страницы принимается новое Решение. Далее РКН направляет уведомления в адрес хостинга и владельца сайта с требованием об удалении информации.

Судами было признано запрещенными только 1 345 ссылок за все время существования единого реестра запрещенных сайтов с 2012 г., чаще всего инициатором судебного процесса является прокурор, подавший исковое заявление в защиту интересов неопределенного круга лиц, а также интересов Российской Федерации о признании информации к распространению на территории страны.

Критерии оценки материалов и (или) информации, необходимые для принятия решений... от 18 мая 2017 г. № 84/292/351/ММВ-7-2/461С (далее — Критерии) делят всю суицидальную информацию в сети Интернет на два типа: призывы к совершению самоубийства и способы совершения самоубийства, при этом под понятие призыв подпадает любая информация, которая, по мнению эксперта, способна склонить к совершению самоубийства.

При этом на практике уполномоченные органы подходят к оценке информации очень формально, признавая запрещенной любую информацию, касающуюся суицидов. Например, видеоклип группы IC3PEAK к песне «Смерти больше еет/Death No More»⁴ признается запрещенным на территории России из-за демонстрации способа самоубийства. В видеоклипе демонстрируется, как девушка обливает себя из канистры с горючим на фоне Дома Правительства Российской Федерации, приводится исполнение строк: «Я заливаю глаза керосином, пусть все горит», после чего молодой человек поджигает спичку рядом с девушкой, кадры горящего человека в клипе не демонстрируются. Очевидно, что данный клип обладает явным политическим подтекстом и не направлен на пропаганду суицида. Однако формально такой материал подпадает под широкие формулировки Критериев, поэтому признан запрещенным.

Роспотребнадзор при оценке информации о способе самоубийства не учитывает мотивы и цели материала, для признания информации запрещенной

достаточно формальных признаков информацию о способе самоубийства или призыва. Уполномоченный орган относит к информации о способах совершения самоубийства даже фразы обыденного характера, например, «перерезание вен» или «выстрел в голову». При этом, даже если материал деромантизирует суицидальное поведение и носит профилактический характер, служба выявляет наличие информации о способах совершения самоубийства, даже в виде общих фраз, например, «шагнула с крыши» или «самоубийство путем повешения». Наличие вышеупомянутых фраз является основанием для положительного решения о признании информации запрещенной.

РКН при анализе информации о способах совершения самоубийства в СМИ оценивает материал с точки зрения конкретизации информации. Положительная экспертиза о признании информации запрещенной возможна лишь при наличии детализированной информации о способе совершения самоубийства, а именно указания конкретных действий, выполнение которых может привести к лишению жизни. Например, фраза «В Новосибирске возле Бугринского моста обнаружили мужчину в петле» не является запрещенной на территории России в отличие от фразы «В Новосибирске возле Бугринского моста обнаружили мужчину, повесившегося на шарфе на ветке березы». Также, РКН не признает запрещенными статьи, в которых акцентируется внимание именно на спасении человека, оказании ему помощи и поддержки в трудной ситуации, а не популяризируются некоторые детализированные действия, способные повлечь наступление смерти. Обязательным признаком для признания информации запрещенной также является наличие высказываний, позволяющих однозначно утверждать, что описываемый в материале случай являлся актом суицида. Роспотребнадзор, как уже было сказано в аналогичных случаях, признает такими статьи запрещенными при наличии формальных признаков информации о способе совершения самоубийства.

Оба уполномоченных органа признают запрещенной информацию о способе совершения самоубийства в виде подробной демонстрации последствий (результата) совершения самоубийства на фотоиллюстрации.

Подход в отношении оценки призывов к суициду у обоих уполномоченных органов идентичен. Запрещенными признаются любые фразы, одобряющие суицид, например: «*суицид-выход*» даже в качестве шутки; «*Я считаю, что если человек решил покончить с собой, не надо ему мешать*» и т.д.

При этом материалы, касающиеся расстройства приема пищи⁵, не являются запрещенными на территории России в отличие от западной практики, например, модераторы Facebook приравнивают фотографии людей, страдающих анорексией и булимией, к суицидальной информации.

Российскими уполномоченными органами выработана устойчивая негативная, на наш взгляд, практика в отношении изображений повешенных людей. Зачастую контекст не позволяет определить, человек повесился самостоятельно, или это было убийство через повешение, казнь и т.п. Уполномоченными экспертами такие изображения по умолчанию считаются

содержащими информацию о способе совершения самоубийства, если нет прямого указания на то, что изображение демонстрирует последствия убийства. Также среди особенностей нашего законодательства следует отметить, что информация о попытке самоубийства приравнивается к информации о самоубийстве.

После этого решение загружается в Единый реестр и на его основании сотрудники оператора реестра (на данный момент — ФГУП «ГРЧЦ», учреждения подведомственного РКН) направляют уведомление владельцу сайта и провайдеру хостинга с требованием об удалении запрещенной информации. В случае неудаления запрещенной информации IP-адрес страницы отправляется на блокировку, что зачастую приводит к блокировке всего сайта на территории страны. При этом остается неурегулированным вопрос о том, в каком случае считать информацию удаленной. При составлении решений, в случае текстовой информации, приводятся цитаты, содержащие запрещенную информацию, по типу: *«материалы, обнаруженные по указателю интернет-страницы... содержат информацию о способе совершения самоубийства в виде описания действия, направленного на совершение самоубийства: «...облил бензином себя... достал зажигалку и поджег себя»*. Обычно владельцу сайта в данном случае достаточно удалить эти строки из статьи для исключения указателя страницы из Единого реестра. Однако автор статьи может просто переформулировать фразы, сохранив информацию о способе самоубийства, или просто заменить содержание статьи на другое, с указанием другого способа самоубийства. Разрешение этого вопроса остается на субъективное усмотрение сотрудников оператора реестра, на практике этот вопрос разрешается путем переписки с владельцем сайта и уточнением требования об удалении запрещенной информации через «горячую линию» РКН при учете мнений экспертов. Еще сложнее обстоит вопрос с графическими изображениями. Для примера возьмем решение Роспотребнадзора в отношении страницы пользователя социальной сети Instagram. На странице опубликовано большое количество изображений порезов предплечья руки вперемешку с изображениями несуицидального характера. Эксперт пишет: *«При переходе по ссылке... открывается страница на сайте социальной сети Instagram, пользователя «...», на которой... опубликованы изображения, демонстрирующее часть тела с порезами и шрамами/рубцами на поверхности кожи (1 и 2-е изображения на скриншоте)»*. На скриншоте обязательно должна быть видна информация, признаваемая запрещенной, и следует отметить, что на скриншоте при стандартном масштабе браузера помещается только шесть изображений пользователя в сети Instagram, поэтому эксперт в тексте решения может указать только те изображения, которые видны на скриншоте. Остается открытым вопрос: как поступать с изображениями, которые не поместились на скриншоте (например, седьмое изображение), если оно также содержит порезы и подходит под описание запрещенной информации? Следует ли исключать ссылку из реестра, если владелец страницы удалил первые два изображения? Ответ на этот во-

прос никак не урегулирован нормативно и поэтому решается сотрудниками оператора реестра на свое усмотрение, хотя такая ситуация на практике возникает ежедневно.

Вышеописанный порядок позволяет обрабатывать не более 500 ссылок в течение рабочего дня и задействует большое количество сотрудников разных ведомств, хотя зачастую представленные материалы являются идентичными, однако, как уже было сказано, существующая практика требует составления нового решения в отношении каждой конкретной ссылки. Для сравнения, каждый модератор Facebook ежедневно анализирует более 10 000 постов, из них суицидальным характером обладают около 5–10%.

Подводя итоги, стоит отметить, что, несмотря на вышеупомянутые проблемы, многие СМИ обратили внимание, что в русском сегменте Интернета суицидального контента действительно становится меньше⁶, в частности, отмечается короткий срок существования так называемых «групп смерти», в отношении которых в течение нескольких дней после создания уже принимаются меры.

Крупник А.В.,
выпускник Московского государственного юридического
университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
специалист Института судебных экспертиз
«Главный радиочастотный центр»
(г. Москва)

Литература

1. Карелин А. Роскомнадзор заблокировал около 14 000 «групп смерти» / А. Карелин // Кр.ру. 2018. 6 февраля.

References

1. Schmidtke A. The Werther Effect after Television Films: New Evidence for an Old Hypothesis / A. Schmidtke, H. Häfner // Psychological medicine. 1988. Vol. 18.

¹ Schmidtke A., Häfner H. The Werther Effect after Television Films: New Evidence for an Old Hypothesis // Psychological medicine. 1988. Т. 18. С. 665–676.

² Контагиозность — способность передаваться окружающим.

³ Селфхарм — преднамеренное повреждение своего тела по внутренним причинам без суицидальных намерений.

⁴ Смерти больше нет/Death No More : видеоклип группы IC3PEAK // YouTube. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=MBG3Gdt5OGs> (дата обращения: 30.09.2019).

⁵ Расстройства приема пищи (нарушения пищевого поведения) — класс психогенно обусловленных поведенческих синдромов, связанных с нарушениями в приеме пищи. В числе прочих к расстройствам приема пищи относят нервную анорексию, нервную булимию, психогенное переедание, а также ряд других расстройств. Нарушения пищевого поведения относятся к психическим расстройствам.

⁶ Карелин А. Роскомнадзор заблокировал около 14 000 «групп смерти». URL: <https://www.kr.ru/online/news/3013989/> (дата обращения: 30.09.2019).

Адвокатское расследование: *Quis? Quid? Ubi? Quibus auxiliis? Cur? Quomodo? Quando?*¹

Ad deliberandum

Объект исследования — общество, территория России.

Предмет исследования: совокупность социальных связей «судья — обвинитель / защитник — обвиняемый» в контексте государственной политики.

Цель исследования: определение актуальности адвокатских расследований.

Задачи: проверить объективность абстракций «заказной характер уголовных дел в отношении предпринимателей очевиден», «следователи и суды фактически осуществляют обвинительный уклон по уголовным делам».

Методы исследования: приемы диалектического метода.

Эмпирический материал: наблюдения за судьями, прокурорами, защитниками, обвиняемыми, предпринимателями, обобщение наблюдений третьих лиц, опросы очевидцев.

Раздел 1. Судебная система и обвинение

Начальный пункт исследования — массив абстракций: «заказной характер уголовных дел в отношении предпринимателей очевиден», «актуальность адвокатских расследований», «следователи и суды фактически осуществляют обвинительный уклон по уголовным делам», какого их происхождение?

Упрощенная контекстная модель общества: государство — судьи — следователи и прокуроры — защитники — физические лица. Дальнейшее упрощение показывает, что физическим лицам противостоят юридические абстракции: политики скрывают свою волю (волю политической группы лиц) за волей государства, судьи — за именем Российской Федерации. Следователи и прокуроры — социально пассивны: для активации их деятельности нужен триггер — заявление потерпевшего или указание «начальства». И только обвиняемый остается человеком со своей волей и действиями. Государство создало и создает условия для того, чтобы экономическая деятельность носила «подставной» характер, т.е. ведя предпринимательскую деятельность по закону — обанкротишься (коллизия «благополучия»), а вне его — существуешь, пока остаешься «винтиком в машине».

Конкретизация этих абстракций показывает, что элементарной единицей общества является человек, а значит, сокрытие воли или социальная пассивность есть проявление элемента управления обществом.

Наблюдения позволяют выделить следующие инструменты управления обществом в рассматриваемом контексте:

1. Статус судьи. Коллизия идеала деятельности судьи в обществе с реальностью: судья — человек, совершающий интеллектуальные операции, направленные на объективное, справедливое, беспристрастное разрешение спора, и судья — человек, скрывающийся за именем государства и проводящий политику последнего или иных лиц.

2. Статус обвинителя и следователя. Коллизия идеала деятельности этих лиц с реальностью: следователь и обвинитель объективны при выполнении своей социальной функции?

3. Статус судебного процесса. Коллизия объективности и субъективности, справедливости и несправедливости, беспристрастности и предвзятости.

Конкретизация этих абстракций показывает следующее².

Во-первых, судья, обвинитель, следователь — это элементы корпоративных социальных групп, что приводит к известной напряженности между справедливостью обвиняемого и справедливостью корпоративной социальной группы, иными словами, перспектива взгляда на действия обвиняемого разная, и, как результат, обвинительный уклон — это не всегда невиновность обвиняемого, но это всегда невозможность представить доказательства невиновности.

Во-вторых, инструментом снижения этой напряженности через снижение асимметричности информации в рамках судебного процесса выступает состязательность, но в реальности она есть забытая или ложно понятая судьями абстракция.

В-третьих, судьи не владеют или пренебрегают инструментарием контроля правильности совершения ими интеллектуальных операций при разрешении споров, в частности, при оценке доказательств и контекста спора³.

В-четвертых, существует экономика судебной системы: следователи продают дела обвиняемым и дают советы о том, как к ним «не попасть», уловка системы МВД России: долго определять подследственность + все объединить и отправить не туда, конкуренция цены продажи дела против цены возбуждения дела, уголовное право используют как инструмент разрешения экономических конфликтов, не имеющих перспектив вне уголовного процесса, в этой связи необходимо различать сфабрикованные и «заказные» дела, в последних инициатором выступает конкурент обвиняемого, но событие преступления имеет место.

В-пятых, государство не создает должные условия для «нормальной» экономической деятельности, но создает условия, которые позволяют осуществлять контроль и управление над человеком, в том числе путем уголовной репрессии за нарушение «негласных» экономических правил («откаты»).

В-шестых, состояние судебной системы в России *terminus ad quem* — буйство красок борьбы добра и зла, разума и глупости: от образцовых судебных процессов до полного пренебрежения законами как в силу ложного понимания роли судьи, так и в силу некомпетентности, местами «явное» проявление вне процессуального влияния на суды (политическая воля, в том числе отмена

высшими судами законных решений нижестоящих судов, личная неприязнь, взятки и другие «слабости» судебной машины).

В-седьмых, нельзя не отметить позитивные шаги в развитии общества в России.

Fazit 1. Пути выхода из этой ситуации:

1. Наличие альтернатив государственному расследованию событий в виде адвокатского, детективного или иных, возможно, видов расследований.

2. Реальная публичность судебных разбирательств.

3. Реформа судебной системы: введение инструментов противодействия названным порокам: формирование ценностного портрета судьи⁴, обсуждение мотивов судьи-человека до принятия решения *v. «игра в загадки»* с судьей-страной, модель судопроизводства «бумажная *v.* электронная», новое рассмотрение дел другим судьей, лишение статуса судьи, повышение квалификации (*Ipsa jure v. In ipso actu*).

4. Реформа материального права: введение альтернатив уменьшения напряженности справедливости (свобода или деньги (убытки), *Causa privāta v. Causa publica*, проблема «криминализации бизнеса», управляемая статистика преступлений (пассивное поведение следствия при известности факта преступления — дисторсия экономической среды — массовость нарушений — выборочность наказаний).

Раздел 2. Защита

Начальный пункт исследования — наблюдения за деятельностью защиты позволяют ввести два термина — «мнимая» и «реальная» линия защиты обвиняемых.

Мнимая линия защиты — действия защитника полностью или в части совпадают с ложными представлениями обвиняемого о характере деяния и перспективах по его защите, что позволяет защитнику продать свои услуги обвиняемому.

Реальная линия защиты — юридически корректные выверенные действия защитника, ведущие к сбору необходимых и достаточных доказательств для поддержки объективного решения по делу, зачастую идут в разрез с представлениями обвиняемого, и как результат, плохо продаются.

Наблюдения показывают, что хорошо продаются мнимые линии защиты, и причины тому две: не всегда ловят за «минимизации расходов» и преобладает представление «товар — деньги», а не «совет — деньги».

Реальная линия защиты будет «работать» только при постоянном сопровождении бизнес-проекта до «дела», а не *ad hoc*, обратное имеет место при мнимых линиях защиты, что и подтверждают наблюдения.

Экономика защиты позволяет выделить две опции:

1. Есть деньги, но для реальной линии защиты уже поздно, поэтому — адвокат по назначению и пассивное поведение, или по договору — и «беспольная игра на публику».

2. Нет денег — «отсижу, так проще!»

Социальные последствия: есть на кого повесить «висяки», есть возможность осуществить экономическое перераспределение благ вне свободы договора, рост суицидальной напряженности ввиду отсутствия нормального действующего судебного института разрешения экономических конфликтов, формирования «понятийной» сплоченности в деловых кругах (*ex tunc v. ex lege*, проф. Марио Берта (опыт КНР)).

Анализ эмпирических данных показывает следующее.

Во-первых, мнимые линии защиты — это мошенничество юристов как ответ на необразованность и жадность предпринимателей.

Во-вторых, юридические конструкции защиты должны более соотноситься с реальным экономическим поведением предпринимателей, у юристов должен быть «товар», за который клиенты готовы платить, это должно вести к реформированию материального права в конкретных областях экономики: юристы должны предупреждать экономические преступления, в обязательном порядке сопровождая бизнес-проекты *ex lege*. Искусственное создание юристами объема требуемых клиенту услуг («совет клиенту — положение клиента усугубилось»⁵) — реакция юристов на рынок.

В-третьих, индивид может «вырваться» из своего окружения, в том числе при наличии реальной возможности разрешить конфликт *ex lege*.

В-четвертых, инвестиционный климат — это, прежде всего, комфорт и безопасность для человека, организующего экономические процессы: суицидальный настрой предпринимателей — это реакция на *Nudum jus* и непредсказуемость изменений.

Fazit 2. Пути выхода из этой ситуации:

1. Создание механизма защиты клиентов и стандартов оказания юридических услуг, противодействие недобросовестным юридическим практикам,

2. Реформа материального права: уголовное право должно быть вне экономики.

3. Реформа институтов адвокатуры: адвокатское расследование должно позволять полностью собрать все доказательства по делу.

4. Реформа процессуального права: наличие механизма защиты от фальсифицированных и недооцененных доказательств.

Раздел 3. Адвокатское расследование как инструмент снижения асимметрии информации

Научная структура модели «адвокатского расследования»:

1. Quis? Специальный субъект — адвокат.

2. Quid? Доказательства по делу.

3. Ubi? Экстерриториальность.

4. Quibus auxiliis? Самостоятельно и через государственные структуры (специальный режим и процедуры, в том числе судебные).

5. Cur? Объективное расследование принятого к производству дела (адвокат не соучастник преступлений).

6. Quomodo? Запросы, опросы⁶, экспертизы, эксперименты, осмотры, выемки, примат аудио-, видеофиксации доказательств.

7. Quando? Разумный добросовестный адвокат.

Все ответы на вопросы в рамках этого раздела носят контекстный характер, т.е. суждение проверяется на истинность или ложность путем сравнения деятельности реального субъекта с деятельностью «разумного» субъекта в рамках модели «разумности и добросовестности». Оценочные критерии становятся орудиями «революционного правосознания», иными словами, «бардаком и вакханалией» тогда, когда иные субъекты не могут понять «логику» оценки и принятия решений властью имуществом субъектом.

Петраш И.П.,
партнер Darren, Lione & Gross,
кандидат юридических наук
(г. Красногорск)

¹ Quis? Quid? Ubi? Quibus auxiliis? Cur? Quomodo? Quando? — в переводе с лат. — Кто? Что? Где? С чьей помощью? Для чего? Каким образом? Когда?

² Переход от конкретизации к обобщению через анализ «безвыходных» ситуаций с последующей верификацией суждений через наблюдения.

³ Fecit, cui profuit (лат. — сделал тот, кому выгодно); Ad impossibilia nemo obligatur (лат. — невозможное не требуют); Argumenta ponderantur, non numerantur (лат. — вес аргумента, а не их число); Vis probandi (лат. — сила доказательств); Factum notorium (лат. — известный факт), Probatio liquidissima (лат. — очевиднейшее доказательство).

⁴ Тестирование: объективность, справедливость, состязательность.

⁵ Налоговая амнистия в РФ: декларация об амнистии капитала как доказательство по делу (см. дело Валерия Израйлита, 2019 г.), банкротство «Банка Кипра» и «Лайки Банка», 2013 г.

⁶ Свидетели защиты и свидетели обвинения, доступность защите свидетелей для формирования позиции по делу (США) v. целина сознания свидетеля (Франция). По факту в РФ односторонний подход обвинения при работе со свидетелями.

Криминалистические аспекты адвокатского расследования

Понятие «адвокатское расследование» стало достаточно широко использоваться в научной литературе и практической деятельности. Правовой основой, на которую опирается деятельность адвоката, охватываемая указанным понятием, выступают положения ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 86 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ) и п. 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее — ФЗ «Об адвокатуре»). В литературе адвокатское расследование рассматривается как публично-правовая деятельность в уголовном процессе, имеющая целью выяснение обстоятельств в целях защиты интересов своего доверителя. Профессор Е.Г. Мартынчик подчеркивает, что адвокатское расследование нацелено на выявление, закрепление и включение в сферу доказывания по уголовному делу лишь доказательств, опровергающих доводы стороны обвинения либо свидетельствующих о совершении обвиняемым, подсудимым иного менее тяжкого преступления или о наличии обстоятельств, смягчающих их ответственность за содеянное¹. Представляется необязательным ограничение предмета адвокатского расследования только защитой интересов обвиняемого (подозреваемого, подсудимого). Адвокат может представлять в рамках уголовного судопроизводства также потерпевшего, а в некоторых случаях и свидетеля.

Адвокаты достаточно активно пользуются возможностями по сбору сведений. Как следует из обобщения адвокатской практики, 82% опрошенных адвокатов заявили, что они сами неоднократно пользовались правами, закрепленными в ст. 53 и 86 УПК РФ и ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре», а именно получали предметы (3%), документы (40%), иные сведения (4%), опрашивали лиц с их согласия (47%), направляли запросы (79%), привлекали специалиста (7%). Практиковалось также фотографирование, видеозапись, аудиозапись, а затем заявляли ходатайство о приобщении полученных в результате этих действий фотографий, разного рода носителей (аудио и видео кассет, CD и DVD дисков) и даже самих технических средств к материалам уголовного дела, с последующим заявлением ходатайств на основе полученной информации. 89% адвокатов ответили, что они заявляли ходатайство о приобщении полученных данных к материалам уголовного дела, а на основе этих данных (документов, предметов) заявляли ходатайства перед следователем (судом) о проведении ряда процессуальных действий. При этом 48% опрошенных адвокатов указали, что ходатайства, заявленные на основании представленных ими материалов, удовлетворялись без каких-либо проблем; 23% пояснили, что ходатайство перед его удовлетворением неоднократно отклонялось, 10% указали, что ходатайство было удовлетворено лишь на

стадии судебного следствия, 19% опрошенных указали, что ходатайство не было удовлетворено ни на стадии предварительного расследования, ни на стадии судебного рассмотрения уголовного дела, в связи с чем полученные материалы были приложены к жалобам на вынесенные по делам судебные решения².

Появление новой, относительно самостоятельной деятельности по выяснению обстоятельств, подлежащих доказыванию в соответствии со ст. 73 УПК РФ, привело к возникновению достаточно большого круга проблем, связанных с сопряжением результатов адвокатского расследования с деятельностью по доказыванию органов дознания, предварительного расследования, судов.

В рамках данной статьи мы остановимся на механизме документирования форм проведения адвокатского расследования и фиксации его результатов, которые бы позволили объективизировать рассматриваемую деятельность адвокатов и повысить доверие к ней со стороны органов расследования и суда.

В Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 4 апреля 2006 г. № 100-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бугрова Александра Анатольевича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 86 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» были сформулированы условия удовлетворения ходатайств о получении доказательств защиты, о которых ходатайствует сторона защиты, и приобщения к материалам уголовного дела и исследовании представленных ею доказательств. В частности, отмечено, что само по себе отсутствие процессуальной регламентации формы проведения опроса и фиксации его результатов не может рассматриваться как нарушение закона и основание для отказа в приобщении результатов к материалам дела. При этом полученные защитником в результате опроса сведения могут рассматриваться как основание для допроса указанных лиц в качестве свидетелей или для производства других следственных действий, поскольку они должны быть проверены и оценены, как и любые другие доказательства, с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности — с точки зрения достаточности для разрешения уголовного дела³.

Конституционный Суд Российской Федерации на примере опроса, проведенного защитником, подчеркнул, что отсутствие процессуальной регламентации формы его проведения и фиксации не может являться основанием для отказа приобщения результатов такого опроса к материалам дела. Видимо, данная позиция может быть распространена и на другие действия адвоката, осуществляемые в ходе адвокатского расследования.

Конституционный Суд Российской Федерации отметил необходимость проверки и оценки предоставляемых адвокатом сведений со стороны органов следствия и суда. Отказ в приобщении результатов адвокатского расследования к материалам дела должен быть мотивированным и произведен по основаниям, установленным в Конституции Российской Федерации и УПК РФ.

В практической деятельности есть факты как недобросовестного использования адвокатом своих полномочий, в том числе для затягивания расследования, фальсификации доказательственной информации, так и необоснованного отказа следователей и судей в истребовании и исследовании предоставляемой адвокатом информации.

Представляется в сложившихся условиях соблюдение адвокатом общепринятых криминалистических рекомендаций при осуществлении адвокатского расследования, с одной стороны, поможет повысить степень доверия органов следствия и судов к его результатам, а с другой стороны, облегчит преодоления необоснованных отказов в их истребовании и исследовании.

В зависимости от способа взаимодействия адвоката с источником доказательственной информации рассмотрим две ситуации адвокатского расследования. В первой ситуации адвокат непосредственно не контактирует с предполагаемым источником доказательственной информации, его действия направлены на то, чтобы побудить следствие или суд получить указанный источник и исследовать его. Так, адвокат может обратиться с ходатайством об истребовании документов из различных организаций, о существовании которых ему стало известно из объяснений доверителя, или получении записей камер видеонаблюдения, расположение которых адвокат установил, знакомясь с материалами дела или осмотрев место происшествия (иной участок местности). В данной ситуации адвокат должен подробно обосновать связь источника доказательственной информации с обстоятельствами, подлежащими доказыванию, и (или) иными доказательствами по делу, указать источник своей осведомленности, максимально индивидуализировать местонахождение и владельца (обладателя) истребуемых объектов, обосновать сроки, в которые предлагается истребовать и исследовать вышеуказанные объекты. Если ходатайство адвоката удовлетворяется, то следователь или судья являются первичным субъектом исследования представленного объекта.

Во второй ситуации адвокат непосредственно вступает в контакт с предполагаемым доказательством. Следовательно, возможно воздействие адвоката на форму и содержание собираемой им доказательственной информации⁴. Такое воздействие может не изменять доказательственную информацию, а может привести к ее изменению. Так, при опросе свидетеля, забывшего какие-либо сведения об обстоятельствах дела, адвокат может с целью восстановления в памяти забытого использовать допустимые методы пробуждения ассоциативных связей в сознании свидетеля. В другом случае для решения той же задачи по восстановлению забытого адвокат, пытаясь ускорить процесс активизирования памяти опрашиваемого, может огласить показания других свидетелей. Данный прием может рассматриваться как наводящий вопрос. Свидетель, некритически воспринявший такую информацию от опрашивающего лица, в дальнейшем на допросах воспроизводит ее как непосредственно им воспринятую. Показания такого лица могут рассматриваться как недопустимое доказательство.

Аналогичная ситуация может сложиться при изучении адвокатом предметов или документов, в том числе на электронных носителях. Неквалифицированное обращение с ними ведет к утрате имеющихся на них следов или самой информации.

В свою очередь следствие и суд учитывают возможность искажения или уничтожения поступившей к ним информации и соответственно критически к ней относятся. В некоторых ситуациях для них может стать предпочтительнее отказ от приобщения даже доброкачественных результатов адвокатского расследования к делу, поскольку оценку на основе⁵ представленных материалов они провести не могут, а осуществить их проверку в рамках предварительного расследования или судебного следствия считают невозможным или нецелесообразным.

Таким образом, адвокат, действующий во второй ситуации, должен соблюдать правила работы с доказательственной информацией, которые помогут избежать или минимизировать указанные негативные последствия.

Адвокат должен обеспечить неизменность полученной им доказательственной информации. Недопустимо применять приемы и методы, разрушающие полностью или частично материальные следы и ведущие к потере или искажению идеальных следов. Даже те средства, которые криминалистика признает допустимыми при производстве следственных действий, зачастую не могут применяться при адвокатском расследовании.

Использование специальных знаний при производстве адвокатского расследования возможно только при получении аутентичной копии доказательственной информации и (или) ее носителя. При копировании первоначальный объект не должен быть подвергнут изменению. Проведение специальных исследований указанных копий не должно осуществляться самим адвокатом. Такие исследования должны проводиться специализированными организациями или лицами, обладающими соответствующими знаниями. В качестве таковых могут выступать частные экспертные организации, организации, оказывающие услуги в области обеспечения безопасности, иные организации и лица.

Все действия адвоката с исследуемыми объектами, а также исследования с применением специальных знаний должны быть в случае необходимости повторены на стадии судебного разбирательства или предварительного расследования.

Действия адвоката с источниками доказательственной информации должны быть документированы с помощью технических средств, обеспечивающих невозможность внесения изменений в зафиксированную с их помощью информацию. В случаях, когда возможно использование нотариального удостоверения, оно должно проводиться.

Документирование результатов адвокатской деятельности должно включать не только непосредственные действия по обнаружению и изъятию доказательственной информации, но и в необходимых случаях описывать обстановку, в которой она была обнаружена адвокатом, источники, позволившие адвокату выйти на нее.

В заключение хотелось бы остановиться на принципе своевременности предъявления результатов адвокатского расследования. Важным обстоятельством, влияющим на решение суда или следователя о приобщении результатов адвокатского расследования к материалам дела, является фактор времени. Конечно, адвокат при решении вопроса о том, на каком этапе должны предъявляться соответствующие данные, должен исходить из интересов своего доверителя. Существует практика предъявления полученных адвокатом данных на завершающем этапе расследования, передачи дела в суд или завершающей стадии судебного следствия. В большинстве случаев адвокат стремится добиться истечения сроков привлечения к уголовной ответственности или избрания меры пресечения. Однако суды и следствие в подобных ситуациях расценивают их как попытку затянуть соответствующую стадию процесса и отказывают в приобщении даже доброкачественных результатов адвокатского расследования к материалам дела. В итоге данные, которые действительно могли бы помочь доверителю, не попадают в поле зрения органов уголовной юстиции.

Таким образом, оценка выбора момента представления результатов расследования должна включать и период времени, необходимый для проверки представленных материалов в рамках процессуальных сроков.

Ткачев А.В.,

доцент кафедры криминалистики

Юридического факультета Московского государственного
университета имени М.В. Ломоносова (МГУ),

кандидат юридических наук, доцент

(г. Москва)

Литература

1. Адвокатура в России : учебник для вузов / В.И. Сергеев. 4-е изд., перераб. и доп. Москва : Юстицинформ, 2011.
2. Методические рекомендации по реализации прав адвоката, предусмотренных п. 2 ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 86 УПК РФ и п. 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» : сборник нормативных актов и документов / Е.В. Семеняко, Ю.С. Пилипенко. Москва : Информ-Право, 2010.

¹ Адвокатура в России : учебник для вузов / под ред. д.ю.н., проф. В.И. Сергеева. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юстицинформ, 2011. С. 627.

² Методические рекомендации по реализации прав адвоката, предусмотренных п. 2 ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 86 УПК РФ и п. 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» : сборник нормативных актов и документов / под общ. ред. Е.В. Семеняко, Ю.С. Пилипенко. М. : Информ-Право, 2010. С. 53.

³ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 4 апреля 2006 г. № 100-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бугрова Александра Анатольевича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 86 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Мы рассматриваем добросовестное поведение адвоката, не ставящего своей целью незаконными способами противодействовать расследованию.

О признании обвиняемым своей вины

Существует определенное противостояние следствия и криминалистики со стороны защиты. Но есть и проблемы, которые равнозначно затрагивают интересы и той, и другой стороны. Такой очень важной проблемой является оценка достоверности признания обвиняемым своей вины. При признании обвиняемым своей вины в каждом конкретном случае нельзя исключать возможность проявления самоговора, а также сопутствующего ему оговора других лиц. И если обычно в соответствии с Кодексом профессионально этики адвоката (ст. 9–10, 15 и др.) защитник не вправе действовать вопреки законным интересам своего подзащитного, занимать по делу иную позицию и действовать вопреки его воле, то в случаях, когда убежден в наличии самоговора, обязан принять все необходимые меры, позволяющие исключить его незаконное привлечение к уголовной ответственности¹.

Порой складывается впечатление, что мы забыли о том, что писалось уже давным-давно в ранних российских правовых источниках в середине XIX в.: «При собственном сознании подсудимого следователь розыском должен раскрыть, точно ли сознание его справедливо; подтверждают ли его обстоятельства, сопровождавшие преступление, и ход самого исследования; ибо очень нередко бывает, что подсудимый, подкупленный настоящим, скрытым преступником, или от других причин — ложно оговаривает себя. Чаще всего это случается между арестантами, содержащимися в остроге. При уликах против подсудимого следователь при розыске должен обратить на них особенное внимание, не могли ли они по каким-либо обстоятельствам пасть на невинного подсудимого. Если в розыск вошло обстоятельство об открытии у кого-либо похищенного, орудий, вещей преступления и т.п., то следователь самое точное внимание должен обратить на то, не могло ли похищенное или вещи преступления быть подброшены к тому, у кого найдены. Оставив без внимания это важное обстоятельство, следователь может, приняв кажущееся преступление за истинное, потерять следы к открытию преступника»².

Известный юрист Л.Е. Владимиров в свое время писал: «История собственного признания в высокой степени любопытна как пример расширяющегося опыта человечества, во-первых, в деле изыскания истины в делах людей и, во-вторых, в понимании того великого разнообразия, какие представляют мотивы человеческого поведения»³ «Собственное признание, *regi-na probationum*, королева доказательств, тогда, однако, может быть признано судебным доказательством, сила которого, впрочем, оценивается по внутреннему убеждению, когда оно дано вполне свободно и добровольно... История пытки, — пишет далее Л.Е. Владимиров, — как *средства добывания собственного признания* есть достаточно известная, печальная страница истории уголовного судопроизводства... Нельзя поручиться, чтобы и в настоящее время

у отсталых и темных народов не встречались тупые и жестокие люди, которые не прочь были бы от возвращения к пытке физической как к средству добывания собственного признания и вообще истины в уголовном суде. В истории человечества ни за что поручиться нельзя»⁴. Ссылаясь на ст. 405 Устава уголовного судопроизводства, этот автор отмечает: «Следователь не должен домогаться сознания обвиняемого ни обещаниями, ни ухищрениями, ни угрозами или тому подобными домогательствами». «Само по себе взятое голое собственное признание не есть ни плюс, ни минус: оно дает лишь толчок следствию, направляя его на путь, идя по которому можно найти данные для опровержения или подтверждения данного признания. Пожалуй, на него можно смотреть как на гипотезу, которая, конечно, должна быть вполне доказана. Гросс справедливо заметил в одной своей статье: «*В важных случаях данное собственное признание не должно как бы существовать для следователя, который должен производить следствие, как если бы обвиняемый совсем отвергал обвинение...*» получен большой исторический опыт, показывающий, что по разным мотивам нередко в судах даются ложные собственные признания. К этим мотивам относятся религиозные, политические и социальные основания, самопожертвование из-за любви к близким, к родным, к идее. Сюда же можно отнести и неэтические мотивы: месть, корыстные побуждения и т.д. Здесь перед нами открывается обширная область для психологической оценки мотивов преступления»⁵.

Наряду с самооговором, в тесной связи с ним Л.Е. Владимиров рассматривает и оговор подсудимым посторонних лиц: «Оговор является показанием, которое должно быть доказано. *Если человек не щадит себя, то другого он еще меньше пощадит*, — таково соображение, которое постоянно нужно иметь в виду при оценке доказательственной достоверности оговора... Оговор вообще мутный источник, черпать из него следует осторожно и оценка достоверности его сложна. При этом нельзя обойтись без обследования психологической стороны оговора, а оно крайне трудно. Мы здесь имеем дело с темными страстями, подвигающими к оговору: местью, ненавистью, ревностью, завистью, гневом»⁶.

В конечном итоге Л.Е. Владимиров приходит к следующему суждению: «Собственное признание, правильно отобранное, следовательно, добровольное и вполне согласное с другими, прочно установленными обстоятельствами дела, есть лучше всего света доказательство, настоящая *королева доказательств* (выделено мной. — Е.Ц.). Нет на свете лучшего свидетеля, чем тот, кто сам совершил преступление. И поэтому в вопросе о собственном признании все старания должны быть направлены к тому, чтобы оно было в процессуальном отношении безукоризненно отобрано и правильно использовано»⁷.

В оценке этого суждения особо интересна позиция А.Я. Вышинского, который назвал признание обвиняемым своей вины «*царицей доказательств*». Он критически отнесся к высказываниям Л.Е. Владимировой, назвав данный подход «в корне ошибочным принципом средневекового процессуального

права»⁸. «Судебная хроника, — писал А.Я. Вышинский, — знает немало примеров самооговоров, ложных самообличений, продиктованных страхом, стыдом, отчаянием». Критически он оценивал и ст. 282 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР 1923 г., в которой было записано: «Если подсудимый согласился с обстоятельствами, изложенными в обвинительном заключении, признал правильным предъявленное ему обвинение и дал показания, суд может не производить дальнейшего судебного следствия и перейти к выслушиванию прений». По мнению А.Я. Вышинского, хотя это положение и имеет большой практический смысл, поскольку, несомненно, ускоряет и упрощает процесс, однако при этом имеется и «*большая опасность возможных судебных ошибок*, особенно частых при ускоренном и упрощенном судопроизводстве». *Применять эту статью следует лишь тогда, когда у суда не будет никакого сомнения в истинности признания подсудимого*» (выделено мной. — Е.Ц.). «Нам кажется, — отмечал он, — в силу основных принципов уголовного процесса собственное признание подсудимого, как и все его вообще объяснения по делу, должны приниматься с чрезвычайной осторожностью и, во всяком случае, не должны служить основанием для построения приговора. Можно утверждать, что наименее правильно построенным процессом является тот, в основании которого лежит собственное признание обвиняемого. В таком случае достаточно обвиняемому отказаться под тем или иным предлогом от своих первоначальных показаний, содержащих это признание, и от обвинения не останется и следа»⁹.

Если обратиться к содержанию действующих Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) и Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ), то нетрудно увидеть, что в них при решении вопроса о размере и сроках уголовного наказания подчеркнута, особо выделена роль собственного признания обвиняемого, подсудимого. Так, например, в соответствии с п. «и» ст. 61 УК РФ обстоятельством, смягчающим наказание, является «явка с повинной, активное содействие раскрытию и расследованию преступления, изобличению и уголовному преследованию других участников преступления». О признании обвиняемого отмечается в ст. 62, 64, 65, 73, 75, 76 УК РФ и других статьях разд. 1У «Освобождение от уголовной ответственности и от наказания». УПК РФ предусмотрена возможность прекращения уголовного дела в связи с примирением сторон, возмещением ущерба, в связи с деятельным раскаянием (ст. 25, 25-1, 28). Особо значимы в этом отношении: *гл. 40* «Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением», *гл. 40-1* «Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве», *гл. 32-1* «Дознание в сокращенной форме». Так, в части второй ст. 226-1 записано, что дознание в сокращенной форме производится при условии, если «подозреваемый признает свою вину, характер и размер причиненного преступлением вреда, а также не оспаривает правовую оценку деяния, приведенную в постановлении о возбуждении уголовного дела».

Стоит отметить, что только в одной статье УПК РФ, а именно в ст. 226-9, предусмотрено, что «в случае установления обстоятельств, препятствующих постановлению законного, обоснованного и справедливого приговора, в том числе при наличии достаточных оснований полагать самооговор подсудимого (выделено мной. — Е.Ц.), судья выносит постановление о возвращении уголовного дела прокурору для передачи его по подследственности и производства дознания в общем порядке».

Разнообразие и обилие различных правовых форм смягчения наказания и вообще его исключения при признании обвиняемым своей вины, несомненно, создают представление о самопризнании вины как особо важном инструменте в доказывании по делу. Недостаточная в правовом отношении обусловленность его определенными условиями доказывания приводит к выводу либо создает представление о том что его одного уже достаточно для утверждения о виновности конкретного лица.

Фактически на практике, судя по многим примерам, признание обвиняемым (подсудимым) своей вины как было раньше, так осталось и поныне в представлении многих следователей, судей и прокуроров «царицей доказательств». Они и до настоящего времени понимают содержащуюся в законе формулу о том, что «признание обвиняемым своей вины в совершении преступления может быть положено в основу обвинения лишь при подтверждении его виновности совокупностью имеющихся по уголовному делу доказательств» (ч. 2 ст. 77 УПК РФ) как подтверждение того, что признание всегда должно рассматриваться как одно из доказательств вины конкретного признавшегося обвиняемого (подсудимого). Признался человек, а суду и прокурору порой и нет дела до того, а почему это произошло и не случилось ли так, что представленная суду цепь улик конкретного обвиненного лица опирается лишь на сделанное им признание. И если такое признание исключить, то вся эта искусственно созданная цепочка доказательств обрушится. Ошибки и факты подобного рода по сообщениям СМИ стали настолько часты, что в общественном сознании они уже не вызывают резкого неприятия и воспринимаются как давность, от которой нет избавления¹⁰.

В марте 2019 г. на расширенном заседании коллегии надзорного ведомства, проведенного с участием президента страны, генеральный прокурор сообщил, что по 70% дел используется упрощенный порядок рассмотрения уголовных дел и вынесения приговора без исследования доказательств при наличии признания вины подсудимым. Генеральный прокурор в своем докладе, довольно критически относясь к этим цифрам, все же, мягко говоря, допустил неточность, ссылаясь на недостаточно высокий уровень работы руководителей следственных органов, умолчав о том, что такое положение с рассмотрением уголовных дел не могло не сложиться в результате деятельности системы прокурорского надзора, поскольку по большинству дел возможность упрощенного порядка их рассмотрения в конечном итоге зависит от решения соответствующего прокурора (гл. 40, 40-1, 32-1 УПК РФ).

В тот же период времени в редакции ведомственного журнала прокуратуры «Законность» находились две статьи, в которых как раз и рассматривались особенности оценки достоверности полученного признания обвиняемого и его разграничения от самооговора и оговора. В редакции, очевидно, уловили тенденцию умалчивания истинных причин сложившегося положения с рассмотрением уголовных дел при признании обвиняемого в совершении преступления и воздержались от публикации этих статей под предлогом, что «портфель редакции переполнен материалами чисто прокурорской тематики, а в ваших статьях речь идет о деятельности следователя». В ответе на это сообщение редакции было написано, что мотивы отклонения публикации исключительно надуманы, поскольку содержание статей рассчитано для прокуроров, оценивающих собранные доказательства при утверждении обвинительного заключения с точки зрения возможного оговора и самооговора.

Напомню, в ч. 4 ст. 226.9 УПК РФ записано: «...**при наличии достаточных оснований полагать самооговор подсудимого судья выносит постановление о возвращении уголовного дела прокурору...**». *Здесь, очевидно, уместно спросить: почему прокурор этого не увидел, когда решал вопрос о передаче дела в суд? И не увидит, поскольку не будет обладать тем необходимым конкретным знанием, которое изложено в статьях, отвергнутых редакцией.*

УПК РФ в отличие от УПК РСФСР запрещено задавать наводящие вопросы не только при допросах свидетелей и потерпевших, но и при допросах подозреваемых и обвиняемых. А где граница при изобличении лица доказательствами в совершении преступления между действиями и вопросами наводящего и не наводящего характера? Если задать этот вопрос прокурорам, то ответ может быть в лучшем случае только самого общего характера. А знать конкретные признаки и особенности оценки, очевидно, надо. Стоит вспомнить, что даже в свое время Военная коллегия Верховного суда СССР, там ведь были специалисты самого высокого класса, вынесла ошибочное частное определение, в котором содержалось утверждение, что любое оглашение показаний на допросе равнозначно постановке наводящего вопроса. Стоит спросить прокуроров: а в чем ошибка этого определения Военной коллегии и где грань между наводящим и не наводящим характером оглашения показаний, а также других используемых в процессе расследования доказательств?¹¹

В процессе правоприменительной деятельности нужно всегда иметь в виду, что признание признанию рознь. Чтобы не допустить ошибки при оценке полученного признания, нужно обязательно учесть (учитывать), *а что нового сообщил подозреваемый (обвиняемый)* по сравнению с имеющимися доказательствами и использованными при его допросах и проведении других следственных действий с его участием. Проявил ли он свою осведомленность как при описании всего события, так и, главным образом, в деталях, специфических второстепенных обстоятельствах расследуемого события. При этом необходимо еще и проверить: не знает ли он об этом от истинных виновников происшедшего криминального события. Если таких данных не получено, то имеющее-

ся признание обвиняемого всего лишь отражает его отношение к предъявленному обвинению и не может рассматриваться как доказательство его вины.

В настоящее время часть представителей адвокатского сообщества, участвующих в качестве защитников в уголовном судопроизводстве, идет на поводу во многом ошибочной тенденции следствия и соглашается с навязываемым обвиняемым предложением (требованием и т.п.) признания своей вины, которое нередко может быть получено при отсутствии должных доказательств. Со стороны защитника это звучит примерно так: «соглашайся, а в суде мы докажем твою невиновность». Однако в отечественной правоохранительной системе отработаны такие технологии закрепления полученного признания своей вины, строится такая формально значимая совокупность доказательств, что какая-либо реальная возможность в суде отказаться от сделанного признания практически нередко оказывается равной нулю.

Опасность нераспознанного самоговора состоит не только в том, что к уголовной ответственности будет привлечен и осужден невиновный, не совершавший преступления. Опасность определяется еще и тем, что преступление, по которому получено признание обвиняемого, считается раскрытым и потому какие-либо действия, направленные на установлении иных лиц, причастных к данному криминальному событию, сворачиваются и прекращаются. Настоящий же неустановленный преступник получает возможность безнаказанно множить число своих жертв до тех пор, пока правоохранительным органам не удастся распознать его криминальную деятельность и доказать его вину.

Центров Е.Е.,

профессор кафедры криминалистики

Юридического факультета Московского государственного университета

имени М.В. Ломоносова (МГУ),

доктор юридических наук

(г. Москва)

Литература

1. Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах / Л.Е. Владимиров. Тула : Автограф, 2000.
2. Вышинский А.Я. Курс уголовного процесса / А.Я. Вышинский // Томсинов В.А. Андрей Януарьевич Вышинский (1883–1954), государственный деятель и правовед / В.А. Томсинов // Законодательство. 2017. № 11.
3. Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве / А.Я. Вышинский. 3-е изд., доп. Москва : Государственное изд-во юридической лит-ры, 1950.
4. Долгов Д. Основные формы уголовных следствий, вообще принятые при их производстве / Д. Долгов // Вестник криминалистики. 2009. № 1 (29).
5. Центров Е.Е. Наводящий вопрос и пределы использования информации на допросе / Е.Е. Центров // Ученые-юристы МГУ о современном праве / под редакцией М.К. Треушников. Москва : Городец, 2005.

¹ См.: Российская юстиция. 2003. № 10. С. 69–76.

² Долгов Д. Основные формы уголовных следствий, вообще принятые при их производстве. СПб., 1846 // Вестник криминалистики / отв. ред. А.Г. Филиппов. Вып. 1 (29). М. : Спарк, 2009. С. 99–114.

- ³ Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула : Автограф, 2000. С. 332.
- ⁴ Там же. С. 325—326.
- ⁵ Там же. С. 332.
- ⁶ Там же. С. 333—334.
- ⁷ Там же. С. 341.
- ⁸ См.: Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. 3-е изд., доп. М., 1950. С. 260.
- ⁹ Вышинский А.Я. Курс уголовного процесса. С. 108—110. Цит. по: Томсинов В.А. Андрей Януарьевич Вышинский (1883—1954), государственный деятель и правовед. Статья четвертая // Законодательство. 2017. № 11. С. 89—90.
- ¹⁰ Возможно, с изложенных позиций стоит судить и об очень высокой степени раскрываемости убийств. По некоторым данным она доходит почти до 90%. Такой показатель легко получить, если схватить любого подходящего и выбить из него признание. По некоторым данным даже в США каждый 25-й осужденный к исключительной мере наказания был казнен, как выяснилось позднее, за преступление, которого не совершал. Подобный финал художественно изображен Стивеном Кингом в романе «Зеленая миля».
- ¹¹ См.: Центров Е.Е. Наводящий вопрос и пределы использования информации на допросе. // Ученые-юристы МГУ о современном праве / под ред. М.К. Треушникова. М. : ОАО Изд. дом «Городец», 2005.

Проблемы реализации прав адвокатов при работе с подзащитными, находящимися в учреждениях ФСИН России

Возможность лица пользоваться помощью адвоката в уголовном судопроизводстве закреплена на конституционном уровне. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 48 Конституции Российской Федерации «каждому гарантировано получение квалифицированной юридической помощи, а в предусмотренных законом случаях такая помощь предоставляется бесплатно»¹. В ч. 2 рассматриваемой статьи регламентировано, что «каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения»².

Таким образом, право на получение юридической помощи адвоката гарантируется каждому лицу независимо от его формального процессуального статуса, а государство, в свою очередь, возлагает на себя обязательство по обеспечению каждому гражданину реализации такого права силами своих исполнительных органов и созданию надлежащих условий для нормальной организации работы адвокатов (защитников) со своими доверителями особенно в тех случаях, когда конституционные права нуждающихся в правовой помощи ограничены, как, например, в случаях, когда лицу избрана мера пресечения в виде заключения под стражу.

Находясь в состоянии изоляции от общества, осужденные и лица, содержащиеся под стражей, не могут самостоятельно реализовывать свои права, в связи с чем деятельность адвоката по отстаиванию и защите их прав и интересов приобретает особенно важное значение. Именно адвокат оказывает наиболее эффективное содействие доверителю и помогает использовать весь объем имеющихся у него прав, а также следит за тем, чтобы должностные лица уголовного судопроизводства действовали строго в рамках закона и не превышали имеющихся у них полномочий.

На основании п. 5 ч. 3 ст. 6 Федерального закона № 63 от 31 мая 2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре» адвокат вправе «беспрепятственно встречаться со своим доверителем наедине в условиях, обеспечивающих конфиденциальность (в том числе в период его содержания под стражей), без ограничения числа свиданий и их продолжительности»³. Порядок предоставления свиданий с подозреваемым или обвиняемым регламентирован Федеральным законом от 15 июля 1995 г. № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» и Правилами внутреннего распорядка следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы, утвержденных Приказом Минюста России от 14 октября 2005 г. № 189,

в соответствии с которыми «подозреваемый или обвиняемый наделен правом осуществления свидания с защитником наедине без разделительной перегородки в условиях, позволяющих сотруднику СИЗО видеть подозреваемого или обвиняемого и защитника, но не слышать»⁴.

Однако следует отметить, что в современных практических условиях наблюдаются неоднократные нарушения профессиональных прав адвокатов по оказанию квалифицированной юридической помощи своим подзащитным, содержащимся как в следственных изоляторах, так и в исправительных учреждениях, и вызывают острую необходимость в поиске решений по их недопущению. В настоящее время адвокаты в своей практической деятельности сталкиваются с рядом проблем, возникающих как на стадии доступа к своим подзащитным в места заключения, так и на выходе из них, а также в том числе в процессе оказания самой юридической помощи указанным лицам в соответствующих учреждениях уголовно-исполнительной системы.

В размещенной на официальном сайте Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации Резолюции IX Всероссийского съезда адвокатов «О нарушении профессиональных прав адвокатов» от 18 апреля 2019 г. адвокатское сообщество выразило обеспокоенность продолжающимися нарушениями профессиональных прав адвокатов, среди которых значительную часть составляют нарушения, связанные с отсутствием надлежащих условий для работы адвокатов во многих следственных изоляторах, в том числе в виде больших очередей и длительных ожиданий своих подзащитных⁵.

Статистические данные, приведенные по результатам онлайн-опроса, проведенного Федеральной палатой адвокатов Российской Федерации в период с 1 августа по 1 октября 2019 г., о нарушениях права на встречи с доверителями, находящимися в СИЗО, в числе приоритетных нарушений по осуществлению своих профессиональных прав адвокатами отмечается затруднительный доступ к подзащитным в следственные изоляторы по причине долгих очередей и длительных ожиданий своего подзащитного. Так, из 725 анкетированных «средняя продолжительность ожидания доверителя составляет около часа у 38% адвокатов, два часа занимает у 24% опрошенных, три часа — у 10% респондентов, более 16% адвокатов заявило о безрезультатном обращении с жалобами на нарушения прав на защиту и воспрепятствованию доступу в СИЗО, и только 4% участвовавших в опросе сообщили о том, что их обращения по поводу нарушений были удовлетворены»⁶.

На заседании межведомственной рабочей группы при Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации по мониторингу соблюдения прав граждан, находящихся в местах принудительного содержания, на защиту и получение квалифицированной юридической помощи, проведенного 18 июня 2019 г., адвокаты указали о повсеместной практике прослушивания переговорных комнат, считая ее «незаконной и антиконституционной»⁷.

В числе проблем, снижающих качество оказываемой адвокатами юридической помощи, отмечается отсутствие достаточного количества кабинетов,

оборудованного места ожидания, неэффективная организация работы адвокатов для встреч с доверителями. Работа в кабинетах зачастую осуществляется в порядке живой очереди из следователей и адвокатов, совместно и раздельно, в обстоятельствах, способных повлечь незаконное получение третьими лицами сведений, составляющих адвокатскую тайну. В свою очередь, следователи, проводя необходимые процессуальные действия в рамках уголовного дела, занимают те же рабочие места на достаточно длительное время, особенно в случаях ознакомления обвиняемого с материалами дела. В практических условиях следователи, работая по многотомным делам, вынуждены занимать те же места на весьма длительный период, от недели до месяца, а это, в свою очередь, неизбежно ведет к сокращению количества мест для защитников, которые вынуждены по несколько раз приезжать в изолятор в целях встречи со своими доверителями.

Представители ФСИН России в ответ на поступающие жалобы от адвокатов в качестве одной из причин возникновения адвокатских очередей отмечают крайнее несоответствие количества переговорных комнат в СИЗО и нормам проектирования. Так, «при лимите 250 мест в СИЗО предусмотрено наличие 15 кабинетов, при лимите наполнения 500 мест — 30 кабинетов, при лимите 1 тыс. мест — 45 кабинетов, при лимите 1,5 тыс. — 60 кабинетов и т.д.»⁸.

Другой причиной, объясняющей длительные ожидания адвокатов свидания с подзащитными, пресс-бюро ведомства связывает с переполненностью камер, так, «в учреждениях УФСИН России по г. Москве при лимите наполнения 8,6 тыс. человек фактически содержится 11,9 тыс. человек, переполнение составляет 37,7%»⁹.

Важно отметить, что Концепция федеральной целевой программы «Развитие уголовно-исполнительной системы (на 2017–2025 годы)», утвержденная Распоряжением Правительства Российской Федерации от 23 декабря 2016 г. № 2808-р, свидетельствует о том, что действительно в настоящее время в деятельности учреждений уголовно-исполнительной системы наблюдается ряд проблем по обеспечению прав, свобод и законных интересов подозреваемых, обвиняемых и осужденных, которые носят при этом системный характер. В числе приоритетных проблем отмечается переполненность следственных изоляторов за счет увеличения численности подозреваемых, обвиняемых, в отношении которых в качестве меры пресечения избрано заключение под стражу.

Согласно данным, приведенным в Концепции, «по состоянию на 1 января 2013 г. в следственных изоляторах содержались 114,8 тыс. человек, на 1 января 2016 г. — 123,2 тыс. человек, в 2015–2016 гг. максимальная численность подозреваемых и обвиняемых в отдельные периоды времени превышала лимит наполнения следственных изоляторов, а в некоторых субъектах Российской Федерации (г. Москва, Московская область, Свердловская область, Республика Башкортостан и др.) превышение составляло от 600 до 2 000 человек, или от

23 до 56%, что указывает на необходимость создания дополнительных мест в следственных изоляторах»¹⁰.

По результатам анкетирования среди руководителей структурных подразделений центрального аппарата ФСИН России, территориальных органов УИС, исправительных учреждений и сотрудников юридических служб уголовно-исполнительной системы (300 человек) среди иных причин, затрудняющих организацию взаимодействия службы ФСИН России с представителями других служб и общественных объединений, в том числе и адвокатами, указаны «несовершенство нормативно-правовой базы, регламентирующей указанную деятельность (14,4%); недостаток кадрового обеспечения (43%); низкий уровень профессиональной подготовки сотрудников юридических служб (10%); несовершенство существующей структуры государственного управления (11,6%), недостаток информационно-аналитического обеспечения (12,4%)»¹¹.

Введенная в работу система «ФСИН-ВИЗИТ», предназначенная для предварительной записи следователей и адвокатов в следственные изоляторы ФСИН России, несомненно, улучшила положение дел в работе адвокатов, поскольку позволила осуществлять предварительную запись в изоляторы удаленно и заблаговременно на 22 календарных дня вперед. Однако данный проект только начал получать свое развитие, в связи с этим действует не во всех регионах страны, а только в 33 учреждениях пенитенциарной системы. Так, за прошедший период с февраля по сентябрь 2019 г. система предварительной записи заработала в следующих учреждениях: «СИЗО-7 Егорьевск УФСИН по Московской области (с 23 сентября 2019 г.), СИЗО-2 Волоколамск УФСИН по Московской области (с 23 августа 2019 г.); СИЗО-12 Зеленоград УФСИН по Московской области (с 20 августа 2019 г.), СИЗО-11 Ногинск УФСИН по Московской области (с 8 августа 2019 г.), СИЗО-2 УФСИН Куйбышев по Новосибирской области (с 19 июля 2019 г.), СИЗО-1 Курск (с 14 марта 2019 г.) и ряд других»¹².

Несомненным преимуществом данной системы является простота в ее использовании, для осуществления предварительной записи адвокату необходимо всего лишь пройти регистрацию в системе на ее официальном сайте, однако существенным недостатком необходимо признать тот факт, что она не отменяет живой очереди в следственных изоляторах ввиду того, что при желании либо в случае, если все места в виртуальной очереди заняты, система не отменяет право адвоката занимать место в живой очереди. Такое положение дел ведет к тому, что проблему по обеспечению нормальной организации посещения адвокатами и работы с подзащитными в пенитенциарных учреждениях уголовно-исполнительной системы в полной мере решить не удалось, так как ежедневно у входов в изоляторы продолжают выстраиваться длительные очереди из адвокатов, желающих попасть на свидания со своими доверителями.

В поиске решения существующих проблем при реализации прав адвокатов по обеспечению защиты лиц, содержащихся в учреждениях уголов-

но-исполнительной системы, предлагается комплекс мер по их устранению. Так, в числе предложений рассматривается вопрос о предоставлении возможности доступа защитников в СИЗО и ИВС в выходные и праздничные дни, а также введение электронного удостоверения адвокатов, позволяющего заходить в пенитенциарные учреждения в любое время.

Исследование и анализ проблем реализации профессиональных прав адвокатов при работе с подзащитными, находящимися в учреждениях ФСИН, приводят к несомненному выводу о том, что российская адвокатура в настоящее время нуждается в укреплении правовых гарантий адвокатской деятельности, установлении их на законодательном уровне, создании действенных механизмов по обеспечению защиты доверителей, содержащихся в учреждениях уголовно-исполнительной системы, недопущению воспрепятствования законной деятельности адвоката со стороны сотрудников службы ФСИН России, органов следствия и дознания, поскольку эффективность правовой помощи адвоката напрямую зависит от возможности беспрепятственно ее осуществлять.

Хвенько Т.И.,

аспирант кафедры адвокатуры Московского государственного
юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
(г. Москва)

Литература

1. Шафрановский К.В. Организация правового обеспечения деятельности ФСИН России : автореферат диссертации кандидата юридических наук / К.В. Шафрановский. Рязань, 2007.

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

² Там же.

³ Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Приказ Минюста России от 14 октября 2005 г. № 189 (ред. от 31.05.2018) «Об утверждении Правил внутреннего распорядка следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы» (зарегистрирован в Минюсте России 08.11.2005 № 7139) // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ URL: https://fparf.ru/documents/fpa-rf/documents-of-the-congress/the-resolution-on-the-violations-of-professional-rights-of-advocates/?sphrase_id=14753/ (дата обращения: 08.10.2019).

⁶ URL: <https://fparf.ru/news/fpa/vremya-podvesti-itogi/> (дата обращения: 08.10.2019).

⁷ URL: <https://fparf.ru/news/fpa/obedinit-usiliya-dlya-obespecheniya-besprepyatstvennogo-dostupa-advokato-k-podzashchitnym-/> (дата обращения: 09.10.2019).

⁸ URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3100182> (дата обращения: 09.10.2019).

⁹ URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3100182> (дата обращения: 09.10.2019).

¹⁰ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 23 декабря 2016 № 2808-р «Об утверждении Концепции федеральной целевой программы «Развитие уголовно-исполнительной системы (2017–2025 годы)» // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Шафрановский К.В. Организация правового обеспечения деятельности ФСИН России : автореф. дис... канд. юрид. наук. Рязань, 2007. С. 6.

¹² URL: <http://fsin-vizit.ru/> (дата обращения: 09.10.2019).

**НАУЧНЫЕ
ТРУДЫ**

Выпуск 20

ISBN 978-5-91835-386-8



9 785918 353868

Дизайн-макет ООО «Издательство «Юрист»,
Научное редактирование Швечкова О.А.