

# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ № 11 (72) НОЯБРЬ 2016

## Ежемесячный научный журнал.

## Издается как СМИ с 2006 г.

# РОССИЙСКОГО ПРАВА

### *Председатель редакционного совета журнала*

**ГРАЧЕВА Елена Юрьевна** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

### *Заместитель председателя редакционного совета журнала*

**ПЕТРУЧАК Лариса Анатольевна** доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права, проректор по учебной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ. Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

### *Главный редактор журнала*

**СИТНИК Александр Александрович** доцент кафедры финансового права, кандидат юридических наук Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

### *Ответственный секретарь*

**САЛИЯ Марианна Романовна** эксперт Отдела организации научно-издательской политики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

### *Члены редакционного совета журнала*

**БЕЛОВА (ГАНЕВА) Габриела** кандидат юридических наук, доцент, декан историко-правового факультета Юго-Западного университета имени Неофита Рильского (Болгария).  
Почтовый адрес: 2700, Болгария, г. Благоевград, ул. Ивана Михайлова, д. 6б.

**БОЛТИНОВА Ольга Викторовна** доктор юридических наук, профессор, заместитель заведующего кафедрой финансового права, ученый секретарь Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**ВОСКОБИТОВА Лидия Алексеевна** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**ГАЗЬЕ Анн** доктор права, доцент Университета Paris Quest Nanterre La Défense (Франция).  
Почтовый адрес: 92001, Франция, г. Нантер, авеню Републик, д. 200.

**ГОЛОВНЕНКОВ Павел Валерьевич** доктор права, ассессор права, главный научный сотрудник кафедры уголовного и, в частности, экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).  
Почтовый адрес: 14482, Германия, г. Потсдам, ул. Августа Бебеля, д. 89.

**ДУБРОВИНА Елена Павловна** кандидат юридических наук, член Центризбиркома России, заслуженный юрист РФ.  
Почтовый адрес: 109012, Россия, г. Москва, Б. Черкасский пер., д. 9.

**ЕРШОВА Инна Владимировна** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник юстиции России.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**ЗАХАРОВ Владимир Викторович** доктор юридических наук, профессор, председатель Арбитражного суда Курской области.  
Почтовый адрес: 305000, Россия, г. Курск, ул. Радищева, д. 33.

**КАШКИН Сергей Юрьевич** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.



- КОКОТОВ Александр Николаевич** доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ, заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ. Почтовый адрес: 190000, Россия, г. Санкт-Петербург, Сенатская пл., д. 1.
- КОРНЕВ Аркадий Владимирович** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
- МАРИНО Иван** кандидат юридических наук, доцент Государственного университета «Ориентале» (Неаполь), руководитель Центра мониторинга политико-правовой системы России, Итальянского представительства Фонда конституционных реформ. Почтовый адрес: 80121, Италия, г. Неаполь, виа Карло Поэрио, д. 15.
- МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), президент Союза криминалистов и криминологов, заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, заместитель председателя Экспертного совета Высшей аттестационной комиссии РФ. Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
- ПАНАГИОТОПОЛОС Димитриос** доктор права, магистр философии, профессор Афинского университета, вице-ректор Университета Центральной Греции, президент Международной ассоциации спортивного права (IASL), специальный эксперт в области спортивного права в Европейском Союзе, награжден премией «Право: Человек года» (2009) Американским биографическим институтом (ИНК). Почтовый адрес: 10677, Греция, г. Афины, ул. Веранжероу, д. 4.
- РЕШЕТНИКОВА Ирина Валентиновна** доктор юридических наук, профессор, председатель Арбитражного суда Уральского округа, заслуженный юрист РФ, почетный работник судебной системы. Почтовый адрес: 620075, Россия, Екатеринбург, пр-т Ленина, д. 32/27.
- РОССИНСКАЯ Елена Рафаиловна** доктор юридических наук, профессор заведующий кафедрой судебных экспертиз, директор Института судебных экспертиз Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), президент Ассоциации образовательных учреждений «Судебная экспертиза», академик РАЕН, заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ. Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
- ХВАН Леонид Борисович** кандидат юридических наук, доцент кафедры административного и финансового права Ташкентского государственного юридического института. Почтовый адрес: 100000, Республика Узбекистан, г. Ташкент, Главпочтамт, а/я № 4553.
- ЧАННОВ Сергей Евгеньевич** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой служебного и трудового права Поволжского института управления имени П.А. Столыпина. Почтовый адрес: 410031, Россия, г. Саратов, ул. Соборная, д. 23/25.
- ЧЕРНЫШЕВА Ольга Сергеевна** кандидат юридических наук, начальник отдела Секретариата Европейского Суда по правам человека. Почтовый адрес: 67075, Франция, г. Страсбург, Cedex, ЕСПЧ.
- ЧУЧАЕВ Александр Иванович** доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ. Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
- ШАЛУМОВ Михаил Славович** доктор юридических наук, профессор, заместитель начальника Управления — начальник отдела систематизации законодательства и анализа судебной практики в области уголовного судопроизводства Управления систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда Российской Федерации, судья Верховного Суда РФ (в отставке), член-корреспондент Международной академии психологических наук. Почтовый адрес: 121260, Россия, г. Москва, ул. Поварская, д. 15.
- ЯСКЕРНЯ Ежи** доктор юридических наук, профессор, директор Института права, экономики и управления Университета имени Яна Кохановского в г. Кельц (Польша). Почтовый адрес: 25369, Польша, г. Кельц, ул. Зеромского, д. 5.

**Редакционная коллегия журнала**

**КАШАНИНА  
Татьяна  
Васильевна** профессор кафедры теории государства и права, доктор юридических наук, профессор.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**КЛЕПИЦКИЙ  
Иван  
Анатольевич** профессор кафедры уголовного права, доктор юридических наук, профессор.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**МИХАЙЛОВ  
Сергей  
Михайлович** доцент кафедры гражданского и административного судопроизводства, кандидат  
юридических наук, доцент.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**ОСАВЕЛЮК  
Алексей  
Михайлович** профессор кафедры конституционного права, доктор юридических наук, профессор.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**ПОДУЗОВА  
Екатерина  
Борисовна** старший преподаватель кафедры гражданского права, кандидат юридических наук.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**СЕРГЕЕВ  
Александр  
Леонидович** доцент кафедры конституционного права, кандидат юридических наук.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**СОКОЛОВА  
Наталья  
Александровна** начальник Управления организации научной деятельности, доктор юридических наук,  
доцент.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**СТУДЕНИКИНА  
Марина  
Семеновна** профессор кафедры административного права и процесса, кандидат юридических наук,  
старший научный сотрудник.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

## *Chairperson of the Board of Editors*

**GRACHEVA  
Elena  
Yurievna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.  
Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

## *Vice-Chairperson of the Board of Editors*

**PETRUCHAK  
Larisa  
Anatolievna** Doctor of Law, Professor of the Department of Theory of State and Law, Vice-Rector on Educational Work of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.  
Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

## *Chief editor of the magazine*

**SITNIK  
Alexandr  
Alexandrovich** Ph.D. in Law, Associate Professor of the Department of Financial Law of the Kutafin Moscow State Law University.  
Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

## *Executive Editor*

**SALIYA  
Marianna  
Romanovna** Expert of the Department of Scientific and Publishing Policy of the Department of Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University.  
Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

## *Members of the Board of Editors*

**BELOVA-GANEVA  
Gabriela** PhD in Law, Associate Professor, Dean of the Faculty of Law and History of the South Western University named after the Neophyte Rilsky (Bulgaria)  
Mailing address: 2700, Bulgaria, Blagoevgrad, ul. Ivana Mikhailova, d. 66.

**BOLTINOVA  
Olga  
Viktorovna** Doctor of Law, Professor, Vice-Chairperson of the Department of the Financial Law, Academic Secretary of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.  
Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

**CHANNOV  
Sergey  
Evgenievich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Service and Labor Law of the Povolzhsky Institute of Government named after P.A. Stolypin.  
Mailing address: 410031, Russia, Saratov, Sobornaya ul., d. 23/25.

**CERNISHOVA  
Olga  
Sergeevna** PhD in Law, Head of Division at the Registry of the European Court of Human Rights.  
Mailing address: European Court of Human Rights, 67075 Strasbourg Cedex, France.

**CHUCHAEV  
Aleksandr  
Ivanovich** Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.  
Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

**DUBROVINA  
Elena  
Pavlovna** PhD in Law, Member of the Election Committee of Russia, Merited Lawyer of the Russian Federation.  
Mailing address: 109012, Russia, Moscow, B. Cherkasskiy per., d. 9.

**ERSHOVA  
Inna  
Vladimirovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of the Entrepreneurial Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of the Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Worker of Justice of Russia.  
Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

**GAZIER  
Anne** Doctor of Law, Associate Professor of the University Paris Quest Nanterre La Défense (France).  
Mailing address: Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 200 avenue de la République, 92001, Quest Nanterre, La Défense, France.

**GOLOVNENKOV  
Pavel  
Valerievich** Doctor of Law, Law Assessor, Chief Legal Researcher of the Department of Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the University of Potsdam (Germany).  
Mailing address: Universität Potsdam, Juristische Fakultät, August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam, Deutschland.



- JASKIERNIA Jerzy** Prof. dr hab. Jan Kochnowski University, Kielce, Poland, Department of Management and Administration Director, Institute of Economy and Administration, Chair, Administration and Legal Sciences Division.  
Mailing address:: Str. Żeromskiego 5, Kielce, Poland, 25369.
- KASHKIN Sergey Yurievich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Integration and European Law of the Kutafin Moscow State Law University.  
Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.
- KHVAN Leonid Borisovich** PhD in Law, Associate Professor of the Department of Administrative and Financial Law of the Tashkent State Legal Institute.  
Mailing address: 100 000, Republic of Uzbekistan, Tashkent, Glavpochtamt, a/ya 4553.
- KOKOTOV Aleksandr Nikolaevich** Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Court of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.  
Mailing address: 190000, Russia, St. Petersburg, Senatskaya pl., d. 1.
- KORNEV Arkadiy Vladimirovich** Doctor of Law, Professor, Vice-Chairman of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University.  
Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.
- MARINO Ivan** PhD in Law, Associate Professor of the University «L'Orientale», Head of the Monitoring Center for the Political and Legal System of Russia, and of the Italian Representative Office of the Constitutional Reforms Foundation.  
Mailing address: via Carlo Poerio, 15, 80121, Napoli, Italia.
- MATSKEVICH Igor Mikhailovich** Doctor of Law, Professor of the Department of Forensic Studies and Criminal Executive Law of the Kutafin Moscow State Law University, President of the Union of Criminalists and Criminologists, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Vice-chairman of Advisory Council of the Highest Certifying Commission of the Russian Federation.  
Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.
- PANAGIOTOPOULOS Dimitrios** Professor of University of Athens, Attorney-at-Law Vice-Rector, University of Central Greece, President of International Association of Sports Law (IASL), awarded «Person of the Year in Law» (2009) from the American Biographical Institute (INC).  
Mailing address: 4 Veranzerou Str., 10677, Athens, Greece.
- RESHETNIKOVA Irina Valentinova** Doctor of Law, Professor, Chairperson of the Arbitration Court of the Urals District, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of the Judicial System.  
Mailing address: 620075, Russia, Ekaterinburg, prosp. Lenina, d. 32/27.
- ROSSINSKAYA Elena Rafailovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Judicial Expertise of the Kutafin Moscow State Law University, President of the Association of Educational Institutions «Judicial Expertise», Academician of the Russian Academy of Natural Sciences, Merited Scientist of the Russian Federation.  
Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.
- SHALUMOV Michail Slavovich** Doctor of Law, Professor, Deputy Head of Directorate — Chief of Branch of the Systematization of Legislation and Analysis of the Judicial Practice at Criminal procedure of the Directorate of the Systematization of Legislation and Analysis of the Judicial Practice of the Supreme Court of the Russian Federation, Justice of the Supreme Court of the Russian Federation (emeritus), Corresponding member of the International Academy of Psychological Sciences.  
Mailing address: 121260, Russia, Moscow, ul. Povarskaya, d. 15.
- VOSKOBITOVA Lidia Alekseevna** Doctor of Law, Professor, the Head of the Department of Criminal Procedural Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of the Higher Professional Education of the Russian Federation.  
Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.
- ZAKHAROV Vladimir Viktorovich** Doctor of Law, Professor, Chairman of Arbitration Court of Kursk Region.  
Mailing address: 305000, Russia, Kursk, ul. Radischeva, d. 33.



**Editorial Board**

**KASHANINA  
Tatyana  
Vasilyevna**

Doctor of Law, Professor of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Professor.

**KLEPITSKIY  
Ivan  
Anatolyevich**

Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Professor.

**MIKHAILOV  
Sergey  
Mikhailovich**

Associate Professor of the Department of Civil and Administrative Process of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Associate Professor.

**OSAVELYUK  
Aleksy  
Mikhailovich**

Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University.

**PODUZOVA  
Ekaterina  
Borisovna**

PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University.

**SERGEEV  
Aleksandr  
Leonidovich**

PhD in Law Associate Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University.

**SOKOLOVA  
Natalya  
Aleksandrovna**

Doctor of Law, Associate Professor of the Department of International Law of the Kutafin Moscow State Law University, Associate Professor.

**STUDENIKINA  
Marina  
Semenovna**

Professor of the Department of Administrative Law and Process of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Senior Researcher.



## СОДЕРЖАНИЕ

### СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

Батиев Л. В. Указ 21 февраля 1697 г. и реформа судопроизводства в России . . . . . 11

Воробьев А. С. Особенности приемы построения правовых механизмов  
на примере Уголовного уложения 1903 г. . . . . 19

### ТЕОРИЯ И ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Коновалов А. В. О роли принципов права . . . . . 24

Агапов И. О. К вопросу о возможных юридических последствиях  
легализации в России публично-частного партнерства. . . . . 27

Гурьянова В. В. Проблемы определения понятия, структуры, особенностей  
и функционального назначения коллизионных норм национального права. . . . . 33

### ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ И МЕСТНОЕ САМОУПРАВЛЕНИЕ

Демьянов Е. В., Мухачев И. В. Система избирательных комиссий  
в субъектах Российской Федерации . . . . . 40

Терюков Е. О. Проблемы применения временного запрета как меры обеспечения  
производства по административным делам в области строительства,  
влекущим наказанием в виде административного приостановления деятельности. . . . 48

### ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ И АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

Поляков М. М. Противодействие коррупции в сфере высшего образования  
и научно-исследовательской деятельности . . . . . 54

Савченко Е. А. Разрешение как способ правового регулирования  
и классификация видов разрешений в сфере связи . . . . . 63

### ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Мошкова Д. М. К вопросу о субъектах финансового права . . . . . 72

Пятковская Ю. В. К вопросу об элементах системы финансового права . . . . . 80

Балакина З. В. Принцип сквозного налогообложения при применении концепции  
бенефициарного собственника дохода . . . . . 87

### ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Ким С. Г. Принцип *superficies solo cedit* в российском праве . . . . . 94

### ГРАЖДАНСКОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

Свириденко О. М. Принцип объективной реальной платежеспособности должника . . . 99

Мацкевич П. Н. Преюдициальность постановлений по делам  
об административных правонарушениях в арбитражном процессе . . . . . 104

### ПРАВОВАЯ ОХРАНА РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Луткова О. В. Классификация субъектов трансграничных  
авторско-правовых отношений . . . . . 112



## **ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ И СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ**

- Филющенко Л. И.** *Некоторые проблемы правового регулирования отношений с участием профсоюзов* . . . . . 121

## **УГОЛОВНОЕ ПРАВО**

- Гумеров Т. А.** *Коррупционная преступность: историко-правовой аспект* . . . . . 129
- Хромов Е. В.** *Проблемы квалификации деяний по ст. 238 УК РФ* . . . . . 134
- Цай К. А.** *Уголовно-правовые парадигмы и их роль в развитии российской уголовно-правовой политики (на примере членства России в Совете Европы)* . . . . . 142

## **УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС**

- Бекетов А. О.** *Руководитель следственного органа — субъект обжалования судебного решения в досудебном производстве* . . . . . 152

## **АДВОКАТУРА И НОТАРИАТ**

- Яртых И. С.** *Реформа адвокатуры в свете Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи, разработанной Минюстом России* . . . . . 163

## **КРИМИНАЛИСТИКА И КРИМИНОЛОГИЯ. СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА**

- Колотков М. Б.** *Методологические основы исследования конфликтной модели «терроризм — государство» периода второй половины XIX — начала XX в.* . . . . . 170
- Максимович А. Б.** *Содержание и структура криминалистического учения о средствах сотовой связи* . . . . . 179

## **МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО**

- Лебединец И. Н.** *Международно-правовые основы сотрудничества государств в борьбе с торговлей женщинами и детьми.* . . . . . 186
- Ануфриева Л. П., Подчуфарова И. В.** *К вопросу о понятии «международное двойное налогообложение»* . . . . . 196

## **СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ**

- Шония Г. В.** *Особенности регулирования труда работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев: сравнительный анализ законодательства России и Франции* . . . . . 206
- Литаренко Н. В.** *Изменение подхода к неустойке в Англии* . . . . . 214

## **ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ И НАУКА**

- Грачева Е. Ю., Щекин Д. М.** *Комментарий к диссертационным исследованиям по финансовому праву* . . . . . 223



## CONTENTS

### PAGES OF HISTORY

- Batiev L. V.** *The Decree of 21 February, 1697 and the Judicial Reform in Russia* . . . . . 11
- Vorobiev A. S.** *Special Methods of Legal Mechanisms Formation as Illustrated by the Criminal Code of 1903* . . . . . 19

### THEORY AND PHILOSOPHY OF LAW

- Kononov A. V.** *The Role of the Principles of Law* . . . . . 24
- Agapov I. O.** *To the Question of Possible Legal Consequences of Public-Private Partnership* . . . 27
- Guryanova V. V.** *The Problem of Defining the Concept, Structure, Distinctive Features and Functional Purpose of Conflict-of-Laws Rules in Domestic Law* . . . . . 33

### STATE POWER AND LOCAL SELF-GOVERNMENT

- Demyanov E.V., Mukhachov I. V.** *The System of Electoral Commissions in the Territorial Entities of the Russian Federation* . . . . . 40
- Teteryukov E. O.** *Problems of Application of Preliminary Injunction as a Measure to Secure Proceedings in Administrative Cases in the Area of Construction that Entails Punishment in the Form of Administrative Suspension of Activities* . . . . . 48

### STATE GOVERNANCE AND ADMINISTRATIVE PROCESS

- Polyakov M. M.** *Resisting Corruption in the Sphere of Higher Education and Scientific Research* . . . . . 54
- Savchenko E. A.** *A Permission as a Method of Legal Regulation and Classification of Types of Permissions in the Communications Sector* . . . . . 63

### FINANCIAL LAW

- Moshkova D. M.** *To the Question of the Subjects of Financial Law* . . . . . 72
- Pyatkovskaya Yu. V.** *To the Question of the Elements of the Financial Law System* . . . . . 80
- Balakina Z. V.** *The principle of Pass-through Taxation in Applying the Concept of the Beneficial Owner of the Income* . . . . . 87

### CIVIL AND FAMILY LAW

- Kim S. G.** *The Principle of superficies solo cedit in Russian Law* . . . . . 94

### CIVIL AND ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

- Sviridenko O. M.** *The Principle of Objective Real Capacity of a Debtor to Pay* . . . . . 99
- Matskevich P. N.** *Res Judicata of rulings in Administrative Cases in Arbitrazh Proceedings* . . . . . 104

### LEGAL PROTECTION OF THE RESULTS OF INTELLECTUAL ACTIVITY

- Lutkova O. V.** *Classification of Parties to Cross-Border Copyright Relations* . . . . . 112

### LABOR RELATIONS AND SOCIAL MAINTENANCE

- Filyuschenko L. I.** *Some Issues of Legal Regulation of Relations Involving Unions* . . . . . 121



## CRIMINAL LAW

- Gumerov T. A.** *Corruption-Related Crimes: Historical and Legal Aspect* . . . . . 129
- Khromov Y. Y.** *The Problem of Qualification of Deeds under Article 238 of the Criminal* . . . . . 134
- Tsai K. A.** *Criminal Legal Paradigms and their Role in the Development of the Russian Criminal Legal Policy (on the Example of Russia's Membership in the Council of Europe)* . . . . . 142

## CRIMINAL PROCEDURE

- Beketov A. O.** *The Head of the Investigative Body is the Subject of the Appeal of a Court Decision in a Pre-Trial Proceeding* . . . . . 152

## ADVOCACY AND NOTARY

- Yartyh I. S.** *The Reform of Advocacy in the Light of the Concept of Market Regulation of the Professional Legal Assistance Developed by the Ministry of Justice of Russia* . . . . . 163

## CRIMINALISTICS AND CRIMINOLOGY. FORENSIC EXAMINATION

- Kolotkov M. B.** *Methodological Bases of the Study of the Conflict Model "Terrorism-State" in the Second Part of the XIX Century — the Beginning of the XX Century* . . . . . 170
- Maksimovich A. B.** *The Content and Structure of the Forensic Doctrine on Cellular Communication Tools* . . . . . 179

## INTERNATIONAL LAW

- Lebedinets I. N.** *International Legal Framework for Cooperation among States in Combating Trafficking in Women and Children* . . . . . 186
- Anufrieva L. P., Podchufarova I. V.** *To the Question of the Concept "International Double Taxation"* . . . . . 196

## COMPARATIVE LEGAL STUDIES

- Shonia G. V.** *Peculiarities of Regulation of Labour of Employees under and Employment Agreement for a Period of up to Two Months: Comparative Analysis of the Legislation of Russia and France* . . . . . 206
- Litarenko N. V.** *A Change in the Approach to a Penalty in England* . . . . . 214

## LEGAL EDUCATION AND SCIENCE

- Gracheva E. Y., Schekin D. M.** *Commentary to Dissertation Research on Financial Law* . . . . . 223

## Указ 21 февраля 1697 г. и реформа судопроизводства в России

**Аннотация.** В статье показано конкретное судебное дело, рассмотренное лично Петром I и послужившее причиной издания Указа 21 февраля 1697 г., проанализированы изменения, внесенные последующими указами, боярскими приговорами и судебной практикой. Выявлено, что дополнения и изменения, внесенные вслед за Указом 21 февраля, согласовали новеллы с практикой и Уложением 1649 г. Указ 21 февраля 1697 г. не произвел полную замену «суда и очных ставок» старым «московским розыском». Были отменены «суд» и «очные ставки» в узком смысле (стадии процесса). На смену им уже 16 марта 1697 г. пришел «допрос», дополненный затем «уликами» (выступлениями сторон еще по одному разу после чтения исковой и возражений ответчика). Судоговорение (стадия процесса) вернулось к привычному порядку (обмену речами сторон), но уже при определяющем влиянии судьи и ограничении числа «речей». Подобная оценка подтверждается анализом законодательных текстов, юридической терминологии XVII в., текстов Палаты об Уложении 1700—1703 гг., судебной практики конца XVII — начала XVIII в.

**Ключевые слова:** указ, суд и сыск, розыск, очная ставка, розыск, роспрос, допрос, иск, доказательство, свидетели.

**DOI:** 10.17803/1994-1471.2016.72.11.011-018

В истории русского судопроизводства соотношение состязательной и розыскной форм процесса является одной из тех проблем, которые представляют общий интерес и в то же время не отличаются глубокой проработкой. Традиционная оценка сводится

к тому, что в XVII в. розыск стал уже преобладающей, а с 1697 г. и до 1723 г. — единственно разрешенной законодателем формой процесса. 21 февраля 1697 г. Указом Петра I был осуществлен «решительный поворот в сторону розыска»<sup>1</sup>, полная замена обвинительного

<sup>1</sup> См., например: Памятники русского права. Вып. 8. Законодательные акты Петра I. М., 1961. С. 567—568, 573; История отечественного государства и права: в 2 ч. / под ред. О. И. Чистякова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2005. Ч. 1. С. 298; Исаев И. А. История государства и права России: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 300; Российское законодательство X—XX веков: в 9 т. М., 1986. Т. 4: Законодательство периода становления абсолютизма. С. 395, 400.

© Батиев Л. В., 2016

\* Батиев Левон Владимирович, кандидат юридических наук, доцент, заведующий лабораторией правовых исследований Института социально-экономических и гуманитарных исследований Южного научного центра Российской академии наук (ИСЭГИ ЮНЦ РАН)  
batiev@ssc-ras.ru  
344006, Россия, г. Ростов-на-Дону, ул. Чехова, 41

процесса розыскным, что определило основы судопроизводства на весь XVIII в.<sup>2</sup>

Такова общая упрощенная схема рассуждений, которая сложилась в середине XIX в. и была воспроизведена современной историографией. В позднейших сочинениях при большей категоричности общих оценок со временем были растеряны некоторые существенные моменты характеристики реформ Петра I. Так, например, Ф. М. Дмитриев отмечал промежуточный характер установленной Указом 21 февраля формы судопроизводства. По его мнению, «розыск, в его новом виде, был нечто среднее между судом и прежним уголовным процессом»<sup>3</sup>. Во многих случаях комментаторами использовались ставшие штампами формулировки — вплоть до неточного цитирования. Показательный пример — фраза «суду и очным ставкам не быть, а ведать все дела розыском», которую, взяв в кавычки, исследователи приводят как цитату из Указа 21 февраля 1697 г.<sup>4</sup> Однако такой текст представляет собой вольное переложение содержания указа<sup>5</sup>.

Некоторые изменения в оценках наблюдаются в новейшей литературе. Л. А. Хрусталёв отмечает сохранение разделения на следственный и состязательный порядки судопроизводства<sup>6</sup>. Д. О. Серов указывает, что «закон 1697 г. углубил, с одной стороны, розыскное, а с другой — бюрократическое начало в судопроизводстве»<sup>7</sup>.

Российские историки и праведы обошли своим внимание историю издания Указа 21 февраля 1697 г. Между тем события, подвигшие Петра к преобразованиям, можно реконструировать благодаря «Запискам» И. А. Желябужского<sup>8</sup>.

Итак, 8 октября 1696 г. непосредственно царю была подана челобитная Василия Тимофеевича Желябужского с сыном Семеном. В ней они обвиняли А. М. Апраксина в «бою своем и в увечье, что он Андрей озорничеством своим бил их в прошлом 7204 году Августа в 18 день в Калмыцком табуна под Филями». Петр, приняв челобитную, указал Ф. Ю. Ромодановскому «розыскать... в Преображенском людьми его Андрея Апраксина. И после того взята у него Андрея Апраксина сказка за его рукою», в которой он под присягой («по Евангельской заповеди Господней») отрицал свою вину и уличал В. Желябужского в ложных обвинениях на себя и поклепе на его людей. В новой челобитной, поданной в Преображенский приказ, В. Желябужский заявил, что А. Апраксин дал ложные показания под присягой («крестным целованием») и просил «ложной сказке не верить и розыскать бы против его Васильева челобитья людьми его Андреевыми и его Васильевыми», а по «розыску» казнить смертью неправого, то есть предложил нечто наподобие «ссылки из виноватых», но распространил ее действие на ответчика, без согласия последнего.

<sup>2</sup> См.: *Кавелин К. Д.* Основные начала русского судопроизводства и гражданского судопроизводства в период времени от Уложения до учреждения о губерниях. М., 1844. С. 170—172; *Дмитриев Ф. М.* История судебных инстанций и гражданского апелляционного судопроизводства от Судебника до Учреждения о губерниях // *Дмитриев Ф. М.* Сочинения. М., 1899. Т. I. С. 531—537; *Линовский В. А.* Опыт исторических розысканий о следственном уголовном судопроизводстве в России. Одесса, 1849. С. 15—16; *Кистяковский А. Ф.* О пресечении обвиняемому способов уклоняться от следствия и суда. СПб., 1869. С. 65—68; *Виленский Б. В.* Подготовка судебной реформы 20 ноября 1864 года в России. Саратов, 1963. С. 38.

<sup>3</sup> *Дмитриев Ф. М.* Указ. соч. С. 538.

<sup>4</sup> См., например: *Сергеевич В. И.* История русского права. СПб., 1888. С. 884; *Латкин В. Н.* Учебник истории русского права периода империи. СПб., 1909. С. 604; *Владимирский-Буданов М. Ф.* Обзор истории русского права. Киев, 1900. С. 664; *Виленский Б. В.* Указ. соч. 1963. С. 38; История государства и права СССР. М., 1985. Ч. 1. С. 185.

<sup>5</sup> Полное собрание законов Российской империи. Собр. 1. СПб., 1830. Т. III. № 1572 (далее — ПСЗ).

<sup>6</sup> *Хрусталев Л. А.* Судебно-правовые реформы Петра I (Конец XVII — первая четверть XVIII в.): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 19.

<sup>7</sup> *Серов Д. О.* Судебная реформа Петра I: Историко-правовое исследование. М., 2009. С. 95.

<sup>8</sup> См.: *Записки Ивана Афанасьевича Желябужского // Записки русских людей. События времен Петра Великого.* СПб., 1841. С. 44—46.

По докладу Ф. Ю. Ромодановского царь Петр Алексеевич повелел соперникам «дать веру, а крест целовать указал Андрею Апраксину; а Василью Желябужскому и сыну его Семену указал у веры быть тут же, и как-де на криве крест он Андрей поцелует, и в то-де время велю розыскать ими самими, а не людьми их». За А. Апраксиным были посланы солдаты с «памятью», но он «по посылкам... по многим... к крестному целованию не явился. А принес к великому государю вину свою», оправдываясь тем, что бил Желябужских «не помня, пьяным делом». «И великий государь в Преображенском то дело слушав», распорядился о возмещении Желябужским («денег вдвое против их окладов») и наказании «за лживую сказку» и «за озорничество» А. А. Апраксина «бить кнутом нещадно». «И с того дела Василья Желябужского учинен в Московском государстве правый суд, и ведено чинить во всяких делах розыски; а суды и очные ставки с той поры оставлены. И о том из Преображенского по всем приказам посланы о правом суде памяти», — так заключил свой рассказ автор записок И. А. Желябужский.

Характер дела Желябужских с Апраксиным, очевидно, предопределил структуру и содержание указа. Нельзя не видеть близости перечисленных в начале указа деяний (обиды, разорения, брань, бесчестье, бой, увечье) к характеру рассматриваемого дела. Лишь в конце указа, словно спохватившись, Петр добавил к перечню споры «о беглых людях и о крестьянах и о землях и во всяких делах, в которых делах были суды и очные ставки».

Указом 1697 г. «суды и очные ставки» были заменены «розыском». То же самое было предписано Петром I в конкретном деле. Указ в случае обоснованного отвода свидетелей или неуказания их истцом предусматривает «веру» (крестное целование). В деле, когда распоряжение о допросе («розыске») людей Апраксина не было выполнено, когда дело пошло по проторенному пути «бумажного» суда — обмена челобитными и «сказками» господ, Петр указал «дать веру», пригрозив «розыском» самому Апраксину, и эта мера имела успех. В Указе 21 февраля говорится лишь об истце, который

выдвигает свидетелей; ответчику предоставлено право их отвести. Это также напоминает дело Желябужских, где только истец предлагал «розыскать» свидетелями, придавая их показаниям решающую силу (что также нашло отражение в указе).

Указ 21 февраля 1697 г. был издан, таким образом, как сиюминутный отклик на конкретное дело, причем недостаточно согласованный с существующей системой права. Следует помнить, что в ходе развития судопроизводства значение процессуальных терминов менялось. Состязательный процесс в целом в Уложении 1649 г. и последующих актах определялся уже не термином «суд» (этот вариант сохранялся в названии главы X), а выражением «суд и сыск», адекватно и полно отражающим существо процесса. Так, например, Указ 4 ноября 1653 г. прямо требует «ни в каких делах без суда и сыску не винить же, oprичь разбойных и убийственных дел»<sup>9</sup>. Термин «суд» обозначал стадию состязательного процесса, судоговорение (прения сторон); «сыск» — исследование судом доказательств по делу, судебное следствие. Боярский приговор 1651 г. подтверждает правильность такого объяснения: «...а в суде тот ответчик в том во всем запирался, а в сыску про него обчая правда или повальный обыск скажет...» Этим же приговором обвинение «по суду» приравнено к обвинению «указною неделею» (просрочкой) и вообще объявлено «бесхитростным» делом, что показывает падение значения «суда»<sup>10</sup>.

Исходя из такой оценки, можно предположить, что имел в виду Петр I, издавая указ 21 февраля 1697 г. об отмене «судов» и «очных ставок», или, во всяком случае, как мог быть понят и исполнен этот указ. Отменены оказались «суды» и «очные ставки» в узком, специальном значении, прения сторон — важный, но далеко не единственный элемент состязательности. Упразднив начальную стадию, Петр I перешел к следующей — исследованию и оценке доказательств. Пробел был восполнен 16 марта 1697 г.: «суды и очные ставки» были заменены «допросом» ответчиков в приказе перед судьей по челобитной и в присутствии истца<sup>11</sup>. Термин «допрос» — из состязательного про-

<sup>9</sup> ПСЗ. Т. I. № 109.

<sup>10</sup> См.: ПСЗ. Т. I. № 55.

<sup>11</sup> См.: ПСЗ. Т. III. № 1572, 1576.



цесса. В Уложении он обозначал опрос «обыскных», «общей правды» и других свидетелей, поручителей, отцов духовных, духовных лиц (вместо «веры»), то есть лиц, непричастных к розыску<sup>12</sup>. Синоним допроса в розыске — «ропрос». Различие между ними выдерживалось довольно строго. После 1697 г. оно приобрело дополнительное значение. «Допросом», «допросными делами», «допросом и сыском» по аналогии с «судом», «судными делами», «судом и сыском» называлось реформированное судопроизводство<sup>13</sup>. Впрочем, и в законодательстве, и на практике сохранялась и старая терминология. Указы 21 февраля и 16 марта, таким образом, не повлекли слияния состязательного и розыскного процесса, использование в реформированном процессе «предыдущего законодательства о розыске»<sup>14</sup>. Указ 16 марта в основной своей части установил правила допроса и т.п. «в нынешних розыскных делах», а в конце, чтобы не было путаницы, добавил: «А которые статьи в Уложенье надлежат к розыску и по тем статьям розыскивать по прежнему» (то есть не по Указу 21 февраля). Именно так был воспринят Указ 21 февраля 1697 г. и составителями проекта Уложения 1700 г. Изменения, которые предполагалось внести в главу X «О суде» Соборного уложения свелись к смене терминов и обновлению текста за счет новейших указов. Система «суда и сыска» будучи переименована в «допрос и сыск», осталась почти неизменной<sup>15</sup>.

В 1699 г. «допрос» вернулся в значительной степени к прежнему «суду», но уже при опре-

деляющем влиянии судьи и ограничении прав сторон, ограничении числа их «речей». «Допрос» расширился, в него проникли элементы состязательности в виде взаимного уличения сторон. «Допрос» осуществлялся устно («допросы» и «сказки» ответчика, составленные дома, принимать было запрещено) перед судьей «против» исковой челобитной, которая вычитывалась ответчику, а затем и подписывалась им. Исковая челобитная содержала суть его претензий, «цену» иска, доказательства. Неуказание «цены» освобождало ответчика от обязанности отвечать; истец должен был переписать исковую. На практике в XVIII в. истцы зачастую не только не указывали доказательства, но порой не разъясняли иска, чтобы раньше времени не раскрывать карты. В 1718 г. перед визированием искового заявления в приказе (а также «прежде записки допроса») требовалась по указу подписка, «что бьют челом правдою и без приписки» (а ответчики «в допрос идут с сущою правдою»), под угрозой взыскания иска и пошлин вчетверо<sup>16</sup>.

Исковая должна была соответствовать акту, которым возбуждался процесс, иначе истец проигрывал спор «ропискою». В XVII в. исковая подавалась «к суду». В XVIII в. процесс возбуждался исковой, а до «допроса» она с 1700 г. лежала, запечатанная в повытном ящике, «чтоб ответчики тех челобитных не смотрели», в книгу записывались «только имена истцовы и ответчиковы» и даты. Лишь на допросе после осмотра печати сторонами исковая в их присутствии распечатывалась<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> См.: Соборное уложение (далее — СУ). Гл. VII. Ст. 13; Гл. X. 112, 160, 172, 173; Гл. XIII. 6; Гл. XX. 80, 109; Российский архив древних актов (далее — РГАДА). Ф. 342. Оп. I. Д. 6. Ч. 2. Л. 234.

<sup>13</sup> См.: ПСЗ. Т. IV. № 1783; Т. V. № 3227, 3298, 3315 и др.; *Победоносцев К. П.* Материалы для истории приказного судопроизводства в России. М., 1890. С. 78, 106, 115; *Он же.* Историко-юридические акты переходного периода XVII—XVIII веков. М., 1886. С. 233 и др.

<sup>14</sup> Памятники русского права. Т. VIII. С. 574.

<sup>15</sup> См.: РГАДА. Ф. 342. Оп. I. Д. 6. Ч. 2; Д. 7.

<sup>16</sup> См.: СУ. Гл. X. Ст. 101, 102; Гл. XX. Ст. 54; ПСЗ. Т. III. № 1363, 1576, 1679, 1737; Т. IV. № 2144; Т. V. № 3251, 3417; *Победоносцев К. П.* Материалы ... С. 5, 10, 42, 44.

<sup>17</sup> См.: СУ. Гл. X. Ст. 13, 18, 19, 55, 100, 102, 104, 286—287; Гл. XI. Ст. 25—26; Гл. XVII. Ст. 2; Гл. XXIV. Ст. 2; ПСЗ. Т. I. № 55, 271; Т. II. № 1241; Т. III. № 1363, 1576; Т. IV. № 1806, 1836; Т. V. № 2865, 3251, 3417; РГАДА. Ф. 371. Оп. I. Ч. 2. Д. 3789. Л. 1—4; Д. 3791. Л. 1—2об.; Д. 3801. Л. 1об.; Д. 3799. Л. 1; Д. 3806. Л. 1—2об.; Д. 3803. Л. 1—2; Д. 3792. Л. 3—3об.; Д. 3796. Л. 1—2об.; Д. 8795. Л. 6; Д. 3797. Л. 1—1об.; Ф. 239. Оп. I. Ч. 4. Д. 5599. Л. 1—3; *Победоносцев К. П.* Историко-юридические акты ... С. 139—140; *Он же.* Материалы ... С. 5—7, 12, 33, 35, 41, 44, 112, 133, 155, 160; *Мрочек-Дроздовский П. Н.* Областное управление России XVIII века до учреждения о губерниях 7 ноября 1775 года. М., 1876. С. 126—127.



Ответчика, который «выслушав истцовы исковыя челобитной не отвечает», следовало «без суда обвинить» после недельного задержания в приказе (или «отдачи на росписку», под поручительство)<sup>18</sup>. За «допросом» ответчика следовала «улика» истца, за ней — «очистка улики» ответчиком, которой завершались допросные речи<sup>19</sup>. По сути, улики мало отличались от «судных речей» XVII в. Разница — в ограничении числа уличений. (Термин «улика» известен в «суде и сыске» и до Петра I<sup>20</sup>.) Количество взаимных обличений, предусмотренных Кратким изображением процессов, — два<sup>21</sup>. Истец мог не присутствовать на «допросе», и тогда после «допроса» не было «улик» или стороны уличали заочно (хотя это и было запрещено)<sup>22</sup>.

Значение «допроса с уликами» и «суда» одинаково: ответчик знакомится с исковой, определяется предмет спора и круг доказательств путем ссылок на них и отвода, предъявления «крепостей» и т.п. После «суда» «прибылыя статьи для пополнки судного дела» отвергались как законом, так и (не всегда последовательно) практикой. По существу, такое же значение имело «утверждение ответа» в воинском кодексе<sup>23</sup>.

Выступления сторон также имели доказательственное значение. «Прибавочный» (по сравнению с челобитной) иск уже на стадии

«суда» («допроса») вел к проигрышу дела, так же, как и разноречие — в «допросе» одно, в «улике» — другое<sup>24</sup>.

Указом 21 февраля 1697 г. Петр I ограничил право отвода строго установленными случаями (обоснованность отвода проверял суд; необоснованный отвод приводил к обвинению по делу), признал решающую силу свидетельства (даже одного человека) и тем самым фактически уничтожил разницу между ссылкой «из виноватых» и «общей ссылкой», свел разнообразные варианты свидетельства к свидетельству по предложению истца (таков буквальный смысл указа), но распространил его силу на обе стороны. Гарантом истины должна была служить смертная казнь за лжесвидетельство. Тем самым Указ 21 февраля 1697 г. завершил «собой постепенное освобождение свидетельства от частного характера», переход «в свидетельство с характером публичным, государственным»<sup>25</sup>.

Сохранение после 1697 г. в судебной практике «общей ссылки» и ссылки «из виноватых» было формальным. Суд обычно выяснял мнение сторон и из множества свидетелей предпочтение отдавал именно «общей ссылке», что было как бы дополнительной гарантией объективности и пресекало возможные споры<sup>26</sup>. Стороны, в свою очередь, всегда определяли свое

<sup>18</sup> См.: СУ. Гл. X. Ст. 101 ; ПСЗ. I. 55 ; III. 1704.1737 ; РГАДА. Ф. 371. Оп. I. Ч. 2. Д. 3797. Л. 2об. ; *Победоносцев К. П.* Материалы ... С. 42, 106, 164.

<sup>19</sup> См.: ПСЗ. Т. III. № 1679; Т. IV. № 1806 ; РГАДА. Ф. 371. Оп. I. Ч. 2. Д. 3791. Л. 2 ; *Победоносцев К. П.* Историко-юридические акты ... С. 155—157 ; *Он же.* Материалы ... С. 7—8, 11, 13, 45, 73, 78, 117—118 ; *Мрочек-Дроздовский П. Н.* Указ. соч. С. 134.

<sup>20</sup> См., например: ПСЗ. Т. II. № 1135.

<sup>21</sup> См.: Краткое изображение процессов или судебных тяжб (далее — КИП). Гл. IV. Ст. 2. // ПСЗ. Т. 5. № 3006 (с. 391) ; Российский государственный архив Военно-Морского Флота (РГА ВМФ). Ф. 233. Оп. I. Д. 167. Л. 40.

<sup>22</sup> См.: *Победоносцев К. П.* Материалы... С. 10, 77, 109, 129—130 ; *Мрочек-Дроздовский П. Н.* Указ. соч. С. 134.

<sup>23</sup> См.: СУ. Гл. X. Ст. 21—22, 158—160, 168, 189—190, 192 ; Гл. XX. Ст. 79 ; *Победоносцев К. П.* Историко-юридические акты ... С. 233 ; *Он же.* Материалы ... С. 14, 24, 31, 35, 37, 45—46, 61—62, 91, 148 ; *Воскресенский Н. А.* Законодательные акты Петра I. Т. I. М.-Л., 1945. № 360, 361 ; КИП. Ч. 1. Гл. 6 ; *Голубев А. А.* Расправная палата при Сенате // Описание документов и бумаг, хранящихся в МАМЮ. Кн. 5. Отд. II. М., 1888. С. 121, 142.

<sup>24</sup> СУ. Гл. X. Ст. 104 ; *Победоносцев К. П.* Историко-юридические акты ... С. 157 ; *Победоносцев К. П.* Материалы ... С. 11—12.

<sup>25</sup> *Демченко В. Г.* Историческое исследование о показаниях свидетелей как доказательстве по делам судебным по русскому праву до Петра Великого. Киев : Унив. тип., 1859. С. 92, 100—102.

<sup>26</sup> См.: РГАДА. Ф. 371. Оп. 1. Ч. 2. Д. 3801. Л. 2об. ; *Победоносцев К. П.* Материалы ... С. 5, 13, 44, 45, 61.

отношение к свидетелям, выдвинутым соперником, и порой пытались предусмотрительно ограничить безусловную предустановленную силу свидетельских показаний: «буде свидетели скажут в чем во свидетельстве неправду, и я их свидетелей буду уличать иными свидетелями». Формальное доказательство, таким образом, превращалось в обычное. Конечно, сохранялась и возможность опровергнуть сви-

детелей (то есть обвинить их в лжесвидетельстве), даже «общую ссылку»<sup>27</sup>.

Таким образом, спонтанная реформа состязательного судопроизводства, предусмотренная Указом 21 февраля 1697 г., свелась лишь к ограничению судебных прений сторон (замене «суда» «допросом» с добавлением «улик»), усилению роли судьи и признанию публичного характера свидетельских показаний.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Виленский Б. В. Подготовка судебной реформы 20 ноября 1864 года в России. — Саратов, 1963. — 145 с.
2. Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. — Киев, 1900. — 674 с.
3. Голубев А. А. Расправная палата при Сенате // Описание документов и бумаг, хранящихся в МАМЮ. — Кн. 5. — Отд. II. — М., 1888. — С. 103—148.
4. Демченко В. Г. Историческое исследование о показаниях свидетелей как доказательстве по делам судебным по русскому праву до Петра Великого. — Киев, 1859. — 110 с.
5. Дмитриев Ф. М. История судебных инстанций и гражданского апелляционного судопроизводства от Судебника до Учреждения о губерниях. — М., 1859. — 580 + IV с.
6. Записки Ивана Афанасьевича Желябужского // Записки русских людей. События времен Петра Великого. — СПб., 1841. — С. 1—116.
7. Исаев И. А. История государства и права России : учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юристъ, 2004. — 797 с.
8. История отечественного государства и права : в 2 ч. / под ред. О. И. Чистякова. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юристъ, 2005. — Ч. 1. — 430 с.
9. История государства и права СССР. — М., 1985. — Ч. 1. — 280 с.
10. Кавелин К. Д. Основные начала русского судоустройства и гражданского судопроизводства в период времени от Уложения до учреждения о губерниях. — М., 1844. — 191 с.
11. Кистяковский А. Ф. О пресечении обвиняемому способов уклоняться от следствия и суда. — СПб., 1869. — 196 с.
12. Латкин В. Н. Учебник истории русского права периода империи. — СПб., 1909. — 648 с.
13. Линовский В. А. Опыт исторических розысканий о следственном уголовном судопроизводстве в России. — Одесса, 1849. — 260 с.
14. Памятники русского права. — Вып. 8. Законодательные акты Петра I. — М. : Юридическая литература, 1961. — 668 с.
15. Победоносцев К. П. Историко-юридические акты переходной эпохи XVII—XVIII веков. — М., 1886. — 294 с.
16. Победоносцев К. П. Материалы для истории приказного судопроизводства в России. — М., 1890. — 175 с.
17. Российское законодательство X—XX веков : в 9 т. — Т. 4. Законодательство периода становления абсолютизма. — М., 1986. — 512 с.
18. Сергеевич В. И. История русского права. — СПб., 1888. — 893 с.
19. Серов Д. О. Судебная реформа Петра I: Историко-правовое исследование. — М., 2009. 488 с.
20. Хрусталева Л. А. Судебно-правовые реформы Петра I (Конец XVII — первая четверть XVIII в.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — 27 с.

<sup>27</sup> См.: РГАДА. Ф. 282. Оп. 4. Д. 21663. Л. 1—3, 20—20об., 55, 71—75 ; Ф. 900. Оп. 1. Д. 57. Л. 7—10 ; Победоносцев К. П. Материалы ... С. 16, 47, 56.

21. Чельцов-Бebutov М. А. Курс советского уголовно-процессуального права. — Т. I. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. — М., 1957. — 842 с.

Материал поступил в редакцию 1 апреля 2016 г.

## THE DECREE OF 21 FEBRUARY 1697 AND THE JUDICIAL REFORM IN RUSSIA

**BATIEV Levon Vladimirovich** — PhD, Associate Professor, Head of the Laboratory of the Institute of Legal Studies at the Institute of Social, Economic and Humanities Studies at the Southern Research Center of the Russian Academy of Sciences (SSC RAS ISEGI)

batiev@ssc-ras.ru

344006, Russia, Rostov-na-Donu, ul. Chekhova, d. 41

**Review.** *This paper describes a particular court case dealt with by Peter the Great personally and that served as the cause of the Decree dated February 21, 1697; the paper also analyzes changes caused by subsequent decrees, sentences by boyarins and judicial practice. It was revealed that amendments and changes made following the Decree of 21 February brought new laws in compliance with the jurisprudence and the Decree of 1649. The Decree of February 21, 1697 failed to replace the Court and confrontations by the Moscow Investigation Department completely. The court and confrontations were repealed in the narrow sense (as the stages of court proceedings). By March 16, 1697 they had been replaced by interrogation that was later supplemented by provision of evidence (the participants plead one more time after a cause of action is pronounced and the respondent objects). Court pleadings (sudogovoreniye) (a procedural stage) returned to the normal order (when the participants exchange their speeches) but with defining influence of a judge and a limited number of speeches. This assessment is confirmed by the analysis of legislative texts, legal terminology of the 17th century, texts of the 1700-1703 Decree Chamber, and judicial practice of the end of the XVII - early XVIII centuries.*

**Keywords:** Decree, Court and Investigation, Investigation Department, inquiry, interrogation, claim, evidence, witnesses.

## REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Vilenskij B. V. Podgotovka sudebnoj reformy 20 nojabrja 1864 goda v Rossii. — Saratov, 1963. — 145 s.
2. Vladimirkij-Budanov M. F. Obzor istorii russkogo prava. — Kiev, 1900. — 674 s.
3. Golubev A. A. Raspravnaia palata pri Senate // Opisanie dokumentov i bumag, hranjashhihsja v MAMJu. — Kn. 5. — Otd. II. — М., 1888. — S. 103—148.
4. Demchenko V. G. Istoricheskoe issledovanie o pokazanijah svidetelej kak dokazatel'stve po delam sudebnym po russkomu pravu do Petra Velikogo. — Kiev, 1859. — 110 s.
5. Dmitriev F. M. Istorija sudebnyh instancij i grazhdanskogo apelljacionnogo sudoproizvodstva ot Sudebnika do Uchrezhdenija o gubernijah. — М., 1859. — 580 + IV s.
6. Zapiski Ivana Afanas'evicha Zheljabuzhskogo // Zapiski russkih ljudej. Sobytaja vremen Petra Velikogo. — SPb., 1841. — S. 1—116.
7. Isaev I. A. Istorija gosudarstva i prava Rossii : uchebnik. — 3-e izd., pererab. i dop. — М. : Jurist#, 2004. — 797 s.
8. Istorija otechestvennogo gosudarstva i prava : v 2 ch. / pod red. O. I. Chistjakova. — 3-e izd., pererab. i dop. — М. : Jurist#, 2005. — Ch. 1. — 430 s.
9. Istorija gosudarstva i prava SSSR. — М., 1985. — Ch. 1. — 280 s.
10. Kavelin K. D. Osnovnye nachala russkogo sudoustrojstva i grazhdanskogo sudoproizvodstva v period vremeni ot Ulozhenija do uchrezhdenija o gubernijah. — М., 1844. — 191 s.
11. Kistjakovskij A. F. O presechenii ovinjaemomu sposobov ukлонjat'sja ot sledstvija i suda. — SPb., 1869. — 196 s.

12. *Latkin V. N.* Uchebnik istorii ruskogo prava perioda imperii. — SPb., 1909. — 648 s.
13. *Linovskij V. A.* Opyt istoricheskikh rozyskanij o sledstvennom ugovnom sudoproizvodstve v Rossii. — Odessa, 1849. — 260 s.
14. Pamjatniki ruskogo prava. — Vyp. 8. Zakonodatel'nye akty Petra I. — M. : Juridicheskaja literatura, 1961. — 668 s.
15. *Pobedonoscev K. P.* Istoriko-juridicheskie akty perehodoj jepohi XVII—XVIII vekov. — M., 1886. — 294 s.
16. *Pobedonoscev K. P.* Materialy dlja istorii prikaznogo sudoproizvodstva v Rossii. — M., 1890. — 175 s.
17. Rossijskoe zakonodatel'stvo X—XX vekov : v 9 t. — T. 4. Zakonodatel'stvo perioda stanovlenija absoljutizma. — M., 1986. — 512 s.
18. *Sergeevich V. I.* Istorija ruskogo prava. — SPb., 1888. — 893 s.
19. *Serov D. O.* Sudebnaja reforma Petra I: Istoriko-pravovoe issledovanie. — M., 2009. 488 s.
20. *Hrustalev L. A.* Sudebno-pravovye reformy Petra I (Konec XVII — pervaja chetvert' XVIII v.) : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2004. — 27 s.
21. *Chel'cov-Bebutov M. A.* Kurs sovetskogo ugovno-processual'nogo prava. — T. I. Oчерki po istorii suda i ugovnogo processa v rabovladel'cheskih, feodal'nyh i burzhuaznyh gosudarstvah. — M., 1957. — 842 s.

## Особенные приемы построения правовых механизмов на примере Уголовного уложения 1903 г.

**Аннотация.** Статья посвящена особенным приемам, которые использовались законодателем с целью построения правовых механизмов института государственных преступлений. Исследованию подвергаются положения Уголовного уложения 1903 г., в частности главы 3 и 5. Подобным приемам в научной литературе было уделено относительно немного внимания. По этой причине их изучение, выявление соответствующей специфики и свойств, приведение характеристики, а также присвоение им наименований отвечает требованиям научной новизны.

В статье изучены два особенных приема, примененных в Уголовном уложении 1903 г. Они были выявлены в ходе исследования и сопоставления нескольких статей, содержащих формулировки преступных составов. Им были даны названия «абсолютизация тяжести преступления» и «присвоение наказуемого статуса», которое является юридической фикцией.

**Ключевые слова:** преступление, правовой институт, законотворчество, методы, приемы, Уголовное уложение, абсолютизация, наказуемый статус, правовое регулирование, юридическая техника.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.019-023**

Приемы законотворчества, нормотворчества, формирования правовых механизмов, которые находят свое отражение в дореволюционных нормативных правовых актах, представляют интерес для изучения в правовой науке, в первую очередь в науке истории государства и права. Стоит отметить недостаточную степень исследованности проблематики такого рода, что, несомненно, придает ей актуальность для современной науки и практики законотворчества. Подобным особенным методам в литературе уделялось относительно немного внимания, потому что исследование правовых норм дореволюционных законодательных актов с целью выявления

соответствующих приемов, их изучение, приведение характеристики и присвоение им наименований с выявлением их свойств отвечает требованиям научной новизны.

Следует обратиться к нормам Уголовного уложения 1903 г. История создания данного акта была непростой. В министерствах усилия по подготовке к коренной реформе уголовного и сопутствующего законодательства начались с середины 60-х гг. XIX в.

Затем проекты Министерства внутренних дел и Министерства юстиции были рассмотрены в особой комиссии при Государственном совете. Высочайшим повелением 30 апреля 1881 г. был образован под главным руковод-

---

© Воробьев А. С., 2016

\* Воробьев Алексей Сергеевич, аспирант кафедры истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), член Экспертного совета при комиссии Московской городской Думы по экологической политике  
vorobalex1991@yandex.ru  
127994, Россия, г. Москва, ул. Петровка, д. 22

ством главноуправляющего II отделением и министра юстиции Комитет для разработки проекта нового уголовного уложения<sup>1</sup>.

Хотя проект нового уложения планировалось подготовить за 3–4 года, работы затянулись. 10 февраля 1903 г. проект был рассмотрен общим собранием Государственного совета, а 22 марта 1903 г. последовало Высочайшее утверждение нового Уголовного уложения императором<sup>2</sup>.

Уголовное уложение 1903 г. (далее — Уложение 1903 г.) стало последним по времени принятия фундаментальным законодательным актом материального уголовного права в дореволюционном праве. На содержании Уложения 1903 г. и его судьбе отразились как особенности последних десятилетий существования Российской империи, так и организация законотворческой деятельности в это время<sup>3</sup>.

Важно отметить, что вступление в силу Уложения 1903 г. было отложено, но в действие вводились новые главы и статьи, содержащие составы политических преступлений. Законом 1904 г. были введены в действие статьи о бунте против верховной власти, о государственной измене, о смуте, относящиеся к государственным преступлениям<sup>4</sup>. Институт государственных преступлений переживал в тот период определенные изменения, которые были вызваны как внутривнутриполитическими, так и внешнеполитическими факторами. Была очевидна тенденция усиления ответственности за государственные преступления<sup>5</sup>.

В полном объеме данный документ действовал лишь на территории Латвии, Литвы и Эстонии<sup>6</sup>.

При этом действующим нормативным актом в области уголовного права вплоть до 30 ноября 1918 года оставалось Уложение 1845 года<sup>7</sup>.

Глава третья Уложения 1903 г. «О бунте против верховной власти и о преступных деяниях против священной особы императора и членов императорского дома» (ст. 99—107) предусматривает наказания за наиболее серьезные государственные преступления.

Статья 99 Уложения 1903 г. предусматривала наказание за посягательство на жизнь, здоровье, свободу, неприкосновенность императора, императрицы и наследника престола, на свержение императора с престола, лишение или ограничение его власти, под которым признавалось как совершение данного деяния, так и покушение на него.

Для выявления особенного метода построения правовых механизмов необходимо изучить несколько последующих статей с целью их сопоставления друг с другом и со ст. 99.

Так, ст. 100 Уложения 1903 г. устанавливает смертную казнь за насильственное посягательство на изменение в России или в какой-либо ее части образа правления или порядка наследования престола, а также на отторжение от России какой-либо ее части. Часть 1 ст. 101 развивала правовое регулирование предыдущей статьи и предусматривала, что за приготовление к указанным в ст. 100 деяниям полагается наказание в виде каторги на срок не более десяти лет. А часть 3 ст. 101 развивала правовое регулирование ст. 99, устанавливая наказание в виде смертной казни за приготовление к совершению деяний, наказуемых по ст. 99.

Таким образом, можно отметить интересную особенность. И статья 99, и ч. 1 ст. 100 Уложения 1903 г. предусматривали в качестве наказания за основной преступный состав смертную казнь. Из первичного анализа данных правовых норм можно сделать вывод, что законодатель тем самым указывает на то, что оба данных преступления равны по уровню

<sup>1</sup> См.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право : лекции. Часть общая : В 2 т. М. : Наука, 1994. Т. 1. С. 105.

<sup>2</sup> См.: Указ. соч. С. 105.

<sup>3</sup> См.: Российское законодательство X—XX веков : Тексты и комментарии: в 9 т. / ред. О. И. Чистяков. М. : Юридическая литература, 1994. Т. 9 : Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций. С. 240.

<sup>4</sup> См.: Исаев И. А. История России : Правовые традиции. М. : Юрис, 1995. С. 191—198.

<sup>5</sup> См.: История государства и права России / отв. ред. Ю. П. Титов. М. : Былина, 1996. С. 260.

<sup>6</sup> См.: Курс уголовного права : в 5 т. / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. М. : Зерцало, 2002. Т. 1. Общая часть : Учение о преступлении. С. 21.

<sup>7</sup> См.: Российское уголовное право. Общая часть / под ред. В. С. Комиссарова. СПб. : Питер, 2005. С. 35.



тяжкости. Однако если за приготовление к деяниям, предусмотренным ст. 99, закон также предусматривал смертную казнь, то за приготовление к преступлению, состав которого сформулирован в ч. 1 ст. 100, — не смертную казнь, а каторгу на срок не более 10 лет.

Это говорит о том, что хотя ст. 99 и ч. 1 ст. 100 предусматривают в качестве наказания смертную казнь, законодатель тем не менее отмечает своего рода «абсолютность тяжести» деяния, наказуемого по ст. 99. Потому даже за приготовление к совершению такого деяния предусмотрена смертная казнь. В случае же с преступным составом ч. 1 ст. 100 такой «абсолютности тяжести» нет, и за приготовление к совершению соответствующих деяний предусмотрено более мягкое наказание.

Этот принцип был реализован и в других статьях данной главы. Так, статья 102 Уложения 1903 года обеспечивала более подробную, нежели в редакциях Уложения 1845 года, регламентацию наказуемости участия в сообществах, созданных с целью совершения преступлений лично против императора и его семьи (то есть деяний, предусмотренных в ст. 99) и с целью осуществления насильственного посягательства, наказуемого по статье 100. При этом стоит отметить, что за участие в сообществе, имеющем целью совершение посягательств лично на императора и его семью, были предусмотрены более серьезные наказания, чем за участие в сообществе, образовавшемся для совершения деяний, предусмотренных в статье 100. Таким образом, «абсолютизация тяжести» преступлений против императора, императрицы и наследника престола прослеживается и в этой норме.

Изучение последующих статей приводит к выводу о том, что и при их составлении законодатель исходил из принципа «абсолютности тяжести» личных посягательств против императора, императрицы и наследника престола.

Данный прием, который можно назвать абсолютизацией тяжести преступления, характерен для юридической техники того времени. Используя его, законодатель подчеркивает особое отношение к такому преступлению, как посягательство лично на императора и (или) императрицу и наследника престола. Разница в наказуемости привилегированных составов означает, что преступные посягательства против императора, императрицы и наследника

престола законодатель видит более тяжкими — в чем и выражается «абсолютизация тяжести» данного преступления.

Второй особенный метод можно выявить при изучении главы 5 «О смуте» Уложения 1903 года, нормы которой осуществляли комплексное правовое регулирование, заещающее множество действий, связанных с терроризмом. Под «смутой», о которой речь шла в названии главы 5 Уложения 1903 года, законодатель в то время понимал весьма широкий спектр деяний, в который входили различные категории.

Статьи 124—127 Уложения 1903 г. содержат группу преступных составов, относящихся к термину «смута». Ключевым признаком данной группы является участие в различных противозаконных сообществах — при разных обстоятельствах.

В статье 124 установлено наказание для виновных в участии в сообществе, заведомо воспрещенном в установленном порядке. Данный преступный состав является основным.

Статьи 125 и 126 содержат квалифицированные составы, которые отличаются от основного наличием у соответствующего сообщества определенных заведомо поставленных целей, наличие которых увеличивает степень опасности, исходящей от таких сообществ.

Статья 127 также входит в одну группу с ст. 124—126. В части 1 данной статьи предусматривается наказание за своего рода пассивное пособничество и невоспрепятствование совершению преступлений, предусмотренных в трех предыдущих статьях, в случаях, когда это напрямую зависело от виновного.

Речь идет о наказании за допущение лицом собрания заведомо противозаконного общества (любого из указанных в ст. 124—126) в помещении либо месте, принадлежащих ему или состоящих в его управлении или заведывании. Такое лицо подлежало наказанию как участник общества. Специфика данного состава заключается в том, что он предполагает действия, совершаемые лицом, которое может фактически не являться участником сообщества и даже не поддерживать его активными действиями. Тем не менее человек, который пусть и пассивно, но совершил пособничество деятельности такого общества, допустив (посредством действия или бездействия) его собрание в помещении или месте, которым владел, управлял или за

которое отвечал, приравнивается в целях определения для него меры наказания к участнику общества. Фактически такое лицо оказало поддержку незаконному сообществу, потому в целях назначения наказания ему присваивается статус участника сообщества — при том, что законодатель понимает, что такое лицо далеко не всегда может быть именно участником сообщества.

Данный прием законодательной техники можно назвать «присвоением наказуемого статуса». Этот прием выражается в наделении лица юридически значимым уголовно-правовым статусом (участника сообщества), который позволяет назначить для него соответствующее этому статусу наказание. При этом данный прием не следует ошибочно считать презумпцией, то есть предположением, которое будет считаться истинным, пока его ложность не будет доказана. В данном случае даже прямое доказательство того, что человек, допустивший указанным путем собрание заведомо противозаконного сообщества, не является его участником, вовсе не будет отменять того, что он будет подвергнут наказанию как участник такого сообщества. Этот прием можно считать относящимся к категории юридических фикций. Профессор Л. А. Морозова определяет юридическую фикцию как положение, изначально лишённое истинности, однако признаваемое законодательством в качестве существующего и ставшее в силу такого признания общеобязательным<sup>8</sup>. В данном случае «присвоение нака-

зуемого статуса» участника сообщества сопряжено с пониманием законодателя фиктивности такого действия, которое тем не менее было необходимо для адекватного реагирования на совершаемое деяние, которое очевидно причиняет ущерб государству, правопорядку и обществу самим фактом такого рода помощи, пособничества незаконному сообществу (при этом активным или пассивным, то есть действием или бездействием является данное допущение собрания сообщества, роли не играет).

Таким образом, в части 1 статьи 127 Уложения 1903 г. законодатель создал юридическую фикцию, предписав назначать наказание для указанных лиц как для участников соответствующих незаконных сообществ.

По итогам данного исследования можно сделать вывод о применении законодателем двух особенных методов:

- 1) «абсолютизация тяжести преступления» — установление более серьезных наказаний за привилегированные преступные составы, относящиеся к первому основному преступному составу, в сравнении с привилегированными составами, основной состав, относящийся к которым предполагал такое же наказание, как и первый;
- 2) «присвоение наказуемого статуса» — юридическая фикция, выражающаяся в наделении лица юридически значимым уголовно-правовым статусом (участника сообщества), который позволяет назначить для него соответствующее этому статусу наказание.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Исаев И. А.* История России: Правовые традиции. — М. : Юрис, 1995. — 320 с.
2. История государства и права России / отв. ред. Ю. П. Титов. — М. : Былина, 1996. — 504 с.
3. Курс уголовного права : в 5 т. / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. — М. : Зерцало, 2002. — Т. 1. Общая часть: Учение о преступлении. — 624 с.
4. *Морозова Л. А.* Теория государства и права в вопросах и ответах : учеб. пособ. — М. : Эксмо, 2009. — 288 с.
5. Российское законодательство X—XX веков : Тексты и комментарии : в 9 т. / ред. О. И. Чистяков. — М. : Юридическая литература, 1994. — Т. 9 : Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций. — 352 с.
6. Российское уголовное право. Общая часть / под ред. В. С. Комиссарова. — СПб. : Питер, 2005. — 560 с.
7. *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право : лекции. Часть общая : в 2 т. — М. : Наука, 1994. — Т. 1. — 380 с.

*Материал поступил в редакцию 14 мая 2015 г.*

<sup>8</sup> См.: *Морозова Л. А.* Теория государства и права в вопросах и ответах: учеб. пособ. — М. : Эксмо, 2009. С. 216.

### SPECIAL METHODS OF LEGAL MECHANISMS FORMATION AS ILLUSTRATED BY THE CRIMINAL CODE OF 1903

**VOROBYOV Aleksey Sergeevich** — Post-graduate student of the Department of History of the State and Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL) Member of the Expert Council of the Moscow City Duma Commission on Environmental Policy.

vorobalex1991@yandex.ru

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

**Review.** *The article is devoted to a number of specific methods that were used by the law-makers to form a legal framework of the Institute of Crimes against the State. The paper subjects the provisions of the 1903 Criminal Code to examination. In particular, the author scrutinizes the Third and the Fifth Chapters of the Act. Examination of the rules reveals a number of special methods of scientific significance employed by law-makers for legal regulation and forming specific legal mechanisms. In the scientific literature such methods and approaches have been given relatively little attention. For this reason their examination, identification of specific features and peculiarities, characterization, as well as giving titles to them meet the requirements of scientific novelty.*

*The article examines two special methods applied in the 1903 Criminal Code. They were defined during the study and comparison of a number of articles that provide the definitions of elements of crimes. The author gives the following titles: absolutization of gravity of a crime and assignment of a punishable status that is a legal fiction.*

**Keywords:** *crime, Law Institute, lawmaking, methods, techniques, Criminal Code, absolutization, punishable status, legal regulation, legal methodology.*

### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Isayev I. A. Istoriya Rossii: Pravovyye traditsii.* — M. : Yukis, 1995. — 320 s.
2. *Istoriya gosudarstva i prava Rossii / otv. red. YU. P. Titov.* — M. : Bylina, 1996. — 504 s.
3. *Kurs ugovnogo prava : v 5 t. / pod red. N. F. Kuznetsovoy, I. M. Tyazhkovoy.* — M. : Zertsalo, 2002. — T. 1. Obshchaya chast' : Ucheniye o prestuplenii. — 624 s.
4. *Morozova L. A. Teoriya gosudarstva i prava v voprosakh i otvetakh : ucheb. posob.* — M. : Eksmo, 2009. — 288 s.
5. *Rossiyskoye zakonodatel'stvo X—XX vekov : Teksty i kommentarii : v 9 t. / red. O. I. Chistyakov.* — M.: Yuridicheskaya literatura, 1994. — T. 9 : Zakonodatel'stvo epokhi burzhuazno-demokraticeskikh revolyutsiy. — 352 s.
6. *Rossiyskoye ugovnoye pravo. Obshchaya chast' / pod red. V. S. Komissarova.* — SPb. : Piter, 2005. — 560 s.
7. *Tagantsev N. S. Russkoye ugovnoye pravo : lektsii. Chast' obshchaya : v 2 t.* — M. : Nauka, 1994. — T. 1. — 380 s.

## О роли принципов права

**Аннотация.** Статья посвящена рассмотрению принципов права, их влиянию на процесс формирования права. Анализируются исторические этапы становления принципов права, соотносятся принципы права и морали, рассматриваются доктринальные концепции принципов права.

**Ключевые слова:** принципы права, формирование права, мораль и право, естественное право, право в объективном смысле, развитие института принципов права, основные начала гражданского права.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.024-026**

Изначально доктрина естественного права происходила из иерархической структуры мироздания. Античная философия могла позволить себе признавать приоритеты сакрального над секулярным, общественного над личным. Знаменитая фраза, сказанная Помпеем, «*navigare necesse est, vivere non est necesse*», прекрасно выражает этот стандарт. Неудивительно, что своего расцвета теория естественного права достигла в философии томизма в эпоху Средневековья, в период наиболее явной вертикальной корпоративной интеграции человеческого сообщества, его подчиненности четко структурированной иерархии идей и ценностей.

Начиная с эпохи Ренессанса человечество приступило к многовековому переходу к горизонтальной интеграции, предполагающей в конечном счете широчайший аксиологический плюрализм. В этих условиях идея естественного права стала подвергаться массивным атакам критики. Эта критика развивалась в основном по двум направлениям:

1) дискредитация естественного права как действующей правовой модели и его противопоставление позитивному праву в качестве абсолютно абстрактного, оторванного от реальности и неприменимого;

2) подмена понятия «естественное право» (по сути, в объективном смысле) понятием «естественные права» (в субъективном смысле).

Утилитаризм в лице его наиболее ярких представителей (Бентам, Остин, в XX столетии Харт) — прагматичное и упрощенное понимание права — был естественным следствием более глобальной философской тенденции. Эта тенденция ведет начало от философии Платона, укрепляясь и наращивая мощь в доктринах Августина Блаженного, Аквината, Декарта, Канта. Актуализированный вид в XX столетии она приобрела в неотомистском учении кардинала Лоннергана. Суть ее состоит в осознанном отказе от иррационального в пользу рационального, свойственном западному обществу. Да, возможно, Августин, Фома и их последователи этого не хотели, но в конечном счете их идеи были трансформированы в том числе в понимание морали как абсолютно иррационального понятия, которое не должно иметь отношения к праву и правоприменению.

На деле, скорее всего, мораль не является угрозой для ясности понимания права, поскольку выступает не как его составляющая и тем более не как его альтернатива. Это раз-

---

© Коновалов А. В., 2016

\* Коновалов Александр Владимирович, кандидат юридических наук

pr@minjust.ru

119991, Россия, ГСП-1, г. Москва, ул. Житная, д. 14

ноплоскостные явления, хотя и относятся к общей категории императивов. Но право по отношению к морали — изначально упрощенный и прагматизированный императив, нацеленный на общедоступность. Не случайна жизнеспособность и востребованность континентальной доктрины *bonus pater familias* и ее аналогов.

Значит ли это, что мораль не имеет вообще никакого отношения к праву? Конечно, нет. Во-первых, это отношение гносеологическое, поскольку исторически право формировалось в том числе с учетом нравственного императива. Во-вторых, моральные истоки права являются также аксиологическими, так как понятия этики и долга наряду с чувственной и рациональной составляющими также способны выступать существенными мотиваторами следования праву и могут быть расположены близко к самой вершине знаменитой пирамиды Маслоу.

В превалировании рациональной составляющей при формировании как самого права, так и мотиваций следования ему нет ничего дурного. Тем более что в западном понимании понятие «разумность» захватывает отчасти и морально-нравственные категории. Это заметно уже на примере концепции *reasonable man* и *good reasoning*, в практике судебных прецедентов, и — пожалуй, в наибольшей степени, — в теории практической разумности Финниса. Отсечение нравственных источников и нравственных мотиваций права обедняет содержательность и действенность права. С другой стороны, признание роли морали не может мешать нам говорить о праве, в том числе и о естественном праве, абсолютно рационально и прагматично.

Исторически плодом оптимального вовлечения всех трех составляющих источников формирования права (чувственной, рациональной, этической) стало выявление принципов права.

Понимание категории правовых принципов весьма разнообразно. Так называются, например:

- 1) общегуманистические подходы в англосаксонской доктрине правовой политики;
- 2) откровенные идеологемы — как глобальные (вроде постулатов марксизма-ленинизма), так и более слабые;
- 3) устойчивые универсальные нормы, присутствующие в любом правопорядке;
- 4) вполне конкретные адресные решения, имеющиеся в отдельных решениях судов.

Этот плюрализм подходов в целом не всегда полезен для более ясного понимания принципов права и их роли, но наиболее вредно понимать принципы как:

- 1) идеологемы, изменяемые в зависимости от политического контекста (такой подход процветал в советской теории права, но и западной доктрине он отнюдь не чужд);
- 2) рядовые нормы позитивного права, пусть даже с особым статусом, призванные напрямую регулировать конкретные казусы.

На деле принципы права — это сформировавшиеся в полном соответствии с объективными законами физиологии и психологии человека, социологии общества общие алгоритмы оптимального взаимодействия людей, следование которым наиболее полно обеспечивает всестороннюю реализацию и свободу личности, профилактику и урегулирование конфликтов, общий баланс интересов в обществе.

Перечень научных дисциплин, которые можно вовлечь в процесс раскрытия принципов права, можно расширять, тем более что новейшие научные разработки дают для этого все больше поводов и оснований. Важнее то, что эти закономерности, с учетом которых принципы права предлагают оптимальные решения неизменно актуальных задач, во-первых, объективны, во-вторых, стабильны. Это объясняет роль и значение принципов.

Принципы права призваны не напрямую регулировать общественные отношения (хотя они и обладают регулирующим воздействием, и казус может быть разрешен судом в рамках правовой модели, заданной принципом, даже при отсутствии соответствующей нормы позитивного права), а задавать рамки для такого регулирования. Базовые принципы — добросовестность, справедливость, разумность — могут далее уточняться и конкретизироваться в иных принципах права, а в конечном счете находить отражение в конкретных нормах и судебных решениях. Принципы не могут противоречить друг другу и утрачивать стабильность.

Следовать или не следовать принципам права — это выбор правопорядка, так же как дело каждого — выбор правовой или неправовой модели поведения в конкретном общественном отношении, в зависимости от чего отношение становится или не становится правоотношением. Принцип может быть закреплён или не закреплён в позитивном праве,



он может признаваться или не признаваться отдельным правовым порядком, в зависимости от этого он не перестает быть принципом. То, что в СССР усеченно понимались свобода договора и неприкосновенность собственности, было проблемой СССР и его граждан, а не соответствующих принципов права. Однако накопление погрешностей по отношению к модели, заданной принципами, на стадиях 1) выявления и формулирования принципа, 2) законотворчества, 3) правоприменения, 4) выбора индивидуальной правовой (или неправовой) модели поведения — постепенно ведет к деградации правового порядка и соответственно общества (аналогичный, хотя и уменьшенный процесс имеет место при накоплении правовых дефектов в конкретном общественном отношении). Абсолютно объективно судить о состоянии правового порядка, его соответствия модели, заданной принципами, к сожалению, невозможно. Можно лишь делать определенные предположения и впоследствии находить (или, будем надеяться, не находить) подтверждения им в тех или иных вариантах дефолта. Этот процесс накопления погрешностей обладает инерцией, соответствующей его масштабам. Доля решений, полностью соответствующих принципам права, — это здоровая правовая энергия общества, его своеобразная «правовая закваска», позволяющая обществу как минимум не погибнуть, как максимум — дать обильные плоды.

Принципы права — это своеобразная составная структура общества, которая может наполняться или пустовать (мед, соответственно, может надежно храниться в улье или разбрасываться по земле). Если использовать другое сравнение, это сустав, в котором кость движется наиболее эффективно и комфортно.

Принципы права — это и есть естественное право в объективном смысле. Это понимание не вполне близко к пониманию принципов права Дворкиным и, наверное, ближе к их пониманию Финнисом, хотя и не идентично последнему.

Возвращаясь к началу данного изложения, отметим: современный мир вступил в стадию максимально активного перехода от вертикальной корпоративной интеграции к горизонтальной сетевой интеграции. Наилучшим образом упоминавшийся ранее плюрализм ценностей сегодня может выражать концепция big data, которой сейчас столь увлечены наиболее успешный бизнес и наиболее успешный менеджмент. Огромные объемы данных, бесчисленное множество подходов, бесчисленное множество логик, в которых растворяются и традиционная логика, и традиционные ценности, — эти новые реалии позволяют выработать исключительно полезные инновации, но и создают риски глобальной манипуляции сознанием. Преобладание права для корпораций и проектов над правом для общества и человека; преобладание инструментальных подходов над концептуальными давно уже стали реалиями. Можно сформулировать и вовсе крамольную мысль — высокоэффективные профессионалы, которые столь ценны сегодня, в праве и юристах вообще не нуждаются, последние им мешают.

В этих условиях принципы права продолжают удаляться на периферию, но от этого они не утратят своего значения. Они по-прежнему останутся тем единственным ключом к запятой волшебной шкатулке исполнения человечеством своего предназначения, которую кто-нибудь когда-то, возможно, захочет открыть.

*Материал поступил в редакцию 13 сентября 2016 г.*

## THE ROLE OF THE PRINCIPLES OF LAW

KONOVALOV Aleksandr Vladimirovich — PhD  
pr@minjust.ru  
119991, GSP-1, Moscow, ul. Zhitnaya, d. 14

**Review.** *The paper is devoted to the principles of law and their influence on the process of the development of law. This article analyzes historical stages of the development of principles of law, compares principles of law and morality, scrutinizes the doctrinal concepts of law.*

**Keywords:** *principles of law, formation of law, morality and law, natural law, right in the objective sense, development of the institute of principles of law, fundamentals of civil law.*



## К вопросу о возможных юридических последствиях легализации в России публично-частного партнерства

**Аннотация.** В статье проводится краткий анализ нового закона о публично-частном партнерстве. Осуществляется прогнозирование возможных юридических последствий продолжающегося вмешательства государства в экономику. Доказывается сомнительность декларируемых целей российской правовой политики. С позиции юридической техники указывается на игнорирование законодателем основных критериев системности права и законодательства.

**Ключевые слова:** юридические последствия, легализация, публично-частное сотрудничество, вмешательство в экономику, приватизация, соглашение, социальная ответственность.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.027-032**

Для начала отметим, что под легализацией нами будет пониматься процесс юридизации общественных отношений, переход от неформальных отношений и неорганизованной деятельности к созданию организационных структур и регламентации соответствующих социальных связей. Проще говоря, легализация представляет собой синергетический процесс перехода от самоуправляющихся и самоорганизующихся явлений к организованным и управляемым, от неурегулированных отношений к урегулированным.

01.01.2016 вступил в силу Федеральный закон от 13.07.2015 № 224 «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>1</sup> (далее — Закон). Проведем краткий анализ данного нормативного правового акта.

Закон выделяет две формы взаимодействия бизнеса и власти — государственно-частное и муниципально-частное партнерство. Во избежание терминологической путаницы и понятной неопределенности мы объединим эти понятия термином «публично-частное партнерство» (ПЧП), поскольку разница между ними состоит в том, какой субъект выступает в роли публичного партнера. К тому же в теории права понятию «частный» обычно противопоставляется понятие «публичный» (например, частный интерес — публичный интерес, частное право — публичное право и т.д.).

Согласно Закону, ПЧП — 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 ПЧП, заключенного

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4350.

в целях привлечения в экономику частных инвестиций, обеспечения органами публичной власти доступности товаров, работ, услуг и повышения их качества.

Субъектами ПЧП являются публичный и частный партнеры. В качестве публичного партнера могут выступать: РФ в лице правительства или уполномоченного им федерального органа исполнительной власти, субъект РФ в лице высшего или уполномоченного им органа исполнительной власти субъекта, а также муниципальное образование в лице его главы или иного уполномоченного органа местного самоуправления. В качестве частного партнера может выступать любое российское юридическое лицо, за небольшим исключением. Третьим (необязательным) субъектом ПЧП является финансирующее лицо, под которым понимается юридическое лицо либо действующее без образования юридического лица по договору о совместной деятельности объединение двух и более юридических лиц, предоставляющие заемные средства частному партнеру для реализации соглашения на условиях возвратности, платности и срочности (ст. 3).

По соглашению о ПЧП частный партнер обязуется создать полностью или частично за счет собственных или привлеченных средств являющиеся объектом соглашения, технологически связанные между собой недвижимое имущество/недвижимое имущество и движимое имущество, осуществлять эксплуатацию/техническое обслуживание такого имущества, а публичный партнер обязуется предоставить частному партнеру права владения и пользования им для осуществления указанной в соглашении деятельности и обеспечить возникновение права собственности частного партнера на

объект соглашения при условии соблюдения требований, предусмотренных Законом и соглашением (ст. 12).

Объектами ПЧП являются:

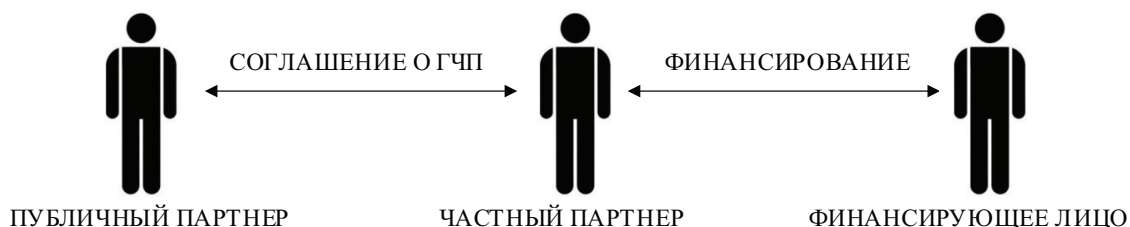
- 1) частные автомобильные дороги, мосты, дорожные сооружения, производственные объекты, элементы обустройства, объекты, предназначенные для взимания платы, объекты дорожного сервиса;
- 2) транспорт общего пользования, кроме метрополитена;
- 3) объекты железнодорожного транспорта;
- 4) объекты трубопроводного транспорта;
- 5) морские, речные, специализированные порты, объекты их инфраструктур и т.д. (ст. 7).

Принципами ПЧП являются:

- 1) открытость и доступность информации о ПЧП;
- 2) обеспечение конкуренции;
- 3) отсутствие дискриминации, равноправие сторон, их равенство перед законом;
- 4) добросовестное исполнение сторонами принятых на себя обязательств;
- 5) справедливое распределение рисков и обязательств между сторонами;
- 6) свобода заключения соглашения о ПЧП (ст. 4).

С инициативой заключения соглашения о ПЧП может выступать как публичный, так и частный партнеры (ст. 8). Любопытно, что подробное описание инициативы, исходящей от частного партнера, предшествует описанию общего правила заключения соглашений о ПЧП — конкурса (ст. 19). Вся информация, связанная с ПЧП, подлежит размещению в сети «Интернет» (ст. 11).

Схематично механизм ПЧП может быть представлен следующим образом:



<sup>2</sup> См., например: Сазонов В. Е. Государственно-частное партнерство: гражданско-правовые, административно-правовые и финансово-правовые аспекты. М., 2012. С. 148—378.

ПЧП не российское изобретение. Не вдаваясь в исторические подробности, отметим лишь, что в мировой практике накоплен богатейший опыт реализации общественно полезных проектов в результате конструктивного взаимодействия государственного и частного сектора<sup>2</sup>, который частично был использован при разработке соответствующего отечественного законопроекта.

Анализ текста Закона позволяет сделать несколько выводов критического характера:

1) несмотря на то что формально в качестве частного партнера может выступать любое юридическое лицо, фактически им может быть только коммерческая организация, поскольку участие в ПЧП-проекте направлено на извлечение прибыли, что противоречит целям создания некоммерческих структур. К тому же некоммерческие организации располагают гораздо меньшими финансовыми возможностями, чем коммерческие. Впрочем, и среди коммерческих структур лишь единицы способны выступить в роли частного партнера. Получается, что власть заинтересована в ведении конструктивного диалога только с субъектами, готовыми взять на себя часть государственных расходов, остальных оно игнорирует. Взаимодействие власти с бизнесом приобретает все более институциональный, перманентный характер, в то время как взаимодействие государства с остальной частью общества продолжает осуществляться по старинке;

2) принятие законов, устанавливающих жесткие правила в сфере взаимодействия общества и государства, свидетельствует о продолжающемся вмешательстве государства в рыночную экономику под предлогом противодействия коррупции. Функция «ночного сторожа» (российское государство фактически никогда не ограничивалось выполнением только этой функции) продемонстрировала свою несостоятельность, однако чрезмерная перераспределяющая роль чревата трансформацией демократической формы правления в

рыночно ориентированный авторитаризм. Ни одному государству пока не удалось достичь баланса между капиталистической свободой и социалистическим равенством. Предпринимаемые властью на пути построения общества всеобщего благоденствия усилия по регулированию конкуренции приводят к возникновению монополистических структур<sup>3</sup>;

3) соглашением о ПЧП может быть предусмотрено условие о передаче объекта соглашения частному лицу на правах собственности. Закономерно возникает вопрос: не означает ли это продолжение приватизации в узкокорпоративных интересах, которая имела место в России в начале 1990-х гг. и фактически представляла собой расхищение национального богатства? Стремление к уменьшению государственных расходов может привести к тому, что ключевые элементы структуры дееспособного общества (школы, больницы, театры, тюрьмы, дороги и др.) окажутся в частных руках. Последствия такой ситуации трудно предугадать, но, как известно, «кто платит, тот и заказывает музыку». Многие исследователи утверждают, что миром правят не национальные правительства, а транснациональные корпорации<sup>4</sup>, которые, обладая колоссальными финансовыми ресурсами, без труда заставят капитулировать отечественных скупщиков социально значимых объектов;

4) не выделены четкие критерии, позволяющие отграничить соглашения о ПЧП от концессий<sup>5</sup>. Также не до конца понятно, как следует квалифицировать ситуацию, когда между государственным органом и коммерческой организацией заключается контракт на выполнение работ по строительству, ремонту или реконструкции объекта и у подрядчика после выполненных за счет собственных или привлеченных средств работ возникает право аренды на данный объект. Дело в том, что в зависимости от конкретных обстоятельств такие отношения будут подпадать под действие либо Закона, либо Федерального закона от 5 апреля

<sup>3</sup> См., например: *Арментано Д. Т.* Антитраст против конкуренции : пер. с англ. М. : Альпина Бизнес Букс, 2005. 432 с.

<sup>4</sup> См., например: *Субетто А. И.* Капиталократия и глобальный империализм. СПб. : Астерион, 2009. С. 383—441.

<sup>5</sup> Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» // СЗ РФ. 2005. № 30 (часть II). Ст. 3126.

2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»<sup>6</sup> (плюс соответствующие положения ГК РФ<sup>7</sup> об аренде). Представляется, что в ближайшем будущем неизбежно возникнут трудности в применении норм обозначенных нормативных правовых актов;

5) определенный интерес вызывают обязательные элементы и существенные условия соглашения о ПЧП. В Законе содержится 4 обязательных, 4 необязательных элемента (ст. 6) и 11 существенных условий (ст. 12). Кроме того, указывается на возможность введения иных существенных условий федеральными законами. Практически каждый элемент и условие подробно раскрываются в Законе. Это приводит к значительным текстуальным и смысловым потерям. Представляется, что в данном случае достаточно было разработать типовую форму соглашения о ПЧП с указанием пределов «творчества». Также стоит отметить, что обязательность элементов и существенность условий соглашения о ПЧП при ближайшем рассмотрении кажутся произвольно установленными, а также обуславливают императивность регулируемых отношений. В свою очередь, императивность отношений нивелирует принцип равноправия партнеров.

Все это обуславливает высокую степень коррупциогенности Закона, что, учитывая обязательное прохождение законопроектом антикоррупционной экспертизы, не может не вызывать удивления и обеспокоенности наличным состоянием российского законотворческого процесса.

С позиции общей теории права или, если быть точнее, с точки зрения юридической техники, основываясь на мониторинге законодательства в сфере взаимодействия общества и государства (вновь принимаемых актов, причин их постоянного изменения и дополнения), можно резюмировать следующее:

1. Наблюдается разрозненность и противоречивость норм права, регулирующих сходные отношения: концессии, контракты, соглашения, инвестиции и др. При разработке таких норм

не учитывается связь будущих правовых предписаний с действующими, тем самым нарушается главный показатель системности права и законодательства. Тенденции к консолидации норм, регулирующих однотипные отношения, не наблюдается, зато имеется тенденция к неоправданному увеличению таких норм (сущности множатся без необходимости). Без консолидации невозможно, с одной стороны, разграничивать смежные явления и процессы, с другой стороны, использовать возможности системы для воздействия на структуру и содержание обособленной совокупности, возможность «маневрирования» в правовом массиве существенно ограничена. Другими словами, возможность корректного изменения или дополнения того или иного нормативного правового акта напрямую зависит от включенности данного акта в четко выстроенную систему других актов с аналогичным предметом правового регулирования.

2. Складывается впечатление, что при введении новых форм взаимодействия общества и государства зеленый коридор обеспечивается лишь тем актам, которые влекут за собой сиюминутную материальную выгоду государства. Что касается актов с меньшим финансовым потенциалом, то они принимаются либо случайно, либо под большим давлением общественности. Как правило, от первоначального содержания таких актов к моменту их подписания президентом практически ничего не остается. Это, в свою очередь, часто обуславливает их неэффективность и последующую отмену. Данный тезис можно проиллюстрировать следующим примером: закон о регулировании лоббирования в России стал активно обсуждаться с 1996 г., а закон о ПЧП — с 2010 г. При этом на сегодняшний день внесенный в Госдуму в 2012 г. законопроект о ПЧП приобрел статус закона, а пять различных законопроектов о лоббировании после продолжительного лежания под сукном раз за разом возвращались субъекту законодательной инициативы. При этом основная цель легализации лоббирования состоит в обеспечении максимальной прозрачности процесса принятия го-

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

<sup>7</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ. Часть II // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

сударственно-властных решений, в чем власть, по всей видимости, не заинтересована, а основная цель легализации ПЧП — реализация социально значимых проектов за счет частных инвестиций или, другими словами, создание возможности выполнения публичных обязательств коммерческими структурами. Конечно, сам по себе приведенный пример ничего не доказывает, но тем не менее заставляет задуматься о реальных целях современной российской правовой политики.

Подводя итог, можно сказать, что легализация в России ПЧП, пожалуй, обусловлена лишь стремлением власти сложить с себя часть атрибутивных обязательств по обеспечению комфортного существования граждан. При этом недопустимое с точки зрения основных идей и принципов свободного предпринимательства вмешательство государства в экономические процессы связывается с недостаточной социальной ответственностью бизнеса. Одна-

ко социальная ответственность бизнеса и критерии ее достаточности являются дискуссионными, их определением занимается, опять же, государство в каждом конкретном случае. Что касается возможных юридических последствий легализации ПЧП, представляется, что цель легализации можно считать формой будущих отношений, а последствия — их содержанием; следуя логике известного правила «форма определяет содержание», ждать каких-либо объективно положительных результатов не приходится. Принятый Закон не обеспечит ни установления более цивилизованных отношений между бизнесом и властью, ни повышения КПД в борьбе с коррупцией, ни решения более прозаических задач, таких как освобождение предпринимательского сообщества от государственной опеки, выстраивание простого и эффективного механизма инвестирования, рациональное использование дополнительно привлеченных ресурсов и т.д.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Арментано Д. Т. Антитраст против конкуренции / пер. с англ. — М. : Альпина Бизнес Букс, 2005. — 432 с.
2. Сазонов В. Е. Государственно-частное партнерство: гражданско-правовые, административно-правовые и финансово-правовые аспекты. — М., 2012. — С. 148—378 (492 с.).
3. Субетто А. И. Капиталократия и глобальный империализм. — СПб. : Астерион, 2009. — 572 с.

*Материал поступил в редакцию 18 января 2016 г.*

## TO THE QUESTION OF POSSIBLE LEGAL CONSEQUENCES OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP LEGALIZATION IN RUSSIA

**AGAPOV Igor Olegovich** — Adjunct Professor of the Department of the Theory and History of the State and Law at the Ural Law Institute of Ministry of Internal Affairs of Russia  
aio350@mail.ru  
620057, Russia, Yekaterinburg, ul. Taganskaya, d. 6a/13

**Review.** *The article provides a brief analysis of a new law on a public-private partnership. The author provides a forecast of possible legal consequences of continuing state intervention in the economy. It is proved that the declared objectives of the Russian legal policy are rather ambiguous. From the perspective of legal technique the author points at the fact that the law-makers ignore basic criteria of consistency of a law and legislation.*

**Keywords:** *Legal consequences, legalization, public-private cooperation, intervention in the economy, privatization, agreement, social responsibility*

**REFERENCES (TRANSLITERATION)**

1. *Armentano D. T.* Antitrast protiv konkurencii / per. s angl. — M. : Al'pina Biznes Buks, 2005. — 432 s.
2. *Sazonov V. E.* Gosudarstvenno-chastnoe partnerstvo: grazhdansko-pravovye, administrativno-pravovye i finansovo-pravovye aspekty. — M., 2012. — 492 s.
3. *Subetto A. I.* Kapitalokratija i global'nyj imperializm. — SPb. : Asterion, 2009. — 572 s.



В. В. Гурьянова\*

## Проблемы определения понятия, структуры, особенностей и функционального назначения коллизионных норм национального права

**Аннотация.** В исследовании автором указывается, что в результате активного взаимодействия и усиления взаимосвязей различных отраслей права при регулировании однородных правовых отношений, а также усиления дифференциации правового регулирования отдельных групп отношений в рамках одной отрасли права, происходит, с одной стороны, прогрессивное развитие отраслей права, но с другой стороны, по объективным либо субъективным причинам возникают юридические коллизии, которые отрицательным образом сказываются на эффективности правового регулирования общественных отношений. В этой связи коллизионные нормы национального права являются необходимыми инструментами в правовом регулировании внутрисударственных отношений, которые обеспечивают объективное, справедливое, законное разрешение различных видов юридических коллизий. Они выполняют техническую функцию по определению приоритетной нормы в случае возникновения коллизий между правовыми нормами, регулируемыми однородные или схожие правоотношения. В связи с нарастанием потребности общества в реформировании законодательства и увеличением количества принимаемых нормативных правовых актов все чаще возникают юридические коллизии. В этой связи в условиях действия коллизионных норм права должны предусматриваться разнообразные случаи противоречия норм права и единообразные принципы и способы разрешения, преодоления и устранения этих противоречий.

**Ключевые слова:** нормы права, специализированные нормы права, коллизионные нормы права, коллизионное право, юридическая коллизия.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.033-039**

В условиях целенаправленной деятельности российского государства по реформированию и совершенствованию законодательства одним из актуальных вопросов является разработка эффективного механизма разрешения, преодоления, устранения юридических коллизий, возникающих на внутрисударственном уровне. В результате активного взаимодействия и усиления взаимосвязей различных отраслей права при регулировании однородных правовых отношений, а также

усиления дифференциации правового регулирования отдельных групп отношений в рамках одной отрасли права, происходит, с одной стороны, прогрессивное развитие отраслей права, но с другой стороны, по объективным, либо субъективным причинам возникают юридические коллизии, которые отрицательным образом сказываются на эффективности правового регулирования общественных отношений. В российской системе права существует особый вид правовых норм — коллизионные

© Гурьянова В. В., 2016

\* Гурьянова Вера Владимировна, аспирантка кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Казанского (Приволжского) федерального университета, старший преподаватель кафедры международного и европейского права Института социальных и гуманитарных знаний gurjanova.vera2013@yandex.ru

420111, Россия, Республика Татарстан, г. Казань, ул. Профсоюзная, д. 13/16

нормы, функциональное назначение которых состоит в решении юридических коллизий.

В настоящее время проблема юридических коллизий усугубляется следующими обстоятельствами: во-первых, отсутствует четкий механизм коллизионного правового регулирования, что отражается в итоге на реализации прав, законных интересов участников правоотношений; во-вторых, на практике правотворческие и правоприменительные органы допускают в своей работе нарушения коллизионных норм права, которые впоследствии приводят к негативным или даже социально опасным последствиям. В этой связи исследование понятия, особенностей и функционального назначения коллизионных норм национальной системы права является актуальным как в теоретическом, так и практическом значениях.

В рамках теории права большинство исследователей среди других норм права выделяют коллизионные нормы<sup>1</sup>. Необходимость выделения коллизионных норм определена их функциональным назначением. Ученые единогласно утверждают, что коллизионные нормы призваны устранять возникающие противоречия (конфликты) между правовыми предписаниями<sup>2</sup>. А. В. Демин пишет, что «коллизия норм предполагает наличие двух или более правовых норм, различным образом регулирующих одно и то же общественное отношение, т.е. устанавливающих различные модели поведения применительно к одним и тем же фактическим ситуациям. В результате перед адресатами конфликтующих норм неизбежно возникает

проблема выбора применимой нормы, причем этот выбор должен носить не произвольный (по усмотрению адресата), но объективно обусловленный характер»<sup>3</sup>. Таким образом, наличие коллизионных норм права обуславливает объективное, справедливое, законное разрешение юридических коллизий, возникающих в национальном праве государства.

Следует отметить, что коллизионные нормы права являются особым видом норм права, и в науке существуют различные взгляды по поводу определения их юридической природы и положения в системе норм права.

Ряд ученых полагают, что они являются регулятивными нормами<sup>4</sup>, другие относят их исключительно к специализированным<sup>5</sup>, третьи считают, что коллизионные нормы обладают двойственностью: с одной стороны, они могут быть отнесены к нормам-правилам обязывающего характера; с другой — по своему содержанию и функциональному назначению они всегда носят вспомогательный характер и применяются совместно с конфликтующими правовыми нормами<sup>6</sup>. В юридической науке существует также иной взгляд: в частности, Ю. А. Тихомиров впервые заговорил о необходимости выделения в системе российского права новой отрасли права, именуемой коллизионное право. По его мнению, коллизионные нормы национального права образуют комплекс следующих норм: материальных предметных норм, определяющих права, обязанности и ответственность граждан, юридических лиц, государства; норм-принципов, дающих четкую

<sup>1</sup> См., например: Теория государства и права : учебник / В. Л. Кулапов, А. В. Малько. М. : Норма: Инфра-М, 2011. С. 212 ; Теория государства и права : учебник / отв. ред. В. Д. Перевалов. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Норма: Инфра-М, 2013. С. 173 ; Демин А. В. Специализированные нормы в механизме налогового-правового регулирования // *Налоги*. 2010. № 43. С. 20 ; Нормы права: теоретико-правовое исследование : монография / Т. В. Губаева, Л. А. Гумеров, А. В. Краснов [и др.] ; отв. ред. Т. В. Губаева, А. В. Краснов ; Рос. акад. правосудия. М. : РАП, 2014. С. 8 .

<sup>2</sup> Теория государства и права : учебник / отв. ред. В. Д. Перевалов. С. 173 ; Демин А. В. Специализированные нормы ... С. 20 ; Нормы права: теоретико-правовое исследование. 164 с.

<sup>3</sup> Демин А. В. Специализированные нормы ... С. 20.

<sup>4</sup> См.: Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984. С. 40, 44—45 ; Щелокаева Т. А. Юридические коллизии и коллизионные нормы: понятие, виды // *Правоведение*. 2003. № 6. С. 152.

<sup>5</sup> См., например: Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. М., 1982. Т. 2. С. 71 ; Фаршатов И. А. Специализированные и специальные нормы права // *Государство и право*. 2003. № 6. С. 25—26.

<sup>6</sup> Демин А. В. Нормы налогового права : монография. Красноярск : Сибирский федеральный университет, 2010. С. 179—188.

ориентацию для нормального правотворчества; норм-приоритетов; норм-доминантов; норм-запретов; норм-предпочтений; норм-санкций; процедур использования указанных норм<sup>7</sup>.

Мы полагаем, что юридическая коллизия может быть разрешена в результате применения совокупности взаимосвязанных правовых норм: регулятивных, охранительных, учредительных (норм-принципов), а также специально предусмотренных коллизионных норм права. Однако мы не согласны с тем, что коллизионные нормы права образуют комплекс различных видов норм (норм-принципов, материально-предметных норм и др.), их нельзя отождествлять, поскольку они отличаются по юридической природе, функциональному назначению, структуре и даже способу изложения.

Для сравнения: регулятивные нормы устанавливают права и обязанности участников правоотношений, коллизионные нормы определяют приоритетную норму в случае возникновения противоречий между двумя или несколькими нормами права. Различие этих видов норм проявляется и в структурном составе: регулятивные нормы почти всегда содержат санкции, тогда как коллизионные нормы права лишены санкций, но их обеспечение поддерживается санкциями иных норм. Например, в результате несоблюдения коллизионных норм права может быть нарушена учредительная норма, устанавливающая принцип законности, либо нарушены права в результате применения той нормы, которая не должна учитываться в случае возникновения юридической коллизии.

Условия действия коллизионных норм права предусматривают наличие разнообразных случаев противоречия норм права. Юридическая коллизия может возникнуть между нормами:

- 1) международных правовых актов и национальных (внутригосударственных) правовых актов<sup>8</sup> (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, ч. 1 ст. 7 Налогового кодекса РФ, абз. 2 п. 2 ст. 7 Гражданского кодекса РФ и др.);
- 2) Конституции РФ и иных нормативных правовых актов (ч. 1 ст. 15 Конституции РФ);

- 3) федеральных законов (абз. 1 п. 2 ст. 3 ГК РФ);
- 4) федеральных законов и подзаконных нормативных правовых актов (ч. 4 ст. 2 Лесного кодекса РФ, п. 4 ст. 2 Водного кодекса РФ, п. 2 ст. 2 Земельного кодекса РФ, п. 3—5 ст. 3 ГК РФ);
- 5) подзаконных нормативных правовых актов (например, коллизия норм нормативных правовых актов Правительства РФ и указов Президента РФ; нормативных правовых актов Правительства РФ и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти) (п. 7 ст. 3 ГК РФ, п. 2 ст. 2 Земельного кодекса РФ, п. 4, 5 ст. 2 Водного кодекса РФ);
- 6) федеральных законов и нормативных правовых актов субъектов РФ (абз. 2 п. 1 ст. 2 Земельного кодекса РФ, п. 2 ст. 2 Водного кодекса РФ, п. 5 ст. 2 Лесного кодекса РФ);
- 7) законов субъектов РФ и подзаконных нормативных правовых актов субъектов РФ (п. 5 ст. 2 Лесного кодекса РФ, п. 6 ст. 2 Водного кодекса РФ);
- 8) подзаконных нормативных правовых актов РФ и подзаконных нормативных правовых актов субъектов РФ (п. 6 ст. 2 Водного кодекса РФ);
- 9) подзаконных нормативных правовых актов субъектов РФ;
- 10) федеральных законов и муниципальных правовых актов;
- 11) законов субъектов РФ и муниципальных правовых актов;
- 12) подзаконных нормативных правовых актов РФ и муниципальных правовых актов;
- 13) нормативных правовых актов и локальных нормативных актов;
- 14) локальных нормативных правовых актов и коллективных договоров (или соглашений);
- 15) разных локальных нормативных актов.

Юридические коллизии можно классифицировать по различным основаниям:

- 1) по юридической силе противоречащих друг другу правовых актов коллизия возникает между:
  - а) нормами правовых актов равной юридической силы;

<sup>7</sup> См.: Тихомиров Ю. А. Коллизионное право. М.: Изд. г-на Тихомирова, 2001. 394 с.

<sup>8</sup> Данный вид юридических коллизий следует отличать от коллизий, возникающих в международном частном праве.

- б) нормами правовых актов разной юридической силы;
- 2) в зависимости от территориального уровня правовых актов, противоречащих друг другу, юридические коллизии могут быть:
- а) федеральными;
  - б) региональными;
  - в) местными;
  - г) локальными;
  - д) смешанными. Смешанные юридические коллизии возникают в случае противоречия норм между правовыми актами различного территориального уровня: правовыми актами национального права и актами международного права, федеральными и региональными, региональными и местными правовыми актами;
- 3) в зависимости от того, в какой части обнаружено противоречие в правовом акте:
- а) частичная юридическая коллизия, которая означает противоречие отдельных норм правовых актов;
  - б) абсолютная юридическая коллизия, при которой правовой акт полностью противоречит другому правовому акту;
- 4) исходя из характера законов: коллизия норм основных законов; коллизия норм основного и специального законов; коллизия норм специальных законов;
- 5) в зависимости от отраслевой принадлежности норм права: внутриотраслевые и межотраслевые юридические коллизии;
- 6) в зависимости от субъекта правотворчества могут быть:
- а) коллизии норм правовых актов федеральных и региональных законодательных органов, представительных органов местного самоуправления, а также организаций (органов), уполномоченных принимать локальные нормативные правовые акты;
  - б) коллизии норм правовых актов органов исполнительной власти.

Проведенный анализ всевозможных случаев противоречий норм и их классификация важны для определения условий действия коллизионной нормы права, а также способов разрешения, преодоления или устранения юридических коллизий.

Далее, коллизионная норма права, в отличие от других норм права, характеризуется особенной структурой и специфическим способом изложения (формулой).

А. В. Демин утверждает, что структура большинства коллизионных норм права строится по формуле: «Если нормы А и Б противоречат друг другу (гипотеза), то нужно применять норму А (диспозиция)»<sup>9</sup>. По указанной формуле сконструированы ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, ч. 1 ст. 7 Налогового кодекса РФ, абз. 2 п. 2 ст. 7 Гражданского кодекса РФ, абз. 2 ст. 10 Трудового кодекса РФ, ст. 4 Земельного кодекса РФ, ст. 6 Семейного кодекса РФ, ст. 9 Жилищного кодекса РФ, ст. 4 Бюджетного кодекса РФ, ст. 3 Воздушного кодекса РФ, п. 2 ст. 5 ГК РФ; п. 5 ст. 3 Гражданского кодекса РФ, абз. 4, 5 ст. 5, абз. 4 ст. 8 Трудового кодекса РФ.

При этом следует отметить, что во многих случаях коллизионные нормы изложены по формуле нормы-запрета: «Норма А не должна противоречить норме Б» (ч. 1 ст. 15 Конституции РФ, п. 3 ст. 3 ГК РФ, ст. 5 ТК РФ, абз. 3 п. 1 ст. 2 ЗК РФ, п. 3 ст. 5 ЖК РФ, п. 1 ст. 3 БК РФ, п. 2 ст. 2 ЛК РФ, п. 3 ст. 2 Водного кодекса РФ, ст. 2 Кодекса внутреннего водного транспорта).

Кроме того, в законодательстве предусматриваются следующие структуры коллизионных норм права:

- 1) формула «норма-обязывание»: «Норма Б должна соответствовать норме А» (п. 2 ст. 2 Водного кодекса РФ, абз. 1 п. 2 ст. 3 ГК РФ, абз. 3 ст. 5 ТК РФ, абз. 2 п. 1 ст. 2 ЗК РФ, абз. 3 п. 2 ст. 3 СК РФ);
- 2) формула «норма-декларирование»: «Законодательство А состоит из законов Б, В, Г и принимаемого в соответствии с ними закона Д» (п. 1 ст. 2 Лесного кодекса РФ, ст. 2 Воздушного кодекса РФ, п. 1 ст. 2 Водного кодекса РФ); «Закон А основывается на законе Б» (п. 2 ст. 1 УК РФ), при этом следует отметить, что норма-декларирование определяет юридически значимую информацию, устанавливающую иерархию нормативных правовых актов.

Наиболее компактными и удобными для восприятия и толкования являются коллизионные нормы, сконструированные по формуле норм-запретов и норм-обязываний.

<sup>9</sup> Демин А. В. Нормы налогового права. С. 180 ; Он же. Специализированные нормы ... С. 20.

Исходя из анализа вышеуказанных формул мы можем утверждать, что коллизионная норма права состоит только из гипотезы и диспозиции либо только из диспозиции (например, в том случае, если она изложена путем установления запрета, обязывания или декларирования). Санкция в коллизионной норме права отсутствует.

В сфере коллизионного правового регулирования отношений затрагиваются регулятивные, охранительные и иные специализированные нормы, однако их не следует отождествлять с коллизионными нормами, роль которых состоит в решении противоречия норм права, в установлении приоритетности той или иной нормы. Исходя из отмеченных нами способов коллизионного правового регулирования мы считаем, что коллизионные нормы права имеют сходство с регулятивными нормами. Однако их различие состоит в выполняемых ими функциях: основная роль регулятивных норм заключается не в разрешении юридической коллизии, а в установлении прав и обязанностей лиц и их защите от незаконных посягательств.

Одним из особенностей коллизионных норм права является то, что в них отсутствует указание на субъекты, которым они адресованы. Однако это можно установить исходя из анализа этих норм. Так, требования коллизионных норм должны быть учтены:

- 1) в правотворческой деятельности (федеральными, региональными, местными и локальными правотворческими органами или должностными лицами);
- 2) правоприменительной деятельности (правоприменительными органами или должностными лицами).

Итак, коллизионные нормы адресованы федеральным и региональным органам государственной власти, органам местного самоуправления, их должностным лицам, а также в предусмотренных законом случаях — организациям и индивидуальным предпринимателям (например, работодателям, имеющим право принимать локальные нормативные акты).

Кроме того, коллизионные нормы национального права следует отличать от коллизионных норм международного частного права. В качестве критериев разграничения названных видов коллизионных норм следует назвать:

- различие в функциональном назначении. Если функциональное назначение коллизионных норм международного частного права заключается в выборе применимого права (правопорядка) для решения вопроса (спора), возникшего из частноправовых отношений с участием иностранного элемента, то коллизионные нормы внутригосударственного права определяют приоритетную норму для устранения юридической коллизии, выражающейся в противоречии между правовыми предписаниями;
- коллизионные нормы национального права и коллизионные нормы международного частного права отличаются по сфере действия, так, коллизионные нормы национального права функционируют и в сфере частного и публичного права, тогда как коллизионные нормы международного частного права действуют в частноправовых отношениях с иностранным элементом;
- по субъекту: в международном частном праве коллизионные нормы адресуются компетентным органам судебной власти, нотариата и органам ЗАГС; в национальном праве адресуются правотворческим и правоприменительным органам государственной власти, их должностным лицам, а также организациям.

Обобщая сказанное, можно сделать вывод о том, что коллизионные нормы национального права являются необходимым элементом в правовом регулировании внутригосударственных отношений, который обеспечивает объективное, справедливое, законное разрешение различных видов юридических коллизий. Они выполняют техническую функцию по определению приоритетной нормы в случае возникновения коллизий между правовыми нормами, регулируемыми однородные или схожие правоотношения. В связи с нарастанием потребности общества в реформировании законодательства и увеличением количества принимаемых нормативных правовых актов, все чаще возникают юридические коллизии. В этой связи в условиях действия коллизионных норм права должны предусматриваться разнообразные случаи противоречия норм права и единообразные принципы и способы разрешения, преодоления и устранения этих противоречий.



## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. — М. : Юрид. лит., 1982. — Т. 2. — 360 с.
2. Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве. — Иркутск : Изд-во Иркут. ун-та, 1984. — 99 с.
3. Демин А. В. Специализированные нормы в механизме налогово-правового регулирования // Налоги. — 2010. — № 43. — С. 22—24.
4. Демин А. В. Нормы налогового права : монография. — Красноярск : Сибирский федеральный университет, 2010. — 410 с.
5. Нормы права : теоретико-правовое исследование : монография / Т. В. Губаева, Л. А. Гумеров, А. В. Краснов [и др.] ; отв. ред. Т. В. Губаева, А. В. Краснов ; Рос. акад. правосудия. — М. : РАП, 2014. — 164 с.
6. Общая теория государства и права : в 3 т. Право : Академ. курс / М. Н. Марченко, С. Н. Бабурин [и др.] ; отв. ред. М. Н. Марченко. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма: Инфра-М, 2013. — Т. 2. — 720 с.
7. Теория государства и права : учебник / В. Л. Кулапов, А. В. Малько. — М. : Норма: Инфра-М, 2011. — 383 с.
8. Теория государства и права : учебник / отв. ред. В. Д. Перевалов. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма: Инфра-М, 2013. — 496 с.
9. Теория государства и права : учебное пособие / А. В. Малько, А. Ю. Саломатин. — 2-е изд. — М. : РИОР: Инфра-М, 2014. — 213 с.
10. Тихомиров Ю. А. Коллизионное право. — М. : Изд. г-на Тихомирова, 2001. — 394 с.
11. Фаршатов И. А. Специализированные и специальные нормы права // Государство и право. — 2003. — № 6. — С. 22—28.
12. Щелокаева Т. А. Юридические коллизии и коллизионные нормы: понятие, виды // Правоведение. — 2003. — № 6. — С. 147—153.

*Материал поступил в редакцию 11 февраля 2016 г.*

#### THE PROBLEM OF DEFINING THE CONCEPT, STRUCTURE, DISTINCTIVE FEATURES AND FUNCTIONAL PURPOSE OF CONFLICT-OF-LAWS RULES IN DOMESTIC LAW

**GURYANOVA Vera Vladimirovna** — Post-graduate Student of the Department of the Theory and History of the State and Law at the Law Faculty of the Kazan Federal University, Senior Lecturer of the Department of International and European Law at the Institute for Social and Humanitarian Knowledge  
gurjanova.vera2013@yandex.ru  
420111 Russia, Tatarstan Republic, Kazan, ul. Profsovnaya, d. 13/16

**Review.** *In the paper the author specifies that the active interaction and stronger relations between different branches of law regulating homogeneous legal relations, as well as increasing differentiation of legal regulation of certain relations within the bounds of one branch of law, on the one hand, results in the progressive development of law, but, on the other hand, for some objective or subjective reasons, in legal conflicts that have an adversely affect on the effectiveness of the legal regulation of social relations. In this regard, conflict rules of national law are essential tools applied for the legal regulation of intrastate relations that provide unbiased, equitable, legitimate settlement of different kinds of legal conflicts. They perform a technical function in the process of defining a governing rule in the event of a conflict between legal rules governing homogeneous or similar relationships. Due to the increasing demands of the society for the law reform and an increase in the number of legislative acts, the number of legal conflicts is constantly increasing. In this regard, under the operation of conflict rules of law, a variety of instances of contradictions between legal rules and uniform principles and methods of resolving, overcoming and eliminating such controversies should be provided.*

**Keywords:** *rules of law, specific rules of law, conflict-of-laws rules, conflict of laws, legal conflict.*



#### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Alekseev S. S.* Obshhaya teoriya prava : v 2 t. — M. : Yurid. lit., 1982. — T. 2. — 360 s.
2. *Vlasenko N. A.* Kollizionnye normy v sovetskom prave. — Irkutsk : Izd-vo Irkut. un-ta, 1984. — 99 s.
3. *Demin A. V.* Spetsializirovannye normy v mekhanizme nalogovo-pravovogo regulirovaniya // *Nalogi.* — 2010. — № 43. — S. 22—24.
4. *Demin A. V.* Normy nalogovogo prava : monografiya. — Krasnoyarsk : Sibirskiy federal'nyy universitet, 2010. — 410 s.
5. Normy prava : teoretiko-pravovoe issledovanie : monografiya / T. V. Gubaeva, L. A. Gumerov, A. V. Krasnov [i dr.] ; otv. red. T. V. Gubaeva, A. V. Krasnov ; Ros. akad. pravosudiya. — M. : RAP, 2014. — 164 s.
6. Obshhaya teoriya gosudarstva i prava : v 3 t. Pravo : Akadem. kurs / M. N. Marchenko, S. N. Baburin [i dr.] ; otv. red. M. N. Marchenko. — 4-e izd., pererab. i dop. — M. : Norma: Infra-M, 2013. — T. 2. — 720 s.
7. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik / V. L. Kulapov, A. V. Mal'ko. — M. : Norma: Infra-M, 2011. — 383 s.
8. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik / otv. red. V. D. Perevalov. — 4-e izd., pererab. i dop. — M. : Norma: Infra-M, 2013. — 496 s.
9. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnoe posobie / A. V. Mal'ko, A. Yu. Salomatin. — 2-e izd. — M. : RIOR: Infra-M, 2014. — 213 s.
10. *Tikhomirov Yu. A.* Kollizionnoe pravo. — M. : Izd. g-na Tikhomirova, 2001. — 394 s.
11. *Farshatov I. A.* Spetsializirovannye i spetsial'nye normy prava // *Gosudarstvo i pravo.* — 2003. — № 6. — S. 22—28.
12. *Shhelokaeva T. A.* Yuridicheskie kollizii i kollizionnye normy: ponyatie, vidy // *Pravovedenie.* — 2003. — № 6. — S. 147—153.

# ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ И МЕСТНОЕ САМОУПРАВЛЕНИЕ

Е. В. Демьянов\*,

И. В. Мухачев\*\*

## Система избирательных комиссий в субъектах Российской Федерации

**Аннотация.** В статье раскрывается понятие и характеристики системы, а также указывается на необходимость построения системы избирательных комиссий в субъектах Российской Федерации, устойчивой к воздействию внутренних и внешних факторов. Первоочередной целью проводимого анализа авторы видят в совершенствовании законодательства для обеспечения адекватного отражения воли народа в результатах выборов (референдумов), иных институтов прямой демократии, в которых принимают участие избирательные комиссии. В статье проводится конституционно-правовой анализ системы избирательных комиссий в субъектах Российской Федерации, вносятся предложения по усовершенствованию законодательства в данной сфере, в том числе путем расширения полномочий избирательных комиссий субъектов Российской Федерации по контролю за соблюдением избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации. Авторы рассматривают избирательные комиссии как органы публичной власти с особым статусом и приводят ряд проблемных вопросов, возникающих на практике и связанных со статусом избирательных комиссий, в частности с особым правовым положением избирательных комиссий муниципальных образований.

**Ключевые слова:** выборы, избирательные комиссии, система избирательных комиссий, законодательство, государственные органы, народовластие, избирательные права, прямая демократия, избирательное право, вышестоящая избирательная комиссия, нижестоящая избирательная комиссия.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.040-047**

---

© Демьянов Е. В., Мухачев И. В., 2016

\* Демьянов Евгений Викторович, председатель избирательной комиссии Ставропольского края, старший преподаватель кафедры конституционного и международного права Северо-Кавказского федерального университета, аспирант Юридического института Северо-Кавказского федерального университета

demyanov75@rambler.ru

355037, Россия, Ставропольский край, г. Ставрополь, ул. Тельмана, д. 234/1, кв. 92

\*\* Мухачев Игорь Владимирович, заведующий кафедрой конституционного и международного права Юридического института Северо-Кавказского федерального университета, доктор юридических наук bkmz@atrus.ru

355038, Россия, Ставропольский край, г. Ставрополь, ул. Мира, д. 237, кв. 38

Если рассматривать избирательные комиссии как структурные элементы системы, то необходимо отметить, что по толковому словарю В. И. Даля система — это план, порядок расположения частей целого, предначертанное устройство, ход чего-либо, в последовательном, связанном порядке<sup>1</sup>.

В философии под системой обычно понимают совокупность образующих ее элементов, находящихся в устойчивых связях и отношениях друг с другом<sup>2</sup>.

Достаточно детально понятие «система» применительно к системе избирательных комиссий было рассмотрено Матейковичем М. С. и Сучилиным В. Н. Так, ссылаясь на работу Волковой В. Н.<sup>3</sup>, они отмечают, что система избирательных комиссий должна обладать основными закономерностями, свойственными системным явлениям: целостностью (эмерджентностью), интегративностью, коммуникативностью, иерархичностью, синергетичностью и т.д.<sup>4</sup>

При рассмотрении избирательных комиссий как структурных элементов системы прежде всего необходимо принимать во внимание основной конституционный принцип, провозглашенный в Конституции Российской Федерации — принцип народовластия.

По нашему мнению, исходя из содержания исследуемых вопросов проблема, которую необходимо преодолеть, — это добиться построения такой системы избирательных комиссий в субъекте Российской Федерации, которая являлась бы устойчивой к воздействию как внешних, так и внутренних (негативных) факторов и исходя из основных конституционных принципов обеспечивала бы:

- а) гарантированную возможность непосредственного выражения воли народа при организации и проведении выборов, референдумов, иных институтов прямой демократии, в которых принимают участие избирательные комиссии;
- б) адекватное отражение воли народа в результатах выборов (референдумов), иных институтов

прямой демократии, в которых принимают участие избирательные комиссии.

Таким образом, исходя из вышеизложенного, целью системного анализа в данном случае можно определить направление работы, связанной с совершенствованием законодательства по выстраиванию единой устойчивой системы избирательных комиссий в субъекте Российской Федерации (которая является составной частью системы избирательных комиссий в целом в Российской Федерации), для обеспечения адекватного отражения воли народа в результатах выборов (референдумов), иных институтов прямой демократии, в которых принимают участие избирательные комиссии.

По нашему мнению, все избирательные комиссии относятся к органам публичной власти с особым статусом, с помощью которых реализуется конституционный принцип народовластия в целях обеспечения волеизъявления народа в ходе выборов и референдума. При этом необходимо брать во внимание присутствие общественной составляющей в организации и деятельности избирательных комиссий, которая в большей степени проявляется на уровне участковых избирательных комиссий.

Необходимо отметить, что несмотря на то, что Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (далее — Федеральный закон об основных гарантиях) в статье 20 определяет систему избирательных комиссий, данное определение ограничено простым перечислением избирательных комиссий без учета системных взаимосвязей данных комиссий (основополагающих факторов, которые увязывают избирательные комиссии в систему), иерархической структуры построения данной системы, иных факторов, свойственных в целом системе как понятию.

На практике возникают разные проблемные вопросы: взаимоотношения между избира-

<sup>1</sup> *Даль В. И.* Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1882. Т. 4. С. 188.

<sup>2</sup> Введение в философию : учеб. пособие для вузов / И. Т. Фролов [и др.]. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Республика, 2003. С. 485.

<sup>3</sup> *Волкова В. Н.* Теория систем и системный анализ : учебник для бакалавров. М., 2012. С. 72—90.

<sup>4</sup> *Матейкович М. С., Сучилин В. Н.* Избирательные комиссии муниципальных образований в системе избирательных комиссий // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 10. С. 36—40.

тельными комиссиями при проведении избирательных кампаний разного уровня (данный факт особенно актуален при введении в законодательство единого дня голосования); отсутствие в законодательстве регулирования, которое бы давало четкое уяснение пределов деятельности избирательных комиссий различного уровня; отсутствие у избирательных комиссий субъектов Российской Федерации достаточно широких полномочий по контролю за деятельностью избирательных комиссий более низкого уровня, особенно — за избирательными комиссиями муниципальных образований; объединение в одну систему избирательных комиссий муниципальных образований и избирательных комиссий, относящихся к государственным органам.

Необходимо найти ту составляющую, которая увязывала бы избирательные комиссии в субъекте Российской Федерации (являющиеся составной частью системы избирательных комиссий в Российской Федерации) в систему с учетом вышеобозначенных проблемных вопросов.

Проанализировав различные взгляды на систему организации и деятельности избирательных комиссий, считаем, что наиболее ясной и, на наш взгляд, оптимальной для использования в построении системы избирательных комиссий является позиция АLEXИНОЙ И. С. и ее анализ взаимоотношений между избирательными комиссиями, названный ею «положение о контроле деятельности»<sup>5</sup>. АLEXИНА И. С. отмечает, что избирательные комиссии обязаны осуществлять контроль за соблюдением избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации и данное положение можно понимать в рамках полного функционала на всей территории России.

Если говорить о взаимоотношениях между вышестоящей и нижестоящей избирательными комиссиями (например, в рамках одной избирательной кампании), то законодательство достаточно четко и подробно регламентирует порядок их работы, в том числе и формы контроля как за деятельностью избирательных комиссий, так и за контролем соблюдения из-

бирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации.

Вместе с тем при проведении выборов в органы местного самоуправления избирательная комиссия муниципального образования не является нижестоящей избирательной комиссией по отношению к избирательной комиссии субъекта Российской Федерации в том понимании, как это заложено в нормах Федерального закона об основных гарантиях. Таким образом, механизмом контроля за деятельностью избирательной комиссии муниципального образования со стороны избирательной комиссии субъекта Российской Федерации является только рассмотрение жалоб на нарушения избирательных прав граждан.

Поскольку избирательная комиссия субъекта Российской Федерации участвует в формировании муниципальных избирательных комиссий городских округов и муниципальных районов, осуществляет контроль за соблюдением избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации на всей территории субъекта Российской Федерации (в том числе, естественно, на территориях всех муниципалитетов, находящихся на территории субъекта Российской Федерации), вышеуказанные контрольные полномочия явно недостаточны для выстраивания наиболее качественной работы по защите избирательных прав граждан.

Система избирательных комиссий в субъекте Российской Федерации в большинстве случаев должна сама справляться с проблемными вопросами, связанными с внутренней организацией работы избирательных комиссий. Так, возникают ситуации, когда избирательная комиссия муниципального образования нарушает сроки ввода информации в Государственную автоматизированную систему «Выборы», определенные регламентными документами. Какие-либо рычаги воздействия со стороны избирательной комиссии субъекта Российской Федерации либо территориальной избирательной комиссии (на территории которой расположена избирательная комиссия муниципального образования) в законодательстве отсутствуют. В результате единственным вы-

<sup>5</sup> АLEXИНА И. С. Система избирательных комиссий в Российской Федерации // Управленческое консультирование. 2014. № 4. С. 130—132.

ходом в данной ситуации является обращение в органы прокуратуры о том, чтобы понудить избирательную комиссию муниципального образования выполнить определенные действия.

Заметим, что данная ситуация рассматривается на стадии, когда жалобы на действия или бездействие избирательной комиссии муниципального образования в установленном законом порядке еще не поступали. Исключение подобных ситуаций возможно, если, как уже указывалось выше, внести соответствующие изменения в законодательство и наделить более широкими контрольными полномочиями избирательные комиссии субъектов Российской Федерации, прежде всего по отношению к избирательным комиссиям муниципальных образований.

На наш взгляд, необходимо законодательно наделить избирательную комиссию субъекта Российской Федерации более широкими полномочиями по контролю за избирательными комиссиями как муниципальных образований, так и всех остальных звеньев избирательных комиссий в субъекте Российской Федерации — территориальных, окружных, участковых и временных (если таковые имеются). Особо требует проработки вопрос о привлечении к ответственности за неисполнение избирательными комиссиями более низкого уровня решений избирательных комиссий более высокого уровня. Представляется, что такими мерами ответственности могли бы быть не только расформирование избирательной комиссии по решению суда, но и вынесение предупреждения о недопустимости нарушения закона, а также возможность досрочного прекращения полномочий председателя избирательной комиссии за недостатки в организации работы избирательной комиссии — по решению избирательной комиссии более высокого уровня (в частности, это относится к председателям избирательных комиссий муниципальных образований).

Именно эти полномочия контроля избирательной комиссии субъекта Российской Федерации в расширенном виде, в случае закрепления законодательно, могли бы являться связующими звеньями, объединяющими избирательные комиссии в субъекте Российской Федерации: избирательную комиссию субъекта Российской Федерации, избирательные ко-

миссии муниципальных образований, окружные, территориальные (районные, городские и другие) комиссии, участковые, временные избирательные комиссии в одну единую систему. Данная система должна быть централизованной.

Централизация деятельности избирательных комиссий в субъекте Российской Федерации необходима не только в период избирательных кампаний (в том числе и при проведении избирательных кампаний разного уровня), но и в межвыборный период. Это связано со все более возрастающими требованиями к деятельности избирательных комиссий и увеличением объема полномочий избирательных комиссий всех уровней. Только в этом случае возможно добиться построения такой системы избирательных комиссий в субъекте Российской Федерации, которая являлась бы устойчивой к воздействию как внешних, так и внутренних негативных факторов.

Относительно вопросов, связанных, по мнению многих авторов, с вмешательством государственных органов, которыми являются избирательные комиссии субъектов Российской Федерации, в сферу муниципальных органов, которыми, в свою очередь, являются избирательные комиссии муниципальных образований, считаем необходимым обратить внимание на следующее.

Как уже отмечалось выше, по нашему мнению, избирательные комиссии необходимо относить к органам публичной власти с особым статусом. Таким образом, независимость органов местного самоуправления от органов государственной власти, определенная в статье 12 Конституции России, на наш взгляд, не дает основания полагать, что для включения избирательных комиссий муниципальных образований в единую систему избирательных комиссий в субъекте Российской Федерации существуют какие-либо препятствия.

Принципы формирования органов государственной власти ничем не отличаются от принципов формирования органов местного самоуправления. Таким образом, включение в единую систему избирательных комиссий муниципальных образований наряду с иными избирательными комиссиями, на наш взгляд, представляется вполне обоснованным, разумным и необходимым по вышеуказанным причинам действием.



В научной литературе звучит критика (Е. В. Белоусова<sup>6</sup>, Е. С. Шугрина<sup>7</sup>, Л. Э. Гумашвили<sup>8</sup>) о том, что выборы в органы местного самоуправления проводят территориальные избирательные комиссии, которые являются государственными органами субъектов Российской Федерации, тем самым нарушается принцип независимости органов местного самоуправления, закрепленный в статье 12 Конституции России. Также звучит критика относительно сомнительной, по мнению авторов (Е. В. Белоусова<sup>9</sup>, А. А. Макарецв<sup>10</sup>), правовой природы «возложения полномочий» избирательных комиссий муниципальных образований на территориальные избирательные комиссии и обратное возложение таких полномочий.

Высказываются порой диаметрально противоположные мнения о том, что необходимо рассмотреть вопрос о ликвидации спорного статуса избирательной комиссии муниципального образования как органа местного самоуправления и о придании ей статуса государственной<sup>11</sup>; исключить возможность участия территориальных избирательных комиссий в подготовке и проведении муниципальных выборов в качестве организующих выборы комиссий<sup>12</sup>; пересмотреть вопрос о целесообразности функционирования муниципальных избирательных комиссий<sup>13</sup>; упразднить территориальные избирательные комиссии, а их полномочия передать соответствующим избирательным комиссиям муниципальных

образований по типу наделения органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями<sup>14</sup>.

В целях преодоления обозначенных выше проблем предлагаем внести соответствующие изменения в законодательство, основываясь на теоретических разработках, и определить статус территориальной избирательной комиссии не как органа в системе государственных органов в субъектах Российской Федерации, а как государственно-общественного органа. Таким образом, указанные проблемные вопросы, связанные с проведением выборов в органы местного самоуправления государственными органами территориальными избирательными комиссиями, отпадут сами собой.

В связи с этим, чтобы орган был именно государственно-общественным, необходимо изменить порядок формирования территориальной избирательной комиссии: одна половина его состава должна формироваться государственным органом — избирательной комиссией субъекта Российской Федерации, другая половина — представительным органом муниципального района, городского округа с участием политических партий, иных субъектов выдвижения кандидатур в составы избирательных комиссий, определенных в Федеральном законе об основных гарантиях.

Далее предлагается внести изменения в федеральное законодательство, в соответствии с которыми предоставить право нормами уста-

<sup>6</sup> Белоусова Е. В. Избирательная комиссия муниципального образования — муниципальный орган с неопределенным статусом // Российский юридический журнал. 2010. № 4. С. 89.

<sup>7</sup> Шугрина Е. С. Некоторые организационно-правовые проблемы в работе избирательных комиссий в Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 1. С. 44.

<sup>8</sup> Гумашвили Л. Э. К вопросу об основах статуса избирательных комиссий муниципальных образований // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2015. № 3. С. 3—6.

<sup>9</sup> Белоусова Е. В. Указ. соч. С. 89.

<sup>10</sup> Макарецв А. А. К вопросу о статусе избирательных комиссий: проблема возложения полномочий // Государственная власть и местное самоуправление. 2011. № 1. С. 26—28.

<sup>11</sup> Станских С. Н. «Избирательная власть» как ветвь государственной власти: к постановке проблемы // Конституционное и муниципальное право. 2004. № 1. С. 17.

<sup>12</sup> Белявская М. С. Конституционно-правовой статус избирательных комиссий, осуществляющих подготовку и проведение муниципальных выборов в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2009. С. 86.

<sup>13</sup> Верзилина И. Г. К вопросу о системе избирательных комиссий // Вестник МГОУ. Серия «История и политические науки». 2013. № 5. Т. 2. С. 106—107.

<sup>14</sup> Матейкович М. С., Сучилин В. Н. Избирательные комиссии муниципальных образований в системе избирательных комиссий // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 10. С. 36—40.



вов муниципалитетов определять, какой орган будет проводить выборы, референдумы, иные формы прямого волеизъявления граждан в муниципальном образовании. Это может быть либо территориальная избирательная комиссия, либо избирательная комиссия муниципального образования. О принятии такого решения необходимо извещение избирательной комиссии субъекта Российской Федерации. К тому же из законодательства будет исключено понятие, правовая природа которого поставлена под сомнение многими авторами, — это «возложение полномочий» избирательной комиссии муниципального образования на территориальную и обратное возложение таких полномочий.

Также в этом случае у органов местного самоуправления либо непосредственно у населения в соответствии со ст. 12 КФ будет возможность самим решать — какой орган уполномочен проводить выборы, референдумы, реализовывать иные формы прямого волеизъявления граждан в муниципалитете (территориальная избирательная комиссия как общественно-государственный орган либо избирательная комиссия муниципального образования). Данный подход считаем необходимым распространить и на уставы поселений.

В законодательстве возможно определить правовой статус государственно-общественных органов и для участковых избирательных комиссий, учитывая, что именно они проводят выборы и в органы государственной власти, и в органы местного самоуправления, причем это может происходить одновременно при совмещении избирательных кампаний федерального, регионального и местного уровней.

В целях обеспечения единства системы избирательных комиссий необходимо расширить

в федеральном законодательстве термины «вышестоящая» и «нижестоящая» избирательные комиссии. Следует установить обязательность исполнения всех решений избирательной комиссии субъекта Российской Федерации, принятых в рамках контроля за соблюдением избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации на территории субъекта Российской Федерации, независимо от вида избирательных кампаний, а также вне периодов проведения избирательных кампаний различного уровня (в так называемый межвыборный период).

Исходя из вышеизложенного считаем необходимым дать следующее определение системы избирательных комиссий в субъекте Российской Федерации. Система избирательных комиссий в субъекте Российской Федерации — это единая, устойчивая, централизованная совокупность взаимодействующих между собой избирательных комиссий (избирательной комиссии субъекта Российской Федерации, избирательных комиссий муниципальных образований, окружных, территориальных (районных, городских и др.), участковых, временных), целью деятельности которой является адекватное отражение воли народа в результатах выборов (референдумов), иных институтов прямой демократии, в которых принимают участие избирательные комиссии.

Таким образом, указанные меры, на наш взгляд, позволят достичь совершенствования законодательства по выстраиванию единой устойчивой системы избирательных комиссий в субъекте Российской Федерации, которая, еще раз подчеркнем, является составной частью системы избирательных комиссий в целом в Российской Федерации.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алехина И. С.* Система избирательных комиссий в Российской Федерации // Управленческое консультирование. — 2014. — № 4. — С. 130—132.
2. *Белоусова Е. В.* Избирательная комиссия муниципального образования — муниципальный орган с неопределенным статусом // Российский юридический журнал. — 2010. — № 4. — С. 89.
3. *Белявская М. С.* Конституционно-правовой статус избирательных комиссий, осуществляющих подготовку и проведение муниципальных выборов в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. — Ставрополь, 2009. — С. 86.
4. *Верзилина И. Г.* К вопросу о системе избирательных комиссий // Вестник МГОУ. Серия «История и политические науки». — 2013. — № 5. — Т. 2. — С. 106—107.
5. Введение в философию : учеб. пособие для вузов / И. Т. Фролов [и др.]. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Республика, 2003. — С. 485.

6. Волкова В. Н. Теория систем и системный анализ : учебник для бакалавров. — М., 2012. — С. 72 — 90.
7. Гумашвили Л. Э. К вопросу об основах статуса избирательных комиссий муниципальных образований // Муниципальная служба: правовые вопросы. — 2015. — № 3. — С. 3—6.
8. Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка. — М., 1882. — Т. 4. — С. 188.
9. Матейкович М. С., Сучилин В. Н. Избирательные комиссии муниципальных образований в системе избирательных комиссий // Конституционное и муниципальное право. — 2013. — № 10. — С. 36—40.
10. Станских С. Н. «Избирательная власть» как ветвь государственной власти: к постановке проблемы // Конституционное и муниципальное право. — 2004. — № 1. — С. 17.
11. Шугрина Е. С. Некоторые организационно-правовые проблемы в работе избирательных комиссий в Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. — 2014. — № 1. — С. 44.

*Материал поступил в редакцию 6 февраля 2016 г.*

### THE SYSTEM OF ELECTORAL COMMISSIONS IN THE TERRITORIAL ENTITIES OF THE RUSSIAN FEDERATION

**DEMYANOV Evgenii Viktorovich** — Chairman of the Electoral Commission in the Stavropol Region, Senior Lecturer of the Department of Constitutional and International Law at the Federal State Autonomous Institution of Higher Professional Education "The North-Caucasian Federal University", Post-graduate Student of the Institute of Law at the Federal State Autonomous Institution of Higher Professional Education "The North-Caucasian Federal University"  
 demyanov75@rambler.ru  
 355037, Russian Federation, Stavropol Kray, Stavropol, ul. Thalmanna, d. 234/1, kv. 92

**MUKHACHOV Igor Vladimirovich** — Head of the Department of Constitutional and International Law Institute at the Federal State Autonomous Institution of Higher Professional Education "The North-Caucasian Federal University", Doctor of Law (LLD)  
 bkmz@atrus.ru  
 355038, Russian Federation, Stavropol Kray, Stavropol, ul. Mira, d. 237 kv. 38

***Review.** The article deals with the concept and characteristics of the system, as well as the need to form a system of electoral commissions in the legal entities of the Russian Federation resistant to the influence of internal and external factors. The primary objective of the research that the authors pursue is to improve legislation in order to ensure adequate reflection of the will of the people in the election results (referendums) and other institutions of direct democracy where election commissions participate. The paper provides an analysis of the constitutional and legal system of electoral commissions in the legal entities of the Russian Federation, makes proposals to improve legislation in this sphere by means of enhancing the powers of electoral commissions of the RF territorial entities aimed at monitoring respect for electoral rights of citizens of the Russian Federation and their right to vote. The authors define an electoral commission as one of the public authorities with a special status and highlight a number of problems arising in practice and associated with the status of electoral commissions, in particular, with the special legal status of election commissions of municipalities.*

**Keywords:** elections, electoral commissions, electoral commissions system, legislation, public authorities, democracy, voting rights, direct democracy, suffrage, superior electoral commission, inferior electoral commission.

### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Alehina I. S. Sistema izbiratel'nyh komissij v Rossijskoj Federacii // Upravlencheskoe konsul'tirovanie. — 2014. — № 4. — С. 130—132.
2. Belousova E. V. Izbiratel'naja komissija municipal'nogo obrazovaniya — municipal'nyj organ s neopredelennym statusom // Rossijskij juridicheskij zhurnal. — 2010. — № 4. — С. 89.

3. *Beljavskaja M. S.* Konstitucionno-pravovoj status izbiratel'nyh komissij, osushhestvljajushhih podgotovku i provedenie municipal'nyh vyborov v Rossijskoj Federacii : dis. ... kand. jurid. nauk. — Stavropol', 2009. — S. 86.
4. *Verzilina I. G.* K voprosu o sisteme izbiratel'nyh komissij // Vestnik MGOU. Serija «Istorija i politicheskie nauki». — 2013. — № 5. — T. 2. — S. 106—107.
5. Vvedenie v filosofiju : ucheb. posobie dlja vuzov / I. T. Frolov [i dr.]. — 3-e izd., pererab. i dop. — M. : Respublika, 2003. — S. 485.
6. *Volkova V. N.* Teorija sistem i sistemnyj analiz : uchebnik dlja bakalavrov. — M., 2012. — S. 72 — 90.
7. *Gumashvili L. Je.* K voprosu ob osnovah statusa izbiratel'nyh komissij municipal'nyh obrazovanij // Municipal'naja sluzhba: pravovye voprosy. — 2015. — № 3. — S. 3—6.
8. *Dal' V. I.* Tolkovyj slovar' zhivogo velikoruskogo jazyka. — M., 1882. — T. 4. — S. 188.
9. *Matejkovich M. S., Suchilin V. N.* Izbiratel'nye komissii municipal'nyh obrazovanij v sisteme izbira-tel'nyh komissij // Konstitucionnoe i municipal'noe pravo. — 2013. — № 10. — S. 36—40.
10. *Stanskih S. N.* «Izбирatel'naja vlast'» kak vetv' gosudarstvennoj vlasti: k postanovke problemy // Konstitucionnoe i municipal'noe pravo. — 2004. — № 1. — S. 17.
11. *Shugrina E. S.* Nekotorye organizacionno-pravovye problemy v rabote izbiratel'nyh komissij v Rossijskoj Federacii // Gosudarstvennaja vlast' i mestnoe samoupravlenie. — 2014. — № 1. — S. 44

## Проблемы применения временного запрета как меры обеспечения производства по административным делам в области строительства, влекущим наказание в виде административного приостановления деятельности

**Аннотация.** При совершении правонарушений в области строительства наиболее распространенной мерой административного наказания выступает, пожалуй, именно административное приостановление деятельности, которое в рамках строительной отрасли может выступать одновременно и мерой административного предупреждения, и мерой административного пресечения. Однако при производстве по делам об административных правонарушениях в области строительства в законодательно определенных случаях возникает необходимость использования мер обеспечения, среди которых особенно важной и значимой является временный запрет деятельности. В рамках данного исследования не только раскрываются сущностные проблемы использования данной меры на практике, но и обращается отдельное внимание на возможные пути совершенствования механизма ее практического применения в строительной отрасли.

**Ключевые слова:** административное правонарушение, строительство, административное приостановление деятельности, временный запрет деятельности, обеспечительные меры, производство по делу.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.048-053**

Существующий механизм административной ответственности в области строительства с трудом можно назвать достаточным и совершенным. Причина — в нерешенных проблемах, связанных с правильным и целесообразным применением административно-принудительных и обеспечительных мер к правонарушителям. Временный запрет деятельности как мера обеспечения производства по делам об административных правонарушениях в сфере строительства характеризуется определенными сложностями в применении.

Строительную деятельность необходимо понимать в узком и широком смысле. В узком смысле строительная деятельность — это деятельность специальных организаций, обладающих правом на осуществление строительной деятельности, связанная с возведением различных объектов и осуществлением строительных работ. В широком смысле строительная деятельность — это целостный строительный процесс, в котором задействованы строительные организации, заказчики, инвесторы, проектировщики. Это позволяет утверждать, что

© Терюков Е. О., 2016

\* Терюков Евгений Олегович, начальник юридического отдела ЗАО «Специализированное управление № 4»

e\_teryukov@mail.ru

693012, РФ, Сахалинская обл., г. Южно-Сахалинск, ул. Украинская, д. 24

субъектами административных правонарушений в сфере строительства зачастую являются именно юридические лица — организации и компании, которые обладают специальными правами на осуществление строительной деятельности.

По нашему мнению, применение такой меры обеспечения, как временный запрет, в сфере строительства имеет особое значение. Ведь строительство — это сложный технологический процесс, который не только связан с использованием значительного количества механизмов и сложнотехнических агрегатов, но и при несоблюдении законодательных норм и указаний способен причинить существенный вред правам, свободам граждан и интересам всего государства, нанести непоправимый ущерб окружающей среде. Полагаем, что неслучайно законодатель отнес строительство к деятельности, которая связана с источниками повышенной опасности, и даже предусмотрел в рамках гражданского права специальный деликт, который основан на отсутствии в действиях лица, причиняющего вред, вины (ст. 1079 ГК РФ<sup>1</sup>).

Подобный подход законодателя к сфере строительства более чем обоснован, поскольку данная сфера не лишена значительного количества практических проблем. Например, одной из них является установление субъекта, к которому будут применяться обеспечительные меры при производстве по делу об административном правонарушении. Судебная практика подтверждает, что по итогам проверок уполномоченных органов в сфере строительства часто прекращается деятельность застройщиков. Обычно отсутствие разрешений на застройку земельного участка, даже находящегося в собственности отдельного лица, часто становится причиной судебных споров. Например, Верховным Судом РФ было принято решение о сносе самовольно возведенного строительства по той причине, что ответчицей, несмотря на право собственности на земель-

ный участок, было начато строительство без соответствующего на то разрешения, с нарушением градостроительных норм<sup>2</sup>.

В другом случае Верховный Суд РФ указал на то, чтобы ответчик не чинил препятствий при строительстве дома. Исходя из материалов дела, истце принадлежало домовладение, право на которое возникло в порядке наследования после смерти матери на основании договора дарения. Собственником смежного земельного участка являлась ответчица. Постановлением администрации ответчице разрешено строительство дома. Факт нарушения градостроительных норм и правил при строительстве жилого дома подтвержден в судебном порядке<sup>3</sup>.

Временный запрет как мера обеспечения может применяться только к непосредственно профессиональным субъектам в сфере строительства. Кроме того, следует подчеркнуть, что суть данной обеспечительной меры сводится к предоставлению уполномоченным должностным лицам возможности получения необходимых доказательств, проверки поступившего сообщения или заявления о правонарушении. Временный запрет деятельности предполагает составление протокола о его применении, который подписывается должностным лицом и лицом, в отношении которого его применяют. В случае отсутствия подписи в протоколе делается соответствующая отметка. Временный запрет деятельности вводится в рамках определенного срока, установленного ст. 27.17 КоАП РФ. Исчисляться срок начинает с момента фактического прекращения деятельности юридического лица, его представительств и филиалов.

Без использования обеспечительных мер при производстве по делам об административных правонарушениях в сфере строительства практически не обойтись. Прежде всего потому, что при проведении строительных работ всегда существует потенциальная опасность причинения вреда вследствие нарушения

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ, в редакции от 01.07.2015 // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

<sup>2</sup> Определение Верховного Суда РФ от 8 апреля 2014 г. № 18-КГ14-12 // Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> Определение Верховного Суда РФ от 11 марта 2014 г. № 20-КГ14-4 // Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс».

строительной организацией условий договора, несоблюдения техники безопасности, неверно составленного проекта, игнорирования технологии строительных работ или использования некачественных материалов.

В. И. Сургутсков указывает, что на практике следует различать особенности применения временного запрета деятельности как обеспечительной меры и судебного предписания о запрещении, прекращении или приостановлении деятельности, создающей опасность<sup>4</sup>. Главное различие данных мер заключается в целях их применения. Временный запрет — это мера обеспечения, которая необходима для того, чтобы установить факт административного правонарушения. Судебное постановление об обязанности лица приостановить или прекратить соответствующую деятельность относится к мерам, имеющим превентивную функцию и направленным на устранение возможной опасности причинения вреда (ст. 106<sup>5</sup> ГК РФ). Что интересно, требование в суд о приостановлении или прекращении деятельности может подать фактически любое заинтересованное лицо, которое полагает, что строительная деятельность несет потенциальную опасность. То есть особых ограничений нет, что в итоге приводит к неэффективности данной предупредительной меры. Временный запрет деятельности не может применяться по желанию каких-либо третьих лиц, правом на его установление в отношении юридического лица обладает только специально уполномоченный орган строительного надзора. Однако суды, органы государственной власти, хозяйствующие субъекты не имеют верного представления о правовой природе запрета на строительство в связи с опасностью причинения вреда и временного запрета деятельности как обеспечительной меры. Данное утверждение согласуется и с материалами судебной практики.

Показательным является постановление ФАС Уральского округа от 28 ноября 2007 г. по делу № Ф09-9856/07-С65. Из материалов дела следует, что городская администрация обратилась в суд с требованием о приостановлении эксплуатации нежилого помещения, которое принадлежит ответчику. Поводом для обращения в суд стали результаты проверки инспекции Государственного архитектурно-строительного надзора, из которых было ясно, что нежилое помещение было введено в эксплуатацию без оформления в законном порядке, строительство на объекте велось без каких-либо разрешений. Ответчик был привлечен к ответственности по ч. 1 ст. 19.5 КоАП РФ<sup>6</sup>, но городская администрация посчитала, что этого недостаточно, и потребовала прекращения строительства ввиду того, что имеют место нарушения норм градостроительного законодательства (ст. 51, 55 ГСК РФ<sup>7</sup>) и существует потенциальная угроза причинения вреда. Однако суд счел данное требование неправомерным, ссылаясь на то, что п. 1 ст. 106<sup>5</sup> ГК РФ не может применяться к отношениям, которые основаны на административном подчинении сторон. То есть запрещение эксплуатации здания по мотивам нарушения градостроительных норм следует рассматривать как публично-правовую превентивную меру. При этом решение о запрете или приостановлении эксплуатации и строительства здания относится к компетенции органов исполнительной власти. Поэтому применение гражданского законодательства к отношениям, которые связаны с запретом на эксплуатацию здания в рамках нарушения ст. 19.5 КоАП РФ, невозможно.

Аналогичный подход наблюдается и в постановлении Седьмого арбитражного апелляционного суда от 23 мая 2008 г. по делу № 07АП-1936/08<sup>8</sup>. Истец обратился с иском о взыскании убытков, которые были причине-

<sup>4</sup> Сургутсков В. И. Приостановление действия лицензии и аннулирование лицензии как меры обеспечения производства по делам об административных правонарушениях // Современное право. 2008. № 6. С. 14.

<sup>5</sup> Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс».

<sup>6</sup> Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ, в редакции от 15.01.2016 // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

<sup>7</sup> Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 190-ФЗ, в редакции от 22.01.2016 // СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 16.

<sup>8</sup> Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс».



ны незаконным проведением строительных работ на теплотрассе, а также с требованием о запрете возведения объекта на принадлежащем ему участке теплотрассы. В первую очередь, истец ссылаясь на нарушение норм ст.ст. 51—52, 54 ГСК РФ и ст.ст. 12, 15, 304—305, 1064-1065 ГК РФ. Своё требование он объяснял тем, что продолжение строительных работ приведет к нарушению его прав как собственника, а также граждан, которые проживают в жилом поселке, прилегающем территориально к теплотрассе. Уничтожение теплотрассы приведет к невозможности отопления их домов. Ответчик настаивал на том, что строительство ведется в рамках законодательных норм, технических и проектных предписаний. Суд отметил, что истец не сумел доказать необходимость применения ст. 1065 ГК РФ, поскольку гражданское законодательство к сложившимся имущественным отношениям применяться не может.

Однако не все ученые поддерживают такую позицию судов. Так, К. В. Хвастунов подвергает сомнению сложившуюся правоприменительную практику. Прежде всего потому, что факт нарушения градостроительных норм при строительстве, связанный с отсутствием разрешений на проведение строительных работ, еще не является основанием для того, чтобы говорить об административной природе отношений.

Нарушение технологии строительства или пренебрежение правилами введения объекта в эксплуатацию могут повлечь возникновение и других обособленных отношений с участием в них равных субъектов, одному из которых может угрожать опасность причинения вреда. При этом такая опасность может и не зависеть напрямую от решений компетентных органов. К тому же установленное нарушение законодательства в части обязательных требований стандартов в области строительства (ст. 9.4 КоАП РФ) вполне может быть связано с гражданско-правовыми последствиями, которые заключаются в причинении вреда либо возникновении опасности его причинения<sup>9</sup>.

Исходя из такой трактовки, нарушение правовых предписаний в сфере строительства следует рассматривать как результат нарушения технологического процесса при строительных работах. Для устранения опасности наступления вреда можно применять нормы гражданского-правового законодательства либо нормы об административном наказании в виде приостановления строительной деятельности. По нашему мнению, отсюда вытекает ошибочный подход судов к тому, что запрет на осуществление строительства, вызванный потенциальной опасностью причинения вреда и основанный на нормах административного права, лишь определенно связан с имущественными отношениями, которые обладают иной правовой природой. Постановка вопроса о применении к имущественным отношениям, основанным на властном подчинении сторон, гражданского законодательства теряет смысл, поскольку природа отношений совершенно разная, у них различается отраслевая принадлежность, что следует учитывать при вынесении запрета на строительные работы. То есть одной из задач науки юриспруденции должен стать поиск критериев разграничения административного временного запрета деятельности и гражданско-правового запрета на проведение строительства.

Подтверждением моим суждениям служат отдельные материалы правоприменительной практики. Например, Пятнадцатым арбитражным апелляционным судом от 3 октября 2011 г. было рассмотрено дело № 15АП-8976/2011<sup>10</sup> по заявлению ООО «СБСВ» (истец) о признании незаконным постановления Управления архитектурно-строительного надзора по Краснодарскому краю о привлечении к административной ответственности (ответчик).

Ответчик усмотрел в действиях истца существенные нарушения законодательства о строительной деятельности и использовании лицензии. Так, Управление указывало на нарушение истцом существенных условий лицензии при отсутствии соответствующего проекта на возведение и реконструкцию сооружения.

<sup>9</sup> Хвастунов К. В. Отличия мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях от иных мер административно-правового принуждения // Научный вестник Уральской академии государственной службы. 2008. № 5. С. 52.

<sup>10</sup> Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс».

Кроме того, ответчик указывал на то, что в лицензии не отражен срок составления проектов для строительства, которые необходимы для определения начала технологических работ. Проверка Управления показала, что строительство осуществляется на земельном участке в рамках его целевого назначения, однако отдельные положения лицензии нарушены. В частности, ответчик указал на отсутствие наблюдения за состоянием сооружения, ненадлежащее оборудование процесса его строительства, несвоевременное предоставление данных о переоформлении лицензии. Истцом были представлены данные, которые указывают, что им регулярно осуществляются все необходимые мероприятия для поддержания строительной деятельности, фиксировались ее результаты.

В процессе рассмотрения дела суд пришел к заключению, что основные положения о разработке технической и проектной документации должны содержаться не только в нормах действующего законодательства о строительной деятельности, но и в соответствующих документах. Суд отметил, что истец не освобождается от обязанности обратиться в компетентный орган с требованием о необходимости разработки такой документации. В действиях истца суд не узрел нарушений по той причине, что законодательно не установлен срок подготовки проекта лицами, которые строительство уже начали. Рассмотрев все материалы дела, суд признал незаконным и отменил постановление Управления. Анализ материалов позволяет говорить о том, что суды часто испытывают затруднения при оценке запрета на строительство в связи с опасностью причинения вреда. С теми же проблемами могут сталкиваться и органы, осуществляющие строительный надзор, при применении обеспечительных мер, в частности временного запрета деятельности. В любом случае нарушение порядка применения обеспечительных мер в виде приостановления деятельности позволяет даже при привлечении к административной ответственности потребовать возмещения ущерба.

Учитывая вышеизложенное, можно утверждать, что административное приостановление деятельности в сфере строительства может сопровождаться запретом на проведение стро-

ительных работ. В таком запрете много общего с запретом деятельности, создающей опасность причинения вреда, что вытекает из норм гражданского законодательства. Прежде всего запрет как административное наказание способен также устранять опасность причинения вреда при приостановлении строительных работ. И результат от применения административного запрета сопоставим с запретом гражданско-правовым. Административный запрет и приостановление основываются на результатах рассмотрения дела об административном правонарушении в сфере строительства, поэтому их исполнение не только направлено на устранение потенциальной опасности, но и подтверждает факт нарушения.

Законодателю особое внимание стоит уделить совершенствованию такой обеспечительной меры, как временный запрет. Считаем, что временный запрет деятельности следует подвергнуть корректировкам по той причине, что особенности его применения нуждаются в эффективном и полноценном документировании. Часть 3 ст. 27.16 КоАП РФ следует изложить в такой редакции:

«О временном запрете деятельности составляется протокол, в котором указываются:

- основание применения этой меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении;
- дата и место его составления;
- должность, фамилия и инициалы должностного лица, составившего протокол;
- сведения о лице, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении;
- объект деятельности, подвергшийся временному запрету деятельности;
- время фактического прекращения деятельности;
- меры, принятые для фактического прекращения деятельности (наложение пломб, опечатывание помещений, мест хранения товаров и иных материальных ценностей, касс, а также другие меры, необходимые для временного запрещения деятельности);
- объяснения лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, или законного представителя юридического лица».

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Сургутсков В. И. Приостановление действия лицензии и аннулирование лицензии как меры обеспечения производства по делам об административных правонарушениях // Современное право. — 2008. — № 6. — С. 14—21.
2. Хвастунов К. В. Отличия мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях от иных мер административно-правового принуждения // Научный вестник Уральской академии государственной службы. — 2008. — № 5. — С. 52—60.

Материал поступил в редакцию 15 марта 2015 г.

### PROBLEMS OF APPLICATION OF PRELIMINARY INJUNCTION AS A MEASURE TO SECURE PROCEEDINGS IN ADMINISTRATIVE CASES IN THE AREA OF CONSTRUCTION THAT ENTAIL PUNISHMENT IN THE FORM OF ADMINISTRATIVE SUSPENSION OF ACTIVITIES

**TERYUKOV Evgeniy Olegovich** — closed Joint-stock company "Spetsializirovannoye upravleniye № 4", Head of the Legal Department  
e\_teryukov@mail.ru  
693012, Russian Federation, Sakhalin region, Yuzhno-Sakhalinsk, ul. Ukrainskaya, d. 24

**Review.** *In recent years, the construction sphere in the Russian Federation has undergone special, major transformations. The Institute of Self-regulating Organizations was established, advanced technical regulations and rules have been introduced and law-makers changed their approach to the system of protective legal relations. As a result, a scientific and practical approach to the mechanism of legal regulation of the construction industry has changed. The construction industry is described by the authors as a complex process that, to some extent, involves establishment, expansion and improvement of new facilities, buildings and other objects. When offenses in the construction industry are committed, the most common measure of administrative punishment is administrative suspension of activities which, within the framework of the construction industry, can act as both an administrative warning and administrative preventive measure. However, in proceedings that involve administrative offenses in the sphere of construction in cases determined by the law interim measures can be applied, the most important and significant among them is a temporary prohibition of activities. The study not only reveals essential problems of using this measure in practice, but it also draws special attention to possible ways of improving its practical application to the offenses in the construction industry.*

**Keywords:** *Administrative offense, construction, administrative suspension of activities, temporary prohibition of activities, interim measures, case proceedings.*

### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Surgutskov V. I. Priostanovlenie dejstvija licenzii i annullirovanie licenzii kak mery obespechenija proizvodstva po delam ob administrativnyh pravonarushenijah // Sovremennoe pravo. — 2008. — № 6. — S. 14—21.*
2. *Hvastunov K. V. Otlichija mer obespechenija proizvodstva po delam ob administrativnyh pravonarushenijah ot inyh mer administrativno-pravovogo prinuzhdenija // Nauchnyj vestnik Ural'skoj akademii gosudarstvennoj sluzhby. — 2008. — № 5. — S. 52—60*

# ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ И АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

М. М. Поляков\*

## Противодействие коррупции в сфере высшего образования и научно-исследовательской деятельности<sup>1</sup>

**Аннотация.** В представленной статье рассмотрены социально-правовые аспекты коррупции в современном российском обществе. Автором описаны основные причины, способствовавшие росту коррупции в системе социальных отношений. Изучены и критически осмыслены положения российских нормативных правовых актов о противодействии коррупции, а также законодательства об образовательной, научной и научно-исследовательской деятельности. Перечислены отдельные положения проекта Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации на долгосрочный период в контексте противодействия коррупции в образовательной и научной деятельности. Изложены коррупционные проявления в высших образовательных и научных учреждениях Российской Федерации. В статье представлены понятие и основные разновидности коррупционных рисков в научной и образовательной деятельности. Автором последовательно проанализированы наиболее актуальные вопросы профилактики коррупции в сфере высшего образования и науки. На основании исследованных источников сформулированы выводы и предложения, направленные на минимизацию коррупционных рисков в сфере высшего образования и науки.

**Ключевые слова:** коррупция, коррупционные риски, противодействие коррупции, антикоррупционное законодательство, научная деятельность, образовательная деятельность.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.054-062**

**К**оррупция — это системная угроза самого высокого порядка для существующих в Российской Федерации общественных отношений. В разрезе анализируемой тематики системность проблемы коррупции подразумевает ее нацеленность на разрушение абсолютно всех социальных институтов (общественные объединения, движения, партии) и институтов государственной власти (законодательные исполнительные и судебные органы). Коррупция как социально-правовое явление проникла

практически во все сферы жизнедеятельности современного российского общества. Коррупционные отношения присутствуют в экономике, политике, государственном управлении, а также, к сожалению, в образовании и науке. Как показывает практика, коррупция резко снижает показатели эффективности функционирования государства, что сказывается на уровне валового внутреннего продукта (ВВП), производительности труда, среднем уровне доходов населения, уровне культуры, продол-

---

© Поляков М. М., 2016

\* Поляков Максим Михайлович, доцент кафедры административного права и процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, доцент  
maxpol84@yandex.ru  
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

жительности жизни и т.д. Фактически в совокупности коррупция влияет на общий уровень развития всего государства.

Согласно Индексу восприятия коррупции (ИВК) международной неправительственной организации «Трансперенси Интернешнл» Россия за 2015 г. из 168 стран заняла 119-е место, оказавшись в одном ряду с Азербайджаном, Гайаной и Сьерра-Леоне. В 2014 г. наша страна получила 27 баллов и заняла 136-е место<sup>2</sup>. Это означает, что Россия, согласно данному рейтингу, относится к числу стран с очень высоким уровнем коррупции и находится ближе к концу списка, чем к его началу. Возглавляют список стран с наименьшим уровнем коррупции — Дания, Финляндия и Швеция.

Международные рейтинги наглядно иллюстрируют тот факт, что Российская Федерация воспринимается мировым сообществом как крайне коррумпированное государство с непоправимо низким уровнем эффективности государственного управления. Во многом именно поэтому ежегодно фиксируется устойчивый многомиллиардный отток из страны частного капитала, а также нежелание зарубежных инвесторов вкладываться в дорогостоящие проекты, требующие поддержки со стороны российских органов государственного управления.

Для более глубокого понимания содержания коррупции необходимо выделить причины, которые способствовали ее масштабному распространению во всех сферах общественной жизни российского государства.

Некоторые отечественные ученые считают, что основной причиной коррупции в России является несовершенство законодательства

и просто отсутствие необходимых антикоррупционных законов<sup>3</sup>. Существует мнение, что главная причина коррупции в России — незыблемость власти<sup>4</sup>. Автор не согласен с позициями некоторых отечественных ученых относительно причин коррупции, в частности профессора Н. И. Крюковой, считающей, что Россия потеряла поколение 90-х гг. и у сегодняшней молодежи, выросшей в те годы, полностью коррупционное сознание<sup>5</sup>. Как раз сегодня у современной молодежи, которая выросла в 1990-е и 2000-е, постепенно формируется представление о том, что многие трудности российского государства связаны с проникновением коррупции в большинство сфер общественной жизни. Молодые люди стали понимать, что необходимо построить новое, свободное от коррупции государство, способное стать основой для будущих поколений.

Автор разделяет позицию целого ряда отечественных и зарубежных исследователей, утверждающих, что коррупция в каждом государстве, расположенном на земном шаре, имеет свои уникальные социально-политические, демографические, национально-психологические и этнические особенности<sup>6</sup>. Подобные особенности, безусловно, есть и в Российской Федерации. Проводя простую аналогию, таким же образом можно выделить несколько наиболее важных групп причин коррупции, характерных для нашей страны. По мнению автора, это причины *экономического, социального, правового и политического* характера.

Экономические причины были связаны с развалом Советского Союза в 1991 г. и ускоренным переходом к рыночной экономике. Пери-

<sup>1</sup> Данная статья подготовлена в рамках государственного задания Минобрнауки России: проект № 29.200.2016/НМ «Разработка научно обоснованных предложений по проектам нормативных правовых актов, необходимых для реализации проекта федерального закона “О научной, научно-технической и инновационной деятельности в Российской Федерации”».

<sup>2</sup> Индекс восприятия коррупции (ИВК) за 2015 год: Россия поднялась на 119 место // URL: <http://transparency.org.ru/> (дата обращения: 10.11.2016).

<sup>3</sup> См.: *Шекультиров Б. И.* Коррупция в России: право, власть и нравственность // Вестник Адыгейского государственного университета. Серия 1 : Регионоведение: философия, история, социология, юриспруденция, политология, культурология. 2011. Вып. 4.

<sup>4</sup> *Пащенко Ф. Ф.* Коррупция как проявление системного кризиса российской государственности // Проблемный анализ и государственно-управленческое проектирование. 2011. Вып. 2. Т. 4. С. 91.

<sup>5</sup> См.: *Крюкова Н. И.* Сущность коррупции и ее причины // Российская юстиция. 2013. № 4.

<sup>6</sup> См., например: *Гоц Е. В.* Государственно-правовые основы борьбы с коррупцией в Российской Федерации // Новый юридический журнал. 2014. № 2.



од первичного накопления капитала в 90-е гг. способствовал появлению гигантского сектора теневой экономики, основанного на применении коррупционных схем. Эту ситуацию очень точно охарактеризовал профессор Д. К. Нечевин: «Системный кризис, отбросивший страну на десятилетия назад, обуславливает масштабное разрастание коррупции»<sup>7</sup>. Основываясь на экспертных оценках, принято считать, что теневая экономика охватывает порядка 40 % национальной экономики<sup>8</sup>. Коррупция препятствует процессу нормальной конкуренции, способствует повышению цен на товары и услуги, неэффективному использованию бюджетных средств, создает дополнительные бюрократические барьеры для предпринимательской деятельности<sup>9</sup>.

Социальные причины коррупции тесно связаны с причинами экономическими. Резкое снижение уровня жизни в постперестроечную эпоху, невозможность приспособиться к реалиям рыночной экономики способствовали росту коррупционных отношений в российском обществе. По мнению специалистов, именно в 1990-е гг. произошло резкое увеличение случаев так называемой бытовой, или низовой, коррупции, которая чаще всего возникает между рядовыми гражданами и публичными должностными лицами, где размер вознаграждения за оказанные противоправные услуги в среднем не превышает 1 000 долл. США<sup>10</sup>. Автор согласен с мнением о том, что бытовая коррупция создает своего рода питательную среду для коррупции деловой и административной<sup>11</sup>. К большому сожалению, опросы общественного мнения в настоящее время свидетельствуют о том, что 72 % россиян считают коррупцию

и финансовые преступления с использованием своего положения типичным для российской действительности явлением<sup>12</sup>.

Правовые причины коррупции обусловлены тем, что очень продолжительный период времени в России не было законодательной основы для борьбы с коррупцией. Данные вопросы регулировались либо законодательством о государственной службе, либо подзаконными правовыми актами Президента РФ и органов исполнительной власти. Отсутствие рамочного антикоррупционного закона и четкой государственной программы по минимизации данного негативного социального явления только убеждали коррупционеров в нежелании государства с ними бороться. Сегодня ситуация изменилась в лучшую сторону, принят целый ряд антикоррупционных законов и государственных программ, но необходимо дальнейшее совершенствование правовой базы с учетом международного опыта.

Политические причины коррупции уходят в советское прошлое, когда проблема коррупции на официальном уровне не рассматривалась, даже более того — приписывалась исключительно буржуазным капиталистическим странам. В России долгие годы после развала СССР и вплоть до начала XXI в., по сути, не было внятной, целенаправленной государственной политики по борьбе с коррупцией. При попустительстве властей, а в некоторых случаях и откровенном покровительстве публичных должностных лиц, коррупционеры получили возможность безнаказанно осуществлять свою незаконную деятельность. В научной литературе стал активно использоваться специфический термин «политическая коррупция», одним из

<sup>7</sup> Нечевин Д. К. Проблемы противодействия коррупции // Публичное и частное право. 2015. Вып. 1 (XXV). С. 200.

<sup>8</sup> См.: Степичева О. А. Развитие механизмов регулирования теневой экономики в России : автореф. дис. ... д-ра экон. наук. Тамбов, 2008.

<sup>9</sup> См. подробнее: Нуштаев И. В. Теневая экономика и коррупция как угрозы экономической безопасности национального хозяйства // Социально-экономические явления и процессы. 2011. Вып. 12.

<sup>10</sup> См.: Всероссийская антикоррупционная общественная приемная «Чистые руки» представила доклад об уровне коррупции в России // Российская бизнес-газета. 2014. № 966 (37).

<sup>11</sup> См.: Куприянов И. С. Бытовая коррупция в современной России: социальное содержание и основные тенденции (на материалах исследований в Ивановской области) : автореф. дис. ... канд. социологических наук. Иваново, 2011.

<sup>12</sup> См.: Аресты и обыски. Опрос общественного мнения, проведенный АНО «Левада-Центр» 5—8 августа 2016 года // URL: <http://www.levada.ru/2016/08/16/arresty-i-obyski/> (дата обращения: 10.11.2016).



определений которой является нелегитимное использование участниками политического процесса и носителями публичной власти их возможностей и полномочий с целью получения личных или групповых выгод (ренты)<sup>13</sup>.

Эффективная система противодействия коррупции должна основываться на четкой и сбалансированной системе антикоррупционного законодательства и антикоррупционных подзаконных нормативных правовых актов. В современной России уже сформировалась достаточная правовая база для реализации мер по выявлению, предупреждению и профилактике коррупции в федеральных органах исполнительной власти, органах исполнительной власти субъектов РФ, государственных предприятиях и учреждениях.

Действующее в настоящее время понятие коррупции было закреплено в Федеральном законе «О противодействии коррупции»<sup>14</sup> (далее — Закон о противодействии коррупции). Согласно ст. 1 Закона коррупция — это: а) злоупотребление служебным положением, дача взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами; б) совершение деяний, указанных в пп. «а», от имени или в интересах юридического лица.

Указанное определение содержит все основные признаки коррупции, которые можно встретить во многих международных правовых актах. Тем не менее автор считает, что для целей более детального понимания коррупции ст. 1 Закона о противодействии коррупции необходимо дополнить определением коррупционного правонарушения, поскольку приведенное в Законе определение существенно сужает виды соответствующих противоправных деяний. За основу можно взять определение из Модельного закона СНГ «Основы законодательства об антикоррупционной политике» 2003 г. и считать коррупционным правонарушением деяние, обладающее признаками коррупции, за которое законодательством Российской Федерации предусмотрена гражданско-правовая, дисциплинарная, административная или уголовная ответственность.

Система антикоррупционных правовых актов включает в себя обширный перечень законов и подзаконных актов. Немаловажное значение имеют внутриведомственные правовые акты, принимаемые для противодействия коррупции непосредственно в самих органах исполнительной власти на федеральном уровне и уровне субъектов РФ. В каждом субъекте Российской Федерации существуют специализированные законы, регламентирующие вопросы борьбы с коррупцией в рамках конкретного субъекта РФ. Подобные законы действуют в Санкт-Петербурге<sup>15</sup>, Ленинградской области<sup>16</sup>, Тульской области<sup>17</sup> и в других субъектах РФ.

Одним из наиболее значимых антикоррупционных актов является Национальная стратегия противодействия коррупции<sup>18</sup> (далее — Нацио-

<sup>13</sup> Квон Д. А. Политическая коррупция: понятие, цели, субъекты // *Власть*. 2015. Вып. 7. С. 51.

<sup>14</sup> Федеральный закон от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // *Официальный интернет-портал правовой информации*. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 10.11.2016 г.).

<sup>15</sup> Закон Санкт-Петербурга от 14.11.2008 № 674-122 «О дополнительных мерах по противодействию коррупции в Санкт-Петербурге» // *Вестник Законодательного собрания Санкт-Петербурга*. 2008. № 39.

<sup>16</sup> Областной закон Ленинградской области от 17.06.2011 № 44-оз «О противодействии коррупции в Ленинградской области» // *Вестник Законодательного собрания Ленинградской области*. 2011. Вып. 3.

<sup>17</sup> Закон Тульской области от 12.11.2008 № 1108-ЗТО «Об отдельных мерах по противодействию коррупции в Тульской области» // *Тульские известия*. 20.11.2008. № 237—238.

<sup>18</sup> Указ Президента РФ от 13.04.2010 № 460 «О Национальной стратегии противодействия коррупции и Национальном плане противодействия коррупции на 2010—2011 годы» // *СЗ РФ*. 2010. № 16. Ст. 1875.

нальная стратегия) и действующий в настоящее время Национальный план противодействия коррупции (далее — Национальный план) на 2016—2017 годы<sup>19</sup>.

По своей структуре Национальная стратегия представляет собой систему мер организационного, экономического, правового, информационного и кадрового характера, направленную на устранение коренных причин коррупции в обществе и последовательно реализуемой федеральными органами государственной власти, иными государственными органами, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, институтами гражданского общества, организациями и физическими лицами.

Национальная стратегия противодействия коррупции содержит целый ряд антикоррупционных направлений, реализация которых предусматривает широкое участие научного и преподавательского сообщества. К их числу можно, несомненно, отнести:

- расширение системы правового просвещения населения;
- периодическое исследование состояния коррупции и эффективности мер, принимаемых по ее предупреждению и по борьбе с ней как в стране в целом, так и в отдельных регионах;
- повышение качества профессиональной подготовки специалистов в сфере организации противодействия и непосредственного противодействия коррупции.

В Национальном плане на 2016—2017 гг., который является логическим продолжением аналогичных планов на 2010—2011, 2012—2013 и 2014—2015 гг., закреплено большое количество практических мероприятий, которые намечены для реализации в образовательной и научной сферах. В частности, предусматривается ежегодное проведение повышения квалификации федеральных государственных служащих, работников органов субъектов Российской Федерации, в должностные обязанно-

сти которых входит участие в противодействии коррупции. В данной работе уже сейчас участвует большое количество высших учебных образовательных организаций, а также научно-исследовательских учреждений.

В ходе реализации Национального плана намечено проведение большого количества научных конференций, семинаров, круглых столов по актуальным вопросам реализации государственной политики Российской Федерации в области противодействия коррупции. Национальный план предусматривает государственную поддержку разработки и издания научно-популярных антикоррупционных трудов, просветительских мероприятий, направленных на информирование граждан о требованиях законодательства Российской Федерации о противодействии коррупции, на создание в обществе атмосферы нетерпимости к коррупционным проявлениям и недопустимости легитимации коррупционных проявлений. Кроме того, План непосредственно предполагает обеспечение во взаимодействии с образовательными и научными организациями проведения в субъектах Российской Федерации регулярных публичных лекций по антикоррупционной тематике.

Проект Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации на долгосрочный период<sup>20</sup> предусматривает внедрение в отечественную науку и научно-исследовательскую деятельность новых современных механизмов, направленных, в том числе, и на профилактику коррупционных проявлений в данной сфере. К ним можно отнести:

- комплексную систему поддержки карьеры молодых исследователей;
- развитие конкурентоспособной системы охраны, управления и защиты прав интеллектуальной собственности;
- реализацию федеральными органами исполнительной власти скоординированной программы мер корректировки нормативного и технического, тарифного и нетарифного регулирования;

<sup>19</sup> Указ Президента РФ от 1 апреля 2016 г. № 147 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2016—2017 годы» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 10.11.2016).

<sup>20</sup> Проект Указа Президента РФ «О Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации на долгосрочный период» (подготовлен Минобрнауки России 21.06.2016) // URL: <http://www.garant.ru> (дата обращения: 10.11.2016).

- переход к новой модели финансового обеспечения научных организаций, гарантирующей стабильный объем базовых средств на проведение исследований и разработок;
- введение новой модели статистического наблюдения, точно отражающей влияние научно-технологической системы на социальные и экономические процессы.

Образовательные и научные учреждения в рамках своей компетенции успешно занимают противоборством коррупции уже много лет. К примеру, в Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) действует Этический кодекс преподавателей, работников и обучающихся, который для предупреждения и разрешения конфликтной ситуации закрепляет необходимость противодействовать коррупции во всех ее проявлениях. В целях формирования антикоррупционной политики и профилактики коррупционных правонарушений в университете создан и функционирует специальный Совет по противодействию коррупции. В университете утвержден особый Регламент организации работы по сообщению работниками о получении подарка в связи с исполнением ими должностных обязанностей, сдаче и оценке подарка, реализации (выкупе) и зачислении средств, вырученных от его реализации. Университет имени О.Е. Кутафина проводит ежегодные научные мероприятия, на которых активно обсуждаются проблемные вопросы профилактики и предупреждения коррупции в России и зарубежных странах.

Стоит отметить, что работники высших образовательных и научных учреждений подвержены большому количеству коррупционных рисков, под которыми понимаются разнообразие причин и факторы организационно-правового характера, порождающие коррупционные правонарушения в определенной сфере деятельности. В исследованиях, посвященных коррупционным рискам в образовании, выделяют такие формы коррупционных проявлений, как подкуп и взятки, хищения, действия в обход критериев, мошенничество и злоупотребления в академической среде, неэтичное индивидуальное поведение, фаворитизм, nepотизм, коммерческий подкуп<sup>21</sup>.

По мнению автора, необходимо разделить коррупционные риски, которые возникают при управлении научными или образовательными организациями соответствующими должностными лицами, и риски, сопутствующие непосредственно образовательному или научно-исследовательскому процессу. Руководство соответствующего учреждения подвержено рискам правового характера (недостаточное нормативное закрепление запретов и ограничений должностных лиц; отсутствие в организации локальных актов против коррупции; принятие локальных актов, содержащих нормы коррупционного свойства, и т.д.); организационного характера (отсутствие антикоррупционного органа либо специальных должностей, уполномоченных осуществлять функции по противодействию коррупции; фаворитизм и nepотизм); контрольно-надзорного характера (неполнота механизма внутреннего контроля и надзора в отношении работников организации с целью недопущения коррупционного поведения); финансово-бюджетного характера (нерациональное или неправомерное распределение бюджета организации в личных корыстных целях).

Коррупционные риски, с которыми сталкивается профессорско-преподавательский состав вуза, а также сотрудники научных и научно-исследовательских организаций, можно сгруппировать по нескольким блокам:

- риски, связанные с возможным подкупом («вознаграждение» за экзамен, зачет, курсовую работу);
- риски, связанные с авторским правом (продажа чужих дипломных работ и диссертаций; оформление учебных и методических работ за отдельную плату);
- риски поведенческого характера, связанные с образовательным и научным процессом (покровительство отдельным студентам, сотрудникам; получение «премий» от руководства за продвижение обучающихся или некоторых работников; кумовство в трудовом коллективе и т.д.).

В последние годы в научных кругах применительно к процессу подготовки и защиты научных трудов под заказ даже появился

<sup>21</sup> Воронцова И. П., Красноусов С. Д., Терешкова В. В., Хлонова Н. В. Методика разработки коррупциогенной карты рабочего места руководителя образовательной организации. Красноярск, 2015. С. 40.

специальный термин — диссертационный бизнес. Профессор П. А. Скобликов определяет его как «совокупность нелегальных коммерческих отношений, складывающихся по поводу подготовки и защиты диссертаций»<sup>22</sup>. К сожалению, во многих отраслях научного знания (особенно в экономике, юриспруденции, политологии, социологии, педагогике) было подготовлено множество диссертаций и монографий, которые фактически не имеют к своим авторам никакого отношения. Подобная ситуация наносит колоссальный вред современной отечественной науке, порождает лженауку, девальвирует знания как общественную ценность.

Важно подчеркнуть, что способы разрешения сложившейся ситуации, связанной с высоким уровнем коррупции в науке и образовании, все же имеются. И здесь в первую очередь необходимо обратиться к позитивному опыту ведущих университетов и научно-исследовательских центров. Весьма интересные меры по противодействию коррупции сформулированы ведущими отечественными исследователями

в сфере противодействия коррупции. Так, например, профессор Я. И. Гилинский предлагает проводить мониторинг взяточничества в каждом вузе путем анонимного опроса студентов два раза в год (после каждой экзаменационной сессии), а также абитуриентов после их зачисления<sup>23</sup>. Немецкий профессор Э. Клейн в качестве одной из антикоррупционных мер предлагает «урезание», т.е. сократить российский сектор академической науки в целом, что, по его мнению, улучшит условия обучения и повысит качество образования<sup>24</sup>.

По мнению автора, главной целью всей системы антикоррупционных мер должно стать создание атмосферы нетерпимости к коррупции в образовательной и научной среде. Достижение этого результата потребует в ближайшие годы использование огромного количества ресурсов, ограниченных в условиях кризисных явлений в экономике. Тем не менее данной работой необходимо заниматься в постоянном режиме, иначе российское образование и наука рискуют оказаться на непоправимо низком мировом уровне.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Воронцова И. П., Красноусов С. Д., Терешкова В. В., Хлонова Н. В. Методика разработки коррупциогенной карты рабочего места руководителя образовательной организации. — Красноярск, 2015. — 148 с.
2. Гилинский Я. И. О противодействии коррупции в высшем учебном заведении // *Universum: Вестник Герценовского университета*. — 2010. — № 9.
3. Гоц Е. В. Государственно-правовые основы борьбы с коррупцией в Российской Федерации // *Новый юридический журнал*. — 2014. — № 2.
4. Клейн Э. Коррупция в российских вузах // *Terra Economicus*. — 2011. — Вып. 1. — Т. 9.
5. Квон Д. А. Политическая коррупция: понятие, цели, субъекты // *Власть*. — 2015. — Вып. 7.
6. Крюкова Н. И. Сущность коррупции и ее причины // *Российская юстиция*. — 2013. — № 4.
7. Куприянов И. С. Бытовая коррупция в современной России: социальное содержание и основные тенденции: на материалах исследований в Ивановской области : автореф. дис. ... канд. социол. наук. — Иваново, 2011.
8. Нечевин Д. К. Проблемы противодействия коррупции // *Публичное и частное право*. — 2015. — Вып. 1 (XXV).
9. Нуштаев И. В. Теневая экономика и коррупция как угрозы экономической безопасности национального хозяйства // *Социально-экономические явления и процессы*. — 2011. — Вып. 12.

<sup>22</sup> Скобликов П. А. Диссертационный бизнес. Коррупция в науке: словарь неформальных терминов и понятий // *Юридическая газета*. 2011. № 20. С. 6.

<sup>23</sup> Гилинский Я. И. О противодействии коррупции в высшем учебном заведении // *Universum: Вестник Герценовского университета*. 2010. № 9. С. 69.

<sup>24</sup> См.: Клейн Э. Коррупция в российских вузах // *Terra Economicus*. 2011. Вып. 1. Т. 9. С. 68.

10. Пащенко Ф. Ф. Коррупция как проявление системного кризиса российской государственности // Проблемный анализ и государственно-управленческое проектирование. — 2011. — Вып. 2. — Т. 4.
11. Скобликов П. А. Диссертационный бизнес. Коррупция в науке: словарь неформальных терминов и понятий // Юридическая газета. — 2011. — № 20.
12. Степичева О. А. Развитие механизмов регулирования теневой экономики в России : автореф. дис. ... д-ра экон. наук. — Тамбов, 2008.
13. Шекультиров Б. И. Коррупция в России: право, власть и нравственность // Вестник Адыгейского государственного университета. — Серия 1: Регионоведение: философия, история, социология, юриспруденция, политология, культурология. — 2011. — Вып. 4.

Материал поступил в редакцию 10 сентября 2016 г.

### RESISTING CORRUPTION IN THE SPHERE OF HIGHER EDUCATION AND SCIENTIFIC RESEARCH<sup>25</sup>

**POLYAKOV Maxim Mykhailovich** — Associate Professor of the Department of Administrative Law and Procedure at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), PhD, Associate Professor  
maxpol84@yandex.ru  
123995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

**Review.** *The paper in question deals with social and legal aspects of corruption in the modern Russian society. The author describes the main causes that have contributed to the growth of corruption in the system of social relations. The author has elucidated provisions of the Russian legal regulatory rules on resisting corruption, as well as legislation on educational, scientific and research activities. The paper enumerates certain provisions of the draft Strategy of the scientific and technological development of the Russian Federation in the long term in the context of resisting corruption in educational and scientific activities. The author describes instances of corruption in higher educational and research institutions of the Russian Federation. The article presents the concept and main varieties of corruption risks in scientific and educational activities. The author consistently analyses the most topical issues of corruption prevention in the field of higher education and science. Based on researched sources the author makes conclusions and proposals aimed at minimizing corruption risks in the field of higher education and science.*

**Keywords:** *corruption, corruption risks, resisting corruption, anti-corruption legislation, scientific activities, educational activities.*

### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Voroncova I. P., Krasnousov S. D., Tereshkova V. V., Hlonova N. V. Metodika razrabotki korrupciogennoj karty rabocheho mesta rukovoditelja obrazovatel'noj organizacii. — Krasnojarsk, 2015. — 148 s.
2. Gilinskij Ja. I. O protivodejstvii korrupcii v vysshem uchebnom zavedenii // Universum: Vestnik Gercenovskogo universiteta. — 2010. — № 9.
3. Goc E. V. Gosudarstvenno-pravovye osnovy bor'by s korrupciej v Rossijskoj Federacii // Novyj juridicheskij zhurnal. — 2014. — № 2.
4. Klejn Je. Korrupcija v rossijskih vuzah // Terra Economicus. — 2011. — Vyp. 1. — Т. 9.
5. Kvon D. A. Politicheskaja korrupcija: ponjatie, celi, sub#ekty // Vlast'. — 2015. — Vyp. 7.
6. Krjukova N. I. Sushhnost' korrupcii i ee prichiny // Rossijskaja justicija. — 2013. — № 4.

---

<sup>25</sup> This article was prepared in accordance with the Assignment of the Ministry of Education and Science of the Russian Federation: Project No. 29.200.2016/NM "Elaboration of scientifically grounded proposals for draft regulatory legal acts necessary for the implementation the Draft Federal Law "On Scientific, Technical and Innovative Activity in the Russian Federation".



7. *Kuprijanov I. S.* Bytovaja korrupcija v sovremennoj Rossii: social'noe sodержanie i osnovnye tendencii: na materialah issledovanij v Ivanovskoj oblasti : avtoref. dis. ... kand. sociol. nauk. — Ivanovo, 2011.
8. *Nechevin D. K.* Problemy protivodejstvija korrupcii // Publichnoe i chastnoe pravo. — 2015. — Vyp. 1 (XXV).
9. *Nushtaev I. V.* Tenevaja jekonomika i korrupcija kak ugrozy jekonomicheskoj bezopasnosti nacional'nogo hozjajstva // Social'no-jekonomicheskie javlenija i processy. — 2011. — Vyp. 12.
10. *Pashhenko F. F.* Korrupcija kak projavlenie sistemnogo krizisa rossijskoj gosudarstvennosti // Problemnyj analiz i gosudarstvenno-upravlencheskoe proektirovanie. — 2011. — Vyp. 2. — T. 4.
11. *Skoblikov P. A.* Dissertacionnyj biznes. Korrupcija v nauke: slovar' neformal'nyh terminov i ponjatij // Juridicheskaja gazeta. — 2011. — № 20.
12. *Stepicheva O. A.* Razvitie mehanizmov regulirovanija tenevoj jekonomiki v Rossii : avtoref. dis. ... d-ra jekon. nauk. — Tambov, 2008.
13. *Shekul'tirov B. I.* Korrupcija v Rossii: pravo, vlast' i npravstvennost' // Vestnik Adygejskogo gosudarstvennogo universiteta. — Serija 1: Regionovedenie: filosofija, istorija, sociologija, jurisprudencija, politologija, kul'turologija. — 2011. — Vyp. 4.

## Разрешение как способ правового регулирования и классификация видов разрешений в сфере связи

**Аннотация.** В статье рассматриваются теоретические вопросы классификации разрешительной системы административного права, анализируются точки зрения различных авторов по указанному вопросу, разработана авторская классификация разрешений в сфере связи.

**Ключевые слова:** разрешительная система, административное право, разрешение, разрешительные процедуры в сфере связи.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.063-071**

Разрешительная система представляет собой один из важнейших институтов отечественного права. Имея административно-правовую природу, она, в первую очередь, направлена на урегулирование отношений, возникающих в связи с осуществлением гражданских прав и свобод, и служит способом обеспечения безопасности общества, государства; охраны прав и свобод, нравственности, здоровья населения и окружающей среды, регулирует границы дозволенного и недозволенного в сфере хозяйственной и предпринимательской деятельности, направлена на защиту внешнеэкономических интересов России. Как справедливо отмечает А. Ф. Ноздрачев, действующее административное законодательство не дает легитимного определения таких понятий, как разрешительный орган, административное разрешение, административная разрешительная система, административная разрешительная деятельность, разре-

шительный административно-правовой режим, административно-разрешительные процедуры и др.<sup>1</sup> Это обстоятельство, несомненно, не способствует созданию приемлемой доктрины разрешительной системы и выявлению границ ее применения.

Обосновывая важность проводимого исследования, следует отметить, что отечественная административно-правовая доктрина имеет множество публикаций, касающихся разрешительной системы, а следовательно, содержит различные подходы к ее смысловому наполнению. Безусловным является тот факт, что сущность разрешительной системы и ее назначение не меняется в зависимости от сферы ее применения.

В юридической литературе советского периода разрешительная система определялась как совокупность правил, регламентирующих порядок производства, приобретения, пользования, сбыта, перевозки некоторых предметов

---

<sup>1</sup> Ноздрачев А. Ф. Административная разрешительная система в Российской Федерации: актуальные теоретические и практические вопросы функционирования // Законодательство и экономика. 2014. № 2. С. 5—36.

---

© Савченко Е. А., 2016

\* Савченко Елена Алексеевна, соискатель отдела административного законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ  
elen\_savchenko@bk.ru  
117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34

и веществ, а также открытия и функционирования некоторых предприятий<sup>2</sup>. Мощный импульс развитие разрешительной системы получило в начале 90-гг. XX в., в связи с переходом к рыночному регулированию. Историческое развитие разрешительной системы свидетельствует, что объем, характер, виды и формы разрешений изменялись в зависимости от особенностей общественных отношений, политического режима и многих других факторов.

В теории административного права попытки выработать единую доктрину разрешительных процедур в той или иной области осуществлялись неоднократно. Так, А. А. Алексеев, Н. Н. Анисимов исследовали особенности разрешительно-лицензионной системы в деятельности органов внутренних дел<sup>3</sup>, аналогичные исследования проводил В. И. Шалашов<sup>4</sup>. Особенности лицензионно-разрешительной сферы в области осуществления таможенного контроля рассматривал Д. В. Чермянинов<sup>5</sup>. К вопросам осуществления прокурорского надзора за соблюдением разрешительной системы обращалась Н. В. Субанова<sup>6</sup>.

Все вышеперечисленные авторы рассматривали категории разрешительной системы, выявляли ее особенности и характерные черты.

Д. В. Чермянинов, определяя сущность разрешительной системы, указывает, что она представляет собой действенный правовой инструмент в государственном регулировании, который применяется органами публичной власти с целью обеспечения стабильности, благосостояния и безопасности государства и отдельного гражданина, которые достигаются

путем комплексного решения экономических, социальных, административных, политических и правовых вопросов<sup>7</sup>.

А. А. Алексеев рассматривал лицензионно-разрешительную систему (применительно к деятельности ОВД), как вид деятельности, которую осуществляют соответствующие органы в рамках закрепленного «в административно-правовых нормах порядка приобретения, транспортировки, хранения, использования и сбыта строго определенных предметов и веществ, а также открытия и функционирования определенных предприятий и организаций в целях обеспечения личной безопасности граждан, общественной безопасности и охраны общественного порядка»<sup>8</sup>.

Под разрешительной системой Н. Н. Анисимов понимает совокупность специальных правовых средств, обеспечивающих регулирование отношений в различных сферах, требующих достижения особых государственных состояний (безопасности, общественного порядка и прочее)<sup>9</sup>.

Более развернутое понятие разрешительной системы предлагает Н. В. Субанова. По ее мнению, разрешительная система есть не что иное, как урегулированная нормами права совокупность общественных отношений между субъектами, наделенными публично-властными полномочиями с одной стороны и юридическими и физическими лицами по поводу предоставления разрешений на осуществление деятельности и контролем за соблюдением правил с целью обеспечения безопасности личности, общества и государства<sup>10</sup>.

<sup>2</sup> Советское административное право (Общая и Особенная части). М., 1973. С. 551.

<sup>3</sup> Алексеев А. А. Организационно-правовые основы лицензионно-разрешительной деятельности органов внутренних дел в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2007 ; Анисимов Н. Н. Проблемы совершенствования лицензионно-разрешительной деятельности органов внутренних дел : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.

<sup>4</sup> Шалашов В. И. Лицензионно-разрешительная деятельность органов внутренних дел (милиции) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997.

<sup>5</sup> Чермянинов Д. В. Лицензионно-разрешительная деятельность таможенных органов : дис. ... канд. юрид. наук. Люберцы, 2003.

<sup>6</sup> Субанова Н. В. Теоретические и прикладные основы прокурорского надзора за соблюдением законов о разрешительной системе : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013.

<sup>7</sup> Чермянинов Д. В. Указ. соч.

<sup>8</sup> Алексеев А. А. Указ. соч.

<sup>9</sup> Анисимов Н. Н. Указ. соч.

<sup>10</sup> Субанова Н. В. Указ. соч. С. 14.

Однако, по мнению автора настоящей работы, все вышеуказанные понимания разрешительной системы сформированы на основе анализа ее функционирования в той или иной области права.

Общую же доктрину, в которой разрешительная система рассматривалась как институт административного права разработал Д. В. Осинцев.

Согласно его пониманию разрешительная система в административном праве представляет собой «вид государственно-управленческих отношений, содержанием которых является санкционирование, официальное признание допуска субъектов в сферы деятельности, где требуется профессиональное выполнение разнообразных квалификационных и административных требований во избежание негативных последствий»<sup>11</sup>.

При этом Д. В. Осинцев указывает, что разрешительная система является формой предварительного контроля за законностью приобретения специальной правоспособности, правового статуса субъекта разрешительной системы, текущего наблюдения за выполнением требований, предъявляемых к разрешаемой деятельности, и последующего за законностью прекращения разрешенной деятельности.

Представляется, что следует согласиться с мнением Н. В. Субановой и Д. В. Осинцева, которые рассматривают разрешительную систему как систему, строящуюся на основе правоотношений субъектов по поводу легализации осуществления того или иного вида деятельности.

Разрешительная система, по мнению автора настоящего исследования, действительно представляет собой определенные отношения двух субъектов, имеющих различный публично-правовой статус по урегулированию и контролю при осуществлении деятельности в той или иной сфере.

Автор настоящего исследования полагает, что рассмотрение разрешительной системы как деятельности органов публичной власти (А. А. Алексеев, Н. Н. Анисимов, В. И. Шалашов) является несколько ошибочным, поскольку сводит разрешительную систему к выполне-

нию лишь одной функции — контроля, тогда как разрешительная система, по мнению автора настоящего исследования, представляет собой комплекс правоотношений, который включает в себя не только контрольную, но и функцию по предоставлению права, пресечению правонарушений и прочее.

Анализ указанных точек зрения на природу разрешительной системы позволяет разработать авторское определение разрешительной системы, под которой предлагается понимать совокупность деятельности субъектов публичной власти по предоставлению субъектам, не наделенным публичной властью, разрешения пролонгированного действия на осуществление какого-либо рода деятельности, требующего специального правового дозволения, по контролю за соблюдением указанными субъектами специального законодательства, пресечению правонарушений, лишению субъектов права осуществления определенного вида деятельности.

Из предложенного определения вытекает, что основным элементом как в терминологическом, так и в правоприменительном плане является разрешение.

В практике отечественного публичного управления разрешения использовались достаточно давно, начиная с первых правовых актов, которые включали в себя разрешения как определенный механизм административного воздействия государства или иной структуры, в зависимости от исторического этапа развития общества, на его членов. Исторически разрешительная политика начиналась с так называемых полицейских разрешений, связанных с регламентацией порядка выезда, въезда граждан и иностранцев на территорию государства; приобретением, ношением, хранением и использованием оружия; с регулированием печати и т.д. Названные сферы являлись хронологически первыми, где формировалась разрешительная система, как в Российском государстве, так и в других государствах Западной Европы.

В современных условиях становится все более ощутимой необходимость упрочения регулятивных начал разрешений. В целом разреше-

<sup>11</sup> Осинцев Д. В. Разрешительная система в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1994. С. 8.

ния можно рассматривать как интегрирующее начало в регламентации соответствующих видов деятельности. Именно административные разрешения определяют сущность и содержание юридического режима осуществления соответствующей деятельности. Конкретная цель соответствующих режимов должна определяться нормативно, при этом важно, чтобы разрешительный порядок не дублировал другие регулирующие процедуры деятельности субъектов. Таким образом, разрешения нужны только в случаях установления государством специальных административно-правовых режимов осуществления соответствующей деятельности или использования определенных объектов.

Представляется, что суть разрешения состоит не в предоставлении права лицу совершать запрещенные действия, а в обеспечении квалифицированного и безопасного осуществления деятельности. Словарь русского языка определяет разрешение как предоставление права на совершение чего-либо, т.е. документ, удостоверяющий такое право<sup>12</sup>.

С юридической точки зрения разрешение обладает всеми качествами административного акта. Оно представляет собой индивидуальный правовой акт уполномоченного органа исполнительной власти о признании или подтверждении государством возникновения, ограничения, перехода или прекращения прав на объекты (предметы) разрешительной системы или на осуществление определенной деятельности (действий). Разрешение это не просто управомочивающий акт индивидуального действия, а особый юридический акт признания и укрепления государством прав лиц на осуществление деятельности, использование объектов, подлежащих государственному разрешению и надзору<sup>13</sup>.

Впервые в качестве самостоятельного способа правового регулирования разрешение выделил А. П. Шергин, который считает, что разрешение по степени юридического воздействия находится между дозволением и запретом, но в отличие от запрета не закрывает возмож-

ностей заниматься предпринимательской или иной деятельностью<sup>14</sup>. Суть разрешения состоит не в предоставлении права физическому или юридическому лицу совершать запрещенные действия, а в обеспечении квалифицированного, технически и технологически обоснованного осуществления соответствующей деятельности.

Представляется, что применительно к теме настоящего исследования следует говорить, что в области связи разрешение действительно может выступать как самостоятельный элемент механизма правового регулирования, при этом автор настоящего исследования полагает, что разрешение как административно-правовой акт не следует сводить к надзорному акту, это прежде всего самостоятельный административно-правовой акт, наделяющий субъекта права определенными полномочиями.

Разрешение как административно-правовой акт несет в себе как разрешительные функции, т.е. наделяет субъекта права полномочиями осуществлять тот или иной вид деятельности, так и становится способом контроля и мониторинга количества и качества субъектов в той или иной сфере общественной жизни, позволяет применять те или иные административно-правовые способы принуждения в случае нарушения законодательства, пресекать противоправные действия субъектов.

Так, например, разрешения в области государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, являясь административно-правовым актом, помимо прочего определяют границы действия указанных лиц путем установления вида их деятельности.

Применительно к сфере связи разрешения представляют собой дозволительный акт, дающий право осуществления той или иной деятельности, а также выступают своеобразным «фильтром» субъектов права в сфере связи.

Исходя из своей правовой природы разрешения определяют сущность и содержание юридического режима осуществления соответствующей деятельности, включающего: особые

<sup>12</sup> Словарь русского языка / Е. А. Иванникова. М., 1983. Т. III. С. 629.

<sup>13</sup> Ноздрачев А. Ф. Административная разрешительная система: происхождение и содержание современного понятия // Журнал российского права. 2014. № 5. С. 37—48; № 6. С. 52—64.

<sup>14</sup> Шергин А. П. К концепции механизма административно-правового регулирования // Административное и административно-процессуальное право. Актуальные проблемы. М., 2004. С. 108—109.



правила для территорий, объектов, предметов; специальный статус субъекта; специальные требования и условия осуществления деятельности или использования объекта; постоянный контроль (надзор) за выполнением режимных требований.

Соответственно мнению С. М. Зырянова, указывается, что разрешение как способ правового регулирования имеет отраслевую окраску. Субъективные права возникают не в силу закона, адресованного неопределенному кругу лиц, а в результате издания правового акта, адресованного конкретному субъекту. Разрешительный способ правового регулирования может быть применен только при условии образования специальных организационных структур, наделенных властными полномочиями, т.е. он сочетает в себе нормативное и индивидуальное правовое регулирование. С формальной точки зрения разрешения нужны только в случаях установления государством специальных административно-правовых режимов осуществления соответствующей деятельности. Однако ошибочным является утверждение, что содержанием таких режимов является относительный запрет. В части нормативного регулирования данного института права «...здесь дело обстоит далеко не так благополучно»<sup>15</sup>. По мнению ученого, отдельные разрешительные режимы осуществления соответствующей деятельности получили юридическое оформление лишь в последнее время, хотя существуют десятилетиями. Все это говорит о необходимости углубленного изучения данного способа правового регулирования.

Современная теория права, рассматривая разрешения как административную категорию, имеет различные подходы к пониманию его сущности.

Ю. К. Валяев определяя сущность разрешения как способа административного воздействия, рассматривает его как промежуточную единицу между дозволением и запретом, который служит способом воздействия публичной власти на субъекты права<sup>16</sup>.

Анализируя правовую природу административного разрешения, Р. А. Журавлев указывает, что его (разрешение) следует рассматривать как систему административно-правовых норм, направленных на регулирование отношений в области регистрационного и лицензионного производства<sup>17</sup>.

Анализ различных точек зрения, изложенных в работах отечественных правоведов на сущность разрешения, позволяет говорить о том, что разрешение выступает составным элементом сложного механизма, именуемого разрешительной системой.

При этом разрешение в административном праве является, с одной стороны, реализацией комплекса мер по предоставлению субъектам хозяйствования разрешения на конкретный вид предпринимательской деятельности; с другой стороны, разрешение направлено на осуществление уполномоченными органами надзорной деятельности за соблюдением установленных действующим законодательством требований субъектами экономической деятельности.

Разрешительная система имеет место и в сфере связи. Для оказания определенных услуг, а также при необходимости использования радиочастотного спектра, субъекты хозяйственной деятельности (юридические и физические лица) обязаны обращаться в соответствующие государственные органы с целью получения специальных разрешений. При этом необходимо предоставить в соответствующие инстанции на рассмотрение ряд документов, предусмотренных действующим законодательством, содержащих определенную информацию, подтверждающую способность и возможность осуществления выполнять те или иные работы и оказывать услуги.

В соответствии с нормами действующего законодательства Российской Федерации для получения различных разрешений субъекты обязаны предоставлять заявления, формы которых специально разработаны и утверждены государственными органами.

<sup>15</sup> Зырянов С. М. Разрешительные режимы в российском административном праве // Журнал российского права. 2012. № 11. С. 39—48.

<sup>16</sup> Валяев Ю. К. Метод разрешения в административном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009.

<sup>17</sup> Журавлев Р. А. Административное разрешение в предпринимательской деятельности в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 7.

В разрешительную систему в сфере связи в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации входит:

- выдача разрешения на судовые радиостанции;
- выдача разрешения на применение франкировальных машин;
- выдача разрешения на строительство, реконструкцию, проведение изыскательских работ для проектирования и ликвидацию сухопутных линий связи при пересечении государственной границы Российской Федерации и на приграничной территории;
- присвоение (назначение) радиочастот или радиочастотных каналов для радиоэлектронных средств гражданского назначения;
- регистрация РЭС для создания фемтосот в сетях сухопутной подвижной радиосвязи стандарта IMT-2000/UMTS и др.;
- лицензирование;
- регистрация;
- выделение радиочастотного спектра;
- распределение и использование ресурсов нумерации;
- государственная регистрация права собственности на космические объекты связи (спутники связи, в том числе двойного назначения);
- регистрация передачи соответствующих прав на космические объекты;
- выделение линий связи и их регистрация.

Рассматривая классификацию административных разрешений, необходимо выделить множественность критериев их выделения.

Отечественными исследователями (Анисимовым Н. Н., Шохиним Д. В. и др.) выделяется специальный вид разрешения — лицензии. При этом отмечается разграничение между понятиями «лицензия» и «разрешения», а также проблема их верного правоприменения.

Как отмечает в своей работе А. Ф. Ноздрачев: «Следует констатировать, что проблема административного разрешения в правоведении на сегодняшний день не получила долж-

ной проработки и не может считаться исследованной адекватно существующему состоянию общественных отношений в разрешительной сфере»<sup>18</sup>.

Л. К. Терещенко и Н. А. Игнатюк в своей работе<sup>19</sup> были предложены следующие виды разрешений: лицензия, регистрация, разрешение, квоты, аккредитация, экспертиза, экзамен, сертификаты, стандарты, конкурс, оценка, согласование и утверждение (например, проектов в строительстве), аттестация.

В свою очередь, Н. В. Субанова подразделяет разрешения на следующие виды: регистрация, лицензирование, специальное разрешение, аттестация, сертификация, допуск, аккредитация, квотирование и ряд других видов разрешений.

На наш взгляд, достаточно интересна классификация видов разрешений Д. В. Осинцевым<sup>20</sup>, который сгруппировал их в соответствии со следующими характеристиками: по объему предоставленных полномочий; по характеру правоначеления; по времени действия и характеру длительности; по территории действия и др.

Однако обозначенная классификация не позволяет сгруппировать административные разрешения по типовому признаку, а позволяет разделить их лишь по объекту регулирования.

Ю. К. Валяев классифицирует административные разрешения на следующие виды: лицензия, разрешение, специальное разрешение, допуск, выпуск, согласование, пропуск, специальный пропуск, свидетельство, освидетельствование, утверждение, поверку, экспертизу, аттестацию, аккредитацию, диплом, сертификат, одобрение типа транспортного средства, квотирование, специальное право, паспорт, мандат. Таким образом, в предложенной исследователем классификации выделяются промежуточные разрешения<sup>21</sup>. Вышеуказанный автор полагает, что разрешения следует классифицировать по сроку действия; отраслевой направленности; степени обязательности; характеру

<sup>18</sup> Ноздрачев А. Ф. Административная разрешительная система в Российской Федерации: актуальные теоретические и практические вопросы функционирования. С. 5—36.

<sup>19</sup> Терещенко Л. К., Игнатюк Н. А. Предпринимателю о разрешительных процедурах. М. : Юстицинформ, 2005. 192 с.

<sup>20</sup> Осинцев Д. В. Указ. соч.

<sup>21</sup> Валяев Ю. К. Указ. соч.

и объему возникающих в результате прав и обязанностей; окончательности; субъекту и характеру его компетенции; объекту.

В соответствии с выделенными критериями автор разграничивает разрешения на:

- 1) регистрацию;
- 2) лицензирование, охватывающее разрешения, специальные разрешения, специальное право;
- 3) подтверждение статуса лица (аттестация, аккредитация); подтверждение статуса предмета, устройства, услуги (сертификат, паспорт).

Анализ существующих точек зрения на классификацию разрешений в административном праве позволяет говорить о том, что все данные классификации имеют более или менее схожую структуру, отличаясь друг от друга лишь наличием промежуточных вариантов разрешительных актов.

Важно также обратить внимание, что изложенные классификации являются общими для административного права.

Применительно же к области связи таких классификаций не разработано, в связи с чем существует необходимость проработки подобной классификации разрешений именно применительно к сфере связи, поскольку связь обладает специфическими особенностями, в частности связанными с государственной безопасностью.

Из положений ст. 3 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (с изм. и доп., вступ. в силу с 10.01.2016) вытекает, что к отношениям в области связи относятся отношения, которые связаны с созданием и эксплуатацией всех сетей связи и сооружений связи, использованием радиочастотного спектра, оказанием услуг электросвязи и почтовой связи на территории Российской Федерации и на находящихся под юрисдикцией Российской Федерации территориях.

Исходя из этого предлагается следующая классификация разрешительных процедур в сфере связи:

- разрешительные процедуры в сфере создания и эксплуатации всех сетей связи и сооружений связи;
- разрешительные процедуры в сфере использования радиочастотного спектра;
- разрешительные процедуры в сфере оказания услуг электросвязи и почтовой связи.

В основу такой классификации, как видим, положено деление сферы связи на определенные подгруппы, в зависимости от области фактического осуществления деятельности.

Выше нами дан перечень существующих в законодательстве РФ разрешений в области связи, их анализ и систематизация, позволяющие предложить следующую классификацию разрешительных процедур в сфере связи по характеру регулируемых областей:

- регистрирующие, то есть позволяющие использовать специальное оборудование и радиочастоты. К таким разрешительным процедурам следует относить выдачу разрешения на судовые радиостанции; выдачу разрешения на применение франкированных машин; присвоение (назначение) радиочастот или радиочастотных каналов для радиоэлектронных средств гражданского назначения; регистрацию РЭС для создания фемтосот в сетях сухопутной подвижной радиосвязи стандарта IMT-2000/UMTS и др.;
- дозволильные, дающие право на осуществление специальных работ. К таким разрешительным процедурам следует относить выдачу разрешений на строительство, реконструкцию, проведение изыскательских работ для проектирования и ликвидацию сухопутных линий связи при пересечении государственной границы Российской Федерации и на приграничной территории; выделение радиочастотного спектра; распределение и использование ресурсов нумерации и др.

По характеру субъектов:

- общие, субъектами которых могут выступать любые физические и юридические лица (например, осуществление теле- и аудиотрансляции);
- специальные, субъектами которых может выступать ограниченный перечень лиц (например, в области ВПК, судоходства и пр.).

Кроме того, представляется, что существует возможность классификации разрешительных процедур в сфере связи по сроку действия:

- разовые, к которым можно отнести разрешение на проведение строительных и изыскательских работ либо иные действия, носящие разовый, ограниченный по времени характер;
- долгосрочные, т.е. которые предоставляют право на осуществление деятельности в об-

ласти связи на длительный период времени, возможно, неограниченный (например, осуществление телевидения) и которые могут быть отозваны лишь в случае нарушения правил осуществления деятельности, установленных нормой права.

Следующим критерием, по которому возможно разделить разрешения в сфере связи, предлагаем назвать критерий территориального действия, который подразумевает деление разрешительных процедур в сфере связи в зависимости от территории действия:

- на действующие на территории одного субъекта. Такие разрешения будут характеризоваться тем, что они предоставляют право на осуществление деятельности в сфере связи лишь на территории одного субъекта, например, лишь на территории Московской области;
- действующие на территории Российской Федерации.

Представляется, что такая классификация разграничивает разрешительные процедуры в сфере связи, является лаконичной, что снижает возможность теоретической путаницы в отнесении той или иной разрешительной процедуры к определенной группе.

Деление разрешительных процедур по указанным группам позволяет систематизировать существующие виды административных разрешительных процедур в сфере связи, разделив их в соответствии с сущностными особенностями того или иного разрешительного акта.

Кроме того, важно также отметить, что такая классификация позволяет наиболее полно рассмотреть и иные способы разрешений помимо лицензирования, указанное является актуальным, поскольку в теории административного права лицензированию уделяется большое внимание, а вот иные разрешительные процедуры, несмотря на их актуальность и важность, исследователями оставлены без внимания.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев А. А.* Организационно-правовые основы лицензионно-разрешительной деятельности органов внутренних дел в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2007. — 179 с.
2. *Анисимов Н. Н.* Проблемы совершенствования лицензионно-разрешительной деятельности органов внутренних дел : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2001. — 148 с.
3. *Валяев Ю. К.* Метод разрешения в административном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2009.
4. *Журавлев Р. А.* Административное разрешение в предпринимательской деятельности в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007.
5. *Зырянов С. М.* Разрешительные режимы в российском административном праве // Журнал российского права. — 2012. — № 11. — С. 39—48.
6. *Ноздрачев А. Ф.* Административная разрешительная система в Российской Федерации: актуальные теоретические и практические вопросы функционирования // Законодательство и экономика. — 2014. — № 2. — С. 25—37.
7. *Ноздрачев А. Ф.* Административная разрешительная система: происхождение и содержание современного понятия // Журнал российского права. — 2014. — № 5. — С. 37—48.
8. *Осинцев Д. В.* Разрешительная система в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 1994.
9. *Словарь русского языка / Е. А. Иванникова.* — М., 1983. — Т. III. — С. 629.
10. *Советское административное право (Общая и Особенная части).* — М., 1973. — С. 551.
11. *Субанова Н. В.* Теоретические и прикладные основы прокурорского надзора за соблюдением законов о разрешительной системе : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2014. — 462 с.
12. *Терещенко Л. К., Игнатюк Н. А.* Предпринимателю о разрешительных процедурах. — М. : Юстицинформ, 2005. — 192 с.
13. *Шалашов В. И.* Лицензионно-разрешительная деятельность органов внутренних дел (милиции) : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1997. — 141 с.
14. *Шергин А. П.* К концепции механизма административно-правового регулирования // Административное и административно-процессуальное право. Актуальные проблемы. — М., 2004. — С. 100.

15. Чермянинов Д. В. Лицензионно-разрешительная деятельность таможенных органов : дис. ... канд. юрид. наук. — Люберцы, 2003. — 190 с.

Материал поступил в редакцию 24 июня 2016 г.

### A PERMISSION AS A METHOD OF LEGAL REGULATION AND CLASSIFICATION OF TYPES OF PERMISSIONS IN THE COMMUNICATIONS SECTOR

**SAVCHENKO Elena Alekseevna** — Applicant for PhD of the Department of Administrative Law and Process, the Institute of Legislation and Comparative Law of the Government of the Russian Federation  
elen\_savchenko@bk.ru  
117218, Russia, Moscow, ul. Bolshaya Cheremushkinskaya, 34

**Review.** *This article discusses theoretical issues of classification of a licensing system in administrative law, different points of view of various authors are analyzed, the author has developed her own classification of permissions in the field of communications.*

**Keywords:** *licensing system, administrative law, permission, licensing procedures in the sphere of communication.*

### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Alekseev A. A. Organizacionno-pravovye osnovy licenzionno-razreshitel'noj dejatel'nosti organov vnutrennih del v Rossijskoj Federacii : dis. ... kand. jurid. nauk. — Saratov, 2007. — 179 s.
2. Anisimov N. N. Problemy sovershenstvovanija licenzionno-razreshitel'noj dejatel'nosti organov vnutrennih del : dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2001. — 148 s.
3. Valjaev Ju. K. Metod razreshenija v administrativnom prave : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2009.
4. Zhuravlev R. A. Administrativnoe razreshenie v predprinimatel'skoj dejatel'nosti v Rossijskoj Federacii : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2007.
5. Zyrjanov S. M. Razreshitel'nye rezhimy v rossijskom administrativnom prave // Zhurnal rossijskogo prava. — 2012. — № 11. — S. 39—48.
6. Nozdrachev A. F. Administrativnaja razreshitel'naja sistema v Rossijskoj Federacii: aktual'nye teoreticheskie i prakticheskie voprosy funkcionirovanija // Zakonodatel'stvo i jekonomika. — 2014. — № 2. — S. 25—37.
7. Nozdrachev A. F. Administrativnaja razreshitel'naja sistema: proishozhdenie i sodержание sovremennogo ponjatija // Zhurnal rossijskogo prava. — 2014. — № 5. — S. 37—48.
8. Osincev D. V. Razreshitel'naja sistema v Rossijskoj Federacii : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — Ekaterinburg, 1994.
9. Slovar' russkogo jazyka / E. A. Ivannikova. — M., 1983. — T. III. — S. 629.
10. Sovetskoe administrativnoe pravo (Obshhaja i Osobennaja chastj). — M., 1973. — S. 551.
11. Subanova N. V. Teoreticheskie i prikladnye osnovy prokurorskogo nadzora za sobljudeniem zakonov o razreshitel'noj sisteme : dis. ... d-ra jurid.nauk. — M., 2014.—462 s.
12. Tereshhenko L. K., Ignatjuk N. A. Predprinimatelju o razreshitel'nyh procedurah. — M. : Justicinform, 2005. — 192 s.
13. Shalashov V. I. Licenzionno-razreshitel'naja dejatel'nost' organov vnutrennih del (milicii) : dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 1997. — 141 s.
14. Shergin A. P. K koncepcii mehanizma administrativno-pravovogo regulirovanija // Administrativnoe i administrativno-processual'noe pravo. Aktual'nye problemy. — M., 2004. — S. 100.
15. Chermjaninov D. V. Licenzionno-razreshitel'naja dejatel'nost' tamozhennyh organov : dis. ... kand. jurid. nauk. — Ljubercy, 2003. — 190 s.



## К вопросу о субъектах финансового права

**Аннотация.** В статье рассматривается понятие субъекта права, в частности финансового права, его основные черты и виды. Анализируются различные точки зрения ученых-теоретиков, исследующих проблематику субъекта финансового права, выделяя его специфические признаки. Особое внимание уделено рассмотрению финансовой правосубъектности как особому виду правосубъектности. Разграничиваются такие понятия, как субъект финансового права и субъект финансового правоотношения. Кроме того, дается авторская классификация субъектов финансового права путем анализа классификаций, изложенных в трудах правоведов-финансистов: Е. А. Ровинского, О. Н. Горбуновой, Е. Ю. Грачевой, М. В. Карасевой, А. И. Худякова и др. Отдельно характеризуется дефиниция «коллективный субъект» и его виды, указываются особенности государства, государственных органов, судов, юридических лиц различной организационно-правовой формы, в том числе юридических лиц публичного права, как субъектов финансовых правоотношений. Автор говорит о появлении особых субъектов финансового права, таких как кластеры и технологические платформы, а также о возможности участия в финансовых правоотношениях путем реализации механизма государственно-частного партнерства.

**Ключевые слова:** финансовое право, субъект финансового права, субъект финансовых правоотношений, финансовая правосубъектность, классификация субъектов финансового права, юридическое лицо публичного права, кластеры, технологические платформы.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.072-079**

**В** юриспруденции субъект права рассматривается с различных позиций и научных школ, однако единым остается то, что субъект права представлен как разновидность субъектов общественных отношений, наделенных признаками, регламентированными правом.

Можно говорить о том, что субъектами права являются все, кто находится под юрисдикцией права, признается им в качестве носителя прав и обязанностей. Субъект права в классическом понимании включает в себя возможность участвовать в различных правоотношениях и реальное участие в них.

В теории финансового права субъект финансового права определяется как лицо, обладающее правосубъектностью и наделенное необходимыми правами и обязанностями, потенциально способное стать участником финансовых правоотношений.

Представленная выше дефиниция содержит в себе основной признак субъекта финансового права, а именно, наличие у него правосубъектности. В свою очередь, о финансовой правосубъектности можно говорить, как об определенном объеме полномочий и обязанностей, которым обладает тот или иной субъект финансовых правоотношений, осуществляемым

---

© Мошкова Д. М., 2016

\* Мошкова Дарья Михайловна, кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
d.m.moshkova@mail.ru  
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

в конкретном финансовом правоотношении и отраженном в финансово-правовых нормах.

Субъекты финансового права, среди которых публичные образования, юридические и физические лица, становятся участниками финансовых правоотношений в силу законодательного закрепления за ними прав и обязанностей в той или иной сфере, например, полномочия органов государственной власти как субъектов финансового права в сфере сбора налогов, в бюджетной сфере в период финансирования их деятельности за счет средств соответствующего бюджета и т.п.

Также необходимо отметить, что финансовая правосубъектность представляет собой отраслевую правосубъектность, которая обладает спецификой, определенной предметом и методом регулирования. В свою очередь, финансовые правоотношения являются правоотношениями публичного порядка, что допускает возможность их изменения или прекращения в соответствии с требованиями закона.

В этой связи Л. Н. Древаль<sup>1</sup> предлагает закрепить на законодательном уровне специфические признаки субъекта финансового права. Л. Н. Древаль полагает, что вопросы, связанные с регулированием «субъектов финансового права», возможно отразить в рамках одного закона по примеру Федерального закона «О финансах», предлагаемого О. Н. Горбуновой<sup>2</sup>.

На наш взгляд, принятие единого закона, в котором можно отразить дефиницию такой категории, как «субъекты финансового права», дать классификацию субъектов, а также закрепить все права и обязанности последних, выглядит труднодостижимо, т.к. субъектами финансового права являются и физические, и юридические лица, государство и муниципальные образования и пр. Описать весь спектр полномочий в финансово-правовой сфере, которыми они наделены, невозможно хотя бы в силу изменчивости российского законодательства, появления новых субъектов финансового

права.

Также спорным признается соотношение таких категорий, как субъекты финансового права и субъекты финансовых правоотношений: одни ученые отождествляют эти понятия<sup>3</sup>, другие — разграничивают<sup>4</sup>.

Таким образом, можно говорить о том, что субъект правоотношения во всех случаях является субъектом права. В свою очередь, субъект права не всегда признается субъектом правоотношений.

Исходя из изложенного выше, **субъектом финансового права** признается лицо, которое может стать участником финансовых отношений и тем самым наделен правами и обязанностями в рамках возникших финансовых отношений по поводу аккумуляции, распределения (перераспределения) и использования фондов денежных средств.

**Субъектом финансовых правоотношений** можно признать непосредственного участника уже сформированных финансовых отношений, наделенного на момент их возникновения правами и обязанностями в данной сфере, связанных с аккумуляцией, распределением (перераспределением) и использованием фондов денежных средств.

В свою очередь, **финансовую правосубъектность** можно охарактеризовать через призму отраслевого предмета и метода регулирования и определить, как возможность субъектов финансового права участвовать в финансовых отношениях в сфере аккумуляции, распределения (перераспределения), использования централизованных и децентрализованных фондов денежных средств государства и муниципальных образований.

Раскрытие понятийного аппарата и авторских определений базовых категорий: «субъект финансового права», «субъект финансового правоотношения», «финансовая правосубъектность» позволяет рассмотреть классификации субъектов финансового права.

Необходимо отметить, что в общей тео-

<sup>1</sup> Древаль Л. Н. Субъекты российского финансового права / под ред. Е. Ю. Грачевой. М. : Юриспруденция, 2008. С. 82.

<sup>2</sup> Горбунова О. Н. Финансовое право и финансовый мониторинг в современной России. М., 2003. С. 158.

<sup>3</sup> См., например: Кечекьян С. Ф. Правоотношение в социалистическом обществе. М., 1958. С. 83 ; Мицкевич А. В. Субъекты советского права. М., 1962. С. 5.

<sup>4</sup> См., например: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1982. Т. 2. С. 138—139.

рии права такие ученые, как: В. С. Афанасьев, Д. Н. Бахрах, Н. А. Малкова, Н. И. Матузов, А. А. Фомин делят субъектов правоотношений на индивидуальных и коллективных<sup>5</sup>, а С. С. Алексеев предлагал делить всех субъектов права на индивидуальные и коллективные субъекты и общественные образования, тем самым обособляя в отдельную группу социальные образования<sup>6</sup>. Предлагаемое деление наиболее точно отражает сущность рассматриваемой категории.

Многогранность такой правовой категории, как субъекты финансового права, не позволяет выработать единую общепризнанную классификацию, которая бы отвечала общим требованиям. Отдельные аспекты данного вопроса освещались в трудах правоведов-финансистов: О. Н. Горбуновой, М. В. Карасевой, А. И. Худякова<sup>7</sup> и др. Наглядно финансово-правовой статус субъектов финансового права представлен в исследованиях, посвященных вопросам финансового контроля и субъектам, осуществляющим полномочия в финансовой деятельности<sup>8</sup>.

Отчасти отсутствие единых критериев классификации субъектов финансового права можно связать с тем, что до сих пор нет четкого перечня участников финансовых отношений, что оправдывается активным развитием самого финансового права и финансового законодательства. Более того, не все субъекты финансового права нашли свое отражение в законодательстве, исключение, пожалуй, составляют бюджетное, налоговое и, возможно, банковское законодательство. Аналогичной позиции придерживаются и другие представители финансово-правовой мысли<sup>9</sup>.

Подчеркнем, что в правовой литературе зачастую такие понятия, как коллективный субъект, организация и юридическое лицо, используются как синонимы. В исследованиях финансово-правового характера вопрос о коллективном субъекте мало изучен.

Л. Н. Древаль отмечает, что под дефиницию «коллективный субъект», точно так же, как и под определение «организация», можно подвести такой субъект права, как публичные образования, в связи с чем предлагает выделить публичные образования в отдельную группу и при дальнейшем упоминании коллективного субъекта абстрагироваться от включения в это понятие публичного образования.

В продолжение автор отмечает, что поскольку создание юридических лиц сопровождается различными целями их существования, то предлагается за основу принять следующие их виды:

- органы государственной власти, выполняющие исполнительные функции;
- учреждения, не связанные с властными полномочиями;
- организации, осуществляющие коммерческую деятельность.

Однако важно не отклониться и от отраслевой принадлежности при отнесении тех или иных участников к числу субъектов финансового права.

Большой интерес представляет государство как субъект финансового права. Сущность этого понятия долгое время остается в юриспруденции дискуссионным. Традиционное понимание государства выведено из совокупности таких его признаков, как государственный суверенитет, публичная власть, народ и территория.

<sup>5</sup> См.: Бахрах Д. Н. Очерки теории российского права. М. : Норма: Инфра-М, 2010. С. 9 ; Малкова Н. А. Коллективные субъекты в российском праве : учеб. пособие. Самара : Самарский Дом печати, 1999. С. 5 ; Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. М. : Юрист, 2009. С. 389 ; Общая теория права и государства: учебник / под ред. В. В. Лазарева, М. : Норма: Инфра-М, 2010. С. 314—315 ; Фомин А. А. Юридическая безопасность субъектов российского права / под ред. И. Н. Семякина. Саратов : Саратовская гос. академия права, 2005. С. 173.

<sup>6</sup> Алексеев С. С. Общая теория права. М. : Проспект, 2009. С. 387—389.

<sup>7</sup> См.: Финансовое право : учебник / под ред. проф. О. Н. Горбуновой. М. : Юрист, 1996. С. 19—26, 42—43 ; Карасева М. В. Финансовое правоотношение. М. : Норма, 2001. С. 95—139 ; Худяков А. И. Финансовое право Республики Казахстан. Общая часть. Алматы : Баспа, 2001. С. 128—132.

<sup>8</sup> См., например: Финансовый контроль Российской Федерации / отв. ред. Е. Ю. Грачева. М. : Норма: Инфра-М, 2014.

<sup>9</sup> См., например: Парыгина В. А., Тадеев А. А. Финансовое право : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Эксмо, 2006. С. 53.

Особенности предмета и метода финансового права определяют особенности государства как субъекта финансового права. Спецификой финансово-правового метода является защита и обеспечение финансовой стабильности любого государства.

Е. Ю. Грачева утверждает, что «неравное положение субъектов финансового правоотношения обусловлено лишь тем, что одной из сторон в данном правоотношении выступает государство в лице своих уполномоченных органов»<sup>10</sup>.

Е. А. Ровинский отмечал, что в финансовых правоотношениях государство выступает не только как субъект власти, но и как хозяйствующий субъект и выразитель материальных и культурных потребностей всего общества. В связи с этим в финансовых правоотношениях выступают два правовых элемента: государственный и имущественный. Это определяет природу финансовых правоотношений как властно-имущественных отношений<sup>11</sup>.

По словам С. И. Иловайского, в числе суверенных финансовых правомочий государства выделяются следующие: право издавать финансовые законы, устанавливать налоги, заключать договоры на государственные займы, применять принудительные меры к нарушителям или исполнителям финансовых норм<sup>12</sup>.

Анализируя финансовую систему, можно говорить о том, что финансовую правосубъектность Российской Федерации необходимо рассматривать как возможность обладания и осуществления прав и обязанностей в пределах своих полномочий, нести бремя ответственности в сфере финансовых правоотношений. Россия является субъектом финансового права непосредственно, а также через субъекты Федерации, реализуя свой суверенитет.

Помимо России и субъектов РФ, субъектами финансовых правоотношений являются муниципальные образования, вовлеченные в различные государственные программы, осуществляемые в рамках реализации единой государственной финансовой политики.

Резюмируя, можно отметить, что к числу участников первой группы коллективного субъекта финансового права относятся органы

государственной власти (представительные и исполнительные органы федерального уровня и уровня субъектов Федерации), а также органы местного самоуправления как особые субъекты финансового права.

Вторую группу субъектов финансового права, объединяющих широкий круг ее представителей, образуют коллективные субъекты-организации, к которым по традиции относятся: государственные органы; предприятия и учреждения, основанные на различных формах собственности, а также судебные органы.

Так, суды как субъекты финансового права и финансовых правоотношений получают финансирование из соответствующих бюджетов. Более того, вышестоящие судебные органы, например Конституционный Суд РФ, обладают правом признания той или иной финансовой правовой нормы неконституционной, а Высший Арбитражный Суд РФ вправе давать официальное толкование отдельных финансово-правовых норм.

В свою очередь, коммерческие организации являются весьма неоднородными, в том числе, влияния рыночных отношений, под воздействием которых в России появились финансово-промышленные группы, предпринимательские союзы, ассоциации, холдинги, офшорные и трастовые компании, банки и т.п.

Однако не все перечисленные субъекты можно отнести к числу юридических лиц, поскольку ряд из них представляют систему взаимосвязанных компаний (например, финансово-промышленная группа).

Характерными признаками, разграничивающими одну организационно-правовую форму от другой, считаются:

- характер взаимоотношений между учредителями;
- режим имущественной ответственности;
- размер уставного капитала;
- порядок управления организацией;
- порядок распределения прибыли;
- степень защищенности интересов кредиторов;
- дополнительные источники финансирования.

---

<sup>10</sup> Грачева Е. Ю., Куфакова Н. А., Пепеляев С. Г. Финансовое право России. М., 1995. С. 9.

<sup>11</sup> Финансовое право : учебник / под ред. Е. А. Ровинского. М., 1971. С. 46.

<sup>12</sup> Иловайский С. И. Конспект лекций по финансовому праву. Одесса, 1889. С. 24.

Так, например, коммерческой признается аудиторская организация, правовой статус которой определен Федеральным законом «Об аудиторской деятельности». При этом, как отмечено в постановлении Конституционного Суда РФ от 01.04.2003 «По делу о проверке конституционности положения п. 2 ст. 7 Федерального закона «Об аудиторской деятельности» в связи с жалобой гражданки И. В. Выставкиной», созданные как субъекты предпринимательства они (аудиторские организации), «по сути, выполняют публичную функцию, поскольку уже не частный, а публичный интерес лежит в основе этого процесса»<sup>13</sup>.

В то же время следует отметить, что к числу юридических лиц относятся также и некоммерческие организации, такие как общественные и религиозные организации, фонды, учреждения, корпорации и т.д., среди которых большую долю составляют бюджетные учреждения, финансируемые за счет бюджетных ассигнований.

И наконец, можно говорить о том, что в последнее время в российской правовой системе стали появляться юридические лица публичного права, которые могут быть созданы на основании закона или решения уполномоченного органа государственной власти и по своей природе являются публично-правовыми образованиями. Они не всегда имеют учредительные документы и их создание зачастую не требует государственной регистрации, при этом, они обладают правами и обязанностями публичного характера, осуществление которых для них является обязательным, а также несут публично-правовую ответственность.

Представляется, что ориентированным на практическое применение следует признать подход А. В. Турбанова, в соответствии с которым юридическим лицам публичного права свойственны такие признаки, как публичная функция, создание и ликвидация федеральным законом, реализация государственной политики, властные полномочия и имущественная самостоятельность<sup>14</sup>.

Этот подход исключает из категории юридических лиц публичного права публично-правовые образования, что, на наш взгляд, представляется правильным, поскольку последние обладают значительным количеством отличительных особенностей.

Международный опыт демонстрирует, что использование данной конструкции юридических лиц является целесообразным в целях осуществления некоторыми организациями своих конституционно-публичных функций.

Следующую группу в видовом многообразии субъектов финансового права составляют индивидуальные субъекты — физические лица, вступающие в финансовые отношения.

Субъектами финансового права могут быть граждане РФ, лица без гражданства, бипатриды, а также иностранные граждане.

В правовой литературе утвердилось мнение, что финансовая правоспособность индивидуальных субъектов характеризуется через юридические обязанности, что можно объяснить и спецификой метода правового регулирования и преобладанием обязывающих норм в финансовом законодательстве.

Также следует отметить, что законодательство порой не успевает за тенденциями развивающегося современного общества, в том числе и в вопросах о финансово-правовом статусе физических лиц. Например, в российском законодательстве отсутствует нормативно-правовой акт, которым были бы закреплены права и обязанности физического лица как субъекта финансового права и финансовых правоотношений.

В этой связи вспоминаются предложения некоторых представителей науки финансового права о принятии законов, закрепляющих основные положения и категории финансового права, например высказывания Г. В. Петровой о закреплении основ финансовой деятельности государства в Федеральном законе «О публичных финансах в Российской Федерации»<sup>15</sup>.

В условиях мирового финансового кризиса, нынешней политической и экономической ситуации в стране и мире, нам видится возмож-

<sup>13</sup> Вестник Конституционного Суда РФ. 2003. № 3.

<sup>14</sup> Турбанов А. В. Агентство по страхованию вкладов — юридическое лицо публичного права // Очерки конституционной экономики. 10 декабря 2010 года: госкорпорации — юридические лица публичного права / отв. ред. Г. А. Гаджиев. М. : Юстицинформ, 2010. С. 79—81.

<sup>15</sup> См.: Петрова Г. В. Финансовое право : учебник. М., 2006. С. 16.



ность поддержать тех представителей научной мысли, которые говорили и продолжают писать о необходимости принятия единых основ финансового законодательства.

В заключение следует отметить, что анализ различных классификаций субъектов финансового права позволил предложить следующие виды **субъектов финансовых отношений**:

- 1) публично-правовые образования:
  - Российская Федерация;
  - субъекты Российской Федерации;
  - муниципальные образования;
- 2) коллективные субъекты:
  - органы государственной власти, включая органы представительной, исполнительной и судебной власти на федеральном уровне и уровне субъектов Российской Федерации, а также органы местного самоуправления;
  - коммерческие организации;
  - государственные и муниципальные предприятия;

- некоммерческие организации;
  - юридические лица публичного права;
  - иные субъекты — кластеры, технологические платформы, государственно-частное партнерство как форма реализации финансирования определенной сферы деятельности;
  - иностранные государства;
  - международные организации и союзы;
- 3) индивидуальные субъекты — физические лица.

В последнее время можно говорить о появлении особых субъектов финансового права. Так, в финансовых правоотношениях участвуют такие субъекты инновационной деятельности, как территориальные инновационные кластеры, технологические платформы и государственно-частное партнерство (ГЧП), последнее, в свою очередь, признается не столько субъектом финансового права, сколько формой реализации финансирования сферы инновационной деятельности.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев С. С. Общая теория права. — М. : Проспект, 2009. — С. 138—139, 387—389.
2. Бахрах Д. Н. Очерки теории российского права. — М. : Норма: Инфра-М, 2010. — С. 9.
3. Горбунова О. Н. Финансовое право и финансовый мониторинг в современной России. — М., 2003. — С. 158.
4. Грачева Е. Ю., Куфакова Н. А., Пепеляев С. Г. Финансовое право России. — М., 1995. — С. 9.
5. Древаль Л. Н. Субъекты российского финансового права / под ред. Е. Ю. Грачевой. — М. : Юриспруденция, 2008. С. 82.
6. Иловайский С. И. Конспект лекций по финансовому праву. — Одесса, 1889. — С. 24.
7. Карасева М. В. Финансовое правоотношение. — М. : Норма, 2001. — С. 95—139.
8. Кечекьян С. Ф. Правоотношение в социалистическом обществе. — М., 1958. — С. 83.
9. Малкова Н. А. Коллективные субъекты в российском праве : учебное пособие. — Самара : Самарский Дом печати, 1999. — С. 5.
10. Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. — М. : Юристъ, 2009. — С. 389.
11. Мицкевич А. В. Субъекты советского права. — М., 1962. — С. 5.
12. Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. — М. : Норма: Инфра-М, 2010. — С. 314—315.
13. Петрова Г. В. Финансовое право : учебник. — М., 2006. — С. 16.
14. Парыгина В. А., Тадеев А. А. Финансовое право : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Эксмо, 2006. — С. 53.
15. Турбанов А. В. Агентство по страхованию вкладов — юридическое лицо публичного права // Очерки конституционной экономики. 10 декабря 2010 года: госкорпорации — юридические лица публичного права / отв. ред. Г. А. Гаджиев. — М. : Юстицинформ, 2010. — С. 79—81.
16. Худяков А. И. Финансовое право Республики Казахстан. Общая часть. — Алматы : Баспа, 2001. — С. 128—132.
17. Финансовое право : учебник / под ред. Е. А. Ровинского. — М., 1971. — С. 46.

18. Финансовое право : учебник / под ред. проф. О. Н. Горбуновой. — М. : Юристъ, 1996. — С. 19—26, 42—43.
19. Финансовый контроль Российской Федерации / отв. ред. Е. Ю. Грачева. — М. : Норма: Инфра-М, 2014.
20. Фомин А. А. Юридическая безопасность субъектов российского права / под ред. И. Н. Семякина. — Саратов : Саратовская государственная академия права, 2005. — С. 173.

*Материал поступил в редакцию 1 сентября 2016 г.*

## TO THE QUESTION OF THE SUBJECTS OF FINANCIAL LAW

**MOSHKOVA Daria Mikhailovna** — PhD, Associate Professor of the Department of Financial Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
d.m.moshkova@mail.ru  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

**Review.** *This article deals with a concept of a subject of law, in particular, in financial law, its main features and types. The author analyses different viewpoints of scholars exploring perspectives of the problems of a subject in financial law highlighting its specific characteristics. Special attention is given to financial legal capacity as a special kind of legal capacity. The author distinguishes between such concepts as a subject of financial law and a subject of a financial legal relation. In addition, the author gives his own classification of subjects of financial law on the ground of analysis of classifications set forth in the writings by financial jurists: E.A. Rovinsky, O.N. Gorbunova, E.Yu. Gracheva, M.V. Karaseva, A.I. Khudyakov, etc. Separately the author defines a "collective entity" and its types, specifies characteristics of the State, public bodies, courts, legal persons of various business and legal forms including legal entities of public law as subjects of financial relations. The author talks about emergence of special subjects of financial law such as clusters and technology platforms, as well as the possibility of participation in financial relations by means of implementation of a public-private partnership mechanism.*

**Keywords:** *financial law, subject of financial law, subject of financial relations, financial legal capacity, classification of subjects of financial law, legal entity of public law, clusters, technological platforms.*

## REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Alekseev S. S. Obshhaya teoriya prava. — М. : Prospekt, 2009. — S. 138—139, 387—389.
2. Bakhrakh D. N. Ocherki teorii rossiyskogo prava. — М. : Norma: Infra-M, 2010. — S. 9.
3. Gorbunova O. N. Finansovoe pravo i finansovyy monitoring v sovremennoy Rossii. — М., 2003. — S. 158.
4. Gracheva E. Yu., Kufakova N. A., Pepelyaev S. G. Finansovoe pravo Rossii. — М., 1995. — S. 9.
5. Dreval' L. N. Sub"ekty rossiyskogo finansovogo prava / pod red. E. Yu. Grachevoy. — М. : YUrisprudentsiya, 2008. S. 82.
6. Ilovayskiy S. I. Konspekt lektsiy po finansovomu pravu. — Odessa, 1889. — S. 24.
7. Karaseva M. V. Finansovoe pravootnoshenie. — М. : Norma, 2001. — S. 95—139.
8. Kechek'yan S. F. Pravootnoshenie v sotsialisticheskom obshhestve. — М., 1958. — S. 83
9. Malkova N. A. Kollektivnye sub"ekty v rossiyskom prave : uchebnoe posobie. — Samara : Samarskiy Dom pechati, 1999. — S. 5.
10. Matuzov N. I., Mal'ko A. V. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik. — М. : Yurist", 2009. — S. 389.
11. Mitskevich A. V. Sub"ekty sovetskogo prava. — М., 1962. — S. 5.
12. Obshhaya teoriya prava i gosudarstva: uchebnik / pod red. V. V. Lazareva. — М. : Norma: Infra-M, 2010. — S. 314—315.
13. Petrova G. V. Finansovoe pravo : uchebnik. — М., 2006. — S. 16.
14. Parygina V. A., Tadeev A. A. Finansovoe pravo : uchebnik. — 2-e izd. pererab. i dop. — М. : Ehksmo, 2006. — S. 53.

15. *Turbanov A. V.* Agentstvo po strakhovaniyu vkladov — yuridicheskoe litso publichnogo prava // Ocherki konstitutsionnoy ehkonomiki. 10 dekabrya 2010 goda: goskorporatsii — yuridicheskie litsa publichnogo prava / otv. red. G. A. Gadzhiev. — M. : YUstitsinform, 2010. — S. 79—81.
16. *Khudyakov A. I.* Finansovoe pravo Respubliki Kazakhstan. Obshhaya chast'. — Almaty : Baspa, 2001. — S. 128—132.
17. Finansovoe pravo : uchebnik / pod red. E. A. Rovinskogo. — M., 1971. — S. 46.
18. Finansovoe pravo : uchebnik / pod red. prof. O. N. Gorbunovoy. — M. : Yurist", 1996. — S. 19—26, 42—43.
19. Finansovyy kontrol' Rossiyskoy Federatsii / otv. red. E. Yu. Gracheva. — M. : Norma: Infra-M, 2014.
20. *Fomin A. A.* YUridicheskaya bezopasnost' sub"ektov rossiyskogo prava / pod red. I. N. Semyakina. — Saratov : Saratovskaya gosudarstvennaya akademiya prava, 2005. — S. 173.

## К вопросу об элементах системы финансового права

**Аннотация.** Статья посвящена актуальным вопросам построения системы финансового права, имеющим важное не только теоретическое, но и практическое значение. Приводится подробный анализ исследований как по общей теории права, так и финансово-правовых работ, в результате которого выявляются элементы системы финансового права. В качестве первичной правовой общности в статье выделяется правовой институт. Рассматриваются признаки, отличающие правовой институт от иных общностей финансово-правовых норм. В статье указывается, что правовые институты могут включать в себя субинституты. В качестве структурного элемента системы права также исследуется подотрасль, отличающаяся из иных правовых общностей наличием в ее составе общего института или ассоциации общих норм. В статье обращается внимание на выделение представителями финансово-правовой науки иных общностей правовых норм — частей и разделов. На основе проведенного анализа делается вывод о применении в теории права таких элементов, как часть и раздел при характеристике системы законодательства для обозначения элемента структуры закона, правового акта. Дается определение системы финансового права. Критикуется гибкий подход к определению системы финансового права, отрицающий необходимость четкого обозначения элементов системы права.

**Ключевые слова:** система права, финансовое право, система финансового права, структура финансового права, элементы системы права, финансово-правовой институт, подотрасль финансового права, раздел финансового права, части финансового права, сложный правовой институт.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.080-086**

**Н**аучное осмысление системы финансового права имеет важное не только теоретическое, но и практическое значение, поскольку позволяет построить эффективную систему нормативно-правового регулирования сферы публичной финансовой деятельности. Как совершенно справедливо подчеркивает Е. Ю. Грачева, система финансового права мо-

жет быть охарактеризована в двух аспектах: «во-первых, внешний аспект, который позволяет рассмотреть систему финансового права как подсистему системы права в целом, и, во-вторых, внутренний аспект, при котором внимание акцентируется на системе финансового права, проявляющейся в единстве и взаимосвязи образующих ее институтов и подотраслей»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Грачева Е. Ю. К вопросу о сущности финансового права // Федеральные и региональные аспекты финансового права : Круглый стол, посвященный 75-летию академика Н. И. Химичевой : тезисы выступлений (2—3 октября 2003 г.) / под ред. Е. В. Покачаловой. Саратов, 2004. С. 13.

© Пятковская Ю. В., 2016

\* Пятковская Юлия Валерьевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры предпринимательского и финансового права Байкальского университета экономики и права  
julart@yandex.ru  
664003, Россия, г. Иркутск, ул. Ленина, 11

Для характеристики внутреннего аспекта системы финансового права обратимся к позициям теоретиков права. Большинство авторов подчеркивают трехзвенное деление права: норма — институт — отрасль права<sup>2</sup>. При этом в качестве первичной правовой общности выделяется правовая институт.

При рассмотрении правового института как структурного элемента системы права, даются его самые общие определения как некой совокупности взаимосвязанных, однопорядковых правовых норм, регулирующих определенный вид, группу однородных (родственных) общественных отношений<sup>3</sup>. В литературе указывается, что отрасли права регулируют отношения некоего рода, а правовые институты — некоего вида. Таким образом, предмет регулирования отрасли права соотносится с предметом регулирования правового института как вид и род<sup>4</sup>.

Детально исследовал данный элемент структуры системы права С. С. Алексеев, который указывал, что понятие «правовой институт» соотносимо с понятием «подсистема», поскольку «по сравнению с отраслями правовые институты менее автономны; они не образуют таких относительно замкнутых механизмов регулирования, которые присущи отраслям», однако обеспечивают относительно законченное регулирование в пределах своего участка общественных отношений<sup>5</sup>.

Весьма аргументированную позицию излагает В. М. Сырых, который считает, что правовой институт — это система взаимосвязанных норм, регулирующих относительно самостоятельную совокупность общественных отношений или

какие-либо их компоненты, свойства. При этом автор данного определения указывает на критерии выделения правовых институтов:

- юридическое единство правовых норм, выражающееся в наличии общих положений, правовых принципов, используемых понятий;
- полнота регулируемых отношений, что делает каждый институт уникальным;
- обособление норм, образующих правовой институт, в главах, разделах, частях нормативно-правовых актов<sup>6</sup>.

Ряд авторов наряду с правовыми институтами в рамках отраслей права рассматривают иные общности правовых норм — подотрасли и субинституты.

Некоторые ученые, выделяя наряду с правовыми институтами в качестве структурных элементов системы права иные общности правовых норм, не указывают при этом каких-либо объективных, качественных критериев их выделения, обособления. Так, Н. И. Матузов ограничиваются указанием, что в рамках наиболее крупных правовых отраслей выделяются подотрасли<sup>7</sup>. В. Н. Хропанюк отмечает, что родственные институты одной и той же отрасли права в своей совокупности образуют подотрасль права<sup>8</sup>. И. В. Тимошенко считает, что подотрасль права — это некое целостное образование в системе права, в состав которой входят несколько институтов той или иной отрасли права, для которых характерна высокая степень специализации входящих в них норм<sup>9</sup>. А. Б. Венгерov писал о выделении таких структурных подразделений как подотрасли права, представляющие собой более дробное объединение правовых норм<sup>10</sup>.

---

<sup>2</sup> См., например: *Марченко М. Н.* Теория государства и права : учебник. М., 2004. С. 562 ; *Темнов Е. И.* Теория государства и права : учеб. пособие для вузов. М., 2003. С. 110.

<sup>3</sup> *Нерсесянц В. С.* Общая теория государства и права. М., 2000. С. 430 ; *Темнов Е. И.* Теория государства и права : учеб. пособие для вузов. М., 2003. С. 110 ; *Петров Д. Е.* Отрасль права / под ред. М. И. Байтина. Саратов, 2004. С. 41.

<sup>4</sup> См., например: *Шаганенко В. П.* Система права: понятие, сущность и значение // Юридическое образование и наука. 2013. № 4. С. 39.

<sup>5</sup> *Алексеев С. С.* Структура советского права. М., 1975. С. 120.

<sup>6</sup> *Сырых В. М.* Теория государства и права : учебник. М., 2002. С. 226.

<sup>7</sup> *Матузов Н. И., Малько А. В.* Теория государства и права : учебник. М., 2002. С. 311.

<sup>8</sup> *Хропанюк В. Н.* Теория государства и права : учебное пособие для высших учебных заведений / под ред. В. Г. Стрекозова. М., 2004. С. 292.

<sup>9</sup> *Любашиц В. Я., Мордовцев А. Ю., Тимошенко И. В.* Теория государства и права : учебное пособие. Ростов н/Д, 2002. С. 371.

<sup>10</sup> *Венгерov А. Б.* Теория государства и права : учебник для вузов. М., 2006. С. 443.



Не так часто, но, однако, встречаются и достаточно проработанные позиции о необходимости обособления указанных правовых общностей. О. С. Иоффе, выделяя в качестве структурного элемента системы права подотрасль, отмечал, что ей присущ, кроме внутриотраслевого метода, самостоятельный внутриотраслевой предмет правового регулирования, которым она отличается от других подотраслей<sup>11</sup>. Вместе с тем по приведенным критериям достаточно сложно провести разграничение между подотраслью и правовым институтом, который также отличается от других правовых институтов спецификой предмета регулирования.

Более существенные особенности подотраслей выделил С. С. Алексеев, утверждавший, что наиболее яркой отличительной их чертой, выделяющей их из иных правовых общностей, является наличие в составе подотрасли общего института или ассоциации общих норм<sup>12</sup>. Данная идея находит поддержку в иных работах по общей теории права<sup>13</sup>.

Усложнившаяся система правового регулирования потребовала расширения количества элементов в системе права. Не вызывает сомнения необходимость выделения наряду с подотраслями и правовыми институтами субинститутов как некой группы однородных правовых норм, объединенных общностью предмета и метода регулирования, являющихся, в свою очередь, частью правового института. Однако, как правило, в современных работах по теории права авторы ограничиваются лишь констатацией их наличия, не проводя развернутых исследований данной общности правовых норм.

В теории финансового права преимущественно поддерживаются основные тенденции теории права. Традиционно в структуре системы финансового права выделяются такие элементы, как подотрасли и правовые институты<sup>14</sup>.

Наряду с этим, в значительном количестве работ по финансовому праву в системе финансового права выделяются части. Так, Ровинский Е. А., указывая, что внутренняя систематизация юридических норм каждой отрасли права связана методологическим подходом к отбору критериев, по которым следует классифицировать эти нормы, к числу таковых относил, прежде всего, необходимость учета общих норм для всей отрасли и норм, регулирующих отдельные виды отношений, составляющих ее предмет. С учетом этого предлагалось внутри отрасли выделять общую и особенную части<sup>15</sup>.

Кроме того, некоторые специалисты выделяют и иные общности правовых норм. Так, Пискотин М. И. в качестве элемента структуры системы финансового права выделяет разделы<sup>16</sup>. А. А. Ялбулганов, рассуждая о предмете и системе советского финансового права, указывает, что назрела объективная необходимость выделения таких крупных разделов, как «публичные доходы» и «публичные расходы»<sup>17</sup>. М. В. Карасева также наряду с подотраслями и финансово-правовыми институтами выделяет разделы, указывая при этом, что раздел представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих достаточно однородную группу общественных отношений, в составе которой выделяются отдельные финансово-правовые институты и даже подотрасли финансового права. По ее мнению, раздел финансового пра-

<sup>11</sup> *Иоффе О. С.* Структурные подразделения системы права (на материалах гражданского права) // Ученые записки. Ученые записки ВНИИСЗ. 1968. Вып. 14. С. 46—47.

<sup>12</sup> *Алексеев С. С.* Структура советского права. М., 1975. С. 155.

<sup>13</sup> *Экимов А. И.* Понятие системы права // Теория государства и права / отв. ред. А. И. Королев, Л. С. Явич. Ленинград, 1987. С. 400.

<sup>14</sup> Советское финансовое право / под ред. Е. А. Ровинского. М., 1978. С. 26—29 ; Финансовое право : учебник / под ред. Е. Ю. Грачевой, Г. Н. Толстопятенко. М, 2003. С. 29. ; *Грачева Е. Ю., Соколова Э. Д.* Финансовое право : учебник для средних специальных учебных заведений. М., 2013. С. 30—31.

<sup>15</sup> *Ровинский Е. А.* Система и источники советского финансового права // Советское финансовое право / под ред. Е. А. Ровинского. М., 1978. С. 26—27.

<sup>16</sup> *Пискотин М. И.* Советское бюджетное право. М., 1971. С. 56.

<sup>17</sup> *Ялбулганов А. А.* О предмете и системе советского финансового права // Финансовое право. 2015. № 11. С. 20.

ва отличается от подотрасли финансово-го права тем, что в разделе отсутствуют некоторые общие нормы, характерные для всех финансово-правовых институтов, входящих в тот или иной раздел<sup>18</sup>.

Н. П. Кучерявенко полагает, что формирование отрасли может охватывать несколько ступеней (институт — сложный институт — подотрасль — отрасль). Например, к числу сложных институтов он относит налоговое право, включающее в себя «институты более узкой группы отношений (институт местных налогов и сборов, налогообложения юридических лиц и т.д.)»<sup>19</sup>.

В большинстве случаев какие-либо объективные критерии обособления раздела или сложного института, а также соотношение их с иными общностями правовых норм не приводятся.

Анализируя высказанные суждения, хочется обратить внимание на следующие моменты. Специалистами в сфере общей теории права термин «раздел» применяется при характеристике системы законодательства для обозначения элемента структуры закона, правового акта<sup>20</sup>. Иными словами, раздел является структурным элементом системы законодательства, а не системы права.

Применение излишних понятий, устанавливающих дополнительные структурные элементы системы права, не представляется оправданным. Следует согласиться с С. Д. Цыпкиным, указавшим в качестве причины применения таких понятий, как «крупный институт», «раздел отрасли права» для обозначения одной и той же группы норм (наряду с традиционными элементами структуры системы права) недостаточную проработанность данного вопроса общей теорией права<sup>21</sup>.

Аналогичным образом большинство специалистов-теоретиков права рассматривают и части<sup>22</sup>. Вместе с тем в работах по теории права излагаются позиции отдельных авторов, признающих части в качестве структурного элемента и системы законодательства, и системы права. Так, по мнению А. Ф. Черданцева, с учетом функций, которые выполняют нормы права в сложном механизме правового регулирования, осуществляется их «функциональное разделение труда»; именно эта функциональная специализация является основанием деления норм той или иной отрасли права на общую и специальную и соответствующего выделения в отраслевых кодексах общей части или раздела «общие положения»<sup>23</sup>. Думается, что в рамках системы права с некой долей условности возможно производить деление отрасли на общую и особенную части, включая в первую институты общего характера (наличие которых специалисты по теории права не отрицают), содержащие правовые нормы, регулирующие все направления финансовой деятельности государства и местного самоуправления. Особенная (или специальная часть) объединяет институты, регулирующие отдельные группы отношений, составляющих предмет финансового права.

Таким образом, основываясь на современных разработках теории права, можно определить систему финансового права как его внутреннее строение, выражающееся в единстве и согласованности составляющих ее правовых норм, включающую такие структурные элементы, как подотрасли финансового права, финансово-правовые институты, финансово-правовые субинституты, объединенные устойчивыми взаимными связями. Для отрасли финансового права должен быть характерен

---

<sup>18</sup> Финансовое право Российской Федерации : учебник / отв. ред. М. В. Карасева. М., 2002. С. 53.

<sup>19</sup> Кучерявенко Н. П. Курс налогового права. М., 2009. Т. 1. С. 21.

<sup>20</sup> Черданцев А. Ф. Теория государства и права : учебник. М., 2003. С. 329. ; Власенко Н. А. О правилах нормотворческой техники. Содержательные правила нормотворческой техники // Юридическая техника : учебное пособие по подготовке законопроектов и иных нормативных правовых актов органами исполнительной власти / ИЗиСП при Правительстве РФ ; под ред. член-корр. Т. Я. Хабриевой, проф. Н. А. Власенко. М., 2009. С. 55—56. ; Рассолов М. М. Теория государства и права : учебник для вузов. М., 2010. С. 430.

<sup>21</sup> Советское финансовое право : учебник / под ред. В. В. Бесчеревных, С. Д. Цыпкина. М., 1982. С. 55.

<sup>22</sup> Власенко Н. А. Указ. соч. С. 55—56.

<sup>23</sup> Черданцев А. Ф. Толкование права и договора : учеб. пособие для вузов. М., 2003. С. 34—37.

такой набор институтов и иных правовых общностей, который обеспечивает весь механизм движения публичных денежных средств<sup>24</sup>.

Вместе с тем в литературе высказывается критика определений системы права, закрепляющих ее структурные элементы. Так, М. Сулейменов указывает на основной недостаток такого подхода — отсутствие гибкости, чрезмерную жесткость предложенной системы, аргументируя это тем, что в случае превышения числа элементов в системе более предложенных, излишние элементы не будут укладываться в систему<sup>25</sup>. Можно привести примеры такого «гибкого» подхода к определению системы финансового права. Так, Ю. А. Крохина, рассматривая вопрос о системе финансового права, не называет элементы структуры, именую их абстрактным понятием «правовые общности»<sup>26</sup>.

Анализируя приведенные позиции, следует согласиться, что такая проблема может возникнуть и при характеристике системы финансового

права (например, соотношение «государственных доходов», «налогового права» и различных входящих в него обособленных групп правовых норм<sup>27</sup>). Вместе с тем право традиционно рассматривается как достаточно формализованная система с относительно устойчивыми элементами. Как указывает Д. М. Азми, система права состоит из «определенных структурных элементов, представляющих собой ее закономерные взаимосвязи и обладающих, в сравнении с иными частями соответствующего внутреннего строения, стабильными, достаточно статичными свойствами... элементы структурного характера будут существовать в системе всегда»<sup>28</sup>. Поэтому четкое обозначение структурных элементов системы права способствует ее более глубокому осмыслению и выработке общих подходов к определению ее структуры. Необходимость выделения каких-то совершенно новых элементов системы права потребует широкого обсуждения научной общественностью, прежде всего со стороны специалистов в общей теории права.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Азми Д. М. Система права и ее структура: некоторые аспекты историко-теоретического и методологического анализа // Современное право. — 2011. — № 12. — С. 3—7.
2. Алексеев С. С. Структура советского права. — М., 1975. — 264 с.
3. Васильева Н. В. Методологические проблемы исследования института государственных и муниципальных доходов // Муниципальная служба: правовые вопросы. — 2011. — № 2. — С. 19—21.
4. Венгеров А. Б. Теория государства и права : учебник для вузов. — М., 2006. — 608 с.
5. Власенко Н. А. О правилах нормотворческой техники. Содержательные правила нормотворческой техники // Юридическая техника : учебное пособие по подготовке законопроектов и иных нормативных правовых актов органами исполнительной власти / ИЗиСП при Правительстве РФ ; под ред. член-корр. Т. Я. Хабриевой, проф. Н. А. Власенко. — М., 2009. — 271 с.
6. Грачева Е. Ю. К вопросу о сущности финансового права // Федеральные и региональные аспекты финансового права : Круглый стол, посвященный 75-летию академика Н. И. Химичевой : тезисы выступлений (2—3 октября 2003 г.) / под ред. Е. В. Покачаловой. — Саратов, 2004. — 120 с.
7. Грачева Е. Ю., Соколова Э. Д. Финансовое право : учебник для средних специальных учебных заведений. — М., 2013. — 352 с.
8. Иоффе О. С. Структурные подразделения системы права (на материалах гражданского права) // Ученые записки. Ученые записки ВНИИСЗ. — 1968. — Вып. 14. — С. 45—60.

<sup>24</sup> Кучерявенко Н. П. Указ. соч. С. 15.

<sup>25</sup> Сулейменов М. Право как система : монография. Алматы, 2011. С. 335.

<sup>26</sup> Крохина Ю. А. Финансовое право России : учебник для вузов. М. : Норма, 2007. С. 71.

<sup>27</sup> Васильева Н. В. Методологические проблемы исследования института государственных и муниципальных доходов // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2011. № 2. С. 19—21.

<sup>28</sup> Азми Д. М. Система права и ее структура: некоторые аспекты историко-теоретического и методологического анализа // Современное право. 2011. № 12. С. 4—5.

9. Крохина Ю. А. Финансовое право России : учебник для вузов. — М. : Норма, 2007. — 752 с.
10. Кучерявенко Н. П. Курс налогового права. — М., 2009. — Т. 1. — 863 с.
11. Любашиц В. Я., Мордовцев А. Ю., Тимошенко И. В. Теория государства и права : учебное пособие. — Ростов н/Д, 2002. — 512 с.
12. Марченко М. Н. Теория государства и права : учебник. — М., 2004. — 640 с.
13. Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. — М., 2002. — 512 с.
14. Нерсесянц В. С. Общая теория государства и права. — М., 2000. — 539 с.
15. Петров Д. Е. Отрасль права / под ред. М. И. Байтина. — Саратов, 2004. — 192 с.
16. Пискотин М. И. Советское бюджетное право. — М., 1971. — 312 с.
17. Рассолов М. М. Теория государства и права : учебник для вузов. — М., 2010. — 635 с.
18. Советское финансовое право / под ред. Е. А. Ровинского. — М., 1978. — 344 с.
19. Советское финансовое право : учебник / под ред. В. В. Бесчеревных, С. Д. Цыпкина. — М., 1982. — 424 с.
20. Сулейменов М. Право как система : монография. — Алматы, 2011. — 344 с.
21. Сырых В. М. Теория государства и права : учебник. — М., 2002. — 587 с.
22. Темнов Е. И. Теория государства и права : учебное пособие для вузов. — М., 2003. — 320 с.
23. Финансовое право Российской Федерации : учебник / отв. ред. М. В. Карасева. — М., 2002. — 576 с.
24. Финансовое право : учебник / под ред. Е. Ю. Грачевой, Г. Н. Толстопятенко. — М., 2003. — 536 с.
25. Хропанюк В. Н. Теория государства и права : учебное пособие для высших учебных заведений / под ред. В. Г. Стрекозова. — М., 2004. — 380 с.
26. Черданцев А. Ф. Теория государства и права : учебник. — М., 2003. — 395 с.
27. Черданцев А. Ф. Толкование права и договора : учеб. пособие для вузов. — М., 2003. — 381 с.
30. Шаганенко В. П. Система права: понятие, сущность и значение // Юридическое образование и наука. — 2013. — № 4. — С. 36—40.
31. Экимов А. И. Понятие системы права / Теория государства и права / отв. ред. А. И. Королев, Л. С. Явич. — Ленинград, 1987. — 552 с.
32. Ялбулганов А. А. О предмете и системе советского финансового права // Финансовое право. — 2015. — № 11. — С. 15—20.

Материал поступил в редакцию 24 апреля 2016 г.

## TO THE QUESTION OF THE ELEMENTS OF THE FINANCIAL LAW SYSTEM

**PYATKOVSKAYA Yulia Valeryevna** — PhD, Associate Professor of the Department of Business and Financial Law at the Baikal University of Economics and Law  
julart@yandex.ru  
664003, Russia, Irkutsk, ul. Lenina, d. 11

**Review.** *The article is devoted to the current problems in the financial law system formation that are of major importance not only for the theory of the science, but also for their practical implementation. The paper provides a detailed analysis of the research of the general theory of law and financial and legal papers, which results in identification of elements of a system of financial law. In the paper a law institute is defined as a primary legal unity. The author considers the features that distinguish law institute from other unities of financial law regulatory rules. The article highlights that legal institutes can include sub-institutes. As a structural element of the system of law the author also examines a sub-sector that is different from other legal unities because it has a common institute or an association of general rules in its structure. The article draws attention to the allocation of other unities of legal norms, namely — parts and sections — by representatives of the financial law science. On the basis of the analysis carried out in the paper the author concludes that in the theory of law when describing a legislative system such elements as a part and a section are applied to describe an element of the structure of a law or a legal act. The author provides the definition of financial law. He criticizes a "flexible" approach to the definition of financial law that denies the need to clearly denote the elements of the system of law.*

**Keywords:** *system of law, financial law, system of financial law, structure of financial law, elements of the system of law, financial law institute, sub-sector of financial law, section of financial law, parts of finance law, complex legal institute.*

#### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Azmi D. M. Sistema prava i ee struktura: nekotorye aspekty istoriko-teoreticheskogo i metodologicheskogo analiza // *Sovremennoe pravo*. — 2011. — № 12. — S. 3—7.
2. Alekseev S. S. Struktura sovetskogo prava. — M., 1975. — 264 s.
3. Vasil'eva N. V. Metodologicheskie problemy issledovaniya instituta gosudarstvennykh i munitsipal'nykh dokhodov // *Munitsipal'naya sluzhba: pravovye voprosy*. — 2011. — № 2. — S. 19—21.
4. Vengerov A. B. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik dlya vuzov. — M., 2006. — 608 s.
5. Vlasenko N. A. O pravilakh normotvorcheskoy tekhniki. Soderzhatel'nye pravila normotvorcheskoy tekhniki // *Yuridicheskaya tekhnika : uchebnoe posobie po podgotovke zakonoproektov i inykh normativnykh pravovykh aktov organami ispolnitel'noy vlasti / IZiSP pri Pravitel'stve RF ; pod red. chlen-korr. T. YA. Khabrievoy, prof. N. A. Vlasenko*. — M., 2009. — 271 s.
6. Gracheva E. Yu. K voprosu o sushhnosti finansovogo prava // *Federal'nye i regional'nye aspekty finansovogo prava : Kruglyy stol, posvyashchennyy 75-letiyu akademika N. I. KHimichevoy : tezisy vystupleniy (2—3 oktyabrya 2003 g.) / pod red. E. V. Pokachalovoy*. — Saratov, 2004. — 120 s.
7. Gracheva E. Yu. Sokolova Eh. D. Finansovoe pravo : uchebnik dlya srednikh spetsial'nykh uchebnykh zavedeniy. — M., 2013. — 352 s.
8. Ioffe O. S. Strukturnye podrazdeleniya sistemy prava (na materialakh grazhdanskogo prava) // *Uchenye zapiski. Uchenye zapiski VNIISZ*. — 1968. — Vyp. 14. — S. 45—60.
9. Krokhina Yu. A. Finansovoe pravo Rossii : uchebnik dlya vuzov. — M. : Norma, 2007. — 752 s.
10. Kucheryavenko N. P. Kurs nalogovogo prava. — M., 2009. — T. 1. — 863 s.
11. Lyubashits V. Ya., Mordovtsev A. Yu., Timoshenko I. V. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnoe posobie. — Rostov n/D, 2002. — 512 s.
12. Marchenko M. N. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik. — M., 2004. — 640 s.
13. Matuzov N. I., Mal'ko A. V. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik. — M., 2002. — 512 s.
14. Nersesyants V. S. Obshhaya teoriya gosudarstva i prava. — M., 2000. — 539 s.
15. Petrov D. E. Otrasl' prava / pod red. M. I. Baytina. — Saratov, 2004. — 192 s.
16. Piskotin M. I. Sovetskoe byudzhethnoe pravo. — M., 1971. — 312 s.
17. Rassolov M. M. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik dlya vuzov. — M., 2010. — 635 s.
18. Sovetskoe finansovoe pravo / pod red. E. A. Rovinskogo. — M., 1978. — 344 s.
19. Sovetskoe finansovoe pravo : uchebnik / pod red. V. V. Bescherevnykh, S. D. TSypkina. — M., 1982. — 424 s.
20. Suleymenov M. Pravo kak sistema : monografiya. — Almaty, 2011. — 344 s.
21. Syrykh V. M. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik. — M., 2002. — 587 s.
22. Temnov E. I. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnoe posobie dlya vuzov. — M., 2003. — 320 s.
23. Finansovoe pravo Rossiyskoy Federatsii : uchebnik / otv. red. M. V. Karaseva. — M., 2002. — 576 s.
24. Finansovoe pravo : uchebnik / pod red. E. Yu. Grachevoy, G. N. Tolstopyatenko. — M, 2003. — 536 s.
25. Khropanyuk V. N. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnoe posobie dlya vysshikh uchebnykh zavedeniy / pod red. V. G. Strekozova. — M., 2004. — 380 s.
26. Cherdantsev A. F. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik. — M., 2003. — 395 s.
27. Cherdantsev A. F. Tolkovanie prava i dogovora : ucheb. posobie dlya vuzov. — M., 2003. 381 s.
30. Shaganenko V. P. Sistema prava: ponyatie, sushhnost' i znachenie // *YUridicheskoe obrazovanie i nauka*. — 2013. — № 4. — S. 36—40.
31. Ekhimov A. I. Ponyatie sistemy prava / Teoriya gosudarstva i prava / otv. red. A. I. Korolev, L. S. Yavich. — Leningrad, 1987. — 552 s.
32. Yalbulganov A. A. O predmete i sisteme sovetskogo finansovogo prava // *Finansovoe pravo*. — 2015. — № 11. — S. 15—20.



## Принцип сквозного налогообложения при применении концепции бенефициарного собственника дохода

**Аннотация.** Настоящая статья посвящена анализу проблем применения принципа сквозного налогообложения при использовании концепции бенефициарного собственника дохода. В статье рассмотрены общие правила применения принципа прозрачности; ситуации, когда российская организация, выплачивающая пассивный доход иностранному лицу, должна выступать в роли налогового агента, а когда нет. Проведенное исследование показало, что российская организация является налоговым агентом по отношению к российскому бенефициарному собственнику — физическому лицу при выплате любых доходов, а юридическому лицу — только при перечислении дивидендов. Также в статье рассмотрены специальные правила сквозного налогообложения при выплате дивидендов. На основе проведенного исследования сделан следующий важный вывод. Если иностранная компания — резидент страны соглашения не бенефициарный собственник получаемого из России пассивного дохода, так как перечисляет его офшорной компании, российская организация должна удерживать налог с дохода у источника в России по общим ставкам НК РФ — 20 или 15 %, независимо от того, кто конечный акционер (бенефициар) офшорной компании — налоговый резидент третьего государства или РФ. Такой подход в большей степени лишает российских бенефициаров налоговых стимулов создания офшорных компаний и является правильным, нежели интерпретация в письмах Минфина РФ, позволяющая игнорировать все промежуточные иностранные (офшорные) структуры вплоть до конечного бенефициара — резидента РФ.

**Ключевые слова:** бенефициарный собственник дохода, принцип сквозного налогообложения, пассивные доходы, офшорная компания.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.087-093**

Закрепленный в п. 4 ст. 7 и ст. 312 Налогового кодекса Российской Федерации механизм применения противоположной налоговой концепции бенефициарного собственника дохода (далее — бенефициарного собственника) основывается на принципе сквозного налогообложения (принципе прозрачности) дохода.

Суть закрепленного в п. 4 ст. 7 НК РФ принципа прозрачности заключается в следующем: когда непосредственный получатель дохода

от источников в РФ — резидент договаривающегося государства (далее — резидент стороны соглашения), имеющего соглашение об избежании двойного налогообложения с РФ (далее — соглашение) не обладает статусом бенефициарного собственника, но российскому налоговому агенту (далее — налоговый агент) он известен, то налоговые последствия зависят от того, резидентом какого государства он является. Например, если бенефициарный собственник является резидентом:

© Балакина З. В., 2016

\* Балакина Зоя Вадимовна, аспирантка кафедры финансового права Уральского государственного юридического университета

z.balakina@bk.ru

620137, Россия, Свердловская обл., г. Екатеринбург, ул. Вилонова, 16

- 1) третьего государства, на которого ни одно соглашение не распространяется, то налоговым агентом при выплате дохода иностранному лицу удерживается налог у источника по обычным налоговым ставкам в НК РФ, — 20 % по процентам и роялти или 15 % — по дивидендам;
- 2) России, то выплата пассивного дохода налоговым агентом иностранному лицу осуществляется вообще без удержания с него налога у источника при условии сообщения налоговому органу об этом по своему месту постановки на учет.

При этом, согласно письмам Минфина РФ, если бенефициарный собственник — российский резидент, российская организация, выплачивающая доход, все равно является налоговым агентом (в некоторых письмах добавляется: *в случаях, предусмотренных НК РФ*) уплатить в бюджет НДФЛ или налог на прибыль организаций, перечислив иностранному лицу доход за вычетом удержанного налога<sup>1</sup>.

Однако, по нашему мнению, текущие положения НК РФ *не наделяют российскую организацию обязанностью быть налоговым агентом при выплате иностранному лицу роялти и процентов, когда бенефициарный собственник — российская компания*. Ей следует самой уплатить налог с дохода от иностранной кондупитной компании, источником выплаты которого является российская организация. Последней необходимо только подать в налоговый орган документы о том, какая российская компания является бенефициарным собственником для ее дальнейшего налогового администрирования. Это объясняется следующими доводами:

- 1) специальные правила применения принципа прозрачности и порядка выполнения российской организацией функций налогового агента в ст. 312 НК РФ предусмотрены только по дивидендам;
- 2) если бенефициарный собственник роялти (процентов) — российское физическое лицо, то российские организации являются налогово-

- выми агентами и удерживают НДФЛ на основании общих норм п. 1, 4 ст. 226 НК РФ;
- 3) в НК РФ нет схожих положений на случай, когда бенефициарный собственник процентов, роялти — российская компания;
- 4) в ст. 251 НК РФ доходами, освобождаемыми от налога на прибыль организаций, являются только дивиденды, полученные российскими компаниями от иностранной организации, источником выплаты которых являются российские организации, на которые российские компании имеют фактическое право и с которых удержан налог на прибыль организаций по ст. 312 НК РФ (пп. 50 п. 1 ст. 251 НК РФ). Аналогичная норма п. 58 ст. 217 НК РФ, предусматривающая освобождение от НДФЛ, недавно подверглась изменению Законом от 15.02.2016 г. № 32-ФЗ «О внесении изменений в ч.ч. 1 и 2 НК РФ и в ФЗ «О внесении изменений в ч.ч. 1 и 2 НК РФ (в части налогообложения прибыли контролируемых иностранных компаний и доходов иностранных организаций» (далее — Закон № 32-ФЗ)<sup>2</sup>. По прежней редакции п. 58 ст. 217 НК РФ от НДФЛ освобождались только дивиденды, с которых удержан налог с учетом ст. 312 НК РФ. В новой редакции Закона № 32-ФЗ исключено указание, что действие пункта распространяется только на дивиденды, фраза «доходы в виде дивидендов» заменена на «доходы, полученные от иностранной организации, фактическим источником выплаты которых являются российские организации», в то время как в пп. 50 п. 1 ст. 251 НК РФ такую же фразу не изменили. Итак, п. 58 ст. 217 НК РФ, в отличие от пп. 50 п. 1 ст. 251 НК РФ, применяется ко всем пассивным доходам, бенефициарный собственник которых — российское физическое лицо и с которых удержан НДФЛ налоговым агентом. Таким образом, российская компания — бенефициарный собственник процентов, роялти должна самостоятельно уплатить с них налог

<sup>1</sup> Письма Минфина России от 12.08.2015 № 03-08-05/46613, от 24.08.2015 № 03-08-05/48756, 10.07.2015 № 03-08-05/39803, от 16.08.2016 № 03-08-05/47852, от 02.02.2016 № 03-08-05/6650.

<sup>2</sup> Федеральный закон от 15.02.2016 № 32-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и в Федеральный закон "О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации (в части налогообложения прибыли контролируемых иностранных компаний и доходов иностранных организаций)"» // Российская газета. 17.02.2016.

на прибыль организаций по ставке 20 %, включив доход в свою налоговую базу. Такое исключение объясняется отличным от дивидендов порядком налогообложения роялти и процентов: дивиденды — всегда из чистой прибыли после удержания налога на прибыль организаций, а роялти и проценты учитываются в расходах (доходах), изменяющих налоговую базу по налогу.

В пунктах 1.1—1.4 статьи 312 НК РФ установлены специальные правила сквозного налогообложения при выплате российской организацией дивидендов иностранному лицу, смысл их в следующем. Иностранная компания, получившая дивиденды от российской организации, может добровольно (по запросу налогового агента) признать отсутствие у нее статуса бенефициарного собственника дивидендов и, кроме того, указать на такое лицо. Если названный бенефициарный собственник прямо и (или) косвенно участвует в российской организации, выплатившей дивиденды, (далее — российская организация) и является резидентом страны соглашения, то соглашение РФ применяется к этому лицу. Например, российская организация выплатила дивиденды кипрской компании, а она — своему единственному акционеру — гражданину Кипра. Тогда российская организация по-прежнему удерживает налог с дивидендов — 5 % (10 %) по п. 2 ст. 10 соглашения с Кипром, так как право на применение соглашения возникает у последующего лица — акционера кипрской компании, тоже резидента Кипра. Если бенефициарный собственник дивидендов (в нашей ситуации — единственный акционер кипрской компании) — налоговый резидент РФ, то наступают следующие налоговые последствия:

- 1) с дивидендов, выплачиваемых иностранной (кипрской) компании, налог у источника — 15 % по пп. 3 п. 3 ст. 284 НК РФ налоговым агентом не удерживается на основании пп. 1 п. 4 ст. 7 НК РФ;
- 2) налоговый агент, согласно п. 1.1. ст. 312 НК РФ, удерживает налог с дивидендов, бенефициарный собственник которых —

резидент РФ, по ставкам 13 % или 0 % для российских организаций по пп. 1, пп. 2 п. 3 ст. 284 НК РФ и 13 % — для физических лиц по п. 1 ст. 224 НК РФ.

В последующем такие дивиденды российских физических и юридических лиц — бенефициарных собственников не подлежат повторному налогообложению согласно п. 58 ст. 217 НК РФ и пп. 50 п. 1 ст. 251 НК РФ, если с них удержан НДФЛ или налог на прибыль организаций с учетом положений ст. 312 НК РФ. Отметим, что освобождение от налогообложения применяется только при наличии документов, подтверждающих удержание налога налоговым агентом, и наличии у налогоплательщика — российского резидента статуса бенефициарного собственника дивидендов. Данный вывод следует также из письма Минфина РФ от 16.08.2016 № 03-08-05/47852.

Для применения описанного принципа сквозного налогообложения налоговый агент, распределяющий дивиденды, согласно п. 1.2 ст. 312 НК РФ, вправе запросить у иностранной кондуитной компании и бенефициарного собственника дохода следующие документы (с 2017 г. «право» сменяется на «обязанность»<sup>3</sup>):

- письменное подтверждение отсутствия у иностранной компании статуса бенефициарного собственника;
- информацию о бенефициарном собственнике, включающую:
  - 1) указание доли и документального подтверждения порядка прямого участия в этой иностранной организации, по нашему примеру, что российское лицо прямо участвует на 100 % в кипрской компании — непосредственном получателе дохода;
  - 2) указание доли и документальное подтверждение косвенного порядка участия в российской организации, распределившей дивиденды. В нашем примере российский резидент (единственный акционер кипрской компании) имеет 100 % долю косвенного участия в российской организации.

<sup>3</sup> Федеральный закон от 15 февраля 2016 г. № 32-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую НК РФ и ФЗ “О внесении изменений в части первую и вторую НК РФ (в части налогообложения прибыли контролируемых иностранных компаний и доходов иностранных организаций)”». П. 19 ст. 2.

Подчеркнем, что мы специально акцентируем внимание на том, что в п. 1.2 ст. 312 НК РФ говорится о предоставлении подтверждения *прямого участия бенефициарного собственника в иностранной компании, получившей дивиденды от источников в РФ*. Это положение принципиально важно для правильного применения «принципа сквозного налогообложения», оно доказывает следующие значимые выводы:

- 1) российский резидент может быть признан бенефициарным собственником дивидендов, выплачиваемых российской компанией, только *при его прямом участии в иностранной компании-резиденте договаривающегося государства и косвенном участии через эту компанию в российской организации;*
- 2) *в случае, если российский резидент является участником любой офшорной компании, а та, в свою очередь, акционером иностранной компании — непосредственного получателя дивидендов, то российское лицо не может быть признано бенефициарным собственником дивидендов в порядке п. 1.1 и п. 1.2 ст. 312 НК РФ, так как оно уже будет иметь в иностранной компании — резиденте договаривающегося государства не прямую, а косвенную долю участия.* В таком случае бенефициарным собственником дивидендов должна признаваться офшорная компания — прямой акционер кипрской компании. В связи с этим российская компания, выплачивающая дивиденды, должна удерживать при выплате дивидендов не НДФЛ по ставке 13 % или налог на прибыль организаций с дивидендов по ставке 0 %, а налог у источника по ставке 15 %, установленной пп. 3 п. 3 ст. 284 НК РФ. В свою очередь, Минфин РФ от 14.06.2016 № 03-08-05/34379 излагает иной подход к толкованию порядка применения принципа сквозного налогообложения, закрепленного в ст. 312

НК РФ. По его мнению, налоговый агент при выплате дивидендов иностранной компании — резиденту договаривающегося государства может удержать с выплачиваемых дивидендов не налог у источника, а НДФЛ по ставке 13 % или налог на прибыль организаций с дивидендов по ставке 13 или 0 %, если бенефициарным собственником дивидендов является российский резидент, косвенно участвующий в российской организации, выплачивающей доход, *даже при наличии в цепочке участия организаций — резидентов государств, включенных в Перечень офшорных зон, утвержденных приказом Минфина РФ от 13.11.2007 № 181<sup>4</sup>.* Иными словами, *российский резидент может быть признан бенефициарным собственником дивидендов даже тогда, когда он косвенно участвует в иностранной организации — резиденте договаривающегося государства, через офшорную компанию.* То есть, по мнению Минфина России, косвенное участие российского резидента в российской организации, распределяющей дивиденды через кипрскую и любую офшорную компании, должно приравниваться к прямому участию его в российской организации. Такое толкование приводит к следующему: кипрская и офшорная компании не воспринимаются как налогоплательщики, налог у источника с дивидендов не взимается вообще, а удерживается НДФЛ или налог на прибыль организаций с дивидендов, имеющие более низкие налоговые ставки, как будто бы дивиденды выплачивались российскому резиденту напрямую.

Аналогичного подхода к толкованию придерживаются и некоторые российские специалисты в области международного налогообложения, в частности В. А. Гидирим<sup>5</sup>, С. Фоевцов<sup>6</sup>. По их мнению, положения ст. 312 НК РФ позволяют оставлять без внимания все кондуитные (холдинговые) компании «по всей цепочке вплоть до конечного российского» физическо-

<sup>4</sup> Приказ Минфина РФ от 13 ноября 2007 г. № 108н «Об утверждении Перечня государств и территорий, предоставляющих льготный налоговый режим налогообложения и (или) не предусматривающих раскрытия и предоставления информации при проведении финансовых операций (офшорные зоны)».

<sup>5</sup> Гидирим В. А. Концепция фактического права в налоговом законодательстве: вносим ясность // URL: [http://zakon.ru/blog/2015/8/1/konceptsiya\\_fakticheskogo\\_prava\\_v\\_nalogovom\\_zakonodatelstve\\_vnosim\\_yasnost](http://zakon.ru/blog/2015/8/1/konceptsiya_fakticheskogo_prava_v_nalogovom_zakonodatelstve_vnosim_yasnost).

<sup>6</sup> Фоевцов С. Особенности удержания налога у источника по доходам в виде дивидендов // Предпринимательство и право. 10.05.2016. URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=7146>.



го или юридического лица (акционера) «при должном раскрытии информации о косвенном владении на всех звеньях цепочки холдинга».

По нашему мнению, такое толкование принципа сквозного налогообложения, при котором для целей налогообложения в цепочке до конечного акционера (бенефициара) — резидента РФ игнорируются все компании, включая офшорные, в корне неверно, на основании следующего:

1) данная интерпретация логически не соотносится с иными разъяснения Минфина РФ в письме от 29.01.2016 № 03-08-05/3852. В данном письме рассматривается вопрос о налогообложении дивидендов, выплачиваемых российской организацией компании на Кайманах, единственный участник которой — налоговый резидент РФ. Минфин России приходит к выводу, что в этом случае при выплате дивидендов российская компания должна удержать налог у источника по ставке 15 %, согласно пп. 3 п. 3 ст. 284 НК РФ, положения п. 1.1 ст. 312 НК РФ не применимы, потому что между Каймановыми островами и РФ нет налогового соглашения. В итоге, исходя из писем Минфина РФ, получается, что при сложной многоуровневой холдинговой структуре, где образуется цепочка владения российской организацией, выплачивающей дивиденды: «российский резидент — офшорная компания — иностранная компания, являющаяся резидентом договаривающегося государства», налогообложение дивидендов более выгодное, чем при «укороченной» структуре владения российской организацией: «российский резидент — офшорная компания». В первом случае российская организация с позиции Минфина РФ должна удержать только НДФЛ по ставке 13 % или налог на прибыль организаций с дивидендов — 13 или 0 %. В последнем случае российская организация должна удержать

налог у источника с выплачиваемых дивидендов по ставке 15 %, а затем российский резидент с полученных дивидендов от офшорной компании должен также заплатить налог в России. Такое толкование принципа сквозного налогообложения приводит к экономически необоснованному различному налогообложению российских резидентов, косвенно получающих дивиденды от российской организации через офшорную компанию и получающих — через две промежуточные компании «иностранную организацию — резидента договаривающегося государства и офшорную компанию», чего быть не должно;

2) выше мы доказывали, что нашедший отражение в п. 2 ст. 7 НК РФ подход к толкованию концепции бенефициарного собственника дохода, предполагающий ее смешение с концепцией бенефициарного владельца компаний, не соответствует сущности международной налоговой концепции, сложившимся подходам в Комментариях к Модельной конвенции ОЭСР 2014 г. и нецелесообразен с фискальной точки зрения<sup>7</sup>. Концепция бенефициарного собственника дохода не должна сводиться к бенефициарному владельцу иностранных компаний, которым в любом случае является физическое лицо. В противном случае иностранные компании, созданные (контролируемые) не резидентами договаривающегося государства, никогда бы не могли бы воспользоваться налоговыми соглашениями РФ. Отметим, что о необходимости разграничения данных концепций писали и другие ученые — В. А. Гидирим<sup>8</sup> и И. А. Хаванова<sup>9</sup>.

Приведенные доводы подтверждают правильность позиции о том, что при применении сквозного налогообложения мы не можем признавать российского резидента бенефициарным собственником дивидендов, когда он косвенно владеет иностранной компани-

<sup>7</sup> Балакина З. В. Правовые проблемы интерпретации концепции бенефициарного собственника дохода в российском налоговом законодательстве // Российский юридический журнал. 2015. № 6.

<sup>8</sup> Гидирим В. А. Концепция бенефициарной собственности в международном налогообложении // Журнал международного права. 2014. № 34.

<sup>9</sup> Хаванова И. А. Избежание двойного налогообложения и предотвращение уклонения от налогообложения в условиях взаимодействия национального и международного права : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. С. 234—235.



ей — резидентом договаривающегося государства через офшорную организацию, и не удерживать налог у источника с дивидендов по стандартной ставке НК РФ 15 %. В этом случае офшорная компания должна оставаться бенефициарным собственником дивидендов, игнорировать ее самостоятельный статус налогоплательщика для целей налогообложения, применив подход «корпоративной вуали» неправомерно. Аналогичный подход к толкованию принципа прозрачности должен быть и при выплате процентов и роялти.

Итак, по нашему мнению, при отказе в признании бенефициарным собственником иностранной компании — резидента страны соглашения, перечисляющей дивиденды, проценты или роялти офшорной компании, российская компания должна удерживать налог у источника в России по общим ставкам (20 или 15 %), установленным НК РФ, независимо от того, кому дальше офшорная компания перечисляет доход, кто является ее конечным акционером (бенефициарным владельцем компании) — налоговый резидент третьего государства или РФ. Такой подход в большей степени лишает российских бенефициаров налоговых стимулов создания офшорных компаний, нежели интерпретация, данная Минфином РФ в своих письмах. Российская компания не должна удерживать налог у источника по общим налоговым ставкам в соответствии с пп. 1 п. 4 ст. 7

и п. 1.1 ст. 312 НК РФ только когда резидент страны соглашения перечисляет полученный от источников в РФ доход напрямую российскому резиденту (акционеру, займодавцу или лицензиару), а не через офшорную структуру. При этом, как мы обосновали ранее, российская компания обязана выполнять функции налогового агента по отношению к российскому резиденту — физическому лицу при выплате любых видов дохода, а юридическому лицу только при распределении дивидендов.

В случае же, когда российская организация не признает иностранное лицо — резидента страны соглашения бенефициарным собственником дохода и при этом не знает, кто им является, то она должна удерживать налог с доходов иностранного лица по обычным ставкам НК РФ (20 и 15 %). Концепция бенефициарного собственника не имеет обязательной цели выявить, кто им является, если это не иностранное лицо — резидент страны соглашения. Данный вывод также подтверждается, в частности, постановлением Швейцарского федерального суда от 5 мая 2015 г. по делу № 2с\_263/2012<sup>10</sup>. Ведь основная сущность концепции бенефициарного собственника выражается не в определении конкретного лица, а в отказе резиденту страны соглашения, когда он им не является, в применении к нему пониженной налоговой ставки и/или освобождения от налога у источника по соглашению.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Балакина З. В. Правовые проблемы интерпретации концепции бенефициарного собственника дохода в российском налоговом законодательстве // Российский юридический журнал. — 2015. — № 6.
2. Гидирим В. А. Концепция бенефициарной собственности в международном налогообложении // Журнал международного права. — 2014. — № 34.
3. Гидирим В. А. Концепция фактического права в налоговом законодательстве: вносим ясность // URL: [http://zakon.ru/blog/2015/8/1/konceptiya\\_fakticheskogo\\_prava\\_v\\_nalogovom\\_zakonodatelstve\\_vnosim\\_yasnost](http://zakon.ru/blog/2015/8/1/konceptiya_fakticheskogo_prava_v_nalogovom_zakonodatelstve_vnosim_yasnost).
4. Хаванова И. А. Избежание двойного налогообложения и предотвращение уклонения от налогообложения в условиях взаимодействия национального и международного права : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2016. — С. 234—235.
5. Фоевцов С. Особенности удержания налога у источника по доходам в виде дивидендов // Предпринимательство и право. — 10.05.2016. — URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=7146>.

*Материал поступил в редакцию 30 апреля 2016 г.*

<sup>10</sup> Par. 7.4 Swiss Federal Supreme Court, Judgment of 05.05.2015. 2nd Administrative Law Division. Case 2c\_263/2012. Inofficial translation. Walter Wyss Ltd.

## THE PRINCIPLE OF PASS-THROUGH TAXATION IN APPLYING THE CONCEPT OF THE BENEFICIAL OWNER OF THE INCOME

**BALAKINA Zoya Vadimovna** — Post-graduate oStudent of the Department of Financial Law at the Ural State Law University  
z.balakina@bk.ru  
620137, Sverdlovskaya oblast, Ekaterinburg, ul. Vilonova, d.16

**Review.** *The article is devoted to the analysis of the problems of applying the principle of "pass-through taxation" when using the concept of the beneficial owner of the income. The article describes general rules for application of the principle of transparency; when a Russian organization paying passive income to a foreign person shall act as a tax agent and when not. The research in question has shown that a Russian organization acts as a tax agent with respect to a Russian beneficiary owner when it pays any revenue to a physical entity and when it pays dividends to a legal entity. Also, the paper considers special rules of "pass-through taxation" when paying dividends. On the basis of the study carried out by the author a following important conclusion has been made. If a foreign company is resided in the country of an agreement and does not act as a beneficiary owner of a passive income received from Russia because it transfers the income to a foreign company, a Russian company must deduct income tax from an institution in Russia at common rates of the Tax Code equal to 20% or 15% regardless of who is a final shareholder (beneficiary) of an offshore company – a tax resident of a third State or the Russian Federation. This approach to greater extent deprives Russian beneficiaries of tax incentives to create offshore companies and is correct, whereas the interpretation given in the Letters of the Ministry of Finance of the Russian Federation that allows ignoring all intermediate foreign (offshore) structures up to an ultimate beneficiary who is a resident of the Russian Federation should be avoided*

**Keywords:** *beneficiary owner of the income, pass-through principle of taxation, passive income, offshore company*

### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Balakina Z. V. Pravovye problemy interpretacii koncepcii beneficiarnogo sobstvennika dohoda v rossijskom nalogovom zakonodatel'stve // Rossijskij juridicheskij zhurnal. — 2015. — № 6.*
2. *Gidirim V. A. Koncepcija beneficiarnoj sobstvennosti v mezhdunarodnom nalogooblozhenii // Zhurnal mezhdunarodnogo prava. — 2014. — № 34.*
3. *Gidirim V. A. Koncepcija fakticheskogo prava v nalogovom zakonodatel'stve: vnosim jasnost' // URL: [http://zakon.ru/blog/2015/8/1/koncepciya\\_fakticheskogo\\_prava\\_v\\_nalogovom\\_zakonodatelstve\\_vnosim\\_yasnost](http://zakon.ru/blog/2015/8/1/koncepciya_fakticheskogo_prava_v_nalogovom_zakonodatelstve_vnosim_yasnost).*
4. *Havanova I. A. Izbezhanie dvojnogo nalogooblozhenija i predotvrashhenie ukлонenija ot nalogooblozhenija v uslovijah vzaimodejstvija nacional'nogo i mezhdunarodnogo prava : dis. ... d-ra jurid. nauk. — M., 2016. — S. 234—235.*
5. *Foecov S. Osobennosti uderzhanija naloga u istochnika po dohodam v vide dividendov // Predprinimatel'stvo i pravo. — 10.05.2016. — URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=7146>*

## Принцип *superficies solo cedit* в российском праве

**Аннотация.** Автор затрагивает проблему соотношения судьбы строения и земельного участка, на котором оно возведено. Анализируется процесс становления принципа *superficies solo cedit* в российском праве: единство судьбы, элементы единого объекта, сложившиеся на практике. Главный вывод — отечественным правопорядком данный принцип воспринят только частично. Также в статье рассматриваются основные изменения, касающиеся данного процесса, которые будут иметь место в рамках реформы вещного права, предлагаются отдельные усовершенствования новых положений, которые способствовали бы дальнейшему становлению данного принципа.

Принцип *superficies solo cedit* в конечном итоге должен привести к вещному единству земельного участка и объектов, прочно с ним связанных. Автор заключает, что данный процесс уже завершился в отношении ряда объектов. Основной проблемой на сегодняшний день, по мнению автора, является завершение данного процесса в отношении строений.

**Ключевые слова:** здание, сооружение, земельный участок, принцип *superficies solo cedit*, единство судьбы, единый объект.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.094-098**

### 1. Современное правовое регулирование

Принцип римского права *superficies solo cedit* означает, что сделанное над поверхностью следует за поверхностью<sup>1</sup>. Он состоял в так называемом правиле приращения: вновь возведенное здание признавалось частью земельного участка, «прирастая» к нему, оно поступало в собственность собственника земельного участка.

В результате рецепции указанного принципа он несколько изменился<sup>2</sup>: возведенное застройщиком строение признается составной

частью права застройщика, а значит, в отношении последнего застройщик, по факту, обладает правомочиями собственника. Так как с помощью фикции право застройщика приравнивается к земельному участку<sup>3</sup>, действие принципа *superficies solo cedit* при таком регулировании проявляется в том, что строение не обособлено в вещно-правовом смысле, является составной частью как бы земельного участка. Следовательно, вещный эффект *superficies solo cedit* сохраняется.

<sup>1</sup> См.: Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М., 2008. С. 161.

<sup>2</sup> Такое решение имеет место в немецком гражданском праве.

<sup>3</sup> Леонтьева Е. А., Эм М. Наследственное право застройщика: опыт Германии // Вестник гражданского права. 2011. № 6. С. 44.

© Ким С. Г., 2016

\* Ким Сергей Геннадиевич, студент юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова  
mgu2014kim@gmail.com

119991, Россия, г. Москва, ул. Ленинские Горы, д. 1

В российском праве указанный принцип текстуально воспроизводится в пп. 5 п. 1 ст. 1 Земельного кодекса РФ в качестве принципа единства судьбы земельных участков и прочно связанных с ними объектов, «согласно которому все прочно связанные с земельными участками объекты следуют судьбе земельных участков». Можно выделить два проявления этого принципа<sup>4</sup>:

- 1) когда строение<sup>5</sup> и земельный участок попадают в собственность одному лицу, ими уже нельзя распоряжаться по-отдельности, они связаны единой судьбой;
- 2) когда собственник земельного участка и собственник строения — разные лица, у последнего всегда должно быть хотя бы право пользования земельным участком.

Второй эффект похож на немецкую модель права застройки, так как устанавливает связь между строением и правом на земельный участок. Вместе с тем и первый, и второй эффект не образуют вместе действия принципа *superficies solo cedit* в классическом варианте, поскольку строение остается обособленным в вещно-правовом смысле, то есть остается самостоятельной вещью, а значит не достигается единства строения и земельного участка в статике — как одной сложной вещи. В российской модели недвижимости едина исключительно в динамике (обязательства, наследование и т.д.).

Тем не менее положения закона были развиты и даже изменены практикой Высшего Арбитражного Суда РФ. Так, в постановлении Президиума ВАС РФ по делу № 17085/12<sup>6</sup> суд выводит следующее правило: «Здания и сооружения, возведенные собственником на принадлежащем ему земельном участке и права на которые не зарегистрированы в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним, являются *составной частью* земельного участка». Это говорит о том, что

судебная практика в случае возведения лицом здания на его собственном земельном участке руководствуется принципом *единого объекта*.

Определение правового положения строения, возведенного на чужом, а не на собственном земельном участке, вызывает большие трудности. В соответствии со ст. 219 Гражданского кодекса РФ с момента государственной регистрации арендатор либо иное лицо, пользующееся чужим земельным участком, приобретает на возведенное строение право собственности. Тем не менее это порождает вопрос: чем является строение до момента государственной регистрации? Ни закон, ни практика до сих пор не ответили на него.

В связи с этим можно предположить четыре возможных варианта<sup>7</sup>:

- 1) строение не признается правопорядком в качестве объекта материального мира, как это имеет место с самовольной постройкой, а после государственной регистрации, соответственно, начинает признаваться;
- 2) строение — составная часть земельного участка, то есть поступает в имущественную массу собственника земельного участка, а после государственной регистрации, становясь самостоятельной вещью, переходит в массу арендатора;
- 3) строение — движимая вещь, которая после государственной регистрации превращается в недвижимую;
- 4) строение — составная часть аренды или какого-либо права на земельный участок, которая после государственной регистрации превращается в вещь.

Первые два варианта абсолютно неприемлемы с точки зрения политики права<sup>8</sup>. Оставшиеся два — третий и четвертый представляют различные способы решения проблемы в зависимости от того, будет ли отдано предпочтение

---

<sup>4</sup> Козырь О. М., Маковская А. А. «Единая судьба» земельных участков и расположенных на нем иных объектов недвижимости (реальность и перспективы) // Вестник ВАС РФ. 2003. № 2. С. 100.

<sup>5</sup> Понятие «строение» используется нами в качестве обобщающего для легальной формулировки «здание и сооружение».

<sup>6</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 мая 2013 г. по делу № 17085/12 // URL: [http://arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id\\_casedoc=1\\_1\\_5939eec9-978a-4bdc-bb73-6eb874fb44ea.pdf](http://arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_5939eec9-978a-4bdc-bb73-6eb874fb44ea.pdf) (дата обращения: 29.11.2015).

<sup>7</sup> Писков И. П. К вопросу о понятии недвижимости в российском праве // Проблемы развития частного права : сборник статей к юбилею В. С. Ема / отв. ред. Е. А. Суханов, Н. В. Козлова. М., 2011. С. 266.

<sup>8</sup> Писков И. П. Указ. соч. С. 267.

«юридической» концепции недвижимости<sup>9</sup> или «физической»<sup>10</sup>, так как случай перехода из режима движимой вещи в недвижимую возможен только в рамках «юридической» концепции. Поскольку в актуальном российском праве предпочтение отдано «физической» концепции<sup>11</sup>, единственно правильным будет четвертый вариант решения проблемы — вновь возведенное строение до государственной регистрации является составной частью аренды. Это значит, что вновь возведенное строение как на собственном земельном участке, так и на чужом, до момента государственной регистрации пребывает в режиме единого объекта.

Таким образом, появление принципа единого объекта означает, что в российское право частично введено правило «приращения», так как строение и земельный участок перестают быть самостоятельными объектами и сливаются в один, что, в свою очередь, представляет собой начало становления истинного *superficies solo cedit*. В связи с этим можно сделать вывод, что на данный момент в российском праве действуют сразу два варианта соотношения строения и земельного участка: принцип единства судьбы по общему правилу и принцип единого объекта, когда не зарегистрировано право собственности на вновь возведенное строение.

## 2. Предлагаемые изменения

Единственным изменением из тех, которые были предложены по этому вопросу в Концепции развития гражданского законодательства о

вещных правах<sup>12</sup> (далее — Концепция), на данный момент реализовано только одно, в связи с чем уже на законодательном уровне появилась конструкция, основанная на принципе *superficies solo cedit*. Речь идет о ст. 133.1 ГК РФ, которая ввела нормы о едином недвижимом комплексе. Согласно ей, если строения, находясь на одном земельном участке, то весь этот комплекс можно зарегистрировать в качестве одной вещи.

В Концепции имеются и другие изменения в ГК РФ, которые способствовали бы дальнейшему становлению принципа *superficies solo cedit* в российском праве. В п. 3.6.3 Концепции отмечено следующее: «В ГК должна быть реализована модель единого объекта недвижимости, который возникает при совпадении в одном лице собственника земельного участка и собственника находящегося на нем недвижимого имущества». Концепция предлагает распространить режим единого объекта не только на вновь возведенные строения до государственной регистрации, но и на случаи, когда собственник земельного участка выкупил строение, которое до этого было не в его собственности, или, наоборот, собственник строения выкупил земельный участок. В первом своем проявлении, т.е. когда собственник земельного участка и строения — одно лицо, принцип единства судьбы в варианте Концепции должен быть полностью заменен принципом единого объекта. Такое положение впоследствии попало в ст. 130 ГК РФ в варианте Проекта изменений раздела 2 ГК РФ<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Содержание «юридической» концепции: недвижимость — режим, который конституируется государственной регистрацией, то есть в рамках этой концепции вещь является недвижимой с момента государственной регистрации.

<sup>10</sup> Содержание «физической» концепции: вещь является недвижимой с момента создания в силу физических свойств.

<sup>11</sup> Согласно абз. 4 п. 38 постановления Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (Бюллетень ВС РФ. 2015. № 8. С. 2—8.), «правомерно возведенное здание или сооружение является объектом недвижимости, в том числе до регистрации на него права собственности лица, в законном владении которого оно находится».

<sup>12</sup> Концепция развития гражданского законодательства о вещных правах, одобренная Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

<sup>13</sup> Проект федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // URL: <http://www.komitet2-10.km.duma.gov.ru> (дата обращения: 29.11.2015).



В отношении квалификации строения, воздвигнутого на чужом земельном участке, то есть на основании права застройки, составители Проекта перенесли норму из актуальной ст. 219 ГК РФ: с момента государственной регистрации строение является собственностью застройщика (п. 2 ст. 300 ГК РФ в редакции Проекта). В такой ситуации остается опять не разрешенным вопрос о судьбе строения с момента создания до государственной регистрации. Представляется, что необходимо поднять на законодательный уровень единственно возможное решение проблемы, найденное выше, и сформулировать этот пункт в следующей редакции: «2. Здания и сооружения, возведенные на основании права застройки, признаются составной частью права застройки. Субъект права застройки может зарегистрировать право собственности на возведенные здания и сооружения». Такое решение, которое также принято в Германии относительно права

застройки, опробованное на протяжении нескольких десятков лет, органично вписалось бы и даже укрепило бы тенденцию к восприятию российским правопорядком римского фундаментального принципа.

Таким образом, в данной статье описывается процесс становления принципа *superficies solo cedit*, который в конечном счете должен привести к вещному единству земельного участка и объектов, прочно с ним связанных. Данный процесс уже завершился в отношении ряда объектов<sup>14</sup>. Завершится ли он в отношении строений, и потеряют ли последние значение вещей — вопрос дискуссионный, который выходит за рамки настоящего исследования, имеющего больше описательное значение. По крайней мере, на данный момент можно точно сказать, что отечественный правопорядок только стремится к восприятию данного принципа, но окончательно он еще не установился.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Герасин С. И. Проблемы формирования единого объекта недвижимости в Российской Федерации // Право собственности на землю в России и ЕС / отв. ред. И. А. Иконицкая. — М., 2009. — С. 157—215.
2. Козырь О. М., Маковская А. А. «Единая судьба» земельных участков и расположенных на нем иных объектов недвижимости (реальность и перспективы) // Вестник ВАС РФ. — 2003. — № 2. — С. 92—115.
3. Концепция развития гражданского законодательства о вещных правах, одобренная Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства // Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 11. — С. 17—32.
4. Леонтьева Е. А., Эм М. Наследственное право застройки: опыт Германии // Вестник гражданского права. — 2011. — № 6. — С. 30—75.
5. Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. — М., 2008. — 560 с.
6. Писков И. П. К вопросу о понятии недвижимости в российском праве // Проблемы развития частного права : сборник статей к юбилею В. С. Ема / отв. ред. Е. А. Суханов, Н. В. Козлова. — М., 2011. — С. 253—270.

*Материал поступил в редакцию 8 августа 2016 г.*

---

<sup>14</sup> Леса, многолетние насаждения и обособленные водные объекты были исключены из ст. 130 ГК РФ. Как следствие, перечисленные объекты перестали быть самостоятельными объектами недвижимости, а значит, стали составными частями земельных участков.

### THE PRINCIPLE OF SUPERFICIES SOLO CEDIT IN RUSSIAN LAW

**KIM Sergey Gennadyevich** — Second year student of the Law Faculty at the Lomonosov Moscow State University  
mgu2014kim@gmail.com  
119991, Russia, Moscow, ul. Leninskie Gory

**Review.** *The author addresses the problem of correlation of the fate of a construction and a land plot on which it has been built. The author analyses the process of establishment of the principle of superficies solo cedit in Russian law: the unity of fate, the elements of a single facility that have developed in practice. The main conclusion is that this principle is only partially accepted by the domestic legal order. Also, the article reviews major developments associated with this process that will take place within the framework of the reform of property rights, offers individual improvements of the new regulations that would facilitate the further development of this principle.*

*The principle of superficies solo cedit should eventually lead to a rem unity of land and objects firmly associated with it. The author concludes that this process had already been completed for a number of facilities. The main problem today, according to the author, is the completion of the process in relation to buildings.*

**Keywords:** *building, structure, land plot, superficies solo cedit principle, the unity of fate, a single object.*

### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Gerasin S. I. Problemy formirovaniya edinogo ob"ekta nedvizhimosti v Rossiyskoy Federatsii // Pravo sobstvennosti na zemlyu v Rossii i ES / otv. red. I. A. Ikonitskoy. — M., 2009. — S. 157—215.
2. Kozyr' O. M., Makovskaya A. A. «Edinaya sud'ba» zemel'nykh uchastkov i raspolozhennykh na nem inykh ob"ektov nedvizhimosti (real'nost' i perspektivy) // Vestnik VAS RF. — 2003. — № 2. — S. 92—115.
3. Kontseptsiya razvitiya grazhdanskogo zakonodatel'stva o veshnykh pravakh, odobrennaya Sovetom pri Prezidente RF po kodifikatsii i sovershenstvovaniyu grazhdanskogo zakonodatel'stva // Vestnik VAS RF. — 2009. — № 11. — S. 17—32.
4. Leont'eva E. A., Ehm M. Nasledstvennoe pravo zastroyki: opyt Germanii // Vestnik grazhdanskogo prava. — 2011. — № 6. — S. 30—75.
5. Rimskoe chastnoe pravo : uchebnik / pod red. I. B. Novitskogo, I. S. Pereterskogo. — M., 2008. — 560 s.
6. Piskov I. P. K voprosu o ponyatii nedvizhimosti v rossiyskom prave // Problemy razvitiya chastnogo prava : sbornik statey k yubileyu V. S. Ema / otv. red. E. A. Sukhanov, N. V. Kozlova. — M., 2011. — S. 253—270.

# ГРАЖДАНСКОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

О. М. Свириденко\*

## Принцип объективной реальной платежеспособности должника

**Аннотация.** На основе анализа норм законодательства о банкротстве, а также материалов судебно-арбитражной практики автор делает вывод о необходимости проведения предупредительных и восстановительных процедур банкротства с целью предотвращения массовых банкротств. Особая роль в решении данной проблемы отводится арбитражному суду.

**Ключевые слова:** должник, платежеспособность, банкротство, отсрочка платежа.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.099-103**

На протяжении последних 20 лет интенсивное развитие экономических и предпринимательских отношений привело в целом к устойчивому формированию разных форм собственности в отношении всех предприятий и организаций России. «Грубый передел собственности» 90-х уже позади, и теперь более актуальным стал вопрос правовой, финансовой и иной защиты субъектов экономической и предпринимательской деятельности.

В настоящее время законодательство о банкротстве находится в стадии развития. В 2015 г. в законодательстве вступили в силу изменения, касающиеся общих правил банкротства, введен новый институт банкротства физических лиц. Так, в законодательстве о банкротстве (Федеральный закон от 29.12.2014 № 482-ФЗ) увеличен минимальный порог для инициирования дела о банкротстве должника — юридического лица — со 100 000 до 300 000 руб. (п. 2 ст. 6 Закона о банкротстве). Для субъектов естественных монополий и

стратегических предприятий сумма выросла с 500 000 до 1 000 000 руб. Однако в современных условиях наличие в законодательстве реальной формальной возможности в случае неплатежеспособности в срок до 3 месяцев и упомянутой выше суммы задолженности возбудить процедуру банкротства может привести к системному коллапсу всей экономики России и очередному переделу собственности.

В период глубокого мирового финансово-экономического кризиса платежеспособность предприятий не всегда близка к идеальной. В положении банкрота могут оказаться не только стратегические и градообразующие предприятия, но и обычные, работающие в любой сфере бизнеса.

В этой связи показательно, что до Революции 1917 г. в России введение администрации «по делам торговым» возможно было только в отношении «обширных» предприятий (ст. 395 Устава судопроизводства торгового). Профессор Г. Ф. Шершеневич отмечал, что

---

© Свириденко О. М., 2016

\* Свириденко Олег Михайлович, доктор юридических наук, заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации — председатель Судебной коллегии по экономическим спорам, заслуженный юрист РФ

<http://www.supcourt.ru>

121260, Россия, г. Москва, ул. Поварская, 15

введение администрации в отношении должника «вызывается не снисходительностью к их несчастному положению, а соображениями финансовой политики, стремлением поддержать отечественную торговлю»<sup>1</sup>. Вывод учено-го-цивилиста, несомненно, верный, поскольку институт несостоятельности (банкротства) является исключительным случаем, государство должно быть заинтересовано в экономическом росте и недопущении социально-экономических негативных последствий.

Таким образом, наиболее важной функцией института несостоятельности является социальная функция, поскольку в современных условиях цель института несостоятельности (банкротства) заключается не только в удовлетворении требований кредиторов, защите прав должника, но и в стабильности рынка, рыночных отношений. Бесспорно, несостоятельность одного субъекта (особенно если речь идет о несостоятельности градообразующего или стратегического предприятия) может негативно сказаться на экономике в целом. Следовательно, исходя из принципа добросовестности субъектов гражданского оборота, вопросов, связанных с «чисткой» экономики России от формально существующих, но фактически не работающих предприятий, по существу не должно быть.

В этом аспекте для создания условий эффективного применения рассматриваемого института необходимо достижение баланса между применением различных процедур банкротства и реальной платежеспособностью должника.

В настоящее время вопросы собственности предприятий и организаций в основном решены. Возникает проблема их защиты. И теперь особую актуальность приобретает разработка новых способов и механизмов гражданско-правовой защиты субъектов экономических и предпринимательских отношений в целом и, естественно, банкротных в частности.

В правовой и экономической литературе справедливо существенное внимание уделяется анализу причин неплатежеспособности

предприятий<sup>2</sup> и задач процедур банкротства. При этом задачи института несостоятельности проявляются во взаимодействии предмета и метода правового регулирования и определяют место института несостоятельности (банкротства) в системе права<sup>3</sup>.

На современном этапе развития рыночных отношений **предупредительный и восстановительный механизмы процедур банкротства** являются одним из элементов всего механизма правового регулирования отношений, связанных с несостоятельностью (банкротством). Важность применения данных мер вызвана необходимостью предотвращать массовые банкротства. И комплекс экономических, организационных, управленческих, финансовых и иных мероприятий, осуществляемых с целью недопущения несостоятельности, требует адекватного законодательного регулирования.

Представляется возможным отнесение к упомянутому комплексу мероприятий проведение мер по реабилитации должника в рамках судебных процедур, а также мер по предупреждению банкротства, применяемых до момента подачи в арбитражный суд заявления о признании должника банкротом (ст. 30, 31 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2016) (далее — Закон о банкротстве)). Все эти действия должны помочь избежать негативных социально-экономических последствий.

Однако на примере такой процедуры, как санация, можно наблюдать низкую заинтересованность участников гражданского оборота в сохранении и восстановлении платежеспособности предприятия в качестве имущественного комплекса.

Согласно статье 31 Закона о банкротстве, санация — это предоставление учредителями (участниками) должника, собственником имущества должника — унитарного предприятия, кредиторами и иными лицами в рамках мер по предупреждению банкротства должнику финансовой помощи в размере, достаточном для

<sup>1</sup> Шершеневич Г. Ф. Конкурсный процесс. М., 2000. С. 127.

<sup>2</sup> Шилохвост С. Замена исполнения и отступное в иностранном праве (на примере Германии, Франции, Австрии и Швейцарии) // Вестник ВАС РФ. 1998. № 12.

<sup>3</sup> Подробнее о правовой природе норм о банкротстве: Свириденко О. М. Концепция несостоятельности (банкротства) в России : монография. М. : Юстицинформ, 2008. С. 77—78.

погашения денежных обязательств и обязательных платежей и восстановления платежеспособности должника.

Пункт 2 статьи 31 Закона о банкротстве предусматривает, что предоставление финансовой помощи может сопровождаться принятием на себя должником или иными лицами обязательств в пользу лиц, предоставивших финансовую помощь.

В научной литературе ряд авторов понимают под санацией восстановительную процедуру наряду с наблюдением и внешним управлением<sup>4</sup>. Однако позиция, согласно которой досудебная санация к числу процедур, применяемых при банкротстве, не относится, представляется обоснованной<sup>5</sup>. Формы предоставления финансовой помощи в рамках проведения досудебной санации могут быть различными: в виде предоставления займа (процентного, беспроцентного); в виде безвозвратной финансовой помощи; возмездное поступление путем принятия решения о выпуске облигаций, векселей; путем принятия решения об увеличении уставного капитала (увеличения номинальной стоимости акций, дополнительный выпуск акций) и т.п.

Кроме того, законодательством не устанавливается каких-либо ограничений по проведению процедуры санации должника, находящегося в процессе ликвидации. После утверждения промежуточного ликвидационного баланса учредители (участники), собственник имущества должника — унитарного предприятия, кредиторы и иные лица вправе предоставить финансовую помощь ликвидируемому юридическому лицу в размере, достаточном для погашения всех заявленных в срок обязательств в соответствии со ст. 31 Закона о банкротстве.

Вместе с тем отечественное законодательство о банкротстве нуждается в совершенствовании системы процедур предупреждения банкротства для того, чтобы стимулировать, заинтересовать участников гражданского оборота принимать реальные действия, направленные на восстановление платежеспособности и предотвращение несостоятельности (банкротства). Данная необходимость вызвана

отсутствием в законе механизмов, которые бы стимулировали должника на ранней стадии инициировать дело о банкротстве в целях применения предупредительных процедур.

Судебно-арбитражная статистика также свидетельствует о невысокой эффективности реабилитационных процедур банкротства, применяемых к должникам — юридическим лицам (по итогам рассмотрения дел о банкротстве за 2003 год из 2 081 дела, по которым введена процедура внешнего управления, только в 28 случаях было прекращено производство в связи с восстановлением платежеспособности).

Закон о банкротстве в ст. 3 указывает на так называемые признаки банкротства: юридическое лицо считается неспособным удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если соответствующие обязательства и (или) обязанность не исполнены им в течение трех месяцев с даты, когда они должны были быть исполнены. Однако само по себе наличие этих признаков не является единственным условием; ст. 7 указанного Закона устанавливает, в каких случаях при наличии перечисленных признаков у того или иного лица возникает право на обращение в суд с соответствующим заявлением о признании лица банкротом.

В свою очередь, рассмотрение такого заявления не ведет автоматически к принятию решения о признании должника банкротом. В соответствии со ст. 48 Закона о несостоятельности (банкротстве) суд проводит заседание по проверке обоснованности заявления о признании должника банкротом, по результатам которого он вправе вынести одно из следующих определений: о признании требований заявителя обоснованными и введении наблюдения; об отказе во введении наблюдения и оставлении такого заявления без рассмотрения; об отказе во введении наблюдения и прекращении производства по делу о банкротстве. И уже только по результатам наблюдения (ст. 75 Закона о несостоятельности (банкротстве)) суд может принять решение о признании должника бан-

<sup>4</sup> *Свит Ю.* Восстановительные процедуры — способ предотвращения банкротства // Российская юстиция. 1998. № 3.

<sup>5</sup> Постатейный комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / под ред. В. В. Витрянского. М.: Статут, 1998. С. 38.



кротом и об открытии конкурсного производства. Такие же решения он вправе принять по результатам финансового оздоровления или внешнего управления, если они были введены по окончании наблюдения (ст. 88, 122.1, 123 Закона о банкротстве).

Формальным началом процедуры ликвидации юридического лица является принятие судом решения о признании должника банкротом (ст. 124 Закона о банкротстве), поэтому необходимо предусмотреть в законодательстве о банкротстве *императивную норму, обязывающую арбитражные суды оценивать реальную платежеспособность предприятий должников и предоставлять отсрочку платежей по погашению задолженности.*

Суды должны будут это делать в обязательном порядке до введения процедуры наблюдения. Все обстоятельства и доказательства, связанные с оценкой реального состояния платежеспособности предприятий и реальных возможностей восстановления платежеспособности предприятий, должен взять на себя соответствующий независимый государственный орган, отвечающий за социально-экономическое состояние в обществе. Такая осторожность в оценке реальной платежеспособности предприятий необходима с учетом всех активов предприятий и реальной возможности погашения долгов, особенно на предприятиях, имеющих существенную значимость для экономики и большую численность работников, а также градообразующих и стратегически важных для государства. В подобных случаях нужно любыми допустимыми с точки зрения закона путями сохранить работоспособность предприятий и предотвратить массовое увольнение сотрудников. Преобладающее значение здесь должны иметь средства, направленные на сохранение предприятия должника как единого имущественного комплекса.

При рассмотрении данной категории дел налоговая отчетность является важным источником информации о должнике: ее анализ способен уточнить выводы о финансовом состоянии предприятия и причинах утраты его платежеспособности.

В случаях временной неплатежеспособности полагаю возможным и необходимым *усилить и активизировать роль реабилитационных и оздоровительных процедур*, позволяющих сохранить действующее предприятие,

и только в крайнем случае предоставлять возможность переходить к следующим процедурам банкротства, как правило, приводящим предприятие к полному банкротству.

Таким образом, нужно принять все эффективные правовые средства для выработки гражданско-правовых механизмов регулирования отношений, связанных с применением института несостоятельности (банкротства), поскольку их непринятие может негативно сказаться на всей экономической жизни общества.

Особую актуальность приобретают в этой связи четкие и ясные правовые позиции, касающиеся не только порядка возбуждения банкротных дел, но и иных соответствующих изменений в законодательстве о несостоятельности (банкротстве), которые могли бы определить законодателю стабильные и понятные ориентиры для установления баланса интересов должника, кредиторов и всего общества.

Естественно, до принятия определенных законодательных изменений, позволяющих сохранить социально-экономическую стабильность в обществе и не допустить использования института несостоятельности (банкротства) в режиме очередного передела собственности, необходимо обеспечить активную роль арбитражного суда при рассмотрении конкретных дел по формированию единообразия практики применения законодательства о несостоятельности (банкротстве) в контексте соблюдения баланса интересов должников, кредиторов и всего общества.

Представляется нелишним изменить законодательство о несостоятельности (банкротстве) в нынешних экономических условиях страны с целью рассмотреть предложения о необходимости учета мнения должника во всех процедурах банкротства.

Для этого полезным было бы определить процессуальный статус должника во всех процедурах банкротства. На сегодняшний день с момента введения процедуры наблюдения должник и его органы управления предприятием теряют все свои полномочия и вообще не участвуют в дальнейших процедурах. Что касается зарубежной практики, в некоторых странах Европы, а также отдельных штатах Америки особая роль должника сохраняется до момента проведения торгов по продаже бизнеса. Должник может оказать влияние по сохранению такого бизнеса целиком и не до-

пустить его распродажи по частям, объяснив и мотивировав суду значимость и необходимость его сохранения для граждан того или иного штата. В нашем законодательстве также нужно предусмотреть норму, позволяющую учитывать мнение должника касательно судьбы предприятия при его продаже с торгов.

Предложения, высказанные в данной статье, — не бесспорны и могут претендовать на режим определенной дискуссии. Вместе с тем не следует забывать о том, что институт банкротства всегда являлся одним из способов и классических механизмов рыночной экономики. Кстати, на Западе институт банкротства в полной мере способствует развитию социально-экономической стабильности общества, в то

время как в России пока еще данный институт остается малоэффективным, что способствует его использованию в захвате и перераспределении собственности, а также иных формах злоупотребления.

Полагаю необходимым, проанализировав все законодательство о несостоятельности (банкротстве), сформировать определенные предпосылки для реального восстановления платежеспособности должников, оказавшихся в тяжелом финансовом положении, тем самым в условиях мирового финансово-экономического кризиса защитить предприятие как экономическую структуру и предоставить должнику возможность начать новую экономическую деятельность после неудачи.

*Материал поступил в редакцию 3 августа 2016 г.*

#### THE PRINCIPLE OF OBJECTIVE REAL CAPACITY OF A DEBTOR TO PAY

**SVIRIDENKO Oleg Mikhailovich** — PhD, Deputy Chairman of the Supreme Court of the Russian Federation, Chairman of the Board on Economic Disputes, Honoured Lawyer of the Russian Federation  
<http://www.supcourt.ru/>  
121260, Moscow, ul. Povarskaya, d.15

**Review.** *Based on the analysis of the bankruptcy legislation rules, as well as judicial and arbitrazh practice, the author makes a conclusion that it is necessary to carry out preventive and restorative bankruptcy procedures in order to prevent massive bankruptcies. A special role in the solution of this problem is given to arbitrazh tribunals.*

**Keywords:** *debtor, solvency, bankruptcy, suspension of payment.*

## Преюдициальность постановлений по делам об административных правонарушениях в арбитражном процессе

**Аннотация.** В статье анализируется возможность признания преюдициального значения за судебными постановлениями по делам об административных правонарушениях в арбитражном процессе. Использование преюдициальности подобных постановлений обусловлено процессуальной экономией. При этом указывается на разницу в правовом регулировании процедуры привлечения к административной ответственности в судах общей юрисдикции и арбитражных судах. Если в судах общей юрисдикции эту деятельность правосудием назвать нельзя, поскольку там не действуют принципы состязательности и объективной истины, то арбитражные суды субсидиарно применяют общие правила искового производства, в силу чего недостатки производства по КоАП РФ устраняются. Регламентированное КоАП РФ производство требованиям правосудия не отвечает, что не позволяет признавать преюдициальное значение за судебными постановлениями, принятыми в рамках этого производства. Нормы АПК РФ, в свою очередь, распространяют на процедуру привлечения к административной ответственности общие принципы правосудия: состязательности и принцип объективной истины. По этой причине арбитражные суды признают преюдициальное значение исключительно за судебными постановлениями по делам об административных правонарушениях, вынесенными арбитражными судами, а преюдициальность аналогичных постановлений судов общей юрисдикции ими отрицается. Обосновывается невозможность применения аналогии закона в части наделения судебных постановлений по делам об административных правонарушениях, принимаемых судами общей юрисдикции, и проводится анализ судебной практики.

**Ключевые слова:** судебное решение, законная сила, свойства законной силы, преюдиция, преюдициальность, правосудие, процессуальные гарантии, арбитражный процесс, КоАП, административное правонарушение, аналогия закона, пробел.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.104-111**

В ходе рассмотрения гражданских дел арбитражные суды сталкиваются с тем, что требующие установления в данном деле обстоятельства ранее уже были установлены в рамках другого процесса. На такой случай процессуальный закон в статье 69 АПК Россий-

ской Федерации предусматривает освобождение от доказывания ранее установленных обстоятельств, совокупность которых принято называть преюдицией (от лат. *praejudicialis* — относящийся к предыдущему судебному решению)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> См.: Безруков А. М. Преюдициальная связь судебных актов. М., 2010. С. 39.

© Мацкевич П. Н., 2016

\* Мацкевич Петр Николаевич, аспирант кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), ведущий специалист Правового управления акционерного общества «Федеральная пассажирская компания» petr.matskevich@gmail.com

140013, Россия, Московская область, г. Люберцы, ул. Воинов-Интернационалистов, д. 11, кв. 52

Иногда выясняется, что необходимые для разбирательства дела факты уже были установлены в ходе производства по делу об административном правонарушении.

Статья 23.1 КоАП РФ предусматривает, что отдельные категории дел об административных правонарушениях рассматриваются мировыми судьями, судьями гарнизонных военных судов, районных судов и арбитражных судов. Поскольку данные дела рассматриваются судьями, то возникает вопрос, а будут ли судебные акты, вынесенные ими по итогам рассмотрения дела об административном правонарушении, иметь преюдициальное значение при разрешении гражданских дел, рассматриваемых в порядке АПК РФ.

Данный вопрос актуален и по той причине, что общий срок давности привлечения к административной ответственности согласно ч. 1 ст. 4.5 КоАП РФ по делу об административном правонарушении, рассматриваемому судьей, составляет три месяца со дня совершения административного правонарушения, то есть вопрос о привлечении лица к административной ответственности разрешается в большинстве случаев задолго до рассмотрения гражданского дела, для разрешения которого имеют значение обстоятельства, установленные в ходе рассмотрения дела об административном правонарушении.

Из соображений процессуальной экономии придание свойства преюдициальности судебным постановлениям по делам об административных правонарушениях представляется логичным. Вместе с тем АПК Российской Федерации прямо не указывает на то, что обстоятельства, установленные в рамках производства по делам об административных правонарушениях, освобождаются от доказывания. Постараемся понять, имеется ли здесь правовой пробел.

Несмотря на то что дела об административных правонарушениях рассматриваются и судьями системы судов общей юрисдикции, и судьями арбитражных судов, порядок рассмотрения их существенно различается.

Если в системе судов общей юрисдикции по первой инстанции данные дела рассматриваются исключительно в порядке, регламентированном КоАП РФ, то в арбитражных судах складывается довольно странная ситуация: арбитражные суды должны рассматривать дело в порядке АПК РФ, но при этом также принимать во внимание и процессуальные нормы, закрепленные в КоАП РФ. Это следует из ст. 202 АПК РФ, которая закрепляет правило, в соответствии с которым подведомственные арбитражным судам дела об административных правонарушениях рассматриваются по общим правилам искового производства, предусмотренным АПК РФ, с особенностями, установленными гл. 25 АПК РФ и федеральным законом об административных правонарушениях.

Таким образом, вопрос о преюдициальности судебных постановлений по делам об административных правонарушениях в арбитражном процессе необходимо рассматривать с двух сторон: преюдициальность постановлений судов общей юрисдикции и преюдициальность постановлений арбитражных судов.

Следует заметить, что нормы, регулирующие производство о привлечении к административной ответственности, чужды гражданскому судопроизводству. Это признают даже сторонники принятия Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации. Так, Ю. Н. Стариков пишет, что «никакая идентификация административного судопроизводства с производством по делам об административных правонарушениях вообще не должна предприниматься»<sup>2</sup>, подобные выводы можно встретить и у других ученых<sup>3</sup>.

Вместе с тем действующая процедура привлечения к административной ответственности, регламентированная КоАП РФ, справедливо подвергается критике, как не обеспечивающая достаточный уровень гарантий права на судебную защиту.

С полной уверенностью нельзя сказать, что в КоАП РФ нашли отражение принципы состязательности и объективной истины. Как отмечает Д. С. Загрявко, отсутствие прав на личное

<sup>2</sup> Стариков Ю. Н. Административное судопроизводство и административные суды в Российской Федерации: реальность и перспективы // Российский судья. 2012. № 12. С. 27.

<sup>3</sup> См.: Серков П. П. К вопросу о современном понимании административного судопроизводства // Административное право и процесс. 2013. № 9.

участие, на дачу объяснений и на защиту, отсутствие института государственного обвинения и принципа состязательности, умаляют право лица, привлекаемого к ответственности, на защиту и на справедливое правосудие<sup>4</sup>.

Но чем же обусловлено включение иностранных норм в АПК РФ? Очевидно, что, распространяя на производство по делам о привлечении к административной ответственности общие положения искового производства, нормы АПК РФ тем самым «облагородили» процессуальную регламентацию судопроизводства по делам, возникающим из административных правонарушений<sup>5</sup>, придав этому производству состязательный характер и возложив на административные органы бремя доказывания обстоятельств, послуживших основанием для составления протокола об административном правонарушении (ч. 5 ст. 205 АПК РФ).

Существенной особенностью производства по делам об административных правонарушениях в арбитражных судах является то, что, как подчеркивается в пункте 18 постановления Пленума ВАС РФ от 9 декабря 2002 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации», по результатам рассмотрения дела о привлечении к административной ответственности арбитражный суд принимает решение, а не постановление, как это предусмотрено в ст. 29.9 КоАП РФ. Исходя из общих правил искового производства, оно, как и любое решение, вступает в законную силу (ч. 1, 4 ст. 206 АПК РФ), а следовательно, оно, как и любое решение, должно обладать определенным набором свойств, которые являются собой сущность законной силы, а именно: исключительностью, неопровержимостью, общеобязательностью, исполнимостью и преюдициальностью<sup>6</sup>.

Именно поэтому, представляется, что свойство преюдициальности решения арбитражно-

го суда, принятого в рамках производства по делам об административных правонарушениях, проявляется в освобождении от доказывания установленных им обстоятельств и охватывается содержанием ч. 2 ст. 69 АПК РФ. Поэтому особое указание в данной статье на решения арбитражного суда по делам об административных правонарушениях не требуется.

Так, ЦМТУ Ростехрегулирования обратилось в Арбитражный суд Ивановской области с иском к ООО «НефтеПарк» о взыскании расходов на осуществление испытаний, в результате которых были выявлены нарушения обязательных требований государственных стандартов. Правовым основанием для заявления данного требования являлся п. 3 ст. 10 ранее действовавшего Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 134-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)». В основу решения суд положил обстоятельства, установленные решением Арбитражного суда Ивановской области по делу о привлечении ООО «НефтеПарк» к административной ответственности по ч. 2 ст. 19.19 КоАП (в первоначальной редакции), а именно факт несоответствия образцов реализуемой ООО «НефтеПарк» продукции (бензина) требованиям ГОСТ<sup>7</sup>.

При рассмотрении другого дела Арбитражный суд Республики Татарстан удовлетворил исковое требование МКУ «Комитет земельных и имущественных отношений Исполнительного комитета города Казани» к индивидуальному предпринимателю об освобождении земельного участка, незаконно занятого торговым павильоном, путем демонтажа последнего. Арбитражный суд, удовлетворяя иск, руководствовался решением Арбитражного суда Республики Татарстан об отказе в удовлетворении заявления о признании незаконным постановления Управления Росреестра о привлечении индивидуального предпринимателя

<sup>4</sup> См.: Загрявко Д. С. Некоторые проблемы реализации лицом права на защиту на стадии рассмотрения дела об административных правонарушениях // Современное право. 2014. № 11. С. 98.

<sup>5</sup> Клейн Н. И. Сравнительный анализ норм ГПК РФ и АПК РФ о производстве по делам, возникающим из административных и иных публичных отношений // Вестник гражданского процесса. 2013. № 3. С. 13.

<sup>6</sup> См., например: Арбитражный процесс : учебник для студентов юридических вузов и факультетов / под ред. проф. М. К.Треушников. М., 2007. С. 406—408.

<sup>7</sup> См.: постановление ФАС Волго-Вятского округа от 27 августа 2007 г. № А17-2497/7-2006 // СПС «КонсультантПлюс».



к административной ответственности по ст. 7.1 КоАП РФ за самовольное занятие земельного участка<sup>8</sup>.

Таким образом, решения арбитражных судов по делам об административных правонарушениях имеют преюдициальное значение и при рассмотрении судами гражданских дел искового производства. Причем, как видно из примеров, такую силу имеют постановления, принятые как по делам о привлечении к административной ответственности, так и по делам об оспаривании решений административных органов о привлечении к административной ответственности.

Закрепление в АПК РФ института преюдициции также позволяет распространить его действие и на осуществляемое арбитражными судами рассмотрение дел об административных правонарушениях.

Глава 24 «Общие положения» раздела IV КоАП РФ не предусматривает правил о преюдициции, на что имеются определенные причины. Как справедливо отмечено А. В. Новиковым, КоАП РФ устанавливает тождественные правила рассмотрения дела об административном правонарушении судьей и органами, а также должностными лицами<sup>9</sup>. Это дает повод для следующих выводов. Во-первых, акты административных органов не могут обладать свойством преюдициальности, поскольку они не наделяются законной силой в традиционном значении. Во-вторых, судебные акты не могут иметь преюдициального значения в рамках производства по делу об административном правонарушении, рассматриваемого должностным лицом или органом, поскольку для проявления преюдициальности необходимо существование как минимум двух актов правосудия, т.е. судебных, один из которых — источник преюдициальных фактов, а другой — потенциальный судебный акт, который будет принят по итогам рассмотрения данного

дела<sup>10</sup>. В данном же случае имеется лишь один судебный акт — донор, второй акт здесь административный. По мнению А. М. Безрукова, в данном случае факты, установленные судом, должны быть приняты административным органом в силу общеобязательности судебного решения<sup>11</sup>.

В свою очередь, при рассмотрении данной категории дел в арбитражных судах помимо норм КоАП РФ применяются также общие положения АПК РФ, которые позволяют придавать преюдициальный характер установленным в другом деле фактам, выяснение которых необходимо для разрешения вопроса об административной ответственности. Причем решение-донор может быть принято в различных «видах» судопроизводства.

Преюдициальное значение могут иметь решения арбитражного суда, принятые в рамках искового производства. Так, разрешая вопрос о законности привлечения банка к ответственности за представление в УФАС по Республике Татарстан заведомо недостоверных сведений об отсутствии каких-либо соглашений нефинансового характера, арбитражный суд установил факт заключения такого договора на основании решения арбитражного суда по другому делу об отказе в удовлетворении исковых требований банка о признании незаключенным договора между банком и объединением ветеранов<sup>12</sup>.

Возможно признание преюдициального значения за судебными решениями, принятыми по результатам рассмотрения дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений, в частности по делам об оспаривании ненормативных правовых актов. Верховный Суд РФ при рассмотрении кассационной жалобы на решение по делу о привлечении общества к административной ответственности по ч. 1 ст. 14.32 КоАП РФ за осуществление ограничивающих конкуренцию действий признал

<sup>8</sup> См.: постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 16 февраля 2015 г. № Ф06-19528/2013 по делу № А65-7388/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>9</sup> См.: Новиков А. В. Преюдиция в производстве по делам об административных правонарушениях // *Мировой судья*. 2014. № 12. С. 34.

<sup>10</sup> См.: Безруков А. М. Преюдициальная связь судебных актов. С. 39.

<sup>11</sup> Безруков А. М. Указ. соч. С. 44.

<sup>12</sup> См.: постановление ФАС Поволжского округа от 16 декабря 2008 г. по делу № А65-14073/2008 // СПС «КонсультантПлюс».

законным отказ в привлечении общества к ответственности, причем в качестве одного из оснований было указано на признание решением другого арбитражного суда незаконным предписания антимонопольного органа<sup>13</sup>.

Также в рамках производства по делу об административном правонарушении арбитражный суд может положить в основу решения факты, установленные по другому делу об административном правонарушении. Так, суд привлек индивидуального предпринимателя к административной ответственности за несоблюдение требований таможенного режима экспорта на основании ранее вынесенного решения об отказе в привлечении к административной ответственности, которым, однако, был установлен факт незачисления валютной выручки<sup>14</sup>.

Совершенно иное значение имеют для арбитражного суда постановления судов общей юрисдикции. Часть 3 ст. 69 АПК РФ предусматривает, что обязательными для арбитражного суда являются вступившие в законную силу решения судов общей юрисдикции по гражданскому делу. Постановления по делам об административных правонарушениях прямо не называются.

Существуют решения, в которых арбитражные суды признавали преюдициальными факты, установленные мировым судьей по делу об административном правонарушении. Так, в одном из Определений ВАС РФ со ссылкой на ст. 69 АПК РФ было сказано, что нижестоящими судами факт управления транспортным сред-

ством определенным лицом правомерно был установлен на основании решения мирового судьи<sup>15</sup>. Но все же подавляющее большинство судов аналогично закону в данном случае не применяют и преюдициальность за такими постановлениями не признают.

ФАС Северо-Западного округа в постановлении от 12 декабря 2007 г. по делу № А05-4867/2007 прямо отметил, что по смыслу ч. 3 ст. 69 АПК РФ обязательным для арбитражного суда является вступившее в законную силу решение суда общей юрисдикции только по ранее рассмотренному гражданскому делу. Суд также отметил, что дела об административных правонарушениях рассматриваются мировым судьей вне рамок производства по гражданским делам, поэтому подобного рода постановления не могут быть признаны обладающими свойством преюдициальности<sup>16</sup>. Данная практика поддерживается в настоящее время и Верховным Судом РФ<sup>17</sup>.

Использование аналогии возможно только в случае наличия реального пробела в праве<sup>18</sup>. В. В. Лазарев под пробелами в праве понимал полное или частичное отсутствие нормативных установлений, необходимость которых обусловлена главным образом развитием общественных отношений и потребностями практического решения дел<sup>19</sup>.

От пробела в праве следует отличать правовое регулирование, создаваемое правовыми нормами, которые специально сформулированы очень лаконично. Подобного рода нормы в большой степени характерны для процессу-

<sup>13</sup> См.: постановление Верховного Суда РФ от 8 апреля 2015 г. по делу № 306-АД14-5, А12-27713/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

Верховный Суд РФ признал преюдициальным факт незаконности вынесенного предписания, установленный по делу о его оспаривании.

<sup>14</sup> См.: постановление ФАС Уральского округа от 13 октября 2004 года № Ф09-4247/04-АК по делу № А34-1242/04 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>15</sup> См.: определение ВАС РФ от 19 сентября 2008 г. № 11330/08 по делу № А31-4855/2007-27 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>16</sup> См.: постановление ФАС Северо-Западного округа от 12 декабря 2007 г. по делу № А05-4867/2007 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>17</sup> См.: постановление Верховного Суда РФ от 21 июля 2015 г. № 310-АД15-7716 по делу № А14-9102/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>18</sup> См.: Улетова Г. Д. К вопросу о применении аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 4. С. 42—43.

<sup>19</sup> См.: Лазарев В. В. Пробелы в праве (Вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права). Казань, 1969. С. 46.

альных отраслей права. В последнем случае смысл нормы права исключает его расширительное толкование и применение аналогии<sup>20</sup>.

Пробел в праве и необходимость в его преодолении существуют тогда, когда имеется объективная потребность в регулировании данной ситуации нормами права и существуют сходные отношения, которые уже урегулированы нормами права.

Вместе с тем в производстве по КоАП РФ правосудие не реализуется, поэтому признавать тождественность законной силы судебных постановлений по гражданским делам и силу постановлений судов общей юрисдикции по делам об административных правонарушениях нельзя. Соответственно нет оснований наделять последнюю всеми свойствами законной силы. Преюдициальность находится в прямой зависимости от уровня процессуальных гарантий, действия принципов состязательности и объективной истины, поэтому при слабом действии последних в рамках производства по делам об административных правонарушениях считать, что преюдициальностью должны обладать и постановления по такой категории дел, нельзя.

Именно поэтому представляется, что в ч. 3 статьи 69 АПК РФ правовой пробел отсутствует, а преюдициальностью постановления судов общей юрисдикции не наделяются целенаправленно.

В заключение скажем, что иногда действия законодателя, не совсем согласующиеся с правовой наукой, оказывают положительное воздействие на практику и способствуют защите прав и интересов заинтересованных лиц, что мы видим на примере АПК РФ. Казалось бы, чуждое гражданскому судопроизводству производство по делам об административных правонарушениях получает при распространении на него общих начал гражданского процессуального права законченный и вполне достойный вид. Широкое применение преюдициции арбитражными судами свидетельствует о ее востребованности в рамках производства о привлечении к административной ответственности. Для того чтобы ее могли использовать не только арбитражные суды, но и суды общей юрисдикции, требуется создание реального самостоятельного состязательного процесса по привлечению к административной ответственности.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Арбитражный процесс : учебник для студентов юридических вузов и факультетов / под ред. проф. М. К. Треушникова. — М. : Городец, 2007. — 672 с.
2. Безруков А. М. Преюдициальная связь судебных актов. — М. : Волтерс Клувер, 2010. — 144 с.
3. Загрявко Д. С. Некоторые проблемы реализации лицом права на защиту на стадии рассмотрения дела об административных правонарушениях // Современное право. — 2014. — № 11. — С. 94—100.
4. Стариков Ю. Н. Административное судопроизводство и административные суды в Российской Федерации: реальность и перспективы // Российский судья. — 2012. — № 12. — С. 20—29.
5. Серков П. П. К вопросу о современном понимании административного судопроизводства // Административное право и процесс. — 2013. — № 9. — С. 9—21.
6. Клейн Н. И. Сравнительный анализ норм ГПК РФ и АПК РФ о производстве по делам, возникающим из административных и иных публичных отношений // Вестник гражданского процесса. — 2013. — № 3. — С. 8—18.
7. Лазарев В. В. Пробелы в праве (Вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права). — Казань, 1969. — 96 с.
8. Новиков А. В. Преюдиция в производстве по делам об административных правонарушениях // Мировой судья. — 2014. — № 12. — С. 33—39.

<sup>20</sup> См.: Туманов Д. А. Юридическое толкование и пробелы в гражданском праве // Право и политика. 2006. № 6. С. 70—72.

9. Туманов Д. А. Юридическое толкование и пробелы в гражданском праве // Право и политика. — 2006. — № 6. — С. 80—87.
10. Улетова Г. Д. К вопросу о применении аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве // Арбитражный и гражданский процесс. — 2004. — № 4. — С. 38—44.

*Материал поступил в редакцию 20 мая 2016 г.*

### CLAIM PRECLUSION OF RULINGS IN ADMINISTRATIVE CASES IN ARBITRAZH PROCEEDINGS

**MATSKEVICH Petr Nikolaevich** — Post-graduate student of the Department of Civil and Administrative Procedure At the Kutafin Moscow State Law University (MSAL) Leading specialist of the Legal Department of the Joint-stock Company "Federalnaya passazhirskaia kompaniya"  
 petr.matskevich@gmail.com  
 140013, Moscow region, Lubertsy, ul. Voynov-Internatsionalistov, d. 11, kv. 52

**Review.** *This article analyzes the possibility of recognizing claim preclusion value of judicial rulings in cases involving administrative offenses in arbitrazh proceedings. Implementation of claim preclusion character of such orders is determined by procedural efficiency. In this case, the author indicates the difference in the legal regulation of the procedure of bringing to administrative responsibility in courts of general jurisdiction and arbitrazh courts. Whereas in courts of general jurisdiction such an activity cannot be called justice because neither the principle of adversarial procedure nor the principle of objective truth are applied, arbitrazh tribunals apply general rules of claim proceedings whereby shortfalls of proceedings under the Code of Administrative Offenses are eliminated. Proceedings regulated under the Code of Administrative Offenses do not meet the requirements of justice, which prevents from recognizing the claim preclusion significance of the judicial decisions made during such proceedings. Provisions of the Code of Arbitrazh Proceedings spread general principles of justice over the procedure of bringing to administrative responsibility: adversarial character of proceedings and the principle of objective truth. For this reason, arbitrazh courts assign preclusive significance to court holdings in cases that involve administrative offenses passed by arbitrazh tribunals and deny preclusive character of similar rulings of courts of general jurisdiction. The author justifies the failure to use analogy of law with regard to the judicial rulings in cases involving administrative offenses held by courts of general jurisdiction and analyzes the existing judicial practice.*

**Keywords:** *Court ruling, legal effect, features of the legal effect, claim preclusion, res judicata, justice, procedural safeguards, arbitration, administrative code, administrative offenses law analogy, gap*

### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Arbitrazhnyy protsess : uchebnyk dlya studentov yuridicheskikh vuzov i fakul'tetov / pod red. prof. M. K. Treushnikova. — M. : Gorodets, 2007. — 672 s.
2. Bezrukov A. M. Peryuditsial'naya svyaz' sudebnykh aktov. — M. : Volters Kluver, 2010. — 144 s.
3. Zagrivko D. S. Nekotorye problemy realizatsii litsom prava na zashhitu na stadii rassmotreniya dela ob administrativnykh pravonarusheniyakh // Sovremennoe pravo. — 2014. — № 11. — С. 94—100.
4. Starilov Yu. N. Administrativnoe sudoproizvodstvo i administrativnye sudy v Rossiyskoy Federatsii: real'nost' i perspektivy // Rossiyskiy sud'ya. — 2012. — № 12. — С. 20—29.
5. Serkov P. P. K voprosu o sovremennom ponimanii administrativnogo sudoproizvodstva // Administrativnoe pravo i protsess. — 2013. — № 9. — С. 9—21.
6. Kleyn N. I. Sravnitel'nyy analiz norm GPKRF i APKRF o proizvodstve po delam, voznikayushhim iz administrativnykh i inykh publichnykh otnosheniy // Vestnik grazhdanskogo protsessa. — 2013. — № 3. — С. 8—18.
7. Lazarev V. V. Probely v prave (Voprosy ponyatiya probelov i kritika teorii besprobek'nosti prava). — Kazan', 1969. — 96 s.

8. *Novikov A. V.* Preyuditsiya v proizvodstve po delam ob administrativnykh pravonarusheniyakh // *Mirovoy sud'ya*. — 2014. — № 12. — С. 33—39.
9. *Tumanov D. A.* YUridicheskoe tolkovanie i probely v grazhdanskom prave // *Pravo i politika*. — 2006. — № 6. — С. 80—87.
10. *Uletova G. D.* K voprosu o primenenii analogii v grazhdanskom i arbitrazhnom protsessual'nom prave // *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess*. — 2004. — № 4. — С. 38—44.



# ПРАВОВАЯ ОХРАНА РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

О. В. Луткова\*

## Классификация субъектов трансграничных авторско-правовых отношений

**Аннотация.** Статья посвящена выявлению видов потенциальных участников (субъектов) трансграничных авторско-правовых отношений и их классификации как авторов и иных правообладателей (правопреемников). На основании базовых международных соглашений — Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г. и Всемирной конвенции об охране авторских прав 1952 г. исследовано регулирование вопроса о правосубъектности физических и юридических лиц с точки зрения возможности их участия в трансграничных авторско-правовых отношениях в качестве авторов и иных правообладателей. Исследована возможность обладания статусом автора и правообладателя физическими и юридическими лицами в соответствии с национальным авторским правом Российской Федерации и правом некоторых зарубежных государств (Великобритания, ФРГ, США и др.). Рассмотрены особенности статуса обладателей прав на произведения фольклора на основании правового регулирования в ряде развивающихся стран (Гана, Тунис, Боливия, Чили, Марокко, Алжир, Сенегал, Кения, Мали, Бурунди, Кот-д'Ивуар, Иран, Барбадос, Индонезия, Нигерия и др.) и некоторых развитых стран (Канада, Кипр, Шри-Ланка). Сделан вывод о том, что несмотря на то, что в ГК РФ статус автора юридически закреплен только за физическими лицами, в силу возникновения авторства ранее на основании утративших в настоящее время силу юридических норм, а также из-за неоднозначности толкования ряда норм в действующем законодательстве фактически в РФ статусом автора могут обладать как физические, так и юридические лица. Также сделан вывод о том, что в силу особенностей конвенционного и национально-правового регулирования в разных государствах в целом статус автора может быть закреплен в отдельных государствах как исключительно за физическими, так и за физическими и юридическими лицами, что необходимо учитывать при квалификации авторства применительно к трансграничным авторско-правовым отношениям.

**Ключевые слова:** классификация субъектов авторского права, субъект авторско-правового отношения; трансграничные авторско-правовые отношения; международное авторское право; соавторство; обладатель прав на произведение фольклора, физическое лицо, юридическое лицо, авторское право в зарубежных государствах; авторское право России.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.112-120**

---

© Луткова О. В., 2016

\* Луткова Оксана Викторовна, заместитель директора Международно-правового института Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

ovlutkova@mail.ru

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

В базовых международных соглашениях по авторскому праву<sup>1</sup> упомянуты субъекты регулируемых отношений: авторы оригинальных произведений и другие обладатели авторских прав (правопреемники)<sup>2</sup>, авторы переводов<sup>3</sup>, переделок<sup>4</sup>, сборников<sup>5</sup>, анонимные и действующие под псевдонимом авторы;<sup>6</sup> авторы отдельных видов произведений, имеющих специфику охраны<sup>7</sup>; соавторы<sup>8</sup>. Так, разграничение субъектов авторских прав осуществляется исходя из единственного критерия — связи субъекта с фактом создания им конкретного произведения.

Очевидным представляется вывод, что в конвенциях предусмотрены две группы правообладателей: собственно авторы — лица, благодаря которым произведение возникло, включая как авторов оригинальных произведений, так и авторов переделок, сборников, переводов, соавторов и др.; другие обладатели авторских прав, не являющиеся авторами (правопреемники).

Анализ конвенционного регулирования приводит к еще одному выводу: автор — лицо, обладающее максимальной полнотой авторских прав, как исключительных, так и неисключительных. Все посвященные авторским правом статьи конвенций обращены только к авторам: им предоставляется право требовать признания своего авторства на произведение и противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора<sup>9</sup>; авторы пользуются исключительным правом подготавливать

сборники своих произведений<sup>10</sup>, авторы пользуются исключительными правами разрешать передачу своих произведений в эфир, сообщать для всеобщего сведения<sup>11</sup>; разрешать публичное чтение своих произведений, включая переводы своих произведений<sup>12</sup>, разрешать переделки, аранжировки и другие переработки своих произведений<sup>13</sup> и др.

Вывод о содержании термина «автор произведения» можно сделать только применительно к процессуальным целям из контекста ст. 15 (1) Бернской конвенции 1886 г.: для обращения в суд по поводу нарушения охраняемых Конвенцией прав автором произведения считается (при отсутствии доказательств противоположного) лицо, чье имя или не оставляющий сомнений в личности псевдоним указаны на произведении обычным образом. Кроме того, в международных соглашениях не закреплены специальные требования ни к характеристикам «качества» причастности автора к процессу создания произведения (интеллектуальная или творческая деятельность, например), ни к виду субъектов частноправовых отношений, которые могут участвовать в авторско-правовых трансграничных отношениях (физические или юридические лица и др.). Все эти характеристики предоставлены национальному авторско-правовому регулированию государств — участников базовых международных соглашений.

Другие обладатели авторских прав (правопреемники) — лица, которые в силу волеизъявления автора или на основании действия правовых предписаний получают в ограниченном объеме авторские права на произведения,

<sup>1</sup> Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. и Всемирная конвенция об охране авторских прав 1952 г.

<sup>2</sup> Ст. I Всемирной конвенции 1952 г.; ст. (б) 2 Бернской конвенции 1886 г.

<sup>3</sup> Ст. V Всемирной конвенции 1952 г.

<sup>4</sup> Ст. (3) 2 Бернской конвенции 1886 г.

<sup>5</sup> Ст. (5) 2 Бернской конвенции 1886 г.

<sup>6</sup> Ст. (3) 7 Бернской конвенции 1886 г.

<sup>7</sup> Ст. (4) 7 Бернской конвенции 1886 г. и другие.

<sup>8</sup> Ст. 7 bis Бернской конвенции 1886 г.

<sup>9</sup> Ст. 6 bis (1) Бернской конвенции 1886 г.

<sup>10</sup> Ст. 2 bis (3) Бернской конвенции 1886 г.

<sup>11</sup> Ст. 11 bis (1) пп. i и iii Бернской конвенции 1886 г.

<sup>12</sup> Ст. 11 ter Бернской конвенции 1886 г.

<sup>13</sup> Ст. 12 Бернской конвенции 1886 г.

авторами которых они не являются. Помимо общего упоминания в обеих базовых конвенциях о том, что «другие лица, обладающие авторскими правами» (ст. I Всемирной конвенции 1952 г.) и «правопреемники авторов» (ст. (б) 2 Бернской конвенции 1886 г.) в целом подпадают под охрану, эта категория лиц упоминается единожды: после смерти автора в случае, если при жизни автор совершил сделку в отношении своего произведения, «лица или учреждения, уполномоченные национальным законодательством, пользуются неотчуждаемым правом долевого участия в каждой продаже произведения»<sup>14</sup>. Соответственно, способы приобретения лицами, не являющимися авторами, авторских прав, классификация таких лиц, объем и виды приобретаемых прав, находятся вне конвенционного регулирования и будут зависеть от национального права государств.

*Физические лица как субъект трансграничных авторско-правовых отношений.* По праву большинства государств автором произведения литературы, науки и искусства признается только человек (гражданин, физическое лицо), творческим трудом которого оно создано (ст. 1257 ГК РФ; ст. L.113-1 Кодекса интеллектуальной собственности Франции; ст. 1 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» и др.). Как правило, следуя конвенционной логике, в законодательстве государств не закрепляется специальная де-

финиция, но устанавливается презумпция авторства: лицо, указанное на оригинале или экземпляре произведения, считается его автором, если не доказано иное (ст. 1257 ГК РФ, ст. L.113-1 Кодекса интеллектуальной собственности Франции).

Статус автора произведения получают создатели самостоятельных произведений, а также создатели производных произведений и составных произведений при условии, что соблюдены права авторов оригинальных произведений, на основании которых создавались производные и составные.

В случае если произведение создано трудом нескольких человек, имеет место соавторство, признаками которого считают: совместный творческий труд двух и более лиц, ведущий к созданию произведения<sup>15</sup>; приобретение прав на произведение всеми этими лицами в пропорциях, устанавливаемых на основании закона или по соглашению самих лиц<sup>16</sup>; наличие соглашения участвующих в создании произведения лиц о совместном творческом труде.

Относительно последнего признака присутствует полемика: большинство исследователей считают соглашение соавторов обязательным<sup>17</sup>, что соответствует определению соавторства в действующем ГК РФ (ст. 1258), однако есть мнение, что соавторство возможно и без соглашения<sup>18</sup>, что подтверждается отдельными решениями в современной правоприменительной практике<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Ст. 14 ter (1) Бернской конвенции 1886 г.

<sup>15</sup> Совместный труд при этом необязательно подразумевает одновременно протекающие творческие процессы у соавторов. В. И. Серебровский справедливо полагал, что «...отношения соавторства возможны... и при наличии уже законченного произведения, когда на его основе создается другое произведение» (см.: *Серебровский В. И.* Вопросы советского авторского права. М., 1956. С. 67).

<sup>16</sup> *Чертков В. Л.* Вопросы соавторства. Проблемы советского авторского права. М., 1979. С. 128. ; *Серебровский В. И.* Указ. соч. С. 64.

<sup>17</sup> *Гаврилов Э. П., Городов О. А., Гришаев С. П.* Комментарий к ГК РФ (постатейный). Часть четвертая. М. : ТК Велби, Проспект, 2007. С. 115. ; *Моргунова Е. А.* Авторское право : учебное пособие. М. : Норма, 2009. С. 95.

<sup>18</sup> См.: *Серебровский В. И.* Указ. соч. С. 67.

<sup>19</sup> Таким исключением, в частности, в российской судебной практике стало решение Октябрьского районного суда г. Красноярск от 10 декабря 2003 г. по делу «Сибирские амазонки на фоне дикой природы»: суд признал соавторство в отношении фотопроекта лиц, не имевших соглашения о совместном творчестве — двух девушек фотомоделей и администратора по площадке, ввиду их непосредственного совместного участия в творческом процессе по созданию художественных образов (текст решения см. в базе данных российской судебной практики по информационному праву: URL: <http://www.media-pravo.info/case-resolution/view/id/462>).

В законодательстве Великобритании, Израйля<sup>20</sup> и Италии<sup>21</sup> вопросы соавторства решаются похоже: в п. 1 ст. 10 Закона об авторском праве, промышленных образцах и патентах 1988 г. Великобритании произведение соавторов определяется, как «совместное произведение, созданное при сотрудничестве двух или более авторов, в котором вклад каждого автора неотделим от вклада другого»<sup>22</sup>.

В США до 1976 г. соавторство признавалось при отсутствии факта сотрудничества между участниками творческого процесса, однако эта практика сменилась признанием соавторами только граждан, участвовавших в единовременном создании произведения, что невозможно без договоренностей<sup>23</sup>. Так, произведение считается написанным в соавторстве, только если подтверждено намерение участников творческого процесса «слить или объединить части в единое целое», при этом соавторство рассматривается, как нераздельное<sup>24</sup>.

В законодательстве Франции и Германии соавторство понимается похожим образом, но может быть делимым. В Кодексе интеллектуальной собственности Франции<sup>25</sup> результат соавторства носит название «произведение, созданное в сотрудничестве» и означает объект авторского права, в создании которого участвовало более одного физического лица (ст. L.113-2), при этом «каждый может, если соглашением не предусмотрено иное, отдельно использовать свой собственный персональный вклад, не нанося, однако, ущерба использованию общего произведения (ст. L.113—3). Согласно закону ФРГ Об авторском праве и смежных правах 1965 г. (в редакции 2008 г.)<sup>26</sup>,

«если несколько авторов объединили свои произведения для совместного использования, то каждый из них должен дать согласие на опубликование, использование и изменение совместного произведения, о чем требуется составить договор» (параграф 9).

*Юридические лица как субъект трансграничных авторско-правовых отношений.* Практически во всех статьях базовых конвенций рядом с термином «автор произведения» стоит термин «гражданин», что на первый взгляд приводит к выводу, что под авторами понимаются только физические лица. В пользу этого будет свидетельствовать также факт, что во всех случаях упоминания прямо или в контексте возможности юридических лиц участвовать в трансграничных авторско-правовых отношениях используется термин «владелец прав». Однако отсутствует и императивная норма, запрещающая наделять юридические лица статусом автора в национальных правовых порядках.

Возможность юридических лиц быть субъектами трансграничных авторско-правовых отношений в статусе правообладателей в конвенциях сформулирована в очевидной форме. Так, в ст. I Всемирной конвенции закреплено, что под охрану подпадают авторы и «*другие лица*», под которыми (последними), не являющимися авторами, но обладающими авторскими правами, можно понимать как физические, так и юридические лица. В Бернской конвенции 1886 г. (ст. 2 (6)) также закреплено, что охрана осуществляется в пользу автора и его *правопреемников*, которые (последние) также могут быть потенциально представлены физически-

<sup>20</sup> Israel Copyright Act, 2007 // URL: [http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file\\_id=132095](http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=132095).

<sup>21</sup> Italy Law for the Protection of Copyright and Neighbouring Rights (Law No. 633 of April 22, 1941, as last amended by Legislative Decree No. 68, of April 9, 2003) // URL: [http://portal.unesco.org/culture/en/files/30289/11419173013it\\_copyright\\_2003\\_en.pdf/it\\_copyright\\_2003\\_en.pdf](http://portal.unesco.org/culture/en/files/30289/11419173013it_copyright_2003_en.pdf/it_copyright_2003_en.pdf).

<sup>22</sup> United Kingdom Copyright, Designs and Patents Act 1988 // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/153/prospective>.

<sup>23</sup> Гумовский А. В. Соавторство в авторском праве США // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2012. № 4. С. 20.

<sup>24</sup> U.S. Copyright Act of 1976, 17. U.S.C. §§ 101 et seq. (Consolidated Copyright Laws as of June 2009) // URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=5405>.

<sup>25</sup> Code de la propriété intellectuelle 1992 (version consolidée au 30 décembre 2013) // URL: [http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file\\_id=316640](http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=316640).

<sup>26</sup> Gesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte 1965 (Urheberrechtsgesetz) (geändert am 17. Dezember 2008) // URL: [http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file\\_id=239044](http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=239044).

ми и юридическими лицами. Кроме того, ст. 14 bis(2)(a) Бернской конвенции 1886 г. содержит коллизионное правило определения лиц — «*владельцев авторского права*» на кинематографическое произведение, которое отсылает к законодательству государства, в котором истребуется охрана. Поскольку ограничений по видам лиц в статье не представлено, таким владельцем в соответствии с национальным правом может считаться и юридическое лицо. Также возможность юридических лиц — «учреждений, уполномоченных национальным законодательством», пользоваться неотчуждаемым правом долевого участия предусмотрена в ст. 14 ter (1).

Таким образом, на основании конвенционного регулирования можно утверждать, что в рамках международной охраны возможность участия юридических лиц в трансграничных авторско-правовых отношениях в статусе правообладателя подтверждается, а в статусе автора — не отрицается.

В российском действующем законодательстве (ч. 1 п. 1 ст. 1228, ст. 1257 ГК РФ), как отмечалось, возможность возникновения авторских прав (иначе, возможность быть автором) для юридических лиц не предусмотрена. Эта позиция однозначно отражена также в отечественной правоприменительной практике<sup>27</sup>.

Однако возможность авторства юридических лиц предусматривалась в ранее действовавшем законодательстве и в силу этого для ограниченного количества правоотношений она сохраняет силу. В действовавшем с 1 ок-

тября 1964 г. по 3 августа 1992 г. ГК РСФСР<sup>28</sup> авторство закреплялось за юридическими лицами: за предприятием, осуществлявшим съемку кинофильма, в отношении этого кинофильма (ч. 1 ст. 486); за радио- и телевизионными организациями в отношении их передач (ч. 4 ст. 486); за организациями, самостоятельно выпускающими в свет научные сборники, энциклопедические словари, журналы и другие периодические издания в отношении этих изданий в целом (ст. 485)<sup>29</sup>.

Ученые обосновывали юридическую действительность, сводя авторство юридического лица к юридической фикции для удобства регулирования<sup>30</sup>: «...в создании произведения принимает участие большой состав лиц, между которыми не возникает правовых отношений даже в тех случаях, когда они являются обладателями авторского права на какие-то части коллективного труда, в связи с чем законодатель и счел нужным закрепить авторское право непосредственно за данной организацией, которая несла бы ответственность перед обществом за весь коллективный труд в целом»<sup>31</sup>. У этого подхода всегда были противники, справедливо убежденные в том, что создавать продукт интеллектуальной деятельности может только человек, в силу чего юридические лица могут лишь обладать некоторыми (имущественными) правомочиями<sup>32</sup>.

В соответствии со статьей 6 ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>33</sup> авторское право юридических лиц, возникшее до 3 авгу-

<sup>27</sup> См., например: решение Октябрьского районного суда г. Красноярск от 10 декабря 2003 г. по делу «Сибирские амазонки на фоне дикой природы» // URL: <http://www.media-pravo.info/case-resolution/view/id/462>.

<sup>28</sup> Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. (с изменениями и дополнениями) (утратил силу) // СПС ГАРАНТ.

<sup>29</sup> В отечественном законодательстве, действовавшем до 1 октября 1964 г., также предусматривались возможные случаи авторства юридических лиц. См. об этом, например: Моргунова Е. А. Авторское право : учебное пособие. М. : Норма, 2009. С. 106.

<sup>30</sup> Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Авторское право. М., 1957. С. 76 ; Дозорцев В. А. Право на фильм как сложное многослойное произведение. М., 1969. С. 150, 151.

<sup>31</sup> Серебровский В. И. Указ. соч. С. 91.

<sup>32</sup> См. об этом: Гарибян А. М. Авторское право на произведения науки в СССР : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1966. С. 9 ; Савельева И. В. Правовое регулирование отношений в области художественного творчества. М., 1986. С. 65.

<sup>33</sup> Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) // СПС ГАРАНТ.



ста 1993 г.<sup>34</sup>, прекращается по истечении 70 лет со дня обнародования произведения или создания, если оно не было обнародовано. К данным правоотношениям по аналогии применяются правила ГК РФ, и для целей правоприменения такие юридические лица считаются авторами.

Кроме того, и относительно действующего законодательства существует мнение, что, несмотря на изменившиеся формулировки, некоторые статьи прямо или косвенно подтверждают возможность юридических лиц в определенных случаях считаться авторами произведений. Так, право, указанное в п. 7 ст. 1260 ГК РФ, «носит исключительный характер: издатель энциклопедии и периодического издания имеет право запрещать любому лицу без его разрешения переиздавать или иным образом повторно использовать энциклопедию или газету, журнал (в целом или существенные фрагменты из них)»<sup>35</sup>. Кроме того, за издателем закреплено право (абз. 1 п. 7 ст. 1260 ГК РФ) при любом использовании энциклопедии, периодических изданий и т.п. «указывать свое наименование или требовать его указания», которое некоторыми исследователями рассматривается как неимущественное право. Сторонники рассматриваемой концепции справедливо обращают внимание и на другие подобные ситуации в отечественном правовом регулировании, касающиеся, в частности, некоторых вопросов, связанных с авторством на служебные произведения, произведения архитектуры<sup>36</sup>.

Таким образом, несмотря на то, что в действующем ГР РФ возможность юридических лиц быть авторами произведений не предусмотрена, сохраняет действие право авторства юридических лиц, правомерно возникшее в

силу ранее действовавшего законодательства, а также не решенными остаются вопросы авторства юридических лиц для некоторых конкретных законодательно закрепленных отношений. Фактически в Российской Федерации в настоящее время статус автора могут иметь, как физические, так и юридические лица.

Среди государств, участвующих в международной охране трансграничных авторско-правовых отношений, есть государства, в которых возможность юридических лиц иметь статус автора не оспаривается и закреплена юридически. Так, в ст. 2 Закона об авторском праве Китая сформулировано: «В случае если произведение создано в соответствии с намерениями и под контролем и при ответственности юридического лица или иной организации, автором произведения считается это юридическое лицо или организация... юридическое лицо или организация чье... название зафиксировано на работе считается автором работы, если не доказано иное»<sup>37</sup>. В США и Великобритании юридические лица получают статус автора отдельных видов произведений, в частности, служебного произведения.

*Другие лица (правопреемники).* Участниками трансграничных авторско-правовых отношений, помимо авторов, как отмечалось, могут быть иные владельцы авторских прав (правопреемники) — лица, к которым авторские права перешли в силу установлений закона или в силу договора с автором или предыдущим владельцем прав. Правопреемники не обладают абсолютной полнотой авторских прав; как правило, они могут получить исключительные (имущественные) авторские права с ограничениями или без них и не могут получить неисключительные (неимущественные)

<sup>34</sup> Дата вступления в силу Закона об авторском праве и смежных правах, в ст. 4 которого впервые было закреплено, что автором может быть только физическое лицо, творческим трудом которого создано произведение, и никакой иной субъект.

<sup>35</sup> Гаврилов Э. П., Еременко В. И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М., 2009. П. 9 комментария к ст. 1260 ГК РФ (автор — Э. П. Гаврилов) // СПС ГАРАНТ.

<sup>36</sup> Калятин В. О., Мурзин Д. В., Новоселова Л. А. [и др.] Научно-практический комментарий судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав / под общ. ред. д. ю. н., проф. Л. А. Новоселовой. М.: Норма, 2014.

<sup>37</sup> Закон КНР об авторском праве 1991 г. // URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=839>. См. об этом также: Еременко В. И. Законодательство Китая об интеллектуальной собственности // Адвокат. 2012. № 10. С. 58—82.

права. Такими лицами общепризнанно в национальных правовых порядках являются наследники автора или обладателя исключительного права, работодатели в ситуации создания служебного произведения, лицензиаты и стороны иных видов договоров о передаче или отчуждении авторских прав.

*Обладатели прав на произведения фольклора.* Стоит упомянуть об особом объекте охраны авторских прав, который закреплен в законодательстве об авторском праве ряда государств (в первую очередь, развивающихся<sup>38</sup>) — произведениях фольклора. И, соответственно, о субъекте, который обладает правами на этот объект, который в законодательстве разных государств может именоваться «Республика» (Гана), «государство» (Тунис)<sup>39</sup>, «народ, этническая или социальная группа» (проект Положения «Об авторских правах на народные произведения литературы и искусства», Китай, 2014 г.) и др.

В праве некоторых государств такой субъект называется именно автором. Так, в действующем законе «Об авторском праве» Ганы понятие фольклора сформулировано, как «художественные и научные произведения, принадлежащие культурному наследию Ганы, которые созданы, сохранены и раскрыты этническими общинами или не установленными авторами Ганы. Правами автора на произведения фольклора наделяется Республика Гана, как если бы Республика была истинным творцом этих произведений»<sup>40</sup>.

Однако абсолютной полнотой авторских прав такой субъект не наделяется. В силу правовых предписаний он может получить в основном некоторые исключительные права

на произведение: так, например, по проекту Положения «Об авторских правах на народные произведения литературы и искусства» Китая правообладатель вправе использовать фольклорные произведения для обозначения своей принадлежности к определенной общности и использовать данные произведения путем воспроизведения, распространения, исполнения, переработки или трансляции (сообщения). Единственное право неисключительного характера, которое может получить правообладатель, — право запрещать искажение произведений фольклора, которое, как известно, во многих правовых порядках может реализовываться правопреемниками после смерти автора.

Более того, государства охраняют произведения фольклора не в стандартном для авторских произведений режиме, а как национальное наследие, находящееся в особом режиме — режиме платного общественного достояния нации. Так, в законодательстве об авторском праве Туниса, Марокко, Ирана, Барбадоса, Индонезии, Кубы<sup>41</sup> установлены требования внесения публичной платы лицом, желающим использовать произведение фольклора, и получения им предварительного разрешения соответствующего государственного органа на использование результатов народного творчества<sup>42</sup>.

Подводя итог исследованию, отметим, что в силу особенностей конвенционного и национально-правового регулирования разных государств статусом автора могут обладать как физические, так и юридические лица. Это необходимо учитывать при квалификации авторства применительно к трансграничным авторско-правовым отношениям.

<sup>38</sup> Тунис, Боливия, Чили, Марокко, Алжир, Сенегал, Кения, Мали, Бурунди, Кот-д'Ивуар, Иран, Барбадос, Индонезия, Нигерия и др. Отдельные положения об охране фольклора включены в законодательство развитых стран: Канада, Кипр, Шри-Ланка. См. об этом: *Пронина О. А.* Правовая охрана произведений традиционного народного творчества. Сравнительный анализ // *Интеллектуальная собственность. Авторское право.* 2001. № 9. С. 12.

<sup>39</sup> *Шиллон Ф.* Сохранность, развитие и правовая охрана фольклора в Африке. Общий обзор // *Бюллетень по авторскому праву.* 1999. Т. XXXII. № 2. С. 42.

<sup>40</sup> *Массей Р., Стивенс К.* Права интеллектуальной собственности, закон и искусство коренных народов // *Бюллетень по авторскому праву.* 1999. Т. XXXII. № 2. С. 25.

<sup>41</sup> *Габриэль Ф.* Новый закон Кубы об авторском праве // *Бюллетень по авторскому праву.* 1999. Т. XXXII. № 2. С. 17.

<sup>42</sup> *Пури К.* Сохранность проявлений фольклора // *Бюллетень по авторскому праву.* Т. XXXII. 1999. № 2. С. 5.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Авторское право. — М., 1957. — 280 с.
2. Габриэль Ф. Новый закон Кубы об авторском праве // Бюллетень по авторскому праву. — 1999. — Т. XXXII. — № 2.
3. Гаврилов Э. П., Городов О. А., Гришаев С. П. Комментарий к ГК РФ (постатейный). — Часть четвертая. — М. : ТК Велби, Проспект, 2007. — 784 с.
4. Гаврилов Э. П., Еременко В. И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). — М., 2009. — 480 с.
5. Гарибян А. М. Авторское право на произведения науки в СССР : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1966. — 21 с.
6. Гумовский А. В. Исключительное право соавторов на произведение // Вестник Московского государственного областного университета. — 2010. — № 2.
7. Гумовский А. В. Соавторство в авторском праве США // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2012. — № 4. — С. 20.
8. Дозорцев В. А. Право на фильм как сложное многослойное произведение. — М., 1969. — 151 с.
9. Еременко В. И. Законодательство Китая об интеллектуальной собственности // Адвокат. — 2012. — № 10.
10. Калятин В. О., Мурзин Д. В., Новоселова Л. А. [и др.] Научно-практический комментарий судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. Л. А. Новоселовой. — М. : Норма, 2014. — 480 с.
11. Массей Р., Стивенс К. Права интеллектуальной собственности, закон и искусство коренных народов // Бюллетень по авторскому праву. — 1999. — Т. XXXII. — № 2.
12. Моргунова Е. А. Авторское право: учебное пособие. — М. : Норма, 2009. — 287 с.
13. Пронина О. А. Правовая охрана произведений традиционного народного творчества. Сравнительный анализ // Интеллектуальная собственность. Авторское право. — 2001. — № 9.
14. Пури К. Сохранность проявлений фольклора // Бюллетень по авторскому праву. — Т. XXXII. — 1999. — № 2.
15. Савельева И. В. Правовое регулирование отношений в области художественного творчества. — М., 1986. — 189 с.
16. Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. — М., 1956. — 283 с.
17. Чертков В. Л. Вопросы соавторства. Проблемы советского авторского права. — М., 1979. — 132 с.
18. Шиллон Ф. Сохранность, развитие и правовая охрана фольклора в Африке. Общий обзор // Бюллетень по авторскому праву. — 1999. — Т. XXXII. — № 2.

Материал поступил в редакцию 27 сентября 2016 г.

## CLASSIFICATION OF PARTIES TO CROSS-BORDER COPYRIGHT RELATIONS

**LUTKOVA Oksana Viktorovna** — Deputy Director of the International Law Institute at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL); PhD in Law Associate Professor at the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
ovlutkova@mail.ru  
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

**Review.** *The article is devoted to the identification of types of potential participants (actors) of cross-border copyright relations and their classification as authors and other rights holders (successors). On the basis of the fundamental international agreements - the Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of 1886 and the World Copyright Convention 1952, the author studies the question of legal capacity of individuals and legal entities from the point of view of their capacity to participate in cross-border copyright relations as authors and other rights holders. The author investigates the possibility of possessing the status of author and copyright*

holder by natural and legal persons in accordance with the national copyright law of the Russian Federation and some other countries (United Kingdom, Germany, United States, etc.). The article deals with the features of the status of the copyright holder in works of folklore based on legal regulation in a number of developing countries (Ghana, Tunisia, Bolivia, Chile, Morocco, Algeria, Senegal, Kenya, Mali, Burundi, Côte d'Ivoire, Iran, Barbados, Indonesia, Nigeria, etc.) and some developed countries (Canada, Cyprus, Sri Lanka). It is concluded that despite the fact that the Civil Code states that the status of the author can only be legally held by individuals as a result of authorship based on legal regulations previously ceased to be in force and effect at present, as well as due to ambiguity of interpretation of certain rules in the legislation; in fact, in RF both natural and legal persons can possess the status of the author. It is also concluded that due to the nature of the Convention and the national legal regulation in different States, overall, in individual States the status of the author can be held by either only natural or natural and legal persons; this fact should be taken into account when classifying the authorship in relation to cross-border copyright relations.

**Keywords:** classification of parties to copyright, a party to copyright relations; cross-border copyright relations; international copyright; co-authorship; the holder of the rights to a piece of folklore, a natural person, a legal person, copyright in foreign countries; copyright in Russia.

#### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Antimonov B. S., Flejshic E. A. Avtorskoe pravo. — M., 1957. — 280 s.
2. Gabrijel' F. Novyj zakon Kuby ob avtorskom prave // Bjul'ten' po avtorskomu pravu. — 1999. — T. XXXII. — № 2.
3. Gavrilov Je. P., Gorodov O. A., Grishaev S. P. Kommentarij k GK RF (postatejnyj). — Chast' chetvertaja. — M. : TK Velbi, Prospekt, 2007. — 784 s.
4. Gavrilov Je. P., Eremenko V. I. Kommentarij k chasti chetvertoj Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii (postatejnyj). — M., 2009. — 480 s.
5. Garibjan A. M. Avtorskoe pravo na proizvedenija nauki v SSSR : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 1966. — 21 s.
6. Gumovskij A. V. Iskljuchitel'noe pravo soavtorov na proizvedenie // Vestnik Moskovskogo gosudarstvennogo oblastnogo universiteta. — 2010. — № 2.
7. Gumovskij A. V. Soavtorstvo v avtorskom prave SShA // Intellektual'naja sobstvennost'. Avtorskoe pravo i smezhnye prava. — 2012. — № 4. — S. 20.
8. Dozorcev V. A. Pravo na fil'm kak slozhnoe mnogoslojnoe proizvedenie. — M., 1969. — 151 s.
9. Eremenko V. I. Zakonodatel'stvo Kitaja ob intellektual'noj sobstvennosti // Advokat. — 2012. — № 10.
10. Kaljatin V. O., Murzin D. V., Novoselova L. A. [i dr.] Nauchno-prakticheskij kommentarij sudebnoj praktiki v sfere zashhity intellektual'nyh prav / pod obshh. red. d-ra jurid. nauk, prof. L. A. Novoselovoj. — M. : Norma, 2014. — 480 s.
11. Massej R., Stivens K. Prava intellektual'noj sobstvennosti, zakon i iskusstvo korennyh narodov // Bjul'ten' po avtorskomu pravu. — 1999. — T. XXXII. — № 2.
12. Morgunova E. A. Avtorskoe pravo: uchebnoe posobie. — M. : Norma, 2009. — 287 s.
13. Pronina O. A. Pravovaja ohrana proizvedenij tradicionnogo narodnogo tvorcestva. Sravnitel'nyj analiz // Intellektual'naja sobstvennost'. Avtorskoe pravo. — 2001. — № 9.
14. Puri K. Sohrannost' projavlenij fol'klora // Bjul'ten' po avtorskomu pravu. — T. XXXII. — 1999. — № 2.
15. Savel'eva I. V. Pravovoe regulirovanie otnoshenij v oblasti hudozhestvennogo tvorcestva. — M., 1986. — 189 s.
16. Serebrovskij V. I. Voprosy sovetskogo avtorskogo prava. — M., 1956. — 283 s.
17. Chertkov V. L. Voprosy soavtorstva. Problemy sovetskogo avtorskogo prava. — M., 1979. — 132 s.
18. Shillon F. Sohrannost', razvitie i pravovaja ohrana fol'klora v Afrike. Obshhij obzor // Bjul'ten' po avtorskomu pravu. — 1999. — T. XXXII. — № 2.

# ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ И СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ

Л. И. Филющенко\*

## Некоторые проблемы правового регулирования отношений с участием профсоюзов

**Аннотация.** Рассматриваются отдельные проблемы правового регулирования взаимоотношений профсоюзов и работодателей. Затрагиваются аспекты внутренних отношений в профсоюзах, как корпорациях, сделан вывод о предоставлении права членам профсоюзов оспаривать решения органов профсоюзов в случаях, предусмотренных законом, в частности, при нарушении прав работников. С учетом публично-правовой природы коллективных договоров обосновывается возможность оспаривания положений коллективных договоров, нарушающих права третьих лиц. Поддерживается предложение Т. А. Сошниковой о закреплении права профсоюзных органов выступать в суде в защиту прав и свобод членов профсоюза. В связи с расширением сферы применения труда работников, временно направляемых другим лицам по договорам о предоставлении персонала, обосновывается необходимость распространения положений коллективного договора на данную категорию работников с целью недопущения ущемления их прав.

**Ключевые слова:** профсоюз, мотивация членства, внутрисоюзные споры, судебная защита прав, представительство интересов.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.121-128**

В России накоплен определенный опыт регулирования социально-трудовых отношений на принципах социального партнерства. Однако о полноценном развитии партнерских отношений говорить, по-видимому, рановато, практика свидетельствует о некоторых сложностях во взаимоотношениях выборного органа профсоюзной организации и работодателя, различном понимании и истолковании норм в силу их несовершенства и несоответствия современным экономиче-

ским условиям. О непростых взаимоотношениях профсоюзов и работодателей свидетельствует судебная практика. Так, решением районного суда отказано в иске профсоюзной организации о признании незаконным отказа в предоставлении информации о привлечении работников к работе сверхурочно и в выходные дни. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ, рассмотрев кассационную жалобу, отменила вынесенные по делу судебные постановления, обратив внимание,

---

© Филющенко Л. И., 2016

\* Филющенко Людмила Ивановна — доцент, кандидат юридических наук, доцент кафедры правового регулирования экономической деятельности Уральского федерального университета имени первого Президента России Б. Н. Ельцина  
filuschenko@mail.ru  
620002, Россия, г. Екатеринбург, ул. Мира, 19



в частности, на то, что закон наделяет профсоюзы правом осуществлять контроль за выполнением коллективных договоров, соглашений, они вправе бесплатно и беспрепятственно получать от работодателя информацию по социально-трудовым вопросам, которая обрабатывается для достижения общественно значимых целей<sup>1</sup>. Конвенция МОТ № 135 о защите прав представителей работников на предприятии и предоставляемых им возможностях<sup>2</sup> предполагает, что законодательство страны должно содержать нормы, позволяющие представителям работников быстро и эффективно выполнять свои функции (п. 1 ст. 2). В действительности наблюдается иное — активное наступление на права профсоюзов под предлогом экономических трудностей, упреки со стороны работодателей в том, что трудовое законодательство тормозит экономическое развитие. Между тем проводимые учеными исследования, как отмечает Н. Л. Лютов, выявляют множество факторов влияния на состояние экономики, причем воздействие именно трудового права вовсе не является определяющим. Предварительные выводы проведенного зарубежными учеными исследования полностью опровергают неolibеральные догмы о негативном воздействии правового регулирования труда на экономическое развитие<sup>3</sup>. В связи с этим исследование правовых аспектов деятельности профсоюзов в сфере труда представляет теоретический и практический интерес.

Современное законодательство рассматривает профсоюзы как корпоративные организации, основанные на членстве (ст. 65.1 ГК РФ). Действительно, по ряду признаков (объединение лиц, учредители (участники) которо-

го обладают правом участия (членства) в нем и формируют его высший орган, наделяются членскими правами и обязанностями) профсоюзы есть корпорации. Корпорации создаются с экономическими целями, но правовым системам некоторых государств известны, наряду с предпринимательскими и публичными корпорациями, непредпринимательские корпорации. Участвуя в гражданско-правовых отношениях<sup>4</sup>, профсоюзы одновременно участвуют в отношениях, входящих в сферу действия трудового права. Цель деятельности профсоюзов как некоммерческой организации состоит в представительстве и защите социально-трудовых прав и интересов членов профсоюза (п. 1 ст. 2 Федерального закона РФ «О профсоюзах, их правах и гарантиях деятельности» от 12 января 1996 г. № 10<sup>5</sup>). Статус корпорации не препятствует выполнению профсоюзами своих функций (представительской и защитной), что соответствует ст. 7 Конвенции МОТ относительно свободы ассоциаций и защиты права на организацию от 9 июля 1948 г. № 87<sup>6</sup>. Профсоюзы могут действовать и не имея статуса юридического лица — участника гражданского оборота. В то же время среди корпораций — общественных объединений, организаций — профсоюзы занимают особое место. Так, профсоюзы наделены правом контроля за соблюдением работодателями трудового законодательства (ст. 370 ТК РФ), тогда как ни одна из общественных организаций не наделена правом контролировать деятельность других корпоративных и унитарных юридических лиц.

В науке сложилось мнение, что отношения профсоюзов со своими членами не являются правовыми. Такую точку зрения высказывали

<sup>1</sup> Определение Верховного Суда РФ от 20 июля 2012 г. № 56-КГ12-3 о признании незаконным отказа в предоставлении профсоюзу персональных данных работников // URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70125108/> (дата обращения: 21 апреля 2016 г.).

<sup>2</sup> Конвенция о защите прав представителей работников на предприятии и предоставляемых им возможностях (Конвенция № 135) (ратифицирована Федеральным законом от 1 июля 2010 г. № 137-ФЗ) // Бюллетень международных договоров. 2012. № 11.

<sup>3</sup> Лютов Н. Л. Социальные и трудовые отношения в условиях кризиса: соблюдение баланса интересов // Журнал российского права. 2016. № 1. С. 34.

<sup>4</sup> Сойфер Т. В. Профессиональные союзы как субъекты гражданского права // Кадровик. Трудовое право для кадровика. 2011. № 8. С. 68.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 148.

<sup>6</sup> Сборник правовых актов Международной организации труда, действующих в Российской Федерации / сост., предисл. проф. С. П. Маврина. СПб., 2004. С. 163.

В. М. Догадов<sup>7</sup>, И. О. Снигирева<sup>8</sup> и другие ученые, разделявшие внутренние (неправовые) и внешние (правовые) отношения, в которые вступают профсоюзы. Как отмечается в литературе<sup>9</sup>, внутренние отношения регламентируются нормами уставов и других внутрисоюзных актов, профсоюзы не несут ответственности за реализацию прав и обязанностей перед своими членами. Однако высказывается мнение и о том, что невозможность обжалования в суде действий профсоюза по представительству работника негативно сказывается на самом профсоюзном движении, поскольку уровень доверия к таким организациям снижается<sup>10</sup>. Отсутствие правового регулирования внутренних отношений в профсоюзе согласуется со свободой объединения, которая в соответствии с Конвенцией МОТ о свободе объединения и защите права на организацию от 9 июля 1948 года № 87 включает право вырабатывать свои уставы и административные регламенты, свободно выбирать своих представителей, организовывать свой аппарат и свою деятельность и формулировать свою программу действий (ст. 3). Можно обратить внимание на аргументацию, данную в Определении Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2006 г. № 583-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки на нарушение ее прав ст. 373 ТК РФ. Суд не нашел оснований для принятия жалобы к рассмотрению, так как профсоюзы, «являясь самостоятельными и независимыми объединениями, самостоятельно разрабаты-

вают и утверждают уставы, положения о первичных профорганизациях, организуют свою деятельность, в том числе порядок осуществления своих юридически значимых действий. Определение порядка формирования мнения выборного органа первичной профсоюзной организации по поводу увольнения по инициативе работодателя члена профсоюза, а также установления необходимости присутствия работника на заседании указанного выборного органа означало бы неоправданное вмешательство в деятельность профсоюзной организации и нарушало бы принцип независимости профсоюзов»<sup>11</sup>. Позиция Конституционного Суда РФ представляется убедительной, но проблема остается. Так, известны примеры принятия к рассмотрению судами дел о восстановлении членства в профсоюзе лица, исключенного из профсоюза<sup>12</sup>. В ряде случаев, предусмотренных ТК РФ, решения профсоюзных органов влекут правовые последствия. Профсоюзы включены в процесс реализации прав работников<sup>13</sup>. Поэтому обжалование действий (бездействий) профсоюзных органов возможно, но, по-видимому, не по любым вопросам, а только в случаях, предусмотренных законом (например, когда нарушены трудовые права работников). Норму о праве членов профсоюза обжаловать действия (бездействия) профсоюзных органов в случаях, предусмотренных законом, целесообразно включить в Федеральный закон РФ «О профсоюзах, их правах и гарантиях деятельности». Интересно отметить, что

<sup>7</sup> Пашков А. С. Василий Михайлович Догадов (1886—1962) // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1986. № 6. С. 49.

<sup>8</sup> Снигирева И. О. Профсоюзы и трудовое право. М., 1983. С. 38, 78; Снигирева И. О. Правовой статус российских профсоюзов сфере труда. Общая характеристика // Труд и социальные отношения. 2013. № 7. С. 103—104.

<sup>9</sup> Зайцева О. Б. Особенности правосубъектности профессиональных союзов как субъектов трудового права // Lex Russica. 2007. Т. LXVI. № 1. С. 136; Снигирева И. О. Правовой статус российских профсоюзов в сфере труда. Общая характеристика // Труд и социальные отношения. 2013. № 7. С. 104.

<sup>10</sup> Лютов Н. Л. Коллективные договоры в России: правовые проблемы // Хозяйство и право. 2008. № 1. С. 77—78.

<sup>11</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2006 г. № 583-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Козловой В. Н. на нарушение ее конституционных прав ст. 373 ТК РФ, а также решениями судов общей юрисдикции // Доступ из СПС ГАРАНТ.

<sup>12</sup> Малюк С. Н. Проблемы применения норм трудового законодательства и законодательства о профсоюзах // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2009. № 3 (20). С. 104.

<sup>13</sup> Крылов К. Д., Зыкина Т. А. К развитию теоретического исследования реализации прав работника // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 5. С. 92.

в гражданском законодательстве предусмотрено право членов корпорации обжаловать решения органов корпорации, влекущие гражданско-правовые последствия, в случаях и порядке, которые предусмотрены законом (ч. 1 ст. 65.2 ГК РФ).

В практике вызывает затруднения разрешение внутрисюжных споров. Неоднократно предпринимались попытки добиться равенства прав профсоюзов, нарушенного коллективным договором. Так, Российский профсоюз локомотивных бригад железнодорожников (РПЛБ), пытаясь добиться одинаковых льгот с Российским профсоюзом железнодорожников (РПЖ), обратился в суд с заявлением о признании генерального коллективного договора, заключенного последним с ОАО «РЖД», недействующим и противоречащим законодательству. Договор предусматривал льготы только для штатных работников отраслевого профсоюза — РПЖ. Суд вынес определение об отказе в принятии искового заявления. В качестве основания для отказа суд указал, что у истца отсутствует право на обращение в суд с подобным иском и сослался на ГК РФ, согласно которому, по мнению суда, право признания сделки недействительной принадлежит сторонам, заключившим сделку, и заинтересованным лицам<sup>14</sup>. Суд рассматривает коллективный договор как обычную гражданско-правовую сделку, но проводить прямую аналогию, применяя гражданско-правовые нормы, вряд ли правильно, т.к. это разные правовые явления. Институт коллективного договора не охватывается рамками гражданско-правовых договоров<sup>15</sup>. Коллективные договоры имеют публично-правовую природу, содержат нормативные положения, затрагивающие права и интересы неопределенного круга лиц. В связи с этим, как представляется, должна быть предоставлена

возможность оспаривания нормативных положений коллективных договоров, нарушающих права работников. Законодательство допускает обжалование нормативных правовых актов и только лицами, которым предоставлено такое право<sup>16</sup>. Ни ТК РФ (ч. 2 ст. 9, ч. 3 ст. 50), ни другие федеральные законы, к сожалению, не позволяют сделать вывод, кто и в каком порядке решает вопрос о неприменении коллективного договора.

Остается актуальной проблема судебной защиты профсоюзами прав работников. Правовую основу для обращения в суд дает норма ст. 23 Федерального закона «О профсоюзах, их правах и гарантиях деятельности» о том, что в случаях нарушения законодательства о труде профсоюзы вправе по просьбе членов профсоюза, других работников, а также по собственной инициативе обращаться с заявлениями в защиту их трудовых прав в органы, рассматривающие трудовые споры. Но в практике заявления подобного рода воспринимаются неоднозначно, суды отказывают в приеме заявления под предлогом, что работники специально не уполномочили представителя профсоюза представлять их интересы. В связи с этим заслуживает внимания предложение о том, что профсоюзные органы должны быть наделены правом на осуществление представительства в органах по рассмотрению споров в интересах работников без поступления от них жалоб на нарушение работодателем трудового законодательства, в силу членства в профсоюзе<sup>17</sup>. Т. А. Сошниковой предлагается непосредственно в ГПК РФ сформулировать норму о праве профсоюзов предъявлять иски в защиту неопределенного круга лиц, чтобы стабилизировать ситуацию в судебной практике<sup>18</sup>. Необъяснимо, почему профсоюзам отказывают в этом, хотя за объединениями работо-

<sup>14</sup> Никифорова Н. Н., Сенников Н. М. Внутрисюжные споры юридического характера, разрешаемые в судебном порядке // Трудовое право. 2008. № 6. С. 26—27.

<sup>15</sup> Курс российского трудового права. Т. 3. Трудовой договор / науч. ред. тома проф. Е. Б. Хохлов. СПб., 2007. С. 23.

<sup>16</sup> Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ (ст. 128) // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391.

<sup>17</sup> Хмельницкий В. Т. Об актуальных вопросах современного профсоюзного права // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2009. № 3 (20). С.100—101.

<sup>18</sup> Сошникова Т. А. Пути повышения роли профессиональных союзов в современной России. М., 2014. С. 128.

дателей такое право признается<sup>19</sup>. Необходимо сделать шаг в направлении усиления защитной функции профсоюзов.

Профсоюзные организации и их органы представляют на локальном уровне права и интересы работников, являющихся членами соответствующего профсоюза, а в случаях и порядке, которые установлены ТК РФ, — интересы всех работников данного работодателя независимо от членства в профсоюзе (ст. 30 ТК РФ). Работники, не являющиеся членами профсоюза, могут уполномочить орган первичной профсоюзной организации представлять их интересы на условиях, установленных данной первичной организацией. В коллективных договорах встречаются подобные условия, например, уплата взносов в течение определенного периода времени. Теоретическое и практическое значение имеет вопрос о сфере действия коллективных договоров. ТК РФ предусматривает, что действие коллективного договора распространяется на всех работников организации, индивидуального предпринимателя, обособленного подразделения, если там заключен договор, независимо от членства в профсоюзе (ч. 3 ст. 43). Между тем Рекомендация МОТ 1951 г. о коллективных договорах № 91 (ст. 4) определяет сферу действия иначе: коллективный договор распространяется на всех работников организации, если иное не предусмотрено договором. Норма ТК РФ лишает работников — членов профсоюза права выбора варианта поведения и не вполне соответствует международной норме. «Возлагая на профсоюзы обязанность представлять интересы всех работников при защите коллективных прав и интересов без их поручения, — пишет Т. А. Сошникова, — государство не только не стимулирует общественную активность работающих, но и косвенно оказывает влияние на ее снижение, стимулирует выход из профсоюза»<sup>20</sup>. Совершенно правильно указывается на то, что члены профсоюза добились повышенных гарантий, определенных льгот и несправедливо распространять их на тех, кто ничего не сделал

для этого, никак не участвовал, хотя бы своими взносами, в достижении позитивного результата. На снижение мотивации к членству в профсоюзе из-за рассматриваемого правила указывают и другие ученые<sup>21</sup>. Задачей же государства, как следует из упомянутой Конвенции № 135, является создание условий для деятельности профсоюзов, для быстрого и эффективного выполнения ими своих функций. Однако многие нормы законодательства, в том числе норма ч. 3 ст. 43 ТК РФ, нельзя признать поддержкой профсоюзов, созданием условий для их беспрепятственной деятельности. Следовало бы подкорректировать норму ст. 43 ТК РФ, указав, что действие коллективного договора распространяется на членов профсоюза, если иное не предусмотрено договором. Профсоюзы охватывают около 30 млн чел., а это менее 50 % работающих<sup>22</sup>. В организациях иногда действуют несколько профсоюзных организаций или вообще нет профсоюзов, и коллективные договоры заключаются иными представительными органами работников. В этих условиях борьба за членство в профсоюзе является актуальной задачей профсоюзных организаций. Появление нетипичных трудовых отношений ставит некоторые вопросы, требующие законодательного решения: распространяются ли положения коллективного договора, заключенного в организации, являющейся принимающей стороной, на работников, временно предоставленных агентством занятости (гл. 53.1 ТК РФ)? Эти работники оказываются в худшем положении по сравнению с постоянно занятыми. На наш взгляд, положения коллективного договора должны распространяться и на данную категорию работников, что следует отразить в гл. 53.1 ТК РФ. На условиях, установленных профсоюзной организацией, их интересы мог бы представлять орган данной первичной организации.

Одной из основных форм социального партнерства являются коллективные переговоры и заключение коллективных договоров, соглашений. По данным ФНПР, на федеральном уровне

<sup>19</sup> Права работодателей в трудовых отношениях / под ред. А. Ф. Нуртдиновой, Л. А. Чикановой. М., 2010. С. 363—364.

<sup>20</sup> Сошникова Т. А. Указ. соч. С. 149—150.

<sup>21</sup> Лютов Н. Л. Российское трудовое законодательство и международные трудовые стандарты: соответствие и перспективы совершенствования. М., 2012. С. 81.

<sup>22</sup> Сошникова Т. А. Указ. соч. С. 149.



действуют 58 ОТС<sup>23</sup>. Соглашения о минимальной заработной плате по организациям внебюджетного сектора заключены в 64 субъектах РФ, по организациям бюджетного сектора — в 50 субъектах РФ<sup>24</sup>. В стране насчитывается около 147 тыс. коллективных договоров в традиционных отраслях экономики<sup>25</sup>. Роль коллективных договоров, соглашений как регуляторов трудовых отношений и иных отношений, связанных с трудовыми, особенно заметна, когда работодателям приходится доказывать экономическую обоснованность расходов, которая в настоящее время все чаще становится предметом проверок налоговых органов, и правильность исчисления налогов. Судебные акты при этом опираются на положения коллективных договоров<sup>26</sup>. Повышение роли социально-партнерских соглашений, в том числе коллективного договора, проявляется и в том, что закон в ряде случаев допускает возможность установления тех или иных положений в трудовом договоре при условии, что соответствующие правила нашли закрепление в коллективном договоре. Например, ч. 3 ст. 94 ТК РФ допускает заключение соглашения с работником об увеличении максимальной продолжительности ежедневной работы (смены), если это предусмотрено в отраслевом соглашении, коллективном договоре, что повышает заинтересованность работодателей в коллективном договоре.

Дискуссионной является проблема распространения соглашений на всех работодателей, не заявивших отказ о неприсоединении к соглашению в течение 30 календарных дней (ч. 8 ст. 48 ТК РФ). Признавая неоднозначность ситуации, в то же время ученые считают такое решение оправданным, так как при этом «происходит выравнивание условий конку-

рентной борьбы работодателей в предпринимательской сфере»<sup>27</sup>. Конституционный Суд РФ, рассмотрев по требованию администрации муниципального образования «Котлас» и муниципального учреждения «Служба благоустройства МО «Котлас» вопрос о возможности принятия их жалобы на нарушение конституционных прав в связи с принудительным распространением на эти организации отраслевого соглашения к рассмотрению в заседании пояснил, что механизм распространения действия такого соглашения основан на принципе добровольности<sup>28</sup>, у работодателей есть выбор варианта поведения. На наш взгляд, возражения работодателей вряд ли могут быть приняты, это нарушало бы баланс интересов и было бы несправедливым в отношении тех, кто несет бремя социальной ответственности.

Рассмотренные проблемы показывают, что правовое обеспечение деятельности профсоюзов отличается противоречивостью, наличием пробелов. Несовершенство законодательного обеспечения прав профсоюзов отрицательно сказывается на эффективности их деятельности. В связи с этим полагаем необходимым закрепить право членом профсоюзов обжаловать действия (бездействия) профсоюзных органов в случаях, предусмотренных законом; предоставить право профсоюзным органам обращаться в суд в защиту прав и свобод членом профсоюза; предоставить возможность оспаривания нормативных положений коллективных договоров (соглашений), нарушающих права третьих лиц; распространить действие коллективного договора организации на работников, временно направленных агентством занятости в эту организацию по договору о предоставлении труда персонала.

<sup>23</sup> Действующие отраслевые соглашения, заключенные на федеральном уровне // URL: <http://www.fnpr.ru/n/256/10995.html> (дата обращения: 10 марта 2016 г.).

<sup>24</sup> Действующие региональные соглашения по заработной плате // URL: <http://www.fnpr.ru/n/256/11878.html> (дата обращения: 10 марта 2016 г.).

<sup>25</sup> Сошникова Т. А. Указ. соч. С. 95—98.

<sup>26</sup> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 24 июня 2014 г. по делу № А33-16111/2013 // Доступ из СПС ГАРАНТ.

<sup>27</sup> Лушникова М. В., Лушников А. М. Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 714.

<sup>28</sup> См.: определение Конституционного Суда РФ от 16.10.2007 № 723-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы администрации муниципального образования «Котлас» и муниципального учреждения «Служба благоустройства МО «КОТЛАС» на нарушение конституционных прав и свобод положениями частей седьмой и восьмой статьи 48 Трудового кодекса Российской Федерации» // Доступ из СПС ГАРАНТ.



## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Зайцева О. Б. Особенности правосубъектности профессиональных союзов как субъектов трудового права // *Lex Russica*. — 2007. — Т. LXVI. — № 1. — С. 124—139.
2. Крылов К. Д., Зыкина Т. А. К развитию теоретического исследования реализации прав работника // *Актуальные проблемы российского права*. — 2016. — № 5. — С. 89—95.
3. Курс российского трудового права / под ред. Е. Б. Хохлова. — СПб., 2007. — Т. 3. Трудовой договор. — 656 с.
4. Лушникова М. В., Лушников А. М. Очерки теории трудового права. — СПб., 2006. — 940 с.
5. Лютов Н. Л. Коллективные договоры в России: правовые проблемы // *Хозяйство и право*. — 2008. — № 1. — С. 73—80.
6. Лютов Н. Л. Российское трудовое законодательство и международные трудовые стандарты: соответствие и перспективы совершенствования. — М., 2012. — 128 с.
7. Лютов Н. Л. Социальные и трудовые отношения в условиях кризиса: соблюдение баланса интересов // *Журнал российского права*. — 2016. — № 1. — С. 30—38.
8. Малюк С. Н. Проблемы применения норм трудового законодательства и законодательства о профсоюзах // *Вестник Омского университета. Серия «Право»*. — 2009. — № 3 (20). — С. 102—105.
9. Никифорова Н. Н., Сенников Н. М. Внутрисоюзные споры юридического характера, разрешаемые в судебном порядке // *Трудовое право*. — 2008. — № 6. — С. 17—47.
10. Пашков А. С. Василий Михайлович Догадов (1886—1962) // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. — 1986. — № 6. — С. 45—52.
11. Права работодателей в трудовых отношениях / под ред. А. Ф. Нуртдиновой, Л. А. Чикановой. — М., 2010. — 480 с.
12. Сойфер Т. В. Профессиональные союзы как субъекты гражданского права // *Кадровик. Трудовое право для кадровика*. — 2011. — № 8. — С. 68—75.
13. Сошникова Т. А. Пути повышения роли профессиональных союзов в современной России. — М., 2014. — 168 с.
14. Снигирева И. О. Профсоюзы и трудовое право. — М., 1983. — 176 с.
15. Снигирева И. О. Правовой статус профсоюзов в сфере труда // *Труд и социальные отношения*. — 2013. — № 7. — С. 102—112.
16. Хмельницкий В. Т. Об актуальных вопросах современного профсоюзного права // *Вестник Омского университета. Серия «Право»*. — 2009. — № 3 (20). — С. 100—101.

*Материал поступил в редакцию 27 июня 2016 г.*

## SOME ISSUES OF LEGAL REGULATION OF RELATIONS INVOLVING UNIONS

**FILYUSCHENKO Ludmila Ivanovna** — Associate Professor, PhD in Law, Assistant Professor at the Department of Legal Regulation of Economic Activities, Ural Federal University named after the first President of Russia B.N. Yeltsin  
filuschenko@mail.ru  
620002, Russia, Ekaterinburg, Mira Street, 19.

**Review.** *The article discusses selected issues of legal regulation of relations between trade unions and employers. The author touches upon some aspects of internal relations within unions, as corporations, and concludes that granting trade union members with the right to challenge the Trade Union decisions in cases stipulated by law, in particular, when the rights of workers are being breached. Given the public nature of collective agreements, the author justifies the opportunity to challenge the provisions of collective agreements that violate the rights of third parties. The author supports the suggestion made by T.A. Soshnikova on enshrining the right of Trade Unions to appear in court in order to protect the rights and freedoms of their members. In connection with the extension of*

*the scope of work of employees temporarily assigned to other parties under contracts for the provision of personnel, the author justifies the necessity of disseminating the provisions of the collective agreement for this category of workers in order to prevent the infringement of their rights.*

**Keywords:** Trade Union, motivation, intra-union disputes, judicial protection of rights, representation of interests

#### REFERENCES (TRANSLITERATION):

1. Zaytseva O. B. Osobennosti pravosub"ektnosti professional'nykh soyuzov kak sub"ektov trudovogo prava // Lex Russica. — 2007. — T. LXVI. — № 1. — S. 124—139.
2. Krylov K. D., Zykina T. A. K razvitiyu teoreticheskogo issledovaniya realizatsii prav rabotnika // Aktual'nye problemy rossiyskogo prava. — 2016. — № 5. — S. 89—95.
3. Kurs rossiyskogo trudovogo prava / pod red. E. B. Khokhlova. — SPb., 2007. — T. 3. Trudovoy dogovor. — 656 s.
4. Lushnikova M. V., Lushnikov A. M. Ocherki teorii trudovogo prava. — SPb., 2006. — 940 s.
5. Lyutov N. L. Kollektivnye dogovory v Rossii: pravovye problemy // Khozyaystvo i pravo. — 2008. — № 1. — S. 73—80.
6. Lyutov N. L. Rossiyskoe trudovoe zakonodatel'stvo i mezhdunarodnye trudovye standarty: sootvetstvie i perspektivy sovershenstvovaniya. — M., 2012. — 128 s.
7. Lyutov N. L. Sotsial'nye i trudovye otnosheniya v usloviyakh krizisa: soblyudeniye balansa interesov // Zhurnal rossiyskogo prava. — 2016. — № 1. — S. 30—38.
8. Malyuk S. N. Problemy primeneniya norm trudovogo zakonodatel'stva i zakonodatel'stva o profsoyuzakh // Vestnik Omskogo universiteta. Seriya «Pravo». — 2009. — № 3 (20). — S. 102—105.
9. Nikiforova N. N., Sennikov H. M. Vnutrisoyuznye spory yuridicheskogo kharaktera, razreshaemye v sudebnom poryadke // Trudovoe pravo. — 2008. — № 6. — S. 17—47.
10. Pashkov A. S. Vasilii Mikhaylovich Dogadov (1886—1962) // Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie. — 1986. — № 6. — S. 45—52.
11. Prava rabotodateley v trudovykh otnosheniyakh / pod red. A. F. Nurtdinovoy, L. A. Chikanovoy. — M., 2010. — 480 s.
12. Soyfer T. V. Professional'nye soyuzy kak sub"ekty grazhdanskogo prava // Kadrovik. Trudovoe pravo dlya kadrovika. — 2011. — № 8. — S. 68—75.
13. Soshnikova T. A. Puti povysheniya roli professional'nykh soyuzov v sovremennoy Rossii. — M., 2014. — 168 s.
14. Snigireva I. O. Profsoyuzy i trudovoe pravo. — M., 1983. — 176 s.
15. Snigireva I. O. Pravovoy status profsoyuzov sfere truda // Trud i sotsial'nye otnosheniya. — 2013. — № 7. — S. 102—112.
16. Khmel'nitskiy V. T. Ob aktual'nykh voprosakh sovremennogo profsoyuznogo prava // Vestnik Omskogo universiteta. — Seriya «Pravo». — 2009. — № 3 (20). — S. 100—101.

## Коррупционная преступность: историко-правовой аспект

**Аннотация.** Коррупционная преступность формировалась вместе с обществом, корень зарождения такого социального явления, как коррупция, по нашему мнению, был заложен еще в первобытном обществе. Анализ научной литературы по заданной теме позволил прийти к логичному выводу о том, что возникновение коррупции связано с языческими верованиями наших предков, которые верили в силы природы и старались задобрить богов, от которых, по их убеждению, они были зависимы. Богам люди приносили жертвы, своеобразные дары. С развитием общества стали появляться первые служители культа — шаманы, знахари, люди, которых считали близкими к богам, вследствие чего и им тоже оказывались различные знаки внимания в виде подарков. Автор анализирует исторические документы, подтверждающие наличие коррупции, ее возникновение и развитие.

**Ключевые слова:** борьба с коррупцией, история, уголовное право, преступления, коррупционная преступность, чиновник, криминология, мздоимство.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.129-133**

**Б**орьба с коррупцией — важнейшее направление политики любого государства. Однако в такой стране, как Российская Федерация, уже много лет занимающей одно из самых высоких мест в мире по уровню коррупции, оно является просто жизненно необходимым<sup>1</sup>. Полагаем, что изучение истории возникновения такого явления, как коррупция имеет большое научное значение.

История взяточничества не уступает по древности известной нам истории человеческой ци-

вильзации, потому и изучение человеческого опыта противодействия взяточничеству является непременным условием научного познания данного социально-правового явления<sup>2</sup>.

Если обратиться к историческим документам, то можно найти подтверждение тому, что коррупционная преступность была во все времена. Например, в Библии говорится: «...Я знаю, насколько бесчисленны ваши злодеяния и как тяжка ваша вина: вы притесняете невинного, берете взятки, а нищему,

<sup>1</sup> Чаннов С. Е. Может ли коррупционный проступок быть малозначительным? // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 10. С. 2197—2203.

<sup>2</sup> Крюкова Н. И. Коррупция: ее сущность и исторические корни в России // История государства и права. 2014. № 5. С. 52—57.

© Гумеров Т. А., 2016

\* Гумеров Тимур Альбертович, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и судебной деятельности Елабужского института (филиала) Казанского федерального университета, начальник отдела Комитета экономического развития Исполнительного комитета г. Казани timur.kfu@gmail.com.

421001, Россия, г. Казань, ул. Сибгата Хакима, д. 41, кв. 134

разыскивающему правосудие, указываете на дверь...» (Ам., 5:12)<sup>3</sup>. Согласно Священному Корану любое неправомерное присвоение чужого имущества является грехом, и тем более грехом является подкуп должностных лиц. «Не присваивайте незаконно имущества друг друга и не подкупайте этим [имуществом] судей, чтобы намеренно присвоить часть собственности [других] людей грешным путем», — говорит Всевышний Аллах в Священном Коране (2/188)<sup>4</sup>.

В древнеегипетском труде «Наставление Гераклеопольского царя своему сыну Мерикару», датированном XXII веком до нашей эры, говорится: «...возноси знатных особ, чтобы они поступали по твоим правилам. Непристрастен тот, кто богат в своем доме, он хозяин имущества...»<sup>5</sup>

До наших дней дошли записи вавилонского царя Хаммурапи, датированные второй половиной XIX века до нашей эры, в них он утверждает: «...Если судья разобрал дело, вынес решение и изготовил документ с печатью, а затем решение свое поменял, то этого судью подобает уличить в изменении решения, которое он вынес, и исковую сумму, имевшуюся в этом деле, он должен выплатить в двенадцатикратном размере; кроме того, по решению совета его должны удалить с судейского кресла, и он не должен вернуться и заседать вместе с судьями в суде...»<sup>6</sup>.

«Артхашастра» — древнеиндийский трактат (321—297 года до н. э.) по управлению государством — говорит, что борьба с казнокрадством — наиважнейшая дилемма любого царя<sup>7</sup>. В трактате приводится 40 средств самого казнокрадства и подводятся итоги: «...Легче распознать путь птиц в поднебесье, чем увертки

хитроумных должностных лиц. Так же, как нельзя определить, пьют ли воду плавающие в ней рыбы, нельзя распознать, присваивают ли капитал чиновники, приставленные к делам...»<sup>8</sup>.

В Законах Двенадцати таблиц (451—450 гг. до н. э.) употребляется слово «Corruptere», означающее подмену показаний в суде за деньги. В тексте встречаются строчки: «...Неужто ты будешь считать жестоким приговор закона, карающий смертною казнью того судью или посредника, которые были назначены при судоговорении [для разбирательства дела] и были обличены в том, что приняли денежное вознаграждение по [данному] делу?...»<sup>9</sup>.

Крупные масштабы коррупционная преступность в Европе приобрела во время Ренессанса, это связано с развитием товарно-денежных отношений. Фома Аквинский тогда писал, что коррупция хоть и называется дьявольским обольщением, но принимается обществом как неотъемлемая его часть<sup>10</sup>. И тем не менее данные преступления карались жестоко — сожжением на костре.

Томас Гоббс писал об англичанах: «...Люди, гордящиеся своим состоянием, легко свершают преступления в надежде, что им посчастливится уклониться от наказания путем подкупа государственной юстиции или получить пощаду за деньги или другие формы одаривания... Коррупция есть причина, из которой вытекает во все эпохи и при всяких искушениях пренебрежение ко всем законам...»<sup>11</sup>. Дальше можно продолжать безгранично. Таких ниточек десятки, а если досконально искать — сотни тысяч, и все они охватывают историю мировой цивилизации густой паутиной, сквозь которую едва-едва пробирается истина.

<sup>3</sup> Библия Онлайн // URL: [www.bibleonline.ru/bible/](http://www.bibleonline.ru/bible/) (дата обращения: 04.09.2015).

<sup>4</sup> Коран Онлайн. Коран 2:188 // URL: <http://www.sawab.info/koran-onlain/> (дата обращения: 04.09.2015).

<sup>5</sup> См.: Чумаков А. Антикоррупционная политика России и ее приоритеты // Закон и право. 2012. № 1. С. 34.

<sup>6</sup> См.: Кузищин В. И. История Древнего Востока : учебное пособие. М., 2012. С. 167.

<sup>7</sup> См.: Кальянов В. И. Артхашастра, или Наука о политике / пер. с санскр. В. И. Кальянова. М., 2013. С. 57.

<sup>8</sup> См.: Бонгард-Левин Г. М. Древняя Индия // Левин Г. М. История и культура. М. : Наука, 2013. С. 41.

<sup>9</sup> См.: Шульгина Н. А. Исторические и философско-правовые основы возникновения коррупции в обществе // Государственная власть и местное самоуправление. 2012. № 10. С. 5—9.

<sup>10</sup> Шинкевич В. Е. К проблеме осмысления коррупции как социального явления // Социально-гуманитарные знания: научно-образовательное издание. 2014. № 5. С. 67.

<sup>11</sup> Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. М., 2011. С. 731.

В Псковской судной грамоте<sup>12</sup>, существовавшей более 500 лет тому назад, учитывалась такая особенность коррупционной преступности, как латентность. Проявилась она на Руси в достаточно специфичной форме, в первую очередь через сложившуюся систему дарения, фактически — взятки. Как считает С. В. Бондаренко, «взятка в те времена носила сакральный смысл. Прийти без подарка в то время к великому князю считалось нарушением этических норм. Когда требовалось решить некий вопрос, “посулы” (взятки) несли и просто так, “на всякий случай”». О том, что данная традиция укоренилась в социальную практику, говорит то, что в XVII—XVIII вв. коррупция стала характерной чертой власти.

На Руси имелось устоявшееся суждение о том, что чиновника в разы дешевле, да и конечно же проще, прокормить за счет простых жителей, чем за счет царской казны. Таким образом, до XVII в. чиновники так и жили — исключительно благодаря тем самым кормлениям. Следует отметить, что вознаграждали их не только деньгами и подарками, но и натурой.

При Петре I за мздоимство клеймили и ссылали. Однако особых результатов это не принесло, желание прибыли было велико. Петр даже страдал издать постановление, по которому любой, кто украдет у государства деньги, на которые возможно будет купить веревку, будет вздернут на виселице, но, побаиваясь остаться совсем без подчиненных (так как на тот момент приворовывали уже все госслужащие), Петр так и не издал такой указ, ограничившись распоряжением вешать только видных взяточников<sup>13</sup>.

Следует отметить еще один вклад императора в дело борьбы с мздоимством: все «слуги государевы» стали получать установленное ежемесячное жалование, а взятки в любой форме начали считаться преступлением. Однако вскоре, в силу различных причин, казна исчерпалась, ввиду чего своевременность выплат оставляла желать лучшего. Лишившись заработка, многие чиновники прибегли к еще забытой системе «кормлений».

Коррупционная преступность продолжала свое царствование в стране и при наследниках Петра: Екатерине I, Елизавете, Екатерине II и др.

Проходили века, менялся общественно-политический строй, но коррупция в России оставалась бессмертной. В Советском государстве власть, чтобы перестроить все сферы жизни на свой манер, создала большое количество чиновников, призванных перестроить эту контролировать. Чиновники, наделенные чрезвычайными полномочиями, часто их превышали, извлекая из этого немалую выгоду. В мае 1918 г. Совету народных комиссаров пришлось издать Декрет «О взяточничестве»<sup>14</sup>, предусматривающий тюремное заключение за взятки на срок не менее пяти лет, соединенное с принудительными работами на тот же срок, а также конфискацию имущества.

Пусть мера пресечения беспрестанно ужесточалась, но сдержать размах злоупотреблений чиновников она не смогла. Позже, к концу 20-х годов, война с коррупционной преступностью приняла характер многочисленных карательных кампаний. Так, в одном из распоряжений Наркомата юстиции 1927 года говорится: «В течение... месяца... повсеместно и одновременно приготовить к слушанию по возможности исключительно дела о взяточничестве, проинформировав об этом в газете, дабы создать по всей республике впечатление единой, массовой и организовано проводимой судебной карательной компании»<sup>15</sup>.

С годами коррупционная преступность проникла во все уровни власти, опорочив ее и вступая в вопиющее столкновение с интересами общества. Очевидно, рост данной преступности в колоссальной степени воздействовал на кризис эпохи социализма и приблизил распад СССР.

К концу правления Л. И. Брежнева коррупционные преступления стали проявляться и в сфере здравоохранения и образования. Становление новой российской государственности проходило в экстремальных условиях гиперин-

<sup>12</sup> Памятники русского права. Выпуск третий / под ред. Л. В. Черепнина. М., 1955. С. 38.

<sup>13</sup> Бурлаков В. Н. Криминология : учебник / под ред. проф. В. Н. Бурлакова, проф. Н. М. Кропачева. СПб. : Издат. дом СПбГУ, 2012. С. 36.

<sup>14</sup> Декрет СНК РСФСР от 08.05.1918 «О взяточничестве» // Известия ВЦИК. № 93. 12.05.1918.

<sup>15</sup> Болдырев Ю. Ю. Коррупция — системное свойство постсоветского российского капитализма (научно-публицистические заметки) // Российский экономический журнал. 2011. № 2. С. 14.



фляции, поспешной ваучерной приватизации, похожей на разграбление госимущества, безработицы. Из-за бездействия правоохранительных органов, ожесточенной борьбы за власть произошла криминализация общества.

Во время царящего хаоса в стране формируются те тенденции, которые объясняют громадные масштабы коррупции в наши дни. Во-первых, это возврат «кормлений». В условиях, когда заработная плата не выплачивалась, люди разных профессий, в том числе преподаватели, врачи и сотрудники правоохрани-

тельных органов, стали искать другой способ получения доходов. Во-вторых, это приватизация собственности, зачастую ее владельцами становились либо сами представители государственной власти, либо те, кто имел с ними связи и тем самым получил доступ к приватизации. В-третьих, огромное поле «административного усмотрения», когда чиновник принимает решения, руководствуясь исключительно личными соображениями<sup>16</sup>. В-четвертых, это увеличение бюрократического аппарата, основу которого составила прежняя номенклатура.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Болдырев Ю. Ю.* Коррупция — системное свойство постсоветского российского капитализма (научно-публицистические заметки) // *Российский экономический журнал*. — 2011. — № 2. — С. 14.
2. *Бонгард-Левин Г. М.* Древняя Индия // *Левин Г. М.* История и культура. — М.: Наука, 2013. — С. 41.
3. *Бурлаков В. Н.* Криминология: учебник / под ред. проф. В. Н. Бурлакова, проф. Н. М. Кропачева. — СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2012. — С. 36.
4. *Гоббс Т.* Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. — М., 2011. — С. 731.
5. *Кальянов В. И.* Артахаштра, или Наука о политике / пер. с санскр. В. И. Кальянова. — М., 2013. — С. 57.
6. *Крюкова Н. И.* Коррупция: ее сущность и исторические корни в России // *История государства и права*. — 2014. — № 5. — С. 52—57.
7. *Кузищин В. И.* История Древнего Востока: учебное пособие. — М., 2012. С. 167.
8. Памятники Русского права. Вып. 3 / под ред. Л. В. Черепнина. — М., 1955. — С. 38.
9. *Прутков К.* Где начало того конца, которым оканчивается это начало // *Журнал Magmens*. — М., 2013. — С. 21.
10. *Тхабисимова Л. А.* Правовой аспект эффективности деятельности органов власти и управления субъектов Российской Федерации // *Актуальные проблемы российского права*. — 2014. — № 12. — С. 2753—2758.
11. *Чаннов С. Е.* Может ли коррупционный проступок быть малозначительным? // *Актуальные проблемы российского права*. — 2014. — № 10. — С. 2197—2203.
12. *Чумаков А.* Антикоррупционная политика России и ее приоритеты // *Закон и право*. — 2012. — № 1. — С. 34.
13. *Шинкевич В. Е.* К проблеме осмысления коррупции как социального явления // *Социально-гуманитарные знания: научно-образовательное издание*. — 2014. — № 5. — С. 67.
14. *Шульгина Н. А.* Исторические и философско-правовые основы возникновения коррупции в обществе // *Государственная власть и местное самоуправление*. — 2012. — № 10. — С. 5—9.

*Материал поступил в редакцию 29 января 2016 г.*

<sup>16</sup> *Тхабисимова Л. А.* Правовой аспект эффективности деятельности органов власти и управления субъектов Российской Федерации // *Актуальные проблемы российского права*. 2014. № 12. С. 2753—2758.

## CORRUPTION-RELATED CRIMES: HISTORICAL AND LEGAL ASPECT

**GUMEROV Timur Albertovich** — PhD in Law Associate Professor at the Department of Criminal Law and Judicial Activities, Elabuga Institute of Kazan State University Head of the Department of the Committee for Economic Development of Executive Committee of Kazan  
timur.kfu@gmail.com.  
421001, Kazan, Sibgata Hakima Street, 41, apt. 134

**Review.** *Corruption-related crimes have evolved alongside the society; the origin of such social phenomena as corruption, in our opinion, can be traced back to the primitive society. The analysis of the scientific literature on the given topic, allowed us to come to the logical conclusion that the emergence of corruption is connected with the pagan beliefs of our forefathers, who believed in the power of nature and tried to appease the gods, to whom, in their view, they were addicted. People made sacrifices to gods, some kind of gifts. With the development of the society, the first clergy – shamans - began to appear, and people considered them to be "close to the gods", and as a result, they also began to provide the clergy with various gifts. The author analyzes historical documents proving the existence of corruption, its origin and development.*

**Keywords:** *fight against corruption, history, criminal law, crime, corruption-related crimes, stateman, criminology, bribery.*

## REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Boldyrev Ju. Ju.* Korrupcija — sistemnoe svojstvo postsovetского rossijskogo kapitalizma (nauchno-publicisticheskie zametki) // Rossijskij jekonomicheskij zhurnal. — 2011. — № 2. — S. 14.
2. *Bongard-Levin G. M.* Drevnjaja Indija // Levin G. M. Istorija i kul'tura. — M. : Nauka, 2013. — S. 41.
3. *Burlakov V. N.* Kriminologija : uchebnik / pod red. prof. V. N. Burlakova, prof. N. M. Kropacheva. — SPb. : Izdatel'skij Dom SPbGU, 2012. — S. 36.
4. *Gobbs T.* Levafan, ili Materija, forma i vlast' gosudarstva cerkovnogo i grazhdanskogo. — M., 2011. — S. 731.
5. *Kal'janov V. I.* Arthashastra, ili Nauka o politike / per. s sanskr. V. I. Kal'janov. — M., 2013. — S. 57.
6. *Krjukova N. I.* Korrupcija: ee sushhnost' i istoricheskie korni v Rossii // Istorija gosudarstva i prava. — 2014. — № 5. — S. 52—57.
7. *Kuzishhin V. I.* Istorija Drevnego Vostoka : uchebnoe posobie. — M., 2012. S. 167.
8. Pamjatniki Russkogo Prava. Vyp. 3 / pod red. L. V. Cherepnina. — M., 1955. — S. 38.
9. *Prutkov K.* Gde nachalo togo konca, kotorym okanchivaetsja jeto nachalo // Zhurnal Magmens. — M., 2013. — S. 21.
10. *Thabisimova L. A.* Pravovoj aspekt jeffektivnosti dejatel'nosti organov vlasti i upravlenija sub#ektov Rossijskoj Federacii // Aktual'nye problemy rossijskogo prava. — 2014. — № 12. — S. 2753—2758.
11. *Channov S. E.* Mozhet li korrupcionnyj postupok byt' maloznachitel'nym? // Aktual'nye problemy rossijskogo prava. — 2014. — № 10. — S. 2197—2203.
12. *Chumakov A.* Antikorrupcionnaja politika Rossii i ee priority // Zakon i pravo. — 2012. — № 1. — S. 34.
13. *Shinkevich V. E.* K probleme osmyslenija korrupcii kak social'nogo javlenija // Social'no-gumanitarnye znaniya: nauchno-obrazovatel'noe izdanie. — 2014. — № 5. — S. 67.
14. *Shul'gina N. A.* Istoricheskie i filosofsko-pravovye osnovy vznikovenija korrupcii v obshhestve // Gosudarstvennaja vlast' i mestnoe samoupravlenie. — 2012. — № 10. — S. 5—9.

## Проблемы квалификации деяний по ст. 238 УК РФ

**Аннотация.** На основе уголовных дел, рассмотренных судами, в работе сделан вывод о неоднозначности подхода правоохранительных органов и судов к квалификации деяний по ст. 238 УК РФ. В целях устранения выявленных противоречий в правоприменительной практике автором определены признаки товаров (работ, услуг), не отвечающих требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей в рамках анализируемой нормы. В ходе исследования уточнены признаки субъекта преступления. В статье 238 УК РФ предусматривается уголовная ответственность за сбыт товаров (работ, услуг), не отвечающих требованиям безопасности потребителей, а не приобретателей. В результате за рамками уголовно-правовой охраны анализируемой нормы находятся факты сбыта товаров (работ, услуг) иным лицам, не являющимся в силу закона потребителями. Автором обоснованы критерии разграничения преступления, предусмотренного ст. 238 УК РФ, со смежными составами (ст. 109, 118, 293 УК РФ) и административными деликтами (ст. 6.3, 14.43 КоАП РФ).

**Ключевые слова:** товар, работы, услуги, сбыт, уголовная ответственность по статье 238 УК РФ.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.134-141**

В условиях современных рыночных отношений контроль за безопасностью товаров (продукции), работ и услуг является одним из приоритетных направлений деятельности правоохранительных и контролирующих органов. Стремление хозяйствующих субъектов к увеличению прибыли путем уменьшения себестоимости продукции за счет использования дешевого сырья, экономии на соблюдении требований безопасности приводит к появлению на потребительском рынке товаров (продукции, работ, услуг), угрожающих здоровью населения. Не случайно охрана здоровья населения как составляющая общественной безопасности является одной из основных задач уголовного законодательства России.

Ежегодно в России от пищевых отравлений погибает более 50 тыс. человек, из них до 30 тыс. — от отравления суррогатным алкоголем, а общее число пострадавших превышает 30 млн.

Установление ответственности в рамках статьи 238 УК РФ является уголовно-правовой гарантией требований безопасности, предусмотренных Законом РФ от 07.02.1992 «О защите прав потребителей» (далее — Закон о защите прав потребителей).

Ответственность по части 1 статьи 238 УК РФ наступает за производство, хранение, перевозку или сбыт товаров, выполнение работ или оказание услуг, не отвечающих требованиям безопасности для жизни и здоровья потребителей. Представляется, что формулировка диспозиции анализируемой статьи является не вполне совершенной. Потребитель — гражданин, имеющий намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий или использующий товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

© Хромов Е. В., 2016

\* Хромов Евгений Владиленинович, прокурор отдела по надзору за исполнением законодательства в сфере экономики прокуратуры Ивановской области, кандидат юридических наук, кандидат технических наук  
Hromov\_Evgeniy@mail.ru  
153002, Россия, г. Иваново, пр. Ленина, д. 25

При таких обстоятельствах за рамками уголовно-правового запрета, предусмотренного статьей 238 УК РФ, находятся факты сбыта товаров производственно-технического назначения, выполнение работ и оказание услуг, не отвечающих требованиям безопасности, лицами, которых нельзя отнести к потребителям в силу закона. Например, сбыт товаров (работ, услуг) одним субъектом предпринимательской деятельности другому.

В этой связи, учитывая видовой объект преступлений главы 25 УК РФ, целесообразно заменить понятие «потребитель» в диспозиции ч. 1 ст. 238 УК РФ на «население».

Как справедливо отмечает Т. П. Юркина, «предмет преступления, предусмотренного ст. 238 УК РФ, очень широк...»<sup>1</sup>. В правоприменительной практике встречаются факты неверного определения предмета преступления, предусмотренного ст. 238 УК РФ.

Так, М. обвинялся одновременно в оказании услуг и выполнении работ по управлению многоквартирными домами, не отвечающих требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей (ст. 238 УК РФ). В ходе рассмотрения уголовного дела суд исключил из обвинения подсудимого указание на выполнение им работ, не отвечающих требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей, т.к. М. оказывал услуги, не отвечающие требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей<sup>2</sup>.

С целью устранения противоречий предлагаем следующие определения предмета рассматриваемого преступления, которые даны Верховным Судом РФ.

Работа — действие (комплекс действий), имеющее материально выраженный результат и совершаемое исполнителем в интересах и по заказу потребителя на возмездной договорной основе.

Услуга — действие (комплекс действий), совершаемое исполнителем в интересах и по заказу потребителя в целях, для которых услу-

га такого рода обычно используется, либо отвечающее целям, о которых исполнитель был поставлен в известность потребителем при заключении возмездного договора<sup>3</sup>.

Под производством товаров (продукции), не отвечающих требованиям безопасности, следует понимать совокупность действий, направленных на их создание: получение сырья и других исходных материалов, изготовление, расфасовку, упаковку и т.д., для последующей реализации. Производство предполагает серийное получение по определенной технологии и не тождественно изготовлению. В этой связи разбавление водой денатурата не может рассматриваться как производство товаров, не отвечающих требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей.

Применительно к ст. 238 УК РФ под не отвечающими требованиям безопасности следует понимать товары (продукцию, работы, услуги), произведенные (выполненные, оказанные) способами, влекущими недопустимый риск причинения смерти или тяжкого вреда здоровью потребителям и иным лицам в результате их использования в соответствии с назначением при обычных условиях.

К такому выводу приводит сравнение диспозиции анализируемой нормы и ч. 2 ст. 14.43 КоАП РФ, в которой установлен административно-правовой запрет на нарушение изготовителем, исполнителем (лицом, выполняющим функции иностранного изготовителя), продавцом требований технических регламентов, повлекшее причинение вреда жизни или здоровью граждан либо создавшее угрозу причинения такого вреда.

При таких обстоятельствах в рамках ст. 238 УК РФ под не отвечающими требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей следует понимать:

— наличие в товаре (продукции) опасных веществ в концентрации, превышающей допустимые значения, использование которых

<sup>1</sup> Юркина Т. П. Проблемы квалификации обращения фальсифицированных лекарственных средств // Медицинское право. 2013. № 1. С. 21—25.

<sup>2</sup> Приговор Новочебоксарского городского суда Чувашской республики от 16.05.2012 № 1-3/2012 // Архив прокуратуры Ивановской области.

<sup>3</sup> См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей». П. 3 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 9.

при обычных условиях способно повлечь смерть человека или причинение тяжкого вреда здоровью;

- выполнение работ или оказание услуг способами, нарушающими требования безопасности, характеризующимися наличием недопустимого риска причинения смерти человеку или причинения тяжкого вреда здоровью.

По этой причине не может квалифицироваться по ст. 238 УК РФ продажа товаров, в состав которых входят опасные вещества в количестве, не способном причинить смерть или тяжкий вред здоровью человека. В связи с этим полагаем ошибочной квалификацию по ст. 238 УК РФ продажи спиртосодержащих жидкостей пищевого назначения, в состав которых входят метанол, ацетон и другие опасные вещества в концентрациях, неспособных повлечь указанные выше последствия. В данном случае ответственность должна наступать в рамках ч. 2 ст. 14.43 КоАП РФ. Аналогичной позиции придерживаются и высшие судебные инстанции<sup>4</sup>.

Учитывая умышленную форму вины при совершении анализируемого преступления, лицо осведомлено и понимает, что реализует товары (продукцию), выполняет работы, оказывает услуги, не отвечающие требованиям безопасности. О наличии умысла на совершение рассматриваемого преступления могут свидетельствовать следующие обстоятельства:

- при производстве товара (продукции) используется сырье, не отвечающее требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей (например, производство водки осуществляется путем разбавления водой метилового спирта);
- о небезопасности для жизни и здоровья потребителей виновное лицо уведомлено ранее актом органа государственной власти, но, несмотря на это, осознанно продолжает идти на риск (например, о наличии неисправностей, исключающих дальнейшую

эксплуатацию, водитель транспортного средства уведомлен путем привлечения к административной ответственности по ст. 12.5 КоАП РФ, однако, осознавая небезопасность оказания услуг, продолжает перевозку пассажиров, рискуя их жизнью и здоровьем);

- способ оказания услуг исключает безопасность их предоставления (например, продажа топлива из автоцистерн и т.д.);

- виновное лицо самостоятельно вносит изменения в конструкцию машин и механизмов, при помощи которых оказываются услуги, выполняются работы (например, водитель пассажирского автобуса устанавливает колесо, не соответствующее характеристикам транспортного средства).

Дискуссионным является вопрос о субъекте рассматриваемого преступления. Ряд авторов предлагают следующее определение субъекта преступления, предусмотренного ст. 238 УК РФ: лицо, являющееся собственником или руководителем коммерческой организации, индивидуальным предпринимателем и достигшее возраста 16 лет<sup>5</sup>.

Такое определение заслуживает пристального внимания, т.к. опирается на положения Закона о защите прав потребителей, согласно которым продавец (изготовитель, исполнитель) — организация независимо от ее организационно-правовой формы, а также индивидуальный предприниматель. Иными словами, нельзя рассматривать в качестве потребителя физическое лицо, приобретающее товар у другого физического лица, не являющегося индивидуальным предпринимателем. В таком случае недостатки товара угрожают жизни и здоровью приобретателя, а не потребителя и, следовательно, находятся за рамками уголовно-правовой охраны ст. 238 УК РФ.

Несмотря на аргументированность приведенного мнения, позволим себе с ним не согласиться.

<sup>4</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 24.12.2013 № 10373/13 по делу № А57-3413/2013 // Вестник ВАС РФ. 2014. № 6 ; постановление Верховного Суда РФ от 20.05.2014 № 80-АД14-5 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>5</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. А. И. Чучаева. М. : Контракт, 2013. 152 с. ; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации для работников прокуратуры / отв. ред. В. В. Малиновский; науч. ред. А. И. Чучаев. М. : Контракт, 2011. С. 706 ; Колосовский В. В., Савченко А. Н. Установление потерпевшего и субъекта преступления, предусмотренного статьей 238 УК РФ // Уголовный процесс. 2008. № 3. С. 11—13.



Сбыт (изготовление, хранение, перевозку) товаров, продукции, выполнение работ и оказание услуг могут осуществлять не только субъекты предпринимательской деятельности, но и физические лица.

Гражданин, осуществляющий предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, не вправе ссылаться в отношении заключенных им сделок на то, что он не является предпринимателем. К таким сделкам применяется законодательство о защите прав потребителей<sup>6</sup>, следовательно, сбыт физическим лицом товара (выполнение работ, оказание услуг), не отвечающего требованиям безопасности жизни и здоровья, другому физическому лицу должно квалифицироваться по ст. 238 УК РФ.

Сотрудники коммерческих структур могут также осуществлять сбыт товара, не отвечающего требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей, и могут выступать субъектами рассматриваемого преступления. Кроме того, в тех случаях, когда указанные лица действуют самостоятельно (без ведома руководства), именно они несут уголовную ответственность по ст. 238 УК РФ, а не их руководители.

Под субъектом преступления, предусмотренного ст. 238 УК РФ, следует понимать лицо, непосредственно осуществляющее производство, хранение, перевозку в целях сбыта, а также сбыт товаров (продукции), выполняющее работы или оказывающее услуги, не отвечающие требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей, а равно лицо, организовавшее указанную деятельность путем введения в заблуждение иных лиц, не осведомленных о его преступных намерениях (например, руководитель предприятия).

Правоохранительные органы зачастую сталкиваются с проблемами отграничения анализируемого состава преступления от смежных составов преступлений. Например, по фактам падения ледяных образований или предметов конструкции с крыш домов и зданий, повлекших причинение смерти, уголовные дела возбуждаются по различным составам преступлений — ст. 109, 118, 238, 293 УК РФ<sup>7</sup>.

Ответственность по ст. 238 УК РФ наступает в случае, если лицо, оказывающее потребителям услуги по поддержанию надлежащего состояния крыш, осведомленное о наличии опасности падения с нее предметов или избегающее (нарушающее периодичность) проверок технического состояния, не принимает меры по устранению недопустимого риска, в результате чего наступает вред здоровью граждан. Например, управляющая компания, несмотря на привлечение к административной ответственности по ст. 7.22 КоАП РФ, продолжает ненадлежащим образом оказывать услуги по ликвидации крупных сосулек с крыши дома и в результате падения ледяных образований погибает человек. Указанные обстоятельства влекут уголовную ответственность по п. «в» ч. 2 ст. 238 УК РФ.

Если же управляющая компания ликвидировала ледяные образования, но за непродолжительный период времени образовались новые сосульки, падение которых повлекло причинение тяжкого вреда здоровью, содеянное следует квалифицировать по ст. 118 УК РФ, т.к. отсутствует умысел на совершение преступления, предусмотренного ст. 238 УК РФ.

Если падение ледяных образований произошло с крыш зданий, исправное техническое состояние которых поддерживает непосредственно собственник (органы государственной власти, юридические лица), при наличии определенных последствий содеянное следует квалифицировать по ст. 109, 118, 293 УК РФ. Квалификация деяний по ст. 238 УК РФ в данном случае исключается, т.к. выполнение работ или оказание услуг не осуществлялось. При этом, если падение предметов происходит с крыши здания в результате оказания услуг, не отвечающих требованиям безопасности, в рамках договора на их техническое обслуживание, заключенного с собственником — органом государственной власти или юридическим лицом, то ответственность по ст. 238 УК РФ наступать не может, т.к. указанные субъекты не относятся к потребителям. В данном случае, при определенных последствиях, уголовная ответственность должна наступать по ст. 109, 118 УК РФ.

<sup>6</sup> См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей». П. 12.

<sup>7</sup> Китаева В. Н. Судебные экспертизы при расследовании уголовных дел о травмировании, гибели людей упавшими ледяными образованиями, снегом // Российский следователь. 2013. № 12. С. 22—25.

В правоприменительной практике неоднозначно решался вопрос о квалификации фактов хранения и сбыта товара, не отвечающего требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей, лицу, участвующему в оперативно-розыскном мероприятии «проверочная закупка».

Судами в Красноярском крае, Костромской и Липецкой областях виновные лица, осуществившие сбыт товаров, не отвечающих требованиям безопасности, привлекались к уголовной ответственности по ч. 3 ст. 30 ч. 1 ст. 238 УК РФ. Указанные товары изымались сотрудниками полиции, на основании чего судами делались выводы о том, что преступный умысел не был доведен до конца<sup>8</sup>. На территории Курской, Нижегородской, Ульяновской, Ярославской областей, Пермского края к уголовной ответственности по ч. 3 ст. 30 ч. 1 ст. 238 УК РФ привлекались лица за хранение в целях сбыта спиртосодержащей жидкости, не отвечающей требованиям безопасности потребителей, а также сбыт указанной продукции лицам, действовавшим в рамках оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка»<sup>9</sup>. При аналогичных обстоятельствах в Хабаровском крае судами действия виновных лиц квалифицировались по ч. 3 ст. 30 ч. 1 ст. 238 УК РФ (по факту сбыта в рамках проверочной закупки) и ч. 1 ст. 238 УК РФ (по факту хранения)<sup>10</sup>.

Полагаем, что приведенные выше мнения о квалификации деяний по ст. 238 УК РФ несовершенны.

Сбыт следует считать оконченным преступлением с момента выполнения лицом всех необходимых действий по передаче товаров

независимо от их фактического использования приобретателем, в том числе, когда данные действия осуществляются в ходе проверочной закупки или иного оперативно-розыскного мероприятия<sup>11</sup>. Таким образом, сбыт товара, не отвечающего требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей, лицу, действующему в рамках оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка», образует объективную сторону преступления, предусмотренного ст. 238 УК РФ, и ссылки на ч. 3 ст. 30 УК РФ не требует.

Объективная сторона преступления, предусмотренного ст. 238 УК РФ, состоит из альтернативных деяний — производство, хранение, перевозка, сбыт. В этой связи для квалификации деяний по ст. 238 УК РФ достаточно совершения одного из действий, указанных в диспозиции статьи, например хранения. Аналогичного мнения придерживаются суды в Архангельской, Воронежской, Ивановской, Новгородской, Омской, Пензенской, Псковской, Тверской, Челябинской областях и в ряде других регионов<sup>12</sup>.

Неоднозначно в правоприменительной практике решается вопрос о квалификации деяний по ст. 238 УК РФ в случае неоднократного сбыта продукции, не отвечающей требованиям безопасности. Например, в Алтайском крае судом действия виновных в 43 фактах сбыта спиртосодержащей жидкости, не отвечающей требованиям безопасности жизни и здоровья потребителей, квалифицированные органами предварительного расследования как 43 преступления, предусмотренные п. «а» ч. 2 ст. 238 УК РФ, признаны одним продолжаемым преступлением<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> См., например: приговор Октябрьского районного суда г. Липецка от 13.08.2015 № 1-290/2015 // Архив прокуратуры Ивановской области.

<sup>9</sup> См., например: приговор Рыбинского районного суда Ярославской области от 16.07.2015 № 1-432/2015 // Архив прокуратуры Ивановской области.

<sup>10</sup> Приговор Индустриального районного суда г. Хабаровска от 05.10.2015 № 696/2015 // Архив прокуратуры Ивановской области.

<sup>11</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2015 № 30 «О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 15.06.2006 № 14 “О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами”» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 9.

<sup>12</sup> См., например: приговор Бобровского районного суда Воронежской области от 28.09.2015 № 1-127/2015 // Архив прокуратуры Ивановской области.

<sup>13</sup> Приговор Благовещенского районного суда Алтайского края от 26.06.2014 № 1-95/2013 // Архив прокуратуры Ивановской области.

Суд обоснованно пришел к выводу о том, что действия виновных были объединены единым умыслом на неоднократный сбыт продукции, не отвечающей требованиям безопасности. Учитывая, что лица, решившие сбывать опасные товары, как правило, планируют осуществлять свою деятельность неоднократно совокупность преступлений, предусмотренных ст. 238 УК РФ, практически исключается.

Кроме того, необходимо отметить, что если правоохранительным органам известно о том, что конкретными лицами осуществляется сбыт продукции, не отвечающей требованиям безопасности, проведение «проверочных закупок» должно соответствовать целям оперативно-розыскной деятельности. Противоречащим задачам оперативно-розыскной деятельности следует признавать проведение повторных «проверочных закупок» в отношении одного и того же лица, которые не могут привести к иным результатам, кроме как к очередному документированию фактов сбыта этим лицом товаров, не отвечающих требованиям безопасности.

В тех случаях, когда незаконная предпринимательская деятельность была связана с производством, хранением или перевозкой в целях сбыта либо сбытом товаров и продукции, выполнением работ или оказанием услуг, не отвечающих требованиям безопасности жизни или здоровья потребителей, содеянное образует совокупность преступлений, предусмотренных соответствующими частями ст. 171 и 238 УК РФ<sup>14</sup>. Совокупность преступлений, предусмотренных ст. 171.1 и 238 УК РФ, имеет место в случае производства (хранения, перевозки) или сбыта товаров, не отвечающих требованиям безопасности, которые подлежат обязательной маркировке акцизными марками, специальными марками или знаками соответствия, защищенными от подделок, в крупном

размере<sup>15</sup>. В тех случаях, когда действия связаны с производством, хранением или перевозкой в целях сбыта либо сбытом фальсифицированных товаров, не отвечающих требованиям безопасности жизни или здоровья потребителей, содеянное образует совокупность преступлений, предусмотренных соответствующими частями ст. 159 и 238 УК РФ<sup>16</sup>.

Как совокупность преступлений, предусмотренных ст. 168 и ст. 238 УК РФ, необходимо рассматривать факты заправки бытовых газовых баллонов на АГЗС вопреки требованиям безопасности, повлекшие взрыв и повреждение чужого имущества в крупном размере в результате неосторожного обращения с источниками повышенной опасности. Данная позиция находит отражение в судебной практике<sup>17</sup>.

Изготовление стеклоомывающей жидкости на основе заранее приобретенного метанола и воды для реализации потребителям образует совокупность преступлений, предусмотренных ст. 234 и 238 УК РФ. Метанол относится к сильнодействующим веществам, запрещенным в свободном обороте на территории России<sup>18</sup>.

В правоприменительной практике встречаются случаи избыточной (необоснованной) квалификации деяний по статье 238 УК РФ в совокупности с иными уголовно-правовыми запретами. Так, приговором Ленинского районного суда г. Владикавказ К. признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 238 УК РФ, и невиновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 219 УК РФ. Органами предварительного расследования К. обвинялся в том, что, являясь руководителем управляющей компании, с целью извлечения прибыли грубо нарушил периодичность проведения чистки вентканалов многоквартирного дома, что привело к засору дымохода и последующему скоплению угарного газа от работаю-

<sup>14</sup> См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 18.11.2004 № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве». Абз. 2 п. 15 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 1.

<sup>15</sup> Апелляционное определение Орловского областного суда от 30.09.2015 № 22-1446/15 // Архив прокуратуры Ивановской области.

<sup>16</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / А. В. Бриллиантов, Г. Д. Долженкова, Я. Е. Иванова [и др.] ; под ред. А. В. Бриллиантова. М. : Проспект, 2010.

<sup>17</sup> Приговор Дзержинского городского суда Нижегородской области от 13.04.2011 // Архив прокуратуры Ивановской области.

<sup>18</sup> Приговор Сорновского районного суда Нижегородской области от 28.08.2015 № 1-78/2015 // Архив прокуратуры Ивановской области.

щего водонагревателя в помещении одной из квартир. В результате попадания угарного газа в квартиру три человека погибли. Таким образом, К. нарушил требования п. 67 Правил пожарной безопасности в Российской Федерации, утвержденных приказом МЧС РФ от 18.06.2003 № 313, о необходимо очищать дымоходы не реже одного раза в три месяца. Как справедливо отметил суд, действия К. полностью охватываются ч. 3 ст. 238 УК РФ и дополнительной квалификации по ч. 3 ст. 219 УК РФ не требуют<sup>19</sup>.

Случаи оказания горных, строительных и иных услуг, услуг на взрывоопасных объектах или во взрывоопасных цехах, по обеспечению пожарной безопасности, а также при помощи взрывчатых, легковоспламеняющихся веществ и пиротехнических изделий, не отвечающих требованиям безопасности, повлекшие по неосторожности смерть двух и более лиц, полностью охватываются ч. 3 ст. 238 УК РФ и дополнительной квалификации по ч. 3 ст. 216, ч. 3 ст. 217, ст. 218, ч. 3 ст. 219 УК РФ не требуют.

Кроме того, практически невозможна совокупность преступлений, предусмотренных ст. 201 и 238 УК РФ. Деяние как признак объ-

ективной стороны преступления, предусмотренного ст. 201 УК РФ, совершается вопреки законным интересам организации, в которой лицо выполняет управленческие функции. Под интересами организации следует понимать совокупность желаний ее инвесторов, которые не тождественны государственным и общественным интересам. Нельзя квалифицировать по ст. 201 УК РФ деяние, нарушающее государственные и общественные интересы, если оно при этом совершено в интересах организации. Цель деятельности коммерческой организации — получение прибыли и ее распределение между участниками. Увеличение прибыли путем уменьшения себестоимости реализуемых товаров, выполняемых работ и оказываемых услуг, в том числе за счет экономии на их безопасности, отвечает интересам коммерческой организации. Следовательно, действия лица, выполняющего управленческие функции в коммерческой организации по сбыту товаров, выполнению работ или оказанию услуг, не отвечающих требованиям безопасности, не могут квалифицироваться по ст. 201 УК РФ.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Китаева В. Н.* Судебные экспертизы при расследовании уголовных дел о травмировании, гибели людей упавшими ледяными образованиями, снегом // *Российский следователь*. — 2013. — № 12. — С. 22—25.
2. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / А. В. Бриллиантов, Г. Д. Долженкова, Я. Е. Иванова [и др.] ; под ред. А. В. Бриллиантова. — М. : Проспект, 2010. — 1392 с.
3. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации для работников прокуратуры (постатейный) / отв. ред. В. В. Малиновский ; науч. ред. А. И. Чучаев. — М. : Контракт, 2011. — 1040 с.
4. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. А. И. Чучаева. — М. : Контракт, 2013. — 672 с.
5. *Колосовский В. В., Савченко А. Н.* Установление потерпевшего и субъекта преступления, предусмотренного статьей 238 УК РФ // *Уголовный процесс*. — 2008. — № 3. — С. 11—13.
6. *Юркина Т. П.* Проблемы квалификации обращения фальсифицированных лекарственных средств // *Медицинское право*. — 2013. — № 1. — С. 21—25.

*Материал поступил в редакцию 3 февраля 2016 г.*

<sup>19</sup> Приговор Ленинского районного суда г. Владикавказ РСО — Алания от 12.04.2013 № 1-6/2013 // Архив прокуратуры Ивановской области.

## THE PROBLEM OF QUALIFICATION OF DEEDS UNDER ARTICLE 238 OF THE CRIMINAL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

**KHROMOV Yevgeniy Vladilenovich** — Public Prosecutor of the Department on Supervision over the Enforcement of the Legislation in the Sphere of the Economy at the Public Prosecution Office of Ivanovo region, PhD in Technical Sciences,  
Hromov\_Evgeniy@mail.ru  
153002, Russia, Ivanovo, Lenina Street, 25

**Review.** *On the basis of criminal cases considered by the courts, the author makes a conclusion about the ambiguity of the approach of law-enforcement bodies and courts for the qualification of deeds under Article 238 of the Criminal Code of the RF. In order to resolve these contradictions in the law-enforcement practice, the author identifies the features of goods (works, services) that do not meet the requirements of safety of life and health of consumers, in the framework of the analyzed norms. The study refines the features of the subject of crimes. Art. 238 of the Criminal Code of the Russian Federation provides for criminal liability for the sale of goods (works, services) that do not meet the safety requirements of consumers, rather than purchasers. As a result, the framework for the criminal legal protection of the analyzed norms covers the facts of distribution of goods (works, services) to other persons who cannot be considered consumers under the law. The author justifies the criteria for differentiation of a crime under Art. 238 of the Criminal Code from adjacent structures (Arts. 109.118, 293 of the Criminal Code) and administrative delicts (Art. 6.3, 14.43 of the Administrative Offenses Code of the Russian Federation).*

**Keywords:** *goods, works, services, marketing, criminal liability under Art. 238 of the Criminal Code.*

### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Kitaeva V. N. Sudebnye ekspertizy pri rassledovanii ugovolnykh del o travmirovanii, gibeli lyudey upavshimi ledyanymi obrazovaniyami, snegom // Rossiyskiy sledovatel'. — 2013. — № 12. — S. 22—25.*
2. *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii (postateynyy) / A. V. Brilliantov, G. D. Dolzhenkova, Ya. E. Ivanova [i dr.] ; pod red. A. V. Briliantova. — M. : Prospekt, 2010. — 1392 s.*
3. *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii dlya rabotnikov prokuratury (postateynyy) / otv. red. V. V. Malinovskiy ; nauch. red. A. I. Chuchaev. — M. : Kontrakt, 2011. — 1040 s.*
4. *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii (postateynyy) / pod red. A. I. Chuchaeva. — M. : Kontrakt, 2013. — 672 s.*
5. *Kolosovskiy V. V., Savchenko A. N. Ustanovlenie poterpevshego i sub"ekta prestupleniya, predusmotrennogo stat'ey 238 UK RF // Ugolovnyy protsess. — 2008. — № 3. — S. 11—13.*
6. *Yurkina T. P. Problemy kvalifikatsii obrashheniya fal'sifitsirovannykh lekarstvennykh sredstv // Meditsinskoe pravo. — 2013. — № 1. — S. 21—25.*



## Уголовно-правовые парадигмы и их роль в развитии российской уголовно-правовой политики (на примере членства России в Совете Европы)

**Аннотация.** В статье рассматривается актуальная в настоящий момент проблема «негативного реформирования» российского уголовного закона посредством имплементации в него положений обязательных для России международных договоров. На примере членства России в Совете Европы описаны конкретные примеры влияния международного права на отечественную уголовно-правовую политику и выделяются несколько основных направлений этого влияния.

В современной доктрине прослеживается четкая позиция о необходимости ограничения имплементации положений международных договоров в российский уголовный закон. Вместе с тем очевидно, что полный отказ от сотрудничества с международным сообществом существенно повредит внешней политике России, что не позволяет найти единственно верного, четкого и универсального решения проблемы негативного влияния международного права на уголовную политику России.

На базе изучения и обобщения основных философских концепций, а также позиций уголовно-правовой доктрины, в статье предложен метод, позволяющий, по мнению автора, контролировать соблюдение необходимого баланса между российскими интересами и предписаниями международного права. Автор предлагает использовать категорию «научные парадигмы уголовного права», которые, по его мнению, обеспечивали и обеспечивают относительную стабильность российского уголовного закона уже на протяжении многих десятков лет. В статье приводится понятие научных парадигм уголовного права, их основные функции, а также примеры влияния на уголовную политику России.

**Ключевые слова:** наука уголовного права, уголовно-правовая политика, стабильность уголовного закона, уголовно-правовые парадигмы.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.142-151**

### Постановка проблемы

С каждым годом количество уголовно-правовых норм, имплементированных в УК РФ из международных договоров, возрастает, усиливается и качественная характеристика предлагаемых нововведений.

Изучение дискурса вокруг уголовного закона, его текущего состояния и перспектив реформирования демонстрирует существенное

усиление роли международных обязательств как аргумента для обоснования изменения уголовно-политического курса нашей страны. Все чаще международные соглашения фигурируют в пояснительных записках к законопроектам об изменении уголовного закона, упоминаются в реформаторских научных предложениях, проблемы выполнения взятых на себя Россией обязательств обсуждаются на высочайшем

© Цай К. А., 2016

\* Цай Кирилл Александрович, аспирант Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

D503.ts@mail.ru

143080, Россия, Московская область, Одинцовский район, п. ВНИИСОК, ул. Д. Давыдова, д. 1, кв. 429

государственном уровне<sup>1</sup>, а невыполнение нашей страной решений международных органов привлекает к себе все возрастающее внимание мирового сообщества.

Одной из наиболее перспективных с точки зрения влияния на внутреннюю уголовно-правовую политику международных площадок являются межгосударственные объединения, одной из основных целей которых является взаимная правовая интеграция государств-членов. Наиболее влиятельным в этом отношении применительно к Российской Федерации представляется Совет Европы, чем и обусловлено наше рассмотрение.

### **Основные тенденции реформирования уголовного закона России в связи с ее международными обязательствами как члена Совета Европы**

Ниже приведен краткий список изменений уголовно-правовой политики России, внесенных под влиянием международных обязательств нашей страны в Совете Европы:

- 1) запрет на исполнение смертной казни;
- 2) криминализация обещания посредничества во взяточничестве;
- 3) криминализация активного и пассивного подкупа иностранных должностных лиц и должностных лиц публичных международных организаций;
- 4) криминализация получения сексуальных услуг несовершеннолетнего;
- 5) ужесточение ответственности за изготовление и оборот порнографических материалов с участием несовершеннолетнего;

б) криминализация публичного оправдания идеологии и практики терроризма;

7) криминализация незаконного оборота медицинских препаратов;

8) частичный возврат конфискации имущества как меры уголовной ответственности.

Также показательны некоторые, наиболее широко обсуждаемые предложения, аргументируемые или берущие свое начало из международного права, пока не нашедшие официального легитимирования:

- 1) введение уголовной ответственности юридических лиц<sup>2</sup>;
- 2) отказ от дифференциации «наказательной» ответственности<sup>3</sup>;
- 3) расширение списка коррупционных преступлений (подкуп третейских судей, злоупотребление влиянием)<sup>4</sup>;
- 4) возврат конфискации имущества как вида уголовного наказания<sup>5</sup>.

Тенденция, обозначившаяся в официальной и научной среде, ясна: наблюдается постепенная интеграция отечественной уголовно-правовой догмы в международное правовое пространство и правовое пространство Совета Европы.

Из-за ограниченного объема исследования представляется излишним останавливаться на дальнейших подробностях динамики уголовно-правовой политики России в связи с ее членством в Совете Европы, для целей дальнейшего изложения будет достаточно краткого обозначения основных направлений (векторов) этой динамики.

<sup>1</sup> В частности, проблемы выполнения Россией международных обязательств стали предметом дискуссии на конференции «Совершенствование национальных механизмов эффективной имплементации Европейской конвенции о правах человека», состоявшейся 22—23 октября 2015 года в КС РФ.

<sup>2</sup> См., например: проект федерального закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с введением института уголовно-правового воздействия в отношении юридических лиц» // URL: [https://sledcom.ru/documents/Obsuzhdenija\\_zakonoproektov/item/1133/?print=1](https://sledcom.ru/documents/Obsuzhdenija_zakonoproektov/item/1133/?print=1).

<sup>3</sup> См., например: Головки Л. В. Соотношение уголовных преступлений и административных правонарушений в контексте концепции criminal matter (уголовной сферы) // Международное правосудие. 2013. № 1 (5). С. 42—52.

<sup>4</sup> См., например: проект федерального закона «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в целях усиления ответственности за коррупцию» // URL: <http://www.genproc.gov.ru/smi/news/archive/news-184884/>.

<sup>5</sup> См., например: проект федерального закона № 247676-6 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «Об исполнительном производстве» (в части регламентации положений о конфискации)».

*Во-первых*, основной, и наиболее существенный, аспект влияния Совета Европы затронул Особенную часть УК РФ, а именно вопросы регламентации коррупционных преступлений, половых преступлений, преступлений против общественной безопасности и общественного порядка, а также преступлений против здоровья населения. Из изменений, вносимых в Общую часть уголовного закона, только запрет применения смертной казни можно назвать в полном смысле обусловленным международными обязательствами.

*Во-вторых*, международное сообщество с каждым годом оказывает все более сильное давление на УК РФ. При этом качество изменений, вносимых в российское законодательство, зачастую оставляет желать лучшего: страдает системность кодекса, нарушается законодательная техника, имеют место противоречия между Общей и Особенной частью УК РФ и др. Однако по большей части критике подвергаются новеллы, не обусловленные реальными криминологическими предпосылками и (или) входящие в противоречие с российской уголовно-правовой традицией.

*В-третьих*, в УК РФ практически отсутствуют однозначно позитивно оцениваемые положения, имплементированные из международных договоров Совета Европы. Большинство из таких изменений либо некорректно перенесены в отечественный закон, либо вовсе не подлежали перенесению, либо содержались в УК РФ ранее, но были исключены в результате законодательной ошибки.

*В-четвертых*, следует позитивно оценить избирательный подход законодателя к принятию на себя международных обязательств. Большая часть заявленных Россией оговорок к международным соглашениям ограждают УК РФ от чуждых отечественной правовой системе изменений и дополнений.

*В-пятых*, наблюдается тенденция маскировки законодательных решений, принятых по внутренним политическим и (или) иным мотивам, под обусловленные международными обязательствами. На сегодняшний день международный договор превратился в своеобразный карт-бланш по внесению любых, даже слабо обоснованных изменений в уголовный закон.

### **Уголовно-правовая парадигма как основа для формирования теоретического фундамента уголовной политики России**

Идея взаимоинтегрирования правопорядков государств — участников Совета Европы далеко не нова. Так, еще в 1960 г. Европейская комиссия по правам человека в своем решении по делу «Пфандерс (Pfunders)» отметила: «Цель Высоких Договаривающихся Сторон при заключении Конвенции состояла не в том, чтобы уступить друг другу взаимные права и обязательства для преследования собственных национальных интересов, а в том, чтобы установить общий публичный порядок свободных демократий Европы с целью поддержания общего наследия политических традиций, идеалов, свободы и верховенства права». Однако возраст идеи сам по себе не колеблет возможности ее намного более поздней актуализации, что и имеет место в рассматриваемом случае.

Как отмечают М. М. Бабаев и Ю. Е. Пудовочкин, «уголовная политика перестает быть только и исключительно делом государства. То, что может быть определено в качестве уголовной политики, испытывает на себе влияние, причем в последнее время все более интенсивное со стороны международных (универсальных, региональных) организаций и институтов гражданского общества, которые претендуют на то, чтобы стать если не самостоятельными, то более заметными игроками при принятии и реализации уголовно-политических решений»<sup>6</sup>.

«Торжественный марш» международного права по уголовной политике России не может не вызвать опасений. Совершенно неудивительно, что в последние годы сравнительно часто поднимается вопрос о границах допустимости вторжения международного элемента в отечественное уголовно-правовое регулирование.

Одним из первых на данную проблему обратил внимание А. Э. Жалинский в связи с определением границ уголовно-правовой юрисдикции. Ученый полагал необходимым сформировать жесткую политику государства в вопросе установления пределов отечественного уголовно-правового регулирования; по

<sup>6</sup> Бабаев М. М., Пудовочкин Ю. Е. Проблемы российской уголовной политики. М.: Проспект, 2015. С. 25.

его мысли, «крайне необходимо совместными усилиями заинтересованных лиц разработать ориентирующие позиции российской уголовно-правовой власти, адаптированные к реальному содержанию юрисдикционных конфликтов и в полной мере реализующие признаваемые ею принципы»<sup>7</sup>.

Широкую известность получил разработанный О. Н. Ведерниковой «Манифест юриста-антиглобалиста», в соответствии с которым в РФ допустимо применять только те положения международного уголовного права, которые согласуются с принципами российской правовой системы<sup>8</sup>.

Культурологический аспект охраны национального суверенитета в своем исследовании описал О. Н. Библик. Ученый полагает, что «при криминализации деяний международное право должно иметь приоритет перед национальным уголовным законодательством только тогда, когда речь идет о защите общечеловеческих ценностей. Во всех иных случаях криминализация деяний, которая предусматривается международно-правовыми нормами, должна проводиться с учетом особенностей культуры государства (принцип культурного суверенитета), что предполагает приоритет национально-го законодательства»<sup>9</sup>.

В своем выступлении на международной конференции «Совершенствование национальных механизмов эффективной имплементации Европейской конвенции о правах человека» Председатель Конституционного Суда РФ Зорькин В. Д. подчеркнул: «Главной проблемой, с которой столкнулся Конституционный Суд в своей работе, является необходимость одновременного решения двух не всегда легко сочетаемых задач: гармонизации российской правовой системы с общеевропейским правовым пространством, с одной стороны, и защиты собственной конституционной идентичности — с другой»<sup>10</sup>.

Изучение криминологических типов различных стран позволило И. М. Клейменову отнести уголовно-правовую политику современной России к реформистскому типу<sup>11</sup>, для которого характерно «негативное влияние глобального фактора на формирование и реализацию реформистской уголовной политики», когда «в систему уголовной юстиции внедряются международные подходы, глобальные оценки и эксперты, перед которыми ставится задача деконструкции»<sup>12</sup>.

Важность сохранения национальной идентичности подчеркивают даже сторонники «уголовно-правового глобализма». В. Ф. Цепелев

<sup>7</sup> Жалинский А. Э. Избранные труды : в 4 т. / сост. К. А. Барышева, О. Л. Дубовик, И. И. Нагорная, А. А. Попов ; отв. ред. О. Л. Дубовик ; НИУ «Высшая школа экономики». М. : Изд. дом «Высшая школа экономики», 2015. Т. 2. Уголовное право. С. 421.

<sup>8</sup> Ведерникова О. Н. О состоянии преступности в стране и мире, криминоглобалистике и антиглобализме // Российский криминологический взгляд. 2005. № 2. С. 82—91.

<sup>9</sup> Библик О. Н. Культурное измерение уголовно-правовых и криминологических исследований : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2015. С. 13.

<sup>10</sup> Зорькин В. Д. Проблемы реализации Конвенции о правах человека // URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=72>.

<sup>11</sup> По мысли автора: «Для реформистской уголовной политики характерны: перманентное реформирование (законодательства, организационной структуры, условий правоприменения); неопределенность целей и задач: они постоянно меняются и модернизируются ; утопизм: закрепление правовых механизмов, которые не могут быть реализованы; зависимость от стандартов международных организаций и экспертов (в особенности на этапе разработки новых законов в период начальных реформ); декларативность: расхождение между поставленными задачами и достигнутыми результатами; слабое (тенденциозное) научное обоснование, занижение престижа криминологии; отказ от использования ее потенциала в практической деятельности; постоянное внесение изменений в уголовное и уголовно-процессуальное законодательство; свертывание социальных программ по устранению криминогенных факторов (нищеты, безработицы, алкоголизма и пр.)» (см.: Клейменов И. М. Сравнительная криминология: криминализация, преступность, уголовная политика в условиях глобализации : дис. ... д-ра юрид. наук. Омск, 2015. С. 307).

<sup>12</sup> Клейменов И. М. Указ. соч. С. 307—308.

в одной из своих работ пишет: «На глобальном и региональном уровнях разрабатывается и реализуется соответствующими субъектами... уголовная политика мирового сообщества и отдельных регионов», которая должна осуществляться «при сохранении государственного суверенитета и недопустимости вмешательства во внутренние дела государств»<sup>13</sup>.

Один из ведущих исследователей и популяризаторов международного уголовного права (МУП) в России Г. И. Богуш указывает: «При имплементации конвенционных норм ТУП [транснационального уголовного права] следует стремиться не к максимальной унификации национально-правовых определений составов преступлений (что, наоборот, характерно для МУП), а к максимальному учету особенностей национальной правовой системы, “встраиванию”, трансформации в нее международных норм, не обладающих прямым действием. Только таким образом может быть обеспечено выполнение государствами своих международных обязательств»<sup>14</sup>.

Уголовное право — наиболее репрессивная отрасль законодательства, на протяжении всей собственной истории оно было непосредственно связано с аппаратом государственного принуждения и мыслилось «как “последний аргумент власти” в деле обеспечения социального порядка в государстве»<sup>15</sup>. Уголовное наказание — наиболее суровая мера ответственности индивида, которая в ряде случаев может включать полное и окончательное исключение преступника из общества посредством прекращения его существования (смертная казнь / ликвидация юридического лица) либо изгнания (в современном праве — выдача иностранного гражданина государству его гражданства<sup>16</sup>

либо объявление его персоной нон грата). Целый ряд уголовно-правовых запретов является в некотором смысле последним рубежом, поскольку успешное исполнение запрещенного ими поведения приводит к краху текущей государственной системы. В государствах, обладающих ограниченным по условиям мирных договоров либо вследствие военных действий суверенитетом, внутреннее уголовное право либо не действует совсем, либо имеет существенные ограничения в применении. Так, в распоряжении А. Гитлера от 13 мая 1941 г. «Об особой подсудности в районе “Барбаросса” и особых мероприятиях войск» говорилось следующее: «Возбуждение преследований за действия, совершенные военнослужащими и обслуживающим персоналом по отношению к враждебным гражданским лицам, не является обязательным даже в тех случаях, когда эти действия одновременно составляют воинское преступление»<sup>17</sup>.

Эти и многие другие обстоятельства свидетельствуют об особом статусе уголовного права, о необходимости обдуманного подхода к его реформированию, особенно это касается фактов международного влияния.

#### **Уголовно-правовая парадигма как основа для формирования теоретического фундамента уголовной политики России**

Консервативность российской уголовно-правовой науки не является секретом для большинства ее представителей, однако вопрос о корнях этой традиции, как правило, остается за рамками теоретического осмысления. Один из первых ученых, обративших внимание на парадигмальный характер уголовно-правового консерватизма, И. Я. Гонтарь, пытаясь

<sup>13</sup> Цепелев В. Ф. Международное сотрудничество государств в сфере борьбы с преступностью // Международное уголовное правосудие: современные проблемы / под ред. Г. И. Богуша, Е. Н. Трикоз. М.: Институт права и публичной политики, 2009. С. 448.

<sup>14</sup> Богуш Г. И. Транснациональное уголовное право // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: сб. материалов 6-й Междунар. науч.-практ. конф. М., 2009. С. 478—483.

<sup>15</sup> Бабаев М. М., Пудовочкин Ю. Е. Проблемы российской уголовной политики. С. 144.

<sup>16</sup> Также, например, в современном Китае «к совершившим преступление иностранным гражданам в качестве самостоятельной или дополнительной меры наказания может применяться высылка из страны (ст. 35 УК КНР)» (см.: Бойко А. Р. [и др.] Мировые религии о преступлении и наказании. М.: Рипол Классик, 2013. С. 551).

<sup>17</sup> См.: Зелинская Н. А. Политические преступления в системе международной преступности / Одес. национ. юрид. акад. Одесса: Фенікс, 2003. С. 170.



опровергнуть традиционное понимание категорий преступления и наказания, отметил, что «ряд содержащихся в теории уголовного права утверждений... приобрел качество парадигм, не терпящих никаких сомнений в их истинности»<sup>18</sup>.

А. Э. Жалинский определял парадигму уголовного права как «предпонимание, воплощенное или неосознанно проявляющееся в наиболее общих суждениях о природе и предназначении уголовного права, которое так или иначе воздействует на уголовно-правовую науку, а также осознание и формирование уголовной политики, уголовного законодательства, практики правоприменения и проявляется в определении этих явлений»<sup>19</sup>.

А. Б. Баумштейн развивает теорию концептуальных начал уголовного права, под которыми понимает «основные идеи, определяющие содержание и наполнение уголовного права и обусловленные определенной системой социально-философских взглядов на природу уголовного права, его задачи и используемый им инструментарий в их решении»<sup>20</sup>.

Однако наиболее полное раскрытие (в рамках уголовно-правового дискурса) эта проблема нашла в работе М. М. Бабаева и Ю. Е. Пудовочкина. По мысли ученых, уголовное право «отражает сложившийся опыт и традиции разрешения уголовно-правового конфликта, аккумулирует их в законе и трансформирует в будущее посредством этого же закона. Соответственно, в научном сообществе доминирует бережное (иногда даже слишком бережное) отношение к традициям и постулатам сложившихся (традиционных) школ уголовного права»<sup>21</sup>. При этом традиции в уголовно-правовой науке авторами понимаются как «общепризнанные, устойчиво вошедшие в научный обо-

рот идеи и конкретные положения (например, представления о структуре состава преступления, понятие квалификации преступлений)»<sup>22</sup>.

Не вдаваясь в подробное исследование проблематики парадигм (традиций) социально-гуманитарных наук в целом и уголовного права в частности, приведем собственную интерпретацию данной категории, основанную на философских концепциях Т. Куна и Б. Рассела, а также научных позициях И. Я. Гонтаря, М. Б.-о. Ахмедова, А. Э. Жалинского, А. Б. Баумштейна, М. М. Бабаева и Ю. Е. Пудовочкина.

Под научной парадигмой уголовного права следует понимать признанные большей частью научного сообщества и вошедшие в научный оборот основополагающие идеи, теории и концепции, лежащие в основе одного или нескольких уголовно-правовых институтов, оказывающие существенное, преимущественно неосознанное, априорное влияние на уголовно-правовую политику, ее изменение и совершенствование.

Можно выделить две основные функции уголовно-правовых парадигм:

- 1) направляющую;
- 2) охранительную.

*Направляющая функция* научных парадигм заключается в создании некоей рамочной основы, определяющей и ограничивающей дальнейшее направление развития уголовного права и уголовного закона. В качестве примера можно привести концепцию уголовно-правового суверенитета, зачатки которой имелись еще в Наказе Екатерины II Комиссии о составлении проекта нового уложения 1767 г.<sup>23</sup> Эта теория в своем концептуальном воплощении может быть выражена следующей цитатой А. Э. Жалинского: «Действие уголовного закона в пространстве определяет стояние су-

<sup>18</sup> Гонтарь И. Я. Парадигмы в уголовном праве и реальность // Правоведение. 2002. № 6 (245). С. 140.

<sup>19</sup> Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2009. С. 123.

<sup>20</sup> Баумштейн А. Б. О понятии концептуальных начал уголовного права / Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы X Международной научно-практической конференции (24—25 января 2013 г.). М.: Проспект, 2013. С. 8.

<sup>21</sup> Бабаев М. М., Пудовочкин Ю. Е. Диалектика традиций и новаций в уголовном праве // Библиотека криминалиста. № 2 (19). 2015. С. 22.

<sup>22</sup> Указ. раб. С. 22.

<sup>23</sup> Фельдштейн Г. С. Главные течения в истории науки уголовного права в России / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. М.: Зерцало-М, 2014. С. 293—294.

веренитета каждой страны»<sup>24</sup>. Понимание уголовно-правовой юрисдикции как внутренней компетенции и исключительной ценности нашего государства привело к последовательному и поступательному расширению пределов действия уголовного закона и воплотилось в статьях 11 и 12 УК РФ, которые, по существу, предоставляют России право преследовать любые преступления, даже минимальным образом связанные с национальным правопорядком нашей страны<sup>25</sup>.

*Охранительная функция* выражается в том, что научные парадигмы уголовного права выступают в роли своеобразного щита, ограждающего УК РФ от изменений, не вписывающихся в текущее направление политики государства в сфере борьбы с преступностью. В качестве примера можно привести извечный спор о смертной казни в России. Несмотря на всё возрастающее количество противников данного вида наказания, а также на наличие недвусмысленных рекомендаций со стороны Совета Европы по отмене смертной казни в Российской Федерации, классическое представление о видах наказания и их сущности в нашей стране не позволяет считать данный вопрос решенным окончательно посредством легитимации такого решения<sup>26</sup>.

#### **«Парадигмальная исключительность» российского уголовного закона как гарант его стабильности и концептуальной целостности**

Практически все классические идеи, на которых базируется современная уголовно-правовая догма, берут свое начало из глубин истории, они обусловлены особенностями

развития общества, государства и науки. Как указывал в своем открытом письме академику В. Н. Кудрявцеву профессор А. В. Наумов: «Корни современного уголовного права лежат в идеях, выдвинутых в XVIII—XIX веках... Человечество уже к тому времени сформировало основные уголовно-правовые идеи, и теперь они уже проверены веками»<sup>27</sup>.

Исторический путь каждого государства уникален и неповторим, следовательно, уникальна и его национальная правовая традиция<sup>28</sup>. В этой связи как минимум спорно выглядят аргументы ученых и правоприменителей, обосновывающих введение тех или иных чуждых отечественной доктрине правовых институтов на основании наличия таковых в зарубежном праве или международных нормах<sup>29</sup>. Любое изменение классической уголовно-правовой традиции не может быть обосновано на базе сторонних рекомендаций. Международное обязательство не может и не должно выступать в качестве «неопровержимого аргумента» любого внутреннего научного спора. Представляется, что во главе угла должно стоять изучение истории вопроса, доктринальных и законодательных позиций, общественных реалий, политической ситуации и практической полезности.

Вместе с тем в условиях нарастающей глобализации и усложнения общественных отношений, когда каждому государству необходимо изменяться, подстраиваться под требования международного сообщества, реагировать на появление новых социальных тенденций, направлений, институтов и др.<sup>30</sup>, сохранить уголовно-правовую традицию в ее чистом, неизменном виде объективно невозможно. Однако

<sup>24</sup> Жалинский А. Э. Современное немецкое уголовное право. М. : ТК Велби, Проспект, 2004. С. 108.

<sup>25</sup> Например, соответствующим законом будет наказание британца, побившего своего соотечественника за то, что последний оскорбил королевскую семью, если преступление совершено на борту британского самолета Лондон — Москва во время полета над территорией России.

<sup>26</sup> См. об этом.: Тузмухамедов Б. Р. Многоточие или все-таки точка? // URL: [http://www.ng.ru/politics/2009-11-24/3\\_kartblansh.html](http://www.ng.ru/politics/2009-11-24/3_kartblansh.html) (дата обращения: 14.01.2016).

<sup>27</sup> Открытое письмо профессора А. В. Наумова академику В. Н. Кудрявцеву // Уголовное право. 2006. № 4. С. 138.

<sup>28</sup> Об уникальности российской правовой традиции см. напр.: Синюков В. Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. 2-е изд., доп. М. : Норма, 2014. 672 с.

<sup>29</sup> Подобные аргументы часто используют в вопросах, затрагивающих концептуальные основания российского уголовного права (см., например: Широков В. А. Уголовная ответственность юридических лиц и перспективы применения в России // URL: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1252244>).

<sup>30</sup> См.: Марченко М. Н. Государство и право в условиях глобализации. М. : Проспект, 2015. С. 100.

сказанное не означает необходимости полного и немедленного отказа от исторически и практически обусловленных концептуальных положений. Как верно заметил А. Г. Кибальник, существует «красная черта», за которую никогда не следует переступать любому развитию; возможно, уголовное право когда-нибудь полностью изменит привычную нам классическую структуру, «но тогда “это” будет все что угодно, только не уголовное право»<sup>31</sup>.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бабаев М. М., Пудовочкин Ю. Е. Диалектика традиций и новаций в уголовном праве // Библиотека криминалиста. — 2015. — № 2 (19). — С. 9—28.
2. Бабаев М. М., Пудовочкин Ю. Е. Проблемы российской уголовной политики. — М. : Проспект, 2015. — 296 с.
3. Баумштейн А. Б. О понятии концептуальных начал уголовного права // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы X Международной научно-практической конференции (24—25 января 2013 г.). — М. : Проспект, 2013. — С. 9—11.
4. Бибик О. Н. Культурное измерение уголовно-правовых и криминологических исследований : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Екатеринбург, 2015. — 38 с.
5. Богущ Г. И. Транснациональное уголовное право // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : сб. материалов 6-й Международной научно-практической конференции. — М., 2009. — С. 478—483.
6. Бойко А. Р. [и др.] Мировые религии о преступлении и наказании. — М. : Рипол Классик, 2013. — 608 с.
7. Ведерникова О. Н. О состоянии преступности в стране и мире, криминоглобалистике и антиглобализме // Российский криминологический взгляд. — 2005. — № 2. — С. 82—91.
8. Головки Л. В. Соотношение уголовных преступлений и административных правонарушений в контексте концепции *criminal matter* (уголовной сферы) // Международное правосудие. — 2013. — № 1 (5). — С. 42—52.
9. Гонтарь И. Я. Парадигмы в уголовном праве и реальность // Правоведение. — 2002. — № 6 (245). — С. 140—149.
10. Есаков Г. А., Понятовская Т. Г., Рарог А. И., Чучаев А. И. Уголовно-правовое воздействие / под ред. д. ю. н. проф. А. И. Рарога // Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» (авт. главы — Г. А. Есаков).
11. Жалинский А. Э. Избранные труды : в 4 т. / сост. К. А. Барышева, О. Л. Дубовик, И. И. Нагорная, А. А. Попов ; отв. ред. О. Л. Дубовик ; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». — М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2015. — Т. 2 : Уголовное право. — 591 с.
12. Жалинский А. Э. Современное немецкое уголовное право. — М. : ТК Велби, Проспект, 2004. — 560 с.
13. Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2009. — 400 с.
14. Зелинская Н. А. Политические преступления в системе международной преступности / Одес. национ. юрид. акад. — Одесса, Фенікс, 2003. — 400 с.
15. Зорькин В. Д. Проблемы реализации Конвенции о правах человека // URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/Viewitem.aspx?ParamId=72> (дата обращения: 14.01.2016).
16. Кибальник А. Г. Традиции и новации в уголовном праве: очевидное и невероятное // Библиотека криминалиста. — 2015. — № 5 (22). — С. 70—74.
17. Клейменов И. М. Сравнительная криминология: криминализация, преступность, уголовная политика в условиях глобализации : дис. ... д-ра юрид. наук. — Омск, 2015.
18. Марченко М. Н. Государство и право в условиях глобализации. — М. : Проспект, 2015. — 400 с.
19. Наумов А. В. Как преодолеть кризис международного права? // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XII Международной научно-практической конференции (29—30 января 2015 г.). — М. : РГ-Пресс, 2015. — С. 447—479.

<sup>31</sup> Кибальник А. Г. Традиции и новации в уголовном праве: очевидное и невероятное // Библиотека криминалиста. 2015. № 5 (22). С. 70—74.

20. Открытое письмо профессора А. В. Наумова академику В. Н. Кудрявцеву // Уголовное право. — 2006. — № 4. — С. 135—138.
21. Синюков В. Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. — 2-е изд., доп. — М. : Норма, 2014. — 672 с.
22. Тузмухамедов Б. Р. Многозначие или все-таки точка? // URL: [http://www.ng.ru/politics/2009-11-24/3\\_kartblansh.html](http://www.ng.ru/politics/2009-11-24/3_kartblansh.html) (дата обращения: 14.01.2016).
23. Фельдштейн Г. С. Главные течения в истории науки уголовного права в России / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало-М, 2014. — С. 293—294.
24. Цепелев В. Ф. Международное сотрудничество государств в сфере борьбы с преступностью // Международное уголовное правосудие: современные проблемы / под ред. Г. И. Богуша, Е. Н. Трикоз. — М. : Институту права и публичной политики, 2009. — С. 446—458.
25. Широков В. А. Уголовная ответственность юридических лиц и перспективы применения в России // URL: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1252244> (дата обращения: 14.01.2016).

*Материал поступил в редакцию 14 января 2016 г.*

### **CRIMINAL LEGAL PARADIGMS AND THEIR ROLE IN THE DEVELOPMENT OF THE RUSSIAN CRIMINAL LEGAL POLICY (ON THE EXAMPLE OF RUSSIA'S MEMBERSHIP IN THE COUNCIL OF EUROPE)**

**TSAI Kirill Aleksandrovich** — Post-graduate, National Research University Higher school of Economics  
D503.ts@mail.ru  
143080, Russia, Moscow region, Odintsovo district, VNIISOK settlement, D. Davidova Street, 1, apt. 429.

**Review.** *The article covers the up-to-date problem of "negative reformation" of the Russian Criminal Law through the implementation of the provisions of the international treaties binding on Russia. For example, Russia's membership in the Council of Europe, provides certain examples of the impact of international law on the domestic criminal law policy and highlights several main directions of this influence.*

*The modern doctrine shows a clear position on the need to limit the implementation of the provisions of international treaties in criminal law. However, it is obvious that a complete refusal to cooperate with the international community will significantly hurt Russian foreign policy which makes impossible to find one correct, clear and universal solution to the problem of the negative influence of international law on the criminal policy of Russia. On the basis of studying and summarizing the basic philosophical concepts, as well as the positions of the criminal legal doctrine, the paper suggests the method by which, in the opinion of the author, it is possible to monitor compliance with the necessary balance between Russian interests and the requirements of international law. The author proposes the use of the category "scientific paradigms of criminal law" which, in his opinion, have provided and ensured the relative stability of the Russian criminal law for many decades. This article contains the concept of scientific paradigms of criminal law, their main functions, as well as examples of influence on criminal policy of Russia.*

**Keywords:** *the science of criminal law, criminal legal policy, stability of the criminal law, the criminal law paradigm.*

### **REFERENCES (TRANSLITERATION)**

1. Babaev M. M., Pudovochkin Yu. E. Dialektika traditsiy i novatsiy v ugovnom prave // Biblioteka kriminalista. — 2015. — № 2 (19). — С. 9—28.
2. Babaev M. M., Pudovochkin Yu. E. Problemy rossiyskoy ugovnoy politiki. — М. : Prospekt, 2015. — 296 s.
3. Baumshteyn A. B. O ponyatii kontseptual'nykh nachal ugovnogo prava // Ugovnoe pravo: strategiya razvitiya v XXI veke : materialy X Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii (24—25 yanvarya 2013 g.). — М. : Prospekt, 2013. — С. 9—11.
4. Bibik O. N. Kul'turnoe izmerenie ugovno-pravovykh i kriminologicheskikh issledovaniy : avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk. — Ekaterinburg, 2015. — 38 s.

5. Bogush G. I. Transnatsional'noe ugovolnoe pravo // Ugovolnoe pravo: strategiya razvitiya v XXI veke : sb. materialov 6-y Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii. — M., 2009. — S. 478—483.
6. Boyko A. R. [i dr.] Mirovye religii o prestuplenii i nakazanii. — M. : Ripol Klassik, 2013. — 608 s.
7. Vedernikova O. N. O sostoyanii prestupnosti v strane i mire, kriminoglobalistike i antiglobalizme // Rossiyskiy kriminologicheskii vzglyad. — 2005. — № 2. — S. 82—91.
8. Golovko L. V. Sootnoshenie ugovolnykh prestupleniy i administrativnykh pravonarusheniy v kontekste kontseptsii criminal matter (ugovolnoy sfery) // Mezhdunarodnoe pravosudie. — 2013. — № 1 (5). — S. 42—52.
9. Gontar' I. Ya. Paradigmy v ugovolnom prave i real'nost' // Pravovedenie. — 2002. — № 6 (245). — S. 140—149.
10. Esakov G. A., Ponyatovskaya T. G., Rarog A. I., Chuchaev A. I. Ugovolno-pravovoe vozdeystvie / pod red. d. yu. n. prof. A. I. Raroga // Dostup iz spravochno-pravovoy sistemy «Konsul'tantPlyus» (avt. glavy — G. A. Esakov).
11. Zhalinskiy A. E. Izbrannyye trudy : v 4 t. / sost. K. A. Barysheva, O. L. Dubovik, I. I. Nagornaya, A. A. Popov ; otv. red. O. L. Dubovik ; Nats. issled. un-t «Vysshaya shkola ekonomiki». — M. : Izd. dom Vysshey shkoly ekonomiki, 2015. — T. 2 : Ugovolnoe pravo. — 591 s.
12. Zhalinskiy A. E. Sovremennoe nemetskoe ugovolnoe pravo. — M. : TK Velbi, Prospekt, 2004. — 560 s.
13. Zhalinskiy A. E. Ugovolnoe pravo v ozhidanii peremen: teoretiko-instrumental'nyy analiz. — 2-e izd., pererab. i dop. — M. : Prospekt, 2009. — 400 s.
14. Zelinskaya N. A. Politicheskie prestupleniya v sisteme mezhdunarodnoy prestupnosti / Odes. natsion. yurid. akad. — Odessa, Feniks, 2003. — 400 s.
15. Zor'kin V. D. Problemy realizatsii Konventsii o pravakh cheloveka // URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=72> (data obrashheniya: 14.01.2016).
16. Kibal'nik A. G. Traditsii i novatsii v ugovolnom prave: ochevidnoe i neveroyatnoe // Biblioteka kriminalista. — 2015. — № 5 (22). — S. 70—74.
17. Kleymenov I. M. Sravnitel'naya kriminologiya: kriminalizatsiya, prestupnost', ugovolnaya politika v usloviyakh globalizatsii : dis. ... d-ra yurid. nauk. — Omsk, 2015.
18. Marchenko M. N. Gosudarstvo i pravo v usloviyakh globalizatsii. — M. : Prospekt, 2015. — 400 s.
19. Naumov A. V. Kak preodolet' krizis mezhdunarodnogo prava? // Ugovolnoe pravo: strategiya razvitiya v XXI veke : materialy XII Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii (29—30 yanvarya 2015 g.). — M. : RG-Press, 2015. — S. 447—479.
20. Otkrytoe pis'mo professora A. V. Naumova akademiku V. N. Kudryavtsevu // Ugovolnoe pravo. — 2006. — № 4. — S. 135—138.
21. Sinyukov V. N. Rossiyskaya pravovaya sistema. Vvedenie v obshchuyu teoriyu. — 2-e izd., dop. — M. : Norma, 2014. — 672 s.
22. Tuzmukhamedov B. R. Mnogotochie ili vse-taki tochka? // URL: [http://www.ng.ru/politics/2009-11-24/3\\_kartblansh.html](http://www.ng.ru/politics/2009-11-24/3_kartblansh.html) (data obrashheniya: 14.01.2016).
23. Fel'dshteyn G. S. Glavnye techeniya v istorii nauki ugovolnogo prava v Rossii / pod red. i s predisl. V. A. Tomsinova. — M. : Zertsalo-M, 2014. — S. 293—294.
24. Tsepelev V. F. Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo gosudarstv v sfere bor'by s prestupnost'yu // Mezhdunarodnoe ugovolnoe pravosudie: sovremennyye problemy / pod red. G. I. Bogusha, E. N. Trikoz. — M. : Institutu prava i publichnoy politiki, 2009. — S. 446—458.
25. Shirokov V. A. Ugovolnaya otvetstvennost' yuridicheskikh lits i perspektivy primeneniya v Rossii // URL: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1252244> (data obrashheniya: 14.01.2016).



## Руководитель следственного органа — субъект обжалования судебного решения в досудебном производстве

**Аннотация.** Судебный контроль за деятельностью органов предварительного расследования является неотъемлемой частью правового государства и гражданского общества. Закрепленные в Конституции РФ положения, не допускающие ограничение конституционных прав и свобод граждан без соответствующего судебного решения, является существенной гарантией соблюдения прав и законных интересов лиц, вовлеченных в орбиту уголовного судопроизводства.

Вместе с тем недостаточная законодательная регламентация процессуальной формы деятельности суда в рамках контрольных производств позволяет усомниться в ее эффективности. Одним из дискуссионных вопросов, требующих скорейшего законодательного разрешения, является право руководителя следственного органа на обжалование промежуточных судебных решений в досудебном производстве.

Автор приходит к выводу, что действующее правовое регулирование позволяет констатировать изменение функционального назначения властных участников уголовного процесса в судебно-контрольных производствах, становление процессуальной самостоятельности следственного органа, что предопределяет необходимость законодательного закрепления права руководителя следственного органа на внесение апелляционного представления, а руководителя вышестоящего следственного органа — кассационного представления на решения суда, вынесенные по результатам судебно-контрольных производств.

**Ключевые слова:** следователь, руководитель следственного органа, прокурор, судебный контроль, обжалование, промежуточное судебное решение, процессуальная самостоятельность, апелляция, кассация, досудебное производство.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.152-162**

Судебный контроль за деятельностью органов предварительного расследования является неотъемлемой частью правового государства и гражданского общества. Закрепленные в Конституции Российской Федерации положения, не допускающие ограничение конституционных прав и свобод граждан без соответствующего судебного решения, являются существенной гарантией соблюдения прав и законных интересов лиц, вовлеченных в орбиту уголовного судопроизводства.

---

© Бекетов А. О., 2016

\* Бекетов Александр Олегович, преподаватель кафедры уголовного процесса Омской академии МВД России

Beketov\_ao@mail.ru

644092, Россия, Омская область, г. Омск, пр. Комарова, д. 7

Вместе с тем недостаточная законодательная регламентация процессуальной формы деятельности суда в рамках контрольных производств позволяет усомниться в ее эффективности<sup>1</sup>. С момента принятия УПК РФ до настоящего времени многие «пробелы» законодательного регулирования стихийно заполнялись складывающейся судебной практикой, а чуть позже отдельные положения были разъяснены и даже дополнены Пленумом Верховного Суда Российской Федерации<sup>2</sup>. По сей день законодатель обращает свое внимание и вносит изменения в нормы, регламентирующие деятельность суда в досудебном производстве<sup>3</sup>.

В то же время не все проблемы, возникающие в правоприменительной деятельности при реализации судебного контроля, были разрешены. Одним из дискуссионных вопросов, требующих скорейшего законодательного урегулирования, является право руководителя следственного органа на обжалование промежуточных судебных решений в досудебном производстве.

В соответствии с Федеральным законом от 5 июня 2007 года № 87-ФЗ<sup>4</sup> руководитель следственного органа, перенеяв у прокурора большинство контрольных полномочий за следователем, получил право давать согласие

следователю на обращение с ходатайством в суд, а благодаря последующим изменениям, внесенным Федеральным законом от 2 декабря 2008 г. № 226-ФЗ<sup>5</sup>, получил право участвовать в судебных заседаниях, проводимых в порядке, предусмотренном ст. 108 и 125 УПК РФ. Умышленно ли законодатель не включил его в перечень участников судебного заседания по санкционированию и проверке законности производства следственных действий (проводимого в порядке, предусмотренном ст. 165 УПК РФ) — остается неясным, так как, исходя из внесенных противоречивых изменений, сделать однозначный вывод о его функциональном назначении в судебном заседании в досудебном производстве не представляется возможным<sup>6</sup>.

Более того, передав полномочия по согласованию решений следователя на обращение в суд руководителю следственного органа, законодатель сохранил участие прокурора в судебно-контрольном процессе, что стало существенно размывать понимание его роли в таком судебном заседании.

В соответствии с действующим законом (ч. 4 ст. 108 УПК РФ) прокурор обязан участвовать только в судебном заседании, проводимом по правилам ст. 108 УПК РФ, обязанности участво-

<sup>1</sup> См., например: *Кальницкий В. В.* «Санкционирование» и проверка судом законности следственных действий в ходе досудебного производства не эффективны // *Уголовное право*. 2004. № 4. С. 73—74; *Зажицкий В. И.* Проблема повышения эффективности правосудия по уголовным делам // *Государство и право*. 2009. № 7. С. 38—46; *Червоткин А. С.* Как повысить эффективность судебного контроля за предварительным следствием // *Уголовный процесс*. 2012. № 4. С. 18—25.

<sup>2</sup> Например, процедура судебного обжалования действий и решений должностных лиц на стадии предварительного расследования была существенно скорректирована Верховным Судом РФ (см.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // *Российская газета*. 2009. 18 февраля).

<sup>3</sup> См. подробнее: *Цурлуй О. Ю.* Судебный контроль в досудебном производстве: краткий историко-правовой анализ // *Актуальные проблемы российского права*. 2015. № 1. С. 182—189.

<sup>4</sup> Федеральный закон от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон “О прокуратуре Российской Федерации”» // *СЗ РФ*. 2007. № 24. Ст. 2820.

<sup>5</sup> Федеральный закон от 2 декабря 2008 г. № 226-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // *СЗ РФ*. 2008. № 24. Ст. 5724.

<sup>6</sup> О роли суда, прокурора и следователя в отдельных судебно-контрольных производствах см.: *Назаров А. Д.* Использование в современном уголовном процессе на досудебных стадиях правовых конструкций Устава уголовного судопроизводства Российской империи в обеспечении соблюдения принципа законности средствами судебного контроля и прокурорского надзора // *Актуальные проблемы российского права*. 2014. № 4. С. 665—671.

вать в иных судебных заседаниях в досудебном производстве УПК РФ не предусматривает, говоря лишь о такой возможности<sup>7</sup>.

По оценке некоторых авторов, участие прокурора, в случае обращения в суд следователя, сводится лишь к поддержанию или неподдержанию ходатайства следователя<sup>8</sup> либо даче заключения о законности действий и решений следователя. Можно согласиться с такими выводами, так как полномочия в отношении следователя, в том числе по отзыву ходатайства или отмене решения следователя об обращении в суд, прокурор утратил. В связи с этим Е. В. Рябцева, обращая внимание на отсутствие процессуальных полномочий воздействия на принятие следователем решений, закономерно ставит вопрос о функциях прокурора в судебном заседании<sup>9</sup>.

Кроме того, суд может удовлетворить ходатайство следователя даже в случае, если прокурор его не поддерживает в судебном заседании. Практике такие случаи известны<sup>10</sup>. Также о случаях удовлетворения ходатайства следователя вопреки мнению прокурора косвенно свидетельствует статистика Судебного

департамента при Верховном Суде РФ. Так, за 12 месяцев 2015 г. в апелляционном порядке по представлению прокурора было рассмотрено 258 решений<sup>11</sup> об удовлетворении ходатайства следователя об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу (за 12 месяцев 2014 г. — 23312), что составляет около 0,17 % от всех удовлетворенных ходатайств. Безусловно, данная цифра незначительна, но, как представляется, она охватывает далеко не все случаи принятия решения судом вопреки мнению прокурора.

В то же время ряд ученых не соглашается с существующей практикой. Например, М. А. Табакова считает, что законодатель недвусмысленно установил ведущую роль прокурора в процессе убеждения суда в необходимости применения мер пресечения в отсутствие у следователя самостоятельных на то полномочий; а также, что суд, разрешив правовой спор в пользу следователя вопреки позиции прокурора, исходя из принципа состязательности, фактически становится органом уголовного преследования<sup>13</sup>. Профессор А. Г. Халиуллин также считает неприемлемым удовлетворение судом

<sup>7</sup> Ведомственными нормативными правовыми актами Генеральной прокуратуры Российской Федерации на прокуроров все же возлагается обязанность участвовать во всех судебных заседаниях в досудебном производстве, а также в соответствии с п. 1.6 приказа Генпрокуратуры России от 2 июня 2011 г. № 162 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия» при подготовке к судебному заседанию прокурорам предписывается изучать поступившие в суд материалы, обращать внимание на соответствие постановления следователя требованиям УПК РФ, установленным в ходе расследования обстоятельствам, прокурору, участвующему в судебном заседании, составлять письменное заключение об обоснованности заявленного ходатайства, которое согласовывать с соответствующим руководителем либо его заместителем.

<sup>8</sup> См., например: *Рябцева Е. В.* Давайте будем последовательны в реформировании уголовного судопроизводства! (О соотношении прокурорского надзора и судебного санкционирования на предварительном следствии) // Российская юстиция. 2008. № 8. С. 57—58.

<sup>9</sup> *Рябцева Е. В.* Указ. соч.

<sup>10</sup> См., например: *Шахнавазов Р. А.* Процессуально-правовые основания внесения в суд ходатайства о применении меры пресечения и продлении срока содержания под стражей // Судебная защита прав и свобод человека и гражданина при применении мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста: материалы Всероссийской межведомственной научно-практической конференции. Н. Новгород, 2011. С. 293; *Кузьмина О. В.* Следователь как субъект обжалования судебных решений на досудебной стадии уголовного процесса // Уголовное право. 2010. № 3. С. 85—89.

<sup>11</sup> Форма № 6 «Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел в апелляционном порядке» // Судебный департамент при Верховном Суде РФ. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=3417> (дата обращения: 01.06.2016).

<sup>12</sup> Форма № 6 «Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел в апелляционном порядке» // Судебный департамент при Верховном Суде РФ. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=2884> (дата обращения: 25.03.2016).

ходатайств следственных органов, не поддержанных в судебном заседании прокурором, и предлагает предусмотреть право прокурора на отзыв ходатайства следователя либо нормативно закрепить необходимость прекращения производства по такому ходатайству<sup>14</sup>.

Однако представляется более аргументированным мнение профессора Н. Н. Ковтуна, который отмечает, что суд принимает решение «не вопреки позиции, роли или особому назначению прокурора в российском уголовном процессе, ... а исходя из критериев законности и обоснованности внесенного в суд ходатайства следственных органов», суд рассматривает не споры «между прокуратурой и следственными органами, “слишком” осознавшими свою независимость», а спор о наличии фактических и юридических оснований для удовлетворения ходатайства следователя<sup>15</sup>. Действительно, неясно, почему суд, являясь беспристрастным арбитром в разрешении спора личности и государства, не вправе принять решение, не соответствующее мнению надзирающего прокурора? В связи с чем представляется, что не всегда возможно говорить о единстве целей участия прокурора и следователя в судебном заседании<sup>16</sup>, хотя согласимся, что «оба участника обязаны стремиться к тому, чтобы суд принял законное и обоснованное решение»<sup>17</sup>.

Основываясь на изложенном, представляется необходимым поддержать позиции авторов, считающих возможным принятие решений по ходатайствам следователя вопреки позиции прокурора.

Таким образом, можно констатировать существенно изменившееся положение следователя, руководителя следственного органа и прокурора в судебном контрольном производстве, при этом следственный орган приобре-

тает полноценную роль участника судебного заседания, заинтересованного в результате его разрешения.

Интерес следственного органа в досудебном производстве, по нашему мнению, состоит в защите публичных интересов, заключающихся в достижении назначения уголовного судопроизводства, а также в вынесении законного и обоснованного судебного решения, что и предопределяет роль руководителя следственного органа и следователя в судебном заседании в досудебном производстве.

Также представляется важным обратить внимание на необходимость участия в судебных заседаниях следователя и (или) руководителя следственного органа. В настоящее время прокурор не всегда может обосновывать в судебном заседании ходатайство следователя, в особенности при отказе прокурора в его поддержании либо при наличии заключения о незаконности или необоснованности действий следователя.

«Несмотря на то что основная функция руководителя следственного органа, — справедливо отмечает О. С. Ерохина, — осуществление контроля за деятельностью следователя, в судебном заседании указанные участники выполняют одну и ту же подфункцию, определяемую видом судебного заседания. Реализация этой подфункции предполагает взаимозаменяемость следователя и руководителя следственного органа, т.е. возможность реализации ее как совместно, так и каждым в отдельности. При этом свою основную функцию руководитель следственного органа выполняет и в судебном заседании»<sup>18</sup>. В связи с чем позиция руководителя следственного органа, участвующего в судебном заседании, является определяющей позицией стороны, поддерживающей ходатайство<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Табакова М. А. Пробелы правового регулирования учета позиции прокурора при применении заключения под стражу в качестве меры пресечения // Бизнес в законе. 2012. № 2. С. 207—209.

<sup>14</sup> Халиуллин А. Г. Правовое регулирование досудебного производства по уголовным делам нуждается в исправлении системных ошибок // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 11. С. 3—8.

<sup>15</sup> Ковтун Н. Н. К дискуссии об «утраченных» полномочиях прокурора. Есть ли предмет для дискуссий? // Российская юстиция. 2010. № 5. С. 29—34.

<sup>16</sup> Ерохина О. С. Участие следователя в судебном заседании в ходе досудебного производства по уголовному делу : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 33—34.

<sup>17</sup> Указ. соч.

<sup>18</sup> Указ. соч. С. 36.

<sup>19</sup> Указ. соч. С. 13.

Именно следователь и руководитель следственного органа в рамках своего усмотрения определяют теперь перечень материалов, направляемых в суд в обоснование того или иного ходатайства (ст. 108, 165 УПК) или при возражении на жалобу, поданную в порядке ст. 125 УПК. Прокурор более не вправе указать им на количественные или качественные критерии подобных материалов, он может лишь высказать свою позицию посредством письменного заключения, отстаиваемого в суде в рамках той или иной формы контроля или посредством принесения апелляционного или кассационного представления на состоявшееся решение суда.

Следует согласиться с позицией Ю. А. Цветкова, который считает, что «прокурор не может быть полноценным представителем государства со стороны обвинения на досудебной стадии уже только потому, что он не оказывает влияния на формирование позиции следствия и принимаемые следователем решения»<sup>20</sup>.

Изложенное позволяет прийти к выводу, что руководитель следственного органа приобрел в настоящее время широкий круг полномочий, позволяющий полноценно отстаивать позицию следственного органа в судебном контрольных производствах.

Защищая интересы следственного органа в суде, руководитель следственного органа должен иметь право самостоятельно вносить апелляционные и кассационные представления в вышестоящий суд<sup>21</sup>. Однако до настоящего времени вопрос о праве следователя, руководителя следственного органа обжаловать судебное решение, вынесенное судом в досудебном производстве, остается дискуссионным.

Ряд ученых считает неприемлемым обращение следственного органа в вышестоящий суд, считая его «процессуальным пререканием» или «чрезмерным проявлением независимости следственных органов»<sup>22</sup>.

Выступая на Всероссийской научно-практической конференции «Взаимосвязь конституционного и уголовного судопроизводства» 22 марта 2013 г. в Санкт-Петербурге, профессор Л. А. Воскобитова в негативном свете оценила практику Санкт-Петербургского городского суда, где допускают обжалование следователем промежуточных решений суда в досудебном производстве, и привела в пример позицию Московского городского суда, не приемлющего возражения следователя<sup>23</sup>. Аргументируя свою позицию, профессор Л. А. Воскобитова указала, что следователь не может быть заинтересованным участником уголовного судопроизводства, законодатель целенаправленно не включает его в число субъектов, обладающих правом обжалования; что сторона обвинения в УПК РФ выстроена иерархически и опротестовывать незаконные и необоснованные решения суда должен прокурор как надзирающий орган, а не следователь, у которого в уголовном судопроизводстве иные задачи.

Профессор А. Г. Халиуллин считает, что в случае предоставления следователю права апелляционного обжалования, суды вышестоящих инстанций будут неизбежно вовлечены в разрешение межведомственных споров<sup>24</sup>. Также считают неприемлемым обращение следователя в апелляционную инстанцию при несогласии с судебным решением и другие ученые<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Цветков Ю. А. Следователь в апелляции // Уголовное судопроизводство. 2014. № 4. С. 27—32.

<sup>21</sup> О сущности и значении апелляционного производства см.: Лантух Н. В. Институциональное значение и эволюция апелляционного и кассационного пересмотра судебных решений в уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 11. С. 2518—2524.

<sup>22</sup> Правовое положение следователя и прокурора в досудебном производстве (в рамках судебного контроля): монография / отв. ред. д-р юрид. наук, проф. А. В. Сухинин. М., 2014. С. 74.

<sup>23</sup> Воскобитова Л. А. Правопонимание в уголовном процессе // URL: [http://www.youtube.com/watch?v=ZyRS\\_Excbmo](http://www.youtube.com/watch?v=ZyRS_Excbmo) (дата обращения: 02.02.2016).

<sup>24</sup> Халиуллин А. Г. Правовое регулирование досудебного производства по уголовным делам нуждается в исправлении системных ошибок // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 11. С. 3—8.

<sup>25</sup> См., например: Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. Главы 1—32.1. Постатейный научно-практический комментарий / отв. ред. Л. А. Воскобитова. М., 2015; Правовое положение следователя и прокурора в досудебном производстве. С. 73; Халиуллин А. Г. Правовое регулирование досудебного производства по уголовным делам нуждается в исправлении системных ошибок // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 11. С. 3—8.



С сожалением приходится констатировать, что и Верховный Суд РФ пришел к аналогичным выводам. Так, в соответствии с постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 24 мая 2016 г. № 23 «О внесении изменений в отдельные постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации по уголовным делам»<sup>26</sup>, в абзац первый пункта 23 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст. 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» были внесены изменения, которые разъясняют положения ст. 127 УПК РФ: «Согласно ст. 127 УПК РФ не вступившее в законную силу постановление судьи, принятое по жалобе, может быть обжаловано в порядке, установленном главой 45.1 УПК РФ, а вступившее в законную силу постановление судьи — в кассационном порядке, установленном главой 47.1 УПК РФ, лицами, указанными соответственно в статьях 389.1 и 401.2 УПК РФ. При этом уголовно-процессуальный закон не наделяет должностных лиц органов дознания и предварительного следствия, чьи действия (бездействие) и решения оспаривались в порядке статьи 125 УПК РФ, правом на обжалование постановления судьи». Таким образом, Верховный Суд РФ исключает органы предварительного расследования из числа лиц, уполномоченных обжаловать судебные решения в досудебном производстве.

По нашему мнению, следует поддержать мнение авторов, считающих, что следователь может отстаивать свою процессуальную позицию в вышестоящем суде<sup>27</sup>. Так, О. В. Кузь-

мина, судья Санкт-Петербургского городского суда, справедливо отмечала, что ранее действовавшая (на момент написания ею статьи) ч. 1 ст. 354 УПК РФ, а ныне действующая ст. 389.1 УПК РФ предусматривает круг участников, обладающих правом обжалования, применительно к итоговым судебным решениям стадии судебного разбирательства<sup>28</sup>, указывая, помимо прочих, государственного обвинителя, вышестоящего прокурора, осужденного, оправданного, которые в досудебном производстве не участвуют.

Как уже отмечалось в литературе, право апелляционного обжалования не закреплено в законе ни для подозреваемого, ни для обвиняемого, не названы они и в ст. 389.12 УПК РФ в числе участников судебного заседания по рассмотрению апелляционных жалоб и представлений<sup>29</sup>, вместе с тем практика не отрицает возможности принесения как ими, так и не занесенным в ст. 389.1 УПК РФ прокурором, апелляционных жалоб и представлений на досудебном этапе. Хотя отдельные авторы, расширяя указанный в законе перечень, добавляют к нему и прокурора, принимавшего участие в рассмотрении жалоб и ходатайств в судебном порядке в ходе досудебного производства<sup>30</sup>.

Сложившаяся до принятия вышеуказанного постановления Пленума Верховного Суда РФ правоприменительная практика, к сожалению, не отличалась единообразием. Ярким примером тому могут служить описанные Ю. А. Цветковым<sup>31</sup> и О. В. Кузьминой<sup>32</sup> случаи личного обращения следователя в суд с возражениями

<sup>26</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 мая 2016 г. № 23 «О внесении изменений в отдельные постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации по уголовным делам» // СПС «КонсультантПлюс» (документ официально опубликован не был).

<sup>27</sup> *Потапов В. Д.* Апелляционная проверка решений, вынесенных по итогам оперативного судебного контроля // *Бизнес в законе*. 2011. № 4. С. 95—97.

<sup>28</sup> *Кузьмина О. В.* Следователь как субъект обжалования судебных решений на досудебной стадии уголовного процесса // *Уголовное право*. 2010. № 3. С. 85—89.

<sup>29</sup> Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / *Е. А. Борисова, Л. В. Головкин, Н. Н. Ковтун [и др.]*; под общ. ред. Н. А. Колоколова. М., 2011. 188 с.

<sup>30</sup> Образцы документов прокурорской практики: практич. пособие / *Е. А. Архипова, А. Ю. Винокуров, Т. Г. Воеводина [и др.]*; под общ. ред. А. Э. Буксмана, О. С. Капинус; науч. ред. А. Ю. Винокуров. М.: Юрайт, 2014. 661 с.

<sup>31</sup> *Цветков Ю. А.* Следователь в апелляции // *Уголовное судопроизводство*. 2014. № 4. С. 27—32.

<sup>32</sup> *Кузьмина О. В.* Следователь как субъект обжалования судебных решений на досудебной стадии уголовного процесса // *Уголовное право*. 2010. № 3. С. 85—89.

на решения суда в досудебном производстве, в том числе по достаточно резонансным уголовным делам, и различной реакцией апелляционной инстанции — от отказа в принятии к рассмотрению до рассмотрения и принятия решения по существу, даже вопреки мнению прокурора.

И. В. Чечулин также ранее констатировал тенденцию признания Верховным Судом РФ права «руководителей следственных органов на кассационное обжалование решений, вынесенных в рамках процедур судебного контроля, осуществляемого на стадии предварительного следствия, и нарушающих публичные интересы следственных органов»<sup>33</sup>.

В качестве аргумента также может служить действующее постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1993 г. № 13 (в редакции от 6 февраля 2007 г.) «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации», где в п. 5 разъясняется, что в случае, если судья не дал разрешения на проведение следственных действий, связанных с ограничением права на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений или с проникновением в жилище, уполномоченные на то органы и должностные лица вправе обратиться по тому же вопросу в вышестоящий суд<sup>34</sup>. Ввиду новых разъяснений Пленума неясно — в рамках какой правовой процедуры должностным лицам органов предварительного расследования обращаться в вышестоящий суд?

Кроме того, ч. 7 ст. 9 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», регламентирующая схожие по предмету правового регулирования правоотношения, прямо устанавливает право органа, осуществляющего оперативно-розыск-

ную деятельность, обратиться в вышестоящий суд, в случае если судья отказал в проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан.

Предлагаемый авторами, отрицающими право следственного органа на обращение в вышестоящий суд, компромисс, который заключается в праве следователя ходатайствовать перед прокурором о принесении апелляционного представления, является, по нашему мнению, малоэффективным средством, существенно снижающим процессуальную самостоятельность органов расследования. Более того, как отмечает А. Ф. Соколов, и при ранее действовавшем правовом регулировании прокуроры не всегда добивались удовлетворения поддерживаемого ими ходатайства следователя по избранию меры пресечения в виде заключения под стражу и о ее продлении. «Лишь каждое третье постановление судьи об отказе в удовлетворении ходатайства органов следствия об аресте и каждое пятое об отказе в продлении срока ареста обжалуется прокурором в кассационном порядке. Практики обжалования прокурором судебных решений в досудебном производстве в порядке надзора фактически не существует»<sup>35</sup>.

Судебная статистика судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации и сегодня свидетельствует о невысокой активности прокурора в обжаловании решений суда, вынесенных по итогам судебного контроля. Так, из 12 260 отказов суда в удовлетворении ходатайств следователя об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в 2015 г. (11 623 — в 2014 г.) обжаловано прокурором только 609 решений, 176 из которых было отменено судом апелляционной инстанции<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Чечулин И. В. О процессуальных полномочиях руководителя следственного органа, реализуемых в рамках контрольных судебных процедур на этапе предварительного следствия // URL: <http://journal.amvd.ru/indviewst.php?SID=&stt=375>.

<sup>34</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1993 г. № 13 (в ред. от 6 февраля 2007 г.) «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 3.

<sup>35</sup> Соколов А. Ф. Участие прокурора в судебном заседании в досудебном производстве // Законность. 2010. № 12. С. 6—8.

<sup>36</sup> Форма № 6 «Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел в апелляционном порядке» // Судебный департамент при Верховном Суде РФ. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=2884> (дата обращения: 25.03.2016).

(в 2014 г. — обжаловано 732 решения суда, 245 из них отменены<sup>37</sup>).

И. С. Дикарев обращает внимание на необходимость предоставления органам предварительного следствия права и на кассационное обжалование вступивших в силу решений суда на досудебных стадиях. Комментируя постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 января 2014 г. № 2 «О применении норм главы 47.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции», уважаемый автор с сожалением констатирует, что Пленум исходит из того, что такие решения должны обжаловаться в кассационном порядке прокурором, однако такая позиция не учитывает существенно возросшую самостоятельность следственных органов<sup>38</sup>. Действительно, по смыслу абз. 2 п. 2 рассматриваемого постановления, органы предварительного следствия вправе обжаловать лишь частные определения (постановления) суда в кассационной инстанции, то есть для защиты исключительно своих личных интересов, не связанных с расследованием.

К. В. Андреев, поддерживая необходимость включения следователя и руководителя следственного органа в список заинтересованных субъектов апелляционного и кассационного обжалования судебных решений оперативного судебного контроля, подчеркивает, что «эффективное осуществление этого вида уголовно-процессуальной деятельности не может и не должно зависеть от субъективного усмотрения того или иного прокурора, особенно в условиях явно обозначившегося конфликта интересов прокуратуры РФ и, например, Следственного комитета РФ»<sup>39</sup>.

Вместе с тем необходимо сделать существенную оговорку. Действующая концепция досудебного производства, выражающаяся в становлении самостоятельности следственного органа, не предполагает прямых отношений следователя и суда. В связи с чем считаем необходимым законодательно закрепить право

руководителя следственного органа наравне с прокурором приносить свои возражения на судебное решение, вынесенное по результатам судебно-контрольной деятельности, и поддерживать доводы, представленные в обращении, в суде апелляционной инстанции. Следователь может быть при этом приглашен в суд для дачи соответствующих пояснений по существу уголовного дела. Такой подход, по нашему мнению, позволит избежать необоснованных обращений в вышестоящий суд.

По аналогии с прокурором, обращение руководителя следственного органа в вышестоящий суд следует именовать также представлением, так как следственный орган таким способом обращает внимание вышестоящей судебной инстанции на возможную незаконность и необоснованность судебного решения.

На основании изложенного представляется возможным сделать следующие выводы:

1. Изменения, внесенные Федеральным законом от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ, существенно преобразовали роль следственного органа в судебно-контрольных производствах. Следственный орган приобрел возможность самостоятельно отстаивать избранную им позицию в судебном заседании, стремясь к защите публичных интересов, достижению назначения уголовного судопроизводства, а также вынесению законного и обоснованного судебного решения.

2. Действующее правовое регулирование позволяет констатировать изменение функционального назначения прокурора в судебно-контрольных производствах, так как в настоящее время у него отсутствуют полномочия по воздействию на принятие следователем решения об обращении в суд с ходатайством о производстве следственных и иных процессуальных действий (в том числе и по его отзыву), на количественные и качественные характеристики материалов, обосновывающих данное ходатайство, кроме того, судом может быть принято решение в пользу следователя и

<sup>37</sup> Форма № 6 «Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел в апелляционном порядке» // Судебный департамент при Верховном Суде РФ. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=3213> (дата обращения: 25.03.2016).

<sup>38</sup> Дикарев И. С. Разъяснения Пленума Верховного суда РФ по вопросам производства в суде кассационной инстанции // Уголовное право. 2014. № 2. С. 107—111.

<sup>39</sup> Правовое положение следователя и прокурора в досудебном производстве. С. 75.

вопреки мнению прокурора. Вместе с тем это не препятствует прокурору обратиться в вышестоящий суд для проверки законности и обоснованности судебного решения.

3. Действующая концепция досудебного производства, выражающаяся в становлении самостоятельности следственного органа, не предполагает прямых отношений следователя и суда, в связи с чем целесообразно законодательно установить право руководителя следственного органа на внесение апелляционного

представления, а руководителя вышестоящего следственного органа — кассационного представления на решения суда, вынесенные по результатам судебно-контрольных производств. Предоставление такого права будет способствовать укреплению не только процессуальной самостоятельности следственного органа, но и законности на стадии предварительного расследования, поскольку данный механизм направлен в первую очередь на устранение ошибок в досудебном производстве.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / Е. А. Борисова, Л. В. Головкин, Н. Н. Ковтун [и др.] ; под общ. ред. Н. А. Колоколова. — М., 2011. — 188 с.
2. *Воскобитова Л. А.* Правопонимание в уголовном процессе // URL: [http://www.youtube.com/watch?v=ZyRS\\_Excbmo](http://www.youtube.com/watch?v=ZyRS_Excbmo) (дата обращения: 02.02.2016).
3. *Дикарев И. С.* Разъяснения Пленума Верховного Суда РФ по вопросам производства в суде кассационной инстанции // Уголовное право. — 2014. — № 2. — С. 107—111.
4. *Ерохина О. С.* Участие следователя в судебном заседании в ходе досудебного производства по уголовному делу : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2014. — 229 с.
5. *Зажичкий В. И.* Проблема повышения эффективности правосудия по уголовным делам // Государство и право. — 2009. — № 7. — С. 38—46.
6. *Кальницкий В. В.* «Санкционирование» и проверка судом законности следственных действий в ходе досудебного производства не эффективны // Уголовное право. — 2004. — № 4. — С. 73—74.
7. *Ковтун Н. Н.* К дискуссии об «утраченных» полномочиях прокурора. Есть ли предмет для дискуссий? // Российская юстиция. — 2010. — № 5. — С. 29—34.
8. *Кузьмина О. В.* Следователь как субъект обжалования судебных решений на досудебной стадии уголовного процесса // Уголовное право. — 2010. — № 3. — С. 85—89.
9. *Лантух Н. В.* Институциональное значение и эволюция апелляционного и кассационного пересмотра судебных решений в уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы российского права. — 2014. — № 11. — С. 2518—2524.
10. *Назаров А. Д.* Использование в современном уголовном процессе на досудебных стадиях правовых конструкций Устава уголовного судопроизводства Российской империи в обеспечении соблюдения принципа законности средствами судебного контроля и прокурорского надзора // Актуальные проблемы российского права. — 2014. — № 4. — С. 665—671.
11. Образцы документов прокурорской практики: практич. пособие / Е. А. Архипова, А. Ю. Винокуров, Т. Г. Воеводина [и др.] ; под общ. ред. А. Э. Буксмана, О. С. Капинус ; науч. ред. А. Ю. Винокуров. — М. : Юрайт, 2014. — 661 с.
12. *Потапов В. Д.* Апелляционная проверка решений, вынесенных по итогам оперативного судебного контроля // Бизнес в законе. — 2011. — № 4. — С. 95—97.
13. Правовое положение следователя и прокурора в досудебном производстве (в рамках судебно-контрольных производств) / отв. ред. д-р юрид. наук, проф. А. В. Сухинин. — М., 2014. — 248 с.
14. *Рябцева Е. В.* Давайте будем последовательны в реформировании уголовного судопроизводства! (О соотношении прокурорского надзора и судебного санкционирования на предварительном следствии) // Российская юстиция. — 2008. — № 8. — С. 57—58.
15. *Соколов А. Ф.* Участие прокурора в судебном заседании в досудебном производстве // Законность. — 2010. — № 12. — С. 6—8.
16. *Табакова М. А.* Пробелы правового регулирования учета позиции прокурора при применении заключения под стражу в качестве меры пресечения // Бизнес в законе. — 2012. — № 2. — С. 207—209.

17. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. Главы 1—32.1. Постатейный научно-практический комментарий / отв. ред. Л. А. Воскобитова. — М., 2015.
18. Халиуллин А. Г. Правовое регулирование досудебного производства по уголовным делам нуждается в исправлении системных ошибок // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2008. — № 11. — С. 3—8.
19. Цветков Ю. А. Следователь в апелляции // Уголовное судопроизводство. — 2014. — № 4. — С. 27—32.
20. Цурлуй О. Ю. Судебный контроль в досудебном производстве: краткий историко-правовой анализ // Актуальные проблемы российского права. — 2015. — № 1. — С. 182—189.
21. Червоткин А. С. Как повысить эффективность судебного контроля за предварительным следствием // Уголовный процесс. — 2012. — № 4. — С. 18—25.
22. Чечулин И. В. О процессуальных полномочиях руководителя следственного органа, реализуемых в рамках контрольных судебных процедур на этапе предварительного следствия // URL: <http://jurnal.amvd.ru/indviewst.php?SID=&stt=375>.
23. Шахнавазов Р. А. Процессуально-правовые основания внесения в суд ходатайства о применении меры пресечения и продления срока содержания под стражей // Судебная защита прав и свобод человека и гражданина при применении мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста : материалы Всероссийской межведомственной научно-практической конференции. — Н. Новгород. 2011. — С. 290—296.

Материал поступил в редакцию 7 июня 2016 г.

#### THE HEAD OF THE INVESTIGATIVE BODY IS THE SUBJECT OF THE APPEAL TO A COURT DECISION IN A PRE-TRIAL PROCEEDING

**BEKETOV Aleksandr Olegovich** — Lecturer at the Department of Criminal Procedure, Omsk Academy of the Ministry of the Interior of Russia  
Beketov\_ao@mail.ru  
644092, Omskaya oblast, Omsk, Komarova Av., 7

**Review.** *Judicial control over the activities of the bodies of preliminary investigation is an integral part of the legal state and civil society. Enshrined in the Constitution of the Russian Federation, the provisions that do not allow the limitation of constitutional rights and freedoms of citizens without a court order, are an express guarantee of the respect for the rights and legitimate interests of individuals involved in criminal proceedings. However, the lack of legislative regulation of procedural forms of activity within the supervisory Court productions allows you to doubt its effectiveness. One of the debating points requiring prompt legislative approval is the right of the head of an investigative body to challenge interlocutory judgments in a pre-trial proceeding. The author concludes that the existing legal regulation makes it possible to state the changing functional purpose of powerful participants in criminal proceedings in the judicial supervisory activities, establishment of the procedural autonomy of the investigating body, necessitating legislative consolidation of the rights of the head of the investigative body to make the appeal submission, and the head of the superior investigating body — to make a Cassation Court decision on submission of the results of forensic control productions.*

**Keywords:** *investigating officer, head of the investigative body, Prosecutor, judicial review, appeal, interlocutory judgment, procedural autonomy, appeal, Cassation, pre-trial proceedings*

#### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Apelljacija, kassacija, nadzor: novelly GPK RF i UPK RF. Pervyj opyt kriticheskogo osmyslenija / E. A. Borisova, L. V. Golovko, N. N. Kovtun [i dr.] ; pod obshh. red. N. A. Kolokolova. — М., 2011. — 188 s.
2. Voskobitova L. A. Pravoponimanie v ugovnom processe // URL: [http://www.youtube.com/watch?v=ZyRS\\_Excbmo](http://www.youtube.com/watch?v=ZyRS_Excbmo) (lata obrashhenija: 02.02.2016).



3. *Dikarev I. S.* Raz#jasnenija Plenuma Verhovnogo suda RF po voprosam proizvodstva v sude kassacionnoj instancii // *Ugolovnoe pravo*. — 2014. — № 2. — S. 107—111.
4. *Erohina O. S.* Uchastie sledovatelja v sudebnom zasedanii v hode dosudebnogo proizvodstva po ugolovnomu delu : dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2014. — 229 s.
5. *Zazhickij V. I.* Problema povyshenija jeffektivnosti pravosudija po ugolovnym delam // *Gosudarstvo i pravo*. — 2009. — № 7. — S. 38—46.
6. *Kal'nickij V. V.* «Sankcionirovanie» i proverka sudom zakonnosti sledstvennyh dejstvij v hode dosudebnogo proizvodstva ne jeffektivny // *Ugolovnoe pravo*. — 2004. — № 4. — S. 73—74.
7. *Kovtun N. N.* K diskussii ob «utrachennyh» polnomochijah prokurora. Est' li predmet dlja diskussij? // *Rossijskaja justicija*. — 2010. — № 5. — S. 29—34.
8. *Kuz'mina O. V.* Sledovatel' kak sub#ekt obzhalovanija sudebnyh reshenij na dosudebnoj stadii ugolovnogo processa // *Ugolovnoe pravo*. — 2010. — № 3. — S. 85—89.
9. *Lantuh N. V.* Institucional'noe znachenie i jevolucija apelljacionnogo i kassacionnogo peresmotra sudebnyh reshenij v ugolovnom sudoproizvodstve // *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. — 2014. — № 11. — S. 2518—2524.
10. *Nazarov A. D.* Ispol'zovanie v sovremennom ugolovnom processe na dosudebnyh stadijah pravovyh konstrukcij Ustava ugolovnogo sudoproizvodstva Rossijskoj imperii v obespechenii sobljudenija principa zakonnosti sredstvami sudebnogo kontrolja i prokurorskogo nadzora // *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. — 2014. — № 4. — S. 665—671.
11. *Obrazcy dokumentov prokurorskoj praktiki: praktich. posobie* / E. A. Arhipova, A. Ju. Vinokurov, T. G. Voevodina [i dr.] ; pod obshh. red. A. Je. Buksmana, O. S. Kapinus ; nauch. red. A. Ju. Vinokurov. — M. : Jurajt, 2014. — 661 s.
12. *Potapov V. D.* Apelljacionnaja proverka reshenij vynesennyh po itogam operativnogo sudebnogo kontrolja // *Biznes v zakone*. — 2011. — № 4. — S. 95—97.
13. *Pravovoe polozhenie sledovatelja i prokurora v dosudebnom proizvodstve (v ramkah sudebno-kontrol'nyh proizvodstv)* / otv. red. d-r jurid. nauk, prof. A. V. Suhinin. — M., 2014. — 248 s.
14. *Rjabceva E. V.* Davajte budem posledovatel'ny v reformirovanii ugolovnogo sudoproizvodstva! (O sootnoshenii prokurorskogo nadzora i sudebnogo sankcionirovanija na predvaritel'nom sledstvii) // *Rossijskaja justicija*. — 2008. — № 8. — S. 57—58.
15. *Sokolov A. F.* Uchastie prokurora v sudebnom zasedanii v dosudebnom proizvodstve // *Zakonnost'*. — 2010. — № 12. — S. 6—8.
16. *Tabakova M. A.* Probely pravovogo regulirovanija ucheta pozicii prokurora pri primenenii zakljuchenija pod strazhu v kachestve mery presechenija // *Biznes v zakone*. — 2012. — № 2. — S. 207—209.
17. *Ugolovno-processual'nyj kodeks Rossijskoj Federacii. Glavy 1—32.1. Postatejnyj nauchno-prakticheskij kommentarij* / otv. red. L. A. Voskobitova. — M., 2015.
18. *Haliullin A. G.* Pravovoe regulirovanie dosudebnogo proizvodstva po ugolovnym delam nuzhdaetsja v ispravlenii sistemnyh oshibok // *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*. — 2008. — № 11. — S. 3—8.
19. *Cvetkov Ju. A.* Sledovatel' v apelljácii // *Ugolovnoe sudoproizvodstvo*. — 2014. — № 4. — S. 27—32.
20. *Curluj O. Ju.* Sudebnyj kontrol' v dosudebnom proizvodstve: kratkij istoriko-pravovoj analiz // *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. — 2015. — № 1. — S. 182—189.
21. *Chervotkin A. S.* Kak povysit' jeffektivnost' sudebnogo kontrolja za predvaritel'nym sledstviem // *Ugolovnyj process*. — 2012. — № 4. — S. 18—25.
22. *Chechulin I. V.* O processual'nyh polnomochijah rukovoditelja sledstvennogo organa, realizuemyh v ramkah kontrol'nyh sudebnyh procedur na jetape predvaritel'nogo sledstvija // URL: <http://jurnal.amvd.ru/indviewst.php?SID=&stt=375>.
23. *Shahnavazov R. A.* Processual'no-pravovye osnovanija vnesenija v sud hodatajstva o primenenii mery presechenija i prodlenija sroka sodержanija pod strazhej. // *Sudebnaja zashhita prav i svobod cheloveka i grazhdanina pri primenenii mer presechenija v vide zakljuchenija pod strazhu, zaloga i domashnego aresta* : materialy Vserossijskoj mezhdzvedomstvennoj nauchno-prakticheskoy konferencii. — N. Novgorod. 2011. — S. 290—296.

## Реформа адвокатуры в свете Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи, разработанной Минюстом России

**Аннотация.** В реализацию Госпрограммы «Юстиция» Минюстом России была разработана Концепция регулирования рынка профессиональной юридической помощи. Концепцию поддержала Федеральная палата адвокатов России. Концепцию активно критикует широкое юридическое сообщество: получила множество отрицательных отзывов заинтересованных сторон, в результате чего Правительство РФ ее не утвердило. Концепция предполагала реализацию таких идей, как: адвокатская монополия на судебное представительство во всех видах судопроизводства, адвокатская монополия на оказание платной юридической помощи, коммерциализация адвокатуры путем имплементации рыночных механизмов в организацию адвокатской деятельности. Настоящая статья посвящена научному анализу положений данной Концепции, а также Государственной программы «Юстиция».

**Ключевые слова:** адвокатура, рынок юридических услуг, реформа, адвокатская монополия, юридическая помощь, Госпрограмма «Юстиция».

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.163-169**

Современная российская адвокатура прошла этап становления, обусловленный реформаторским законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», вступившим в силу в 2003 г. За эти годы был накоплен определенный опыт организации адвокатского сообщества и опробованы новые формы адвокатской деятельности. Вместе с тем время неумолимо бежит вперед, и за этот период страна и общество изменились неузнаваемо. Цели и задачи, которые ставились перед адвокатурой в конце 90-х гг. ушедшего столетия,

в значительной степени были достигнуты, а новые вызовы показали острую необходимость дальнейшего совершенствования института адвокатуры и адвокатской деятельности.

Во исполнение Указов Президента 2012 года постановлением Правительства РФ от 15 апреля 2014 г. № 312 была утверждена Госпрограмма «Юстиция». В рамках ее реализации Министерство юстиции РФ разработало Концепцию регулирования рынка профессиональной юридической помощи. В основе данной Концепции лежит попытка реформирования

---

© Яртых И. С., 2016

\* Яртых Игорь Семенович, доктор юридических наук, профессор кафедры адвокатуры и нотариата Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), первый вице-президент Федерального союза адвокатов России, член совета Адвокатской палаты Московской области yartykh.is@yandex.ru

115193, Россия, г. Москва, ул. Южнопортовая, 16

рынка юридических услуг путем трансформации коммерческой юридической деятельности в адвокатскую и объединение всех частнопрактикующих юристов на основе принципов организации адвокатского сословия.

История разработки проекта Концепции покрыта тайной. Документ, который затрагивает интересы всего адвокатского сообщества и большого количества частнопрактикующих юристов, разрабатывался кулуарно, втайне от научной и юридической общественности, без широкой публичной дискуссии.

5 ноября 2015 г. Министерством юстиции РФ в заинтересованные органы государственной власти, за подписью Статс-секретаря — заместителя министра юстиции РФ Ю. С. Любимова был направлен на согласование проект распоряжения Правительства РФ об утверждении Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи с приложением текста проекта Концепции<sup>1</sup>.

23 декабря 2015 г. Минюстом России проект распоряжения Правительства РФ об утверждении Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи с приложением текста Концепции был внесен в Правительство РФ.

В соответствии с планом Минюста России по реализации Госпрограммы «Юстиция» предполагалось, что Концепция должна быть утверждена постановлением Правительства РФ до 1 января 2016 г. Однако этого не произошло во многом из-за поступивших отрицательных заключений заинтересованных органов государственной власти на данный проект.

Госпрограмма «Юстиция» состоит из самой госпрограммы и пяти подпрограмм, описывающих цели, задачи и способы ее реализации в различных сферах госрегулирования, являющихся компетенцией Минюста России.

Если внимательно проанализировать госпрограмму, то мы увидим, что вопросы реформы адвокатуры в ней занимают далеко не самое главное место. Реформа адвокатуры описана в подпрограмме 1. Интерес для нашего исследования представляет и пояснительная записка, направленная в свое время Минюстом России в Правительство РФ в обоснование проекта Госпрограммы «Юстиция».

### Формальный анализ Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи

Как следует из обоснования, главными целями Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи являются «развитие в обществе правовой модели поведения граждан, преодоление правового нигилизма, поддержание устойчивого уважения к закону», вытекающие из программы «Юстиция» (дословно списано из Госпрограммы).

Для достижения указанных в Госпрограмме целей по реформированию рынка профессиональной юридической помощи поставлены следующие задачи:

- «1) упорядочение системы оказания квалифицированной юридической помощи и реформирование института адвокатуры;
- 2) объединение разрозненного рынка юридических услуг в единую регулируемую профессию, подчиняющуюся общим этическим требованиям;
- 3) развитие и поддержание конкуренции на рынке профессиональных юридических услуг путем ограничения доступа на рынок для недобросовестных участников;
- 4) создание механизма регулярного профессионального совершенствования и подтверждения квалификации адвокатов, а также введения в действие эффективного механизма исключения из профессии;
- 5) развитие механизмов оказания адвокатами бесплатной юридической помощи».

Как видно из процитированного, в п. 1 Госпрограммы речь идет о **«системе квалифицированной юридической помощи»**. В пункте 2 речь идет о **«рынке юридических услуг»**. В первом случае авторы говорят об «упорядочивании системы», надо полагать — адвокатуры, с последующим «созданием механизма регулярного профессионального совершенствования и подтверждения квалификации адвокатов» и «развитием механизмов оказания адвокатами бесплатной юридической помощи»; во втором случае — об объединении «разрозненного рынка юридических услуг» с последующим «развитием и поддержанием конкуренции».

<sup>1</sup> Письмо Министерства юстиции РФ, исх. № 12/127886-ЮЛ.

**Госпрограмма «Юстиция» не смешивает понятия «юридическая помощь» и «юридические услуги». В Госпрограмме не ставится задача универсализации юридической деятельности**

Из текста Концепции: «Современный рынок профессиональной юридической помощи в Российской Федерации представлен несколькими группами участников с разными условиями регулирования в части допуска к профессии, требований к субъектам, механизмов корпоративного регулирования, мер ответственности за нарушение правовых норм и этических правил, степени регуляторного участия государства.

Отсутствие единого подхода к правовому регулированию профессиональной юридической помощи не только затрудняет реализацию прав граждан и организаций, но и отрицательно влияет на обеспечение защиты публичных интересов».

Далее отмечается, что «ключевой проблемой современного российского рынка профессиональной юридической помощи является наличие среди адвокатов и консультантов, оказывающих юридические услуги, немало числа лиц, предоставляющих клиентам услуги самого низкого качества, зачастую вовлеченных в недобросовестные, а иногда и в преступные практики».

Здесь уже авторы Концепции смешали не только виды деятельности, но и субъектов, ее предоставляющих.

После этого делается вывод, что «основной задачей предстоящей реформы является объединение разрозненной **сферы** профессиональной юридической помощи **в единое профессиональное сообщество**, подчиненное общим правовым и этическим правилам, объединяющим лучшие стандарты, как сегодняшней адвокатуры, так и юридического консалтинга. При этом должен быть создан механизм эффективного избавления профессиональной юридической корпорации от недостойных участников». Как «сфера» профессиональной деятельности превращается в профессиональное «сообщество», авторы концепции не уточняют.

В Госпрограмме «Юстиция» речь идет о «юридической помощи» и «юридических услугах», а в Концепции вводится новый термин «профессиональная юридическая деятельность».

В соответствии с Концепцией, применяемые в ней «понятия и термины используются в следующих значениях:

- 1) профессиональная юридическая деятельность — это квалифицированная деятельность по юридическому сопровождению учреждений, организаций (юридических лиц), групп компаний, холдингов и органов их управления, осуществляемая в том числе путем участия в различных видах судопроизводства (конституционного, уголовного, административного, гражданского, арбитражного) лицами, работающими по трудовому договору в указанных юридических лицах и имеющими высшее юридическое образование, подтвержденное дипломом о получении высшего профессионального образования учебного заведения Российской Федерации либо иностранного государства, который признается в Российской Федерации;
- 2) квалифицированная юридическая помощь — это деятельность по оказанию на постоянной профессиональной и возмездной основе неограниченному кругу лиц юридических услуг и услуг по представительству (в том числе судебному и в административных органах), осуществляемая допущенными к ней по определенной законом процедуре и в соответствии с квалификационными требованиями лицами, для которых обязательны установленные профессиональные стандарты и этические нормы...»<sup>2</sup>.

Далее отмечается, что «...общее содержание преобразований сводится к объединению всех лиц, оказывающих на профессиональной основе юридические услуги третьим лицам, на базе существующей адвокатуры ... с учетом указанного, необходимо ввести в законодательство понятие квалифицированной юридической помощи, позволяющее четко идентифицировать сферу регулирования законодательства об адвокатуре и адвокатской деятельности»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Проект Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи. С. 3.

<sup>3</sup> Там же. С. 4, 12.

Для реализации этой задачи предполагается «в условиях предполагаемого введения исключительного права адвокатов оказывать квалифицированную юридическую помощь, а также принимая во внимание, что объединение сферы оказания профессиональной юридической помощи планируется проводить на основе существующей адвокатуры, предлагается исходить из следующих основных положений реформы:

- 1) деятельность по оказанию квалифицированной юридической помощи не является предпринимательской;
- 2) адвокатские образования должны иметь возможность использовать и распределять финансовый результат деятельности в порядке, установленном их учредительными документами;
- 3) организация реформы адвокатуры должна обеспечить благоприятный режим для перехода частных юридических консультантов в адвокатуру в части процедуры, сроков, расходов и иных условий, частные консультанты должны получить возможность участвовать на равных условиях в управлении делами адвокатуры;
- 4) реформа должна обеспечить непрерывность процесса оказания квалифицированной юридической помощи;
- 5) организация адвокатуры должна обеспечить необходимые условия создания крупных и конкурентоспособных на мировом рынке российских адвокатских образований;
- 6) условия для всех субъектов оказания квалифицированной юридической помощи, их права должны быть равными;
- 7) должна быть создана система квалифицированной и доступной юридической помощи для широкого круга пользователей;
- 8) должны возникнуть условия для профессиональной специализации юристов;
- 9) необходимо создать условия для качественного повышения эффективности государственного и общественного контроля за деятельностью адвокатов при условии сохранения независимости адвокатуры как института гражданского общества»<sup>4</sup>.

### **Концепция противоречит научной доктрине устройства адвокатуры и организации адвокатской деятельности**

Современная российская Доктрина адвокатской деятельности и устройства адвокатуры устанавливает, что:

- адвокатская деятельность есть публично значимый вид деятельности; адвокатская деятельность есть некоммерческий вид деятельности; адвокатской деятельностью могут заниматься субъекты, отвечающие специальным требованиям; адвокатская деятельность осуществляется в целях защиты прав, свобод и интересов обратившихся лиц, а также обеспечения доступа к правосудию;
- под адвокатурой понимается профессиональное сообщество адвокатов, по своей правовой природе представляющее собой институт гражданского общества.

Конституция РФ имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции РФ<sup>5</sup>.

Согласно статье 2 Конституции РФ «человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства».

В Конституции РФ отсутствуют положения, из которых можно было бы сделать вывод о публичной значимости прав и законных интересов юридических лиц. В Конституции РФ отсутствуют положения, отождествляющие права и законные интересы юридических и физических лиц, а вопрос о конституционных свободах, являющихся высшей ценностью государства, относится исключительно к физическим лицам, обладающим свободой воли.

Статьей 48, относящейся к главе 2 «Права и свободы гражданина и человека» в их правовой взаимосвязи, устанавливается, что каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно.

<sup>4</sup> Проект Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи. С. 12.

<sup>5</sup> Статья 15 Конституции РФ.



Публичная значимость адвокатской деятельности определяется не спецификой функции, но спецификой субъекта, которому она оказывается.

### **Смешение понятий «квалифицированная юридическая помощь» и «юридические услуги»**

В Госпрограмме объектами реформирования были определены «система квалифицированной юридической помощи» и «рынок юридических услуг».

Госпрограммой также определено, что реформирование «системы квалифицированной юридической помощи» (для адвокатуры) должно идти в направлении «создания механизма регулярного профессионального совершенствования и подтверждения квалификации адвокатов» и «развития механизмов оказания адвокатами бесплатной юридической помощи»; во втором случае (для частнопрактикующих юристов) путем «объединения разрозненного рынка» юридических услуг с последующим «развитием и поддержанием конкуренции».

И это справедливо, поскольку юридическая помощь есть некоммерческий вид деятельности. Рынок есть коммерческий инструмент оборота товаров и услуг. Сфера предоставления юридической помощи регулируется исключительно нормами публичного права (Конституцией РФ и Законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»), сферой оборота юридических услуг, гражданским правом.

Таким образом, Госпрограмма обоснованно не смешивает эти понятия.

Инициаторы и разработчики Концепции проигнорировали, как современную правовую доктрину устройства отечественной адвокатуры, так и сложившуюся практику, и стараются навязать вульгарную, коммерческую модель устройства адвокатуры.

Концепцией предлагается новая юридическая конструкция понятия «квалифицированная юридическая помощь»: под квалифицированной юридической помощью предлагается понимать — деятельность по оказанию на постоянной профессиональной и возмездной основе неограниченному кругу лиц юридических услуг и услуг по представительству (в том числе судебному и в административных органах), осуществляемая допущенными к ней по опре-

деленной законом процедуре и в соответствии с квалификационными требованиями лицами, для которых обязательны установленные профессиональные стандарты и этические нормы.

Разделяя юридические услуги и услуги по представительству, авторы Концепции таким образом разделяют предмет регулирования, но не говорят, по каким принципам производят это разделение и зачем это вообще необходимо. Такое разделение порождает множество научно-теоретических и практических вопросов, а именно: если представительство будет осуществлять адвокат, это что — юридические услуги или просто представительство? Если авторы Концепции под термином «юридические услуги» подразумевают все виды юридической деятельности по оказанию на постоянной профессиональной и возмездной основе неограниченному кругу лиц, следует ли считать внесудебное представительство «юридическими услугами» или нет, и если нет, то может ли этим заниматься любое лицо? Как следует относиться к таким видам юридической работы, как «арбитражное управление», «экспертная деятельность» и должны ли ими заниматься исключительно адвокаты?

### **К вопросу о рынке**

Рынок — экономическая категория, определяющая сферу обращения товаров и услуг и устанавливающая правила их коммерческого оборота.

Результатом коммерческого оборота услуг является прибыль. Согласно Концепции, предполагается предпринимательскую деятельность считать непредпринимательской, некоммерческой, но при этом использовать «рынок» как инструмент оборота «некоммерческого продукта» юридической помощи. Следует особо отметить, что себестоимость «юридической помощи» как объекта товарно-денежного оборота в силу ее некоммерческого характера из-за протекционистского поведения государства, обусловленного стремлением снизить нагрузку на нуждающихся в ней путем особого налогового регулирования, зависит исключительно от субъективного фактора, т.е. от степени корыстолюбия адвоката. А это вопрос не объективного регулирования, это вопрос морали и этики поведения адвоката. При таких обстоятельствах никакой рынок не снизит стоимости

адвокатской помощи, сделать это может исключительно само адвокатское сословие, культивируя принципы умеренности, милосердия и добропорядочности.

### **К вопросу о монополии**

Концепция предполагает предоставление адвокатам двух видов «монополии». Первым видом монополии предусматривается исключительное право на занятие платными видами юридической деятельности исключительно лицами, приобретшими статус адвоката. Второй вид «монополии» предполагает, при условии объединения всех частнопрактикующих юристов под знаменами адвокатуры, предоставление последней исключительного права на судебное представительство.

Согласно статье 34 Конституции РФ в Российской Федерации не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Если допустить, что идея коммерциализации адвокатской деятельности, т.е. трансформации юридических услуг в некоммерческую деятельность, будет реализована, а «рынок» будет признан единственным институтом ее регулирования, то стремление к монополизации отдельных сфер оборота юридической помощи будет противоречить действующему законодательству.

Так, еще в 1997 г. в развитие статьи 34 Конституции РФ был принят Федеральный закон от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях», действует он и по сей день. Данный закон определяет правовые основы федеральной политики в отношении естественных монополий в Российской Федерации и направлен на достижение баланса интересов потребителей и субъектов естественных монополий, обеспечивающего доступность реализуемого ими товара для потребителей и эффективное функционирование субъектов естественных монополий.

Таким образом, развивая конституционную идею о недопустимости монополизации в принципе никакой деятельности, законодатель тем не менее сделал исключение для отдельных видов деятельности. Согласно статье 3 названного Закона под естественной монополией понимается состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу

технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства), а товары, производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, в связи с чем спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров.

И самое главное, определяя сферы деятельности естественных монополий, законодатель их перечислил. Список исчерпывающий и расширительному толкованию не подлежит. Юридическая деятельность, в соответствии с законом, не является сферой естественной монополии.

Таким образом, претензия авторов Концепции на монополию любого рода в сфере деятельности по оказанию юридических услуг (помощи) противоречит действующему законодательству.

Вопрос о невозможности процессуальной судебной монополии настолько широко описан в научной литературе и отражен во множестве судебных актов, включая постановления Конституционного Суда РФ, что считаю излишним полемику на данную тему. Авторы и инициаторы Концепции, внося такое предложение, показали этим уровень своей профессиональной квалификации, несоизмеримый с заявленными претензиями.

### **К вопросу о найме адвоката адвокатом**

Члены гражданского общества — люди свободные. Они участвуют в публичной деятельности «не за деньги, но за совесть». Особенностью и ценностью гражданской активности представляется бескорыстие. Там, где возникает наем, возникает неравенство сторон и, как следствие, зависимость нанятого от нанимателя. Даже хорошо оплачиваемые работники не могут иметь собственного голоса в общественных делах, их позицию всегда определяет работодатель. Члены гражданского общества, получающие вознаграждение за свою публичную деятельность, расценивают его как компенсацию за потраченное время и силы, но не как цель. Целью гражданской активности является общественное благо.

Коль скоро адвокатура есть институт гражданского общества, то миссия адвокатуры — защита публичных интересов, но никак не благосостояние ее членов.

Адвокат-наемник несвободен в своем волеизъявлении, адвокат-наемник связан не интересами обратившегося за помощью, но в первую очередь интересами адвоката нанимателя. При таких обстоятельствах все разговоры об адвокатской тайне, доверительных отношениях адвоката и доверителя становятся блефом. Наем адвоката адвокатом есть противоестественный принцип самой сути адвокатской деятельности.

Подводя итог всему вышесказанному, можно сделать следующие выводы:

1. Концепция вторгается в сферы регулирования конституционного права, процессуального права (во всех видах судопроизводства), частного права, публичного права, постулируя учреждение адвокатской монополии как безусловный фактор, являющийся детонатором изменения всей правовой системы РФ.
2. Создание адвокатской монополии приведет к системной деградации адвокатуры, ее неограниченной и неконтролируемой коммерциализации и в результате к общему снижению качества оказываемой юридической помощи, представляющей значимый публичный интерес.

*Материал поступил в редакцию 10 августа 2016 г.*

#### **THE REFORM OF ADVOCACY IN THE LIGHT OF THE CONCEPT OF MARKET REGULATION OF THE PROFESSIONAL LEGAL ASSISTANCE DEVELOPED BY THE MINISTRY OF JUSTICE OF RUSSIA**

**YARTYH Igor Semyonovich** — Doctor of Law Professor at the Department of Advocacy and Notary, Kutafin Moscow State Law University (MSAL) First Vice-President of the Federal Union of Lawyers of Russia, Member of Council of Lawyer Chamber of the Moscow region  
yartykh.is@yandex.ru  
115193, Russia, Moscow, Yuzhnoportovaya Street, 16

**Review.** *In frames of the realization of the State program "Justice" the Ministry of Justice of Russia developed the concept of market regulation of professional legal assistance. The concept was supported by the Federal Chamber of Lawyers of Russia. The concept has been actively criticized by the widespread legal community: it received many negative reviews from stakeholders, resulting in the refusal of the Government to adopt it. The concept involved such ideas as: attorney monopoly on legal representation in all types of proceedings, legal monopoly on providing paid legal aid, commercialization of advocacy through the implementation of market mechanisms in the organization of the legal profession. This article is devoted to the scientific analysis of the provisions of this concept, as well as the State program "Justice".*

**Keywords:** *advocacy, legal services market, reform, attorney monopoly, legal aid, the State program "Justice"*

# КРИМИНАЛИСТИКА И КРИМИНОЛОГИЯ. СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

М. Б. Колотков\*

## Методологические основы исследования конфликтной модели «терроризм — государство» периода второй половины XIX — начала XX в.

**Аннотация.** В статье исследована конфликтная модель «терроризм — государство» периода второй половины XIX — начала XX в. с точки зрения применения к ней методов познания. Рассмотрен вопрос факультативности привлеченных извне методов по отношению к методологии юриспруденции. Представлен анализ применения системно-структурного метода, способствующего рассмотрению проблемы конфликтного соотношения терроризма и государства, а также исследованию феномена целостности террористической деятельности. Среди существующих методов принятия решения выделены метод дерева решений и метод минимакса, нашедшие применение в изучении обозначенной конфликтной модели и способствовавшие определению оптимального сочетания теоретических правовых разработок с практикой правоприменения в конкретном историческом периоде. Акцентируется внимание на недопущении возможности привнесения фактора случайности в формирование правовых норм, регулирующих общественные отношения, связанные с противодействием террористическим проявлениям. Отдельное внимание уделено использованию метода построения модели рефлексивной системы, используемой в теории рефлексивного управления.

**Ключевые слова:** методология, метод, конфликт, терроризм, государство, системно-структурный метод, методы принятия решений, метод дерева решений, метод минимакса, модель рефлексивной системы.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.170-178**

На протяжении длительного времени многие ученые считали проблемы методологии юридической науки наиболее актуальными среди прочих, поскольку именно правильный исходный выбор способов и средств познания обеспечивал достоверность и верность полученных в ходе исследования

результатов. Такие мнения существовали и на рубеже XIX—XX веков, существуют и в современный период. В частности, по мнению П. И. Новгородцева, российская юридическая наука в начале XX в. находилась в состоянии «некоторого кризиса в основных воззрениях на задачи и приемы юриспруденции»<sup>1</sup>. Но

<sup>1</sup> Новгородцев П. И. Из лекции по общей теории права. Часть методологическая. М. : Типография Вильде, 1904. С. 3.

© Колотков М. Б., 2016

\* Колотков Михаил Борисович, кандидат юридических наук, преподаватель в/ч № 44014  
mkolotkov@yandex.ru  
195248, Россия, г. Санкт-Петербург, пр. Энергетиков, 27

при этом было очевидно, что таких приемов должно быть несколько. И. А. Ильин вообще провозглашал методологический плюрализм, считая, что не существует одного универсального способа изучения права, который мог бы вытеснить все остальные, поскольку каждый из них важен и незаменим<sup>2</sup>.

В научной среде не существует однозначного понимания термина «методология». Различия во взглядах по этому поводу наблюдались на всем протяжении развития юридической науки, но наиболее сильно стали проявляться в конце XX — начале XXI в. Например, достаточно продолжительное время среди ученых существовало представление о том, что методология должна относиться исключительно к области науки. В последние десятилетия стали появляться новые научные разработки, определяющие методологию как учение об организации деятельности. Это новое практико-ориентированное направление, разрабатываемое А. М. Новиковым, Д. А. Новиковым и некоторыми другими учеными, позволило сформировать единую позицию по анализу и систематизации различных вариантов понимания понятия «методология»<sup>3</sup>. Вообще, по проблемам методологии можно выделить по меньшей мере два принципиально отличающихся друг от друга направления научной мысли. Первое заключается в обосновании необходимости разграничить метод и методологию, считая их хотя и взаимообусловленными, но разными составляющими научного знания<sup>4</sup>. Другой подход представляет собой взгляд на метод лишь как на один из компонентов методологии: дискуссия наблюдается преимущественно только о характере соотношения этих

двух понятий<sup>5</sup>. В контексте данных рассуждений представляется наиболее верным утверждение В. В. Лазарева, который считает, что «ошибаются те, кто сводит методологию или к самим методам, или к учениям о методах»<sup>6</sup>. Методология представляет собой учение как о методах деятельности, так и о ее структуре.

В целом современные ученые, по сравнению с предшественниками, менее критичны в высказываниях по вопросам состояния методологии юридической науки, признавая при этом необходимость ее дальнейшего совершенствования, особенно в вопросе выбора оптимального сочетания средств познания и возможности привлечения методов других наук<sup>7</sup>. Необходимо согласиться с мнением Д. Е. Петрова, что при выборе исследовательского подхода «следует исходить из того, что методологические проблемы юридической науки должны решаться ей самой и не могут быть решены за счет простого переноса исследовательских средств из философии, метатеории и так далее, однако привлечение этих средств, безусловно, будет способствовать развитию юриспруденции»<sup>8</sup>.

Попытка научного осмысления любой проблемы возможна исключительно за счет применения современной методологической базы — традиционализм в выборе подхода к ее разрешению, сложившийся в отечественной юридической науке за долгие десятилетия, а иногда и столетия, не позволяет устранить разрыв между научными выводами и их последующей интеграцией и адаптацией под реалии современной правовой действительности. Роль научного знания для современной юриспруденции настолько велика, что проводимые на текущий момент исследования впол-

<sup>2</sup> Ильин И. А. Понятия права и силы (опыт методологического анализа) // Собр. соч. : в 10 т. М. : Русская книга, 1994. Т. 4. С. 9.

<sup>3</sup> Новиков А. М., Новиков Д. А. Методология. М. : СИН-ТЕГ, 2007. 668 с.

<sup>4</sup> См.: Сырых В. М. Материалистическая теория права. Избранное. М. : Российская академия правосудия, 2011. 1260 с.

<sup>5</sup> См.: Современные методы исследования в правоведении / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. Саратов: СЮИ МВД России, 2007. 560 с.

<sup>6</sup> Лазарев В. В. Проблемы общей теории *jus* : учебник для магистрантов юридических вузов / В. В. Лазарев, С. В. Липень, А. Х. Саидов ; отв. ред. В. В. Лазарев. М. : Норма: Инфра-М, 2012. С. 48.

<sup>7</sup> Тарасов Н. Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) // Правоведение. 2001. № 1. С. 37—38.

<sup>8</sup> Петров Д. Е. Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права : дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2015. С. 34.



не оправданно преследуют цель выявления особенностей и закономерностей развития права для их последующего оперативного внедрения в юридическую практику. Специфика предмета настоящего исследования, сущность которого заключается в изучении национального законодательства второй половины XIX — начала XX в. в части, касающейся правового регулирования борьбы с антигосударственным терроризмом через рассмотрение соответствующей конфликтной модели, обуславливает необходимость задействования познавательных средств, методов и подходов других (неюридических) наук. При этом следует отметить, что привлеченные извне методы познания по отношению к методологии юриспруденции должны носить исключительно факультативный характер, дополняя имеющийся научный инструментарий при решении частных задач исследования. Главное — получение качественно нового системного знания о предмете исследования. К таковым средствам познания следует отнести системно-структурный метод, методы принятия решения, а также метод построения модели рефлексирующей системы, используемый в теории рефлексивного управления.

Системно-структурный метод, раскрывающий основы теории систем, позволяет исследовать феномен целостности террористической деятельности, определить закономерности объединения его структурных частей в единую систему, установить влияние идеологии, общественного мнения, теоретических концепций и программ на состояние системности терроризма как явления второй половины XIX в. Изучение свойств отдельных частей способствует установлению общих параметров исследуемого объекта. Теория систем является наглядным примером междисциплинарного направления современных научных знаний, которые оформ-

лялись в полноценную теорию на протяжении многих десятилетий. На текущий момент теория систем применяется при проведении исследований практически во всех областях научного знания. Основоположником этой теории являлся Людвиг фон Берталанфи<sup>9</sup>. В дальнейшем ее развивали многие отечественные и зарубежные ученые, к числу которых следует отнести И. В. Блауберга, Э. Г. Юдина, В. Н. Садовского, У. Р. Эшби и др.<sup>10</sup> Системно-структурный подход, дополнивший и развивший основополагающие принципы диалектики, также способствовал рассмотрению проблемы конфликтного соотношения терроризма и государства во второй половине XIX — начале XX в. с точки зрения борьбы противоположностей.

По справедливому замечанию В. А. Лефевра, исследование любой сложной проблемы возможно только при правильном выборе исходных системных представлений о ней<sup>11</sup>. Причем решение проблемы можно получить только при объединении таковых представлений о предмете исследования. Так, к одному из системных представлений можно отнести рассмотрение террористической деятельности в России во второй половине XIX в. формально-юридически, точнее исключительно с позиции писаного уголовного закона без учета социально-политической ситуации в государстве. Другой подход заключался в анализе механизмов целеполагания: исследовании идеологии терроризма, оценке и учете мотивационной составляющей террористической деятельности<sup>12</sup>. Третье системное представление можно назвать функциональным: оно является максимально практико-ориентированным. В его основе лежит принцип сопоставления сил и средств террористов с функционированием государственного аппарата, а также особенностями применения российского права во второй половине XIX в.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> См.: *Берталанфи Л.* Общая теория систем: обзор проблем и результатов // Системные исследования. Ежегодник. М. : Наука, 1969. С. 34—36.

<sup>10</sup> См.: *Блауберг И. В., Юдин Э. Г.* Становление и сущность системного подхода. М. : Наука, 1973. 271 с. ; *Садовский В. Н.* Основания общей теории систем: логико-методологический анализ. М. : Наука, 1974. 280 с. ; *Эшби У. Р.* Введение в кибернетику. М. : Иностранная литература, 1959. 432 с.

<sup>11</sup> *Лефевр В. А., Смолян Г. Л.* Алгебра конфликта. М. : Знание, 1968. С. 17.

<sup>12</sup> См.: *Колотков М. Б.* К вопросу о формировании террористической идеологии в Российской империи в 1860—1880 гг. // История государства и права. 2014. № 11. С. 3—6.

<sup>13</sup> См.: *Колотков М. Б.* К вопросу об охране общественного порядка в Российской империи в 1880 г. // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия : История и право. 2014. № 1. С. 19—24.

Рассмотрение конфликта «терроризм — государство» с учетом основополагающих принципов теории систем позволяет учесть все системные представления в совокупности и в конечном счете прийти к однозначному научно обоснованному решению по проблеме. Вообще основы теории систем позволяют рассматривать само государство как систему, исследуя его структуру, целостность, элементный состав и взаимосвязь между ними. Терроризм второй половины XIX — начала XX в., в свою очередь, тоже можно представить в виде самоорганизующейся системы, имеющей оригинальную структуру и элементы, а также уникальные связи между ними, позволяющие системе быть устойчивой к внешним воздействиям (в нашем случае со стороны государства).

Методы принятия решения, широко используемые в науке теории принятия решений, позволяют определить состояние механизма правового регулирования борьбы с террористическими проявлениями, чтобы в дальнейшем повысить качество этого регулирования. Теория принятия решения стала оформляться в самостоятельное научное направление в середине XX в., фактически выделившись из методологии теории систем<sup>14</sup>. Методы теории принятия решения вносят весомый вклад в исследование сложных и противоречивых правовых проблем при условии уместного их использования в сочетании с методами юриспруденции. Они способствуют получению дополнительной, нередко очень ценной, информации, упрощающей разрешение отдельных проблем исследования. Примечательно, что методы принятия решения оказывают свое полезное воздействие только при наличии проблемы, имеющей несколько вариантов разрешения в условиях существования ограничивающих факторов достижения поставленной цели. Вопросы правового регулирования борьбы с терроризмом наиболее полно подходят для применения таких методов.

Среди существующих методов принятия решения следует выделить метод дерева решений и метод минимакса, нашедшие при-

менение в изучении конфликтной модели «терроризм — государство». В частности, они способствовали исследованию процесса правотворчества, в характере реализации которого и концентрировались все присущие правовой системе второй половины XIX в. технологии принятия решения. Кроме того, методы принятия решения способствовали определению оптимального сочетания теоретических правовых разработок с практикой правореализации: на конкретном историческом периоде выявились однозначные проблемы правоприменения, обусловленные серьезными различиями в правосознании государственных должностных лиц и общества, в оценке уровня эффективности объекта, на который направлено правовое воздействие. Указанные методы способствовали получению единого обобщенного параметра полезности в условиях наличия нескольких неоднородных критериев, которые должны учитываться при осуществлении выбора. Наиболее ценны эти методы при исследовании процессов принятия решения о необходимости создания нормы права, регулирующей конкретный вид общественных отношений при борьбе с террором. В данном случае пренебрежение этими методами может привести к появлению элементов бессознательности и аффективности в праве и впоследствии к аффективному позитивному праву<sup>15</sup>. Например, метод дерева решений позволяет представить процесс целеполагания в качестве иерархичной структуры, состоящей из главной цели и совокупности подцелей различного уровня. Решение задач низшего уровня приводит к достижению соответствующей подцели и продвижению по дереву на следующий уровень иерархии. При этом метод дерева решений позволяет отказаться от необходимости решения трудной задачи, если есть иная, альтернативная ей задача, находящаяся на том же уровне иерархии и приводящая к аналогичным или более благоприятным последствиям. Подобный исследовательский подход позволяет найти оптимальное сочетание организационных и правовых форм борьбы с террором

<sup>14</sup> См.: Петровский А. Б. Теория принятия решений : учебник для студентов вузов. М. : Академия, 2009. 400 с.

<sup>15</sup> См.: Колотков М. Б. Аффективное правотворчество: от бессознательности к эффективности // История государства и права. 2016. № 5.

в России в обозначенный период. Кроме того, повышается надежность приобретаемых знаний о предмете исследования, что в результате приводит к увеличению качества достижения главной цели и снижению возможности принятия ошибочного решения, что особенно важно при организации борьбы с террором.

Метод минимакса, или метод гарантированного результата, находит свое эффективное применение при моделировании рефлексивной системы «терроризм — государство», где он просто незаменим, поскольку изначально заложен в идеологии принятия решений как таковой. В обозначенном нами конфликте и террористы, и государство прибегают к использованию данного принципа, поскольку первые не располагают достаточным уровнем ресурсной обеспеченности, а вторые не имеют всей полноты информации о действиях противника. Согласно теории рефлексивного управления, одним из наиболее распространенных и эффективных способов принятия решения в таких условиях является случайный выбор, осуществленный без рассуждений и анализа, которые может проимитировать противник. При этом сторона конфликта, использующая принцип гарантированного результата, постепенно вводит себя в состояние обреченности выбора: жребий становится единственным условием избежать имитации своей деятельности противником. Появляется состояние замкнутости объекта исключительно на один-единственный вариант принятия решения. При этом тотальная убежденность в возможности непрерывной имитации своей деятельности противником приводит к таким последствиям, когда изменяются настройки целеполагания и любая деятельность, не имеющая отношения к терроризму, осознается террористами преступной, поскольку, по их мнению, так считает государство. Подобный способ самосознания является последствием убежденности в своей абсолютной ответственности и обреченности перед государством, что приводит к появлению наиболее опасных и тяжелых форм террористической деятельности. Наглядным примером может являться существенное увеличение масштабов террористической деятельности в России к началу XX в.

Применение государством случайного выбора при принятии правовых решений с учетом принципа гарантированного результата неприемлемо. Нельзя допускать возможность привнесения фактора случайности в формирование правовых норм, регулирующих общественные отношения, связанные с противодействием террористическим проявлениям. В данном случае цель совершенно точно не оправдывает средства: стабильность правовой системы должна быть важнее решения текущих проблем, какую бы общественную опасность они не несли. Иначе отклонение от права становится нормированным. Вместе с тем правовое регулирование данной сферы должно осуществляться таким образом, чтобы в ходе технико-юридического оформления правовых актов сохранялась императивность содержащихся в них норм, а также обеспечивались непрерывность и универсальность их применения.

Метод построения модели рефлексивной системы подходит для рассмотрения конфликта «терроризм — государство» в качестве таковой системы, поскольку позволяет с высокой степенью эффективности исследовать социальные явления и человеческую деятельность, которые носят зачастую спонтанный и неопределенный характер. Этот метод учитывает случайные факторы поведения двух объектов, взаимодействие между которыми представлено в форме конфликта, а также определяет алгоритмы принятия решения ими. Для разрешения конфликта используется формальная модель этических систем, основанная на совокупности правил оперирования понятиями «добро» и «зло», которая разработана В. А. Лефевром<sup>16</sup>. В нашем случае государство рассматривает компромисс между добром и злом как зло (первая этическая система), в то время как террорист рассматривает компромисс между добром и злом как добро (вторая этическая система). Для устранения неточностей и унификации понятий необходимо пояснить, что в указанной схеме то, что для террориста является добром, для государства — зло. Существующие у террористов усмотрения по порядку осуществления своей деятельности в рамках рассматриваемой модели скрыты от государства, в наличии у которого имеются исключительно последствия, т.е.,

<sup>16</sup> См.: *Лефевр В. А. Алгебра совести* : пер. с англ. М. : Когито-Центр, 2003. 426 с.

говоря правовым языком, юридические факты. Оценка этих фактов, выражающаяся в верном определении мотивационной составляющей и целей террористов, как правило, носит интроспективный характер, что не позволяет определить модель поведения террористов и противостоять ей путем выстраивания эффективного механизма правового регулирования. Кроме того, практически во всех работах, посвященных изучению правовых основ борьбы с терроризмом, участники конфликта соотносятся как объект и исследователь, первым из которых является терроризм, а последним — государство. Необходимо согласиться с мнением В. А. Лефевра, что такой исследовательский подход не совсем оправдан и эффективен, поскольку объект тогда является объектом, когда он не наделен способностью мыслить и не может оценить действия противника<sup>17</sup>. В нашем случае обе стороны подвержены осмыслению действий, т.е. соотносятся между собой как исследователь и исследуемый, каждый из которых является объектом по отношению к другому. В итоге именно модель рефлексивной системы «терроризм—государство» позволяет с высокой степенью эффективности анализировать подобного рода конфликты.

Полученные В. А. Лефевром обобщенные выводы в рамках рассматриваемой универсальной модели парадоксальны, но бесспорно им доказаны. Применительно к данному исследованию государство, негативно оценивая любые компромиссные действия по отношению к террористам, в конечном счете стремится именно к компромиссу даже в жестких конфликтных условиях. Террорист, напротив, положительно характеризуя возможность установления компромисса с государством, стремится к эскалации конфликта. Формирование антитеррористического законодательства в России в ответ на террористические проявления наглядно свидетельствует об этом<sup>18</sup>. Кроме того, немаловажен вывод В. А. Лефевра о появлении у сторон чувства вины, которое всегда появляется в первой этической системе и не исчезает впоследствии, в то время как во второй этической

системе это чувство наблюдается нечасто (в зависимости от наличия сомнений у субъекта), и при его появлении оно стремится к постепенному снижению, стремясь к полному исчезновению<sup>19</sup>. Следует отметить, что наличие у террориста сомнений в осуществлении своих действий вызывает чувство вины не более чем в половине случаев. Если же террорист не сомневается в своих действиях, чувство вины вообще не возникает. Со временем у террористов в условиях положительной практики и в связи с отсутствием сомнений в корректности своих действий исчезает возможность появления чувства вины, что способствует укреплению террористической идеологии. Государство, напротив, приобретает ощущение виновности в своих жестких и бескомпромиссных действиях: актуализируются проблемы возможного нарушения незыблемых принципов права, что приводит к постепенному появлению сомнений в правильности избранной стратегии поведения с противником.

Таким образом, использование модели рефлексивной системы в рамках конфликта «терроризм — государство» свидетельствует о том, что наиболее правильной стратегией его разрешения будет выбор такого варианта поведения, который привел бы к минимизации сроков существования террористической угрозы. Чем скорее государство приступит к решению конфликта и в конечном счете решит его, тем выше вероятность успеха. Главное, чтобы эти усмотрения действительно учитывались при правовом регулировании борьбы с терроризмом. Вообще, прагматизм выбора верного и наиболее эффективного правового решения в конфликте заключается в установлении связи «цель — средства — результат», где основной проблемой является правильный выбор средств, направленных на достижение поставленной цели. Применение модели рефлексивной системы как одного из средств правового регулирования борьбы с террористическими проявлениями позволяет объективировать последствия за счет учета внеправовых механизмов поведения.

<sup>17</sup> Лефевр В. А. Конфликтующие структуры. М. : Советское радио, 1973. С. 8—12.

<sup>18</sup> См.: Борьба с терроризмом в России (вторая половина XIX — начало XX в.) : сборник документов и материалов. М. : Типография в/ч № 33965, 2000. Ч. 1. 328 с.

<sup>19</sup> Лефевр В. А. Алгебра совести : пер. с англ. М. : Когито-Центр, 2003. С. 41.

В целом анализ результатов познания, полученных в ходе применения обозначенных методов, позволяет установить, что для получения качественно нового знания о конфликтной модели «терроризм — государство» периода второй половины XIX — начала XX в. необходимо упорядоченное сочетание всех трех обозначенных выше способов, образующих уникальный по своей форме и содержанию устойчивый методологический концепт: системно-структурный метод — методы принятия решений — модель рефлексирующей системы. В его основе лежит теория систем, устанавливающая основополагающие базисы

развития государства и терроризма соответственно, а также возможное наличие устойчивой обратной связи между ними. Методы принятия решения определяют необходимость учета различных категорий взаимодействия элементов системы (качество связей, уровень внешнего воздействия, параметры рациональности и управления), позволяющих в результате получить знание о соотношении сущего и должного, иными словами, об эффективности. Модель рефлексирующей системы играет роль внешней оболочки, обладающей связями взаимного влияния между двумя системами: государством и терроризмом.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Берталанфи Л.* Общая теория систем — обзор проблем и результатов // Системные исследования. Ежегодник. — М. : Наука, 1969. — С. 30—54.
2. *Блауберг И. В., Юдин Э. Г.* Становление и сущность системного подхода. — М. : Наука, 1973. — 271 с.
3. Борьба с терроризмом в России (вторая половина XIX — начало XX в.) : сборник документов и материалов. — М. : Типография в/ч № 33965, 2000. — Ч. 1. — 328 с.
4. *Ильин И. А.* Понятия права и силы (опыт методологического анализа) // Собр. соч. : в 10 т. — М. : Русская книга, 1994. — Т. 4. — С. 7—44.
5. *Колотков М. Б.* К вопросу об охране общественного порядка в Российской империи в 1880 г. // Известия Юго-Западного государственного университета. — Серия : История и право. — 2014. — № 1. — С. 19—24.
6. *Колотков М. Б.* К вопросу о формировании террористической идеологии в Российской империи в 1860—1880 гг. // История государства и права. — 2014. — № 11. — С. 3—6.
7. *Колотков М. Б.* Аффективное правотворчество: от бессознательности к эффективности // История государства и права. — 2016. — № 5.
8. *Лазарев В. В.* Проблемы общей теории *jus* : учебник для магистрантов юридических вузов / В. В. Лазарев, С. В. Липень, А. Х. Саидов ; отв. ред. В. В. Лазарев. — М. : Норма: Инфра-М, 2012. — 656 с.
9. *Лефевр В. А.* Алгебра совести : пер. с англ. — М. : Когито-Центр, 2003. — 426 с.
10. *Лефевр В. А.* Конфликтующие структуры. — Изд. 2, перераб. и доп. — М. : Советское радио, 1973. — 158 с.
11. *Лефевр В. А., Смолян Г. Л.* Алгебра конфликта. — М. : Знание, 1968. — 65 с.
12. *Новгородцев П. И.* Из лекций по общей теории права. Часть методологическая. — М. : Типография Вильде, 1904. — 108 с.
13. *Новиков А. М., Новиков Д. А.* Методология. — М. : СИН-ТЕГ, 2007. — 668 с.
14. *Петров Д. Е.* Дифференциация и интеграция структурных образований системы российского права : дис. ... д-ра юрид. наук, Саратов, 2015. — 505 с.
15. *Петровский А. Б.* Теория принятия решений : учебник для студ. высш. учеб. заведений. — М. : Академия, 2009. — 400 с.
16. *Садовский В. Н.* Основания общей теории систем: логико-методологический анализ. — М. : Наука, 1974. — 280 с.
17. Современные методы исследования в правоведении / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — Саратов : СЮИ МВД России, 2007. — 560 с.
18. *Сырых В. М.* Материалистическая теория права. Избранное. — М. : Российская академия правосудия, 2011. — 1260 с.



19. Тарасов Н. Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) // Правоведение. — 2001. — № 1. — С. 31—50.
20. Эшби У. Р. Введение в кибернетику. — М. : Иностранная литература, 1959. — 432 с.

Материал поступил в редакцию 1 марта 2016 г.

#### METHODOLOGICAL BASES OF THE STUDY OF THE CONFLICT MODEL "TERRORISM-STATE" IN THE SECOND PART OF THE XIX CENTURY - THE BEGINNING OF THE XX CENTURY

**KOLOTKOV Michail Borisovich** — PhD in Law Lecturer at the Military Unit № 44014

mkolotkov@yandex.ru

195248, Russia, Saint-Petersburg, Energetikov Av., 27

**Review.** *The article explores the conflict model "terrorism-State" during the second half of the XIX-beginning of the XX centuries in terms of applying methods of cognition. The article also considers the matter of optionality of external methods attracted towards the methodology of jurisprudence. The author provides the analysis of application of system structural method facilitating the consideration of the problem of conflict ratio of terrorism and the State, as well as the exploration of the phenomenon of integrity of terrorist activities. Among the existing methods of the decision making, the author highlights a tree method and the minimax method, which are used in studies of the designated conflict model and contributed to identifying the optimal combination of theoretical legal developments with enforcement practices in a specific historical period. The attention is focused on preventing the possibility of introducing a factor of randomness in creation of legal norms regulating social relations connected with countering terrorist manifestations. Special attention is given to building of the model of reflection system used in the theory of reflexive control.*

**Keywords:** *methodology, method, conflict, terrorism, state, system structural method, decision-making methods, tree method, minimax method, model of reflection system.*

#### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Bertalanfi L. Obshhaya teoriya sistem — obzor problem i rezul'tatov // Sistemnye issledovaniya. Ezhegodnik. — М. : Nauka, 1969. — С. 30—54.
2. Blauberg I. V., Yudin E. G. Stanovlenie i sushhnost' sistemnogo podkhoda. — М. : Nauka, 1973. — 271 с.
3. Bor'ba s terrorizmom v Rossii (vtoraya polovina XIX — nachalo XX v.) : sbornik dokumentov i materialov. — М. : Tipografiya v/ch № 33965, 2000. — Ch. 1. — 328 s.
4. Il'in I. A. Ponyatiya prava i sily: (opyt metodologicheskogo analiza) // Sobr. soch. : v 10 t. — М. : Russkaya kniga, 1994. — T. 4. — S. 7—44.
5. Kolotkov M. B. K voprosu ob okhrane obshhestvennogo por'yadka v Rossiyskoy imperii v 1880 g. // Izvestiya Yugo-Zapadnogo gosudarstvennogo universiteta. — Seriya : Istoriya i pravo. — 2014. — № 1. — S. 19—24.
6. Kolotkov M. B. K voprosu o formirovanii terroristicheskoy ideologii v Rossiyskoy imperii v 1860—1880 gg. // Istoriya gosudarstva i prava. — 2014. — № 11. — S. 3—6.
7. Kolotkov M. B. Affektivnoe pravotvorchestvo: ot bessoznatel'nosti k effektivnosti. // Istoriya gosudarstva i prava. — 2016. — № 5.
8. Lazarev V. V. Problemy obshhey teorii jus : uchebnik dlya magistrantov yuridicheskikh vuzov / V. V. Lazarev, S. V. Lipen', A. Kh. Saidov ; otv. red. V. V. Lazarev. — М. : Norma: Infra-M, 2012. — 656 s.
9. Lefevr V. A. Algebra sovesti : per. s angl. — М. : Kogito-TSentr, 2003. — 426 p.
10. Lefevr V. A. Konfliktuyushhie struktury. — Izd. 2, pererab. i dop. — М. : Sovetskoe radio, 1973. — 158 s.
11. Lefevr V. A., Smolyan G. L. Algebra konflikta. — М. : Znanie, 1968. — 65 с.
12. Novgorodtsev P. I. Iz lektsiy po obshhey teorii prava. Chast' metodologicheskaya. — М. : Tipografiya Vil'de, 1904. — 108 s.
13. Novikov A. M., Novikov D. A. Metodologiya. — М. : SIN-TEG, 2007. — 668 s.

14. *Petrov D. E.* Differentsiatsiya i integratsiya strukturnykh obrazovaniy sistemy rossiyskogo prava : dis. ... d-ra yurid. nauk, Saratov, 2015. — 505 s.
15. *Petrovskiy A. B.* Teoriya prinyatiya resheniy : uchebnik dlya stud. vyssh. ucheb. zavedeniy. — M. : Akademiya, 2009. — 400 s.
16. *Sadovskiy V. N.* Osnovaniya obshhey teorii sistem: logiko-metodologicheskiy analiz. — M. : Nauka, 1974. — 280 s.
17. *Sovremennye metody issledovaniya v pravovedenii / pod red. N. I. Matuzova i A. V. Mal'ko.* — Saratov : SYul MVD Rossii, 2007. — 560 s.
18. *Syrykh V. M.* Materialisticheskaya teoriya prava. Izbrannoe. — M. : Rossiyskaya akademiya pravosudiya, 2011. — 1260 s.
19. *Tarasov N. N.* Metod i metodologicheskiy podkhod v pravovedenii (popytka problemnogo analiza) // *Pravovedenie.* — 2001. — № 1. — S. 31—50.
20. *Eshbi U. R.* Vvedenie v kibernetiku. — M. : Inostrannaya literatura, 1959. — 432 s.

## Содержание и структура криминалистического учения о средствах сотовой связи

**Аннотация.** В статье приводятся сведения об изучаемом объекте и научных работах, посвященных криминалистическим проблемам и вопросам, касающихся средств сотовой связи. Исследуются содержание частных криминалистических учений, их место в теории криминалистики. Рассмотрены понятия индивидуальных частных криминалистических учений. Представлено авторское определение криминалистического учения о средствах сотовой связи. Исследован объект и предмет частного криминалистического учения, как часть общей теории криминалистики. Проанализировано содержание криминалистических учений — о транспортных средствах, о навыках и привычках человека, об организации расследования преступлений, о специальных знаниях сведущих лиц, об использовании компьютерной информации и средств ее обработки. Предложено понятие объекта и предмета криминалистического учения о средствах сотовой связи. На основании анализа систем частных криминалистических учений, разработана система криминалистического учения о средствах сотовой связи, состоящая из общей и особенной частей, каждая из которых содержит определенные составные элементы.

**Ключевые слова:** сотовая связь, криминалистическая теория, предмет учения, преступное посягательство, криминалистически значимая информация, телефон, абонентские устройства, расследование преступлений, объект криминалистического исследования, виды средств сотовой связи, криминалистические элементы.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.179-185**

Сотовая связь как техническое явление возникло относительно недавно. Первая система начала свою работу в районе Чикаго (США) в 1981 г.<sup>1</sup> В России данный вид связи начал использоваться позже, в 1992 г. Услуги первых российских операторов стоили пользователям до тысячи долларов США в месяц<sup>2</sup>.

За короткий период существования сотовая связь получила быстрое и качественное развитие, стала доступной практически каждому

гражданину. Одновременно современные абонентские устройства обеспечивают не только голосовую передачу данных, но и обладают широкими техническими возможностями, равными персональному компьютеру — доступ в сеть Интернет, использование различных мультимедийных приложений. Кроме того, посредством сотовых устройств осуществляется управление банковским счетом, электронным кошельком<sup>3</sup>, государственными услугами и др. Практически

---

<sup>1</sup> См.: Никитин Г. И. Применение функций Уолша в сотовых системах связи с кодовым разделением каналов. СПб., 2003. С. 6.

<sup>2</sup> См.: Пестриков В. М. Новейшая азбука сотового телефона СПб., 2005. С. 7.

<sup>3</sup> Электронный кошелек — программа, позволяющая вести электронный счет, пополнять его денежными средствами, производить операции, осуществлять платежи. Обычно защищается пользовательским паролем.

---

© Максимович А. Б., 2016

\* Максимович Анна Борисовна, ведущий специалист — эксперт УФССП по г. Москве  
maxiann@inbox.ru  
109387, Россия, г. Москва, ул. Люблинская, д. 52, стр. 1, кв. 58

каждый сотовый телефон оснащен средствами аудио- и фотовидеофиксации.

С появлением сотовой связи возникли новые виды преступлений, связанные с хищением абонентских устройств и неправомерным доступом к компьютерной информации. Одновременно средства сотовой связи используются как источник криминалистически значимой информации (сведения о соединениях между абонентами, определение местонахождения абонента, анкетные данные пользователя и др.).

Данным вопросам посвящены публикации В. Б. Батоева, Е. Варпаховской, А. Г. Гамзикова, Р. С. Ковальчука, В. А. Козикина, И. В. Крайнова, С. Ю. Ударцева, О. В. Чельшева, Р. В. Черкасова, А. М. Шахбазова, Б. Б. Шойжилцыренова и др. Подготовлена объемная теоретическая база методических рекомендаций и тактических приемов. Однако в целях оптимизации научных положений и их эффективного практического применения необходима разработка единого комплексного криминалистического учения (теории) о средствах сотовой связи.

«Частные криминалистические учения представляют собой научные положения, отражающие результаты познания объективных закономерностей действительности, составляющих предмет криминалистики, и служащие научной базой для разработки криминалистических средств, приемов, методик и рекомендаций в целях их использования в практике борьбы с преступностью»<sup>4</sup>.

Р. С. Белкин справедливо утверждал, что частные криминалистические теории (учения) связаны между собой множеством связей, отношений, взаимопереходов. Этот признак системы — внутренние связи ее элементов — легко обнаружить при рассмотрении любых частных криминалистических теорий<sup>5</sup>. Кроме того, частные криминалистические теории

в своей совокупности представляют теоретическую основу разработки и применения средств и методов расследования и предотвращения преступлений. Как таковые, они могут относиться к одному, двум или трем разделам криминалистики (речь идет о технике, тактике и методике). Сфера применения теории определяется ее содержанием, уровнем и местом в системе частных криминалистических теорий<sup>6</sup>.

Н. А. Селиванов выделяет криминалистические теории, касающиеся общих для всей науки проблем, и частные, относящиеся к отдельным ее частям<sup>7</sup>. Примерами частных криминалистических теорий являются учения об идентификации, о слеодообразовании, об облике человека, о следственных версиях, о навыках и привычках человека и др.

«Криминалистическое учение о навыках и привычках человека — это система научных положений о закономерностях формирования и проявления навыков и привычек в механизме преступления, обусловленных ими признаков деятельности участников преступного события, закономерностях собирания, исследования, оценки и использования криминалистически значимой информации о данных свойствах человека и основанных на познании этих закономерностей практических рекомендаций, специальных методов и средств раскрытия, расследования и предотвращения преступлений»<sup>8</sup>.

И. П. Можяевой криминалистическое учение об организации расследования преступлений представлено как «область научного криминалистического знания, объединяющая теоретические положения и основанные на их познании закономерности процесса формирования, внедрения и использования организационно-технических, организационно-тактических и организационно-методических и иных приемов, методов и средств, а также научно-обо-

<sup>4</sup> См.: Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Криминалистика : учебник для вузов / под ред. проф. Р. С. Белкина. М., 2000. С. 42.

<sup>5</sup> Белкин Р. С. Курс криминалистики : в 3 т. М. : Юристъ, 1997. Т. 2 : Частные криминалистические теории и тенденции ее развития. С. 4.

<sup>6</sup> Белкин Р. С. Курс криминалистики : в 3 т. М., 1997. Т. 2 : Частные криминалистические теории. С. 6.

<sup>7</sup> См.: Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. М., 1987. С. 12.

<sup>8</sup> Чулахов В. Н. Криминалистическое учение о навыках и привычках человека : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 19.

снованные рекомендации, обеспечивающие оптимальную эффективную деятельность по раскрытию и расследованию преступлений»<sup>9</sup>.

В. Д. Корма в монографии «Транспортные средства как объект криминалистического исследования» частное криминалистическое учение о транспортных средствах представляет в виде типовой информационной системы, содержащей знания о криминалистически значимом своеобразии различных видов транспортных средств как слеодообразующих и следовоспринимающих объектов, связанных с ними следах, а также методах, методиках, технологиях обнаружения, фиксации, изъятия, предварительного и судебно-экспертного исследования упомянутых носителей уголовно релевантной информации в целях выявления и расследования преступлений<sup>10</sup>.

Анализируя вышеизложенное, можно предположить, что криминалистическое учение о средствах сотовой связи представляет собой элемент общей криминалистической теории, включающий в себя комплексные научные положения о средствах сотовой связи и их видах, порядок защиты от преступного посягательства, механизме слеодообразования, особенности фиксации доказательств, полученных посредством сотовой связи, теоретических основах расследования отдельных видов преступных действий, разработанные в целях раскрытия и расследования преступлений.

Частное и общее криминалистическое учение (теория), как и любая научная теория, имеют свой объект и предмет исследования. Объект и предмет исследования криминалистического учения (теории) неотделим от объекта и предмета исследования криминалистики, где выделяется два объекта или двуединый объект познания, это — «преступную деятельность и криминалистическую деятельность по ее расследованию и предупреждению»<sup>11</sup>. Предмет науки исходя из определения криминалистики, предлагаемого Р. С. Белкиным, состоит из двух

частей. Первая часть включает три группы закономерностей — механизма преступления, возникновения информации о преступлении и его участниках, собирания, исследования, оценки и использования доказательств. Ко второй группе закономерностей предмета криминалистики относятся специальные средства и методы судебного исследования доказательств и предотвращения преступлений, разрабатываемые в криминалистике<sup>12</sup>.

Авторами научных работ предлагаются индивидуальные понятия и содержание объекта и предмета каждого определенного криминалистического учения.

Так, объект криминалистического учения об организации расследования преступлений — это приемы, методы и средства криминалистического обеспечения организации деятельности в сфере уголовного судопроизводства, обусловленные общественными отношениями, и определенные явления, процессы, реалии объективной действительности, отражающие теоретические положения организации деятельности и их практическую реализацию в сфере уголовного судопроизводства. Предмет данного учения — совокупность закономерностей организации деятельности в сфере уголовного судопроизводства, связанных с применением организационно-технических, организационно-тактических и организационно-методических приемов, методов, средств и рекомендаций при раскрытии и расследовании преступлений<sup>13</sup>.

Объектом криминалистического учения о специальных знаниях сведущих лиц является использование указанных знаний, осуществляемое уполномоченными законом должностными лицами в процессе работы по раскрытию и расследованию преступлений, отправлению правосудия по уголовным делам. Предметом указанного учения являются основания, порядок и направления использования уполномоченными законом должностными лицами специальных знаний сведущих лиц для соби-

<sup>9</sup> *Мажаева И. П.* Криминалистическое учение об организации расследования преступлений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 15—16.

<sup>10</sup> *Корма В. Д.* Транспортные средства как объект криминалистического исследования. М., 2006. С. 29.

<sup>11</sup> Криминалистика : учебник / Н. П. Яблоков [и др.]. М., 2005. С. 23.

<sup>12</sup> См.: Криминалистика : учебник / Н. П. Филиппов [и др.]. М., 2005. С. 4.

<sup>13</sup> *Мажаева И. П.* Криминалистическое учение об организации расследования преступлений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 15—16.



рания, исследования и оценки доказательств в интересах предупреждения, выявления, раскрытия и расследования преступлений, отправления правосудия по уголовным делам<sup>14</sup>.

В. Б. Веховым объект криминалистического компьютероведения представлен как общественные отношения, возникающие в ходе выявления, раскрытия, расследования и предупреждения преступлений при исследовании и использовании компьютерной информации и средств ее обработки. А предмет — это общие объективные закономерности исследования и использования компьютерной информации и средств ее обработки для создания криминалистических средств, приемов, методик и рекомендаций, предназначенных для оптимизации выявления, раскрытия, расследования и предупреждения преступлений<sup>15</sup>.

С учетом изложенного объект криминалистического учения о средствах сотовой связи можно представить как систему общественных отношений в сфере защиты средств сотовой связи от преступного посягательства и в сфере, регулирующей порядок изъятия и фиксации доказательств, полученных посредством сотовых сетей, а также деятельность правоохранительных органов, направленную на выявление и расследование преступлений посредством сотовых сетей.

Предметом криминалистического учения о средствах сотовой связи являются сами средства сотовой связи, их виды, а также механизм и особенности слепообразования и конкретные организационно-методические рекомендации по расследованию отдельных видов преступлений с помощью средств сотовой связи.

Ученые, изучая частные криминалистические учения (теории), рассматривали понятия данной категории и предлагали разнообразные представления об объекте и предмете исследования. Соответственно для каждого криминалистического учения разрабатывались индивидуальные системы и структуры.

Данные системы, как правило, представляют взаимосвязанную структуру из двух частей — общей и частной.

В. Б. Вехов к общей части учения о криминалистическом компьютероведении отнес предпосылки возникновения учения, данные о предмете, об объекте, о системе, задачах, методах и месте в системе криминалистики. Вторая, особенная часть, по мнению В. Б. Вехова, содержит разделы о криминалистическом исследовании компьютерной информации, о компьютерных устройствах, использовании компьютерной информации и средств ее обработки<sup>16</sup>.

И. П. Можяевой предложена аналогичная двухэлементная структура частного криминалистического учения об организации расследования преступлений. Первая часть, помимо элементов, предложенных В. Б. Веховым, содержит принципы криминалистического учения и научную организацию деятельности следователя. Вторая часть объединяет положения, относящиеся к конкретным условиям, средствам, приемам и методам организационной деятельности, а также рекомендации по использованию организационно-технических, организационно-тактических, организационно-методических и иных приемов, методов и средств, обеспечивающих эффективное и оптимальное расследование преступлений. Включает в себя: информационные основы расследования; криминалистическое прогнозирование; криминалистические решения; планирование расследования; криминалистические операции, криминалистические комбинации; взаимодействие следователя с субъектами раскрытия и расследования преступлений и др.<sup>17</sup>

Общая часть криминалистической теории о навыках и привычках человека, предложенная В. Н. Чулоховым, состоит из научного базиса теории и вопросов, имеющих значение для всех видов и форм проявления навыков. «В особенной части излагаются вопросы применения общетеоретических положений учения для

<sup>14</sup> *Исаева Л. М.* Криминалистическое учение о специальных знаниях сведущих лиц : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2009. С. 11—12.

<sup>15</sup> *Вехов В. Б.* Основы криминалистического учения об исследовании и использовании компьютерной информации и средств ее обработки. Волгоград, 2008. С. 35.

<sup>16</sup> См.: *Вехов В. Б.* Указ. соч. С. 37—38.

<sup>17</sup> См.: *Можяева И. П.* Криминалистическое учение об организации расследования преступлений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 16.

решения конкретных задач в практической деятельности по раскрытию, расследованию и предупреждению преступлений. В качестве разделов особенной части учения выступают разработки отдельных криминалистически значимых видов навыков и привычек, а также относительно самостоятельные направления использования данных о них, например в тактике следствия и методике расследования отдельных видов преступлений»<sup>18</sup>.

В. Д. Корма в общую часть криминалистического учения о транспортных средствах включает знания, одинаково важные для всех случаев криминалистического транспортноведения, а в особенную часть — знания, отражающие специфику отдельных видов рассматриваемых объектов, их поиска, исследования и использования в ходе решения правовых, технико-криминалистических, тактических и других задач<sup>19</sup>. Одновременно автор рассматривает транспортные средства в качестве орудия преступления, места совершения преступления, предмета преступного посягательства, средства перемещения, предмета заранее обещанного и необещанного укрывательства, носителя следов и следообразующего объекта.

Система частного криминалистического учения индивидуальна и напрямую зависит от специфических особенностей объекта и предмета криминалистического учения. Однако с учетом изложенного можно предположить, что структура большинства частных криминалистических учений (теорий) состоит из двух частей — общей и частной, но их содержание определяется областью изучения.

Криминалистическое учение о средствах сотовой связи представляет собой элемент общей криминалистической теории, включающий в себя комплексные научные положения о средствах сотовой связи и их видах, порядке

защиты от преступного посягательства, механизме слеодообразования, об особенностях фиксации доказательств, полученных посредством сотовой связи, о теоретических основах расследования отдельных видов преступных действий, разработанные в целях раскрытия и расследования преступлений.

Соответственно, данное криминалистическое учение также имеет двухэлементную структуру, состоящую из общей и особенной части. К первой части относятся:

- 1) предпосылки возникновения криминалистического учения о средствах сотовой связи;
- 2) понятие, система и задачи частного криминалистического учения и его место в структуре общих криминалистических теорий;
- 3) представление об объекте и предмете криминалистического учения о средствах сотовой связи.

Во второй, особенной части криминалистического учения о средствах сотовой связи содержатся комплексные теоретические положения:

- 1) о средствах сотовой связи;
- 2) о криминалистических видах средств сотовой связи;
- 3) об использовании средств сотовой связи в расследовании преступлений.

На основании изложенного можно утверждать, что криминалистическое учение о средствах сотовой связи — это частная криминалистическая теория, являющаяся частью общей криминалистической теории, она выделяется индивидуальным объектом и предметом исследования, а также имеет свою структуру.

Задачей криминалистического учения о средствах сотовой связи, как и криминалистики в целом, является применение ее теоретических положений в практике раскрытия, расследования и предупреждения преступлений.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Криминалистика : учебник для вузов / под ред. проф. Р. С. Белкина. — М., 2000. — 990 с.
2. Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. — М., 1987. — 272 с.

<sup>18</sup> См.: Чулахов В. Н. Указ. соч. С. 13.

<sup>19</sup> Корма В. Д. Транспортные средства как объект криминалистического исследования. М., 2006. С. 30, 36.

3. Белкин Р. С. Курс криминалистики : в 3 т. — М. : Юристъ, 1997. — Т. 2 : Частные криминалистические теории и тенденции ее развития. — 464 с.
4. Вехов В. Б. Основы криминалистического учения об исследовании и использовании компьютерной информации и средств ее обработки. — Волгоград, 2008. — 406 с.
5. Исаева Л. М. Криминалистическое учение о специальных знаниях сведущих лиц : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — СПб., 2009. — 61 с.
6. Корма В. Д. Транспортные средства как объект криминалистического исследования. — М., 2006. — 152 с.
7. Криминалистика : учебник / Н. П. Яблоков [и др.]. — М., 2005. — 781 с.
8. Криминалистика : учебник / Н. П. Филиппов [и др.]. — М., 2005. — 750 с.
9. Никитин Г. И. Применение функций Уолша в сотовых системах связи с кодовым разделением каналов. — СПб., 2003. — 86 с.
10. Пестриков В. М. Новейшая азбука сотового телефона. — СПб., 2005. — 368 с.
11. Можяева И. П. Криминалистическое учение об организации расследования преступлений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2014. — 55 с.
12. Чулахов В. Н. Криминалистическое учение о навыках и привычках человека : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — 39 с.

Материал поступил в редакцию 14 февраля 2016 г.

## THE CONTENT AND STRUCTURE OF THE FORENSIC DOCTRINE ON CELLULAR COMMUNICATION TOOLS

**MAKSIMOVICH Anna Borisovna** — Leading Specialist and Expert at the Federal Bailiff Service (UFSSP) in Moscow  
 maxiann@inbox.ru  
 Moscow, Lyublinskaya Street, 52, build. 1, apt. 58.

**Review.** *This article contains information about the target object and scientific works devoted to forensic problems and issues relating to cellular communication. It explores the content of the private forensic doctrines, their place in the theory of Criminology. The concepts of individual private forensics doctrines are considered. The author provides her own definition of a forensics doctrine on cellular communication tools. The author studies the object and subject of private forensics doctrine as a part of general forensics doctrine. The article provides an analysis of the content of forensic doctrines on vehicles, skills and human habits, on investigation of a crime, knowledgeable persons, on the use of computerized information and processing tools. The author proposes the definition of the object and subject of forensic doctrine on cellular communication tools. Based on the analysis of systems of private forensic doctrine, the author developed a system of forensic doctrine on cellular communication tools, consisting of common and special parts, each of which contains certain elements.*

**Keywords:** *cellular communication, forensic theory, subject of the doctrine, criminal assault, forensically important information, phone, consumer devices, investigation of a crime, forensic research, object of a forensic study, types of cellular communications, forensic items.*

## REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Aver'yanova T. V., Belkin R. S., Korukhov Yu. G., Rossinskaya E. R. Kriminalistika : учебник dlya vuzov / pod red. prof. R. S. Belkina. — М., 2000. — 990 с.
2. Belkin R. S. Kriminalistika: problemy, tendentsii, perspektivy. — М., 1987. — 272 с.
3. Belkin R. S. Kurs kriminalistiki : v 3 t. — М. : Yurist", 1997. — Т. 2 : CHastnye kriminalisticheskie teorii i tendentsii ee razvitiya. — 464 с.
4. Vekhov V. B. Osnovy kriminalisticheskogo ucheniya ob issledovanii i ispol'zovanii komp'yuternoy informatsii i sredstv ee obrabotki. — Volgograd, 2008. — 406 с.

5. *Isaeva L. M.* Kriminalisticheskoe uchenie o spetsial'nykh znaniyakh sveduyushhikh lits : avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk. — SPb., 2009. — 61 s.
6. *Korma V. D.* Transportnye sredstva kak ob"ekt kriminalisticheskogo issledovaniya. — M., 2006. — 152 s.
7. *Kriminalistika : uchebnik / N. P. Yablokov [i dr.].* — M., 2005. — 781 s.
8. *Kriminalistika : uchebnik / N. P. Filippov [i dr.].* — M., 2005. — 750 s.
9. *Nikitin G. I.* Primenenie funktsiy Uolsha v sotovykh sistemakh svyazi s kodovym razdeleniem kanalov. — SPb., 2003. — 86 s.
10. *Pestrikov V. M.* Noveyshaya azbuka sotovogo telefona. — SPb., 2005. — 368 s.
11. *Mozhaeva I. P.* Kriminalisticheskoe uchenie ob organizatsii rassledovaniya prestupleniy : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2014. — 55 s.
12. *Chulakhov V. N.* Kriminalisticheskoe uchenie o navykakh i privychkakh cheloveka : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2004. — 39 s.

## Международно-правовые основы сотрудничества государств в борьбе с торговлей женщинами и детьми

**Аннотация.** В статье дается характеристика торговле женщинами и детьми с двух позиций — эксплуатации их труда как формы рабства и эксплуатации проституции указанных категорий населения третьими лицами. Анализируются международно-правовые документы, направленные на борьбу с торговлей женщинами и детьми с целью их сексуальной эксплуатации (в частности, Международная конвенция о пресечении торга женщинами 1910 г., Женевская конвенция о запрещении торговли женщинами и детьми 1921 г., Конвенция о борьбе с торговлей людьми и эксплуатацией проституции третьими лицами 1949 г., Факультативный протокол к Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г., касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности 2000 г.). Дается понятие «детская проституция», рассматриваются причины торговли женщинами и детьми с целью их сексуальной эксплуатации как преступления международного характера, относящегося к категории преступлений, посягающих на личные права человека.

**Ключевые слова:** торговля женщинами, торговля детьми, эксплуатация проституции третьими лицами, детская порнография, транснациональная организованная преступность, права ребенка.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.186-195**

Торговлю женщинами и детьми как преступление международного характера можно рассматривать с двух позиций. С одной стороны — это продажа женщин и детей в рабство, т.е. фактически это разновидность или одна из форм такого преступления международного характера как рабство и работорговля. С другой стороны — продажа женщин и детей для занятия проституцией, использование их в секс-индустрии. Вторая форма представля-

ет собой самостоятельный состав преступления. Торговля людьми, особенно женщинами и детьми, является актуальной проблемой для всего мира. При этом дети относятся к самой уязвимой категории населения.

Само понятие торговли людьми (применительно и к торговле детьми) содержится в ст. 3 Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющего

---

© Лебединец И. Н., 2016

\* Лебединец Инна Николаевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) [assot1@yandex.ru](mailto:assot1@yandex.ru)  
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9



Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности<sup>1</sup>. Оно означает осуществляемые в целях эксплуатации вербовку, перевозку, передачу, укрывательство или получение людей путем угрозы силой или ее применения или других форм принуждения, похищения, мошенничества, обмана, злоупотребления властью или уязвимостью положения либо путем подкупа в виде платежей или выгод для получения согласия лица, контролирующего другое лицо.

Эксплуатация включает как минимум эксплуатацию проституции других лиц или другие формы сексуальной эксплуатации, принудительный труд или услуги, рабство или обычаи, сходные с рабством, подневольное состояние или извлечение органов. При этом согласие жертвы торговли людьми на запланированную эксплуатацию не принимается во внимание, если было использовано любое из средств воздействия, указанных выше. Кроме того, торговлей людьми считается вербовка, перевозка, передача, укрывательство или получение ребенка для целей эксплуатации<sup>2</sup>.

Рассмотрим такое преступление международного характера, как торговля женщинами. «Неужели люди могут покупать и продавать женщин, и это сходит им с рук? Иногда я сижу и спрашиваю себя: произошло ли это со мной на самом деле, если это вообще могло произойти?»<sup>3</sup>

Торговлю женщинами в широком смысле слова можно определить как действие, которое включает в себя перемещение лиц женского пола внутри государственных границ или через них для целей сексуальной эксплуатации, т.е. для занятия проституцией.

Если рассматривать торговлю женщинами с позиции международного уголовного права, рассматривать данное деяние как преступление, посягающее на личные права человека,

то речь, конечно же, идет о перемещении лиц женского пола через государственные границы для занятия проституцией.

Как социальное явление проституция известна с давних времен, она существовала на всех ступенях развития человеческой цивилизации. При рабовладении в качестве проституток выступали бесправные чужестранки или рабыни, в Средние века — как правило утратившие свое общественное положение лица, в дальнейшем — женщины из самых бедствующих слоев общества. И до сих пор проституцию называют древнейшей профессией.

Транснациональная торговля женщинами основывается на предложении и спросе поставляющих и принимающих стран. Страны с развитой секс-индустрией создают спрос и являются принимающими странами, тогда как страны, где торговцы могут легко завербовать женщин, являются поставляющими странами.

Точно оценить количество женщин, проданных с целью сексуальной эксплуатации, крайне сложно. Это обусловлено тайным характером торговли, принуждением женщин к молчанию, высоким риском получения информации.

Эксперты ООН оценивают объем мировой торговли женщинами как товаром для секс-индустрии в диапазоне от 7 до 12 млрд долл. в год<sup>4</sup>.

По данным Международной организации по миграции, в настоящее время оборот международного бизнеса по незаконному перемещению людей достигает 6 млрд долл. в год.

Согласно оценкам ООН, четверть из 4 млн проданных людей ежегодно используются в секс-индустрии.

Вербовщики, торговцы и сутенеры, которые занимаются торговлей женщинами для целей сексуальной эксплуатации, разработали общие методы действий. Как показывает практика

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2004. № 40. Ст. 3884.

<sup>2</sup> Сапожников А. И. К вопросу о совершенствовании мер противодействия торговле людьми // Миграционное право. 2009. № 3.

<sup>3</sup> Украинка, которую продали, избивали, насильовали и использовали в секс-индустрии в Израиле. Во время полицейской облавы ее задержали и поместили в тюрьму в ожидании депортации (см.: Спектер М. Новый товар для торговцев: наивные славянские женщины // Нью-Йорк Таймс. 11 янв. 1998 г.).

<sup>4</sup> Официальные предупреждения ООН о появлении новых рабынь проституции. Ксинуа. 21 сентября 1999 г.

(и об этом неоднократно указывается в литературе, посвященной исследуемой проблеме), чаще всего используются следующие методы.

Первый, самый распространенный — объявления в газете. По оценкам, до 20 % вывезенных женщин были завербованы через объявления в прессе. Как правило, предлагается отличная работа за границей, не требующая высокой квалификации (официантки, няни, помощницы по хозяйству). Некоторые объявления предлагают хорошие заработки молодым привлекательным женщинам, которые согласятся работать танцовщицами или хозяйками<sup>5</sup>. Женщины вербуются через социальные мероприятия, такие как фотоконкурсы, конкурсы красоты местного значения. Процесс обычно сложный, обман детально продуман. Женщин убеждают, что возможность трудоустройства реальна.

Другой метод вербовки — так называемые брачные агентства, иногда именуемые «невеста-по-почте», или международные службы знакомств. Согласно данным Международной организации по миграции, все агентства «невеста-по-почте», предлагающие женщин из республик бывшего Советского Союза, находятся под контролем организованных преступных групп. Многие из этих агентств действуют через Интернет. Вербовщики используют «брачные агентства» как средство для поиска женщин, которые хотят путешествовать или эмигрировать. Этот путь в секс-индустрию существует в нескольких формах. Вербовщики могут быть торговцами или работать на тор-

говцев. Женщина может встретить мужчину, который обещает жениться. Мужчина может использовать женщину некоторое время, потом принуждает ее к порнографии и позже продает в секс-индустрию или прямо доставляет женщину в бордель.

Некоторые торговцы используют подлинные документы и визы для легального въезда женщин в страну назначения. Женщина может перевозиться сутенерами из страны в страну, используя легальные туристские визы. В других случаях женщины получают фальшивые документы. Тогда женщина еще более уязвима после приезда в страну назначения, поскольку она там находится нелегально. Действует психологический фактор: денег нет, документов нет, языка государства пребывания не знает, местных законов не знает, находится на территории страны нелегально и зачастую в данном государстве сам факт занятия проституцией является преступным деянием. В случае обнаружения ее полицией следует арест и в лучшем случае депортация.

Независимо от метода вербовки большинство женщин не ожидает сексуальной эксплуатации и насилия. После того как женщина прибыла в страну назначения, торговец или сутенер сообщает ей, что она не будет работать официанткой, няней или кем-либо еще, кем ей предлагали, а будет работать в проституции. Методы, используемые для контроля над женщинами после прибытия в страну назначения, включают: конфискацию документов, насилие,

<sup>5</sup> Наиболее часто встречающийся вариант предлагаемых женщинам рабочих мест — бары, гостиницы, публичные дома, замаскированные под массажные салоны, а то и просто бордели. Иногда, правда, встречаются предложения работы в качестве домработниц. Как убеждают некоторые газеты, в Китае в последнее время стало «модно заводить русскую прислугу». Но, как считает бывший руководитель миграционной службы Амурской области Т. В. Ярополова, подобные предложения сомнительны, поскольку «европейские страны предъявляют особые требования в этой работе: знание языка, стаж работы и высокий профессионализм. Поэтому туда никто не едет». В случаях же предложений, поступающих из Китая, никаких требований, кроме наличия самой женщины, не предъявляется. Следовательно, предложения работы домработницей в Китае она считает «одним из прикрытий для занятий проституцией». Самыми крупными и престижными районами работы считаются города Шанхай и Харбин. Другой локальной точкой продажи женщин является Макао, ставший в последние годы популярным местом проведения воскресных дней и отпусков для обеспеченных жителей Китая, Гонконга и зарубежных туристов. Отправку сотен женщин из Владивостока в Макао и Гонконг для занятий проституцией под видом массажисток, топ-моделей, танцовщиц и горничных признают как представители силовых структур (Интерпол, УВД), так и независимые исследователи. По некоторым неофициальным сведениям в борделях Макао работают сотни российских женщин, доставленных туда российскими организованными преступными группировками.

угрозы причинить вред членам семьи и долговую кабалу. Даже женщина, добровольно выезжающая для занятий проституцией, не ожидает того уровня манипуляций, обмана и принуждения, которому она будет подвергнута.

В современном мире нелегальная проституция перестала быть проблемой отдельных государств. Наряду с криминальным секс-бизнесом на уровне отдельного региона или государства, широкое развитие получил вывоз женщин за границу с целью использования их как проституток. В современном законодательстве подавляющего большинства государств продажа людей для последующей сексуальной эксплуатации трактуется как одна из форм торговли людьми. Долгое время поставку женщин для нелегальной секс-индустрии осуществляли в основном азиатские страны (прежде всего Таиланд и Филиппины). В 1990-е гг. главными поставщиками женщин для секс-индустрии начали выступать постсоциалистические страны, особенно бывшие республики СССР (в большей степени Украина и Россия). Так, в конце 1990-х гг. в Германии около 90 % женщин, привезенных для эксплуатации в секс-бизнесе, приехали из Восточной Европы, в том числе около 15 % из Украины и около 10 % из России. Общее число женщин из Центральной и Восточной Европы, которые в конце 90-х занимались проституцией в странах Западной Европы, составляло порядка 500 тыс. человек.

В рамках международного секс-бизнеса начала XXI в. ежегодно продают и покупают примерно 1—2 млн женщин. Примерно треть этой торговли приходится на страны Юго-Восточной Азии, еще четверть — на страны Восточной Европы. В мире практически нет стран, которых так или иначе не коснулась бы проблема торговли людьми. 127 стран являются поставщиками «живого товара», 98 — странами транзита и 137 — пунктом назначения. Среди поставщиков «живого товара» лидируют Беларусь, Молдова, Россия и Украина. За ними следуют Армения, Грузия, Казахстан и Узбекистан. Основной транзитной страной и страной назначения торговли людьми является США. Ежегодно для сексуальной эксплуатации в Соединенные Штаты ввозится около 50 тыс. женщин и детей.

С учетом высокой латентности данного вида преступлений крайне затруднительным является определение их истинных масштабов<sup>6</sup>.

Что касается Российской Федерации, то стремительно растет вывоз женщин из Приморского края в Китай и в страны Юго-Восточной Азии с целью их дальнейшей сексуальной эксплуатации, о чем было упомянуто выше. Финансовая доступность путешествия (автобусами через пограничные пункты Гродеково и Полтавка) и обещания высоких заработков местными вербовщиками делают Китай притягательным местом работы для многих российских женщин. Они выезжают за рубеж для трудоустройства (наиболее часто встречающийся вариант предлагаемых рабочих мест — бары, гостиницы), но в большей части основная цель вербовщиков и работодателей — вовлечение женщин в секс-бизнес. Девушек доставляют в Китай сначала в приграничные с Приморским краем северные китайские провинции, а потом — в южные (самыми престижными районами работы считаются Шанхай, Харбин и Макао) либо обманным путем, либо с применением угроз и насилия заставляют заниматься проституцией и порнографией.

При торговле людьми для секс-индустрии прибыль превышает расходы в 5—20 раз. Доходы от современного криминального секс-бизнеса сравнимы с доходами от торговли оружием и наркотиками.

Рассмотрим международно-правовые основы борьбы с торговлей женщинами.

Итак, проблема проституции волновала не только прогрессивно мыслящих людей, но и государства. В XIX в. — расцвет проституции именно за счет многочисленных фактов продажи женщин побудил некоторые государства заключить двусторонние соглашения в целях борьбы с этим негативным явлением.

Усилиями общественных деятелей в 1899 г. в Лондоне созывается Международный конгресс по борьбе с торговлей женщинами в целях разврата. Неутешительные статистические данные побудили участников Конгресса обратиться с призывом к правительствам о заключении соглашения по совместной борьбе с эксплуатацией проституции третьи-

<sup>6</sup> Кубов Р. Х. Торговля людьми как вид транснациональной преступности // Российский следователь. 2008. № 1.

ми лицами. Конференция отметила устрашающие размеры этого явления и обратилась к государствам с рекомендацией повсеместно создать национальные комитеты по борьбе с проституцией. Такие комитеты были созданы во многих странах, в том числе и в России в 1900 г. — «Российское общество защиты женщин». В задачу комитета входило «содействие предохранению девушек от опасности быть вовлеченными в разврат и возвращению падших женщин к честной жизни; устройство приютов Св. Магдалины; распространение здоровых понятий о нравственности и вреде разврата».

В 1902 г. правительство Франции предложило провести всемирную конференцию по борьбе с «белым рабством». Конференция состоялась в Париже в 1904 г. Одним из итогов конференции, в которой приняли участие представители Франции, Великобритании, Германии, России, Италии, Бельгии, Испании, Швеции, Норвегии, Дании и Швейцарии, стал проект конвенции по борьбе с торговлей женщинами, который лег в основу Международной конвенции о пресечении торгога женщинами, подписанной в 1910 г.

В Конвенции был сформулирован ряд составов преступлений, в частности склонение или вовлечение в разврат несовершеннолетних и совершеннолетних женщин и девушек, даже если отдельные действия, являющиеся частями этого преступления, были совершены в разных странах. В отношении совершеннолетних женщин указанные действия считались преступными, если имел место обман, насилие, угрозы, злоупотребление властью или иной способ принуждения.

Важное значение имела норма, согласно которой лица, виновные в преступлениях, предусмотренных Конвенцией, должны быть наказуемы лишением свободы и выдаваться по требованию других государств. Государства обязались оказывать друг другу взаимную помощь в борьбе с этими преступлениями: сообщать о существующих законах в этой области, передавать отдельные поручения, сообщать выписки из приговоров. Самым главным было то, что преступник теперь должен был подвергаться преследованию, даже если криминаль-

ные действия, вменяемые ему в вину, были совершены в разных странах. Так, если бы в США поймали сутенера, перевозившего девушку, похищенную в Венгрии, приобретенную к проституции в Париже, а затем проданную в Канаду, то ему не удалось бы уйти от наказания<sup>7</sup>.

Вместе с тем нужно отметить, что Конвенция 1910 г. имела ряд существенных недостатков. Например, она ничего не говорила о необходимости наказания за такое преступление, как задержание девушек и женщин против их воли в домах терпимости. Кроме того, несмотря на название Конвенции, она не предусматривала наказуемости именно самого факта продажи женщины. Между тем акт купли-продажи практически уже означает втягивание женщин в занятие проституцией.

В 1921 г. заключается новая конвенция — Женевская конвенция о запрещении торговли женщинами и детьми. Прогрессивное значение данной конвенции заключается в том, что она впервые указала на необходимость наказания не только сводничества, но и непосредственно торговлю женщинами и детьми. В качестве контрольного механизма за соблюдением положений Конвенции 1921 г. при Лиге Наций был создан специальный Консультативный комитет по борьбе с торговлей женщинами и детьми.

В 1933 г. государства одобрили еще одну Конвенцию, которая распространяла нормы Конвенции 1921 г. на торговлю женщинами, осуществляемую с их согласия. Кроме того, Конвенция 1933 г. предусматривала обмен между государствами-участниками информацией о профессиональных торговцах женщинами и детьми.

В 1937 г. под эгидой Лиги Наций был разработан проект Конвенции о пресечении и наказании лиц, содержащих публичные дома и эксплуатирующих проституцию других, а равно торговлю людьми. Но воплощению этого проекта в жизнь помешала Вторая мировая война.

После Второй мировой войны сотрудничество государств в борьбе с этими преступлениями продолжилось в рамках ООН. 2 декабря 1949 г., на IV сессии Генеральной Ассамблеи

<sup>7</sup> Принятие конвенции стало последней крупной победой Уильяма Тома Стида, известного английского журналиста, затеявшего борьбу с «белым рабством» в далеком 1885 г. В 1912 г. знаменитый журналист решил отправиться в Новый Свет с комфортом и купил билет на злополучный «Титаник».



ООН, принимается Конвенция о борьбе с торговлей людьми и эксплуатацией проституции третьими лицами. Конвенция заменила собой все ранее действовавшие документы.

По Конвенции преступлениями международного характера признаются следующие деяния:

- а) сводничество, склонение или совращение в целях проституции другого лица, даже с его согласия;
- б) эксплуатация проституции другого лица, даже с его согласия;
- в) содержание дома терпимости или управление им, а также сознательное финансирование и участие в финансировании дома терпимости;
- г) сдача в аренду или наем здания или другого места, или части такового, зная, что они будут использоваться в целях проституции третьими лицами;
- д) покушение на совершение вышеуказанных действий, а также подготовка к ним;
- е) умышленное соучастие в этих действиях.

Таким образом, как видно из этого перечня, Конвенция 1949 г. расширила число деяний, которые государства согласились считать преступными. Конвенция 1949 г. впервые говорит о противоправности эксплуатации проституции и содержания домов терпимости. Составы преступлений, перечисленных в Конвенции, являются экстрадиционными. В случае отсутствия соглашения о выдаче между государствами настоящая Конвенция служит основанием для выдачи (ст. 8).

Вместе с тем нельзя не отметить, что Конвенция 1949 г. не содержит ни одной статьи, устанавливающей наказуемость за сам факт торговли женщинами в целях проституции, хотя это логично следует из самого названия Конвенции. Кроме того, как показывает анализ ст. 6, государства — участники Конвенции не считают преступлением занятие проституцией и высказывают намерение отменить дискриминационные меры (особые документы, особую регистрацию) в отношении лиц, занимающихся проституцией.

15 ноября 2000 г. резолюцией 55/25 Генеральной Ассамблеи ООН был принят Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию ООН против транснациональной организован-

ной преступности. Данный Протокол призван способствовать принятию эффективных мер по предупреждению торговли людьми, особенно женщинами и детьми и борьбе с ней через систему всеобъемлющего международного подхода в странах происхождения, транзита и назначения, включающую меры, направленные на предупреждение такой торговли, наказание занимающихся ее лиц и защиту жертв такой торговли, в том числе путем защиты их международно-признанных прав человека.

В РФ занятие проституцией является административным правонарушением, влекущим соответствующую административную ответственность. Уголовно наказуемыми являются вовлечение лица в занятие проституцией против его воли (ст. 240 УК РФ) и организация или содержание притонов для занятия проституцией (ст. 241 УК РФ).

При этом проблема торговли женщинами с целью их эксплуатации в секс-индустрии остается неразрешенной. Вывоз российских женщин за рубеж представляет, на сегодняшний день, хорошо отлаженный бизнес, криминальное деяние, тесно связанное с такими преступлениями международного характера как коррупция, контрабанда, легализация преступных доходов. Проблема игнорируется большинством властных структур. Торговля женщинами в правоприменительной практике редко выделяется в качестве самостоятельного состава преступления. Чаще речь идет о нелегальной миграции. Таким образом, торговля женщинами остается практически безнаказанной. Кроме того, в правоохранительных структурах отсутствуют специальные подразделения, которые могли бы заниматься борьбой с торговлей людьми в различных ее проявлениях.

Так как торговля людьми имеет многоплановый характер, отличается разнообразием форм, для решения этой проблемы недостаточно ограничиваться локальными и национальными мерами. Борьба с транснациональными преступными группировками, да еще и в условиях коррупции только такими средствами, неэффективно. Необходимо объединение усилий не только внутригосударственных структур различных стран, но и координация действий всего мирового сообщества, для предотвращения и борьбы с последствиями торговли людьми необходимо международное сотрудничество государств.



Проблема международного сотрудничества в борьбе с незаконным вывозом и эксплуатацией за рубежом женщин имеет несколько аспектов. Это в первую очередь выявление проблем российского законодательства по преодолению незаконного вывоза и эксплуатации женщин, определение его плюсов и минусов, а также причин столь опасного явления и мер по его предупреждению. И второй аспект — нужно криминализовать сам факт вербовки женщин для последующего занятия проституцией. А для этого необходим тщательный анализ законодательства в этой области других государств, опыта в борьбе с посягательствами на жизнь и здоровье женщин, на общественную нравственность.

Что касается торговли детьми, то в современном мире она приобрела характер быстро развивающейся и прибыльной деятельности, которая контролируется транснациональными преступными группировками.

«Главная стратегия борьбы с сексуальной эксплуатацией детей должна заключаться в том, чтобы невидимое делать видимым. Реализация любой возможности изменить данную ситуацию должна начинаться с выведения ее на всеобщее обозрение и восприятия как современной формы рабства»<sup>8</sup>.

Осознавая необходимость защиты физического и нравственного здоровья детей в сфере сексуальных отношений, государства-участники взяли на себя обязательства принимать для этого все необходимые меры. В 2000 году Конвенция дополнилась вторым факультативным Протоколом, касающимся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии. В нем мировое сообщество не только показало крайнюю обеспокоенность значительными и растущими масштабами международной контрабандной перевозки детей для целей торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, предложило ряд конкретных рекомендаций правового и организационного характера по предупреждению подобных явлений, но и дало дефиниции детской проституции и детской порнографии. Понятие «детская проституция» дается в ст. 2 Протокола и определяется как «использование ребенка в деятельности сексуального характера за вознаграждение

или любую иную форму возмещения». Думается, что данное определение представляется не вполне удачным, поскольку «использование в деятельности сексуального характера» более широкое понятие, чем «проституция».

Проституцию можно рассматривать именно как деятельность сексуального характера, которой присущи следующие черты: систематичность, внебрачность, возмездный характер, общедоступность предоставляемых услуг. Таким образом, проституция может быть определена как сексуальное поведение физических лиц, характеризующееся систематическим вступлением их во внебрачные сексуальные отношения за плату, являющуюся одним из источников средств существования. Детская проституция — одна из самых негативных форм рассматриваемого явления, так как здесь речь идет не о внебрачных отношениях, да и в выгоде финансового характера заинтересован не столько сам ребенок, сколько лицо, его эксплуатирующее.

Итак, с проституцией тесно связаны и такие понятия, как содействие проституции и эксплуатация проституции. Конвенция ООН о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами 1950 г. в числе подлежащих криминализации действий четко называет поведение тех, кто:

- сводит, склоняет или совращает в целях проституции другое лицо, даже с согласия этого лица;
- эксплуатирует проституцию другого лица, даже с согласия этого лица;
- содержит дом терпимости или управляет им, или сознательно финансирует или принимает участие в финансировании дома терпимости;
- сдает в аренду или снимает здание или другое место или часть такового, зная, что они будут использованы в целях проституции третьими лицами.

Таким образом, эксплуатация проституции представляет собой извлечение прибыли от занятия проституцией третьими лицами, в то время как содействие проституции — это организаторская, подстрекательская и пособническая деятельность, направленная на обеспечение занятия проституцией третьими лицами.

<sup>8</sup> Сессия Рабочей группы, 2003 г., выступление представителя Гватемалы. Современные формы рабства. Целевой фонд добровольных взносов ООН по современным формам рабства // URL: [www.un.org](http://www.un.org).

Второй факультативный протокол к Конвенции ООН о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, четко разграничивает сексуальную эксплуатацию несовершеннолетнего и проституцию несовершеннолетнего (а в последнем случае — содействие проституции несовершеннолетних и эксплуатацию проституции). Сексуальная эксплуатация может быть и не связана с проституцией, например, эксплуатация имеет место при покупке несовершеннолетнего для совершения действий сексуального характера. Например, использование ребенка в производстве порнографических материалов.

Производство, распространение, потребление, хранение детской порнографии запрещено Конвенцией Совета Европы «О киберпреступности» 2003 г.<sup>9</sup>, Факультативным протоколом ООН к Конвенции о правах ребенка, касающимся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии<sup>10</sup>, а также Рамочным постановлением Совета ЕС о борьбе с сексуальной эксплуатацией детей и детской порнографией<sup>11</sup>. Принятие данных нормативных актов было вызвано тем, что в последнее время широкое распространение получили случаи торговли детьми с целью использования их в порнобизнесе, достижения которого пользуется оглушительным успехом в развитых странах (Нидерланды, Бельгия, Австрия, Германия, Швейцария, США, Италия, Израиль, Греция, Турция).

Вторым факультативным протоколом понятие детской порнографии определяется как «любое изображение, какими бы то ни было средствами ребенка, совершающего реальные или смоделированные откровенно сексуальные действия, или любое изображение половых органов ребенка главным образом в сексуальных целях». Предлагаемая Протоколом дефиниция указывает на ряд основных признаков, позволяющих отнести предмет к порнографическому: откровенно сексуальный характер изображения, отсутствие медицин-

ской, иной научной, художественной или культурной ценности, оскорбление общественной нравственности.

Резолюция 58/157 «Права ребенка», принятая Генеральной Ассамблеей ООН 9 марта 2004 г., указывает на следующие взаимосвязанные и взаимообусловленные факторы, которые определяют состояние и динамику сексуальной эксплуатации детей. К ним относятся:

- недостаточное развитие, нищета, экономические диспропорции, неравноправные социально-экономические структуры;
- наличие неблагополучных семей;
- низкий уровень образования;
- миграция между городами и сельской местностью;
- дискриминация по признаку пола;
- вредные виды традиционной практики;
- безответственное сексуальное поведение взрослых;
- вооруженные конфликты;
- торговля детьми.

Кроме всего прочего, распространению детской порнографии и предоставлению сексуальных услуг несовершеннолетних объективно способствует развитие глобальной сети Интернет и отсутствие должного контроля над потоками информации в ней.

Детская порнография в Интернете представляет собой проблему мирового масштаба. Не случайно Конвенцией Совета Европы о киберпреступности 2003 г. распространение онлайн-детской порнографии отнесено к преступлению международного характера.

Развитие педопорнографии в Интернете на сегодняшний день становится весьма прибыльной индустрией, мировой рынок которой оценивается в миллиарды долларов.

В мае 2009 г. на двенадцатой сессии Совета по правам человека ООН Специальным докладчиком по вопросам торговли детьми, детской проституции и детской порнографии г-жой Нажат Маалла-М'жид был представлен

<sup>9</sup> Council of Europe. Convention on Cybercrime. Budapest, 23.XI.2001 // URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm>.

<sup>10</sup> Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии // URL: <http://www.inpravo.ru/data/base313/text313v680i517.htm>.

<sup>11</sup> Рамочное решение 2004/68/ПВД [1] Совета Европейского Союза от 22 декабря 2003 г. «О борьбе с сексуальной эксплуатацией детей и детской порнографией» // URL: <http://www.r-komitet.ru/media/law/razdel/22122003>.

доклад на тему «Эффективные стратегии для предотвращения онлайн-детской порнографии»<sup>12</sup>. В докладе, в частности, отмечалось, что распространению детской порнографии в Интернете способствует разработка новых технологий, которые значительно расширяют возможности для приобретения, распространения и продажи этого преступного материала.

По мнению докладчика, и с этим нельзя не согласиться, детскую порнографию в Интернете с учетом тяжести этого преступления с законодательной точки зрения должно рассматривать в качестве тяжкого преступления. Не должен учитываться возраст для согласия на вступление в сексуальные отношения, поскольку ребенок моложе 18 лет не в состоянии дать согласие на сексуальную эксплуатацию, такую как педопорнография. Должны наказываться любые ее формы; применяемые санкции должны быть жесткими; должно гарантироваться уважение частной жизни пострадавшего ребенка; должны применяться адекватные меры защиты и сопровождения, которые также адаптированы к потребностям и особенностям детей.

И наконец, необходимо укреплять международное сотрудничество в области борьбы с торговлей людьми, которое должно включать в себя прежде всего международное сотрудничество правоохранительных органов в сфере выявления и предупреждения транснациональных преступных группировок, взаимодействие в пресечении преступлений, совершаемых в каждой стране и в изобличении виновных лиц. Государства, не ратифицировавшие международные документы по борьбе с торговлей людьми, должны сделать это незамедлительно.

К сожалению, и в Российской Федерации необеспеченность должной защиты детей от сексуального развращения и эксплуатации является в настоящее время одной из важнейших общественных и государственных проблем, нерешенность которой создает реальную угрозу для национальной, в том числе нравственно-духовной, безопасности страны. В современной России растление и коммерческая сексуальная эксплуатация детей приняли беспрецедентные масштабы, угрожающие здоровью, нравственности и духовности подрастающего поколения и нации в целом<sup>13</sup>.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Council of Europe. Convention on Cybercrime. Budapest, 23.XI.2001 // URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm>.
2. Кубов Р. Х. Торговля людьми как вид транснациональной преступности // Российский следователь. — 2008. — № 1. — С. 30—32.
3. Сапожников А. И. К вопросу о совершенствовании мер противодействия торговле людьми // Миграционное право. — 2009. — № 3. — С. 39—41.
4. Соловей Т. И. Международное сотрудничество в борьбе с незаконным вывозом для сексуальной эксплуатации и растления несовершеннолетних // Вопросы ювенальной юстиции. Критика и анализ. — 2007. — № 1 (10). — С. 33—36.

*Материал поступил в редакцию 24 мая 2016 г.*

<sup>12</sup> URL: [http://hrlibrary.ngo.ru/russian/hr-council/Rsprapporteur\\_children2009.html](http://hrlibrary.ngo.ru/russian/hr-council/Rsprapporteur_children2009.html).

<sup>13</sup> Соловей Т. И. Международное сотрудничество в борьбе с незаконным вывозом для сексуальной эксплуатации и растления несовершеннолетних // Вопросы ювенальной юстиции. Критика и анализ. 2007. № 1 (10).

## INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK FOR COOPERATION AMONG STATES IN COMBATING TRAFFICKING IN WOMEN AND CHILDREN

**LEBEDINETS Inna Nikolaevna** — PhD in Law, Associate Professor at the Department of International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
assot1@yandex.ru  
123995, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

**Review.** *This article describes the trafficking in women and children from two standpoints - trafficking for exploitation of their labour as a form of slavery and for prostitution of these categories of the population by a third party; it also analyses international legal instruments aimed at combating trafficking in women and children for sexual exploitation (in particular, the International Convention on the Suppression of the White Slave Traffic, 1910; International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children, 1921; Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, 1949; the Optional Protocol to the UN Convention on the Rights of the Child of 1989 on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2000). The author defines the concept of "child prostitution", discusses the causes of trafficking in women and children for sexual exploitation as international crimes relating to the categories of crimes, which violate the personal rights of a person.*

**Keywords:** *trafficking in women, trafficking in children, exploitation of prostitution, pornography, transnational organized crime, rights of a child.*

### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Council of Europe. Convention on Cybercrime. Budapest, 23.XI.2001 // URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm>.
2. Kubov R. H. Torgovlja ljud'mi kak vid transnacional'noj prestupnosti // Rossijskij sledovatel'. — 2008. — № 1. — S. 30—32.
3. Sapozhnikov A. I. K voprosu o sovershenstvovanii mer protivodejstvija torgovle ljud'mi // Migracionnoe pravo. — 2009. — № 3. — S. 39—41.
4. Solovej T. I. Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo v bor'be s nezakonnym vyvozom dlja seksual'noj jekspluatacii i rastlenija nesovershennoletnih. // Voprosy juvenal'noj justicii. Kritika i analiz. — 2007. — № 1 (10). — S. 33—36.

Л. П. Ануфриева\*,  
И. В. Подчуфарова\*\*

## К вопросу о понятии «международное двойное налогообложение»

**Аннотация.** В статье подвергается рассмотрению с критических позиций содержание понятия «международное двойное налогообложение» и ставится вопрос о правомерности его использования в науке международного экономического и международного налогового права.

**Ключевые слова:** налогообложение, международное право, «международное двойное налогообложение», избежание двойного налогообложения, понятийный аппарат, дефиниции, международные соглашения в области налогообложения, модельная конвенция ОЭСР, глоссарий ОЭСР.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.196-205**

Известный дореволюционный российский юрист-международник Ф. Ф. Мартенс отмечал, что «наука права должна неумолимо следить за изменением реальных отношений, вникать в их причинную связь с физическими, нравственными и экономическими стремлениями народов, ...нельзя себе уяснить истинного смысла существующих законов, не имея в виду тех отношений, которые ими должны быть определяемы»<sup>1</sup>. Руководствуясь этими тезисами, целесообразно прежде всего задуматься об истинном смысле используемых понятий, равно как и о том, всегда ли они соответствуют природе и сути международного

права, даже если лексически в них и использованы прилагательные «международный», «международное», «международные».

К примеру, взаимосвязанные друг с другом обозначения «международное двойное налогообложение» и «избежание международного двойного налогообложения» достаточно часто встречаются в современной юридической литературе, особенно в публикациях по международному экономическому и международному налоговому праву. В современных условиях многие термины, употребляемые в отечественных публикациях по праву, в том числе по международному праву, известны мировой юри-

<sup>1</sup> Мартенс Ф. О консулах и консульской юрисдикции на Востоке. СПб., 1873. С. 3.

© Ануфриева Л. П., Подчуфарова И. В., 2016

\* Ануфриева Людмила Петровна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) [lpnufrieva@msal.ru](mailto:lpnufrieva@msal.ru)

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

\*\* Подчуфарова Инна Владимировна, соискатель кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

[ipeshkova@mail.ru](mailto:ipeshkova@mail.ru)

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9



дической литературе. Этому есть объяснение: они проистекают из международной практики, западной доктрины, материалов, подготовленных в рамках международных организаций. Так, обозначение «международное двойное налогообложение» в немалой степени обязано своим распространением ОЭСР. Оно приведено и подтвердилось расшифровке в «Глоссарии налоговых терминов», изданном под эгидой ОЭСР<sup>2</sup>, наряду с понятиями «налогообложение», «двойное налогообложение», «избежание двойного налогообложения», «международное соглашение об избежании двойного налогообложения», «уклонение от налогов», «принцип расстояния на длину руки» и т.п. Следует констатировать, что ряд перечисленных категорий имманентно входит в научно-теоретические, нормативные и ориентированные на практику базовые «опоры» международного экономического и внутригосударственного налогового права.

В науке в целом во главу угла закономерно ставится потребность разработки и использования надлежащего понятийного аппарата как важнейшая проблема. В частности, А. В. Демин применительно к налоговому праву как отрасли внутригосударственного права подчеркивает необходимость единства понятийного аппарата внутри самого налогового права (внутренняя согласованность) и его соответствие дефинициям иных отраслей права (внешняя согласованность)<sup>3</sup>. «Вновь принимаемые нормы-дефиниции, — пишет автор, — не должны противоречить ранее принятым. Особое внимание сегодня должно уделяться согласованию понятийного аппарата налогового права с международно-правовыми источниками»<sup>4</sup>. Данные соображения сто́ит всемерно поддерживать, поскольку они не только достаточно точно отражают задачи, равно как и потребности, науки и практики, но и являются предельно актуальными для многих направлений правоведения, в том числе и международного права, включая «международное налоговое право». В связи с этим непременно нужно подчеркнуть также принципиальное значение согласованности понятийного аппарата объективного права

и науки, его изучающей. Кроме того, как для самого объективного права (в данном случае подразумеваются прежде всего нормы международных договоров в части налогообложения и конкретно — соглашений об избежании двойного налогообложения), так и для соответствующего ему раздела правоведения, понятийный и, в частности, терминологический аспекты играют особую роль, поскольку напрямую связаны и с предметом договоров, и с их толкованием.

Появление в современном лексиконе и научном обороте относительно новых терминов, которые получают достаточно большое распространение, но не всегда сопровождаются легальным определением и всесторонней теоретической разработкой, закономерно диктует предметный подход к изучению их содержания. Из предшествующего перечисления видно, что речь идет о широком списке понятий: «двойное экономическое» и «двойное юридическое» налогообложение, «международное налогообложение», «международное двойное налогообложение», — а также о других связанных с ними понятиях. Особое внимание привлекает в силу разных причин термин «международное двойное налогообложение». Упомянутый «Глоссарий ОЭСР» различает «внутреннее» и «международное» двойное налогообложение. «Внутреннее налогообложение» возникает тогда, когда сравнимые налоги взимаются в пределах федеративного государства самостоятельными налоговыми органами равного уровня, обладающими полномочиями. Так называемое «международное» обложение налогами указанный источник связывает с налогообложением в разных государствах: «Международное двойное налогообложение» возникает в случаях взимания сравнимых налогов в двух или более государствах с одного и того же налогоплательщика в отношении того же облагаемого дохода или капитала, т.е. когда доход подлежит обложению налогом как в стране источника получения дохода, так и в стране резиденства лица, получающего данный доход». Кроме того, двойное налогообложение является «юридическим», когда одно и то же лицо облагается

<sup>2</sup> URL: <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>. См. также: Обзор ссылок российских судов на документы ОЭСР // Налоговый обзор. 2013. № 35 (353).

<sup>3</sup> Демин А. В. Принцип определенности налогообложения : монография. М. : Статут, 2015.

<sup>4</sup> Демин А. В. Указ. соч.

налогом дважды по поводу того же самого дохода более чем одним государством. Экономическое двойное налогообложение имеет место, если налог взимается более чем с одного лица в отношении одного и того же объекта<sup>5</sup>. Вместе с тем в цитируемом источнике отмечается, что в «традиционном плане» «международное налогообложение» относится к положениям соглашений, посвященных освобождению от двойного налогообложения, а в более широком смысле оно включает в себя национальное регулирование обложения налогами зарубежных доходов (глобального дохода) резидентов и внутренние доходы нерезидентов<sup>6</sup>.

Приведенные идеи, подходы и дефиниции оказались необычайно востребованными доктриной и практикой. Соответствующие представления зарубежных и отечественных авторов служат непосредственным подтверждением этого. В частности, ссылаясь на определение ОЭСР и обращаясь к «международному юридическому двойному налогообложению», Н. А. Соловьева квалифицирует его как обложение сравнимыми налогами в двух (или более) государствах одного и того же налогоплательщика в отношении одного и того же объекта за одинаковые периоды<sup>7</sup>. В. В. Семенихин воспринимает формулу, предложенную ОЭСР, в качестве общепринятого понимания анализируемого явления: «Двойное налогообложение представляет собой одновременное обложение одних и тех же доходов либо различными видами налогов в пределах одной страны, — так называемое экономическое двойное налогообложение, либо идентичным налогом в разных странах — международное двойное налогообложение»<sup>8</sup>. Позиция Л. В. Полежаровой также лежит в этом русле: «Международное двойное налогообложение — это взимание сопоставимых налогов в двух (или более) государствах с одного и того же налогоплательщика в отношении одного и того же объекта и за одинаковые периоды»<sup>9</sup>. «Основная цель договоров об избежании двойного налогообложения, — пишет она, — способствовать международной торговле и инвестированию путем уменьшения налоговых барьеров, препятствующих свободному международному обмену товарами и услугами. Облегчение налогового бремени стимулирует развитие торговли и инвестирования. При этом каждое государство, вовлеченное в международную торговлю, с точки зрения налогообложения выступает в двух качествах: в одних ситуациях государство осуществляет налогообложение доходов как страна местопребывания налогоплательщика, в других же ситуациях оно облагает налогом доходы как государство — источник дохода, получаемого нерезидентом»<sup>10</sup>. «Комбинированный» и схожий по сути, хотя и выраженный внешне чуть иначе, подход к определению находим у А. В. Толкушкина: «Двойное налогообложение (международное) — термин международного налогового права, означающий ситуацию, когда одновременно в двух или более странах одно и то же лицо рассматривается налоговым законодательством в качестве налогоплательщика или один и тот же объект рассматривается в качестве объекта налогообложения»<sup>11</sup>. Как видим, автор объединил два варианта двойного налогообложения — юридическое и экономическое, а также с помощью скобок обозначил синонимичность «международного» и двойного налогообложения. Строен и лаконичен взгляд румынского автора М. Ю. Раду, согласно которому «международное двойное налогообложение» означает непосредственное (прямое)

налогом дважды по поводу того же самого дохода более чем одним государством. Экономическое двойное налогообложение имеет место, если налог взимается более чем с одного лица в отношении одного и того же объекта<sup>5</sup>. Вместе с тем в цитируемом источнике отмечается, что в «традиционном плане» «международное налогообложение» относится к положениям соглашений, посвященных освобождению от двойного налогообложения, а в более широком смысле оно включает в себя национальное регулирование обложения налогами зарубежных доходов (глобального дохода) резидентов и внутренние доходы нерезидентов<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Glossary of Tax Terms // URL: <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm> (дата обращения: 12.08.2016).

<sup>6</sup> Glossary of Tax Terms.

<sup>7</sup> См.: 101 термин налогового права: крат. законодат. и доктринальное толкование / Н. Н. Балюк, В. В. Замулко, А. В. Красюков [и др.]; рук. авт. кол. Н. А. Соловьева. М.: Инфотропик Медиа, 2015. 452 с.

<sup>8</sup> См.: Семенихин В. В. Устранение двойного налогообложения по налогу на прибыль // *Налоги*. 2014. № 29. С. 9.

<sup>9</sup> Полежарова Л. В. *Международное двойное налогообложение: механизм устранения в Российской Федерации*. М.: Магистр: Инфра-М, 2014. С. 9.

<sup>10</sup> Полежарова Л. В. Указ. соч. С. 9.

<sup>11</sup> Толкушкин А. В. Комментарий (постатейный) к Налоговому кодексу РФ (части первой) от 31.07.1998 № 146-ФЗ. Статьи 1—29. Ст. 7.

обложение одинаковым налогом одних и тех же облагаемых объектов в течение одного и того же периода времени государственными органами разных стран<sup>12</sup>. Таким образом, при всех вариациях сохраняется элемент, отражающий принципиальную сущность налогообложения вообще, — взимание налога *конкретным государством*, т.е. не каким-либо иным образованием (международным органом или институтом), а органом государства. Следовательно, многократность обложения не меняет сути явления, а в понятии «международное двойное налогообложение», как видим, именно она и выступает главной характеристикой.

С точки зрения представлений о содержании понятия «международное налогообложение» целесообразно обратиться к некоторым из тезисов отдельных российских авторов. При этом нередко присутствует определенная «сбивчивость» позиций. В частности, А. И. Погорлецкий, не отрицая термин в принципе, считает наиболее удачным его определение как «финансовые (налоговые) последствия внешнеэкономической деятельности физических и/или юридических лиц, так и национальное законодательство, регулирующее внешнеэкономические операции»<sup>13</sup>. Как видно, в данном случае ставится знак равенства между «налогообложением» и последствием деятельности. Может быть, с хронологической точки зрения это и так, однако содержательная сторона двух явлений остается вне круга внимания, хотя основной акцент и делается именно на внешнеэкономической деятельности. Подобных взглядов относительно «международного налогообложения» придерживаются и зарубежные ученые (Р. Марта, К. ван Раад, Р. Дернберг). При этом на первый план ставится раздел на-

ционального налогового законодательства, касающийся внешнеэкономических операций резидентов данной страны<sup>14</sup>. Следует отметить, что представителям экономической науки вообще присущ широкий взгляд на «международное налогообложение», в которое включается предотвращение уклонения от уплаты налогов на государственном уровне, решение проблем налоговой дискриминации субъектов ВЭД, сравнительная характеристика условий налогообложения в различных странах, анализ процессов международной налоговой конкуренции и международной налоговой координации, а главное устранение двойного налогообложения. Действительно, все это имеет место в деятельности государств и частноправовых субъектов, но адекватной квалификацией перечисленного является не «международное налогообложение», а «международное сотрудничество в области налогообложения».

Буквальное прочтение обозначения «международное налогообложение», если подходить к нему строго, подразумевает прежде всего наличие неких «международных налогов». В этом плане А. И. Погорлецкий прав, когда признает, что в данном словосочетании встречаются два взаимоисключающих понятия «международный» и «налоги»<sup>15</sup>. Действительно, понятие «налог» в большей степени является «национальным». Подтверждение этому находим в энциклопедических изданиях США и Великобритании, которые трактуют «налог» как обязательные и регулярные платежи, денежные обязательства со стороны физических и юридических лиц по отношению к правительству<sup>16</sup>. Само понятие «налогообложение» (taxation) трактуется как «обложение налогом (налогами)», «взимание налогов»<sup>17</sup>. Толковый словарь

<sup>12</sup> Radu M. E. International double taxation // Procedia — Social and Behavioral Sciences. 2012. № 62. P. 403.

<sup>13</sup> Погорлецкий А. И. Международное налогообложение : учебник. СПб. : Изд-во В. А. Михайлова, 2006. С. 13.

<sup>14</sup> См.: Дернберг Р. Международное налогообложение. М., 1997. С. 16.

<sup>15</sup> Погорлецкий А. И. Указ. соч. С. 14.

<sup>16</sup> См.: Encyclopedia Americana. New York, 1966. Vol. 26. P. 287 ; Encyclopedia Britannica. London, 1966. Vol. 26. P. 387 ; Law & Commercial Dictionary in Five Languages. St. Paul, 1985. Vol. II. P. 629.

Налоговый кодекс РФ (ст. 8, п. 1) под налогом понимает «обязательный, индивидуально безвозмездный платеж, ... в целях обеспечения деятельности государства и/или муниципальных образований».

<sup>17</sup> См., например: Малый академический словарь / ред.: А. П. Евгеньева. М., 1957—1960 ; Большой толковый словарь русского языка / ред.: С. А. Кузнецов. 1-е изд. СПб. : Нортинг, 1998 ; Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. М. : Русский язык, 2000 ; Англо-русский юридический словарь / ред. С. Н. Андрианов, А. С. Берсон [и др.]. М.: Руссо, 2003.

русского языка под редакцией Д. В. Дмитриева определяет «налогообложение» как «установленный законодательством государства или международными соглашениями порядок взимания налогов»<sup>18</sup>. Энциклопедический словарь экономики и права к «порядку взимания» добавляет еще и «процесс установления и взимания налогов в стране», «определение величины налогов и их ставок», а также «круг юридических и физических лиц, облагаемых налогами»<sup>19</sup>. «Юридический энциклопедический словарь», следуя за «Большой советской энциклопедией», термин «налогообложение» не приводит, а «налоги» определяет, как обязательные платежи, взимаемые государством с граждан и юридических лиц, для финансирования его расходов по выполнению задач и функций государства<sup>20</sup>. Однако в этом содержится несколько односторонний взгляд, так как налогообложение понимается как право государства в лице центральных или местных органов власти на обязательное взимание налогов. Между тем в понятие «налогообложение» входят и факторы, порождающие взимание налогов, и сами процедуры осуществления денежных платежей юридических и физических лиц в пользу государства и местных органов власти в виде процента от доходов или оценки имущества либо фиксированной суммы. Таким

образом, налогообложение — это широкое понятие, в котором комплексно учитываются не только налоги как инструмент и предмет управления, но и налоговые отношения в обществе, контроль за сбором налогов и финансово-налоговый аппарат. Налогообложение составляет неотъемлемую часть организации всей системы государства и общества, хозяйства, политики и права и т.д., входя в пределы осуществления государством и собственного территориального верховенства и независимости от власти иных государств.

Действующее международное право не закрепляет ограничений суверенитета и налоговой юрисдикции государств, за исключением того, что предусмотрено самими международно-правовыми принципами и нормами. Более того, согласно принципу уважения государственного суверенитета любое государство вправе выбирать наиболее соответствующую экономике налоговую систему, проводить свою налоговую политику, защищая свой суверенитет в налоговой сфере от посягательств других субъектов международного права. Именно поэтому, несмотря на происходящие процессы глобализации, интеграции и других форм международного экономического сотрудничества, налог все еще остается категорией национального права<sup>21</sup>. В свете приведенных соображений нет ос-

<sup>18</sup> Толковый словарь русского языка / ред.: Д. В. Дмитриева. М. : АСТ, 2003.

<sup>19</sup> Шестаков А. В. Экономика и право: Энциклопедический словарь. М. : Дашков и К, 2000.

<sup>20</sup> Большая советская энциклопедия. Третье издание. М. : Советская энциклопедия, 1974. Т. 17. С. 669 ; Юридический энциклопедический словарь. М. : Советская энциклопедия, 1984. С. 183.

<sup>21</sup> В специальной литературе в качестве «международных налогов» иногда называются два примера: «налог Тобина» (налог на валютные сделки и финансовые операции, предложенный в 1972 году Джеймсом Тобином — нобелевским лауреатом по экономике, который чаще называют «налогом Робин Гуда»), а также сбор на выбросы в атмосферу углеродов (international carbon tax). Как подчеркивается в публикациях, направленность их на резидентов экономически развитых стран лишает постановку вопроса о таких налогах всеобщего и обязательного характера и сужает круг субъектов, следовательно, ставит под сомнение международный характер (см.: URL: <http://uchebnik.online/nalogi-uchebniki/mejdunarodnoe-nalogooblojenie-problema-65174.html>; дата обращения: 10 сентября 2016 г.). Однако, думается, международная природа налога должна была бы состоять в другом — в согласовании государствами и обеспечении с помощью международно-правовых механизмов взимания соответствующих платежей на общие цели. К тому же это была лишь идея. Если же обратиться к современным попыткам ее воплощения, то Еврокомиссия ЕС несколько лет тому назад вспомнила об этом в связи с долговыми обязательствами «проблемных стран» еврозоны, которые наносили удар по евро. Было предложено обложить налогом финансовые сделки во всех (тогда 27) странах ЕС или хотя бы в 17 странах еврозоны: 0,1 % для сделок с акциями и облигациями и 0,01 % — для производных инструментов. Франция выступила с инициативой внедрения такого налога у себя, но расчеты показали, что потери от нововведения по ЕС в целом будут превышать поступления в три



нований, как подчеркивалось выше, категорию «международное налогообложение» считать приемлемой, хотя непреложно и то, что постановка вопроса о многократности налогообложения обуславливается именно международной экономической деятельностью.

В последнее время термин «международное налогообложение» стал рассматриваться в широком и узком понимании<sup>22</sup>. В первом случае речь идет об отношениях, связанных с обложением и взиманием государством налогов и иных аналогичных безвозмездных обязательных платежей с лиц, подпадающих под налоговую юрисдикцию данного государства. Это распространяется и на временно находящиеся на его территории иностранных физических и юридических лиц, и на доходы, получаемые гражданами и резидентами указанного государства из источников за его пределами. Что же касается широкого понимания «международного налогообложения», то наряду с уже обозначенным ранее предметом

его регулирования оно включает в себя также и взаимодействие налоговых органов различных государств, эффективные обмены информацией, противодействие международному уклонению от налогообложения и сотрудничество в налоговой сфере по другим вопросам, урегулированным двусторонними и многосторонними международными договорами<sup>23</sup>.

Есть исследователи, которые узкий и широкий смысл «международного налогообложения» понимают иначе. В частности, одни его рассматривают через призму источников национального налогового права, регулирующих «налоговые правоотношения, осложненные иностранным элементом»<sup>24</sup>. Другие связывают широкую трактовку «международного налогообложения» с международным налоговым правом и в рамках данного подхода включают в него как «внутригосударственные источники регулирования налоговых правоотношений, так и коллизионные нормы, отсылающие к налоговой юрисдикции других государств»<sup>25</sup>.

---

раза и что оно приведет к бегству инвесторов в другие страны. В частности, Великобритания предупредила о блокировании инициативы в ЕС (см.: URL: <http://ru.euronews.com/2012/01/09/opposition-mounts-to-financial-transaction-tax>; дата обращения: 13.11.2016). Изложенные подробности ярко демонстрируют, что и в этом случае о международной сущности налога все равно говорить не приходится — каждое государство, даже и при наличии акта органов ЕС, должно было бы устанавливать налог самостоятельно.

<sup>22</sup> См.: *Ларютина И. А.* Избегание двойного налогообложения и уклонение от уплаты налогов в международном налоговом праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002 ; *Полякова В. В., Котляренко С. П.* Международное многократное налогообложение // *Налоговое право : учебник / под ред. С. Г. Пепеляева.* М., 2004. С. 375 ; *Кучеров И. И.* Международное налоговое право // *Налоговое право России : учебник для вузов / отв. ред. Ю. А. Крохина.* М., 2004. С. 626—627. Следует заметить в этой связи, что во многих западных университетах с соответствующими их школами права (Гарвард, Мичиган, Стэнфорд и др.) учебные курсы обозначаются как «International Tax» или «International Taxation» («международные налоги» или «международное налогообложение»).

<sup>23</sup> См.: *Абашидзе А. Х.* Введение // *Сорокина Е. Я.* Основы международного налогового права. М. : РУДН, 2000. С. 4—5.

<sup>24</sup> *Tixier C., Gest G.* Droit Fiscal International. P., 1985. P. 13.

<sup>25</sup> См.: *Ларютина И. А.* Избегание двойного налогообложения и уклонение от уплаты налогов в международном налоговом праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 33. В данном случае мы не будем касаться замечаний, которые вызываются приведенными констатациями в части «регулирования правоотношений» или объединения «источников» и «норм», а также противопоставления «внутригосударственных» и «коллизионных» норм, как будто последние — в предлагаемом контексте — не могут являться правилами поведения, содержащимися во внутригосударственном праве (источниках права). Хотя приводимые формулировки и представляют свидетельства немалых существенных юридических «заблуждений» в опубликованных суждениях, речь должна идти о главной идее, присутствующей в них, — включении в массив международного налогового права одновременно международно-правовых и национально-правовых компонентов, с чем при квалификации рассматриваемого предмета как части международного экономического права согласиться никак нельзя.



Резюмируя изложенное, необходимо подчеркнуть, что, обращаясь к анализируемым понятиям «международного налогообложения» либо «международного двойного налогообложения», различные авторы пытаются дать свою интерпретацию предложенного, выявить те или иные стороны рассматриваемых понятий, но не подвергнуть критическому осмыслению правомерность существования того или иного термина и обоснования позитивного ответа на вопрос об объективности его «бытия». Так, повсюду в определениях международного двойного налогообложения присутствуют ссылки на налогообложение «более чем одним государством», «двумя или более странами». Именно этот фактор для исследователей и составляет основу категории «двойное налогообложение» в юридическом плане, а также ядра «международного двойного налогообложения». Учет изложенных ранее приведенных положений о разграничении трактовок «двойного налогообложения» с точки зрения внутреннего и внешнего факторов, равно как и отличий их сущности во внутригосударственной сфере (национальном праве) и международной сфере, безусловно, важен. Тем не менее явление «международности» в любом случае предполагает выход за рамки внутреннего правопорядка и экономики одного государства — гипотетическое существование «международного» налогообложения должно было бы означать обложение налогами в самой международной сфере и взимание «международных» платежей, а этого не происходит. Некоторую корректировку применительно к изложенным выкладкам по поводу понятия «международное двойное налогообложение» и его критики могли бы внести допущения, касающиеся, скажем, взимания таможенных пошлин, трактуемых в качестве разновидности налоговых платежей. В то же время и здесь отсутствует основной критерий для оправдания включения элемента «международный» в явление «налогообложение», поскольку таможенные пошлины опять-таки взимаются каждым государством отдельно, а не устанавливаются учрежденными государствами международным фискальным либо обладающим сходной компетенцией органом. Таможенные

тарифы и основанные на них таможенные пошлины есть функция и полномочие государства как такового. Наличие международных договоров, предназначенных упорядочивать международное сотрудничество государств в данной сфере, гармонизировать их национальные нормы и даже направлять сотрудничество по линии облегчения финансовой нагрузки на лиц, осуществляющих какую-либо внешне-торговую или инвестиционную деятельность, путем минимизации тарифов и т.п. (например, ГАТТ или соглашения, учреждающие интеграционные объединения), отнюдь не является препятствием для вышеозначенной квалификации.

На этом в доказывании не вполне надлежащих качеств клише «международное двойное налогообложение» можно было бы поставить точку, но есть еще один момент, который не позволяет считать перечень приведенных контраргументов исчерпывающим. Он связан с некоторыми специфическими институтами международно-правовой регламентации межгосударственного сотрудничества, которые способны внушить предположение о присутствии в современной жизни неких подобий «международных» инструментов налогообложения. В частности, нельзя не вспомнить о праве государств (и их граждан и юридических лиц) осуществлять деятельность на морских пространствах, расположенных за пределами государственной территории и территориального моря (например, в исключительной экономической зоне, на континентальном шельфе или в Международном районе морского дна в рамках содействия функционированию Международного органа по морскому дну, предусмотренного Конвенцией ООН по морскому праву 1982 г.). Существуют мнения о том, что в первом из перечисленных случаев якобы имеет место действие «функционального принципа» (или «функционального суверенитета»), а Международный орган по морскому дну наделяется «функциональной налоговой юрисдикцией»<sup>26</sup> над территорией Международного района.

Надо ли еще раз подчеркивать, что категория «налог» («фискальная» обязанность) есть порождение и отражение одновременно суве-

<sup>26</sup> См.: Ларютина И. А. Международное налоговое право // Московский журнал международного права. 2001. № 4 (44). С. 101.

ренитета, реализации власти и функций государства, с одной стороны, и особой правовой связи между лицом и государством — с другой; «юрисдикция» государства возникает вследствие распространения его власти на что-то или кого-то; «суверенные права» государства не есть сам суверенитет, но, безусловно, — это связанные или раскрывающие содержание суверенитета права. Категориальный аппарат Конвенции 1982 г. в этом отношении предельно точен и не дает оснований для двусмысленного толкования — все разделы, отведенные регулированию финансов, бюджета, фондов и т.д. Международного органа, оперируют конкретизированными понятиями: а) «установленные взносы членов Органа в соответствии с пунктом 2 «е» статьи 160»; б) «средства, получаемые Органом в соответствии со статьей 13 Приложения III в связи с деятельностью в Районе»; в) «средства, переданные Предприятием в соответствии со статьей 10 Приложения IV»; г) средства, заимствованные в соответствии со статьей 174; д) добровольные взносы членов или других субъектов; е) выплаты в компенсационный фонд в соответствии с пунктом 10 статьи 151, чьи источники должны быть рекомендованы Экономической плановой комиссией (ст. 171), а также «платежи Органу» в рамках распределения чистого дохода Предприятия» согласно статье 10 Приложения IV (ст. 172). Иные термины, схожие или эквивалентные обозначениям, используемым для налоговых сборов, отсутствуют. Красноречивыми являются и положения, формулирующие общие принципы определения статуса Района и его ресурсов: «1. Ни одно государство не может претендовать на суверенитет или суверенные права или осуществлять их в отношении какой бы то ни было части Района или его ресурсов, и ни одно государство, физическое или юридическое лицо не может присваивать какую бы то ни было их часть. Никакие притязания такого рода или осуществление суверенитета или суверенных прав и никакое такое присвоение не признаются. 2. Все права на ресурсы Района принадлежат всему человечеству, от имени которого действует Орган. Эти ресурсы не подлежат отчуждению» (ст. 137). Столь же ясны и правила, содержащиеся в Конвенции 1982 г., которые устанавливают режим отдельных объектов в других морских пространствах. Так, в исключительной экономической зоне

прибрежное государство имеет *исключительную юрисдикцию* над искусственными островами, установками и сооружениями, в том числе юрисдикцией в отношении таможенных, фискальных, санитарных и иммиграционных законов и правил...» (ст. 60). Характерно, что термин «налоговый» (или «фискальный») не встречается в анализируемом международном договоре больше нигде. В свете этого крайне любопытно, что же в нормах Конвенции послужило поводом для утверждений о «налоговой юрисдикции» Органа и, как можно догадаться, для обоснования так называемого «международного налогообложения»? Ответа на поставленный вопрос нет.

Подводя некоторые итоги, думается, что прилагательное «международное» в выражении «международное двойное налогообложение» является лишним — ведь речь идет о таких особых ситуациях в области налогообложения, которые хотя и возникают в ходе международных отношений, требующих межгосударственного согласования с целью их урегулирования нормами международного публичного или международного частного права, но подпадают под действие национального налогового законодательства. Суть же явления, которое выражается в повышенном налоговом бремени в результате функционирования различных правопорядков и налоговых систем государств, от числа фактов налоговых обложений не меняется. В то же время не стоит воспринимать сказанное лишь как деталь лингвистического порядка. Это не вопрос «вкусового» отношения к тому или иному термину, но принципиальная составляющая рассматриваемого предмета. Отрицание необходимости присутствия элемента «международное» в дополнение словосочетания «двойное налогообложение» имеет собственное значение постольку, поскольку встает дилемма: есть здесь основания говорить о налогообложении как международном явлении либо нет? Двойное налогообложение необоснованно выдается за элемент международной и даже международно-правовой действительности. На деле же в международной системе координат существует и обеспечивается ею иное — *избежание* двойного (многократного) налогообложения. Следовательно, включение в понятие «двойное налогообложение» прилагательного «международный» не выглядит оправданным ни с какой точки зрения.

К слову сказать, статья 232 Налогового кодекса РФ и конкретизирующие ее иные разделы НК и акты РФ оперируют лишь термином «двойное налогообложение», не используя ничего другого. Так, указанная статья, озаглавленная «Устранение двойного налогообложения», содержит положения относительно устранения двойного налогообложения налогом на доходы физических лиц и не использует ни категорию «международное налогообложение», ни понятие «международное двойное налогообложение». Не присутствует этот термин и в налоговом законодательстве других стран, экономическое сотрудничество с которыми у России развивается весьма интенсивно<sup>27</sup>.

Несмотря на то что в области международного-правового регулирования сотрудничества государств по налогообложению накоплена до-

вольно серьезная база научных исследований благодаря не только отечественным, но и зарубежным разработкам<sup>28</sup>, которые появились значительно раньше, чем в Советском Союзе, и тем более в Российской Федерации как самостоятельном субъекте международного права, возникшем сравнительно недавно, современное российское правоведение в этой части, думается, должно быть настроено более критически по отношению к анализу той или иной проблемы или явления в связи с оценками того, что сделано международными организациями, а также сопряжено с предшествующими этапами развития или значительными масштабами усвоения каких-либо результатов. Более пристальное рассмотрение термина «международное двойное налогообложение», как представляется, служит тому подтверждением.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Radu M. E. International double taxation // *Procedia — Social and Behavioral Sciences*. — 2012. — № 62.
2. Tixier C., Gest G. *Droit Fiscal International*. — P., 1985.
3. Vagts D. F. International Economic Law and the American Journal of International Law // *American Journal of International Law*. — Vol. 100. — 2006. — № 4.
4. Vogel K. et als. *United States Income Tax Treaties*. — 1995.
5. Демин А. В. Принцип определенности налогообложения : монография. — М. : Статут, 2015.
6. Дернберг Р. *Международное налогообложение*. М., 1997.
7. Ларютина И. А. Избежание двойного налогообложения и уклонение от уплаты налогов в международном налоговом праве : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2002.
8. Ларютина И. А. Международное налоговое право // *Московский журнал международного права*. — 2001. — № 4 (44).
9. Мартенс Ф. *О консулах и консульской юрисдикции на Востоке*. — СПб., 1873.
10. *Налоговое право России : учебник для вузов / отв. ред. Ю. А. Крохина*. — М., 2004.
11. Погорлецкий А. И. *Международное налогообложение : учебник*. — СПб. : Изд-во В. А. Михайлова, 2006.
12. Полежарова Л. В. *Международное двойное налогообложение: механизм устранения в Российской Федерации*. — М. : Магистр: Инфра-М, 2014.
13. Полякова В. В., Котляренко С. П. *Международное многократное налогообложение // Налоговое право : учебник / под ред. С. Г. Пепеляева*. — М., 2004.
14. Семенихин В. В. Устранение двойного налогообложения по налогу на прибыль // *Налоги*. — 2014. — № 29.

*Материал поступил в редакцию 28 сентября 2016 г.*

<sup>27</sup> См.: Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.01.2016 г.) // URL://www://https://zakon.uchet.kz/view/23380/ (дата обращения: 22.08.2016).

<sup>28</sup> См.: Vogel K. et als. *United States Income Tax Treaties*. 1995. О роли международных налоговых соглашений в формировании этапов международного экономического права см.: Vagts D. F. *International Economic Law and the American Journal of International Law // American Journal of International Law*. Vol. 100. 2006. № 4. P. 769—782.

## TO THE QUESTION OF THE CONCEPT "INTERNATIONAL DOUBLE TAXATION"

**ANUFRIEVA Ludmila Petrovna** — Doctor of Law, Professor at the Department of International Law, Professor, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

lpanufrieva @msal.

123995, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

**PODCHUFAROVA Inna Vladimirovna** — PhD candidate at the Department of International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

ipeshkova@mail.ru

123995, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

**Review.** *The article provides a critical review of the concept of "international double taxation" and raises a question of permissibility of its use in the science of international economic and international tax law.*

**Keywords:** *taxation, international law, international double taxation, double taxation avoidance, conceptual apparatus, definition, international agreements in the field of taxation, the Model Convention of the OECD, the OECD Glossary.*

## REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Radu M. E. International double taxation // Procedia — Social and Behavioral Sciences. — 2012. — № 62.
2. Tixier S., Gest G. Droit Fiscal International. — P., 1985.
3. Vagts D. F. International Economic Law and the American Journal of International Law// American Journal of International Law. — Vol. 100. — 2006. — № 4.
4. Vogel K. et als. United States Income Tax Treaties. — 1995.
5. Demin A. V. Princip opredelennosti nalogooblozhenija : monografija. — M. : Statut, 2015.
6. Dernberg R. Mezhdunarodnoe nalogooblozhenie. M., 1997.
7. Larjutina I. A. Izbezhanie dvojnogo nalogooblozhenija i ukлонenie ot uplaty nalogov v mezhdunarodnom nalogovom prave : dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2002.
8. Larjutina I. A. Mezhdunarodnoe nalogovoe pravo // Moskovskij zhurnal mezhdunarodnogo prava. — 2001. — № 4 (44).
9. Martens F. O konsulah i konsul'skoj jurisdikcii na Vostoke. — SPb., 1873.
10. Nalogovoe pravo Rossii : uchebnik dlja vuzov / otv. red. Ju. A. Krohina. — M., 2004.
11. Pogorleckij A. I. Mezhdunarodnoe nalogooblozhenie : uchebnik.— SPb. : Izd-vo V. A. Mihajlova, 2006.
12. Polezharova L. V. Mezhdunarodnoe dvojnoe nalogooblozhenie: mehanizm ustraneniya v Rossijskoj Federacii. — M. : Magistr: Infra-M, 2014.
13. Poljakova V. V., Kotljarenko S. P. Mezhdunarodnoe mnogokratnoe nalogooblozhenie // Nalogovoe pravo : uchebnik / pod red. S. G. Pepeljaeva. — M., 2004.
14. Semehin V. V. Ustranenie dvojnogo nalogooblozhenija po nalogu na pribyl' // Nalogi. — 2014. — № 29.

## Особенности регулирования труда работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев: сравнительный анализ законодательства России и Франции

**Аннотация.** В представленной статье автор рассматривает особенности регулирования труда работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев. Эти особенности, по мнению автора, проявляются при заключении и расторжении трудового договора, а также и при выполнении работником работы, обусловленной договором. Автор считает, что в связи с обострившимися кризисными явлениями в экономике и увеличением числа безработных граждан, договоры такого порядка будут заключаться чаще, а это значит, необходимо соблюдение установленных законодательством гарантий для работников о таких краткосрочных договорах.

**Ключевые слова:** труд, работник, работодатель, трудовой договор, срочный договор, особенности, регулирование, заключение, директива, расторжение, Российская Федерация, Франция, Европейская социальная хартия.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.206-213**

Срочные трудовые договоры, заключаемые на срок до двух месяцев, не слишком распространены в Российской Федерации. Однако они все-таки заключаются и имеют свои особенности. В связи с обострившимися кризисными явлениями в экономике и увеличением числа безработных граждан считаем, что договоры такого порядка будут заключаться чаще, а это значит, необходимо соблюдение установленных законодательством гарантий для работников по таким краткосрочным договорам.

Так, еще Ф. М. Левиант отмечала, что уяснение особенностей того или иного вида трудового договора дает возможность:

- а) обеспечить правильное направление кодификации законодательства о труде;
- б) выявить природу правоотношения, возникающего на основе договора, и применить к нему соответствующие нормы права;
- в) гарантировать должную охрану трудовых прав работников. Исследование различных видов трудовых договоров играет роль и для приведения норм трудового законода-

---

© Шония Г. В., 2016

\* Шония Гури Вахтангович, кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
GVSHONIJA@msal.ru  
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9



тельства в соответствие с экономическими потребностями, исходя из которых зачастую появляются совершенно новые виды трудовых договоров<sup>1</sup>.

Такое мнение высказывают и зарубежные, а именно французские, ученые. Так, по мнению профессора Парижского университета Паскаля Локи, «для большинства работодателей идеальными трудовые отношения являются тогда, когда подписан договор на выполнение конкретной работы и после ее выполнения он (договор) автоматически прекращается»<sup>2</sup>. Таким образом, как российским, так и французским работодателям предпочтительнее трудовой договор на определенный срок, даже такой непродолжительный, как до двух месяцев. Решение этой проблемы во Франции ведет отсчет с 1979 г., когда был принят Закон о срочных трудовых договорах, который не запрещал и не ограничивал их использование, а только лишь установил порядок (правила) его заключения и сделал практику его заключения фиксированной. И только в 1982 г. был принят новый закон, который ограничивал возможности заключения срочного трудового договора и устанавливал, что основным должен оставаться трудовой договор на неопределенный срок. Во Франции по-прежнему основным считается трудовой договор на неопределенный срок, но, как показывает статистика, в 70 % случаях с работником заключается срочный трудовой договор<sup>3</sup>.

Прежде чем обозначить особенности правового регулирования труда работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев, необходимо кратко остановиться на особенностях источников, которые закрепляют регулирование. В некоторых из них Россия и Франция похожи, но есть и особенности. Во Франции систему источников правового регулирования трудовых договоров составляют: Конституция Франции, законодательство ЕС,

Трудовой кодекс Франции, коллективный договор компании, которая принимает на работу работника, трудовой договор самого работника, локальные нормативные акты и практика компании<sup>4</sup>. Из представленной системы источников видно, что большое значение придается актам ЕС и актам социального партнерства, что не раз отмечалось и в законодательстве ЕС, например в Директиве 1999/70/ЕС от 28 июня 1999 г. о рамочном соглашении относительно работы на основании срочных трудовых договоров, заключенных между Союзом объединений промышленников и работодателей Европы, Европейским центром для предприятий с государственным участием и Европейской конфедерацией профсоюзов<sup>5</sup>.

Как известно, ст. 5 Трудового кодекса РФ закрепляет иную конструкцию о том, что регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений в соответствии с Конституцией РФ, федеральными конституционными законами осуществляется: трудовым законодательством (включая законодательство об охране труда), состоящим из Трудового кодекса, иных федеральных законов и законов субъектов Российской Федерации, содержащих нормы трудового права; иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права: указами Президента РФ; постановлениями Правительства Российской Федерации и нормативными правовыми актами федеральных органов исполнительной власти; нормативными правовыми актами органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации; нормативными правовыми актами органов местного самоуправления. Трудовые отношения и иные непосредственно связанные с ними отношения регулируются также коллективными договорами, соглашениями и локальными нормативными актами, содержащими нормы трудового права.

<sup>1</sup> Левиант Ф. М. Виды трудового договора. М. 1966. С. 65.

<sup>2</sup> Lokiec P. Fixed-Term Contracts in France // URL: [http://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.9\\_france.pdf](http://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.9_france.pdf) (дата обращения: 26.01.2016).

<sup>3</sup> Подробнее см.: Lokiec P. Op. cit.

<sup>4</sup> Подробнее см.: French Employment Law Your Questions, Our Answers. 2015—2016 // URL: [https://www.dechert.com/files/Publication/84ce7d7f-b016-4eef-907e-1996c3197b3a/Presentation/PublicationAttachment/463e967f-4ef9-4ecc-d7c7-74d815df2f12/frenchemployment\\_dechert-extract.pdf](https://www.dechert.com/files/Publication/84ce7d7f-b016-4eef-907e-1996c3197b3a/Presentation/PublicationAttachment/463e967f-4ef9-4ecc-d7c7-74d815df2f12/frenchemployment_dechert-extract.pdf) (дата обращения: 26.01.2015).

<sup>5</sup> URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31999L0070> (дата обращения: 26.01.2016).

Наиболее актуальным представляется рассмотрение особенностей рассматриваемого договора и в связи с тем, что с 1 января 2016 г. вступила в действие глава 53.1 «Особенности регулирования труда работников, направляемых временно работодателем к другим физическим или юридическим лицам по договору о предоставлении труда работников (персонала)» ТК РФ. В указанной главе, в ст. 341.1, предусмотрено, что частное агентство занятости или другое юридическое лицо, которые в соответствии с законодательством Российской Федерации о занятости населения в Российской Федерации вправе осуществлять деятельность по предоставлению труда работников (персонала), в целях осуществления такой деятельности имеют право в случаях, на условиях и в порядке, которые установлены данной главой, направлять временно своих работников с их согласия к физическому лицу или юридическому лицу, не являющимся работодателями данных работников, для выполнения работниками определенных их трудовыми договорами трудовых функций в интересах, под управлением и контролем указанных физического лица или юридического лица.

В советской юридической литературе трудовые договоры с временными и сезонными работниками нередко рассматривались в качестве разновидности срочного трудового договора<sup>6</sup>. Однако, как справедливо было отмечено в литературе, сходство здесь лишь внешнее. Заключение трудовых договоров с временными и сезонными работниками на определенный срок не дает оснований причислять их к категории срочных трудовых договоров. По своему содержанию, а также нормативным актам, их регулирующим, такие договоры должны рассматриваться как самостоятельная разновидность трудовых договоров<sup>7</sup>. И. А. Каменев обращал внимание на то, что срочный трудовой договор является продуктом диф-

ференциации основополагающего института трудового права — трудового договора. Основанием для выделения срочного договора является применение труда в специфических условиях. Практика пока не имеет средства более действенного, чем срочный трудовой договор, в борьбе с таким негативным явлением, как текучесть кадров<sup>8</sup>.

Следует отметить, что в ч. 1 ст. 59 ТК РФ законодатель, перечисляя случаи заключения срочного трудового договора, отождествляет работы до двух месяцев с временными работами. Трудовой кодекс РФ не содержит понятия «временный работник». Поэтому на работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев, распространяются особенности, закрепленные в Указе Президиума Верховного Совета СССР от 24 сентября 1974 г. № 311-IX «Об условиях труда временных рабочих и служащих» (в ред. от 04.04.1991 г.)<sup>9</sup>, в части, не противоречащей ТК РФ.

Временными работниками признаются работники, принятые на работу на срок до двух месяцев, а для замещения временно отсутствующих работников, за которыми сохраняется их место работы (должность), — до четырех месяцев. Лица, принимаемые на работы в качестве временных работников, должны быть предупреждены об этом, при заключении трудового договора. В приказе (распоряжении) о приеме на работу указывается, что данный работник принимается на временную работу, или указывается срок его работы.

Похожий порядок применяется и в Европе. Так, в рамках Европейского Союза в соответствии с Директивой ЕС № 91/533/ЕЭС<sup>10</sup> от 14 октября 1991 г., предусматривается обязательное информирование работника в письменной форме (при отсутствии письменного трудового договора или при неотражении в нем определенных положений) об условиях его трудового отношения в виде уведомления

<sup>6</sup> См.: Величкин К. В. Рабочим и служащим о трудовом законодательстве. М., 1973. С. 23.

<sup>7</sup> См.: Коршунов Ю. М., Лившиц Р. З., Румянцева М. С. Советское законодательство о труде. М., 1976. С. 16; Прудинский А. М. Срочный трудовой договор и создание стабильных кадров на производстве // Правоведение. 1972. № 2. С. 66.

<sup>8</sup> Каменев И. А. Срочный трудовой договор // Советское государство и право. 1980. № 2. С. 114.

<sup>9</sup> Ведомости ВС СССР. 1974. № 40. Ст. 662.

<sup>10</sup> URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0533:EN:HTML> (дата обращения: 25.01.2016).

о найме. Согласно Трудовому кодексу Франции работник должен быть проинформирован о том, кто является работодателем (наименование и адрес работодателя); о должности, характере и виде поручаемой работы; о дате начала работы; о сроке действия договора, если такой предусматривается, и др. Несомненно, что установление на уровне законодательства порядка и формы информирования работников об условиях их трудового договора и возникшего трудового правоотношения позволяет обеспечить работников лучшей защитой, избежать неопределенности относительно условий их трудового договора и возникающего на его основе трудового правоотношения<sup>11</sup>. Во Франции не предусмотрен минимальный срок трудоустройства, однако срочный трудовой договор не может быть заключен более чем на 18 месяцев (в исключительных случаях — 24 месяца, например при направлении на работу за границу или замене отсутствующего работника). Если этот срок истек, а работник продолжает работу, то его трудовой договор считается заключенным на неопределенный срок. Однако в силу изменений, произошедших во французском трудовом законодательстве с 17 августа 2015 г., стало возможным продление срока действия срочного трудового договора<sup>12</sup>.

Аналогично решается эта проблема и в российском законодательстве, хотя по-прежнему остается сложным с практической точки зрения для обеих стран вопрос о возможности перезаключения (продления) срочного трудового договора и о последствиях такого перезаключения. Так, судебная практика исходит из того, что при установлении в ходе судебного разбирательства факта многократности заключения срочных трудовых договоров на непродолжительный срок для выполнения одной и той же трудовой функции суд вправе с учетом обстоятельств каждого дела признать трудовой до-

говор заключенным на неопределенный срок (п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»<sup>13</sup>).

В Трудовом кодексе Франции закреплена норма о том, что срочные трудовые договоры не могут заключаться с работниками, выполняющими опасную работу (список таких работ указан в разделе D.4154-1 Трудового кодекса Франции)<sup>14</sup>. Например, это работа с асбестом, хлором, водородом, бериллием и его солями, бромом, кадмием, фосфором, ионизирующим излучением и т.д.

Действующее трудовое законодательство РФ (ст. 289 ТК РФ) и судебная практика (п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2) предусматривают, что при приеме на работу на срок до двух месяцев работникам не может быть установлено испытание. А во Франции испытательный срок предусматривается и при заключении срочного трудового договора, а срок испытания зависит от срока самого договора: испытательный срок устанавливается в две недели, если заключается срочный трудовой договор на шесть месяцев и менее, и один месяц — если срок договора более шести месяцев.

Привлечение работников, заключивших такой договор, к работе в выходные и нерабочие праздничные дни производится по письменному распоряжению работодателя (ст. 290 ТК РФ). Работа в выходные и нерабочие праздничные дни компенсируется только в денежной форме не менее чем в двойном размере. Трудовой кодекс РФ не предоставляет им права на получение дополнительного дня отдыха взамен повышенной оплаты. То есть работники, заключившие такой, пусть и кратковременный договор, имеют право на оплату не только праздничных нерабочих дней, но и на оплату труда в ночное время, сверхурочных

<sup>11</sup> Подробнее см.: Шония Г. В. Общая характеристика трудового права Франции : монография. М. : Проспект, 2010. С. 69.

<sup>12</sup> Подробнее см.: URL: <http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/contrats-et-carriere/contrats-de-travail/types-de-contrats/article/le-contrat-a-duree-determinee-cdd> (дата обращения: 25.01.2015).

<sup>13</sup> URL: [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_47257/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_47257/) (дата обращения: 25.01.2016).

<sup>14</sup> Article D4154-1 Modifié par Décret n°2009-1289 du 23 octobre 2009. Art. 1 // URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000018532600&cidTexte=LEGITEXT000006072050> (дата обращения: 26.01.2016).

работ, районного коэффициента, как и другие работники. Представляется, что в этом случае особое внимание необходимо обращать на категории работников, нуждающихся в особой защите, таких как несовершеннолетние. В этом случае показательно Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 8 апреля 2015 г. по делу № 33-3434, Б-10<sup>15</sup> о взыскании недоплаченной заработной платы и денежной компенсации за задержку выплаты заработной платы при расторжении срочного трудового договора (до двух месяцев), заключенного с несовершеннолетним.

Трудовое законодательство Российской Федерации предусматривает равенство трудовых прав работников, заключивших договор на неопределенный срок, с правами тех, кто заключили срочный трудовой договор. Аналогичное правило содержится и в трудовом законодательстве Франции. Предусматривается, что работники, заключившие срочные трудовые договоры, имеют такие же права, как и другие работники, не только по регулированию рабочего времени и времени отдыха, оплате труда и другим правовым вопросам, но и по «бытовым» вопросам, например по предоставлении транспорта работодателя, питания, душевых, библиотек, раздевалок, комнат отдыха, детских садов и др.<sup>16</sup> Однако срочный трудовой договор ухудшает положение работника, не предоставляя ему таких гарантий, как договор, заключенный на неопределенный срок.

Работники, заключившие срочный трудовой договор на срок до двух месяцев, имеют право на оплачиваемые отпуска, которое может реализовываться по их усмотрению: либо путем фактического использования, либо путем получения денежной компенсации из расчета два рабочих дня за месяц работы (ст. 291 ТК РФ).

Европейская судебная практика подтверждает это правило. В постановлении ЕСПЧ от 22 марта 2012 г. «Дело "Константин Маркин (Konstantin Markin) против Российской Федерации"» (жалоба № 30078/06)<sup>17</sup> указывается, что право на отпуск по уходу за ребенком принадлежит всем гражданам без какого-либо различия по признакам пола или профессии. Вооруженные силы, полиция и государственные служащие не исключаются из числа пользователей этого фундаментального права. То же касается работающих на условиях неполного рабочего времени, по срочному трудовому договору или временных работников.

Судебная практика России исходит из того, что Трудовым кодексом РФ предусмотрен расчет выплаты компенсации за неиспользованный отпуск лишь в отношении работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев, которым такая компенсация при увольнении выплачивается из расчета два рабочих дня за месяц работы. Для остальных категорий работников механизм расчета компенсации за неиспользованный отпуск в Трудовом кодексе РФ (равно как и в ином федеральном законе) не регламентирован<sup>18</sup>.

Во Франции действуют похожие нормы относительно предоставления отпуска при заключении срочного трудового договора. Может быть также предусмотрена выплата денежной компенсации за отпуск. Обычно она составляет не менее 10 % от общей суммы оплаты, причитающейся работнику за время выполнения работы.

Одной из особенностей правового регулирования труда работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев, и в России, и во Франции является вопрос о прекращении такого договора и соблюдении

<sup>15</sup> Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.01.2016).

<sup>16</sup> Подробнее см.: URL: <http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/contrats-et-carriere/contrats-de-travail/types-de-contrats/article/le-contrat-a-duree-determinee-cdd> (дата обращения: 25.01.2016).

<sup>17</sup> Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2012. № 6.

<sup>18</sup> Решение суда о взыскании задолженности по заработной плате, пособия по временной нетрудоспособности отменено, по делу вынесено новое решение, которым удовлетворены иски в части взыскания задолженности по заработной плате, пособия по временной нетрудоспособности, поскольку не подтверждается факт предъявления истцом листов нетрудоспособности ответчику, следовательно, у ответчика обязанности произвести соответствующие выплаты в полном объеме отсутствуют (см.: апелляционное определение Верховного суда Удмуртской Республики от 30 апреля 2014 г. по делу № 33-477/2014 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.10.2016)).



при этом всех прав и гарантий работников. Примечательно, что срочные трудовые договоры поэтому во Франции еще называют нестабильными. За такую «ненадежность» занятости работник получает дополнительное вознаграждение в размере 10 %<sup>19</sup>. В российском трудовом законодательстве такое вознаграждение не предусматривается, но представляется, что с учетом повышения гибкости трудового права и возможностей, которыми оно обладает, такое вознаграждение можно предусмотреть на локальном уровне (локальные нормативные акты) и на любом из уровней социального партнерства.

Европейская социальная хартия<sup>20</sup> предусматривает, что в целях обеспечения эффективного осуществления права работников на защиту в случае увольнения стороны Хартии обязуются признавать: а) право всех работников не быть уволенными без достаточных оснований, связанных с их способностями либо с поведением, либо с производственными потребностями предприятия, учреждения или организации; б) право работников, уволенных без достаточных оснований, на адекватную компенсацию или иную надлежащую помощь (ст. 24). Как известно, Российская Федерация и Франция ратифицировали Хартию, а следовательно, обязаны ее выполнять.

Однако в Приложении к Европейской социальной хартии «Сфера действия Европейской социальной хартии в отношении лиц, находящихся под ее защитой» (статья 24) сказано, что для целей данной статьи термин «увольнение» означает прекращение трудовых отношений по инициативе работодателя (1). Статья охватывает всех трудящихся, но сторона Хартии может полностью или частично исключить из сферы защиты следующие категории работающих по найму лиц: а) работников, имеющих трудовой договор на определенный срок или на время выполнения определенной работы; б) работников, проходящих испытательный срок, при условии, что этот срок определен заранее и имеет разумную продолжительность; в) работников, нанятых на временной основе на короткий период.

Представляется, что такое понимание ст. 24 Европейской социальной хартии ухудшает положение работников, заключивших срочный трудовой договор. Считаем, что исключение из сферы действия ст. 24 указанных работников недопустимо и не должно применяться нашими странами.

Порядок расторжения трудового договора, заключенного на срок до двух месяцев, имеет следующие особенности:

- 1) работник, заключивший трудовой договор на срок до двух месяцев, обязан предупредить работодателя за три календарных дня о досрочном расторжении трудового договора. В соответствии с разъяснением Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации», если трудовой договор с работником расторгнут по пп. «а» п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ за прогул, необходимо учитывать, что увольнение по этому основанию, в частности, может быть произведено за оставление без уважительной причины работы лицом, заключившим трудовой договор на определенный срок, до истечения срока договора либо до истечения срока предупреждения о досрочном расторжении трудового договора (ст. 79, ч. 1 ст. 80, ст. 280, ч. 1 ст. 292, ч. 1 ст. 296 ТК РФ);
- 2) работодатель обязан предупредить работника, заключившего трудовой договор на срок до двух месяцев, о предстоящем увольнении в связи с ликвидацией организации либо сокращением штата или численности работников в письменной форме под роспись не менее чем за три календарных дня;
- 3) работнику, заключившему трудовой договор на срок до двух месяцев, в отличие от других работников, выходное пособие при увольнении не выплачивается, если иное не установлено федеральными законами, коллективным договором или трудовым договором.

Трудовое законодательство Франции также предоставляет право работнику и работодателю расторгнуть срочный трудовой договор, но

<sup>19</sup> См. подробнее: URL: [http://www.expatica.com/fr/employment/French-labour-laws-French-employment-contracts\\_104530.html](http://www.expatica.com/fr/employment/French-labour-laws-French-employment-contracts_104530.html) (дата обращения: 26.10.2016).

<sup>20</sup> Европейская социальная хартия (пересмотренная) (принята в г. Страсбурге 3 мая 1996 г.) // Бюллетень международных договоров. 2010. № 4. С. 17—67.



с учетом срока предупреждения работника. Срок предупреждения также зависит от срока заключаемого договора.

Считаем необходимым отметить, что важной гарантией обеспечения трудовых прав работников является вопрос об ответственности работодателя за необоснованное заключение срочного трудового договора. Так, в Российской Федерации ч. 3 ст. 5.27 КоАП предусматривает, что уклонение от оформления или ненадлежащее оформление трудового договора влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 10 тыс. до 20 тыс. руб.; на лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, — от 5 тыс. до 10 тыс. руб.; на юридических лиц — от 50 тыс. до 100 тыс. руб. А повторное нарушение влечет наложение административного штрафа на граждан в размере 5 тыс. руб.; на должностных лиц — дисквалификацию на срок от одного года до трех лет; на лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования

юридического лица, — от 30 тыс. до 40 тыс. руб.; на юридических лиц — от 100 тыс. до 200 тыс. руб. Во Франции наказание за аналогичное правонарушение установлены штрафные санкции — 3 750 евро, а при повторном нарушении — штраф 7 500 евро и лишение свободы до шести месяцев<sup>21</sup>.

Рассмотренное законодательство, мнения ученых позволят нам сделать вывод о том, что срочные трудовые договоры, в том числе и договоры на срок до двух месяцев, могут получить в настоящее время большее распространение, чем когда-либо. В этих условиях необходимо обратить внимание на трудовые права работников и гарантированность соблюдения прав работодателями. Однако такие краткосрочные трудовые договоры могут стать выходом, хотя и на время, как для работника, так и для работодателя. Но, несмотря на это, необходимо исходить из того, что как в России, так и во Франции основным договором продолжает оставаться трудовой договор на неопределенный срок.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Величкин К. В. Рабочим и служащим о трудовом законодательстве. — М., 1973.
2. Каменев И. А. Срочный трудовой договор // Советское государство и право. — 1980. — № 2.
3. Коршунов Ю. М., Лившиц Р. З., Румянцева М. С. Советское законодательство о труде. — М., 1976.
4. Левиант Ф. М. Виды трудового договора. — М., 1966.
5. Прудинский А. М. Срочный трудовой договор и создание стабильных кадров на производстве // Правоведение. — 1972. — № 2.
6. Шония Г. В. Общая характеристика трудового права Франции : монография. — М. : Проспект, 2010.

*Материал поступил в редакцию 1 апреля 2016 г.*

#### PECULIARITIES OF REGULATION OF LABOUR OF EMPLOYEES UNDER AN EMPLOYMENT AGREEMENT FOR A PERIOD OF UP TO TWO MONTHS: COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGISLATION OF RUSSIA AND FRANCE

**SHONIA Guri Vakhtangovich** — PhD in Law, Associate Professor at the Department of Labour Law and Social Security Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
GVSHONIJA@msal.ru  
123995, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

**Review.** *This article examines peculiarities of the regulation of labour of those employees who have signed an employment agreement for a period of up to two months. These features, according to the author, are manifested*

<sup>21</sup> Подробнее см.: Le contrat à durée déterminée (CDD) // URL: <http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/contrats-et-carriere/contrats-de-travail/types-de-contrats/article/le-contrat-a-duree-determinee-cdd> (дата обращения: 26.01.2015).

*in the conclusion and termination of the employment agreement, as well as when an employee performs some work arising from the contract. The author believes that, in view of the growing crises in the economy and an increase in the number of unemployed citizens, such agreements will become more frequent, which means you must comply with the legal guarantees for employees under such short-term contracts.*

**Keywords:** *labour, employee, employer, employment agreement, fixed-term contracts, peculiarities, regulation, signing, directive, termination, the Russian Federation, France, the European Social Charter.*

#### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Velichkin K. V. Rabochim i sluzhashhim o trudovom zakonodatel'stve. — M., 1973.
2. Kamenev I. A. Srochnyj trudovoj dogovor // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. — 1980. — № 2.
3. Korshunov Ju. M., Livshic R. Z., Rumjanceva M. S. Sovetskoe zakonodatel'stvo o trude. — M., 1976.
4. Leviant F. M. Vidy trudovogo dogovora. — M., 1966.
5. Prudinskij A. M. Srochnyj trudovoj dogovor i sozdanie stabil'nyh kadrov na proizvodstve // Pravovedenie. — 1972. — № 2.
6. Shonija G. V. Obshhaja harakteristika trudovogo prava Francii : monografija. — M. : Prospekt, 2010.

## Изменение подхода к неустойке в Англии

**Аннотация.** Попытки международной унификации положений о неустойке предпринимались давно. Однако их успеху всегда мешал ряд объективных факторов. Сформированные в различных правовых системах подходы к пониманию неустойки порождали антагонистические противоречия. Как результат — отсутствие по настоящий момент унифицированного правового акта, регулирующего данные правоотношения. Продвижению идеи унификации на данном направлении может способствовать переоценка в англосаксонском праве отношения к заранее согласованным суммам на случай неисполнения договора. Изменение регулирования института заранее оцененных убытков и правила против неустойки в англосаксонском праве назрели давно. Английское прецедентное право, посредством решений Верховного суда от 05.11.2015, в значительной степени изменяет трактовку положений, которые оставались неизменными столетия. В историю уходят широко критиковавшиеся в литературе тесты против неустойки. На их место приходит новый подход, который рассматривает фиксированную сумму в свете ее адекватности фактическим убыткам стороны по договору. В результате проведенного анализа решений Верховного суда Англии автор делает ряд выводов. Право Англии под влиянием критики взяло курс на сужение применения правила против неустойки. Примеру Англии могут последовать и другие страны англосаксонской системы права. В ходе сравнения обновленного подхода Верховного суда Англии и Единообразных правил, касающихся договорных условий о согласованной сумме, причитающейся в случае неисполнения обязательства, разработанных комиссией ООН по праву международной торговли в 1983 г., автор приходит к выводу об отсутствии неустраняемых противоречий. При дальнейшем движении англосаксонской системы права в сторону сужения применения правила против неустойки становится реальной перспектива принятия и ратификации унифицированных единообразных правил в отношении неустойки.

**Ключевые слова:** международное частное право, единообразные правила, неустойка, заранее оцененные убытки, Верховный суд Англии, прецедентное право, правило против неустойки, унификация.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.214-222**

Довольно часто в литературе для иллюстрации различий между континентальной и англосаксонской системами права используются расхождения в правовом регулировании института неустойки (penalty). Суть общеизвестна и состоит в том, что традиционно

признаваемая в континентальной системе права неустойка в англосаксонской системе права будет попросту проигнорирована судом<sup>1</sup>.

С ноября 2015 г. ситуация в праве Англии начинает меняться. Изменения настолько кардинальны, что некоторые авторы склонны на-

<sup>1</sup> См.: Шмиттгофф К. М. Экспорт: право и практика международной торговли. М. : Юридическая литература, 1993. С. 78.

© Литаренко Н. В., 2016

\* Литаренко Николай Владимирович, аспирант кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Litarenkonv@gmail.com

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

зывать это настоящей революцией, пусть даже и с приставкой «мини»<sup>2</sup>. Что же поменялось в оценке английскими судами положений о неустойке? Позволяют ли эти новеллы говорить о возможности унификации правовой базы, касающейся применения пунктов о неустойке, в международном коммерческом обороте?

Привычный порядок вещей в отношении неустойки в англосаксонской системе права формировался столетиями. В английском общем праве традиционно иск об исполнении в натуре сам по себе не существовал<sup>3</sup>. Неустойка, по мнению юристов англосаксонской системы права, своим существованием устрашает контрагента, является средством понуждения к исполнению договора. С учетом негативного отношения в целом к принудительному реальному исполнению, общее право, в частности, негативно относится и к возможности включения в договоры положений о неустойке. Данный подход в доктрине принято называть правилом против неустойки. Отрицая действительность неустойки, система общего права тем не менее признает использование фиксированных сумм в качестве средства правовой защиты при нарушении договора. Такое средство получило название заранее оцененных убытков (ЗОУ).

Различие между неустойкой и ЗОУ начинается с базисных моментов. Направленность ЗОУ — это, по сути, попытка сторон уже при заключении договора определить размер возможных убытков при его неисполнении. Неустойка, напротив, не привязана жестко к размеру фактически понесенных убытков и, в известной степени, устанавливается сторонами произвольно, исходя из их коммерческих договоренностей. Кроме того, как указано выше, она служит цели понуждения

к исполнению договора контрагентом. При таком фундаментальном различии между двумя рассматриваемыми средствами правовой защиты у них есть формальное сходство — размер подлежащей выплате суммы не нуждается в документальном обосновании.

В англосаксонской системе права в свете главенствующей концепции «правила против неустойки» вопрос разграничения формально сходных институтов является краеугольным камнем, ведь штрафные неустойки с точки зрения английского права признаются недействительными<sup>4</sup>. Самым известным английским прецедентом по данной тематике является дело *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd* (1915), в котором были сформулированы основные требования к ЗОУ и своеобразный тест на неустойку. Решение общеизвестно и широко освещалось в отечественной литературе<sup>5</sup>, а сам подход стал по сути квазизаконом<sup>6</sup>.

Основной посыл английского суда состоял в том, что:

- если фиксированная сумма чрезмерно завышена и превышает любой возможный реальный убыток — это неустойка;
- если за несколько различных по степени серьезности нарушений установлена одинаковая фиксированная сумма — это неустойка;
- если за неисполнение денежного обязательства установлена фиксированная сумма, значительно превышающая сумму такого обязательства, — это неустойка;
- сложность определения суммы ЗОУ при заключении договора не должна влиять на действительность данного положения в суде, если стороны действительно пытались определить возможные убытки.

---

<sup>2</sup> См.: *Карпетов А. Г.* Мини-революция в правовом режиме договорной неустойки в Англии и перспективы уточнения аналогичного режима в России // URL: [https://zakon.ru/blog/2016/01/31/minirevoluciya\\_v\\_pravovom\\_rezhime\\_dogovornoj\\_neustojki\\_v\\_anglii\\_i\\_perspektivy\\_utochneniya\\_analogich](https://zakon.ru/blog/2016/01/31/minirevoluciya_v_pravovom_rezhime_dogovornoj_neustojki_v_anglii_i_perspektivy_utochneniya_analogich) (дата обращения: 15.03.2016).

<sup>3</sup> См.: *Карпетов А. Г.* Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М.: Статут, 2003. С. 13.

<sup>4</sup> См.: *Комаров А. С.* Ответственность в коммерческом обороте. М.: Юридическая литература, 1991. С. 142.

<sup>5</sup> *Комаров А. С.* Указ. соч. С. 142; *Карпетов А. Г.* Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2005. С. 117; *Гришин Д. А.* Неустойка: теория, практика, законодательство. М.: Статут, 2005. С. 40.

<sup>6</sup> См.: *Judgment on Cavendish Square Holding BV v Tatal El Makdessi, ParkingEye Limited v Beavis* (2015).

Аналогичная судебная практика, касающаяся разграничения ЗОУ и неустойки, существует также и в США<sup>7</sup>. Несмотря на наличие прецедентов в общем праве и, казалось бы, детально описанных судами критериев оценки, судебная практика в США изобилует противоречивыми судебными решениями<sup>8</sup>. Такой порядок вещей не устраивает участников делового оборота, так как создает элемент неопределенности в коммерческой практике. Упразднение или хотя бы внесение изменений в правило против неустойки уже давно обсуждалось в английской литературе<sup>9</sup>, а в практике последнего времени суды неохотно вмешивались в оценку убытков между коммерчески равными сторонами<sup>10</sup>.

И вот, спустя ровно 100 лет после вынесения решения по делу *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd* (1915), английский суд предпринял попытку переосмыслить правило против неустойки. В решениях от 04.11.2015 по делам *Cavendish Square Holding BV v Tatal El Makdessi* и *ParkingEye Limited v Beavis* Верховный суд Великобритании крайне самокритично отнесся к тому положению вещей в отношении неустойки, которое существует сейчас в правовой реальности Соединенного Королевства. Лорд Ньюбергер, Лорд Сумптон и присоединившийся к ним Лорд Карнвот пишут, что «правило о неустойке — это древнее наудачу построенное здание без стока для дождевой воды...»<sup>11</sup> и далее: «Правило о неустойке это помеха свободе договора. Оно подрывает уверенность, которую стороны вправе чувствовать в законе»<sup>12</sup>. Из двух дел, рассмотренных судом, наибольший интерес представляет *ParkingEye Limited v Beavis*. Суть дела заключается в том, что оператор стоянки в торговом центре установил максимальный срок парковки на ее территории для обычных посетителей, равный двум часам. За превышение данного срока оператором установлена санкция — 85 фунтов. При решении данного дела, в отличие от

*Cavendish Square Holding BV v Tatal El Makdessi* (о нем далее), судом было установлено, что фиксированная сумма является именно санкцией за нарушение обязательства. Несмотря на сложившуюся практику, судьи в этот раз не стали применять выработанный практикой тест на неустойку, а вместо этого, оценили адекватность санкции существующим расценкам за парковку в округе. И далее пришли к выводу, что санкция хотя и превышает средние расценки, вместе с тем не является чрезмерной, не превышает разумных пределов, следовательно, не является штрафной неустойкой.

Второе дело, рассмотренное Верховным судом Англии, *Cavendish Square Holding BV v Tatal El Makdessi* касалось отношений профессиональных контрагентов. *Makdessi* и *Cavendish Square Holding BV* заключили контракт купли-продажи акций компании, занимающейся рекламой и маркетингом (на самом деле рассматривается несколько связанных контрактов, но останавливаться на них смысла нет). Сложно структурированный контракт содержал несколько принципиальных для дела положений. В пункте 11.2 содержалось негативное обязательство. Продавец не имел права участвовать в определенной договором запрещенной деятельности на запрещенной территории. В случае нарушения указанного негативного обязательства договор предусматривал, в том числе два пункта об ответственности. Пунктом 5.1 договора было установлено, что при нарушении продавцом п. 11.2 покупатель мог не платить часть суммы, уплачиваемой в рассрочку, а именно два последних платежа. Пункт 5.6 содержал положения об опционе на покупку оставшихся акций продавца по более низкой цене в случае нарушения того же п. 11.2. В ходе рассмотрения дела продавец указал на то, что озвученные пункты об ответственности представляют собой вариант penalty и, соответственно, должны быть проигнорированы

<sup>7</sup> *Banta v. Stamford Motor Co.* 89 Conn. (1914).

<sup>8</sup> См.: *Комаров А. С.* Указ. соч. С. 145.

<sup>9</sup> См.: *Burrows A.* *Understanding the law of obligations.* Oxford : Hartford Publishing, 1998. P. 158—159.

<sup>10</sup> См.: *Айвори И., Рогоза А.* *Использование английского права в российских сделках* М. : Альпина Паблишер, 2012. С. 81 ; *Карпетов А. Г.* *Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве.* М. : Статут, 2005. С. 21.

<sup>11</sup> Judgment on *Cavendish Square Holding BV v Tatal El Makdessi, ParkingEye Limited v Beavis* (2015).

<sup>12</sup> Judgment on *Cavendish Square Holding BV v Tatal El Makdessi, ParkingEye Limited v Beavis* (2015).



судом. Высшая судебная инстанция Англии не согласилась с продавцом, довольно спорно указав на то, что условия об изменении цены и опцион не могут быть признаны средством правовой защиты. Это просто контрактные условия, которые не подразумевали ни штраф, ни ЗОУ. Очевидно, что такая трактовка контрактных условий говорит о том, что правоприменитель не планирует чрезмерно расширять границы использования правила против неустойки. Как следствие, суд в данном деле не стал применять тест против неустойки и выразил четкое нежелание без острой необходимости вмешиваться в контрактные условия коммерчески равных контрагентов.

Стоит отметить, что модернизация или сужение применения правила против неустойки, на данный момент, не является универсальным подходом в англосаксонской системе права. К примеру, Австралийский верховный суд идет по противоположному пути — расширению границ применения правила против неустойки и применяет его и тогда, когда нет нарушения договорного обязательства<sup>13</sup>. Вместе с тем Англия исторически олицетворяет «локомотив» системы общего права, а потому относиться к прецедентам английского суда стоит крайне серьезно, тем более что правило против неустойки и было сформировано в Англии.

Изменение правовой трактовки правила против неустойки способно возобновить дебаты о возможности принятия государствами унифицированного нормативного правового акта в отношении неустоек. К тому же такой акт, по сути, уже создан. Речь идет о Единообразных правилах, касающихся договорных условий о согласованной сумме, причитающейся в случае неисполнения обязательства<sup>14</sup> (далее — Единообразные правила). Поскольку, как указывается в литературе<sup>15</sup>, при подготовке Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи

товаров<sup>16</sup> (далее — Венская конвенция) прийти к консенсусу было затруднительно, Комиссией ООН по праву международной торговли были разработаны Единообразные правила в надежде на то, что по прошествии времени государства вновь смогут вернуться к этому вопросу и прийти к единому решению. Генеральной Ассамблеей ООН Единообразные правила были одобрены и рекомендованы к применению в форме типового закона или конвенции.

Единообразные правила представляют собой достаточно лаконичный документ, содержащий 9 статей. Неустойка в данном документе определяется как согласованная сумма, которая может быть взыскана лишь при наличии нарушения обязательства.

Отдельное внимание в документе уделено вопросу параллельного применения неустойки и реального исполнения. По общему правилу кредитор по обязательству имеет право на взыскание неустойки и реальное исполнение только в случае установления согласованной суммы за просрочку исполнения. В случае, когда согласованная сумма установлена за иное, чем просрочка неисполнения обязательства должником, кредитор может по выбору взыскать либо согласованную сумму, либо требовать реального исполнения. Вместе с тем, если согласованная сумма не может быть расценена, как разумная компенсация за неисполнение по контракту, кредитор имеет право и на реальное исполнение и на взыскание согласованной суммы.

Согласованная сумма представляется в Единообразных правилах в виде зачетной<sup>17</sup> неустойки. Кредитор по обязательству не вправе требовать возмещения убытков в части покрытой согласованной суммы. Потерпевшая сторона имеет право взыскать убытки, которые в значительной степени превышают размер согласованной суммы.

---

<sup>13</sup> Andrews v Australia and New Zealand Banking Group Ltd (2012).

<sup>14</sup> Комиссия ООН по праву международной торговли. Ежегодник. Т. XIV. 1983. Нью-Йорк, 1985.

<sup>15</sup> См.: *Розенберг М. Г.* Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 4-е изд., испр. и доп. М.: Статут, 2010; *Добрачев Д. В.* Денежные обязательства: тенденции развития доктрины и судебной практики. М.: Инфотропик Медиа, 2015. С. 131.

<sup>16</sup> Вестник ВАС РФ. 1994. № 1. 1994.

<sup>17</sup> Подробнее о видах неустойки см.: *Гражданское право: учебник / под ред. Е. А. Суханова.* М.: Волтерс Клувер, 2008. Т. 1. С. 712.

Документом установлены правила снижения согласованной суммы. По общему правилу ее снижение судом или арбитражем не допускается. Однако в том случае, когда согласованная сумма существенно несоразмерна по сравнению с ущербом, понесенным кредитором, такое право у правоприменительного органа возникает.

В целом Единообразные правила представляются весьма современным, не утратившим своей актуальности документом. Об этом, в частности, свидетельствует тот факт, что в заключение Консультационного совета по международной купле-продаже товаров 2012 г.<sup>18</sup> (независимый орган, объединивший видных представителей науки со всего мира) делается акцент, в том числе, на тех же проблемных вопросах. Соотношение неустойки с другими средствами правовой защиты, такими как реальное исполнение, убытки. Сходные с Единообразными правилами положения о согласованном платеже на случай неисполнения содержатся в пункте 7.4.13 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010<sup>19</sup>, пункте III.-3:712 Модельных правил Европейского частного права<sup>20</sup>. Остановившись на детальном сравнении Единообразных правил и документов *lex mercatoria* в данной работе не имеет смысла, однако стоит отметить, что Единообразные правила более подробно регулируют отношения по использованию согласованных сумм при неисполнении обязательства.

Если сравнить обновленный английский подход к неустойке и единообразные правила, то видно, что в них нет антагонистических противоречий, две концепции в основополагающих вещах похожи. Неустойка не инструмент наживы, она должна носить справедливый компенсаторный характер. А далее остаются нерешенные вопросы, на которых есть смысл остановиться более подробно.

Параллельное применение неустойки и реального исполнения как средств правовой защиты в англосаксонской системе вряд ли возможно, но в этом нет ничего критичного для применения Единообразных правил. Решение давно найдено в Венской конвенции.

Право требовать реального исполнения обязательств включено в перечень средств правовой защиты, предусмотренных для покупателя и продавца в статьях 46 и 62 Венской конвенции.

Как отмечает Н. Ю. Ерпылева, предоставление Конвенцией подобного рода полномочий сторонам по договору международной купли-продажи на первый взгляд односторонне отвечает подходу романо-германской системы права и не соответствует сложившейся практике стран англосаксонского права о возможности реального исполнения, где требование исполнить договор следует не соглашения сторон, а является дискреционным положением суда<sup>21</sup>.

К. М. Шмиттгофф, характеризуя исполнение в натуре по Венской конвенции, говорит: «...Данные средства защиты отличаются от обычно принятых в английском праве. По английскому праву обычным средством защиты при нарушении существенного условия договор, например при поставке товаров, не соответствующих договору, является иск о возмещении убытков. Требование об устранении дефектов неизвестно Common Law»<sup>22</sup>.

В то же время Венская конвенция содержит специальную норму — ст. 28, которая устанавливает, что если в соответствии с положениями Конвенции одна из сторон имеет право потребовать исполнения какого-либо обязательства другой стороной, суд не будет обязан выносить решение об исполнении в натуре, кроме случаев, когда он сделал бы это на основании своего собственного закона в отношении аналогичных договоров купли-продажи, не регулируемых Конвенцией.

<sup>18</sup> См.: CISG-AC Opinion No. 10, Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation in CISG Contracts, 3 August 2012 // URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op10.html> (дата обращения: 15.03.2016).

<sup>19</sup> Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. А. С. Комарова. М. : Статут, 2013. 758 с.

<sup>20</sup> Модельные правила европейского частного права / пер. с англ. ; науч. ред. Н. Ю. Рассказова. М. : Статут, 2013. 989 с.

<sup>21</sup> См.: Ерпылева Н. Ю. Международные коммерческие контракты в международном частном праве // Законодательство и экономика. 2000. № 3. С. 43.

<sup>22</sup> См.: Шмиттгофф К. М. Указ. соч. С. 129.

Сочетание указанных статей представляет собой ярко выраженный компромисс между правовыми системами, которые по-разному рассматривают право одной из сторон требовать реального исполнения<sup>23</sup>.

С учетом вышесказанного можно сделать вывод о том, что вопрос о сочетании реального исполнения и неустойки является давно решенным. В случае если кредитор по договору будет иметь право на реальное исполнение и неустойку, судебная инстанция англосаксонской системы права не будет обязана выносить решение об исполнении в натуре, кроме случаев, когда она сделала бы это на основании своего собственного закона. В случае если такое сочетание по национальному праву будет возможно, можно далее применять положения Единообразных правил.

Англосаксонское право не признает зачетный характер ЗОУ<sup>24</sup>. В этом есть определенная проблема, ведь кредитор не может требовать взыскания дополнительных убытков в сумме, превосходящей размер договорной санкции. На стадии заключения договора предсказать точный размер убытков сложно. Масса факторов, которые могут в конечном итоге повлиять на размер убытков, превращает процесс в синергетику. В случае если ЗОУ будут меньше реальных убытков, перед кредитором встает проблема выбора — к какому средству прибегнуть? Выбор в пользу взыскания убытков в общем порядке совершенно не гарантирует, что такой иск будет удовлетворен. Так, Ансон В. указывает, что в деле *Cellulose Accecate Silk Co. Ltd v. Widnes Foundry Ltd.* (1925) суд признал невозможным взыскать убытки вместо ЗОУ по выбору кредитора. Стороны в контракте установили размер ЗОУ, это условие признано действительным, следовательно, причин для взыскания полной суммы убытков нет<sup>25</sup>.

Единственное, что остается кредитору по обязательству в такой ситуации, так это попросить признать пункт о ЗОУ неустойкой. Сложность в том, что такое требование будет рассмотрено судом с учетом соответствующих тестов на неустойку, приведенных выше, и вовсе не факт, что оно будет удовлетворено. В деле *Wall v. Rederiaktiebogalent Luggude* (1915) кредитору удалось убедить суд в своей правоте<sup>26</sup>.

Самой простой возможностью преодоления указанного противоречия являются положения ст. 9 Единообразных правил, которые устанавливают, что стороны могут отступить от положений ст. 5, 6, 7 либо изменить их действие. То есть государства англосаксонской системы права могут не применять положения о взыскании убытков сверх ЗОУ вовсе.

Возможность снижения согласованной суммы, установленная в статье 8 Единообразных правил, пожалуй, последнее серьезное препятствие унификации положений о неустойке. В случае признания согласованной суммы неадекватной, то есть штрафной неустойкой, суд в англосаксонской юрисдикции данное условие проигнорирует, в то время как общий подход континентальной системы состоит в снижении ее до разумных пределов<sup>27</sup>.

Вариантом разрешения данного вопроса является дальнейшее уточнение правила против неустойки в сторону возможности суда уменьшать неадекватный штраф и преобразовывать ее в разрешенные заранее оцененные убытки. Сейчас в правоприменительной практике стран англо-американской системы права есть исключения из общего правила. В литературе есть примеры дел, в которых штрафы снижались до разумных пределов и применялись как ЗОУ<sup>28</sup>.

В том случае, если мир англосаксонского права воспримет новые тенденции в английской судебной практике, а само движение в

---

<sup>23</sup> Шмиттгофф К. М. Указ. соч. С. 129.

<sup>24</sup> См.: Карпетов А. Г. Указ. соч. С. 21.

<sup>25</sup> См.: Ансон В. Договорное право / под ред. О. Н. Садикова. М. : Юридическая литература, 1984. С. 359—360.

<sup>26</sup> См.: Карпетов А. Г. Указ. соч. С. 125.

<sup>27</sup> См.: Канашевский В. А. Международные сделки: правовое регулирование. М. : Международные отношения, 2015. С. 70.

<sup>28</sup> См.: Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража : Liber amicorum в честь А. А. Костина, О. Н. Зименковой, Н. Г. Елисеева / сост. и науч. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова, А. И. Муранов, Е. В. Вершинина. М. : Статут. 2013. С. 203.

сторону гармонизации продолжится, то спустя более 30 лет Единообразные правила могут быть приняты государствами и использоваться в качестве унифицированного акта международного частного права. Подобное положение позволит прийти к единообразному регулиро-

ванию неустойки в международном коммерческом обороте, уберет правовую неопределенность для контрагентов из разных стран и, в конечном итоге, благоприятно скажется на дальнейшем развитии международного коммерческого оборота.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Айвори И., Рогоза А.* Использование английского права в российских сделках. — М. : Альпина Паблшер, 2012. — 136 с.
2. *Ансон В.* Договорное право / под ред. О. Н. Садикова. — М. : Юридическая литература, 1984. — 463 с.
3. *Асосков А. В.* Венская конвенция ООН 1980 года о договорах международной купли-продажи товаров : постатейный комментарий к положениям, определяющим сферу ее применения. — М. : Инфотропик Медиа, 2013. — 300 с.
4. Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража : Liber amicorum в честь А. А. Костина, О. Н. Зименковой, Н. Г. Елисеева / сост. и науч. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова, А. И. Муранов, Е. В. Вершинина. — М. : Статут, 2013. — 382 с.
5. *Гришин Д. А.* Неустойка: теория, практика, законодательство. — М. : Статут, 2005. — 172 с.
6. *Добрачев Д. В.* Денежные обязательства: тенденции развития доктрины и судебной практики. — М. : Инфотропик Медиа, 2015. — 168 с.
7. *Ерпылева Н. Ю.* Международные коммерческие контракты в международном частном праве // Законодательство и экономика. — 2000. — № 3.
8. *Канашевский В. А.* Международные сделки: правовое регулирование. — М. : Международные отношения. — 2015. — 664 с.
9. *Карапетов А. Г.* Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. — М. : Статут, 2003. — 190 с.
10. *Карапетов А. Г.* Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. — М. : Статут, 2005. — 286 с.
11. *Комаров А. С.* Ответственность в коммерческом обороте. — М. : Юридическая литература, 1991. — 208 с.
12. Модельные правила европейского частного права / пер. с англ., науч. ред. Н. Ю. Рассказова. — М. : Статут, 2013. — 989 с.
13. *Оробинский В.* Эволюция неустойки: от штрафа к ЗОУ // ЭЖ-Юрист. — 2013. — № 43. — С. 12.
14. *Оробинский В. В.* Английское договорное право: просто о сложном. — Ростов н/Д : Феникс, 2015. — 352 с.
15. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. А. С. Комарова. — М. : Статут, 2013. — 758 с.
16. *Шмиттгофф К. М.* Экспорт: право и практика международной торговли. — М. : Юридическая литература, 1993. — 228 с.
17. *Burrows A.* Understanding the law of obligations. — Oxford : Hartford Publishing, 1998. — 223 p.
18. CISG-AC Opinion No. 10, Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation in CISG Contracts, 3 August 2012 // URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op10.html> (дата обращения: 15.03.2016).

*Материал поступил в редакцию 24 марта 2016 г.*

## A CHANGE IN APPROACH TO A PENALTY IN ENGLAND

**LITARENKO Nikolay Vladimirovich** — Post-graduate at the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
Litarenkonv@gmail.com  
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

**Review.** Attempts at international harmonization of provisions on a penalty have been undertaken for a long period of time with varying degrees of success. However, their success has always been hampered by a number of objective factors. Formed in the various legal systems, the approaches to understanding a penalty have generated antagonism. As a result, the system lacks a unified legal Act governing such relationships. The idea of harmonization in this area can be facilitated by reassessment of relationship to previously agreed amounts in case of non-performance of the contract in Anglo-Saxon law. The change in institution of liquidated damages management and rule against penalty in Anglo-Saxon law has long been overdue. The English case law, through the decisions of the Supreme Court of England and Wales of 05.11.2015, has significantly changed the interpretation of the provisions which remained unchanged for centuries. Gone are the texts wildly criticizing the penalty. Their place is now occupied by a new approach that considers a fixed amount in the light of its adequacy of actual damages which a party to the agreement incurred. Based on the analysis of the decisions of the Supreme Court of England and Wales, the author makes a number of conclusions. The Law of England has committed itself to narrowing the application of the rule against the penalty under the influence of some critics. This example of the English approach might be followed by other countries of the Anglo-Saxon system of law. During the comparison of the updated approach of the Supreme Court of England and Wales and of uniform rules on the contractual terms of the agreed amount due in the event of default, developed by the UN Commission on International Trade Law in the year 1983, the author concludes that there are no fatal contradictions. Further narrowing of the rule against penalty by the Anglo-Saxon legal system makes it possible to adopt and ratify the unified uniform rules on penalties.

**Keywords:** private international law, uniform rules, penalty, liquidated damages, the Supreme Court of England and Wales, case-law, the rule against penalties, unification.

## REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Ajvori I. Rogoza A. Ispol'zovanie anglijskogo prava v rossijskih sdelkah. — M. : Al'pina Publisher, 2012. — 136 s.
2. Anson V. Dogovornoe pravo / pod red. O. N. Sadikova. — M. : Juridicheskaja literatura, 1984. — 463 s.
3. Asoskov A. V. Venskaja konvencija OON 1980 goda o dogovorah mezhdunarodnoj kupli-prodazhi tovarov : postatejnyj kommentarij k polozhenijam, opredelajushhim sferu ee primenenija. — M. : Infotropik Media, 2013. — 300 s.
4. Voprosy mezhdunarodnogo chastnogo, sravnitel'nogo i grazhdanskogo prava, mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha : Liber amicorum v chest' A. A. Kostina, O. N. Zimenkovej, N. G. Eliseeva / sost. i nauch. red. S. N. Lebedev, E. V. Kabatova, A. I. Muranov, E. V. Vershinina. — M. : Statut, 2013. — 382 s.
5. Grishin D. A. Neustojka: teorija, praktika, zakonodatel'stvo. — M. : Statut, 2005. — 172 s.
6. Dobrachev D. V. Denezhnye objazatel'stva: tendencii razvitija doktriny i sudebnoj praktiki. — M. : Infotropik Media, 2015. — 168 s.
7. Erpyleva N. Ju. Mezhdunarodnye kommercheskie kontrakty v mezhdunarodnom chastnom prave // Zakonodatel'stvo i jekonomika. — 2000. — № 3.
8. Kanashevskij V. A. Mezhdunarodnye sdelki: pravovoe regulirovanie. — M. : Mezhdunarodnye otnoshenija. — 2015. — 664 s.
9. Karapetov A. G. Isk o prisuzhdenii k ispolneniju objazatel'stva v nature. — M. : Statut, 2003. — 190 s.
10. Karapetov A. G. Neustojka kak sredstvo zashhity prav kreditora v rossijskom i zarubezhnom prave. — M. : Statut, 2005. — 286 s.
11. Komarov A. S. Otvetstvennost' v kommercheskom oborote. — M. : Juridicheskaja literatura, 1991. — 208 s.



12. Model'nye pravila evropejskogo chastnogo prava / per. s angl., nauch. red. N. Ju. Rasskazova. — M. : Statut, 2013. — 989 s.
13. *Orobinskij V.* Jevoljucija neustojki: ot shtrafa k ZOU // *JeZh-Jurist*. — 2013. — № 43. — S. 12.
14. *Orobinskij V. V.* Anglijskoe dogovornoe pravo: prosto o slozhnom. — Rostov n/D : Feniks, 2015. — 352 s.
15. Principy mezhdunarodnyh kommercheskih dogovorov UNIDRUA 2010 / per. s angl. A. S. Komarova. — M. : Statut, 2013. — 758 s.
16. Shmittgoff K. M. Jeksport: pravo i praktika mezhdunarodnoj trgovli. — M. : Juridicheskaja literatura, 1993. — 228 s.
17. *Burrows A.* Understanding the law of obligations. — Oxford : Hartford Publishing, 1998. — 223 p.
18. CISG-AC Opinion No. 10, Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation in CISG Contracts, 3 August 2012 // URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op10.html> (data obrashhenija: 15.03.2016)

## Комментарий к диссертационным исследованиям по финансовому праву

**Аннотация.** В статье анализируются основные тенденции, связанные с развитием науки финансового права. В работе приводятся основные статистические данные, связанные с подготовкой и защитой кандидатских и докторских диссертаций по специальности 12.00.04 — финансовое право; налоговое право; бюджетное право.

**Ключевые слова:** наука финансового права, финансовое право, бюджетное право, налоговое право, денежное обращение, банковская деятельность, финансовый контроль.

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.72.11.223-228**

**В** 2009 г. вышла в свет работа, которая содержала перечень и анализ диссертационных исследований по финансовому праву, защищенных в период с конца 90-х гг. прошлого столетия до 2008 г. включительно<sup>1</sup>. В данной монографии обобщались проблемы, стоящие перед современной наукой финансового права, выявлялись тенденции ее развития. Проведенный анализ позволили также определить основные научные школы финансового права в России и странах ближнего зарубежья, которые уделяют значительное

внимание подготовке ученых и преподавателей в области финансового права.

В настоящее время подготовлена новая работа, содержащая основные положения диссертационных исследований по финансовому праву в период с 2008 по 2015 год. Анализ данных диссертаций позволяет сделать выводы о том, что наука финансового права постоянно развивается, но тенденции развития меняются.

За период с 1991 г. по 2007 г. включительно, то есть за 16 лет, было защищено около 550

<sup>1</sup> См.: Грачева Е. Ю., Щекин Д. М. Комментарий к диссертационным исследованиям по финансовому праву. М.: Статут, 2009. 1055 с.

© Грачева Е. Ю., Щекин Д. М., 2016

\* Грачева Елена Юрьевна, первый проректор, заведующий кафедрой финансового права Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор  
gracheva@msal.ru

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

\*\* Щекин Денис Михайлович, кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового права, МГУ имени М.В. Ломоносова, Управляющий партнер ООО «Щекин и партнеры»  
info@schekinlaw.ru

125009, Россия, г. Москва, Нижний Кисловский пер., д. 6, стр. 2

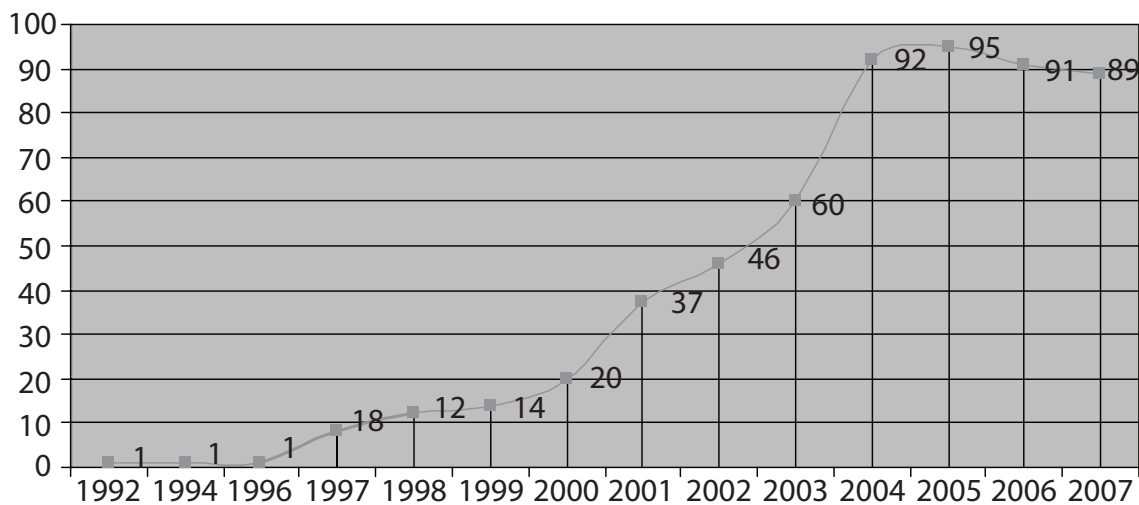


График 1. Динамика изменения числа диссертационных работ по финансовому праву за 1992—2007 гг.

диссертационных исследований по финансовому праву<sup>2</sup> с резким ростом числа защищаемых работ к середине 2000-х гг. с выходом на уровень примерно 90 защищаемых диссертаций в год.

На следующем этапе наметилась иная тенденция — снижение числа защищаемых диссертационных работ по финансовому праву. В период с 2008 по 2015 г. включительно, т. е. за 8 лет, было защищено 428 работ по финансово-правовой тематике<sup>3</sup>. На графике 2 наглядно видно, что пик числа защищенных работ пришелся на 2008 г. и составил 111 работ. Это огромное число. После этого происходит постепенное снижение числа защищаемых работ, что отражает процесс увеличения требовательности к их содержанию.

Эта тенденция отражает увеличение стандартов научной новизны и борьбу с описательным характером диссертационных исследований, а равно с плагиатом. Можно сказать, что повышение научной требовательности к диссертационным исследованиям в области финансового права зародилось в самой науке финансового права<sup>4</sup>.

Можно сказать, что в настоящее время требования к научной новизне диссертационного исследования не ниже стандартов советских времен, а возможно, даже превышают их. Значительное количество диссертационных исследований, даже будучи написанными, не проходят одобрения или на уровне научных руководителей, или на уровне кафедр тех вузов, где они готовятся, поскольку и для научного

<sup>2</sup> Эта цифра включает в себя и некоторые работы по иным отраслям права, в которых существенно представлен финансово-правовой материал, а также это число учитывает ряд диссертационных работ в ряде постсоветских стран. Более подробно см.: Грачева Е. Ю., Щекин Д. М. Указ. соч.

<sup>3</sup> Настоящее исследование сосредоточено главным образом на работах российских авторов. В данном издании представлены отдельные диссертационные исследования иных стран постсоветского пространства. Но нужно отметить, что события, которые произошли на Украине в 2014 г., привели к серьезному сворачиванию научных связей между представителями науки российского и украинского финансового права, что может вызывать только сожаление.

<sup>4</sup> В частности, в предыдущем комментарии к диссертационным исследованиям по финансовому праву авторы отмечали: «Все чаще встречаются научные работы без какой-либо научной новизны и оригинальности, со скудным списком литературы и выводами, которые не несут ничего нового. Встречается иногда и прямой плагиат в публикациях по финансовому праву» (см.: Грачева Е. Ю., Щекин Д. М. Указ. соч.).

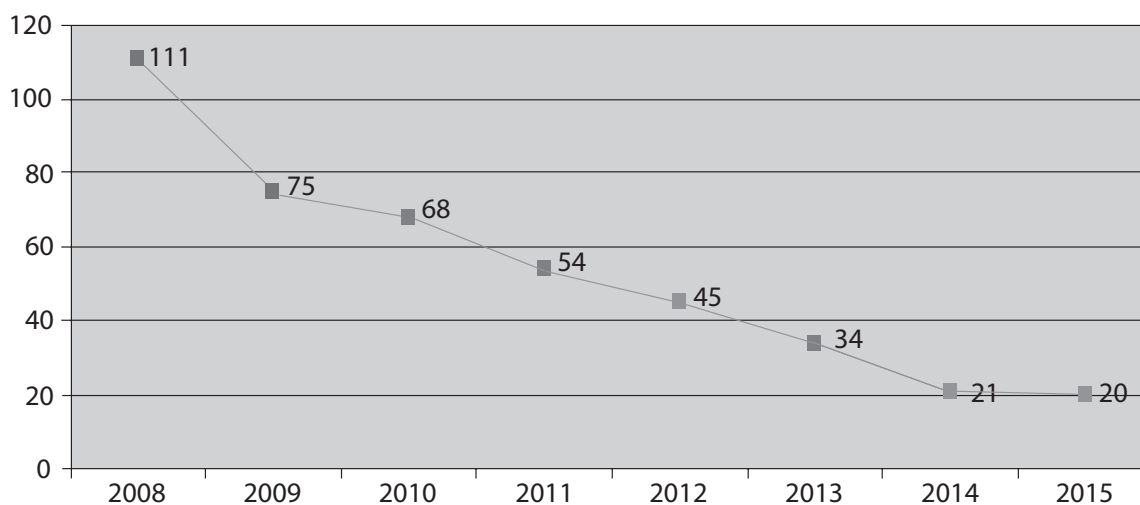


График 2. Динамика изменения числа диссертационных работ по финансовому праву за 2008—2015 гг.

руководителя, и для кафедры провал в защите диссертации является серьезным ударом по репутации. Поэтому на защиту в диссертационные советы выносятся только достойные работы. При этом как сами диссертационные советы, так и оппоненты (ведущие организации) стали проявлять существенно больше принципиальности в вопросах защиты диссертаций. Работает и система проверки диссертаций по системе «Антиплагиат».

Следует признать, что эти тенденции только оздоровили науку финансового права, поскольку убрали с горизонта изучения большое количество диссертационных работ, по своей сути таковыми не являющихся.

В настоящее время (2014—2015 гг.) с учетом нового уровня требований к диссертационным исследованиям количество защищаемых работ вышло на уровень около 20 работ в год. В будущем возможно постепенное увеличение числа защищаемых работ по финансовому праву, но уже на новом уровне требовательности к ним, и такое увеличение будет явно не несколько раз, как было в середине 2000-х гг.

Докторские диссертации являются наиболее значимым вкладом в развитие науки финансового права. К этим работам предъявляются особые требования. Докторская диссертация должна содержать в себе такие положения, которые являются фундаментальным

вкладом в развитие науки финансового права. Из общего числа диссертаций (428) докторские диссертации составили 38 работ, что составляет около 9 %. Схематично доля докторских диссертаций отражена на диаграмме 1.

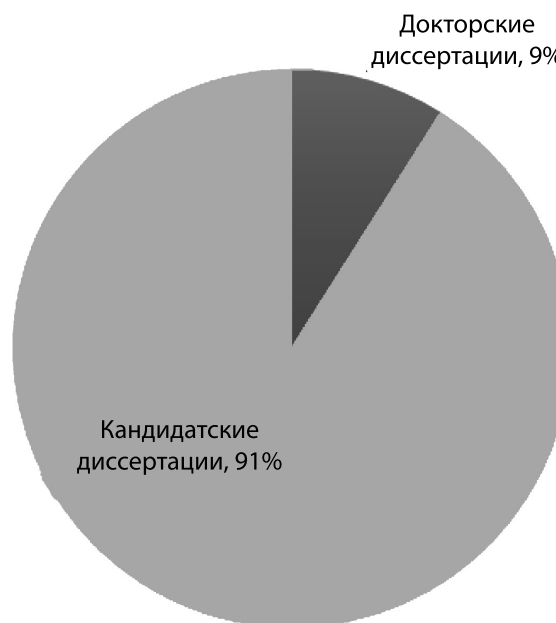


Диаграмма 1. Удельный вес кандидатских и докторских диссертаций по финансовому праву

Любопытно, что соотношение докторских и кандидатских диссертаций осталось неизменным и в сравнении с периодом 1992—2007 гг.

Там также количество докторских диссертаций в общем объеме защищенных диссертаций составляло 9 %<sup>5</sup>. Вероятно, этот процент составляет некую фундаментальную величину, отражающую соотношение докторов и кандидатов наук в науке финансового права. Возможно, в будущем эта пропорция будет меняться в сторону увеличения удельного веса докторских диссертаций, поскольку из многих сотен кандидатов наук, которые защитили свои работы в прошлом, определенное количество через 10—15 лет смогут подготовить докторские диссертации. Если же исходить из пропорции защиты докторских диссертаций в общем количестве защищенных диссертаций по финансовому праву — 9 %, то при среднем количестве защищаемых работ по финансовому праву 20 в год следует ожидать появления 2 новых докторов наук по финансовому праву ежегодно. Однако такие статистические экстраполяции могут быть лишь весьма приближительными.

В науке финансового права уже сложились свои научные школы. Отражением этого явления является количество подготовленных диссертаций по финансовому праву в отдельно взятом вузе или под руководством конкретного научного руководителя.

Лидерами по количеству подготовленных работ, как и за период 1992—2007 гг., стали Саратовская юридическая академия и Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА). В таблице 1 приведены вузы, подготовившие более 12 диссертационных работ.

Вклад ученого в развитие науки финансового права выражается не только в собственных работах, но еще и в научном руководстве (консультировании) при подготовке учениками диссертационных исследований. Поэтому очень показательны количество работ, которые были подготовлены под научным руководством того или иного ученого.

В таблице 2 приведены данные по научным руководителям (консультантам в отношении докторских диссертаций), под руководством которых число подготовленных работ за период 2008—2015 гг. превышает 4.

Главной тенденцией развития диссертационных исследований в области финансового права является углубление фундаментального характера исследований. Эта тенденция находит свое проявление в следующем.

Таблица 1

**Число диссертационных исследований по финансовому праву по вузам**

№ п/п	Вуз, в котором подготовлена диссертация	Количество диссертаций
1	Саратовская государственная юридическая академия	55
2	Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)	52
3	Всероссийская государственная налоговая академия Министерства финансов Российской Федерации	26
4	Институт государства и права Российской академии наук	24
5	Российский государственный университет правосудия	23
6	Московский государственный институт международных отношений (Университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации	22
7	Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»	19
8	Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова	12
9	Российская академия государственной службы при Президенте Российской Федерации (до 2010 г.)	12
10	Воронежский государственный университет	12

Во-первых, происходит увеличение объема изучаемого финансово-правового материала. Углубляется и осмысление новых финансово-правовых явлений, например анализируется правовой статус новых участников финансово-правовых отношений. Изменения бюджетного и налогового законодательства также дают

<sup>5</sup> Более подробно см.: Комментарий к диссертационным исследованиям по финансовому праву / Е. Ю. Грачева, Д. М. Щекин. М. : Статут, 2009.



основания для новых исследований. Авторы диссертационных работ стремятся проникнуть в суть изучаемых явлений, выявить логику развития финансово-правовых институтов, понять внутренние движущие механизмы образования и применения финансово-правовых норм.

Таблица 2

**Число диссертационных исследований по научным руководителям (консультантам)**

Научный руководитель (консультант)	Число работ
Грачева Е. Ю.	26
Запольский С. В.	21
Покачалова Е. В.	21
Химичева Н. И.	21
Толстопятенко Г. П.	12
Артёмов Н. М.	11
Кучеров И. И.	11
Сенцова (Карасёва) М. В.	10
Ялбулганов А. А.	10
Ашмарина Е. М.	7
Бакаева О. Ю.	7
Болтинова О. В.	7
Винницкий Д. В.	6
Костюков А. Н.	6
Крохина Ю. А.	6
Соколова Э. Д.	6
Горбунова О. Н.	5
Захарова Р. Ф.	5
Саттарова Н. А.	5
Козырин А. Н.	4
Попов В. В.	4
Хаменушко И. В.	4

Во-вторых, наблюдается расширение методологии изучения финансово-правовых явлений. Все чаще авторы не только обращаются к анализу самих норм права, но и задаются вопросами, почему правоприменительная практика испытывает те или иные сложности в реализации этих норм. Иными словами, действие финансово-правовых норм становится предметом анализа, который позволяет сформулировать практические рекомендации по

правильной настройке финансово-правовых механизмов регулирования общественных отношений. В русле этих методологических подходов авторы диссертационных исследований сталкиваются, в частности, с проблемой конфликта интересов различных участников финансовых правоотношений. Поиск правовых путей гармонизации таких интересов является важным направлением в диссертационных исследованиях. С другой стороны, всё большее методологическое признание получают (правильнее сказать — возвращают себе) диалектические приемы познания финансового права. Выявление в финансово-правовых явлениях единства и борьбы противоположностей, изучение финансово-правовых институтов в их диалектическом развитии (с учетом закона отрицания отрицания) становятся всё более распространены. Также нельзя не отметить широкое обращение авторов диссертационных исследований к работам по общей теории права и по иным отраслям права.

Обогащению диссертационных исследований в области финансового права способствует также более широкое привлечение зарубежного опыта. Если ранее (1992—2007 гг.) зарубежный опыт финансово-правового регулирования использовался системно только в отдельных работах, то в 2008—2015 гг. изучение зарубежного опыта, а также ссылки на работы зарубежных ученых стали встречаться повсеместно. Диссертационные исследования без такого анализа становятся скорее исключением.

В-третьих, авторы диссертационных работ по финансовому праву все больше обращаются к категории публичности тех или иных институтов финансового права. Это стремление нужно приветствовать, поскольку качественное обособление финансово-правового регулирования как раз и происходит с учетом такой публичности. Публичные денежные фонды, публичный интерес, публичный финансовый контроль, публичные доходы и публичные расходы и т.д. — все эти и другие категории финансового права с признаком «публичность» позволяют финансовому праву как отрасли публичного права найти истинные собственные основания и на них построить эффективную систему правового регулирования.

В-четвертых, сохраняется существенный интерес авторов диссертационных исследований к налоговому праву. Так, из 428 работ налого-

вому праву посвящено 176 работ, или 41 %. Примерно такая же доля диссертационных исследований по налоговому праву в общем объеме работ по финансовому праву была и за период 1992—2007 гг. — 45 %<sup>6</sup>. Тут видна тенденция более детального изучения отдельных налогово-правовых явлений, ранее малоизученных, например таких как парафискалитеты или аналогия в налоговом праве. Можно

констатировать, что происходит своеобразная «локализация» тем в изучении налогового права, что способствует углубленному анализу.

Сложно проанализировать более частные тенденции развития науки финансового права в отношении отдельных институтов и подотраслей финансового права, но следует признать один бесспорный факт — наука финансового права активно развивается.

*Материал поступил в редакцию 10 сентября 2016 г.*

### COMMENTARY TO DISSERTATION RESEARCH ON FINANCIAL LAW

**GRACHEVA Elena Yurievna** — First Vice-Rector, Head of the Department of Financial Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Doctor of Law, Professor  
gracheva@msal.ru  
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

**SCHEKIN Denis Mihailovich** — PhD in Law, Associate Professor at the Department of Financial Law, Lomonosov Moscow State University Managing Partner at ООО "Schekin and Partners".  
info@schekinlaw.ru  
125009, Russia, Moscow, Nizhny Kislovsky Side Street, 6, build. 2

**Review.** *The article analyses the main trends in the development of science of financial law. The work provides basic statistical data related to the preparation and defense of candidate and doctoral theses, special field 12.00.04 — Financial Law; Tax Law; Budget Law.*

**Keywords:** *the science of financial law, financial law, budget law, tax law, money, banking, fiscal control.*

---

<sup>6</sup> Более подробно см.: Грачева Е. Ю., Щекин Д. М. Указ. соч.

## УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала: [arpr-msal.ru](http://arpr-msal.ru)

1. В журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются авторы — ведущие специалисты, ученые и практики. При прочих равных условиях преимущественное право на опубликование имеют:
  - профессорско-преподавательский состав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) — перед сотрудниками иных вузов и научных учреждений;
  - лица, имеющие ученые степени, — перед аспирантами и соискателями.
3. Один автор может опубликовать в течение года не более трех своих статей. Все исключения необходимо заранее согласовывать с редакцией.
4. Направление автором статьи для опубликования в Журнале считается акцептом, т.е. согласием автора на заключение Лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Актуальные проблемы российского права». Содержание договора опубликовано на сайте журнала, в разделе «Авторам».
5. Автор направляет в редакцию журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
6. Требования к содержанию и объему статьи:
  - объем статьи должен составлять от 15 до 25 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 10–15 страниц А4 (шрифт — Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полуторный, абзацный отступ — 1,25 см, поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с редакцией журнала;
  - статья должна быть написана на актуальную тему, отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;
  - в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
  - материал, содержащийся в статье, не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых содержит воспроизведение нормативного материала, будут отклоняться);
  - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
  - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования.
7. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
8. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например, с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный. Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Ссылки на иностранные источники следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке.

Ссылки на электронные ресурсы следует оформлять в соответствии с библиографическим ГОСТом 7.82–2001. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, полный адрес местонахождения ресурса и в круглых скобках дату последнего посещения веб-страницы.
9. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.1-2003. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Научное редактирование: *М. В. Баукина*

Корректурa: *А. Б. Рыбакова*

Компьютерная верстка: *Т. В. Серёгина*

Подписка на журнал возможна с любого месяца

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11178

**Вниманию наших авторов!**

*Отдельные материалы журнала размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «ГАРАНТ».*

*При использовании опубликованных материалов журнала ссылка*

*на «Актуальные проблемы российского права» обязательна.*

*Полная или частичная перепечатка материалов допускается только*

*по письменному разрешению авторов статей или редакции.*

*Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.*

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору за соблюдением законодательства  
в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия

ПИ № ФС77-125128 от 28 июля 2006 г.

ISSN 1994-1471

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

Адрес редакции: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Тел.: (499) 244-85-56. E-mail: [actprob@msal.ru](mailto:actprob@msal.ru)

Сайт: [http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific\\_journals/](http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific_journals/)

Подписано в печать 30.11.2016 г. Объем: 26,74 усл.печ.л., формат 60x84/8.

Тираж 250 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная.

Отпечатано в Издательском центре Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)