

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ № 4 (65) АПРЕЛЬ 2016

РОССИЙСКОГО ПРАВА

Ежемесячный научный журнал.

Издается как СМИ с 2006 г.

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 и воспитательной 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. Sadovo-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.

**CHERNISHOVA
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

ЮБИЛЕЙ МОСКОВСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО ЮРИДИЧЕСКОГО УНИВЕРСИТЕТА ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)

- Нарутто С. В.** *Научные воззрения профессоров МГЮА о предмете конституционного права* 11

СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

- Исаев И. А.** *Падение суверенитетов: обратная перспектива. Часть 1* 24

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ И МЕСТНОЕ САМОУПРАВЛЕНИЕ

- Ильин А. В.** *Парламент и эффективное распределение бюджетных средств* 40
Коновальчикова С. С. *Проблемы соблюдения конституционных прав граждан органами государственной власти и местного самоуправления в градостроительной деятельности по развитию застроенной территории* 47

ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ И АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

- Симонова С. В.** *Воссоединение семей как вектор современной миграционной политики: проблемы внедрения и перспективы совершенствования.* 53
Быстрова О. А. *Административно-правовое регулирование музейной деятельности.* 62

ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

- Цареградская Ю. К.** *Теоретико-правовые основы государственного долга Российской Федерации: сущность, содержание и функции* 69

БАНКОВСКАЯ СИСТЕМА И БАНКОВСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

- Чуб Д. В.** *Когда имеет место добровольный платеж в порядке посредничества по векселю?* 77
Лауэ К. *Правовая природа норм об оказании платежных услуг.* 86

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В ИНФОРМАЦИОННОЙ СФЕРЕ

- Рассолов И. М.** *Информационное право и информационное законодательство в условиях инновационного развития* 92
Баринов С. В. *О правовом определении понятия «информационная безопасность личности»* 97

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

- Никитин А. В.** *О правах требования исполнившего обязательство поручителя к другим поручителям* 106
Файзрахманов К. Р. *Признание права или обременения отсутствующим в системе способов защиты вещных прав* 114

ГРАЖДАНСКОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

- Манташян А. О.** *Срок для добровольного исполнения требований неимущественного характера* 123

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

- Малкина В. И.** *Корпоративный конфликт в современной России: понятие и актуальные вопросы правового регулирования* 131
- Измайлов Р. Р.** *Правовые проблемы лицензирования деятельности по управлению многоквартирными домами* 137

ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ И СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ

- Зайцева Л. В.** *Конфликт интересов в трудовых отношениях с участием представителей: проблемы и пути их преодоления* 143
- Егоров С. А.** *Законодательные новации в сфере разработки и применения профессиональных стандартов* 150

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

- Газданова Е. К.** *Неоднозначность законодательного подхода к уголовно-правовой оценке состояния опьянения* 156
- Пачулия Г. Т.** *Проблемные вопросы определения понятия «сексуальная эксплуатация человека» и его уголовно-правовое значение* 161

ИСПОЛНЕНИЕ НАКАЗАНИЙ

- Бочкарев В. В.** *Совершенствование использования в исправительных учреждениях инженерно-технических средств* 168
- Горбань Д. В.** *Прогрессивная система исполнения и отбывания исправительных работ* 176

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Кожеуров Я. С.** *«Эффективный всеобщий контроль» в практике Европейского Суда по правам человека: «империализм прав человека» или большая путаница?* 184
- Козинец Н. В.** *Проблемы международного сотрудничества в сфере регулирования трансграничной электронной торговли в контексте деятельности международных организаций* 194

КОНФЕРЕНЦИИ

- Ершова И. В., Тарасенко О. А.** *Стратегия развития российской экономики и задачи науки предпринимательского права* 203
- Гордеева Е. М.** *Третья конференция Европейского форума экологического права «Эффективность экологического права»* 212

CONTENTS

ANNIVERSARY OF KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY (MSAL)

- Narutto S. V.** *Scientific points of view of the MSAL professors on the subject of constitutional law* 11

PAGES OF HISTORY

- Isaev I. A.** *The fall of sovereignties: the reverse perspective. Part 1.* 24

STATE AUTHORITY AND MUNICIPAL GOVERNMENT

- Ilyin A. V.** *The Parliament and the efficient allocation of budget funds* 40
- Konovalchikova S. S.** *Problems of Observing Constitutional Rights of Citizens by the Bodies of State Authority and Local Self-government in Urban Planning of Built-up Area Development* 47

STATE GOVERNMENT AND ADMINISTRATIVE PROCESS

- Simonova S. V.** *Family reunification as the tendency of contemporary migration policy: problems of implementation and perspectives of improvement* 53
- Bystrova O. A.** *Administrative Law Regulation of Museum Activities* 62

FINANCIAL LAW

- Tsaregradskaia J. K.** *Theoretical and Legal Framework of State Debt of the Russian Federation: Essence, Content and Functions* 69

BANK SYSTEM AND BANKING

- Chub D. V.** *When do Voluntary Payments Through Mediation under the Promissory Note Take Place?* 77
- Laue C.** *The Legal Nature of the Rules on Providing Payment Services* 86

LEGAL REGULATION OF INFORMATION SPHERE

- Rassolov I. M.** *Information Technology Law and Information Technology legislation under the conditions of innovative development* 92
- Barinov S. V.** *On the Legal Definition of "The Information Security of the Person"* 97

CIVIL LAW

- Nikitin A. V.** *On Claims of a Guarantor Who has Performed his Obligations against Another Guarantors* 106
- Faizrakhmanov K. R.** *Acknowledgement of the Right or Encumbrance as Missing in the System of Proprietary Rights Protection* 114

CIVIL AND ADMINISTRATIVE PROCEDURE

- Mantashian A. O.** *The Deadline for Voluntary Execution of Non-monetary Claims* 123



ENTERPRENUAL AND CORPORATIVE LAW ПРАВО

- Malkina V. I.** *Corporate Conflict in Modern Russia: the Concept and Topical Issues of Legal Regulation* 131
- Izmailov R. R.** *Legal Problems of Licensing the Activities of Apartment Buildings Management* 137

LABOUR RELATIONS AND SOCIAL SECURITY

- Zaitseva L. V.** *Conflict of Interest in Labor Relations with Participation of Representatives: Problems and Solutions* 143
- Egorov S. A.** *Legislative innovations in the Field of Development and Application of Professional Standards* 150

CRIMINAL LAW

- Gazdanova Ye. K.** *Ambiguity of Legislative Approaches to Criminal Evaluation of Intoxication* 156
- Pachuliya G. T.** *The Issues of Identifying the Concept of "Sexual Exploitation of a Person" and its Criminal Value* 161

EXECUTION OF A PUNISHMENT

- Bochkarev V. V.** *Improvements in the Use of Technical Means in Prisons* 168
- Gorban' D. V.** *Progressive System of Execution and Correctional Labor* 176

INTERNATIONAL LAW

- Kozheurov Ya. S.** *"An Effective Global Control" in the Practice of the European Court of Human Rights: "Human Rights Imperialism" or a Great Deal of Confusion?* 184
- Kozinets N. V.** *Problems of international cooperation in the regulation of cross-border e-commerce in the context of international organizations.* 194

CONFERENCES

- Ershova I. V., Tarasenko O. A.** *Strategy of development of the Russian economy and the challenges of business law science* 203
- Gordeeva Ye. M.** *Third Conference of the European Forum on Environmental Law "Environmental Law Efficiency"* 212

ЮБИЛЕЙ МОСКОВСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО ЮРИДИЧЕСКОГО УНИВЕРСИТЕТА ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)

С. В. Нарутто*

Научные воззрения профессоров МГЮА о предмете конституционного права

***Аннотация.** Автор обращается к анализу наиболее дискуссионного вопроса науки конституционного права — о предмете конституционного права как отрасли права, исследованию которого посвящали свои труды профессора кафедры конституционного (ранее — государственного) права МГЮА — Я. Н. Уманский, А. А. Безуглов, А. Х. Махненко, О. Е. Кутафин, Е. И. Козлова, Н. А. Михалева, В. И. Фадеев. Их взгляды на содержание, характер и особенности предмета конституционного права в основном совпадали и служат сегодня базой для развития конституционно-правовой науки современными учеными кафедры — приверженцами одной научной школы в вопросах предмета конституционного права.*

В статье характеризуются особенности предмета конституционного права, отличающие его от иных отраслей права. Автор обосновывает двойственный характер предмета конституционного права. Анализируя различные мнения ученых, выражающиеся прежде всего в узком или широком подходе к определению предмета конституционного права, автор отмечает, что приверженцы научной школы О. Е. Кутафина и Е. И. Козловой в содержании предмета выделяют основы конституционного строя Российской Федерации, основы правового статуса личности, федеративное устройство, систему государственной власти и систему местного самоуправления.

Подвергаются критике взгляды ученых, считающих закрепление в Конституции основ общественного строя тоталитарной традицией, а также мнение о конституционном праве не только как об «обычной» отрасли права, но и как об «общей части всего российского права», имеющей «совокупный предмет всех отраслей российского права». Кроме того, критикуется подход к конституционному праву как «интегрирующей», комплексной отрасли права, возникшей в результате интеграции смежных институтов и отраслей права, как «общей части всех отраслей права», «сверхотрасли».

В статье также затрагивается проблема отграничения конституционного права от иных отраслей права, отдельные институты которых тесно соприкасаются с институтами конституционного права.

Обращается внимание на изменение предмета конституционного права на разных этапах развития государства, обосновывается мнение о том, что современное содержание предмета конституционного права существенно обновилось и расширилось, объясняются причины этого явления.

© Нарутто С. В., 2016

* Нарутто Светлана Васильевна, доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА)

svetanarutto@yandex.ru

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Ключевые слова: предмет конституционного права, особенности, отрасль, властеотношения, закрепляет основы, регулирует отношения, двойственный характер, субъекты, законодательство.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.011-023

В теории права сложилось понимание предмета и метода правового регулирования любой отрасли права как отличительных признаков отраслей¹, хотя к таким чертам отраслей могут относиться также субъекты права, специфика правоотношений, особые правовые режимы², включая особый порядок возникновения и формирования содержания прав и обязанностей, их осуществления, специфику санкций, способы их реализации, а также действия единых принципов, общих положений, распространяющихся на данную совокупность норм³.

Предмет отрасли показывает, какие общественные отношения регулирует данная отрасль права, а метод — какими способами, средствами, приемами регулируются данные общественные отношения. Каждая отрасль имеет свой собственный предмет регулирования, который традиционно выступает «главным, ведущим

критерием разграничения российского права на отрасли»⁴. При этом общественные отношения, образующие предмет отрасли права, отличаются устойчивостью, повторяемостью, государственной заинтересованностью в их урегулировании правом, охране и защите, а также способностью к контролю со стороны государства.

Таким образом, вопрос о предмете той или иной отрасли права как совокупности качественно однородных общественных отношений является наиболее принципиальным, поскольку позволяет отграничить исследуемую отрасль от иных отраслей права, правильно квалифицировать государственно-правовые явления и решать юридические проблемы.

К изучению предмета конституционного права обращались многие выдающиеся ученые дореволюционного периода⁵, советские⁶ и современные ученые⁷, причем, как отмечал

¹ См.: Алексеев С. С. Теория права. М. : БЕК, 1995. С. 211—212.

² См.: Синюков В. Н. Российская система права. Введение в общую теорию. 2-е изд., доп. М. : Норма, 2010. С. 403.

³ См.: Алексеев С. С. Указ. соч. С. 191.

⁴ См.: Синюков В. Н. Указ. соч. С. 400.

⁵ См. об этом: Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. М. : Юристъ, 2001.

⁶ См., напр.: Гурвич Г. С. Некоторые вопросы советского государственного права // Сов. государство и право. 1957. № 12 ; Коток В. Ф. О предмете советского государственного права // Вопросы советского государственного права. М., 1959 ; Лепешкин А. И. Курс советского государственного права. М., 1961 Т. 1 ; Лепешкин А. И., Махненко А. Х., Щетинин Б. В. О понятии, предмете и источниках государственного права // Правоведение. 1965. № 1 ; Равин С. М. Основные особенности советского государственного права // Правоведение. 1961. № 1 ; Уманский Я. Н. Советское государственное право : учеб. пособие. М., 1955 ; Фарбер И. Е. Проблемы предмета государственного права // Проблемы конституционного права. Саратов, 1986.

⁷ См.: Авакьян С. А. Конституционное право России. Учебный курс : учеб. пособие : в 2 т. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Норма : Инфра-М, 2010 ; Авдеенкова М. П., Дмитриев Ю. А. Конституционное право Российской Федерации : курс лекций. М., 2002. Ч. I : Основы теории конституционного права ; Дмитриев Ю. А., Мухачев И. В. Понятие, предмет и метод конституционного права Российской Федерации: от исторических истоков к современности. М., 1998 ; Козлова Е. И. К вопросу о предмете конституционного права Российской Федерации: современный формат дискуссии // Государство и право: вызовы XXI века : материалы междунар. науч.-практ. конференции (Кутафинских чтений). М. : Элит, 2009 ; Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России : учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М. : ТК Велби, Проспект, 2009 ; Конституционное право : учебник для бакалавров / отв. ред. В. И. Фадеев. М. : Проспект, 2013.

В. И. Фадеев, в советский период, начиная с 50-х годов, в течение более 30 лет активно велась дискуссия по этой проблеме⁸. В дискуссии о предмете отрасли живое участие принимали профессора кафедры конституционного (ранее — государственного) права МГЮА — Я. Н. Уманский, А. А. Безуглов, А. Х. Махненко, О. Е. Кутафин, Е. И. Козлова, Н. А. Михалева, В. И. Фадеев. И в настоящее время не утихают споры вокруг предмета конституционного права России, особенностей субъектов конституционных правоотношений. Как отмечает Н. С. Бондарь, «трудно найти другую, более неблагоприятную (но, хочется надеяться, не бесперспективную с точки зрения исследования) проблему, чем анализ предмета конституционного права»⁹. И в дополнение к этому утверждению приводит утверждение В. Е. Чиркина о том, что ни в одной другой стране не ломается столько копий по вопросу о предмете конституционного права, как у нас¹⁰. Не остаются в стороне от современных проблем этой темы и молодые ученые кафедры конституционного права¹¹ — приверженцы одной научной школы в вопросах предмета конституционного права, служащего, по мнению Е. И. Козловой, обеспечению «организационного и функционального единства общества»¹².

Предмет государственного права большинство русских исследователей дореволюционного периода «сводили к отношениям государственного властвования», хотя А. С. Алексеев относил к предмету отрасли еще и правовое

положение граждан¹³. В советский период ряд исследователей также видели специфику государственно-правовых отношений в том, что они складываются исключительно в связи с осуществлением государственной власти. Вместе с тем другие ученые исходили из того, что отношения, составляющие предмет государственного права, охватывают организацию экономической системы государства, общественно-политического и государственного строя. В постсоветский период также не было единства в понимании предмета конституционного права, хотя все ученые единодушно подчеркивали его высокий политический потенциал¹⁴.

По мнению Е. И. Козловой, конституционное право регулирует отношения, складывающиеся во всех сферах жизнедеятельности общества: политической, экономической, социальной, духовной и пр. Однако к предмету конституционного права она относил не все отношения в этих сферах, а лишь базовые, основополагающие. Это четыре группы отношений:

- 1) общественные отношения, определяющие принципы, на которых основано устройство государства и общества, и выражающие качественную характеристику государства: суверенитет, форму правления, форму государственного устройства, субъекты государственной власти и способы ее реализации, т.е. общие основы функционирования всей политической системы общества;

⁸ Фадеев В. И. Предмет конституционного (государственного) права России: история и современность (статья первая) // Актуальные проблемы конституционного и муниципального права : сб. статей, посвящ. 75-летию со дня рожд. акад. О. Е. Кутафина / отв. ред. В. И. Фадеев. М., 2012 ; Он же. О новых подходах к преподаванию конституционного и муниципального права в условиях уровневого образования // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 4.

⁹ Бондарь Н. С. Российское конституционное право в ценностном измерении: как правовой отрасли, юридической науки, учебной дисциплины // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 11. С. 4—13.

¹⁰ См.: Чиркин В. Е. Об объекте конституционного регулирования // Государство и право. 2005. № 4. С. 5.

¹¹ См., напр.: Зенин С. С. Народ как особый субъект конституционно-правовых отношений в Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 9. С. 16—21.

¹² Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Указ. соч. С. 16.

¹³ См.: Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. С. 9—10.

¹⁴ См., напр.: Автономов А. С. Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник. М., 2006. С. 14—16, 18—19 ; Кондратьева М. А. Политические отношения в предмете конституционного права // Конституционное и муниципальное право. 2010. № 7. С. 2—5 ; Лучин В. О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М., 2002. С. 101.

- 2) общественные отношения, связанные с установлением допускаемых и охраняемых государством форм собственности, гарантий защиты прав собственников, способов хозяйственной деятельности, охраны труда, провозглашения определенной системы обеспечения социальных потребностей членов общества в области образования, культуры, науки, охраны природы, здоровья и т.п.;
- 3) общественные отношения, которые определяют основы взаимоотношений человека с государством, т.е. главные принципы, характеризующие положение человека в обществе и государстве, гражданство, а также основные неотъемлемые права, свободы и обязанности человека и гражданина;
- 4) общественные отношения между Федерацией и ее субъектами, отношения, связанные с основными принципами системы органов государственной власти и системы органов местного самоуправления, а также отношения, связанные с законодательными (представительными) органами государственной власти и органами местного самоуправления¹⁵.

О. Е. Кутафин, анализируя различные точки зрения, высказанные относительно предмета конституционного права, отмечал, что «все они в той или иной мере вносят позитивный вклад в исследование рассматриваемой проблемы». Со многими из них Олег Емельянович полемизировал, разделяя позицию Я. Н. Уманского и Е. И. Козловой о том, что предмет конституционного права складывается из двух групп общественных отношений, в чем проявляется особенность конституционно-правового регулирования общественных отношений. К первой группе они относили общественные отношения из тех сфер жизни общества, которые конституционное право регулирует непосред-

ственно и в полном объеме, а ко второй — лишь основополагающие общественные отношения, т.е. такие, которые определяют содержание остальных отношений в этих сферах¹⁶.

Предмет конституционного права имеет особенности, отличающие его от иных отраслей права и, более того, ставящие, по словам В. И. Фадеева, «эту отрасль в центр всей системы права»¹⁷.

Во-первых, конституционное право закрепляет и регулирует отношения, складывающиеся практически во всех сферах жизнедеятельности общества: политической, экономической, социальной, духовной. Другие отрасли права воздействуют на общественные отношения в какой-либо одной сфере жизни. Конституционным правом, как справедливо отмечал О. Е. Кутафин, охватывается не весь комплекс общественных отношений в данных сферах, а только те из них, которые являются базовыми для всех других отношений определенной сферы и определяют содержание всех остальных отношений в этой сфере. «Данные отношения не являются обязательным атрибутом предмета конституционного права. Они становятся элементом предмета конституционного права только тогда, когда в этом заинтересовано государство, что выражается в соответствующих нормах права, содержащихся в таких основополагающих актах, как конституция, или других актах, имеющих учредительный характер»¹⁸. В силу этого объем отношений, охватываемых предметом конституционного права, исторически меняется. «Это особенно заметно на историческом изменении предмета конституционного права в России на протяжении XX века»¹⁹.

Во-вторых, предметом конституционного права, его, по словам О. Е. Кутафина, «обязательным атрибутом»²⁰, являются основополагающие отношения — властеотношения,

¹⁵ См.: Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России. М., 1998. С. 6—9.

¹⁶ См.: Уманский Я. Н. Советское государственное право. М., 1970. С. 5; Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Указ. соч. С. 6.

¹⁷ Фадеев В. И. О новых подходах к преподаванию конституционного и муниципального права в условиях уровневого образования // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 4. С. 34.

¹⁸ См.: Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. С. 25.

¹⁹ Осавельюк А. М. Эволюция предмета отрасли конституционного права // Мировой судья. 2014. № 1. С. 10.

²⁰ Осавельюк А. М. Указ. соч. С. 10.

которые придают системность и целостность обществу, единство государственной власти, основанной на общих политических, социально-экономических и духовных началах. Как писала Е. И. Козлова, «предметом конституционного права являются такие отношения, которые можно назвать базовыми, основополагающими. Они образуют как бы фундамент всего здания сложной системы социальных связей, подлежащих правовому воздействию. Эти базовые отношения — системообразующие, оформляющие целостность общества, его единство как организованной и функционирующей структуры, основанной на общих началах политического, экономического и социального устройства. В силу такого всеобъемлющего характера общественных отношений, являющихся предметом конституционного права, они отличаются большим многообразием, представляют сложную систему»²¹.

В-третьих, в центре предмета конституционного права — человек, его права и свободы, система государственной власти, взаимоотношения личности и государства, функционирования гражданского общества. При этом, как отмечается в литературе, исходным и важнейшим ориентиром в понимании роли государства во взаимоотношениях «государство — общество — человек» становится человек, его права и свободы, а общество рассматривается как основное связующее звено между человеком и государством²².

В-четвертых, конституционно-правовые отношения разнообразны, в них участвует обширный круг субъектов, среди которых много специфических — народ, органы государства, органы местного самоуправления, избирательные комиссии, кандидаты в депутаты, депутаты, политические партии, фракции, внутрифракционные группы, собрания граждан и др.²³ По верному утверждению Е. И. Козловой, некото-

рые субъекты конституционно-правовых отношений не могут быть участниками других видов правоотношений. Кроме того, круг этих субъектов характеризуется большим разнообразием, что создает многослойные юридические связи между ними, устанавливаемые зачастую через цепь взаимосвязанных между собой правоотношений²⁴.

В-пятых, конституционно-правовое регулирование общественных отношений в различных сферах жизни неодинаково по своему объему. В одних сферах жизни общества нормы конституционного права закрепляют лишь основы общественных отношений. В полном объеме регулирование этих сфер осуществляется другими отраслями права. Так, в сфере экономической жизни общества предметом конституционного права являются только те отношения, которые характеризуют основные начала и принципы экономики, формы собственности. В более полном объеме экономические отношения регулируются гражданским, предпринимательским, финансовым правом. В политической сфере конституционное право охватывает более широкий комплекс общественных отношений, связанных с устройством государства, организацией государственной власти, всей политической системы общества²⁵. Невзирая на то что многие ученые-административисты относят институт Президента РФ к своей отрасли, Е. И. Козлова отмечала, что «полно охватываются конституционно-правовым регулированием и общественные отношения, связанные с функционированием института главы государства — Президента Российской Федерации»²⁶. В то же время детальное регулирование статуса Правительства РФ, глав субъектов РФ, высших органов исполнительной власти субъектов РФ осуществляется административным правом, а к предмету отрасли конституционного права относятся «только те отношения, в которых выражаются

²¹ Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Указ. соч. С. 16.

²² См.: Богданова Н. А. К новой концепции преподавания конституционного права // Государство и право. 1994. № 7. С. 12—13.

²³ См. также: Кутафин О. Е. Субъекты конституционного права Российской Федерации как юридические и приравненные к ним лица. М. : Прогресс, 2007.

²⁴ См.: Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России. С. 15.

²⁵ См.: Нарутто С. В., Таева Н. Е., Шугрина Е. С. Конституционное право России : учебник для бакалавров. М. : РИОР: Инфра-М, 2013. С. 6.

²⁶ Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России. С. 7.

конституционные основы, главные принципы, определяющие порядок формирования, статус исполнительных органов»²⁷.

Анализ пятой особенности предмета показывает различную степень воздействия конституционно-правовых норм на общественные отношения — закрепление основ и непосредственное урегулирование, в связи с чем ученые выделяют две основные группы общественных отношений: общие и более конкретные²⁸. С учетом этого можно утверждать, что предмет конституционного права характеризуется двойственным характером, или, как точнее выразился О. Е. Кутафин, развивая идею И. Д. Левина, «конституционное право имеет своим предметом как бы двуединый объект регулирования»²⁹. При этом реализация общих конституционных установлений не всегда сопряжена с возникновением конкретных правоотношений. Она осуществляется в рамках правоотношений общего характера³⁰.

В-шестых, на отношения, составляющие предмет конституционного права, влияет то, что данная отрасль права «по своей природе сочетает в себе элементы частного и публичного права»³¹, то есть является, по словам Н. С. Бондаря, «отраслью публично-частного права»³².

В общих чертах содержание предмета конституционного права составляют: основы конституционного строя Российской Федерации; основы правового статуса личности; федеративное устройство; система государственной власти и система местного самоуправления. Такого мнения придерживаются приверженцы научной школы О. Е. Кутафина и Е. И. Козловой³³.

При этом отношения, определяющие основы конституционного строя, выражающие качественную характеристику государства, яв-

ляются определяющими для всех других общественных отношений, связанных с устройством общества и государства. Отношения, определяющие основы правового статуса человека и гражданина, являются исходными для всех остальных общественных отношений, возникающих между людьми и определяющих положение человека в обществе и государстве. Отношения, касающиеся основных принципов системы органов государственной власти, а также органов местного самоуправления, являются определяющими для обеспечения управления обществом³⁴.

Многие известные ученые в основном разделяют воззрения О. Е. Кутафина и Е. И. Козловой. Так, С. А. Авакьян пишет, что предмет конституционного права образуют «наиболее фундаментальные общественные отношения, которыми характеризуются: основы конституционного (общественного) строя российского государства, сущность и формы власти народа; основы правового положения личности; государственное устройство России; система, порядок формирования, принципы организации и механизм деятельности органов государственной власти и местного самоуправления»³⁵. В. Е. Чиркин, называя предмет конституционного права объектом данной отрасли, относит к нему «прежде всего наиболее значимые, важнейшие общественные отношения: основы жизни общества, государства, коллектива, личности. <...> Конституционное право регулирует основы социально-экономической структуры общества, его политической системы, духовной жизни и правового статуса личности»³⁶.

Диссонансом звучит мнение М. В. Баглая, которое критиковали Е. И. Козлова и О. Е. Кутафин, о том, что предмет конституционного

²⁷ Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России. С. 7.

²⁸ Конституционное право России : учебник. М. : Эксмо, 2010. С. 13.

²⁹ Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. С. 308.

³⁰ Указ. соч. С. 309.

³¹ Указ. соч. С. 44.

³² Бондарь Н. С. Российское конституционное право в ценностном измерении: как правовой отрасли, юридической науки, учебной дисциплины // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 11. С. 4—13.

³³ См.: Конституционное право : учебник для бакалавров / отв. ред. В. И. Фадеев. С. 16—21.

³⁴ См. об этом: Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. С. 25—28.

³⁵ Авакьян С. А. Конституционное право России. Учебный курс. Т. 1. С. 22.

³⁶ Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран. М. : Юристъ, 1997. С. 6.

права охватывает всего лишь две основные сферы общественных отношений: охрану прав и свобод человека (отношения между человеком и государством); устройство государства и государственной власти (властеотношения), а отнесение к предмету конституционного права «отношений человека с обществом», «закрепление основ общественного строя», «установление принципов гражданского общества» — это дань традиции со времен, «когда в условиях тоталитаризма признавалось государственное руководство обществом»³⁷. Безусловно, в центре предмета конституционного права сегодня отношения человека и власти, общества и государства. Сошлемся на мнение Ю. А. Тихомирова: «Образ правового государства меняет ориентацию отрасли и науки конституционного права, увводя от сугубо государствоведческой проблематики (по сути, государственного строительства) и в большей степени обращаясь к правам и свободам человека и гражданина, институтам гражданского общества (по сути, гуманитарному, “общественному” праву)»³⁸. Однако для обеспечения прав и свобод человека и гражданина, формирования гражданского общества государство в конституции должно сформулировать основополагающие принципы, которым должны следовать само государство и его граждане. Именно в этой сфере существенно расширились границы традиционного конституционно-правового регулирования.

По поводу отношений, основы которых закреплены в главе 1 Конституции РФ, Е. И. Козлова пишет: «Основополагающие общественные отношения, определяющие устройство государства, общества и закрепляющие их нормы гл. 1 Конституции РФ, обобщаются понятием “основы конституционного строя”»³⁹. Именно эти базовые нормы устанавливают начала устройства общества и государства, и, как указывала Е. И. Козлова, «определяют сущностное содержание правового воздействия на все сферы общественных отношений,

все стороны социальной реальности; нормам рассматриваемого института не могут противоречить никакие другие положения Конституции РФ»⁴⁰.

О. Е. Кутафин и Е. И. Козлова, определяя предмет конституционного права, опирались на Конституцию России и законодательство, называя исходной предпосылкой анализ «самого конституционно-правового законодательства, которое охватывает действующую Конституцию и законы, традиционно относящиеся к конституционному праву»⁴¹. И эта позиция, безусловно, верная. Предмет конституционного права берет свой исток из Конституции, не может выводиться без опоры на анализ Конституции Российской Федерации и конституционно-правового законодательства. Поэтому Е. И. Козлова определяет предмет как «регулирование того комплекса общественных отношений, посредством которых обеспечивается организационное и функциональное единство общества как государственно организованного, основанного на единых принципах социума, что воплощается в регулировании основ конституционного строя, основ правового статуса человека и гражданина, федеративного устройства, системы государственных органов и системы местного самоуправления»⁴².

В. И. Фадеев писал, что из специфики общественных отношений, которые составляют предмет конституционного права, порождаются особые функции этой ведущей отрасли права. Функции конституционного права, по мнению ученого, «дают ключ к пониманию специфики его предмета. Их реализация возможна только в рамках единого предмета этой уникальной отрасли права — конституционного права. Уникальность предмета конституционного права обуславливает функцию обеспечения “организационного и функционального единства общества” (Е. И. Козлова), установления “конституционно-правового фундамента” устройства жизни общества и государства (С. А. Авакьян). Ни одна из отраслей права не

³⁷ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации. М., 1999. С. 6.

³⁸ Конституционное законодательство России / под ред. Ю. А. Тихомирова. М., 1999. С. 18—24.

³⁹ Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России. С. 8.

⁴⁰ Указ. соч. С. 17.

⁴¹ Козлова Е. И. К вопросу о предмете конституционного права Российской Федерации. С. 4.

⁴² Указ. соч. С. 5.

претендует на выполнение этой задачи»⁴³. Кроме того, В. И. Фадеев, характеризуя предмет конституционного права, связывает с ним и такие основные функции данной отрасли права, которые выражаются в ограничении пределов власти государства, установлении его обязанности перед обществом, личностью в целях обеспечения свободы и порядка в обществе, прав и обязанностей человека и гражданина, а также в обеспечении конституирования, легитимации и осуществлении народом (непосредственно и через своих полномочных представителей) публичной власти в государстве⁴⁴.

Ученые с кафедры не возражали и против других подходов в определении предмета конституционного права, в характеристике его особенностей, понимая значение дискуссии для всестороннего исследования научной проблемы. Вместе с тем, когда затрагивались наиболее существенные аспекты, они стояли на принципиальных позициях. Так, Е. И. Козлова считала допустимыми иные подходы «в том случае, если [они] не затрагивают, не меняют конституционно выраженную систему отрасли, выявляющую ее сущностную характеристику»⁴⁵.

Например, в конституционном праве нередко выделяют государственное право, нормы которого регулируют отношения, в которых участвуют органы государственной власти и органы местного самоуправления. Данный подход сущностно не меняет сложившиеся представления о системе конституционного права и его предмете.

Но высказываются и другие мнения, ломающие традиционные подходы не только к предмету конституционного права, но и к отраслевому делению права. В частности, А. Н. Кокотов, помимо отнесения к предмету конституционного права известных общественных отношений, полагает, что данная отрасль права определяет структуру российского

права, его цели, принципы и отраслевые ценности, что в конечном счете обеспечивает их согласованное, непротиворечивое действие. По мнению А. Н. Кокотова, конституционное право является не только «обычной» отраслью права, но и общей частью российского права. Как обычное право, оно имеет собственный предмет регулирования — публичные властотношения. В качестве общей части российского права нормы конституционного права, полагает ученый, «задают объективную структуру права, предопределяют выделение в нем профилирующих отраслей (гражданское, гражданское процессуальное право; административное, административно-процессуальное право; уголовное, уголовно-процессуальное право). В то же время конституционные нормы, требуя полного раскрытия своего содержания, влекут объединение норм разных профилирующих отраслей в комплексные отрасли (экологическое, семейное, таможенное, налоговое, предпринимательское, торговое право)»⁴⁶.

Схожее мнение высказывает Д. М. Евстигнев, основывая его на двуединой природе конституционного права, которое «сочетает черты универсальной и обычной отраслей права»⁴⁷.

Необходимо отметить, что такой подход современных ученых к пониманию предмета конституционного права в принципе не оригинален, поскольку ряд советских исследователей в свое время, вычленив из государственного права его так называемую конституционную часть, называли его «существующим наряду с государственным правом учредительным, конституционным правом, которое устанавливает исходные положения и основные принципы для всех отраслей права»⁴⁸, «основой, общей частью всех других отраслей права»⁴⁹. Некоторые ученые вообще представляли конституционное право не как отрасль права, а как «научную дисциплину, имеющую сугубо служебное

⁴³ Фадеев В. И. Указ. соч. С. 34.

⁴⁴ Там же.

⁴⁵ Козлова Е. И. Указ. соч. С. 5.

⁴⁶ Конституционное право России : учебник / отв. ред. А. Н. Кокотов и М. И. Кукушкин. М., 2003. С. 18—19.

⁴⁷ Евстифеев Д. М. Метод конституционно-правового регулирования общественных отношений // Российский юридический журнал. 2014. № 1. С. 15—25.

⁴⁸ Вопросы советского государственного права / под ред. В. Ф. Котока. М., 1959. С. 108.

⁴⁹ Чхиквадзе В. М., Ямпольская Ц. А. О системе советского права // Сов. государство и право. 1967. № 9. С. 34.

значение» или как «комплексную учебную дисциплину»⁵⁰.

Такой подход не может не вызывать сомнения. Получается, что практически из любых конституционных терминов можно сконструировать отрасль права. Например, из статьи 71 Конституции РФ — экономическое, банковское, ценовое, кредитное, денежно-эмиссионное, транспортное, военное, внешнеэкономическое, культурное, социальное, метеорологическое, воздушное, морское, речное, космическое, статистическое право, право национальных меньшинств и прочие «отрасли права».

А. Н. Кокотов пишет, что «совокупный предмет всех отраслей российского права является предметом и конституционно-правового регулирования, на который конституционное право воздействует с помощью своих особых средств»⁵¹. На наш взгляд, совокупного предмета всех отраслей права быть не может. Общественные отношения возникают в различных сферах жизни, и в одних и тех же сферах они могут регулироваться разными отраслями права. Например, в экономической сфере отношения могут быть связаны с использованием результатов интеллектуальной собственности, с совершением экономических преступлений и др. Таким образом, общими могут быть лишь сферы общественных отношений, а не конкретные отношения, выраженные в предмете той или иной отрасли. По словам Т. В. Кашаниной, общественные отношения, регулируемые правом, как и правовые нормы, взаимосвязаны⁵².

Позиция А. Н. Кокотова в принципе совпадает с мнением отдельных ученых-теоретиков, которые относят конституционное право, наряду с международным, к «интегрирующим» отраслям права, а иные отрасли — к предметным. При этом интегративная роль конституционного права, по их мнению, обуславливается «всеобщностью предметов, которые охватываются нормами этих отраслей»⁵³. Авторы соот-

ветствующего параграфа академического курса, В. М. Левченко и И. Н. Сенякин, не разделяя этого мнения и отмечая дискуссионность вопроса о предмете конституционного права, называют несколько характеристик конституционного права:

- 1) это конституция как комплексный кодифицированный акт, содержащий основные принципы всех отраслей права;
- 2) это новая, комплексная отрасль права, возникшая в результате интеграции смежных институтов и отраслей права;
- 3) это «общая часть» всех отраслей права, «сверхотрасль», нормы которой одновременно присутствуют во всех отраслях права⁵⁴.

Безусловно, неверно, называть конституционное право новой, интеграционной отраслью, возникшей в результате проникновения в нее иных отраслевых норм и институтов, поскольку этот вывод не подтверждается опытом развития конституционного (государственно-правового) законодательства. Кроме того, конституционное право не может включать в себя нормы-принципы всех отраслей права, поскольку в противном случае конституционное право надо признавать «урезанной совокупностью других отраслей права», что совершенно недопустимо и в корне неправильно. Как верно указали ученые, конституционное право не есть результат «вынесения за скобки» некоторых общих положений отраслевого законодательства. Такой подход искажает представление о характере функциональных связей в системе права, которые ее образуют⁵⁵. Поэтому конституционное право надо рассматривать как отрасль, «соседствующую» со всеми другими отраслями права на одном уровне, предметное разграничение между которыми должно проходить исключительно по горизонтали, т.е. в зависимости от сферы общественных отношений и безотносительно к иным, качественным характеристикам этих отношений⁵⁶.

⁵⁰ *Фадеев В. И.* Указ. соч. С. 34.

⁵¹ Конституционное право России : учебник / отв. ред. А. Н. Кокотов и М. И. Кукушкин. С. 19.

⁵² *Кашанина Т. В.* Структура права : монография. М. : Проспект, 2012. С. 69.

⁵³ См.: *Общая теория государства и права. Академический курс* : в 3 т. Изд. 2-е, перераб. и доп. / отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2001. Т. 2. С. 341.

⁵⁴ См.: *Общая теория государства и права. Академический курс*. Т. 2. С. 341.

⁵⁵ Указ. соч. С. 343.

⁵⁶ См.: *Бондарь Н. С.* Указ. соч. С. 4—13.

Одной из основных проблем определения предмета конституционного права является его отграничение от иных отраслей права, отдельные институты которых тесно соприкасаются с институтами (иногда одноименными) конституционного права. В этих отраслях содержатся механизмы реализации норм конституционного права. Например, выдворение иностранных граждан, регистрация политических партий основаны на нормах конституционного права, но без административного права их не реализовать. Именно поэтому Е. И. Козлова утверждала, что вопросы о предмете и системе отрасли нуждаются в междисциплинарном обсуждении, поскольку «не могут решаться на уровне одной отрасли, без учета той методологической основы, которая формируется в общей теории права и государства». Однако в настоящее время отсутствуют коллективные дискуссии, слабы междисциплинарные связи, в учебники для студентов включаются дискуссионные и неапробированные теоретические воззрения, запутывающие студентов, усвоивших в теории другие позиции⁵⁷.

Предмет конституционного права на разных этапах развития государства не остается неизменным. На это указывал О. Е. Кутафин, мнение которого разделяла Е. И. Козлова: «... предмет конституционного права любого государства не может быть раз и навсегда данным. Он зависит от содержания конституции или других основополагающих документов, действующих в государстве на данном этапе его развития»⁵⁸.

Об этом свидетельствует и отечественный опыт конституционного развития. В дореволюционной науке государственного права, как отмечалось выше, в качестве предмета данной отрасли рассматривались прежде всего «отношения государственного властвования»⁵⁹, что вполне объяснимо условиями абсолютной монархии. В советский период государственное право также преимущественно регулировало государственное устройство, однако марксист-

ско-ленинская идеология пропитывала Конституцию, расширяя предмет отрасли за счет политических, экономических и социально-культурных основ советского строя, федерализма, основ статуса личности. Многие советские и современные ученые признавали, по словам В. Д. Мазаева, «наполнение предмета конституционного регулирования экономическими, политическими, социальными и духовными элементами, которые при этом приобретают самостоятельное регулятивное значение», но, как верно отмечает ученый, «первенство в предмете конституционного воздействия принадлежало политической власти»⁶⁰.

Современное содержание предмета конституционного права существенно обновилось и расширилось, в первую очередь за счет принципов взаимоотношений личности и государства, основных прав и свобод личности, новых институтов государственной власти (президента, конституционной юстиции, уполномоченного по правам человека и др.). На расширение предмета данной отрасли влияет повышение роли государства в регулировании и защите общественных интересов, социализация конституционного права. В этом также проявляется тенденция гуманизации ведущей отрасли права, что, в свою очередь, воздействует и на другие отрасли права. Этот вывод подтверждается мнением о том, что конституционное право в его современном виде «основывается на естественно-правовой концепции, которая содержит скрытые потенции, важные импульсы для развития реальности права на основе “признания” новых прав (ст. 2, 55 Конституции)»⁶¹. Иными словами, на содержание предмета конституционного права влияет не только непосредственное содержание законодательства, но и, в частности, содержание судебной практики, которое, естественно, не может быть чем-то застывшим, раз и навсегда данным.

Как отмечает германский конституционалист К. Штерн, «современная конституция не может больше отказывать в установлении

⁵⁷ См.: Бондарь Н. С. Указ. соч. С. 4—13.

⁵⁸ Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. С. 26.

⁵⁹ См.: Коркунов Н. М. Русское государственное право: в 2 т. СПб., 1909. Т. 1. С. 48.

⁶⁰ Конституционное право России : учебник. М. : Эксмо, 2010. С. 10.

⁶¹ Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности) : монография. М. : Норма: Инфра-М, 2013. С. 193.

основных принципов устройства жизни общества, иначе она может утратить свои функции стабилизации и порядка»⁶².

Предмет конституционного права расширяют и федеративные отношения. Об этом писал и Н. В. Витрук⁶³. Такое расширение происходит за счет интенсификации регулирования разнообразных отношений как между федеральными и региональными органами власти, так и между органами власти различных субъектов РФ.

Таким образом, предмет конституционного права становится все более многоуровневым, многоаспектным, динамично развивающимся, реагирующим на изменения жизненных реалий. Как справедливо писал О. Е. Кутафин,

предмет конституционного права меняется, его объем «зависит от воли государства, придающего этим отношениям основополагающий характер»⁶⁴. Вместе с тем государство не может сколько угодно расширять предмет конституционно-правового регулирования, поскольку это приведет к нарушению баланса между государственными и общественными интересами, неоправданным ограничениям прав и свобод граждан. Важная роль в контроле за недопущением чрезмерного вмешательства государства в частную жизнь принадлежит Конституционному Суду РФ, правовые позиции которого являются инструментом, обеспечивающим сбалансированное развитие предмета конституционного права.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Зенин С. С. Народ как особый субъект конституционно-правовых отношений в Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. — 2012. — № 9.
2. Козлова Е. И. К вопросу о предмете конституционного права Российской Федерации: современный формат дискуссии // Государство и право: вызовы XXI века : материалы междунар. науч.-практ. конференции (Кутафинских чтений). — М. : Элит, 2009.
3. Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России : учебник. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : ТК Велби, Проспект, 2009.
4. Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. — М. : Юристъ, 2001.
5. Кутафин О. Е. Субъекты конституционного права Российской Федерации как юридические и приравненные к ним лица. — М. : Прогресс, 2007.
6. Лепешкин А. И., Махненко А. Х., Щетинин Б. В. О понятии, предмете и источниках государственного права // Правоведение. — 1965. — № 1.
7. Нарутто С. В., Таева Н. Е., Шугрина Е. С. Конституционное право России : учебник для бакалавров. М. : РИОР: Инфра-М, 2013.
8. Осавелюк А. М. Эволюция предмета отрасли конституционного права // Мировой судья. — 2014. — № 1.
9. Уманский Я. Н. Советское государственное право : учебное пособие. — М., 1955.
10. Фадеев В. И. Предмет конституционного (государственного) права России: история и современность (статья первая) // Актуальные проблемы конституционного и муниципального права : сб. статей, посвящ. 75-летию со дня рожд. акад. О. Е. Кутафина / отв. ред. В. И. Фадеев. — М., 2012.

Материал поступил в редакцию 8 ноября 2015 г.

⁶² Цит. по: Конюхова И. А. Конституционное право Российской Федерации. Общая часть : Курс лекций. М. : Городец, 2006. С. 24.

⁶³ Конституционное право Российской Федерации : учебник / под общ. ред. Н. В. Витрука. М. : Норма: Инфра-М, 2010. С. 23.

⁶⁴ Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. С. 26.

SCIENTIFIC POINTS OF VIEW OF THE MSAL PROFESSORS ON THE SUBJECT OF CONSTITUTIONAL LAW

NARUTTO Svetlana Vasilevna — Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

svetanarutto@yandex.ru

123995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Review. *The author carries out an analysis of the most debatable issue of the theory of constitutional law – namely, the subject of constitutional law as the branch of legal science. Professors of the Department of Constitutional Law of the MSAL Y.N. Umansky, A.A. Bezuglov, A.K. Makhnenko, O.E. Kutafin, E.I. Kozlov, N.A. Mikhalev, V.I. Fadeev devoted their studies to the subject of constitutional law. They mainly shared the same views on the content, nature and characteristics of the subject of constitutional law and their views now constitute the basis for the development of the constitutional and legal science enhanced by modern scholars of the Department – scientific adherents of the scientific school of issues concerning the subject of constitutional law.*

The article characterizes the peculiarities of the subject of constitutional law that distinguish it from the other branches of law. The author justifies the dual nature of the subject of constitutional law. Analyzing different opinions of scholars that primarily represent either narrow or broad approaches to the definition of the subject of constitutional law, the author notes that the adherents of O.E. Kutafin and E.I. Kozlova scientific school distinguish the foundations of the constitutional system of the Russian Federation, the foundations of the legal status of the individual, the central government system and the local self-government system in the content of the subject of constitutional law.

The author criticizes the views of the scholars who consider that enshrining the foundations of the social system in the Constitution is a totalitarian tradition. She also criticizes the opinion that constitutional law is not only a «common» branch of law, but that it is also a «general part of the whole Russian law» that has «a cumulative subject representing all branches of Russian law».

In addition, the article criticizes the approach under which constitutional law is considered to be an “integrating”, complex branch of law that develops as a result of integration of related institutions and branches of law as “the part common for all branches of law” or “suprabranch”.

The article also addresses the issue of drawing the line between constitutional law and other branches of law, separate institutions of which are closely connected with the institutions of constitutional law.

Reference is made to the changes that took place in the subject of constitutional law at different stages of the state development; the article justifies the statement that the current content of the subject of constitutional law has considerably changed and expanded; the author explains the reasons of this phenomenon.

Keywords: *subject of constitutional law, peculiarities, branch of law, power relations, establishes the foundations, governs relationships, dual nature, subjects, legislature.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Zenin S. S. Narod kak osobyj sub#ekt konstitucionno-pravovyh otnoshenij v Rossijskoj Federacii // Konstitucionnoe i municipal'noe pravo. — 2012. — № 9.
2. Kozlova E. I. K voprosu o predmete konstitucionnogo prava Rossijskoj Federacii: sovremennyj format diskussii // Gosudarstvo i pravo: vyzovy XXI veka : materialy mezhdunar. nauch.-prakt. konferencii (Kutafinskih chtenij). — M. : Jelit, 2009.
3. Kozlova E. I., Kutafin O. E. Konstitucionnoe pravo Rossii : uchebnik. — 4-e izd., pererab. i dop. — M. : TK Velbi, Prospekt, 2009.
4. Kutafin O. E. Predmet konstitucionnogo prava. — M. : Jurist#, 2001.
5. Kutafin O. E. Sub#ekty konstitucionnogo prava Rossijskoj Federacii kak juridicheskie i priravnennye k nim lica. — M. : Progress, 2007.
6. Lepeshkin A. I., Mahnenko A. H., Shhetinin B. V. O ponjatii, predmete i istochnikah gosudarstvennogo prava // Pravovedenie. — 1965. — № 1.

7. *Narutto S. V., Taeva N. E., Shugrina E. S.* Конституционное право России : учебник для бакалавров. М. : RIOR: Infra-M, 2013.
8. *Osaveljuk A. M.* Jevoljucija predmeta otrasli konstitucionnogo prava // Mirovoj sud'ja. — 2014. — № 1.
9. *Umanskij Ja. N.* Sovetskoe gosudarstvennoe pravo : uchebnoe posobie. — M., 1955.
10. *Fadeev V. I.* Predmet konstitucionnogo (gosudarstvennogo) prava Rossii: istorija i sovremennost' (stat'ja pervaja) // Aktual'nye problemy konstitucionnogo i municipal'nogo prava : sb. statej, posvjashh. 75-letiju so dnja rozhd. akad. O. E. Kutafina / otv. red. V. I. Fadeev. — M., 2012.

СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

И. А. Исаев*

Падение суверенитетов: обратная перспектива

Часть 1

Аннотация. В статье дается анализ проблемы, которая всегда оставалась актуальной в правовой науке, — проблема суверенитета. Это понятие сопоставляется с другой его ипостасью — суверенностью, и в процессе диалектического противопоставления делается попытка выявить их общие черты и коренные отличия. Суверен как субъект суверенитета может иметь как личностную, так и анонимную форму, как индивидуальное, так и коллективное воплощение.

В статье подчеркивается фиктивный характер суверенной субъективности, свойственной эпохе, когда суверенитет значительно меняет свое содержание и сущность, — эпохе модерна. Этот процесс трансформации был отмечен такими мыслителями, как Федор Достоевский, Владимир Соловьев, Фридрих Ницше и др. Ложный или мнимый суверен, даже обладающий господством и властью, лишен истинной легитимности, которую для него не могут воссоздать ни общественное мнение, ни прямое насилие. Здесь не помогают ни мимикрия, ни манипулирование. «Два тела» короля распадаются надвое и уже не соединяются никогда.

Мнимый суверен возглавляет мнимое, «фантомное» государство. Субстратом этой государственности становится не народ, а «массы» — как особые образования, соединенные вместе скрепами внешней власти, насилием и идеологией. Суверенность, ассоциированная со свободой существования, поглощается силой власти, с которой она оказывается несовместимой. Внешний закон играет значительно более важную роль, чем внутренняя истина, на которой по традиции зиждилась справедливость.

Сама справедливость заменяется своей собственной метафорой, которую являет закон. Обезличенная сила закона, которая выражалась в волевом решении, не только ограничивает пределы суверенитета, но и заменяет его собой. Суверенитет как статус излучает суверенность как движение и динамику. Мнимости, столь характерные для эпохи модерна, вполне позволяют создавать «неправые законы», забывающие и об истине, и о справедливости, сосредоточенные только на целесообразности и эффекте. Из области права исчезают метафизические и трансцендентные положения, прежде связывавшие его с иными высокими внеправовыми инстанциями. Нормативизм становится господствующей идеологией модерна и современности, придавая праву и суверенитету совершенно новый облик и порождая неожиданные последствия для жизни правового государства.

Ключевые слова: суверенитет, суверенность, авторитет, легитимность, законность, субъект, личность, государство, правовая форма, норма, справедливость, истина, легальность.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.024-039

© Исаев И. А., 2016

* Исаев Игорь Андреевич, доктор юридических наук, профессор кафедры истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА)
kafedra-igr@mail.ru
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

1. Мнимый субъект и пределы риска

Фридрих Ницше стал последним политическим романтиком, превратившим стремление к бесконечному в удручающий замкнутый цикл «вечного возвращения» и заменившим игривую романтическую иронию жестким скепсисом и сарказмом, романтиком, создавшим вместо образа «творца-художника» образ сверхчеловека... Суверен прежних времен превращался на его глазах в деспота и лжепророка, напомнившего о библейских предупреждениях. Апокалипсис очередной раз пришел в мир, пришел вместе с эпохой модерна. И из глубины русского мира об этом засвидетельствовали Достоевский и Владимир Соловьев (философ ушел из жизни почти одновременно с Ницше). Явление Антихриста в политической теологии ознаменовало эпоху замены суверенного властителя былых времен ложным сувереном; все устойчивые образы и нормы вдруг искажаются и размываются, а мнимость заменяет собой действительность...

В речи Великого инквизитора явно обнаруживаются истоки современного учения об институциях, которое признает свою откровенную циническую основу, построенную на сознательном, ссылающемся на необходимость, обмане. Власть имущие на этом строят свой коварный расчет. Церковь же, взяв в руки меч светской власти, дорого заплатила за это несчастным сознанием и хронически расколотой совестью. Достоевский, как и Гете, говорил здесь о сакраментальном договоре, заключенном с носителем зла, — теперь же зло мыслится как нечто имманентное и признается как необходимость. Зло выступает общим принципом власти, матрицей светской власти, частью той силы, которая «хочет зла, но творит добро» — ведь «в конечном счете из зловещих трудов Великого инквизитора должно взять свое начало добро, как то доказывает его последняя утопия». Договор с дьяволом означал не что иное, как стремление «вечного» суверена стать реалистом, т.е. принять мир таким, каков он есть.

Этот же реализм избирают и Фауст, правда, воспринимая в качестве главного приоритета власть знания, и Великий инквизитор, только выбрав для сделки знание власти: «Знание и

власть — это два способа, какими достигается современная позиция по ту сторону добра и зла». Реалистическое мышление вынуждено пользоваться аморальной свободой, наука о действительности возможна лишь там, где нарушается метафизический дуализм и исчезает моральность, поэтому «Великий инквизитор — это уже один из основателей позитивистской политологии», — утверждает Петер Слотердайт¹.

Борьба за новый мир теперь будет вестись уже не только мечом крови, но и духовным оружием множества лжехристов и лжепророков, которые и «прельстят многих» (Матф. XXIV, 5, 11). Антихрист обещает им: «Будет и правда в моем суде, но неправда воздаятельная, а правда распределительная. Я все различу и каждому дам то, что ему нужно» (Вл. Соловьев «Краткая повесть об Антихристе»).

Лжесуверен у Соловьева (кстати сказать, и у повторившего этот сюжет, образы и даже судьбы его персонажей Льва Тихомирова в его «Последних днях») внимательно наблюдает за поведением темных масс и опасной для него оппозиции святых мучеников, реагирующих на те космические и политические трансформации, которые производит самозванец с помощью своих великих магов...

«Ибо восстанут лжехристы и лжепророки и дадут великие знания и чудеса, чтобы прельстить, если возможно и избранных» (Матф. 24:24; Мк. 13:22). Но современная политическая философия кажется озабоченной проблемой подмены суверена и суверенитета ложными фантазмами и симулякрами. Сила, которая осуществляет эту трансформацию, по традиции может обозначаться прежними символами или же совершенно новыми знаками: зло многообразно, но сущность его остается неизменной, а его опасность для мира все возрастающей. Никлас Луман метафорически описывает этот процесс: «Дьявол — существо, влекомое интересом наблюдать единое, в котором он сам принимает участие, а значит, он вынужден проводить границу, через которую он (как и политик или государь) в состоянии осуществлять наблюдения». Но если единое есть добро («кто при дворе суверена может сомневаться в этом?»), то ограничивающий себя от него наблюдатель сам становится злом.

¹ Слотердайт П. Критика цинического разума. Екатеринбург, 2001. С. 214—217.

Дьявол выступает представителем некоторого порядка, выстроенного на основе различий, и поэтому должен их непрерывно воспроизводить. В Средние века он оказывался космогоническим адвокатом всего того, что действовало чересчур уж хаотично, сам являясь наблюдателем в облики то Великого инквизитора, то падшего ангела, чтобы выполнять свою грязную работу ловли душ грешников. Его главная проблема — воображаемое и трансцендентальное единство истинного и доброго, которое «предрасполагает наблюдателя наблюдать того, кто желает наблюдать это единство и поэтому должен от него отграничиваться, а значит, приписывать себе противоположное качество носителя зла»².

Устремленность к глобальности и всеединству, амбиции лжесуверена на мировое господство, конечно же, заметили и Достоевский, и Соловьев, да и для сверхчеловека Ницше национальное государство казалось слишком малым и тесным пространством: воля к власти не желает знать никаких пределов, а новый суверен вообще забывает о суверенности как о сфере свободы, он помнит только о желанном господстве, беспредельном и вечном: лжесуверены хотят править всегда и всеми. «Первое и могущественнейшее — это именно воля к превосходству и силе. Только тот, кто господствует, в дальнейшем устанавливает справедливость, т.е. начинает мерить вещи по собственной мерке»: давать каждому свое — это значило бы только желать справедливости, но в итоге достигать хаоса (Ницше).

В истории можно наблюдать постоянно присутствующие и действующие страшные силы, которые сам человек от себя скрывает, не отменяя тем самым их действительности; ведь «культура — это лишь тонкая кожица поверх пылающего хаоса», и ужасные энергии, все то, что обычно зовется злом, — «циклопические архитекторы и пролагатели путей гуманности». Множества, коллективности ведь и придуманы для того, чтобы совершать вещи, на которые у отдельных людей просто нет смелости. Ницше уверял, что «время королей прошло: что сегодня называется народом, не заслуживает королей». Нарушение меры и закона приводит к появлению нового властелина, обладаю-

щего знанием, но неспособного к «царскому искусству» власти, о котором говорил Платон: аристократия превращается в олигархию, монархия становится тиранией.

Государство достигает значительно больших целей именно благодаря «распределению ответственности командования и исполнения, благодаря соединению добродетелей повиновения, долга, любви к родине и государю, благодаря поощрению гордости, требовательности, могущества, ненависти, мстительности». Массовость же рождает новый мир извращенной суверенности. Все встает на службу грядущему варварству: очевидно, что здесь действуют силы — огромные, но дикие, — изначальные и совершенно безжалостные. («Сущность любого баланса сил в том, чтобы скрывать себя как таковое, и он приобретает полную силу лишь потому, что скрывает себя как таковое». Аморальная и беспринципная сила функционирует лишь под прикрытием моральной надстройки (Поль Бурдьё).)

«Познать историческое явление — значит убить его», история не оставляет места для инстинкта, она всегда недооценивает нарождающееся новое и парализует волю к действию, поскольку оно подрывает установленные авторитеты. «Единственное, чему учит история и что она создает, — это справедливость. Но жизни не нужна справедливость... Она несправедлива по самому своему существу» — Ницше требует вообще отказаться от истории, ради того, что не есть история, — ради искусства и силы. Наивысший идеал человечества не в конечной цели прогресса, а в лучших представителях человеческого рода. Героический эстетизм утверждает: «Мнение, будто истина важнее видимости, не более чем моральный предрассудок».

Новое всегда есть «зло», поскольку оно всегда хочет что-либо завоевать, опрокинуть старые защиты и святыни. Мораль же ошибочно отождествляет доброе с полезным и целесообразным, а злое — с нецелесообразным и вредным. Ведь нравственность есть послушание нравам, «злое» всегда непредвиденное и необычное. «Все великое заключает в себе преступление, велико только то, что стоит вне морали». Всякий великий человек, который

² Луман Н. Власть. М., 2001. С. 227.

вносит что-нибудь новое в жизнь, непременно преступает старый закон, т.е. является преступником, это — тип сильного человека. Знание будущего соединяет в себе качества хищного зверя и мудреца, который “законодательствует по праву разума”. Истинное требование справедливости: “равным — равное, неравным — неравное”, она выражается в неодинаковом отношении к неодинаковым величиям, в неравенстве»³.

Сверхчеловек — будущий владыка земли, блистательный тиран, появлению которого способствует демократия, которую он и использует для подмены существующих нравственных установлений новыми, моральными нормами. Уже Новалис предупреждал: «У нравственного идеала нет соперника более опасного, нежели идеал наивысшей силы или жизненной мощи, который называют еще... идеалом эстетического величия. Этот идеал был создан варварством и... в наш век одичания он находит немало приверженцев, в первую очередь из числа людей ничтожных и слабых. Идеал этот рисует нам человека в виде некоего полубога-полужверя, и люди слабые не в силах противостоять неодолимому обаянию, какое имеет для них кощунственная дерзость подобного сопоставления»⁴. (Платон считал принцип принуждения необходимым условием справедливости. Естественной добродетелью, а следовательно, и справедливостью должна была стать мудрость. В этическом государстве только философы будут формировать политику.)

Философия права, берущая личность во всей полноте ее нравственных определений, выводит ограничение свободы из самого понятия личности, из присущего ей сознания нравственного закона. Однако рассмотрение личности во всей совокупности присущих ей начал приводит к признанию связей и норм, ограничивающих личную свободу. (Анархизм же, ставя своей целью окончательно разрешить проблему совершенного общества, принимает свободу только лишь как начало вполне отвлеченное и замкнутое, не признающее над собой никаких связей и норм⁵.)

Гоббс различает право как свободу действия и закон как обязательство: здесь напрашивается некая аллюзия, ассоциирующая суверенность с правом, а суверенитет с законом. Право — воля суверена, который сам не зависит от обязательств, порожденных «общественным договором». Согласно же Ницше, право действительно основывается на договоре, но возникает только при равенстве сил сторон: право и справедливость рождаются при балансе сил, в процессе борьбы, равновесие есть предпосылка договоров между равносильными сторонами. «Борьба за право есть поэзия характера» (Рудольф Иеринг), и именно свободная деятельность, игра сил создают порядок, рождающийся из хаоса.

Когда высший властитель — суверен предстал уже в виде индивида, способного совершать также и неправые действия, блеск высшей власти уже не мог быть выражен с помощью единой и определяемой в терминах морали формулы совершенства. Но и моральные требования к такому властителю, запрещающие ему совершать неправые поступки, сохранили свою силу, но утратили структурно-общественную релевантность. Теперь они характеризуют не природу общества, не степень совершенства власти, но становятся лишь делом «чистой морали», для которой в самой субъективности сознания вполне можно подыскать автономное обоснование. Политика уже не легитимируется истиной: для управления политикой формируется политический код нового типа в форме дихотомии прогрессивного и консервативного⁶. Политика отделяется от истины и морали, Бога заменяет «земной бог» — Левиафан или Законодатель.

У Гоббса в основание суверенитета была положена жизнь в естественном состоянии и открытая угрозе смерти («право всех на всё»), тогда как «настоящая» политическая жизнь оказывается под защитой государства и одновременно находится под угрозой, исходящей теперь от самого суверена: абсолютная и вечная мощь, «характеризующая государственную власть, основывается в конечном счете

³ Трубецкой Е. Н. Философия Ницше. Критический очерк. М.: Книга по требованию, 2011. С. 419, 449.

⁴ Цит. по: Манн Т. Философия Ницше в свете нашего времени // Собр. соч. М., 1961. Т. 10. С. 377.

⁵ См.: Штирнер М. Единственный и его собственность. Харьков., 1994. С. 528—529.

⁶ Луман Н. Указ. соч. С. 90—91.

не на политической воле, а на “голой жизни”, защищаемой только в той мере, в какой она является “субъектом права суверена или закона сохранять или отнимать жизнь”⁷.

Противоборство с Левиафаном, который тиранично принуждает то извне, то изнутри, — всеобщее явление нашего мира: страх, основанный на ужасе нарождающейся внутренней пустоты, заставляет человека манифестировать себя прежде всего вовне «проявлением власти, овладением пространством и повышенной скоростью». Ведь и страх воздействует также извне, как «атака могучего мира, одновременно демонического и автоматического». На этом и основывается иллюзорная, а потому и непобедимая, сила Левиафана (Эрнст Юнгер).

Один из маневров Левиафана — это попытка убедить нас в том, что его зов, обращенный к нам, идентичен призывам Отечества. Для тирана наиболее страшно молчание миллионов: «В той мере, в какой нигилизм становится нормой, символы пустоты становятся страшнее, чем символы власти: ведь свобода не живет в пустоте, она обитает в неупорядоченном и неразличимом, в той сфере, которую хотя и можно организовать, но нельзя причислить к какой-либо организации». Отсюда страх и ожесточение власти против любого трансцендирующего учения, в котором для нее таится наивысшая опасность — бесстрашие и суверенность человека: праведники, сопротивляющиеся антихристу и его магическим силам оказываются сильнее слепой и темной власти зла.

Суверенность побеждает страх, который внушает суверен. (Сёрен Кьеркегор утверждал, что «страх — это возможность свободы», поскольку он пожирает все конечное и обнаруживает всю его обманчивость. Тот, кто воспитывается страхом, воспитывается возможностью, т.е. сообразно своей бесконечности⁸.)

2. Искаженная субъектность: «господин — раб»

Суверенный человек желает быть подлинным «господином» в сфере суверенитета. Но внешнее господство находит здесь свои на-

стоящие пределы и теряет устремленность и динамику: оно приобретает качества мнимости и кажимости, утрачивает действенность и действительность. Суверен выдыхается в своем мнимом господстве. Но зона господства Левиафана в эпоху модерна вообще отличается каким-то дурным стилем (так, он существенно отличается от барокко, в котором все же господствовали достоверность и четко выраженный суверенитет абсолютной монархии): сама достоверность политической мысли становится сомнительной; поэтому вынужден искать другие границы и только ностальгически напоминать об отдельных ушедших мотивах — гнозисе и досократиках — под влиянием все нарастающего лейтмотива страха.

«Итак, мы в неизмеримом. Здесь меньше гарантий при большей надежде на результат... Менее всего знает время тот, кто не испытал на себе чудовищную силу ничто и кто не уступил его соблазну... Здесь пещеры, к которым толкают демоны. Но если человек окажется сильнее, то ничто [зло?] отступит»⁹.

Однако власть, как сила жизни, слепо устремлена к бесконечности, и поэтому торжество победы может только приостановить это движение: «победитель волей-неволей прерывает развертывание воли к власти», и, добываясь признания, он превращается в «господина» и устанавливает власть собственных ценностей.

Гегелевская диалектика «господина — раба» приводит к тому, что первый устанавливает господство созданных им самим ценностей, второй же вынужден их принимать. Поскольку «раб» направляет свою силу на уже созданное, сила его неизбежно преобразуется в насилие и обрушивается на формы, на способы организации настоящих действующих ценностей. Ницше удивлялся по этому поводу: как ни странно, но «всегда именно следует сильных защищать от слабых», ведь под гнетом «господина» «раб» таит злобу, намереваясь сместить «господина» — выходит, что и вся история движется преимущественно силой злобы и отрицания¹⁰. (Уже Карлейль говорил о «мире слуг, желающих правления героя, а не господина».)

⁷ Агамбен Д. Средства без цели. М., 2015. С. 15—16.

⁸ Кьеркегор С. Страх и трепет. М., 1993. С. 242—243.

⁹ Юнгер Э. Через линию // Судьба нигилизма. СПб., 2006. С. 63.

¹⁰ Делез Ж. Ницше. СПб., 1997. С. 168.

Мораль «рабов» по существу есть мораль полезности. Из этого произрастало этическое противопоставление «добра» и «зла», в котором в категорию «зла» включалось все мощное и опасное, обладающее грозностью и хитростью (Ницше).

У Никласа Лумана прослеживается уже отмеченная Ницше модель современного («модерного») состояния общества: власть подчиненного большинства — носителя ресентимента — над избранными героями. Только на место морали как средства нейтрализации власти у Ницше Луман ставит «правовое кодирование», когда власть регулируется кодом правового-неправового¹¹. Созданное сувереном право его же и подчиняет подчиненным: суверенитет переворачивается во властном пространстве. Диалектика «господина — раба» ставит ложного суверена в затруднительное положение. Он оказывается только мнимым субъектом права: его законы ограничивают его же власть. Но эта власть — только голая сила, животное проявление, стихия.

Фабрикация норм и их внедрение подчиняет «несчастное сознание» (Гегель) в двойном смысле: субъект подчинен нормам и нормы субъективируют, придают этическую форму рефлексивности возникающего субъекта. Подчинение становится бегством от страха. Чем абсолютнее этический императив, тем более настойчивой становится реализация закона и более явной мотивация страха. «Абсолютный страх вытесняется абсолютным законом, который довольно парадоксально реконструирует этот страх как страх закона». У Гегеля для «раба», впадающего в «несчастное сознание», фигура «господина», бывшая для него только внешним, вновь возникает в сознании. Фигура сознания, обращающегося на себя же, становится основанием подхода Ницше: «Власть, что сначала выглядит как внешняя, угнетающая субъекта, под давлением понуждающая его к субординации, обретает психическую форму, выстраивающую самоидентичность субъекта»¹².

В эпоху, сущность которой определяло господство, посредством действия рабство претворяется в действительность. В самом конце истории Гегель предвидел осуществление

неизбежного синтеза господства и рабства: «господин», который идет до конца в борьбе за признание своего собственного превосходства, предпочитает своей «голой жизни» нечто идеальное и духовное и это — настоящий мотив действительного существования суверена. Духовное превосходство «господина» материализуется в труде «раба», который уступает «господину» результаты своего действия. Но «господство — это жизненный тупик, “господин”... не может жить осмысленной жизнью, сознавая себя удовлетворенным тем, что он есть»: «господин» только посредством действия покоряет природу и творит историю.

Гегель говорил, что истина, как раскрытая реальность господства, и есть «раб». Если «рабы» существуют там, где есть «господин», то господство оказывается только этапом исторического существования, ведущего к абсолютному знанию: «господин» же — только катализатор истории, которую тем не менее завершит именно бывший «раб».

Зависимый от природы, «раб» попадал в зависимость от «господина», который господствовал над природой, основной страх «раба» — страх перед смертью, перед ничто. Но, работая на «господина», «раб» подавляет свой инстинкт страха благодаря идее и понятию, выработанным в процессе его труда: «Историческое становление человеческого существа есть дело раба — труженика, а не господина — воина». Труд преобразует мир, и освобожденный «раб» создает свою идеологию (так, стоическая идеология была придумана для оправдания политического бездействия «раба», его отказа от воплощения идеала свободы, но Гегель подчеркивает: «Истинное бытие человека все же есть его действие»). «Раб»-труженик, а не «господин»-воин начинает осознавать себя личностью и придумывает новые индивидуалистические идеологии, в которых абсолютная ценность приписывается теперь уже единичности и личностному началу, а не всеобщности и даже не государству как таковому.

Субъективность проявляется как личность, как образ человека, развивающегося по своей инициативе: личность становится первичной, подобно природе. Этические нормы начинают

¹¹ См.: Антоновский А. Ю. Социальные системы Никласа Лумана // Луман Н. Указ. соч. С. 246.

¹² Батлер Дж. Психика власти. СПб., 2002. С. 16—17, 46.

представляться относительными, а этос доброго и истинного вытесняется подлинностью и цельностью. Субъект становится носителем значимых действий — он автономен, самостоятелен и обосновывает собой смысл духовной жизни, при этом сама личность и субъект остаются столь же непостижимыми, как и природа¹³.

Основное понятие римского юридического мышления — понятие юридической личности — как нельзя лучше соответствует именно стоическому пониманию человеческой жизни. Как и у стоиков, значение личности здесь не зависит от конкретных условий ее существования, везде и всегда человек представляет собой унифицированную юридическую личность. Однако синтез всеобщего и единичного, «господина» и «раба», борьбы и труда сможет осуществить только единственный субъект — государство, абсолютное государство, был убежден Гегель¹⁴.

Но тогда действительность «господина»-суверена оказывается чистой иллюзией, ведь он не присутствует в состоянии возможности, поскольку не имеет склонности к изменению, консервативный статус суверена ему этого не позволяет. Кроме того, тот факт, что «раб» признает его «господином», вовсе не актуализирует его человечности. «Господином» нельзя жить в постоянном господстве, как кажется: «господин» появляется в истории только лишь для того, чтобы исчезнуть, а ей он нужен исключительно для того, чтобы появился «раб» — «потенция гражданина», т.е. вполне актуальной человеческой реальности (Гегель).

Гражданин же и есть настоящий синтез господства и рабства, это переход потенции в акт, и уже эта эволюция и есть настоящая история человечества, ведущая к равновесию господства и рабства: здесь человеческая или историческая реальность отрицает природную или животную реальность, выражаясь в риске жизнью, проявленном в ходе борьбы за признание, — человек выступает как отрицание природы. Человеческая сущность, именуемая теперь «субъектом права» (Гегель), противопоставляется его животному субстрату, «прежде всего в юридически неподлинных случаях,

когда субъектом права оказывается существо, имеющее иной субстрат, чем животное вида *homo sapiens*». Однако имеются и юридически подлинные случаи, когда объектом права выступает «моральная личность, каковая может быть индивидуальной, коллективной или государственной». Можно даже предположить наличие человеческого действия и там, где его животный субстрат не дан в качестве реального индивидуального существа, но тогда мы уже приходим к понятию «общество» или «коллективная моральная личность» (Гегель)¹⁵.

В глазах самого «раба» безопасность рабства или «выводимое из него рабство в безопасности» имеет ту же самую ценность, какую для «господина» имеет «господство в риске или выводимый из него риск господства». Преимущество безопасности в глазах «раба» равнозначно преимуществам, которые приносит ему безопасность: невыгодность риска для «господина» компенсируется выгодой господства, а для «раба» выгода безопасности компенсирует невыгоду рабства (Александр Кожев).

В «антропогенном» акте борьбы за признание содержится не только согласие, но и возможность, поскольку в нем уже намечено то, что позже станет юридическим договором. Но всякий договор предполагает наличие арбитра, некоего третьего лица, в борьбе же присутствуют только стороны, два противника; согласие предполагает идею обмена, в то время как борьба выражает волю взаимного исключения или даже уничтожения одного из двух. Подсознательно или осознанно каждый вступает в борьбу ради признания его другим, и этот другой готов признать противника лишь настолько, насколько сам готов сражаться ради признания: «антропогенная борьба» (или «голое насилие», по Ж. Батаю) справедлива, если ее участники статусно равны и находятся в одинаковых условиях. В сознании участников эта взаимность выступает как согласие. При этом отношения «господства-рабства» порождают идею справедливости сразу в двух ее формах: справедливости равенства и справедливости эквивалентности, справедливости «господина» и справедливости «раба». Но тогда между

¹³ Гвардини Р. Конец Нового времени // Феномен человека. М., 1993. С. 259—260.

¹⁴ См.: Кожев А. Введение в чтение Гегеля. СПб., 2003. С. 219—244.

¹⁵ См.: Кожев А. Очерк феноменологии права // Атеизм. М., 2007. С. 209—210.

аристократической справедливостью равенства и «буржуазной» справедливостью эквивалентности в качестве консенсуса и компромисса и рождается абстрактная справедливость гражданина или равноправие¹⁶.

Чтобы иметь привилегии, нужно смириться с ограничениями. Уже Кант должен был признать, что собственно свободно, актом личного признания, подлинно автономию нормы приемлет и ставит над собой лишь высшее суверенное начало человеческой личности, некое трансцендентальное «я», тогда как обычный эмпирический человек обязан просто и беспрекословно ей подчиняться. И даже Штирнер со своим анархистским культом самодержавного «я» оказывается здесь созвучен ницшеанскому глумлению над «моралью рабов», которой противопоставляется свободная личность, имеющая право на все и не знающая над собой ни суда, ни закона. (Калликл у Платона в его «Горгии» говорил, что «человек рождается с лавиной природой, но попадает в руки воспитателей, которые из трусливого чувства самосохранения прививают ему идеи и чувства вины, покорности и миролюбия»¹⁷.) И здесь моральное нормирование не только не достигает своей цели, но обычно имеет прямо противоположный результат. (В пещеру Заратустры, наряду с другими «высшими людьми», приходят и цари, пресытившиеся властью, им «тошно господствовать над чернью, быть первыми среди сволочи, им противно занимать высшее положение, не будучи высшими по природе».)

«Без пафоса дистанций, порождаемого воплощенным различием сословий, ...привычкой господствующей касты смотреть испытующее и свысока на подданных, ...постоянным упражнением в повиновении и повелевании, не мог бы иметь места другой более таинственный пафос — стремление к увеличению дистанции, возвышение типа “человек”. Настоящая аристократия чувствует себя не функцией королевской власти или общества, а смыслом и высшим оправданием существующего строя. Само общество становится тогда только фундамен-

том, который служит подножием некоему виду избранных существ для выполнения их высшей задачи и вообще для высшего бытия»¹⁸.

Однако свобода амбициозно противопоставляется авторитету, и это эмоциональное суждение идет от преклонения Нового времени перед автономией, которую отвоевывают в борьбе с авторитетным образом мышления Средневековья, и от ресентимента, «знающего, что революция стала обычным состоянием». Но авторитет есть основа всякой человеческой жизни, воплощаемая «сущность всякой высоты и величия», и потому разрушение авторитета неизбежно вызывает к жизни его извращенное подобие — насилие (Р. Гвардини).

Для массы ее этос и стиль формируются законами, аналогичными тем, по которым функционирует машина: человек принимает формы жизни такими, какими их навязывает ему рациональное планирование и нормирование. Он не имеет ни малейшего желания жить по собственной инициативе. «Для него становится естественным встраивание в организацию — эту форму массы — и повиноваться программе, таким способом “человеку без личности” задается направление. Место личности заступает лицо (или персону)»¹⁹.

Благородство есть находящаяся на рубеже между этической и эстетической оценками черта, которая характеризуется полным отсутствием в ней всего утилитарного, в которой наличествуют удаленность и изолированность от всего обыденного, практически полезного и ординарного. Благородство есть синоним возвышенности, и эта возвышенность — высота над средним уровнем духовного развития. В этом сущность «сверхчеловек»: аристократия для Ницше есть «господство лучших», а аристократическое устройство — та форма жизни, которая только и дает простор для духовного.

Мораль же «рабов» по своей сущности есть мораль полезности, и здесь же лежит источник противопоставления «добрый — злой», когда в категорию зла неоправданно включается все мощное и опасное, обладающее «грозностью,

¹⁶ См.: Кожев А. Очерк феноменологии права. С. 316—317.

¹⁷ См.: Франк С. Крушение кумиров // Сочинения. М., 1990. С. 147—149.

¹⁸ Ницше Ф. По ту сторону добра и зла // Сочинения. М., 1990. Т. 2. С. 379—380.

¹⁹ Гвардини Р. Указ. соч. С. 268—269.

хитростью и силой» (Ницше). Но там, где отсутствуют различия, как раз и появляется насилие (Рене Жиар): не различия, а их отсутствие порождает соперничество. Само понятие демократии уже содержит в себе некий парадокс, заключающийся в том, что в этой системе суверен, а именно народ, не правит — это лже-суверен. «Избавьтесь от понятия “народ”: вы никогда не сможете мыслить его достаточно благородно и возвышенно», повторял Ницше. В массе претерпевают разложение даже те люди, которые в «народе» сохраняли свою индивидуальность: массы представлялись Ницше достойными внимания только в трех отношениях: как плохие копии великих людей, как противодействие великим людям и как орудие в руках великих людей.

В теории «государственных арканов» расчетливость государя и его тайного государственного совета оставалась главным двигателем политической истории. Власть правителей, общественное благо и общественный порядок тогда отождествлялись (при этом с точки зрения юридической техники «арканы» подразделялись на «арканы власти», содержащие методы удержания народа в спокойствии и стабильности, и «арканы господства», где речь шла о защите элиты при чрезвычайных обстоятельствах). Искусственный государственный деятель рассматривал толпу, которую подлежало организовать в государство, как объект и облекаемый в нужную форму материал; еще Платон говорил о толпе как о «пестром и многоголовом звере». Рассудок в этом случае не приводит резоны, он только фиксирует для себя: иррациональное есть лишь инструмент рационального; с народом управляют силой и хитростью, а не договорами, поэтому и «арканы» представляли собой тайные планы и практики, помогающие сохранить суверенные властные права. («Все люди равны перед законом, но не все равны по закону» (Ральф Дорендорф.) Как только люди соприкасаются с законом, они оказываются в мире нормативных требований и ролевых ожиданий, а иерархии социального статуса формируются уже в процессе выбора между конформизмом и отрицанием²⁰.) Массы объединяются, как показывает история,

в своей ненависти к принципу суверенности (Ж. Батай), их раздражают непроемчивые траты суверена. Умеренная и экономная буржуазия им гораздо ближе по духу.

Вместе с тем отдельный подданный испытывает гораздо меньше уважения к суверенитету, отдельные части которого стоят над массой недостаточно высоко. При такого рода правлении суверенитет уже не имеет той же самой интенсивности, а следовательно, и той же моральной силы, как в монархическом правлении. Представляется, что права народа могут быть получены за счет уступок суверена, сами же права суверена и аристократии не имеют ни автора, ни даты своего создания (Ж. де Местр). (Гоббс отличал собственно суверенитет от формального процесса его осуществления: при демократии осуществление суверенитета вполне может быть поручено одному человеку, при этом народу в целом принадлежит только инициатива формирования, а не сама деятельность и он вполне довольствуется лишь избирательным назначением должностных лиц. Конечно же, предпочтительной для суверена является монархическая форма. Эта логика, замечает Ф. Тённис, вела отнюдь не к наследственной монархии, а уже к современному цезаризму, наиболее рациональной форме просвещенного абсолютизма.)

Но как только за всеми «священными» представлениями о праве и морали будут открыты голые интересы силы и снята личина с эгоистических людей, «облачившихся в пышные одежды духа, для того чтобы иметь вид высших людей», — тогда будет свергнута и власть духа. «Тогда только станут друг против друга собственные интересы. Право, которому так долго позволяли предписывать нормы собственного бытия, тогда обнаружится как самодостаточная сила, могущая утвердить себя: “Сколько я имею силы, столько же и права. Кто просит, тот не имеет силы, а значит, не имеет и права”. Право не может быть даровано, оно должно быть взято, и “чернь”, привыкшая подчиняться, сама должна раздобыть все необходимое ей: только тогда она перестанет быть “чернью”, когда начнет дело захвата. “В борьбе обрешь ты право свое”»²¹.

²⁰ Шмитт К. Диктатура. С. 28.

²¹ См.: Адлер М. Макс Штирнер и современный социализм // Штирнер М. Указ. соч. С. 489.

3. Иллюзорное чувство общности или «фантомное государство»

Сверхчеловек характеризуется Ницше как «Цезарь с душой Христа»; Великий Пан умер, и за личины бога прокрался кто-то другой, «господин и повелитель превращений», которому сверхчеловек следовал и которого он заклинал. Вместе с умершим богом уходит радость жизни и воля. Сверхчеловек — это новый титан, взявший реванш у богов. Мораль, отрицающая волю, приводит к высыханию, исчезает былое единство праздничности и благочестия.

В этом мерцающем мире ницшеанское «вечное возвращение» предполагает явление сверхчеловека, появляющегося на «середине пути», ведь бесконечное становление само беспрестанно устремляется к сверхчеловеку.

«Масса же тоскует по последнему человеку», без которого немислим и сверхчеловек. В процессе нивелирования появляется странная фигура человека «без свойств», который утратил свой смысл. Чувство безответственности (рождающее также и анархизм) на место гордости привносит только благоразумие: «Еще более пошлый род людей получает власть (вместо знати или священников); сначала купцы, потом рабочие» (Ницше). Антихрист из соловьевских «Трех разговоров» при помощи магических манипуляций и в ходе голосования именно от большинства получает «легитимную» власть. Праведная оппозиция подавляется силой. Лжесуверен подчиняет себе разные провинции и народы, лишая их государственного суверенитета. Фантомный монстр разрастается, своими глобалистскими устремлениями угрожая Вселенной: ведь еще в древние времена справедливость ассоциировалась не менее чем с целым порядком Вселенной и регулярностью человеческих и социальных процессов.

Романтик Адам Мюллер предупреждал о «химере суверенитета» и о ложном поклонении закону во времена, когда место Бога займет романтический субъект, превращающий весь мир в повод для своих интерпретаций: рождающиеся фантастические миры лишены субстанции, прочного руководства, определенности и решительности²².

Романтический субъект-герой, тот же сверхчеловек, всерьез принимающий свою божественную автаркию, уже не мог вынести никакой общности, никакого включения субъекта в общность: иначе блеск суверенности блекнет и индивидуальности наиндивидуальных сил «одерживают победу над индивидом, неосмотрительно отдавшим свою суверенность историческим жизненным силам, которые его окружают» (А. Мюллер).

Де Местр утверждал: во-первых, «то, что используется добровольно, вообще не может быть законом», во-вторых, суверенитет всегда является единым, нерушимым и абсолютным. Суверенитет часто путают с монархией, однако она только одна из его форм, и это — «централизованная аристократия», тогда как при республиканском коллективном правлении суверенитет вовсе не является единством: «Когда в государственно-философских теориях легитимистов Бог предстает последним принципом государственной жизни, то он является таким принципом в качестве высшего суверена и законодателя, как последний пункт легитимизации»²³.

Но уже Жан Боден не делал различия между суверенитетом государства и суверенитетом носителя власти. Он не противопоставлял государство высшему государственному органу в качестве самостоятельного субъекта: кто обладает абсолютной властью, тот и суверен, а кто именно ею обладает, должно устанавливаться в каждом отдельном случае на основании констатации политической влиятельности, — и здесь решающую роль играет одно правовое обстоятельство, а именно производный характер самой власти, которая при этом может быть сколь угодно сильна. (Пауль Тиллих называл «обманом метафоры» аналогию, проводимую между государством и личностью. Эта аналогия действует лишь до того момента, когда представительные центры социальной силы приравниваются к «размышляющему и решающему центру личности»). Но в действительности принимает решения не вся группа, а только те ее члены, у которых есть власть говорить за эту группу: «Группа — это не личность. Тем не менее ее структура — это структура силы. Она центрирована... Те, кто

²² См.: Шмитт К. Политический романтизм. М., 2015. С. 200, 355.

²³ Шмитт К. Диктатура. С. 46.

представляет силу отдельной группы, являются представителем, но не действительным центром». Иерархически же сила группы распределена по разным уровням.)

Границы человеческого бытия образуются благодаря существованию некой «суверенной инстанции управления», т.е. государства, первопричиной которого, в свою очередь, всегда была и остается «свирепая, ненасытная, порабощающая массы насильственная власть». Только «железные скрепы государства» сжимают огромные массы, что неизбежно формирует пирамидальную структуру властвования и организации. В отличие от Макиавелли, теория которого стимулировала разработку типологии конкретных ситуаций и правил поведения, и от Гегеля, мысль которого была занята проектированием обширных стабильных и становящихся тотальностей, политическая мысль Ницше была сосредоточена на поиске первоисточка самого политического события как последнего основания человеческого бытия: это и есть его концепция «большой политики»²⁴.

Ницше повторяет: только железные тиски государства могут сплотить массы, с тем чтобы, наконец, могло начаться то «химическое» разложение общества и образование его новой пирамидальной надстройки. «Сила дает первое право, и нет права, которое в своей основе не являлось бы присвоением, узурпацией, насилием». Это и есть та железная рука, объективация инстинкта власти. «По неопределимой величине и могуществу таких завоевателей наблюдатель чувствует, что они являются лишь средством обнаруживающейся и тем не менее скрытой от них цели. От них будто исходит магическая воля» (Ницше).

«Катехон» — вот тот рубеж, который суверен удерживает против набирающего силу хаоса и образами и предтечами Антихриста, требует от него качеств сверхчеловека, гениального и харизматического. Враги рода человеческого восстают против божественного порядка и его земных адептов — самодержцев, проповедуя автономию индивида и всеобщее равенство,

ставя на место божественного милосердия и послушания демократию и права человека. (Как бы ни назывался грядущий суверен — диктатором, правителем, императором, «мы будем считать его истинным самодержцем и подчиняться ему не из страха, а в силу трепетного сознания, что перед нами чудо и живое явление творческой мощи человечества»²⁵. Такой суверен уже не будет связан никаким законом.)

Отношение силы к силе называется волей. Такая воля к власти являет собой пластичский принцип ценностных суждений, скрытый принцип создания еще не признанных ценностей. Воля к власти — это, кроме всего, элемент различения, из которого проистекают настоящие силы в некой своей целостности. Она — всегда подвижная стихия, благодаря ей сила управляет, но вместе с тем и подчиняется. Активные силы утверждают, благодаря воле к власти, собственные отличия, силы же реактивные проявляют явную склонность к отрицанию и ограничению. При этом утверждению присущи множественность и многообразие, а отрицанию — единство и монизм: история демонстрирует победу реактивных сил, как ни печально, но в воле к власти всегда торжествует отрицание. «Повсюду мы видим торжество “нет” над “да”, реактивного над активным. Сама жизнь становится приспособительной, регулирующей, ...мы даже не понимаем, что значит — действовать». И эту победу реактивных сил и воли к отрицанию Ницше называет «нигилизмом или триумфом рабов»²⁶. «Рабы» торжествуют не в результате сложения собственных сил, а посредством отнятия силы у другого: «Наши господа — всего лишь рабы, восторжествовавшие во всемирном поработительном становлении». Они и торжествуют-то только благодаря своей низости: бессильный понимает власть «не как волю к торжеству», а лишь как «вождеделение господства» (Ницше).

В политике присутствует некая эстетика возвышенного. «Актеры», герои политической драмы, всегда оказываются под подозрением, что они руководствуются исключительно част-

²⁴ См.: Ясперс К. Ницше. СПб., 2004. С. 360.

²⁵ См.: Флоренский П. Предполагаемое государственное устройство в будущем // Сочинения. М. 1996. Т. 2. С. 451—452; Хогемейстер М. «Новое Средневековье» Павла Флоренского // Бонеецкая Н. Русский Фауст XX века. СПб., 2015. С. 285—286.

²⁶ Делез Ж. Указ. соч. С. 37.

ными мотивами и интересами. А возвышенный эффект, который испытывает наблюдающая эту драму публика, подобной заинтересованности чужд: здесь-то и находится потенциальное сродство революции и театра (Ж.-Ф. Лиотар).

Ницше называл «подлинных философов» «настоящими повелителями и законодателями»: их познание уже само по себе есть и созидание, а их созидание есть законодательство, их воля к истине есть также воля к власти. Со времени Платона философия призвана править миром, она сама «большая политика», при этом «несвоевременность мыслителя измеряется силой, коей он действует наперекор прошлому и настоящему».

Нравственное суждение сходится с суждением религиозным в том, что оно верит в несуществующие реальности, мораль есть только истолкование определенных явлений, т.е. ложное истолкование. Правители повелевают другими, испытывая угрызения совести; чтобы быть в состоянии повелевать, они должны прибегать к самообману. Ницше называл это «лицемерием повелевающих»: отдавая приказания, правители притворяются, будто они приказывают не от своего имени, будто сами они при этом подчиняются велениям права, закона, конституции и следуют правилам «стадной мудрости» в качестве «первых слуг народа». «Самый конституционный образ правления нынешних государств проникнут тем же духом: нынешний парламентаризм представляет собой попытку заменить истинных, врожденных повелителей коллективной мудростью многих стадных людей»²⁷.

Только сила исполнена смысла, а логика смысла есть логика силы, и если насилие в основном направлено на форму силы и способ ее организации, то собственно сила не затрагивает в своем действии ничего, кроме другой силы, она созидательна, сопоставляя себя с другими в отношении могущества и способности творить. Это и есть власть как первопринцип жизни. Власть — желание абсолютное, составляющее пафос всякой власти, это воля к власти без каких-либо условий и ограничений²⁸.

Овладение историчностью не может обладать только государственной формой (как полагал Гегель), — если «государство является исключительно предположением и представлением скрытого действия исторического первопринципа», оно должно рядом с собой оставить свободное пространство для негосударственной и внеправовой человеческой жизни и политики (Дж. Агамбен). В «Несвоевременных мыслях» Ницше ссылается на Платона, заявившего о необходимости «могучей лжи» для воспитания населения своего фантомного государства: с этого как будто и начинается «историческая болезнь» модерна, подрывающая пластическую силу жизни.

Псевдорациональность власти, как и ее проблематичное обещание самоограничения, есть только одна из исторических форм воображаемого. Она произвольна в своих конечных целях, поскольку последние не основываются на разумных основаниях. Поэтому власть в качестве цели полагает саму себя, стремясь лишь к пустой и формальной рационализации: вся бюрократическая система пропитана таким воображаемым. Социальное воображаемое не обладает собственной плотью и заимствует свою субстанцию у рационального, которое оно тут же трансформирует в псевдорациональное²⁹.

Всякий позитивизм, по сути, ложен, поскольку в своих наблюдениях исходит из фактов, а не из интерпретаций. Объект и субъект здесь утрачивают свою познавательную силу. Познание и становление исключают друг друга, но познание уже само по себе есть становление, создающее свою иллюзию бытия: все только кажимость, а само сознание предназначено для того, чтобы подготовить место для полного автоматизма: логические же аксиомы суть не что иное, как те же императивы, предписывающие, что и когда следует считать истиной³⁰.

В действительности же является существенной и по-настоящему существует одна только интерпретация, таковой является и воля к власти. То, что кажется фактическим положением вещей, тоже интерпретация, и даже формирование какого-либо органа — интерпретация,

²⁷ См.: Трубецкой Е. Н. Указ. соч. С. 444.

²⁸ Делез Ж. Указ. соч. С. 165—166.

²⁹ Касториадис К. Воображаемое установление общества. М., 2003. С. 175—179.

³⁰ См.: Юнгер Ф. Ницше. М., 2001. С. 126—131.

это средство, посредством которого мы чем-то по-настоящему овладеваем: «Мы живем в мире интерпретаций и интерпретаторов» (Ницше).

Но если все наше познание состоит из фикций, а законы логики только суть части этих фикций, упорядочены нами же и для нас, то оказывается, что «фикция — единственная власть и сила, которой только и сто́ит заниматься». Вся сила интерпретаций заключена в создании новых фикций. Мы сами рождаем и творим миф, и поэтому новому миру уже не нужен ни «истинный», ни эмпирический мир: мысль идет от эмпирической и идеалистической действительности к воображаемой: существует только способность воображения, которая занимает место веры, уводя нас в мифическую область.

Мир становится иррациональным и несоизмеримым, и в этом мире существуют только граничные понятия. Политика характеризуется почти враждебной полярностью между гением лидера, вождя, суверена и инертностью массы (и за этим уже проглядывает неразрешимое противостояние «друга — врага»): «Нет смысла в том, чтобы коллектив одобрял решения лидера, между вождем и чернью могут существовать только иерархические отношения. Формула Эрнста Юнгера: “позволить деснице мирового духа лепить из тебя что-угодно” — пример определения субъекта через установление пределов субъективности»³¹.

Принцип суверенитета был выработан еще в ту эпоху, когда правовая структура глобального общества отдавала приоритет государственному порядку. Это была эпоха формирования современного территориального государства, сражавшегося с организациями, которые, не будучи территориальными группами, претендовали на государственно-властный статус (церковь, Священная Римская империя и внутренний феодализм). Утверждая свой суверенитет, территориальное государство защищало свою монополию на безусловное принуждение. Однако правовой суверенитет («компетенция компетенций») и для такого государства все же оставался только желательной иллюзией³².

Очевидно, что доля государственной власти, которую приватно приобретает для себя отдельный индивид, потеряна для власти всеобщего. Тем самым монарх и собрание представителей сохраняют необходимый суверенитет лишь в весьма незначительной степени: власти, которые по самой сути государства должны быть подчинены некоему центру и объединены в верховной власти в лице монарха и сословий, — уже не находятся в ведении законной верховной власти. «В той мере, в какой каждая составная часть государства не только обладает долей участия в государственных делах, но и обособилась, поставила себя вне сферы государственной власти, ей предоставляется независимость в качестве права; и ежедневно эти части государства стремятся не только к независимости от целого, но и к тому, чтобы в значительной степени преодолеть в своем обособлении те границы, которые санкционировало государство». Национальная государственность в такой ситуации есть не что иное, как сумма прав, отнятых у государства (В. Ф. Гегель)³³. (Государство является «не более чем сложносоставной реальностью и мифологизированной абстракцией, чья важность куда более ограничена, чем многие из нас думают» (Мишель Фуко).)

Народ как изначальная сила всякого государственного образования тем временем увлекает из «бесконечной и непостижимой бездны своей власти» все новые и новые формы. Содержание воли нации теперь имеет такую же правовую ценность, что и содержание соответствующих положений конституции: в любой момент эта воля может вмешиваться в жизнь посредством законодательных, юридических или практических актов. «Нация никогда не учреждает сама себя, но всегда только что-то другое», ведь только она находится в пресловутом, почти гоббсовском, естественном состоянии и как учредительная власть ничем не связана, учреждаемые же ею власти имеют только обязанности, если хотят пребывать в правовом состоянии³⁴. Для Карла Шмитта различие между государством и народом — предпосылка

³¹ См.: Губрехт Х. У. В 1926 году : На острие времени. М., 2005. С. 335, 350.

³² Гурвич Г. Социология права // Философия и социология права. СПб., 2004. С. 741—742.

³³ Гегель В. Ф. Конституция Германии // Политические произведения. М. 1978. С. 184.

³⁴ Шмитт К. Диктатура. С. 163—164.

вообще всякой правовой ситуации, поскольку сфера политического целиком относится к компетенции государства. И именно государство, а не народ или нация становится новой псевдотрансцендентной точкой отсчета, к примеру, военных действий: «В тесном пространстве государства, которое мы представляем, воздвигает у нас перед глазами подобие собственной безграничной жестокости, заполняя нас своим правом властвовать и захватывать» (Эрнст Юнгер). Государство и гражданин становятся двумя абстракциями, в своем диалектическом единстве «дающими конкретное и особенное, которое затем становится универсальным». Это универсальное вроде бы всегда есть, и вроде бы его нет: то, что гражданин видит перед собой, еще не является государством, а лишь тем особенным, что он и в самом деле отвергает, потому что оно ограничивает его личность.

Истинное же государство, напротив, не ограничивает, а расширяет, не подавляет, а возвышает личность: «Государство в своей сущностной интериорности — не только этическая воля, но и вообще самосознание и, стало быть, полная и совершенная человечность» (Дж. Джентиле).

Но сверхчеловек придает совершенно новое качество тому социуму, в который он приходит. Общество для него — только материал формовки, аморфная материя алхимика. Его порядки и законы не имеют значения, сверхчеловек оказывается в аномичном пространстве, ценностно нейтральном, готовым к трансформации. Это — кантианское «пустое» пространство политического, чистый холст для художника-преобразователя, поэт же называет его «сферой отрешенности». «Сфера отрешенности» определена и очерчена в различных направлениях: вверху в пространстве дали и света, где пребывают человекобоги, или, наоборот, в глубинах недр, во внутренней сфере мироздания и центре Вселенной, куда «впадают все потоки». Отсюда и ушедшие в прошлое «отцы», здесь «более великие» господствуют и правят всем и тогда, когда о них знают, и тогда, когда их воздействие осуществляется «в святой ночи», при открытии великих сил. Народ смутно чувствует эти силы и «подтягивается ввысь», до тех пор, пока не придет миг нового сознания, пока не явится «смысл постигший человек», обладающий знанием о делах народа и государства (Гёльдерлин)³⁵.

Продолжение в следующем номере.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Агамбен Д. Средства без цели. — М., 2015.
2. Батлер Дж. Психика власти. — СПб., 2002.
3. Гвардини Р. Конец Нового времени // Феномен человека. — М., 1993.
4. Гегель В. Ф. Конституция Германии // Политические произведения. — М., 1978.
5. Губрехт Х. У. В 1926 году : На острие времени. — М., 2005.
6. Гурвич Г. Социология права // Философия и социология права. — СПб., 2004.
7. Делез Ж. Ницше. — СПб., 1997.
8. Касториадис К. Воображаемое установление общества. — М., 2003.
9. Кожев А. Введение в чтение Гегеля. — СПб., 2003.
10. Кожев А. Очерк феноменологии права // Атеизм. — М., 2007.
11. Кьеркегор С. Страх и трепет. — М., 1993.
12. Лурман Н. Власть. — М., 2001.
13. Манн Т. Философия Ницше в свете нашего времени // Собрание сочинений. — М., 1961. — Т. 10.
14. Ницше Ф. По ту сторону добра и зла // Сочинения. — М., 1990. — Т. 2.
15. Слотердаик П. Критика цинического разума. — Екатеринбург, 2001.
16. Флоренский П. Предполагаемое государственное устройство в будущем // Сочинения. М., 1996. Т. 2.
17. Франк С. Крушение кумиров // Сочинения. — М., 1990.
18. Шмитт К. Диктатура. — СПб., 2005.

³⁵ См.: Гвардини Р. Гёльдерлин. Картина мира и боговдохновенность. СПб., 2015. С. 117—122.

19. Шмитт К. Политический романтизм. — М., 2015.
20. Штернер М. Единственный и его собственность. — Харьков, 1994.
21. Юнгер Ф. Ницше. М., 2001.
22. Юнгер Э. Через линию // Судьба нигилизма. — СПб., 2006.
23. Ясперс К. Ницше. — СПб., 2004.

Материал поступил в редакцию 28 января 2016 г.

THE FALL OF SOVEREIGNTIES: THE REVERSE PERSPECTIVE.

PART 1.

ISAEV Igor Andreevich — Doctor of Law, Professor of the Department of History of the State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
[kafedra-igp@mail.ru]
123995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Review. *The article analyzes the problem that has always remained relevant in the legal science —namely, the problem of sovereignty. The author compares this concept with the concept of state independence, and in the process of dialectical comparison the author makes an attempt to elicit their common features and fundamental differences. The sovereign as the subject of sovereignty may take both personal and anonymous form, and both individual and collective implementation.*

The article highlights the fictitious nature of sovereign subjectivity inherent in the era of modern when the sovereignty substantially changes its content and essence. This process of transformation was marked by such thinkers as Fyodor Dostoevsky, Vladimir Soloviev, Friedrich Nietzsche, and others. A fictitious or imaginary sovereign, even if he has supremacy and power, is deprived of true legitimacy that cannot be restored by either public opinion or direct violence. Both mimicry and manipulation are of no use under such circumstances. «Two bodies» of the king fall in two and never conjoin again.

A fictitious sovereign rules a fictitious, «phantom» state. The substrate of such a state is not the people, but the “masses” as a specific formation conjoined by the staples of external power, violence and ideology. Independence associated with the freedom of existence is absorbed by the force of power, with which it turns out to be incompatible. An external law plays a much more important role than internal truth on which traditionally justice was based. The very justice is replaced by its own metaphor, which is the law. Depersonalized force of law that was expressed in the rule of thumb not only limits sovereignty, but supersedes it. Sovereignty as the status radiates independence as its movement and dynamics. Illusories that are typical for the era of modern result in making “unjust laws” that neglect both the truth and justice and focus only on feasibility and effect. Metaphysical and transcendental provisions disappear from the sphere of law that used to connect law with the other upper extralegal authorities. Normativizm becomes the dominant ideology of the era of modern and modernity, giving the law and the sovereignty a brand new look and creating unintended consequences for the life of the rule of law state

Keywords: *sovereignty, independence, authority, legitimacy, lawfulness, subject, personality, state, legal form, rule of law, justice, truth, legality.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Agamben D. Sredstva bez celi. — М., 2015.
2. Batler Dzh. Psihika vlasti. — SPb., 2002.
3. Gvardini R. Konec Novogo vremeni // Fenomen cheloveka. — М., 1993.
4. Gegel' V. F. Konstitucija Germanii // Politicheskie proizvedeniya. — М., 1978.
5. Gubreht H. U. V 1926 godu : Na ostrie vremeni. — М., 2005.
6. Gurchich G. Sociologiya prava // Filosofiya i sociologiya prava. — SPb., 2004.
7. Delez Zh. Nicshe. — SPb., 1997.

8. *Kastoriadis K. Voobrazhaemoe ustanovlenie obshhestva.* — М., 2003.
9. *Kozhev A. Vvedenie v chtenie Gegelja.* — SPb., 2003.
10. *Kozhev A. Oчерk fenomenologii prava // Ateizm.* — М., 2007.
11. *K'еркегор S. Strah i trepet.* — М., 1993.
12. *Lurman N. Vlast'.* — М., 2001.
13. *Mann T. Filosofija Nicshe v svete nashego vremeni. // Sobranie sochinenij.* — М., 1961. — Т. 10.
14. *Nicshe F. Po tu storonu dobra i zla // Sochinenija.* — М., 1990. — Т. 2.
15. *Sloterdajk P. Kritika cinicheskogo razuma.* — Ekaterinburg, 2001.
16. *Florenskij P. Predpolagaemoe gosudarstvennoe ustrojstvo v budushhem. // Sochinenija. M. 1996. T. 2.*
17. *Frank S. Krushenie kumirov // Sochinenija.* — М., 1990.
18. *Shmitt K. Diktatura.* — SPb., 2005.
19. *Shmitt K. Politicheskij romantizm.* — М., 2015.
20. *Shterner M. Edinstvennyj i ego sobstvennost'.* — Har'kov, 1994.
21. *Junger F.* — Nicshe. М., 2001.
22. *Junger Je. Cherez liniju // Sud'ba nigilizma.* — SPb., 2006.
23. *Jaspers K. Nicshe.* — SPb., 2004.

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ И МЕСТНОЕ САМОУПРАВЛЕНИЕ

А. В. Ильин*

Парламент и эффективное распределение бюджетных средств

Аннотация. В работе подвергается логическому анализу парламентская процедура принятия решений о распределении бюджетных средств. Автор впервые дает юридическую интерпретацию классической экономической теоремы о невозможности К. Эрроу. Применяя эти идеи для анализа бюджетного процесса, автор доказывает, что парламент не может с логической точки зрения принимать эффективные решения о распределении бюджетных средств, в связи с чем его исключительное право принимать бюджет ставится под сомнение.

Ключевые слова: бюджет, эффективное распределение средств, голосование, парламент, коллективный выбор, парадокс Кондорсе.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.040-046

В настоящее время право именно законодательной, а не исполнительной власти принимать решение (закон) о государственном бюджете практически не подлежит оспариванию. Однако может ли парламент осуществить распределение бюджетных средств так, чтобы с финансовой точки зрения конституционные права граждан были обеспечены и при этом конституционно-значимые результаты были получены с использованием наименьшего объема средств, т.е. эффективно?

Обычно на это отвечают, что как раз именно само общество в лице депутатов парламента

только и способно осуществить распределение бюджетных средств конституционно обоснованно.

Эта идея на первый взгляд выглядит весьма привлекательно, поскольку исходит из того, что решения о распределении бюджетных средств будут приниматься не одним человеком или группой людей-единомышленников, что всегда осуществляется закрыто и чревато злоупотреблениями, а коллективом людей, имеющих различные взгляды, в открытой и конкурентной борьбе, что само по себе обеспечит принятие лучшего из возможных решений¹.

¹ Так, М. И. Пискотин писал: «Утверждение бюджета соответствующим Советом является необходимым не только потому, что бюджет в силу своего значения может приниматься лишь органами народного представительства и от имени народа, хотя это чрезвычайно важно само по себе. Такое утверждение служит важнейшим средством, обеспечивающим более тщательную проверку проекта бюджета и его совершенствование» (см.: Пискотин М. И. Советское бюджетное право (основные проблемы). М.: Юрид. лит., 1971. С. 250).

© Ильин А. В., 2016

* Ильин Антон Валерьевич, кандидат юридических наук, заместитель начальника управления конституционных основ частного права Конституционного Суда РФ
Tadeusz@mail.ru
193036, Россия, г. Санкт-Петербург, ул. 8-я Советская, д. 15/24, кв. 4

Соответственно, только парламент, принимающий закон о бюджете голосованием, сможет обеспечить эффективное и конституционно обоснованное решение о распределении бюджетных средств. Несмотря на внешнюю привлекательность этой идеи, мы полагаем ее ошибочной.

Начнем с того, что коллективный способ принятия решений не может гарантировать, что принятое подобным образом решение будет эффективным.

Хорошо известно, что в подавляющем большинстве случаев решение в парламенте принимается в результате голосования по правилу большинства голосов. Однако это правило имеет такой недостаток, наличие которого само по себе убедительно доказывает ложность вышеизложенной гипотезы. Этот недостаток, известный как парадокс Кондорсе, заключается в том, что при наличии более двух альтернатив и более двух лиц коллективное упорядочивание альтернатив может быть не транзитивным, несмотря на то что упорядочивание каждого из этих лиц будут транзитивно. Продемонстрируем данный парадокс на примере.

Пусть депутаты Государственной Думы при принятии федерального закона о федеральном бюджете решили по-своему распределить суммы, составляющие в проекте, подготовленном правительством, дополнительные доходы бюджета, которые правительство предлагает направить на погашение внешнего долга. Предположим, что депутаты решили распределить эти средства между тремя альтернативами — национальная оборона (А), социальная политика (В) и образование (С) в пропорции: 50 % — 35 % — 15 %. Теперь депутаты должны решить, сколько средств получит каждая из альтернатив. В результате рейтингового голосования² были получены следующие результаты:

Упорядочение альтернатив	ABC	BCA	CAB	ACB	CBA	BAC
Число голосов, поданных за такое упорядочивание	150	130	120	10	35	5

Таким образом, альтернатива ABC получает большинство голосов, в связи с чем на национальную оборону будет направлено 50 % имеющихся в распоряжении средств, на социальную политику — 35 %, а на образование — оставшиеся 15 %.

Однако если мы внимательно посмотрим на результаты голосования, то возникнет вопрос: насколько результат голосования отражает действительные предпочтения всех депутатов, которые мы можем установить из расклада голосов по всем альтернативам? В действительности направить 50 % средств на национальную оборону согласились только 160 (сумма голосов, поданных за ABC и ACB) из 450 депутатов, т.е. решение было принято меньшинством ($\approx 35,56\%$) поданных голосов. На другие цели направить те же 50 % средств согласились 290 депутатов ($\approx 64,44\%$), однако их мнение в итоге не было учтено. Наконец, если мы посмотрим, сколько депутатов поставили национальную оборону на третье место среди своих предпочтений (165 человек), то заметим, что на самом деле количество депутатов, желающих направить на национальную оборону 15 % средств, больше, чем число депутатов, полагающих национальную оборону безусловным приоритетом. Таким образом, мы видим, что воля Государственной Думы как коллектива депутатов, сформированная в ходе голосования, расходится с волей, сформированной выраженными при голосовании предпочтениями большинства депутатов. Парадокс состоит в том, что, с одной стороны, мы утверждаем, что воля парламента по какому-нибудь вопросу формируется большинством голосов его членов, свободно поданных исходя из своих предпочтений за конкретный исход, а с другой стороны, воля этого большинства депутатов, исходя из выраженных при голосовании предпочтений, направлена на достижение совсем другого исхода.

Это противоречие между сформированной большинством депутатов волей и выраженной в итоге волей парламента еще нагляднее проявляется, если попарно сравнить предпочтения

² Идея о том, что для коллективного решения необходимо полное упорядочивание предпочтений индивидуальных избирателей по альтернативам, является ключевой в теории коллективного выбора. На это специально обращает внимание Кенетт Эрроу (Kenneth Joseph Arrow) (см.: Эрроу К. Дж. Коллективный выбор и индивидуальные ценности : пер. с англ. М. : Изд. дом ГУ ВШЭ, 2004. С. 140).

депутатов. Обратим еще раз внимание на наш пример. Знаком $>$ мы будем обозначать предпочтение первой альтернативы второй.

Сравнение альтернатив	Число депутатов, предпочитающих такой исход сравнения
$A > B$	280
$B > A$	170
$B > C$	285
$C > B$	165
$A > C$	165
$C > A$	285

Соответственно, если мы попытаемся выстроить цепочку предпочтений названных альтернатив, то получим следующее: $A > B$ (т.к. $280 > 170$), $B > C$ (т.к. $285 > 165$), но $C > A$ (т.к. $285 > 165$). Однако это означает невозможность непротиворечиво сформулировать позицию в отношении трех альтернатив. Действительно, если депутаты сначала предпочли национальную оборону социальной политике, а социальную политику образованию, то логично ожидать, что эти же депутаты предпочитают национальную оборону образованию, однако итоги голосования говорят об обратном.

Этот пример показывает, что как только мы имеем двух депутатов и три альтернативы, то коллективное принятие решений всегда будет противоречиво в том смысле, что оно не позволяет сформировать и выразить свою позицию при проведении любым образом голосования так, как этого желают сами депутаты. Иначе говоря, парламент не может сопоставлять, а значит, и выбирать лучшее решение из более чем двух его вариантов. Легко видеть, что коллективное принятие решений не может рассматриваться как наиболее эффективный способ принятия решений, поскольку может приводить к принятию противоречивых решений, и, следовательно, принятие парламентом закона о бюджете, предполагающего выбор

из множества альтернатив, ни в коей мере не может гарантировать эффективное распределение бюджетных средств.

Но быть может, проблема заключается не в парламенте, не в коллективном способе принятия решений, а в самом правиле большинства? К. Эрроу ответил на данный вопрос отрицательно, безупречно доказав, что при необходимых в демократическом обществе условиях, понимаемых как требования к системе голосования, не существует системы голосования, способной непротиворечиво объединить индивидуальные предпочтения двух и более лиц для трех и более альтернатив³. Не видя необходимости в воспроизведении здесь доказательства теоремы о невозможности Эрроу⁴, обратим внимание на те условия, из которых в обязательном порядке должна строиться система голосования, чтобы давать непротиворечивый результат. В формулировке теоремы 1963 года эти условия, представленные в нашей интерпретации с целью сделать их содержание доступным для юристов, суть следующие.

Первым условием выступает универсальность, под которой предлагается понимать допустимость любых наборов индивидуальных предпочтений. Иначе говоря, это условие означает, что система голосования не должна накладывать практически никаких ограничений на то, как избиратели могут упорядочивать альтернативы при голосовании, или, говоря иначе, все логически возможные упорядочивания альтернативных социальных состояний допустимы. Необходимость этого условия обусловлена тем, что если мы не хотим требовать никакого предварительного знания о вкусах индивидуума до голосования, то голосование должно допускать любой логически возможный набор индивидуальных предпочтений⁵. Единственное ограничение, которое необходимо наложить на способ упорядочивания альтернатив, — это транзитивность (если альтернатива А предпочтительна или безразлична альтернативе В, а альтернатива В предпочтительна или безразлична альтернативе С, то альтернатива А предпочтительна или

³ См.: Эрроу К. Дж. Указ. соч. С. 82—93 (в формулировке 1951 г.), 144—148 (в формулировке 1963 г.).

⁴ Чрезвычайно доступно доказательство теоремы Эрроу о невозможности изложено в замечательной книге Ричарда Клима (Richard E. Klima) и Джонатана Ходжа (Jonathan K. Hodge) «Математика выборов» (М.: МЦНМО, 2007. С. 92—100).

⁵ См.: Эрроу К. Дж. Указ. соч. С. 46—47.

безразлична альтернативе С)⁶. Необходимость названного условия, как мы уже убедились ранее, очевидна: без него невозможно никакое упорядочивание альтернатив.

Вторым условием является единогласие, под которым понимается следующее: если каждым лицом альтернатива А предпочитается альтернативе В, то в результате коллективного голосования коллектив предпочтет альтернативу А альтернативе В⁷. Значение этого условия заключается в том, что, приняв его, мы обеспечим, во-первых, что результат голосования будет зависеть только от того, как проголосуют избиратели (отсутствуют альтернативы, которым заранее обеспечено определенное место в упорядоченном представлении альтернатив, независимо от того, как за них проголосовали, равно как отсутствуют такие альтернативы, которым никогда нельзя выразить свое предпочтение)⁸, а во-вторых, прямую зависимость возможности выбора альтернативы от увеличения поданных за нее голосов (если мы отдаем голоса за альтернативу, то она от этого не опускается в коллективном перечне предпочтений, а поднимается)⁹. Необходимость этого условия очевидна: оно обеспечивает свободу выбора, запрещая навязывание избирателям альтернатив.

Третьим условием служит независимость от посторонних альтернатив, под которой понимается следующее: выбор между альтернативами А и В не изменится от того, что существует (или впоследствии может появиться) альтернатива Е, не представленная для участия в голосовании. Значение этого условия состоит в том, чтобы выбор альтернативы, осуществленный посредством голосования коллективом в заданных внешних обстоятельствах, зависел от индивидуальных упорядочиваний альтернатив в этих обстоятельствах¹⁰. Тем самым мы специально заранее отказываемся от учета предпочтений в отношении не участвующих в голосовании альтернатив, предпочтения относительно которых мы не можем в связи

с этим наблюдать¹¹, что дает возможность рассматривать избирательную систему как рациональный способ принятия решений.

Наконец, четвертым условием выступает отсутствие диктатора, под которым понимается лицо, чье предпочтение какой-либо альтернативы определяет и предпочтение этой альтернативы всем коллективом. Говоря иначе, диктатура имеет место тогда, когда коллективный выбор основан исключительно на предпочтениях одного человека, и только если диктатору безразличны представленные альтернативы, то он, возможно, оставит выбор за несколькими или всеми избирателями¹². Соответственно, под условием об отсутствии диктатора должны пониматься такие правила проведения голосования, при которых ни один из его участников не может только своим волеизъявлением определять его результат, или, что то же самое, участники голосования должны быть равны в том смысле, что голос каждого имеет равный вес.

Результат Эрроу состоит в доказательстве следующего утверждения: невозможно придумать такую систему голосования, при которой все эти четыре предпосылки были бы непротиворечиво реализованы, однако если допустить возможность передачи решения вопроса в руки одного лица, то можно предложить способ совместить все остальные предпосылки.

В этих условиях естественно было бы отказаться или же ослабить одно или несколько из названных условий. Однако если юридически интерпретировать эти положения, то мы не сможем отказаться ни от одного из выставленных условий.

Действительно, без проведения первого условия невозможно выявить действительную волю коллектива в отношении упорядочения нескольких альтернатив. Отрицание необходимости этого условия приводило бы нас к тому, что мы вообще не могли бы утвердительно говорить о том, что, в конце концов, избрал парламент, что означает отсутствие у парламента

⁶ См.: Эрроу К. Дж. Указ. соч. С. 31.

⁷ См.: Эрроу К. Дж. Указ. соч. С. 143.

⁸ Обсуждение этого самим К. Эрроу см.: Эрроу К. Дж. Указ. соч. С. 52—54.

⁹ Рассуждения по этому поводу К. Эрроу см.: Указ. соч. С. 47—49.

¹⁰ Формулировку этого условия К. Эрроу см.: Указ. соч. С. 49—52.

¹¹ Указ. соч. С. 161.

¹² Рассуждения по этому поводу К. Эрроу см.: Указ. соч. С. 54—55.

непротиворечивой воли в отношении конкретного вопроса, а это, в свою очередь, эквивалентно утверждению о несформированности воли парламента с юридической точки зрения. Поэтому условие универсальности является гарантией формирования (с юридической точки зрения) воли парламента¹³.

Без проведения второго условия невозможно обеспечить принцип независимости депутата, предполагающий, в частности, свободу депутата от чьих бы то ни было указаний, возможность беспрепятственного осуществления полномочий, недопустимость неправомерного вмешательства в его деятельность, свободу от различных форм группового давления — партийного, корпоративного, регионального, местного и т.п. (п. 3.1 постановления Конституционного Суда РФ от 28.02.2012 № 4-П¹⁴), поскольку данное условие подразумевает, что голосование каждого депутата, во-первых, будет свободным и, во-вторых, будет оказывать влияние на итог голосования. Ни фракции, ни группы депутатов при данном условии не могут, например, постановить, что голоса депутатов, отданные вопреки мнению фракции или какой-либо влиятельной группы депутатов, не будут учтены при подведении итогов голосования. Поэтому условие единогласия является гарантией свободного осуществления статуса депутата.

Третье условие напрямую связано с необходимостью обеспечить принятие парламентом именно рациональных решений. Когда мы говорим о том, что парламент в ходе голосования, к примеру, по бюджетным вопросам стремится принимать наиболее рациональные решения,

мы предполагаем, что каждый депутат при голосовании действует осознанно, исходит из понимания своих приоритетов, основываясь на знании того, какая альтернатива в данных временных социально-экономических условиях кажется ему предпочтительней. Поэтому при сравнении альтернатив депутаты должны исходить из представления о действительно лучшем из имеющихся в данный момент вариантов. Соответственно, результатом коллективного выбора станет нахождение предпочтительного для коллектива конкретного решения конкретной задачи. Если же депутат стал бы принимать во внимание при выборе из нескольких альтернатив желательность выбора другой альтернативы, не предложенной (или невозможной) для голосования, и с этой точки зрения оценивать имеющиеся альтернативы, то его голос не отразил бы его предпочтений в решении конкретной поставленной проблемы в условиях имеющихся в наличии средств, а значит, результатом коллективного выбора стало бы решение, не имеющее отношения к поставленной задаче или же не самое эффективное. В данной ситуации на результат голосования оказывали бы влияние совершенно посторонние обстоятельства, в связи с чем подобный выбор утратил бы рациональный характер. Легко видеть, что отрицание условия независимости от посторонних альтернатив само по себе ведет к признанию ошибочной выдвинутой нами гипотезы о том, что парламент всегда имеет возможность принимать наиболее эффективные решения. Поэтому условие независимости от посторонних альтернатив является гарантией принятия рациональных решений.

¹³ Джеймс М. Бьюкенен (James M. Buchanan) и Гордон Таллок (Gordon Tullock) подвергли критике это условие Эрроу, отрицая возможность существования «упорядоченности, которая могла бы считаться (в соответствии с неким определением рациональности) воплощением рациональных общественных действий» (см.: Бьюкенен Дж., Таллок Г. Расчет согласия. Логические основания конституционной демократии / Бьюкенен Дж. Сочинения. М.: Таурус Альфа, 1997. Т. 1. С. 68 (сноска) (Нобелевские лауреаты по экономике)). Несмотря на то что с юридической точки зрения довод Дж. Бьюкенена и Г. Таллока представляется некорректным, поскольку без постулирования существования такой упорядоченности невозможно говорить о «воле» коллективных субъектов, которую закон признает наличествующей, этот довод служит хорошим предостережением против попыток признания любых решений, принятых большинством, как рациональных.

¹⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 28.02.2012 № 4-П «По делу о проверке конституционности пункта 1.1 статьи 12 Федерального закона “Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации” в связи с жалобой гражданки Т. И. Романовой» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2012. № 2.

Четвертое условие обеспечивает принцип равенства депутатов при голосовании. Отрицание его приводило бы либо к тому, что парламент не смог бы вообще принять никакого решения (если бы мы предоставили каждому депутату полномочия диктатора), либо, если мы предоставим полномочия диктатора одному депутату или одной группе депутатов, к нарушению конституционного принципа равенства, предполагающего, в частности, что каждый депутат парламента наделен полномочиями депутата в равной степени с любым другим депутатом этого парламента.

Таким образом, если мы не можем отказаться ни от одного из указанных условий, то мы должны признать и невозможность во всех случаях посредством голосования прийти к юридически корректному и эффективному решению, ведь отказываясь от названных условий или ослабляя их, мы будем нарушать или принцип равенства, или принцип независимости депутатов, либо вообще сделаем парламент неспособным принимать какие-либо решения, либо у нас не будет гарантий того, что принятые решения можно считать эффективными. Это, в свою очередь, означает, что принятие парламентом решения о бюджете не только не может служить средством эффективного распределения бюджетных средств, быть гарантией конституционных прав граждан, но и наоборот, подобный способ принятия решений может приводить к прямо противоположным результатам.

Мы не считаем необходимым подробно обосновывать мысль о том, что принятие решений посредством голосования в парламенте не создает никаких гарантий конституционно обоснованного распределения бюджетных средств, поскольку каждый знает, что диктатура большинства ничуть не лучше диктатуры одного человека. Когда речь идет об обеспечении прав граждан, правило большинства, используемое в парламенте для принятия решений, приводит к тому, что решения принимаются исходя не из любви к Конституции и не из уважения к правам меньшинства, а из тех интересов, которые поддерживаются этим большинством. Если такие интересы находятся в противоречии с интересами меньшинства, последние игнорируются. А если мы вспомним, что Конституция допускает возможность ограничения федеральным законом прав

граждан в том случае, если это необходимо в целях защиты прав и законных интересов других лиц, то, если интересы этих «других лиц» разделяются большинством депутатов в парламенте, нетрудно догадаться, что парламент не замедлит принять подобный федеральный закон. Это весьма ярко проявляется при принятии решений о распределении бюджетных средств, когда в условиях ограниченности ресурсов бюджетные средства распределяются исходя из необходимости большего обеспечения прав и интересов тех лиц, чьи интересы разделяются большинством депутатов парламента. Сказанное характеризует хорошо известное всем положение меньшинства, чьи права при демократии не могут эффективно защищаться в парламенте.

Вообще говоря, хорошей иллюстрацией отсутствия гарантированности конституционно обоснованного принятия решений посредством голосования в парламенте служит практика конституционных судов, лишаящих силы законы, принимаемые парламентами, по той причине, что они не соответствуют конституциям, т.к. нарушают права граждан. Ясно, что если бы парламента принимали законы, всегда соответствующие конституциям, подобной практики конституционных судов не существовало бы. Но если это имеет место применительно к обычным законам, то где гарантии того, что этого (конституционно необоснованного решения) не произойдет в случае законов о бюджете?

Всем хорошо известно, что огромный объем и еще бóльшая сложность приложений закона о бюджете, требуемая высокая скорость его рассмотрения, необходимость принятия сбалансированного бюджета устанавливают весьма высокие требования к работе депутатов парламента по рассмотрению и утверждению представленного проекта закона о бюджете. В этих условиях тривиальная возможность ошибки (конституционно необоснованного распределения бюджетных средств, т.е. такого распределения, при котором отдельные, некоторые или все права человека оказываются финансово необеспеченными) по недосмотру, усталости, лености не может быть исключена. А если мы примем во внимание отсутствие гарантий того, что депутаты (некоторые, их часть или все) окажутся профессионально пригодными к подобной работе, или если вспомним, что

подобные ошибки могут совершаться умышленно, то следует признать, что принятие закона о бюджете парламентом не может сколь-либо обеспечивать принятие конституционно обоснованного решения по поводу распределения бюджетных средств.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бьюкенен Дж., Таллок Г. Расчет согласия. Логические основания конституционной демократии // Бьюкенен Дж. Сочинения. — Т. 1. — М. : Таурис Альфа, 1997. — (Нобелевские лауреаты по экономике).
2. Клима Р. Э., Ходж Дж. К. Математика выборов. — М. : МЦНМО, 2007.
3. Пискотин М. И. Советское бюджетное право (основные проблемы). — М. : Юрид. лит., 1971.
4. Эрроу К. Дж. Коллективный выбор и индивидуальные ценности : пер. с англ. — М. : Издательский дом ГУ ВШЭ, 2004.

Материал поступил в редакцию 18 сентября 2015 г.

THE PARLIAMENT AND THE EFFICIENT ALLOCATION OF BUDGET FUNDS

ILYIN Anton Valeryevich — PhD in Law, Deputy Head of the Department of Constitutional Foundations of Private Law of the Constitutional Court of the RF

Tadeusz@mail.ru

193036, Russia, St.Petersburg, ul. 8 Sovetskaya, d. 15/24, kv. 4

Review. *The paper provides an in-depth analysis of a parliamentary procedure of making decisions concerning the budget funds distribution. The author was the first who gave legal interpretation of the classical economic Arrow's impossibility theory. Applying these ideas to analyze budget distribution procedure, the author proves that the Parliament cannot make effective decisions concerning the distribution of budget funds. Thus, the exclusive power of the Parliament to approve the budget is brought into question.*

Keywords: *Budget, effective distribution of funds, voting, Parliament, collective (social) choice, Condorcet's paradox.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. B'yukenen Dzh., Tallok G. Raschet soglasiya. Logicheskie osnovaniya konstitucionnoj demokratii // Byukenen Dzh. Sochineniya. — T. 1. — M. : Taurus Al'fa, 1997. — (Nobelevskie laureaty po ehkonomike).
2. Klima R. Eh., Hodzh Dzh. K. Matematika vyborov. — M. : MCNMO, 2007.
3. Piskotin M. I. Sovetskoe byudzhethnoe pravo (osnovnye problemy). — M. : Yurid. lit., 1971.
4. Ehrrou K. Dzh. Kollektivnyj vybor i individual'nye cennosti : per. s angl. — M. : Izdatel'skij dom GU VSHEH, 2004.

С. С. Коновальчикова*

Проблемы соблюдения конституционных прав граждан органами государственной власти и местного самоуправления в градостроительной деятельности по развитию застроенной территории

Аннотация. Конституционное право граждан на благоприятную окружающую среду является основополагающим при осуществлении градостроительной деятельности. Однако в правовой науке сложилось узкое понимание этого права — только как права на экологическую безопасность и сохранение природных ресурсов. Окружающая среда современного человека включает не только природные объекты, но и территории населенных пунктов, благоприятная окружающая среда которых формируется из развитой инфраструктуры, высокого уровня социально-экономического развития, соответствия застройки санитарным и строительным нормам, благоприятной экологической обстановки. Развитие застроенной территории служит цели создания благоприятной окружающей среды в населенных пунктах. Анализ законодательства и правоприменительной практики позволил выявить проблемы соблюдения конституционного права граждан на благоприятную окружающую среду при развитии застроенной территории в связи с декларативным характером некоторых норм градостроительного законодательства. Многочисленные судебные споры граждан с органами власти в процессе развития застроенной территории свидетельствуют об отсутствии реального правового механизма обеспечения их прав. Автором предпринята попытка выявить недостатки правового регулирования градостроительной деятельности по развитию застроенной территории и предложить возможные пути их устранения.

Ключевые слова: конституционные права граждан, благоприятная окружающая среда, Градостроительная хартия, Градостроительный кодекс, градостроительная деятельность, развитие застроенной территории, окружающая среда населенных пунктов, устойчивое развитие территорий, система градостроительных документов, аварийные дома.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.047-052

Права человека — это высшая ценность в государстве. Уровень развития демократического государства определяется не только признанием прав человека, но и наличием эффективного и действенного правового механизма, обеспечивающего их реализацию и защиту. Такие права получают закрепление в

Основном Законе государства — Конституции и представляют собой возможности, позволяющие каждому человеку и гражданину свободно и самостоятельно избирать вид и меру своего поведения¹. Для реализации конституционных прав нужны гарантии, обеспеченные государством.

¹ Безруков А. В. Конституционное право России : учебное пособие. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юстицинформ, 2015.

© Коновальчикова С. С., 2016

* Коновальчикова Софья Сергеевна, аспирантка кафедры конституционного и муниципального права Сибирского института управления — филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

sofy-nsk@mail.ru

630102, Россия, г. Новосибирск, ул. Нижегородская, д. 6

Основные права закреплены во Всеобщей декларации прав человека², однако право на благоприятную окружающую среду в ней не выделено в самостоятельную категорию. Идея закрепления указанного права на международном уровне возникла в связи со стремлением государств к экологической безопасности, сохранению природных ресурсов и биологического разнообразия. Необходимо отметить, что по своему содержанию это право шире, поскольку окружающая среда включает в себя не только естественную среду обитания, но и созданные человеком искусственные объекты для обеспечения своей жизнедеятельности. К таким объектам относятся населенные пункты. В связи с этим со временем содержание права на благоприятную окружающую среду было дополнено. На Международной конференции ООН по устойчивому развитию населенных пунктов ХАБИТАТ II (г. Стамбул, 1996 год) были утверждены Стамбульская декларация по населенным пунктам и Повестка дня ХАБИТАТ³, а чуть позже была принята и ратифицирована Российской Федерацией Градостроительная хартия Содружества Независимых Государств (г. Минск, 1999 год)⁴. Указанные международные акты закрепили право каждого человека проживать в социально и экологически безопасной для его жизни и здоровья среде обитания. Благодаря этому право на благоприятную окружающую среду получило урбанистический вектор развития.

Право на благоприятную окружающую среду находит закрепление в статье 42 Конституции Российской Федерации⁵ как правовое единство трех составляющих: самого права на благоприятную окружающую среду, права

на достоверную информацию о ее состоянии и право на возмещение ущерба, причиненного здоровью или имуществу экологическим правонарушением. В отечественной правовой науке это конституционное право, к сожалению, понимается достаточно узко, с позиции обязанности государства охранять природные ресурсы. Несомненно, это обусловлено тем, как сформулирована конституционная норма. Понятие благоприятной окружающей среды, выработанное в действующем законодательстве⁶, включает устойчивое функционирование естественных экологических систем и природных объектов. Но окружающая среда состоит также из антропогенных объектов, то есть созданных человеком для обеспечения его социальных потребностей и не обладающих свойствами природных объектов. Благоприятная окружающая среда в условиях населенных пунктов формируется из наличия развитой инфраструктуры, высокого уровня социально-экономического развития, соответствия застройки санитарным и строительным нормам, из благоприятной экологической обстановки, уровня благоустройства территории и прочего. Таким образом, для целей настоящей статьи благоприятная окружающая среда будет пониматься как комплексное и устойчивое развитие населенных пунктов, улучшение жилищных, социально-экономических и экологических условий проживания граждан. В этом заключается содержание права граждан на благоприятную окружающую среду в населенных пунктах.

Реализация прав может осуществляться путем закрепления их в Конституции РФ и законах, пользования ими, защиты и восстановления. Принятый в 2004 году Градостроитель-

² Всеобщая декларация прав человека (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948) // Российская газета. 1995. № 67.

³ Стамбульская декларация по населенным пунктам и Повестка дня ХАБИТАТ, принятые на Международной конференции ООН по устойчивому развитию населенных пунктов ХАБИТАТ II (г. Стамбул, 1996 г.) // URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/025/02/PDF/G9602502.pdf?OpenElement> (дата обращения: 8 декабря 2014 г.).

⁴ Постановление Правительства РФ от 22.11.2000 № 880 «Об утверждении Градостроительной хартии Содружества Независимых Государств» // СЗ РФ. 2000. № 48. Ст. 4700.

⁵ Конституция РФ: принята всенар. голосованием 12 дек. 1993 г. // СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 1.

⁶ Федеральный закон от 10.01.2002 № 7-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «Об охране окружающей среды» // СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 133.

⁷ Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 190-ФЗ (ред. 13.07.2015) // СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 16.

ный кодекс Российской Федерации⁷ является закреплением и развитием права граждан на благоприятную окружающую среду, поскольку упорядочивает ведение градостроительной деятельности с целью улучшения пространственной организации территорий. В связи с этим одним из принципов Градостроительного кодекса является учет интересов граждан в форме их участия в осуществлении градостроительной деятельности.

На практике, к сожалению, градостроительная деятельность не всегда ориентирована на такой учет. Так, цель введения института развития застроенной территории изначально являлась экономической, связанной со снижением стоимости строительства жилья за счет развития старых территорий, имеющих инфраструктуру⁸. Однако законодатель не учел, что территория — это не просто земельные ресурсы, это прежде всего проживающие на ней люди с их сложившимся жизненным укладом. В результате нормы Градостроительного кодекса о развитии застроенной территории не учитывают их интересы.

Как показывает практика, недовольство граждан связано в первую очередь с необходимостью изменения места жительства. Несомненно, жилищные условия улучшаются, поскольку граждане переезжают из аварийных жилых помещений. Однако указанная процедура происходит принудительно. Жилищный кодекс РФ⁹ устанавливает, что жилые помещения взамен изымаемых должны быть предоставлены в границах этого же населенного пункта (ст. 89), но этого недостаточно для соблюдения прав граждан.

В связи с этим назрела необходимость совершенствования правового регулирования развития застроенной территории с учетом прав и интересов граждан, проживающих на ней. Развитие застроенной территории позволяет сократить количество аварийных и угрожающих безопасности граждан жилых домов

и тем самым сформировать благоприятную окружающую среду. За гражданами следует закрепить право требовать вновь проживать на этой же территории после ее развития, а на органы власти необходимо возложить обязанность это предложить. С этой целью следует создать механизм обеспечения жилищных прав граждан на период развития застроенной территории, например путем предоставления временного жилья.

Несмотря на некоторые недостатки, нормы о развитии застроенной территории все же содержат гарантии соблюдения прав граждан. Такой гарантией является условие о том, что решение о развитии застроенной территории может быть принято только в отношении территории, на которой расположены объекты капитального строительства, которые признаны аварийными или вид разрешенного использования и предельные параметры которых не соответствуют градостроительному регламенту. Только такие территории нарушают право граждан на благоприятную окружающую среду в населенных пунктах.

Не всегда в процессе правоприменения эта норма толкуется верно. Приведем пример. Орган местного самоуправления принял решение о развитии застроенной территории, на которой располагался в том числе индивидуальный жилой дом, не относящийся к категории аварийных или не соответствующих градостроительному регламенту. Для собственника этого дома окружающая среда была благоприятной и привычной. Застройщик обратился в суд с требованием о принудительном отчуждении индивидуального жилого дома по предложенной им цене. Суды пришли к выводу, что застройщик, заключивший с органом местного самоуправления договор о развитии застроенной территории, обладает правом самостоятельного решения вопроса о приобретении прав на земельные участки и объекты капитального строитель-

⁸ Стенограмма обсуждения законопроекта № 317064-4 «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» в части устранения административных барьеров и создания условий для увеличения объемов жилищного строительства // URL: <http://api.duma.gov.ru/api/transcript/317064-4> (дата обращения: 23 марта 2015 г.).

⁹ Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. от 31.01.2016) // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 14.

ства, без участия органа местного самоуправления, и обязали собственника продать свое имущество¹⁰. Собственник, проиграв спор в первой и апелляционной инстанции, вынужден был обратиться в Конституционный Суд РФ, оспаривая конституционность норм Градостроительного кодекса, позволяющих принудительно выкупать объекты недвижимости, не подлежащие изъятию для государственных и муниципальных нужд, что вынуждает менять место жительства. В определении от 07.10.2014 № 2026-О Конституционный Суд РФ разъяснил, что положения частей 4 и 5 статьи 46.1 и части 6 статьи 46.2 Градостроительного кодекса не наделяют лицо, заключившее с органом местного самоуправления договор о развитии застроенной территории, правом требовать в обязательном порядке заключения договора о выкупе недвижимого имущества, находящегося в частной собственности граждан, на выдвигаемых им в одностороннем порядке условиях, но только в соответствии с принципом свободы договора. В этой части Градостроительный кодекс направлен на защиту имущественных прав собственников как многоквартирных, так и индивидуальных жилых домов¹¹. Такое конституционное понимание, к сожалению, не дает исчерпывающего решения имеющейся проблемы, поскольку защита имущественных прав не обеспечивает защиту права проживать в благоприятной и желаемой среде.

Вторая составляющая права на благоприятную окружающую среду — право на достоверную информацию о ее состоянии — при развитии застроенной территории должна реализовываться путем публичности и откры-

тости информации о проводимых мероприятиях. В Градостроительном кодексе отсутствует норма, устанавливающая обязанность органов власти уведомлять граждан, проживающих на подлежащей развитию территории, о принятом решении, а также об иных действиях. Это не только ограничивает их право на достоверную информацию, но и лишает возможности влиять на ситуацию. В действующем законодательстве закреплена обязанность органов местного самоуправления в случае, если в отношении территории, на которой расположен многоквартирный дом, признанный аварийным, принято решение о развитии застроенной территории, предъявить к собственникам помещений в указанном доме требование о его сносе или реконструкции и установить срок не менее шести месяцев для подачи заявления на получение разрешения на строительство, снос или реконструкцию указанного дома¹². Данное требование служит также цели реализации права граждан на достоверную информацию, поскольку граждане узнают об одном из этапов развития застроенной территории из официального источника.

Как показывает судебная практика, эта обязанность органами власти не соблюдается. Например, в решении Ленинского районного суда города Перми от 13.10.2014 по делу № 2-5801/2014¹³ установлено, что после принятия решения о развитии застроенной территории требование к собственникам помещений в многоквартирном доме о его сносе или реконструкции не предъявлялось. Верховный Суд РФ указал, что при развитии застроенной территории жилое помещение может быть изъято только при условии соблюдения пред-

¹⁰ См.: сайт Центрального районного суда города Кемерово. URL: http://centralniy.kmr.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&n_c=1&case_id=8488824&delo_id=1540005 (дата обращения: 1 июля 2015 г.); Кемеровский областной суд // URL: http://oblsud.kmr.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=875573&delo_id=5&new=5&text_number=1&case_id=532703 (дата обращения: 1 июля 2015 г.).

¹¹ Определение Конституционного Суда РФ от 7 октября 2014 г. № 2026-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Казанцева Иннокентия Сергеевича на нарушение его конституционных прав частями 3, 4 и 5 статьи 46.1 и частью 6 статьи 46.2 Градостроительного кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

¹² Часть 11 ст. 32 Жилищного кодекса РФ.

¹³ URL: http://lenin.perm.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=77-38-3159&delo_id=1540005&new=0&text_number=1&case_id=69528138 (дата обращения: 2 июля 2015 г.).

варительной процедуры по направлению такого требования¹⁴. Несоблюдение этого условия влечет восстановление нарушенных прав в судебном порядке. С целью соблюдения прав граждан в муниципальные правовые акты, устанавливающие порядок принятия решения о развитии застроенной территории, следует ввести обязанность по предъявлению требования к собственникам о сносе аварийного дома либо его реконструкции.

Проанализировав подобные порядки в нескольких городских округах, можно прийти к выводу, что это не всегда так. Например, в правовых актах городов Новосибирск¹⁵, Красноярск¹⁶ и Тюмень¹⁸ установлено, что органы местного самоуправления обязаны предъявить собственникам помещений только требование о сносе. Поскольку это неполная информация, она нарушает права граждан. Интересен опыт города Искитим Новосибирской области. В Положении о порядке принятия решений о развитии застроенных территорий...¹⁸ установлено, что если на территории, в отношении которой принято решение о развитии, расположен многоквартирный дом, признанный аварийным и подлежащим сносу или реконструкции, решение о проведении аукциона может быть принято по истечении шести месяцев с момента предъявления требования администрацией города Искитима к собственникам помещений в указанном доме о его сносе или реконструкции. Такая норма позволяет осуществлять контроль за действиями органов местного са-

моуправления в отношении граждан, проживающих на подлежащей развитию территории.

Отсутствие нормативного закрепления обязанности органов власти информировать граждан о других этапах развития застроенной территории не позволяет привлекать к ответственности, следовательно, не обеспечивает надлежащей защиты конституционных прав.

Третья составляющая права на благоприятную окружающую среду — право на возмещение ущерба, причиненного здоровью или имуществу граждан экологическим правонарушением, — реализуется в случае несоблюдения экологических требований при осуществлении градостроительной деятельности. Это является общей нормой для всего градостроительного законодательства, которая обеспечивается путем разработки системы градостроительных документов, соответствующих экологическим требованиям. Развитие застроенной территории не исключение¹⁹. Однако конституционная норма, на наш взгляд, не учитывает урбанистическую составляющую благоприятной окружающей среды. Конституционное право граждан на возмещение ущерба в контексте такого понимания благоприятной окружающей среды должно реализовываться в случае причинения вреда не только экологическим правонарушением, но и градостроительным.

В заключение следует отметить, что конституционное право на благоприятную окружающую среду в населенных пунктах по своему содержанию является социальным, посколь-

¹⁴ Обзор судебной практики по делам, связанным с обеспечением жилищных прав граждан в случае признания жилого дома аварийным и подлежащим сносу или реконструкции, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 29.04.2014 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 7.

¹⁵ Постановление мэрии города Новосибирска от 11.06.2013 № 5555 «Об утверждении Порядка заключения договоров о развитии застроенных территорий в городе Новосибирске» (ред. от 23.05.2014) // Бюллетень органов местного самоуправления г. Новосибирска. 2013. № 46. С. 2.

¹⁶ Распоряжение администрации г. Красноярска от 31.10.2013 № 244-р «Об утверждении Регламента взаимодействия органов администрации города при принятии решения о развитии застроенной территории» (ред. от 06.11.2014) // Городские новости. № 169. 2013.

¹⁷ Распоряжение главы администрации города Тюмени от 25.04.2008 № 118-рг «Об утверждении Регламента работы администрации города Тюмени по развитию застроенных территорий» (ред. от 12.02.2015) // Опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс. Региональные базы».

¹⁸ Постановление администрации города Искитима Новосибирской области от 21.11.2013 № 2095 «Об утверждении Положения о порядке принятия решений о развитии застроенных территорий и проведении аукционов на право заключения договоров о развитии застроенных территорий в городском округе Искитим Новосибирской области» // Искитимская газета. № 47. 2013.

¹⁹ См.: ч. 2 ст. 46.1 Градостроительного кодекса РФ.

ку обеспечивает достойный уровень жизни. Органы государственной власти и местного самоуправления несут ответственность за обеспечение благоприятных условий жизнедеятельности человека. При реализации правового механизма развития застроенной территории выявлены недостатки правового регулирования, которые непосредственно влияют на соблюдение прав граждан и которые

следует устранить. Нередко нарушения связаны с ненадлежащим исполнением органами власти своих обязанностей. Использование наработанного правоприменительного опыта позволит повысить степень ответственности государства перед гражданами и снизить количество нарушений их конституционного права на благоприятную окружающую среду в населенных пунктах.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Безруков А. В. Конституционное право России : учебное пособие. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юстицинформ, 2015.

Материал поступил в редакцию 28 августа 2015 г.

PROBLEMS OF OBSERVING CONSTITUTIONAL RIGHTS OF CITIZENS BY THE BODIES OF STATE AUTHORITY AND LOCAL SELF-GOVERNMENT IN URBAN PLANNING OF BUILT-UP AREA DEVELOPMENT

KONOVALCHIKOVA Sophia Sergeevna — Postgraduate student of the Department of Constitutional and Municipal Law of The Siberian Institute of Management — The Branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration.

[sofy-nsk@mail.ru]

630102, Russia, Novosibirsk, ul. Nizhegorodskaya, d. 6

Review. *The constitutional right of citizens to healthy environment is the fundamental right taken into account when performing the urban planning. However, in the legal science there has developed a narrow understanding of this right as the right to environmental safety and preservation of natural resources. The environment that surrounds a modern person includes not only natural objects, but also the residential areas favorable environment of which is formed on the basis of the developed infrastructure, high level of socio-economic development, compliance with sanitary and building codes, favorable environmental conditions. The development of the built-up area serves the purpose of creating favorable environment in the residential areas. The analysis of legislation and law enforcement practice has revealed the problems in the sphere of observing the constitutional right of citizens to healthy environment during the process of developing built-up areas due to the declarative nature of some regulatory norms of urban planning. Numerous disputes between citizens and bodies of state authority during the process of urban planning prove the lack of any effective mechanism of enforcing their rights. The author attempts to reveal the shortcomings of legal regulation of urban planning in the sphere of built-up areas development and to propose the ways to overcome them.*

Keywords: *constitutional rights of citizens, favorable environment, Town Planning Charter, Town Planning Code, urban development, development of built-up area, environment of human settlements, sustainable development of territories, system of urban-planning documents, dilapidated buildings.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Bezrukov A.V. Konstitutsionnoe pravo Rossii : учебное пособие. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Yustitsinform, 2015.

ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ И АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

С. В. Симонова*

Воссоединение семей как вектор современной миграционной политики: проблемы внедрения и перспективы совершенствования

Аннотация. Статья посвящена исследованию актуальных проблем, связанных с перспективным внедрением в отечественную правовую систему института воссоединения семей иностранных граждан. Отличительные черты семейного воссоединения анализируются через призму международного и зарубежного опыта в области миграции, а также современного состояния отечественного миграционного законодательства. Освещается проблема неравноценного статуса спонсора и членов его семьи, перечень которых предлагается определять исходя из предписаний семейного законодательства об алиментнообязанных лицах. В целях устранения терминологической неопределенности и дефектов законодательства предлагается новое определение института воссоединения семей. В заключение обосновывается необходимость совершенствования нормативных актов о правовом положении иностранных граждан в РФ в части уточнения пределов и порядка осуществления воссоединения: требований, которым должны удовлетворять спонсор и направляемая им заявка на воссоединение; перечня видов документов, легализующих проживание мигрантов и членов их семей на территории государства приема; ограничений повторного и цепного воссоединения семей иностранных граждан.

Ключевые слова: воссоединение семьи, иностранный гражданин, мигрант, член семьи, спонсор, миграционная политика, государство, Европейский Союз, брак, высококвалифицированный специалист.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.64.3.053-061

Невозможно отрицать, что традиционные проблемы, связанные с увеличением объемов миграционных потоков, в XXI веке получают новое звучание. Так, если еще совсем недавно в принимающих мигрантов странах задумывались исключительно над вопросами обеспечения благополучия коренного населения в пополняющейся мигрантами среде, то сейчас в лидирующих правовых системах все чаще обсуждаются проблемы, связанные с внедрением особого законода-

тельного подхода по созданию гарантий обеспечения прав и свобод самих иностранных граждан. На Западе в качестве одной из таких гарантий получил развитие институт воссоединения семей, позволяющий как соблюсти права иностранных граждан на уважение их семейной жизни, так и удовлетворить интерес мигранта в переселении семьи в новое государство. К сожалению, нашему законодательству такой институт неизвестен: хотя для членов семей отдельных категорий иностранных

© Симонова С. В., 2016

* Симонова Снежана Владимировна, аспирантка кафедры теории и истории государства и права Ярославского государственного университета имени П. Г. Демидова
owninginfo-owningworld@yandex.ru
150000, Россия, г. Ярославль, ул. Советская, 14

граждан нормами права и устанавливаются определенные льготы, природа, целевая направленность и пределы действия этих законодательных положений не позволяют говорить о наличии в России полноценного института воссоединения семьи.

Вероятнее всего, при введении такого фрагментарного регулирования отношений по воссоединению отечественный законодатель руководствовался скорее интересами граждан РФ и национальной экономики, чем интересами мигрантов. Отсутствие же в российском законодательстве целостной категории воссоединения, очевидно, и явилось причиной того, что на протяжении долгого времени институт воссоединения семей мигрантов изучался нашими отечественными теоретиками крайне поверхностно. Однако в связи с утверждением в 2012 году Концепции государственной миграционной политики (далее — Концепция) целесообразно вновь обратиться к проблеме воссоединения семей иностранных граждан в РФ, ибо в свете положений долгожданной Концепции о «семейной миграции», впервые провозгласивших необходимость воссоединения семей иностранных граждан¹, все современные исследования по этой теме должны оказаться более предметными².

Прежде всего необходимо подчеркнуть, что реализация такого направления государственной политики, как содействие воссоединению семей мигрантов, с необходимостью потребует коренного реформирования отечественного миграционного законодательства. Однако учиты-

вая тот факт, что Россия не только не имеет собственного опыта по регулированию семейной миграции, но и не приобщилась к позитивному международному опыту решения проблемы воссоединения, осуществить прогнозируемые изменения будет непросто. Так, все основные акты Организации Объединенных Наций³, Совета Европы и Международной организации труда⁴, посвященные в том числе институту воссоединения, не получили признания со стороны нашего государства. К примеру, ратифицируя в 2009 году Европейскую социальную хартию, Россия не приняла на себя обязательств по содействию воссоединению семей иностранных граждан, проживающих на ее территории⁵.

Безусловно, определенная логика в подобной позиции нашего государства прослеживается: принятие на постоянное место жительства мигрантов по программам воссоединения семей является, о чем наглядно свидетельствует опыт зарубежных стран, одним из наиболее масштабных и неконтролируемых источников миграционного прироста, влекущим увеличение числа иностранных граждан, не востребованных национальной экономикой и социальной системой. Вместе с тем институт воссоединения семей как важнейший фактор интеграции мигрантов в принимающее общество имеет и положительное значение для национальных миграционных политик. Так, согласно специальной системе оценки успешности интеграционной политики государств — членов Европейского Союза, разработанной в 2004 году, состояние внутренне-

¹ См.: пункт 24 Концепции государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 года (утв. Президентом РФ) // URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/15635> (дата обращения: 27.07.2015).

² Последние несколько лет характеризуются заметным возрастанием интереса ученых к исследованию европейского опыта регулирования семейной миграции. См., например: *Бертран К.* Парадоксы иммиграционной политики Европейского Союза // *Lex Russica*. 2014. № 4. С. 485—493; *Шапиев К. А.* Особенности семейной миграции в ЕС // *Юридический мир*. 2007. № 12. С. 67—68.

³ См., например: статья 44 Международной Конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, заключенной 18 декабря 1990 г. // *Советский журнал международного права*. 1991. № 3—4. С. 136—172.

⁴ См.: статья 13 Конвенции № 143 Международной организации труда «О злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения» от 24.06.1975 // *Международная защита прав и свобод человека: сборник документов*. М.: Юрид. лит., 1990. С. 193—201.

⁵ См.: Федеральный закон от 03.06.2009 № 101-ФЗ «О ратификации Европейской социальной хартии (пересмотренной) от 3 мая 1996 года» // *СЗ РФ*. 2009. № 23. Ст. 2756.

го законодательства в области воссоединения семей иностранных граждан является одним из индикаторов, учитываемых при определении конечного показателя индекса интеграции иммигрантов MIPEX⁶.

Как бы то ни было, официально признанная нашим государством на программно-концептуальном уровне необходимость развития института воссоединения семей дает основания для выделения ряда новых проблем, требующих своего разрешения в теоретико-прикладном ключе.

Прежде всего обратимся к дефинитивным трудностям, связанным с общепризнанным на межгосударственном уровне определением понятия «воссоединение членов семьи мигрантов»⁷. Подобное изучение представляется необходимым по причине того, что этот термин является новым для российской правовой системы, а значит — пока еще лишенным индивидуального содержания.

Определение анализируемого понятия содержится в программных документах Европейского Союза: оно характеризует объективную сторону воссоединения — въезд и проживание членов семьи спонсора⁸; субъективную сторону — данные действия осуществляются с целью сохранения семейного союза; условие воссоединения — возможность возникновения семейных отношений как до, так и после въезда⁹. Анализ этого определения позволяет прийти к следующим выводам.

Во-первых, связывание понятия воссоединения семьи иностранного гражданина и с въездом, и с проживанием на территории государства приема означает, что воссоединение

семьи — это скорее переезд членов семьи на постоянное место жительства, чем обычный гостевой визит в страну осуществления трудовой деятельности спонсором. К подобному умозаключению можно прийти и при анализе Концепции, выводящей потребность РФ в воссоединении семей именно из демографических потребностей.

Во-вторых, неоспорно указание лишь на единственную цель, в соответствии с которой осуществляется воссоединение, — очевидно, что «семейные» причины этого процесса не могут рассматриваться в отрыве от причин экономических. Кроме того, по действующему законодательству РФ, регулиующему порядок въезда иностранных граждан на территорию нашей страны, иностранный гражданин не может въехать в Россию с целью «сохранения семейного союза» (или, иначе говоря, воссоединения семьи), а значит, получить опробованный на Западе «семейный» вид визы¹⁰. Выдача же виз всех иных существующих на сегодня в РФ категорий, в том числе и обыкновенной частной визы, потребность воссоединения семьи не удовлетворяет, ибо воссоединение предполагает миграцию иностранных граждан на *постоянное место жительства* в новое государство.

Обозначенная проблема становится еще более острой в контексте того, что наличие столь противоречивого пробела в российском законодательстве не исключает привлечения иностранных граждан, переезжающих к родственникам в РФ, к ответственности за несоответствие заявленной цели въезда фактически осуществляемой ими деятельности¹¹. Так, член семьи может оказаться в ситуации, когда при отсут-

⁶ См.: Migrant Integration Police Index 2015. Methodology — How does MIPEX decide the scores? // URL: <http://www.mipex.eu/methodology> (дата обращения: 27.07.2015).

⁷ В целях настоящего исследования понятия «мигрант» и «иностранец» используются в работе в качестве взаимозаменяемых.

⁸ Здесь и далее под спонсором понимается иностранный гражданин, претендующий на воссоединение с семьей. См.: Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification (Article 3 (1)) // URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:EN:P> DF (дата обращения: 27.07.2015).

⁹ См.: Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification (Article 2).

¹⁰ См.: статьи 25.1—25.8 Федерального закона от 15.08.1996 № 114-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» // СЗ РФ. 1996. № 34. Ст. 4029.

¹¹ Нормативным основанием для привлечения к ответственности будут являться положения части 2 статьи 18.8 Кодекса РФ об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 13.07.2015, с изм. от 14.07.2015).

ствии у него возможности официально заявить об истинной цели миграции в Россию, он будет вынужден озвучивать иные причины въезда. И даже если подобные действия не будут расценены как правонарушение, фактически может возникнуть несоответствие между «объективной», заявленной и субъективной, действительной мотивацией въезда члена семьи в Россию. Именно по этой причине можно предположить, что обозначенная подмена целевых ориентиров въезда иностранных граждан в РФ не является универсальной, особенно если вспомнить, что в отечественном законодательстве временное проживание таких лиц и осуществление ими трудовой деятельности связаны с существующими механизмами квот¹²; в то же время было бы логичнее заимствовать опыт отдельных зарубежных государств по принятию членов семей мигрантов вне квотной системы.

В-третьих, распространение режима переселения иностранных граждан по программе воссоединения на семейные отношения, возникшие как до, так и после осуществленного спонсором переезда, не может не обозначить проблему злоупотребления льготами, которые в этой связи получают члены семьи. Очевидно, что программа по воссоединению семей мигрантов — всегда льготная, упрощающая порядок въезда или легализации проживания иностранного гражданина в стране. На льготный характер данного порядка указывает и «льготный контекст», характеризующий понятие «член семьи» в отечественном законодательстве. Но каковы основания установления особого льготного режима? Только ли наличие семьи, как это следует из определения, предложенного на уровне Европейского Союза? Как представляется, в данном случае юридическое значение приобретают также основания, носящие гуманитарный, социальный характер

(незащищенности, материального положения). Сделанный вывод находит и практическое подтверждение: во многих зарубежных государствах дети спонсоров, дееспособные, трудоспособные и не вступившие в брак, по достижении совершеннолетия теряют право на воссоединение с родителями по льготной программе, т.е. презюмируется экономическая самостоятельность младших членов семьи.

По-видимому, исследуемая проблема злоупотреблений может наиболее остро возникнуть в отношении семейных связей, возникших уже после переезда иностранного гражданина. Проблема, казалось бы, отсутствует, если основанием для возникновения такой семейной связи явился юридический факт-событие (например, рождение детей). Иное дело — когда речь идет о действии (о регистрации брака), которое и актуализирует вопрос о пределах воссоединения семьи. Очевидно, что непризнание за супругами, зарегистрировавшими брак после отъезда спонсора, права на воссоединение, может быть расценено как дискриминация. Однако, применяя к данной ситуации правовую позицию, изложенную в ряде решений Европейского Суда по правам человека, все же можно счесть такое вмешательство в семейную жизнь мигрантов необходимым в случае, если один из супругов до регистрации брака уже планировал переезжать, о чем было известно его партнеру (при этом это обоюдное осознание не воспрепятствовало оформлению отношений, имело место заранее принятое решение об отношениях в условиях разъединенной семьи).

Некоторые государства в стремлении избежать обмана со стороны иностранных граждан, желающих осуществить переезд, к примеру, практикуют систему разнообразных проверок (вплоть до изучения переписки, собеседований, ДНК-экспертиз)¹³. Очевидно, что подобные

¹² Следует, однако, учитывать, что российский законодатель постепенно отказывается от квотного механизма осуществления иностранными гражданами трудовой деятельности в пользу патентной системы: с 2014 года иностранные граждане, прибывшие в РФ в порядке, не требующем получения визы, стали осуществлять трудовую деятельность на основании не разрешений на работу, а патентов (см.: Федеральный закон от 24.11.2014 № 357-ФЗ (ред. от 08.03.2015) «О внесении изменений в Федеральный закон “О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации” и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 48. Ст. 6638).

¹³ См.: Green paper on the right to family reunification of third-country nationals living in the European Union (Directive 2003/86/EC). Brussels, 2011. P. 7—8 // URL: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/news/pdf/com_735_final_en.pdf (дата обращения: 27.07.2015).

меры едва ли являются приемлемыми в условиях российской правовой действительности, для которой характерны не превентивные меры, а последующие санкции в отношении мигрантов, представивших подложные документы или зарегистрировавших недействительный брак.

В-четвертых, провозглашенная в существующем на уровне Европейского Союза определении понятия воссоединения семьи в качестве единственной, цель «сохранения семейного союза» характерна для въезда не всех членов семьи, а лишь тех, которые связаны скорее брачными, чем кровнородственными связями. В последнем случае угроза семейным связям между мигрантом и его родственниками менее опасна, ибо в силу своей объективной природы такая связь не может быть разорвана длительным проживанием родственников на расстоянии друг от друга. Именно поэтому исследуемая цель должна получить большую конкретизацию в отношении иных членов семьи, не являющихся супругами: такое воссоединение семьи необходимо для активизации и сохранения социальной, гуманистической функций семьи, вытекающих из основных начал семейного законодательства.

В-пятых, недостаток имеющегося на межгосударственном уровне понятия воссоединения семьи заключается также в том, что это определение чрезмерно однонаправлено: развитие и изучение получил лишь институт воссоединения семьи в принимающем мигрантов государстве, а не в стране их происхождения. Вместе с тем упускается из виду тот факт, что процесс воссоединения может проходить в двух направлениях — как в направлении государства иммиграции, так и в направлении государства эмиграции. По этой причине на международном уровне необходимо разработать более четкие критерии определения направлений воссоединения и, что более важно, основы взаимодействия государств по вопросам возвращения мигрантов к семьям на родину. Кроме того, в перспективе следует задуматься и о распространении льготного правового режима института воссоединения на внутренних мигрантов, которые так же, как и иностранные граждане, преследуют цель сохранения семейного союза.

Резюмируя приведенные выше рассуждения, представляется возможным предложить следующее определение института воссоединения семей.

Воссоединение семей иностранных граждан — это институт, правовые нормы которого регулируют отношения, складывающиеся между иностранными гражданами и российским государством в процессе въезда и постоянного проживания в РФ членов семьи мигранта-спонсора, осуществляемых ими на льготных условиях и преследующих как цели, характерные для экономической миграции, так и специфические цели — сохранения семейного союза, активизации социальной и гуманистической функций семьи, которые вытекают из основных начал семейного законодательства.

Как несложно представить, ориентация отечественного законодателя на внедрение в российскую правовую систему института воссоединения семей в перспективе предполагает приспособление сегодняшней модели правового регулирования отношений «мигрант — государство» к новым условиям, в которых эти отношения будут складываться.

Прежде всего необходимо определиться с дефиницией понятия семьи для целей адаптации внедрения нового института, поскольку то определение семьи, которое содержится в нормативных правовых актах РФ, едва ли применимо к мигрантам, претендующим на воссоединение. Дело в том, что семьи разлученных иностранных граждан не характеризуются совместным проживанием (которое и отличает членов семей от обычных родственников), зачастую не ведется и совместное хозяйство. В этой связи возникает вопрос: имеет ли значение для применения льгот института воссоединения действительное сохранение семьи либо термин «воссоединение» следует толковать буквально — как «возобновление» ранее разрушенной семьи? Представляется, что ответ на этот вопрос не может быть универсальным, а значит, четко определенным в законодательстве: он должен даваться на момент принятия решения о разрешении воссоединения с семьей. И первоочередное значение здесь должно приобретать не сохранение или прекращение семейных связей между спонсором и его родственником *до* или даже *на момент* рассмотрения заявки, а их обоюдное желание возобновить данную связь.

Разъяснения требует также и перечень членов семьи мигрантов, на которых в России будет распространяться режим воссоединения. В нормативных актах Европейского Союза этот

перечень ограничен лишь обязательным признанием в качестве членов семьи супругов иностранных граждан, а равно их несовершеннолетних детей: конкретизация данного списка относится к усмотрению государств, которые то чрезмерно расширяя (как в Канаде, Австралии), то чрезмерно сужая его (в Дании, ФРГ), осуществляют конкретизацию исходя из принятых внутренних ценностей (запрет однополых, полигамных, незарегистрированных браков)¹⁴.

В российской же правовой системе понятие «члены семьи трудящегося-мигранта» содержится лишь в одном из обязательных для нашего государства международных актов, вступившем в силу с 1 января 2015 года, — речь идет о Договоре о Евразийском экономическом союзе. Данный акт, также признавая за супругами статус члена семьи, связывает это понятие уже не просто с совершеннолетним возрастом ребенка, а с его нахождением на иждивении спонсора. Перечень же потенциальных членов семьи открывается введением бланкетных ссылок на положения национального законодательства¹⁵. Обращаясь к отечественным нормативным актам, не посвященным правовому статусу иностранных граждан в РФ, нетрудно обнаружить, что объем понятия «члены семьи» в каждом конкретном случае носит индивидуальную окраску в зависимости от особенностей регулируемых законодателем отношений¹⁶.

С другой стороны, важно отметить, что отечественный законодатель в 2010 году уже признал воссоединение семей, но лишь для одной категории иностранных граждан — высококвалифицированных специалистов. Однако

перечень иностранных граждан, которые приобретают право на воссоединение с высококвалифицированным специалистом, настолько широк, что вряд ли может быть применен по аналогии к остальным категориям мигрантов, не получающих высокого уровня дохода и не представляющих ценности для российской экономики¹⁷.

При определении же лиц, которые могут рассчитывать на воссоединение со спонсором в качестве членов его семьи, более правильно исходить из положений Семейного кодекса РФ, устанавливающих круг алиментобязанных лиц и лиц, в отношении которых эти обязанности возникают, — с учетом категорий нетрудоспособности, нуждаемости, нуклеарной семьи¹⁸.

Необходимо также задуматься и над проблемой квотирования разрешений на проживание членов семей мигрантов. Неплоха так называемая система приоритетов отбора членов семьи мигрантов, существующая в США¹⁹. Вместе с тем для решения обозначенной проблемы следует определиться с качествами спонсора, которые будут прописаны в отечественном законодательстве, — кто может претендовать на получение данного статуса? Разумеется, мигрант, находящийся на территории РФ легально. Кроме этого, он должен осуществлять трудовую деятельность в России (быть экономически выгодным для нашей страны иностранным гражданином). Относительно же документов, на основании которых спонсор должен проживать, достаточно требования о наличии у него разрешения на временное проживание, — в случае если данный институт

¹⁴ См.: Миграционная политика в зарубежных странах и Российской Федерации: опыт сравнительного анализа / М. Б. Денисенко [и др.]. М. : Институт экономики переходного периода, 2003. С. 105—180.

¹⁵ См.: статья 96 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 (ред. от 10.10.2014, с изм. от 08.05.2015) // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. Публикация от 16.01.2015.

¹⁶ См., например: статья 69 Жилищного кодекса РФ от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. от 13.07.2015) // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 14 ; статья 10 Федерального закона от 28.12.2013 № 400-ФЗ (ред. от 29.06.2015) «О страховых пенсиях» // СЗ РФ. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 6965.

¹⁷ См.: подпункт 1.1 пункта 1 статьи 13.2 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

¹⁸ См.: раздел V Семейного кодекса Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 13.07.2015) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

¹⁹ Миграционная политика в зарубежных странах и Российской Федерации: опыт сравнительного анализа. С. 216.

ко времени реформы не будет ликвидирован. При этом на уровне Европейского Союза содер­жится небесспорная оговорка о том, что для признания в качестве спонсора человек должен иметь «перспективы получения пра­ва постоянного проживания»²⁰. Учитывая, что в России вид на жительство можно получить че­рез год после оформления разрешения на вре­менное проживание, а в странах Европейского Союза минимальный период временного про­живания равен 18 месяцам, перспективы полу­чения статуса постоянно проживающего ино­странного гражданина в нашей стране должны определяться диапазоном 12—36 месяцев, если связывать воссоединение с временным проживанием мигрантов; либо получением иностранным гражданином вида на жительство — если связывать институт воссоединения семьи мигранта с постоянным проживанием последнего в государстве приема.

Нуждаются в законодательной проработке и требования к подаче заявки о воссоедине­нии. На Западе заявка подается в момент, ког­да члены семьи находятся еще за пределами принимающего государства²¹. Единственное объяснение подобного правила можно ус­мотреть в том, что в ситуации, когда мигрант фактически приезжает к своему родственнику, воссоединение семьи уже состоялось либо по­являются иные пути легализации постоянного проживания мигранта в стране приема. Норма логичная и, вероятно, призванная обеспечить контроль над многочисленными семейными потоками мигрантов. Однако воссоединение семьи — это комплекс не столько фактических, сколько юридических действий. По этой при­чине время прибытия мигранта в государство не должно иметь значения; главное — соблю­дение законодательно установленной проце­дуры. Кроме этого, с учетом неабсолютного характера права на воссоединение логично указание в законодательстве на условия, при которых поданное членами семьи заявление не подлежит рассмотрению либо не удовлет­воряется. В качестве аналогии можно исполь­

зовать схожие основания для отказа в выдаче и аннулирования уже полученных разрешения на работу, патента и вида на жительство²².

Следует обсудить и вопрос относительно вида документа, на основании которого чле­ны семьи мигрантов будут проживать в РФ. Очевидно, что характер этого документа дол­жен определяться видом документа, имею­щегося у спонсора. Однако подобная зависи­мость не исключает возникновения вопроса относительно возможности выдачи самостоя­тельного, автономного разрешения члену се­мьи мигранта (в большинстве государств этот порядок практикуется²³): через определенное время после воссоединения член семьи впра­ве рассчитывать на разрешение, не зависящее от разрешения спонсора. В результате в опре­деленный момент «член семьи мигранта», статус которого целиком и полностью зависит от статуса спонсора, превращается в самостоя­тельного мигранта с независимым статусом, от остальных иностранных граждан он будет отличаться лишь каналом, по которому осу­ществлялось его переселение в государство приема.

Зависимый характер статуса иностранного гражданина на самом деле чрезвычайно лю­бопытен. Рассматривая эту проблему в разре­зе природы отношений между государством и мигрантом, можно убедиться, что в отно­шениях между членом семьи и государством спонсор всегда является связующим звеном, без «пассивного участия» которого отношения в прямом смысле не сложатся. Другое дело, когда член семьи становится независимым от спонсора, — отношения такого иностранного гражданина и государства приема складыва­ются уже напрямую. В этой связи интересен вопрос о приемлемости запрета на цепное и повторное воссоединение семьи: может ли член семьи сразу же после въезда в новое го­сударство претендовать на воссоединение — но уже с другой семьей, членом которой он также является и которая проживает в другом государстве? В некоторых странах (к примеру,

²⁰ См.: Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification (Article 3 (1)).

²¹ См.: Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification (Chapter III).

²² См.: статья 9, пункт 22 статьи 13.3, пункт 9 статьи 18 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации».

²³ См.: Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification (Chapter VI).

в Бельгии) на этот вопрос отвечают отрицательно; более того, там существует и запрет на повторное воссоединение с семьей²⁴. России же, скорее всего, тоже нужно следовать этому пути. Данный вывод справедлив по той причине, что «член семьи» с зависимым статусом не может одновременно обрести качества независимого спонсора для иных иностранных граждан. Уже сформировавшийся опыт РФ в отношении «зависимого» статуса членов семьи высококвалифицированных специалистов²⁵ свидетельствует о том, что Россия, даже при фрагментарном и избирательном регулировании аналогичного вопроса, не признает право членов семьи такой категории иностранных граждан на получение самостоятельного, автономного статуса путем какой-либо особой, специально установленной законодательной процедуры.

Признание института воссоединения семьи не может не предполагать предъявления российским государством таких важных требований к спонсору, как требования относительно жилья и уровня дохода. Что касается жилищных условий спонсора, логичным представляется требование закона о наличии у него регистрации по месту жительства, или, как указано в одной из рекомендаций Международной организации труда, «наличия у трудящегося соответствующего жилья», что расценивается данной международной организацией в качестве важнейшего юридического факта, делающего воссоединение семьи возможным²⁶.

Важно отметить, что требование относительно наличия у мигранта, желающего принять членов семьи, жилого помещения, уже есть в российском законодательстве: с 2011 года вы-

сококвалифицированный специалист может выступать в качестве принимающей стороны для членов своей семьи, но при условии, если он имеет в собственности жилое помещение²⁷. Требование о статусе собственника жилого помещения не должно в будущем быть распространено на все категории иностранных граждан, причины тому — во многом социально-экономические. Более того, российское законодательство связывает возможность регистрации мигрантов по месту проживания с наличием у них лишь правомочия пользования жилым помещением, а не с использованием и распоряжением одновременно²⁸.

Таким образом, официальное провозглашение такого направления миграционной политики РФ, как содействие переселению иностранных граждан в целях воссоединения семьи, поставило перед отечественным исследователем огромное количество проблем, которые потребуют немедленного разрешения в случае внедрения этого нового для отечественной правовой системы института. К их числу относятся и теоретические проблемы, связанные с категорией воссоединения семьи, и проблемы определения ряда терминов, и проблемы переосмысления международного, зарубежного опыта, а также принятых Россией обязательств, и проблемы анализа современного состояния и возможных путей реформирования миграционного законодательства. Без сомнения, успешное их разрешение будет способствовать как приближению нашего государства к весьма прогрессивным стандартам в сфере защиты прав человека, так и удовлетворению национальных экономико-социальных ориентиров развития.

²⁴ См.: Миграционная политика в зарубежных странах и Российской Федерации: опыт сравнительного анализа. С. 112—121.

²⁵ См.: статья 13.2 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации».

²⁶ См.: подпункт 2 пункта 13 Рекомендации № 151 Международной организации труда «О трудящихся-мигрантах» от 24.06.1975 // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957—1990. Женева : Международное бюро труда, 1991. Т. II. С. 1787—1794.

²⁷ См.: пункт 7 части 1 статьи 2 Федерального закона от 18.07.2006 № 109-ФЗ (ред. от 22.12.2014) «О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2006. № 30. Ст. 3285.

²⁸ См.: часть 1 статьи 14 Федерального закона от 18.07.2006 № 109-ФЗ (ред. от 22.12.2014) «О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бертран К. Парадоксы иммиграционной политики Европейского Союза // Lex Russica. — 2014. — № 4. — С. 485—493.
2. Миграционная политика в зарубежных странах и Российской Федерации: опыт сравнительного анализа / М. Б. Денисенко [и др.]. — М. : Институт экономики переходного периода, 2003. — 283 с.
3. Шапиев К. А. Особенности семейной миграции в ЕС // Юридический мир. — 2007. — № 12. — С. 67—68.

Материал поступил в редакцию 7 августа 2015 г.

FAMILY REUNIFICATION AS THE TANDENCY OF CONTEMPORARY MIGRATION POLICY: PROBLEMS OF IMPLEMENTATION AND PERSPECTIVES OF IMPROVEMENT

SIMONOVA Snezhana Vladimirovna — postgraduate student of the Department of Theory and History of the State and Law of P. G. Demidov Yaroslavl State University
owninginfo-owningworld@yandex.ru
150000, Russia, Yaroslavl, ul. Sovetskaya, 14.

Review. *The article is devoted to the problems connected with the perspective implementation of the institution of family reunification of foreign nationals into Russian national legal system. Distinctive features of the phenomenon of family reunification are analyzed through the prism of international and foreign experience in the field of migration, as well as through the current state of the Russian migration legislation. The article highlights the problem of unequal status of a sponsor and his family members. It is proposed to determine the list of family members on the basis of the requirements of family law provisions concerning individuals bound to pay spouse and child support. In order to eliminate the existing terminological uncertainty and legal fouts the author proposes a new definition of the institution of family reunification. In conclusion, the author justifies the necessity to improve regulatory acts concerning the legal status of foreign nationals in the RF in terms of clarification of limits and procedure of reunification: requirements to be met by the sponsor and his family reunification application; the list of documents legitimating the residence of migrants and their family members in the territory of the receiving state; restrictions on repeated and consecutive or "chain" family reunification of foreign nationals.*

Keywords: *family reunification, foreign national, migrant, family member, sponsor, migration policy, state, European Union, marriage, highly-skilled specialists.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Bertran K. Paradoxes of immigration policy of the European Union // Lex Russica. — 2014. — № 4. — S. 485—493.
2. Migratsionnaya politika v zarubezhnykh stranah i Rossijskoj Federacii: opyt sravnitel'nogo analiza / M. B. Denisenko [i dr.]. — M. : Institut ehkonomiki perekhodnogo perioda, 2003. — 283 s.
3. Shapiev K. A. Osobennosti semejnoy migratsii v ES // Yuridicheskij mir. — 2007. — № 12. — S. 67—68.

О. А. Быстрова*

Административно-правовое регулирование музейной деятельности

Аннотация. В статье определены основные модели государственного регулирования музейной деятельности, а также правовые основы создания и деятельности музеев. Кроме того, рассматривается вопрос о необходимости лицензирования музейной деятельности. Названа основная нормативно-правовая база регулирования музейной деятельности, а также органы государственной власти, осуществляющие управление и регулирование музейной деятельности как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов РФ. Подробно рассмотрены полномочия Министерства культуры РФ и Департамента культуры города Москвы в рамках управления и регулирования музейной деятельности.

Ключевые слова: культура, музейная деятельность, музей, государственное управление, государственное регулирование, культурные ценности.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.062-068

Большинство музеев в Российской Федерации (в том числе все самые известные и крупные) являются государственными. Связано это и с историей государства, и со сложностью функционирования такой организации, как музей. В современной России государственное управление и регулирование музейной деятельности является необходимым и, можно сказать, естественным процессом, поскольку на данном этапе развития российского общества культура только начинает закрепляться в сознании людей как неотъемлемая и важная сфера социальной жизни, поэтому без государственной поддержки и финансирования эта деятельность пока невозможна.

В мире признаются основополагающими две модели государственного регулирования музейной деятельности — французская и американская.

Во французской модели основное внимание уделяется взаимодействию музея с посетителями. Это могут быть различные системы абонементов и скидок, проведение тематических

лекций и музыкальных вечеров. Государство поддерживает музеи, в том числе и финансово, однако не вмешивается в их творческую деятельность. При этом государство жестко регулирует оборот культурных ценностей и устанавливает императивные правила по их сохранению и использованию. Любая сделка, совершаемая собственником в отношении культурной ценности, внесенной в Реестр объектов культурного наследия, должна быть согласована с Министерством культуры Франции. В случае невыполнения этого требования сделка признается ничтожной и может быть совершена лишь по истечении 30 лет. В Российской Федерации более мягкие правила, хотя стоило бы воспользоваться опытом Франции.

Не менее жестко во Французской Республике проводится политика и непосредственно в отношении музеев. «При осуществлении административного регулирования государство в соответствии с Кодексом наследия уполномочило национальные музеи и музеи, включенные в реестр, получать на хранение для

© Быстрова О. А., 2016

* Быстрова Ольга Александровна, аспирантка кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), ведущий юрисконсульт государственного бюджетного учреждения культуры города Москвы «Московский международный Дом музыки»
blar5@mail.ru

показа широкой публике произведения искусства или предметы коллекционирования, принадлежащие частным лицам»¹. Музей должен обеспечить необходимые условия хранения. Собственник культурной ценности, передавая в пользование государству принадлежащую ему культурную ценность для экспонирования широкой публике, получает право на налоговую льготу. Таким образом государство подталкивает собственников культурных ценностей к передаче на профессиональное и ответственное хранение достояния народа Франции, а также дает возможность увидеть культурные сокровища, принадлежащие частному лицу.

В американской модели государство не влияет напрямую на деятельность музея, но не оказывает и финансовой поддержки, а поощряет в большей степени привлечение музеями денежных средств от частных лиц и организаций, взамен предлагая налоговые преференции. Безусловно, цели существования у американских музеев те же, что и у любых музеев в мире, отличается государственная финансовая политика в данной сфере. «Для сравнения: доля государственных субвенций и субсидий Лувра составляет около 58 %, в то время как в Метрополитен-музее — около 14 %»².

Американскими музеями проводится огромная работа со спонсорами — друзьями музея, создаются фонды поддержки того или иного музея. Музеи такого типа имеют большой штат сотрудников, занимающихся развитием общественных связей, исследованием рынка, работой со спонсорами. В современных российских музеях также существуют подобные направления деятельности, в основном в крупных всемирно известных музеях.

В России превалирует французская модель, но при этом многие музеи стремятся к зарабатыванию собственных денежных средств по причине недостаточности государственного финансирования, что позволяет говорить о третьей модели государственного регулирования музейной деятельности.

Для ее описания необходимо в первую очередь назвать основные нормативные правовые акты, регулирующие сферу музейной деятельности, а также определить систему органов государственной власти, осуществляющих регулирование данной сферы в России.

*Федеральный закон от 26.05.1996 № 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации»*³ (далее — Закон о музеях) является основным и, пожалуй, единственным законом, непосредственно регулирующим сферу деятельности музеев. Закон о музеях дает определения наиболее необходимым и важным для музейной деятельности терминам, таким как музейный предмет, музейная коллекция, музейный фонд, а также музей. Закон о музеях раскрывает также понятие хранения как одного из основных видов деятельности музея. Иным функциям, таким как изучение и публичное представление, определения не даны.

Закон о музеях устанавливает, что музеи в России учреждаются в соответствии с Гражданским кодексом РФ, Федеральным законом «О некоммерческих организациях», а также Основами законодательства РФ о культуре. Государственные музеи федерального уровня создаются, реорганизуются и ликвидируются «в порядке, определенном Правительством Российской Федерации, если иное не установлено федеральными законами и указами Президента Российской Федерации. Создание, реорганизация и ликвидация государственных музеев, находящихся в ведении субъектов РФ, осуществляется в порядке, определенном высшим исполнительным органом государственной власти субъекта РФ, если иное не установлено законами субъекта Российской Федерации». К сожалению, этот порядок не закреплен ни в одном нормативном правовом акте. Ранее учреждение всех государственных музеев осуществлялось на основании акта Правительства РФ. Музей считался государственным в случае его финансирования государством более чем на 50 %.

¹ Чирвинская Е. Д. Франция: государство и владельцы предметов искусства // Культура: управление, экономика, право. 2011. № 3. С. 33—38.

² Норкин Д. Р. Многообразие культур: особенности современной международной финансовой политики // Культура: управление, экономика, право. 2008. № 3. С. 5—8.

³ СЗ РФ. 1996. № 22. Ст. 2591.

До 2002 года деятельность музея подлежала обязательному лицензированию, которое в полной мере было механизмом контроля за деятельностью музеев. В соответствии с Федеральным законом «О лицензировании отдельных видов деятельности» к лицензируемым видам деятельности относятся те виды деятельности, осуществление которых может повлечь собой нанесение ущерба культурному наследию Российской Федерации. В целом подлежат лицензированию те виды деятельности, государственный контроль за которыми наиболее важен ввиду их особенностей. Лицензирование музейной деятельности позволило бы государству иметь еще один способ управления сферой общественной жизни, значимость которой определяет историю и культурное богатство страны. Управление государственными музеями регламентировано на законодательном уровне, музеи находятся в подчиненном положении перед их учредителем — государством. Любые значимые действия руководства государственного музея осуществляются с разрешения Министерства культуры РФ или уполномоченного органа исполнительной власти субъекта РФ. Однако существуют частные музеи, в которых тоже находятся музейные предметы и коллекции. Контроль за ними возможен только опосредованный. Лицензирование в полной мере позволило бы государству следить за сохранностью музейных ценностей, находящихся в таких музеях, поскольку утрата лицензии означала бы не только закрытие музея, но и передачу музейных предметов в другие музеи, способные осуществлять свои функции в соответствии с законом. В первую очередь должна стоять задача сохранения культурного наследия России, выполнение которой должно занимать первоочередное место в административном регулировании музейной деятельности.

Иным нормативным правовым актом, регулирующим отношения в сфере музейной деятельности, является Закон РФ от 15.04.1993 № 4804-1 «О вывозе и ввозе культурных ценностей», который был принят с целью сохранения культурного наследия народов Российской Федерации, в том числе защиты культурных ценностей от незаконного вывоза, ввоза и пе-

редачи права собственности на них. Важно отметить, что данный Закон распространяет свое действие на все культурные ценности, независимо от формы собственности. В рамках музейной деятельности данный Закон не только перечисляет культурные ценности, которые могут быть одновременно и музейными предметами, но устанавливает для органов государственной власти формы осуществления контроля за безопасностью музейных предметов в пределах отношений, на которые данный Закон и распространяется.

Федеральный закон от 25.06.2002 № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации»⁴ принят для реализации прав граждан на доступ к культурным ценностям, реализация которых возможна лишь через конституционную обязанность государства заботиться о сохранении исторического и культурного наследия, беречь памятники истории и культуры. Названный Закон дает определение объектам культурного наследия, непосредственно связанным с музейной деятельностью: это «объекты недвижимого имущества (включая объекты археологического наследия) и иные объекты с исторически связанными с ними территориями, произведениями живописи, скульптуры, декоративно-прикладного искусства, объектами науки и техники и иными предметами материальной культуры, возникшие в результате исторических событий, представляющие собой ценность с точки зрения истории, археологии, архитектуры, градостроительства, искусства, науки и техники, эстетики, этнологии или антропологии, социальной культуры и являющиеся свидетельством эпох и цивилизаций, подлинными источниками информации о зарождении и развитии культуры». Данное определение весьма необычно для современного права, поскольку отражает в меньшей степени правовую сущность объектов культурного наследия, а более — культурологическую, поскольку с правовой точки зрения представляется сложным определить, что является «свидетельством эпох и цивилизаций», а также что относится к «подлинным источникам информации о зарождении и развитии культуры».

⁴ Российская газета. 2002. № 116—117.

Субъекты Российской Федерации также принимают нормативные правовые акты, регулирующие музейную деятельность. В качестве интересного примера можно привести Закон Московской области «О музеях в Московской области», который, в отличие от основного Федерального закона, регулирующего музейную деятельность, дает определения таким важным понятиям, как музейное дело, музейная деятельность, фонды музея, и даже определение частной коллекции. Кроме того, Закон регламентирует ведение в Московской области реестра музеев, аналогии которому на федеральном уровне не существует. Кроме того, этот Закон предусматривает меры социальной поддержки работников музеев.

Итак, существующая нормативно-правовая база закрепляет основные функции и задачи органов государственной власти по управлению и регулированию сферы культуры в целом и музейной деятельности в частности.

Контроль и координацию деятельности всех учреждений культуры осуществляет в первую очередь Президент Российской Федерации как глава государства и гарант Конституции, в том числе «культурных» прав граждан. В качестве примера государственной поддержки сферы культуры со стороны Президента РФ можно привести создание при его содействии музея — Центра М. Л. Ростроповича, посвященного этому великому виолончелисту и дирижеру. Кроме того, один из наиболее крупных нормативных документов, регулирующих сферу музейной деятельности — Основы государственной культурной политики, был создан и представлен в Государственную думу Министерством культуры РФ на основе идеи, предложенной Советом по культуре и искусству при Президенте РФ. Названный документ представляет собой государственную программу по определению культурной политики в Российской Федерации и содержит в себе основные задачи, поставленные перед государством по управлению и регулированию сферы культуры, однако большинство положений Основ являются декларативными, теоретическими и даже в некоторой мере идеологическими.

Непосредственную функцию по регулированию музейной деятельности осуществляет Министерство культуры РФ, которое не только контролирует деятельность музеев в Российской

Федерации, но и обеспечивает их финансирование и оказывает поддержку их развитию.

Департамент культурного наследия, являясь подразделением Министерства культуры РФ, осуществляет государственное регулирование в сфере музейной деятельности и реализует следующие полномочия:

1. Нормативно-правовое регулирование

Департамент разрабатывает Положение о Музейном фонде РФ, а также Положение о Государственном каталоге Музейного фонда РФ.

2. Управление музейными предметами и коллекциями

В первую очередь Департамент определяет состав Музейного фонда РФ, принимает решение о включении либо об исключении из него музейных предметов и коллекций, а также о передаче и закреплении на праве оперативного управления музейных предметов и коллекций за федеральными государственными музеями. Департамент определяет порядок предоставления включенных в состав Музейного фонда РФ воспроизведений музейных предметов для их использования в коммерческих целях, а также регистрирует культурные ценности, ввозимые на территорию РФ. Кроме того, обеспечивает распределение находящихся на территории РФ культурных ценностей, перемещенных в результате Второй мировой войны, между учреждениями культуры. Именно Департамент принимает решение о возможности передачи в безвозмездное пользование религиозным организациям музейных предметов и коллекций, включенных в состав государственной части Музейного фонда РФ. Также в полномочия Департамента входит обеспечение необходимых мероприятий по сохранению и реставрации музейных предметов и коллекций, включенных в состав Музейного фонда РФ. Департамент от имени Российской Федерации реализует преимущественное право покупки заявленных к вывозу культурных ценностей, а также музейных предметов и коллекций, включенных в состав негосударственной части Музейного фонда РФ.

Музейные предметы и коллекции передаются музеям либо в оперативное управление, либо в безвозмездное бессрочное пользование, либо на определенный срок. Министер-

ство культуры РФ утвердило форму договора, заключаемого с музеем при передаче музейных предметов и коллекций. Согласно договору в обязанности музея входит учет, хранение, использование, систематическая проверка наличия музейных предметов. Кроме того, музей обязан обеспечить доступ граждан к переданным музейным предметам и коллекциям. В то же время договор предусматривает обязанности органов государственной власти как федерального, так и уровня субъектов РФ обеспечивать возможности музеев для выполнения своих обязанностей в целях сохранения культурных ценностей.

3. Контрольные полномочия Департамента:

- мониторинг использования и состояния предметов Музейного фонда РФ, а также объектов археологического наследия;
- выдача свидетельств на право вывоза, временного вывоза культурных ценностей с территории Российской Федерации, а также свидетельств о включении музейных предметов и музейных коллекций в состав Музейного фонда РФ;
- экспертиза культурных ценностей, заявленных к вывозу или временному вывозу с территории Российской Федерации, а также возвращенных после временного вывоза;
- регистрация фактов утраты, пропажи, хищения культурных ценностей, а также оповещение государственных органов и общест-венности об этих фактах.

4. Кадровые полномочия:

Заключаются в выборе специалистов архивов, музеев, библиотек, научно-исследовательских и реставрационных организаций, иных специалистов для проведения ими экспертизы заявленных к вывозу с территории Российской Федерации и ввозимых культурных ценностей.

Руководитель Департамента курирует деятельность музеев, взаимодействует с руководством музеев, оценивает текущую хозяйственную и организационную деятельность музея.

В целях обеспечения безопасности государства, в том числе и сохранности культурного наследия страны, в Российской Федерации действует Федеральная служба безопасности. Ее структурным подразделением является Служ-

ба по защите конституционного строя и борьбе с терроризмом, которая курирует в том числе сферу культуры, а в отношении деятельности музеев осуществляет контроль и надзор за их деятельностью, занимается охраной культурных ценностей от незаконных действий как со стороны третьих лиц, так и со стороны сотрудников музея.

В системе органов исполнительной власти, имеющих отношение к деятельности музеев в Российской Федерации, необходимо также выделить Федеральное агентство по управлению государственным имуществом (Росимущество), которое контролирует использование государственными учреждениями, в том числе музеями, имущества, закрепленного за ними на праве оперативного управления. Относительно музеев можно отметить, что многие из них располагаются в зданиях, являющихся памятниками истории, культуры и архитектуры, поэтому Росимущество уделяет им особенное внимание.

Законом РФ от 15.04.1993 № 4804-1 «О вывозе и ввозе культурных ценностей» называется специально уполномоченный орган государственного контроля за вывозом и ввозом культурных ценностей — федеральная служба по сохранению культурных ценностей. До февраля 2011 года такой орган существовал — это была Федеральная служба по надзору за соблюдением законодательства в области охраны культурного наследия (Росохранкультура), которая проводила комплексные проверки сохранности культурных ценностей, находящихся в фондах российских музеев, по результатам которых выявлялись многочисленные нарушения музеями существующего законодательства. Росохранкультурой были разработаны и утверждены основные направления совершенствования мер по обеспечению сохранности и безопасности хранения музейных предметов и музейных коллекций. Однако Указом Президента РФ от 08.02.2011 № 155 данный орган был упразднен, а все его полномочия переданы Министерству культуры РФ. Таким образом, подзаконный акт вступил в коллизию с законом, поскольку последний содержит императивное указание о необходимости существования такого органа.

Кроме федеральных органов государственной власти, регулирование музейной деятельности осуществляют и органы власти в субъек-

тах РФ. Необходимо отметить, что в зарубежных странах большой вклад в регулирование музейной деятельности вносят городские и муниципальные органы власти. Органы власти конкретных городов активно поддерживают местные организации культуры, в том числе и местные музеи. Об этом свидетельствует опыт Австрии, Болгарии, Нидерландов, Финляндии. Данная модель взаимодействия государства и организаций культуры позволяет учитывать специфику конкретных музеев, выделять денежные средства на приоритетные цели. В современной российской действительности такая практика не получила достаточного развития, поскольку органами власти на местах проблемы учреждений культуры рассматриваются в последнюю очередь. В качестве положительного примера можно привести опыт Москвы, Санкт-Петербурга, Казани.

Город Москва — один из лидеров по количеству и разнообразию музеев. В Москве находятся как федеральные, так и городские музеи. Существуют также ведомственные музеи, музеи Российской академии наук, частные музеи.

Департамент культуры города Москвы, чьи полномочия установлены постановлением Правительства Москвы от 23 июля 2013 года № 484-ПП, в рамках регулирования музейной деятельности в первую очередь принимает решения о создании и поддержке государственных музеев, а также осуществляет управление музейными предметами и коллекциями, на-

ходящимися в собственности города Москвы, в том числе закрепляет за государственными учреждениями — музеями города Москвы, подведомственными Департаменту, на праве оперативного управления музейные предметы и коллекции. Кроме того, Департамент культуры принимает решение о возможности передачи музейного предмета или музейной коллекции из одного музея в другой.

Департамент культуры города Москвы назначает руководителей музеев, прекращает их полномочия, заключает трудовые договоры с ними, устанавливает порядок их аттестации, а также устанавливает размер оплаты труда руководителей подведомственных музеев. Именно этот Департамент утверждает уставы музеев, их штатное расписание, а также осуществляет контроль и оказывает поддержку в закупочной деятельности музеев. Последнее особенно важно для музеев как для бюджетных учреждений, поскольку заключение любого договора, будь то оказание услуг по транспортировке музейных экспонатов для выставки или выполнение работ по ремонту здания музея, должно производиться строго в рамках законодательства о контрактной системе.

В заключение стоит отметить, что только лишь силами государства сферу культуры, в частности музейную деятельность, невозможно развивать. Важно осуществлять поддержку и развитие культурной сферы в целом не только для блага общества, но и совместно с ним.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Норкин Д. Р. Многообразие культур: особенности современной международной финансовой политики // Культура: управление, экономика, право. — 2008. — № 3. — С. 5—8.
2. Чирвинская Е. Д. Франция: государство и владельцы предметов искусства // Культура: управление, экономика, право. — 2011. — № 3. — С. 33—38.

Материал поступил в редакцию 14 сентября 2015 г.

ADMINISTRATIVE LAW REGULATION OF MUSEUM ACTIVITIES

BYSTROVA Olga Alexandrovna — Postgraduate student of the Department of Administrative Law and Procedure of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), chief legal adviser of the State Budget Institution of Culture of Moscow "Moscow International House of Music".

State management and regulation of museum activities is the necessary and, one might say, the natural process in the modern Russian state.

***Review.** The article defines the main schemes of state regulation in the sphere of museum activities and considers the legal foundations of foundation and performance of museums. Moreover the article considers the issue of the necessity of licensing museum activities. The author determines the basic legal framework regulating the activities of museums and public authorities exercising control and regulation of museum activities, both at the federal level and at the level of the entities of the RF. The author provides the thorough examination of the powers of the Ministry of Culture and the Moscow City Department of Culture within the framework of control and regulation of the activities of the museums.*

Keywords: culture, museum activities, museum, state regulation, state management, cultural values.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Norkin D. R.* Mnogoobrazie kul'tur: osobennosti sovremennoj mezhdunarodnoj finansovoj politiki // Kul'tura: upravlenie, jekonomika, pravo. — 2008. — № 3. — S. 5—8.
2. *Chirvinskaja E. D.* Francija: gosudarstvo i vladel'cy predmetov iskusstva // Kul'tura: upravlenie, jekonomika, pravo. — 2011. — № 3. — S. 33—38.

ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Ю. К. Цареградская*

Теоретико-правовые основы государственного долга Российской Федерации: сущность, содержание и функции

Аннотация. Рассматривается содержание государственного долга Российской Федерации в контексте правового анализа бюджетного законодательства. Отмечается, что, по сравнению с другими зарубежными странами, правовое регулирование государственного долга в России не имеет прямого закрепления в Конституции. Указывается, что институт государственного долга Российской Федерации в структуре федерального бюджета закрепляется и регулируется нормативными правовыми актами в двух аспектах: как источник финансирования дефицитов бюджетов и как вид расхода бюджетов. Анализ бюджетного законодательства и научной литературы свидетельствует о специфических признаках, характерных для государственного долга Российской Федерации: государственно-властный характер, императивность, возвратность и гарантированность возвращения заемных средств. Теоретическое осмысление государственного долга позволяет автору сделать выводы о том, что функции данного института сходны с функциями государственного кредита, основными из которых являются: фискальная, распределительная, регулирующая, контрольная и стимулирующая. Именно данные функции характеризуют целесообразность функционирования государственного долга в финансовой системе любого государства.

Ключевые слова: государственный долг, внешний долг, внутренний долг, функции, государственный кредит, финансовое право, долговая политика, бюджет, финансы.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.069-076

Научное осмысление многих правовых понятий, к числу которых следует отнести и понятие государственного долга, необходимо для правильного применения норм действующего финансового права. Раскрытие понятия и функций государственного долга не может рассматриваться только как теоретико-правовое явление, не связанное с финансовой деятельностью государства.

Институт государственного долга Российской Федерации в структуре федерального бюджета закрепляется и регулируется нормативными правовыми актами в двух аспектах:

- 1) как источник финансирования дефицитов бюджетов;
- 2) как вид расхода бюджетов. Подобное закрепление и регулирование представлено Бюджетным кодексом РФ¹ и федеральными законами о бюджете на определенный финансовый год и плановый период.

В отличие от других зарубежных стран, в России правовое регулирование государственного долга прямо не закреплено в Конституции. В конституциях некоторых зарубежных стран (Бельгии, Германии, Швеции и др.) финансовая проблематика выделяется как самостоятель-

¹ СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

© Цареградская Ю. К., 2016

* Цареградская Юлия Константиновна, кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) uliacar2008@rambler.ru 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ный раздел, что указывает на важность и стратегичность отношений в сфере государственного долга, поскольку правовое регулирование финансовой деятельности государства в этой сфере осуществляется на конституционном уровне². Относительно отечественной долговой политики необходимо подчеркнуть, что в условиях централизованного управления экономикой механизм обращения государственных долговых обязательств, действовавший в развитых странах, в нашей стране практически отсутствовал. В соответствии с этим финансирование дефицита бюджета совершенно не соответствовало принятым в мировой экономике формам управления этим процессом. Изменение экономических и социально-политических ориентиров потребовало существенного пересмотра отношения к использованию государственного долга как одного из важнейших инструментов государственной финансовой политики, что нашло отражение в современном правовом оформлении данных отношений и в будущем позволит учитывать практику законодательного регулирования государственного долга в зарубежных странах.

Государственный долг как источник финансирования дефицитов бюджетов находит свое закрепление в ст. 19 БК РФ, в которой установлен состав бюджетной классификации. Одним из элементов данной классификации названы источники финансирования дефицитов бюджетов, раскрываемые ст. 23 БК РФ. Данная статья делит источники на две группы: внутреннего и внешнего финансирования.

Источники внутреннего финансирования дефицитов бюджетов представлены:

- государственными (муниципальными) ценными бумагами, номинальная стоимость которых указана в валюте Российской Федерации;
- кредитами кредитных организаций в валюте Российской Федерации;
- бюджетными кредитами от других бюджетов бюджетной системы Российской Федерации;
- кредитами международных финансовых организаций в валюте Российской Федерации;
- изменениями остатков средств на счетах по учету средств бюджета;

— иными источниками внутреннего финансирования дефицитов бюджетов.

Источники внешнего финансирования дефицитов бюджетов составляют:

- государственные ценные бумаги, номинальная стоимость которых указана в иностранной валюте;
- кредиты иностранных государств, включая целевые иностранные кредиты (заимствования), международных финансовых организаций, иных субъектов международного права, иностранных юридических лиц в иностранной валюте;
- кредиты кредитных организаций в иностранной валюте;
- иные источники внешнего финансирования дефицитов бюджетов.

Конкретный перечень статей источников финансирования дефицитов бюджетов утверждается законом или решением о соответствующем бюджете при утверждении источников финансирования дефицита бюджета на определенный период, в частности финансовый год. Статья 17 Федерального закона от 01.12.2014 № 384-ФЗ «О федеральном бюджете на 2015 год и на плановый период 2016 и 2017 годов»³ указывает, что источники финансирования на 2015 год и на плановый период закреплены в приложениях к данному Закону. Приложение 42 содержит перечень источников внутреннего и внешнего финансирования дефицита федерального бюджета на 2015 год, согласно которому:

1) источники внутреннего финансирования дефицита представлены:

- разницей между средствами, поступившими от размещения государственных ценных бумаг Российской Федерации, номинальная стоимость которых указана в валюте Российской Федерации, и средствами, направленными на их погашение;
- изменениями остатков средств на счетах по учету средств федерального бюджета в течение соответствующего финансового года, в частности: изменением остатков средств Резервного фонда, Фонда национального благосостояния, иными источниками внутреннего финансирования дефицита федерального бюджета;

² См.: Козырин А. Н. Публичные финансы: взаимодействие государства и общества. М., 2002. С. 3.

³ СЗ РФ. 2014. № 49. Ст. 6893.

2) источники внешнего финансирования дефицита:

- разница между средствами, поступившими от размещения государственных займов, которые осуществляются путем выпуска государственных ценных бумаг от имени Российской Федерации и номинальная стоимость которых указана в иностранной валюте, и средствами, направленными на их погашение;
- разница между полученными и погашенными Российской Федерацией в иностранной валюте кредитами иностранных государств, включая целевые иностранные кредиты (заимствования), с учетом средств, перечисленных из федерального бюджета российским поставщикам товаров и (или) услуг на экспорт в счет погашения государственного внешнего долга Российской Федерации, международных финансовых организаций, иных субъектов международного права и иностранных юридических лиц;
- иные источники внешнего финансирования дефицита федерального бюджета.

Отсюда видно, что в 2015 г. источники финансирования дефицита федерального бюджета представлены не всем перечнем, предусмотренным Бюджетным кодексом РФ, а несколькими, касающимися размещения государственных ценных бумаг, номинальная стоимость которых указана как в валюте РФ, так и в иностранной валюте, а также кредитов иностранных государств, международных финансовых организаций, иных субъектов международного права и иностранных юридических лиц.

Таким образом, приходим к выводу, что данное подразделение источников на две группы обусловило и видовую классификацию государственного долга, которая будет рассмотрена в дальнейшем при характеристике долга как вида расхода бюджета.

Второй аспект государственного долга Российской Федерации характеризует его в структуре федерального бюджета как вид расхода.

Классификацией расходов бюджета, представленной в п. 3 ст. 21 БК РФ, указывается, что одним из видов расходов выступает обслужи-

вание государственного и муниципального долга по двум направлениям:

- 1) обслуживание государственного внутреннего и муниципального долга;
- 2) обслуживание государственного внешнего долга.

Данный вид расходов законодательно был закреплен в Бюджетном кодексе РФ в 2010 году Федеральным законом от 30.09.2010 № 245-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации и иные законодательные акты Российской Федерации»⁴. Закрепленное положение начало распространяться на правоотношения, возникающие при составлении и исполнении бюджетов бюджетной системы Российской Федерации начиная с бюджетов на 2011 год и плановый период 2012 и 2013 годов. В связи этим среди единых для бюджетов бюджетной системы Российской Федерации групп и подгрупп видов расходов появились группы, имеющие отношение к государственному (муниципальному) долгу, а именно: «Обслуживание государственного (муниципального) долга», «Обслуживание государственного долга Российской Федерации» и «Обслуживание государственного долга субъекта Российской Федерации», закрепленные п. 6 ст. 21 БК РФ Федеральным законом от 07.05.2013 № 104-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием бюджетного процесса»⁵. Действие данного положения Федерального закона распространилось на правоотношения, возникающие при составлении и исполнении бюджетов бюджетной системы Российской Федерации начиная с бюджетов на 2014 г. и плановый период 2015 и 2016 гг. в отношении групп данных видов расходов.

Непосредственное регулирование данного вида расхода бюджета на сегодняшний день осуществляется главой 14 «Государственный и муниципальный долг» БК РФ, регулирующей понятие, структуру, виды, особенности прекращения долговых обязательств, управление государственным долгом. Многие положения данной главы претерпели существенные изменения с 2007 года вследствие корректировки

⁴ СЗ РФ. 2010. № 4. Ст. 4971.

⁵ СЗ РФ. 2010. № 19. Ст. 2331.

правового регулирования института государственного долга.

В настоящее время ст. 97 БК РФ определяет государственный долг Российской Федерации как совокупность долговых обязательств Российской Федерации перед физическими и юридическими лицами Российской Федерации, субъектами Российской Федерации, муниципальными образованиями, иностранными государствами, международными финансовыми организациями, иными субъектами международного права, иностранными физическими и юридическими лицами, возникшими в результате государственных заимствований Российской Федерации, а также долговых обязательств по государственным гарантиям, предоставленным Российской Федерацией, и долговым обязательствам, возникшим в результате принятия законодательных актов Российской Федерации об отнесении на государственный долг долговых обязательств третьих лиц.

Если обратимся к тексту Бюджетного кодекса РФ редакции Федерального закона от 05.08.2000 № 116-ФЗ⁶, утратившего силу, то увидим иное определение государственного долга Российской Федерации, включающее в себя долговые обязательства Российской Федерации перед физическими и юридическими лицами, иностранными государствами, международными организациями и иными субъектами международного права, включая обязательства по государственным гарантиям, предоставленным Российской Федерацией. Данное определение не содержало в структуре государственного

долга долговых обязательств Российской Федерации перед субъектами Российской Федерации и муниципальными образованиями. Следовательно, законодатель расширил структуру государственного долга Российской Федерации, включив в него еще и долговые обязательства перед субъектами Российской Федерации и муниципальными образованиями.

Раскрывая специфику содержания государственного долга, следует отметить особенности его статуса, которые отличают его от других долговых отношений, в том числе частногоправового характера:

1. Независимый заемщик, в лице которого выступает государство, практически никогда не предоставляет обеспечение под кредит, в отличие, например, от банковского кредита, когда необходимо предоставление залога.
2. Судебное разрешение споров по воздействию на государство, отказавшееся от своих обязательств, достаточно проблематично, поскольку в большинстве случаев данные иски оцениваются как нарушение суверенитета. Тем не менее в последнее время происходят изменения в практике существования долговых отношений государств, о чем свидетельствуют попытки швейцарской фирмы «Нога» взыскать задолженность с Российской Федерации с использованием международного арбитража⁷.

В финансово-правовой науке России дореволюционного и советского периодов, рассматривая специфику государственного долга в рамках бюджета, отмечали следующие особенности:

⁶ СЗ РФ. 2000. № 32. Ст. 3339.

⁷ В 1991 г. Правительство РФ заключило со швейцарской торговой фирмой «Нога» договор о бартерных поставках продовольствия, товаров народного потребления и пестицидов в обмен на нефтепродукты на сумму в 1,5 млрд долларов. Обе стороны заявили о невыполнении обязательств друг перед другом, и в 1993 г. суд Люксембурга признал законность требований фирмы, которая претендовала на возврат 60 млн долларов, и арестовал российские активы в ряде западных банков. В 1997 г. Стокгольмский международный суд в обеспечение иска фирмы «Нога» вынес решение, в соответствии с которым долг России фирме был оценен в 23 млн долларов. В 2000 г. в обеспечение иска фирмы против России арбитражный суд Стокгольма принял решение начать аресты средств на российских счетах за рубежом. Трибунал Парижа наложил обеспечительный арест на счета Банка России и почти 70 российских учреждений и компаний, в капитале которых участвует российское государство. Среди них оказались Посольство и Генеральное консульство России в Париже, «Внешэкономбанк». В июне 2000 г. в Париже состоялось первое слушание дела по искам Посольства РФ во Франции и Центрального банка России, и уже в июне были разморожены счета, которые имеет во Франции Центробанк РФ. В августе 2000 г. суд Парижа удовлетворил иск «Внешэкономбанка» о снятии с его счета в Евробанке ареста, наложенного ранее по иску компании. Парижский суд принял такое решение на основании того, что «Внешэкономбанк»

1. В долговых отношениях государство всегда имеет верховенство, несмотря на то, что оно является заемщиком (должником), а не кредитором. Следовательно, кредитор не всегда может реализовать права по применению мер принуждения, предоставляемые ему в случае недобросовестности должника.
2. Средства, привлекаемые государством в рамках государственного долга, чаще всего не участвуют в материальном производстве, а расходуются на покрытие бюджетного дефицита, что напрямую закрепляется законодательством. Погашение долга и процентов по нему осуществляется посредством налогов или привлечения новых займов.
3. В основе возникновения отношений в рамках государственного долга не всегда закладывается принцип диспозитивности, имеют место и элементы принуждения при привлечении денежных средств. Например, государственные займы, выпущенные в годы Великой Отечественной войны в СССР и размещавшиеся среди населения по подписке. Хотя некоторые зарубежные исследователи отмечали, что подписка на государственные облигации по своей сути является договором присоединения, однако свобода выбора кредитора все же является в данных условиях только теоретической⁸.
4. Результат государственных кредитных операций представлен государственным долгом, который является объектом финансовых правоотношений и регулируется бюджетным законодательством⁹.

Таким образом, исходя из вышеуказанных особенностей государственного долга, выделяемых в разные периоды развития финансового права, следует выделить основные его признаки:

- 1) государственно-властный характер, проявляющийся в том, что в качестве обязательного субъекта долговых отношений выступает государство;
- 2) императивность, заключающаяся в том, что основным методом регулирования отношений в области государственного долга является императивный метод, указывающий на установление правил поведения в сфере долговых отношений по принципу властных предписаний;
- 3) возвратность, поскольку источником погашения долга являются финансовые ресурсы государственного бюджета;
- 4) гарантированность погашения долга всем имуществом государства, составляющим государственную казну. Кроме того, дополнительной гарантией может выступать реализация исключительного права государства на денежную эмиссию.

Проанализировав понятие и признаки государственного долга, необходимо раскрыть и функции данного института в бюджетной системе государства.

Традиционно в науке финансового права многие авторы (Н. М. Артемов, А. В. Карташов, Ю. А. Крохина, О. В. Саввина, Е. В. Соловова, Д. Л. Хейло, И. П. Хомич и др.) выделяли функции государственного кредита, среди которых

является российским независимым финансовым институтом. В 2001 г. Парижский апелляционный суд признал правоту претензий компании на конфискацию российской государственной собственности с целью последующей продажи для покрытия долга России. В соответствии с международным решением Стокгольмской торговой палаты арбитраж постановил взыскать с России 23 млн долларов для покрытия долга и 40 млн долларов в виде процентов и пеней. Впоследствии была предпринята попытка арестовать в счет долга российские самолеты на салонах в Ле-Бурже. В 2003 г. суд во Франции признал, что фирма не имела права налагать арест на российские самолеты компаний ввиду их военного характера, поскольку корпорации не могут нести ответственность по искам, предъявленным к Российской Федерации, а значит, на их имущество не может быть наложен арест. В 2004 г. швейцарская фирма отозвала свой иск, которым требовала привлечь к ответственности руководство «Росавиакосмоса» и администрацию Международного авиакосмического салона в Ле-Бурже // РИА Новости. URL: <http://ria.ru/spravka/20051116/42107336.html> (дата обращения: 27 мая 2015 г.).

⁸ См.: *Muzellec R. Finance Public*. 10-e ed. 1997. P. 273—274.

⁹ См.: *Орлов М. Ф. О государственном кредите // У истоков финансового права / под ред. проф. А. Н. Козырина М., 1998. Т. 1. С. 302 ; Слуцкий М. И. Популярная лекция по финансовому праву. СПб., 1902. С. 69 ; Ходский Л. В. Основы государственного хозяйства. СПб., 1894. С. 424.*

преобладают регулирующая, распределительная и контрольная¹⁰. Поскольку государственный кредит и государственный долг — взаимосвязанные институты в рамках бюджетной системы, представляется необходимым выявить функции государственного долга.

Термин «функция» (от лат. *functio* — исполнение) рассматривается как обязанность, круг деятельности, основные направления через которые реализуются цели, задачи, назначение¹¹.

По аналогии с государственным кредитом необходимо выделить следующие основные функции государственного долга:

- фискальная;
- распределительная;
- регулирующая;
- контрольная;
- стимулирующая.

Сущность фискальной функции государственного долга заключается в том, что государство, выступая в качестве заемщика, обеспечивает дополнительные средства для финансирования своих расходов. В большинстве зарубежных стран, а также в Российской Федерации государственные займы являются основным источником финансирования бюджетного дефицита. В современных условиях доходы, полученные посредством государственных займов, становятся вторым после налогов методом финансирования расходов бюджета. Положительное воздействие фискальной функции государственного долга заключается в том, что налоговое бремя более равномерно распределяется во времени. Налоги являются основным, но не единственным источником финансирования расходов, связанных с обслуживанием и погашением государственного долга. Источники финансирования этих расходов зависят от направления использования привлеченных средств. В случае производи-

тельного вложения капиталов созданные объекты после вступления в действие начинают приносить прибыль, за счет которой может произойти погашение долга. Соответственно, усиление налогового бремени не происходит, а в случае непроизводительного использования привлекаемых государством средств осуществляется перенос налогового бремени на другие поколения.

Фискальная функция тесно взаимосвязана с распределительной функцией государственного долга, которая заключается в том, что позволяет перераспределить денежные ресурсы в соответствии с потребностями экономики в целом и необходимостью поддержки или развития какого-либо направления социально-экономической деятельности. С помощью данной функции происходит формирование централизованных денежных фондов государства и их использование на принципах срочности, возвратности и возмездности.

Регулирующая функция государственного долга связана с тем, что государство, являясь субъектом долговых отношений, воздействует на состояние денежного обращения, уровень ставок на рынке денег и капиталов, на производство и занятость. Государство, выступая на финансовом рынке в качестве заемщика, увеличивает спрос на заемные средства и тем самым способствует росту цены кредита. Чем выше спрос государства, тем выше уровень ссудного процента, тем более дорогим кредит становится для иных субъектов кредитных отношений. Увеличение стоимости заемных средств сокращает инвестиции в сферу производства, но в то же время стимулирует накопления в виде приобретения государственных ценных бумаг. Кроме того, государственный долг в форме долговых финансовых инструментов является самостоятельным механиз-

¹⁰ См.: *Артемов Н. М.* Развитие законодательства о государственном кредите : Сберегательное дело // Теоретические вопросы административного и финансового права в условиях перестройки управления экономикой : сб. науч. тр. М., 1989. С. 125—140; *Карташов А. В.* Государственный кредит как инструмент реализации регулирующей функции финансов : Финансово-правовые аспекты : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006; *Крохина Ю. А.* Государственный кредит и государственный долг: политические причины и правовые последствия // Финансовое право. 2003. № 2. С. 5; *Соловова Е. В.* Публичный кредит как институт финансового права на примере Российской Федерации и США : монография. М., 2015. С. 42—45; *Хомич И. П., Саввина О. В.* Государственный кредит в условиях финансовой глобализации. М., 2010; *Хейло Д. Л.* Государственный кредит в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. н. М., 2001. С. 13.

¹¹ См.: *Философский словарь / сост. П. Апрышко, А. Поляков, Ю. Солонухин.* М., 2009. С. 801.

мом проведения денежной политики, так как посредством купли-продажи данных долговых обязательств государство может увеличивать или уменьшать денежную массу в экономике. Таким образом, используя государственный долг в качестве инструмента регулирования экономики, государство получает возможность проводить ту или иную финансовую политику.

Специфика контрольной функции государственного долга проявляется в том, что государство осуществляет контроль за целевым использованием средств, сроками их возврата и своевременностью уплаты процентов, а также выбирает наиболее оптимальный метод управления государственным долгом, способствующий своевременным выплатам процентов или погашению долговых обязательств.

Стимулирующая функция государственного долга характеризуется тем, что возможна экономическая стабилизация в процессе стимулирования экономики. Наличие государственного долга может способствовать увеличению темпов развития экономики для более быстрого погашения долговых обязательств. В случае эффективного использования привлеченных денежных средств происходит активное стимулирование финансируемых производственных

сфер, позволяющее вернуть заимствованные средства в установленный срок, а в итоге и вообще отказаться от привлекаемых денежных средств.

Таким образом, рассматривая государственный долг в рамках бюджетной системы, следует отметить, что существует много причин недостаточно эффективного использования инструмента государственного долга для решения задач экономического развития страны. К ним относятся сложность и многообразие отношений государственного долга, их тесная взаимосвязь с различными факторами экономического, политического и социального характера. Однако в конечном счете проблема состоит в отсутствии адекватной правовой формы регулирования отношений государственного долга, в достаточной степени учитывающей закономерности и сложный характер данных отношений. Право должно служить средством упорядочивания отношений государственного долга и повышения эффективности применения инструмента государственного долга в решении государственных задач при помощи фискальной, распределительной, регулирующей, контрольной и стимулирующей функций государственного долга.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Артемов Н. М. Развитие законодательства о государственном кредите : Сберегательное дело // Теоретические вопросы административного и финансового права в условиях перестройки управления экономикой : сборник научных трудов. — М., 1989. — С. 125—140.
2. Крохина Ю. А. Государственный кредит и государственный долг: политические причины и правовые последствия // Финансовое право. 2003. № 2. С. 4—9.
3. Орлов М. Ф. О государственном кредите // У истоков финансового права / под ред. проф. А. Н. Козырина. — М., 1998. — Т. 1. — С. 300—310.
4. Слуцкий М. И. Популярная лекция по финансовому праву. — СПб., 1902. — 238 с.
5. Соловова Е. В. Публичный кредит как институт финансового права на примере Российской Федерации и США : монография. — М., 2015. — 136 с.
6. Философский словарь / сост. П. Апрышко, А. Поляков, Ю. Солодухин. — М., 2009. — 848 с.
7. Хомич И. П., Саввина О. В. Государственный кредит в условиях финансовой глобализации. — М. : Финансы и статистика, 2010. — 203 с.

Материал поступил в редакцию 26 сентября 2015 г.

**THEORETICAL AND LEGAL FRAMEWORK OF STATE DEBT OF THE RUSSIAN FEDERATION:
ESSENCE, CONTENT AND FUNCTIONS**

TSAREGRADSKAIA Julia Konstantinovna, PhD, Associate Professor at the Department of Financial Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
uliacar2008@rambler.ru
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. *The article considers the content of the public debt of the Russian Federation in the context of legal analysis of the budget legislation. It is noted that in comparison with other foreign countries, legal regulation of state debt in Russia has no direct consolidation in the Constitution. The institution of the state debt of the Russian Federation in the federal structure of the budget is fixed and regulated by legal acts in two ways: as a source of financing of the budget deficit and as a form of budget expenditures. The analysis of the budgetary legislation and scientific literature indicates the specific features of the Russian Federation government debt: authoritative character, mandatory nature, repayment rate and security of repayment of borrowed funds. Theoretical understanding of the public debt allows the authors to conclude that the functions of this institution are similar to the state credit functions, the main ones being fiscal, distributing, regulating, controlling and stimulating. It is these features that characterize the feasibility of the functioning of government debt in the financial system of any state.*

Keywords: *state debt, external debt, domestic debt, functions, state credit, finance law, debt policy, budget and finance.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Artemov N. M. Razvitie zakonodatel'stva o gosudarstvennom kredite : Sberegatel'noe delo // Teoreticheskie voprosy administrativnogo i finansovogo prava v usloviyah perestrojki upravlenija jekonomikoj : sbornik nauchnyh trudov. — M., 1989. — S. 125—140.
2. Krohina Ju. A. Gosudarstvennyj kredit i gosudarstvennyj dolg: politicheskie prichiny i pravovye posledstvija // Finansovoe pravo. 2003. № 2. S. 4—9.
3. Orlov M. F. O gosudarstvennom kredite // U istokov finansovogo prava / pod red. prof. A. N. Kozyrina. — M., 1998. — T. 1. — S. 300—310.
4. Sluckij M. I. Populjarnye lekciony po finansovomu pravu. — SPb., 1902. — 238 s.
5. Solovova E. V. Publichnyj kredit kak institut finansovogo prava na primere Rossijskoj Federacii i SShA : monografija. — M., 2015. — 136 s.
6. Filosofskij slovar' / sost. P. Apryshko, A. Poljakov, Ju. Soloduhin. — M., 2009. — 848 s.
7. Homich I. P., Savvina O. V. Gosudarstvennyj kredit v usloviyah finansovoj globalizacii. — M. : Finansy i statistika, 2010. — 203 s.

БАНКОВСКАЯ СИСТЕМА И БАНКОВСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Д. В. Чуб*

Когда имеет место добровольный платеж в порядке посредничества по векселю?

Аннотация. В настоящей статье рассматривается вопрос о наступлении возможности совершения добровольного платежа в порядке посредничества по векселю в зависимости от момента возникновения у векселедержателя права на регресс.

Особое внимание уделяется судебной практике применения норм вексельного законодательства, касающихся возникновения права векселедержателя на регресс.

Впервые на теоретическом уровне определена связь между возникновением регрессного права векселедержателя и совершением добровольного платежа в порядке посредничества со стороны лиц, не являющихся участниками вексельного оборота, либо лиц, уже обязанных по векселю. Кроме того, затронут вопрос о содержании права векселедержателя на регресс и об условиях возникновения указанного права в соответствии с нормами вексельного законодательства.

Ключевые слова: вексель, добровольный платеж в порядке посредничества, право векселедержателя на регресс, регрессное требование, протест, посредник.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.077-085

Приобретая вексель, векселедержатель уверен в том, что в назначенный день он получит денежную сумму, указанную в векселе. Однако может так случиться, что лицо — прямой вексельный должник, которому векселедержатель предъявляет вексель для акцепта или для платежа, отказывает векселедержателю в совершении указанных действий. «А между тем отказ в акцепте или платеже означает утрату векселедержателем доверия к векселю в целом и кредитоспособности его подписателей»¹.

Это может привести к тому, что векселедержатель откроет регрессный процесс (оборотный ход²) в отношении регрессных (оборотных) должников, к которым относятся векселедатель переводного векселя, индоссанты и авалисты. Иначе говоря, векселедержатель получает право на регресс при наступлении обстоятельств, указанных в ст. 43 постановления ЦИК СССР и СНК СССР от 7 августа 1937 г. № 104/1341 «О введении в действие Положения о переводном и простом векселе»³ (далее — Положение о векселях).

¹ Белов В. А. Курс вексельного права. М.: ЮрИнфоР, 2006. С. 567.

² См.: Цитович П. П. Курс вексельного права. Киев, 1887. С. 196.

³ Постановление ЦИК СССР и СНК СССР от 7 августа 1937 г. № 104/1341 «О введении в действие Положения о переводном и простом векселе» // СПС «КонсультантПлюс».

© Чуб Д. В., 2016

* Чуб Дмитрий Валериевич, аспирант кафедры банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

dchub1991@gmail.com

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская ул., д. 9

Реализуя право на регресс, векселедержатель вправе потребовать от регрессных должников не только сумму, обозначенную в векселе, а также иные суммы, рассчитанные с учетом ст. 48 Положения о векселях.

Однако вексельное законодательство предусматривает, что какое-либо третье лицо, не являющееся участником вексельного оборота, или лицо, уже обязанное по векселю, могут вступить за регрессного должника путем совершения платежа векселедержателю определенной суммы, которую обязан уплатить регрессный должник. Такое вступление именуется платежом в порядке посредничества, а сами лица, совершающие платеж за регрессного должника, именуется посредниками (абз. 1 и 3 ст. 55 Положения о векселях).

Посредничество может быть назначенным⁴, т.е. регрессный должник указывает определенное лицо, которое совершит платеж в порядке посредничества, и добровольным⁵ — лицо совершает платеж в порядке посредничества без какого-либо назначения со стороны регрессного должника, за которого посредник вступает в вексельные отношения.

Как указывает Положение о векселях, платеж (назначенный или добровольный) в порядке посредничества (абз. 1 ст. 59 Положения о векселях)⁶ может иметь место во всех случаях, когда у векселедержателя возникло *право на регресс*.

Однако каких-либо разъяснений касательно вопроса о содержании права векселедержателя на регресс Положение о векселях не дает. А между тем уяснение вопроса о том, что понимается под правом на регресс и какие действия векселедержателя можно считать реализацией

этого права, необходимо для установления момента, с наступлением которого допускается совершение добровольного платежа в порядке посредничества.

Стоит обратить внимание на то, что вексельное законодательство использует различные понятия для определения «права на регресс». Помимо упоминающегося в ст. 56, 59 и 61 «права на регресс» (1), Положение о векселях в ст. 46 говорит о возможности векселедателя, индоссанта или авалиста освободить векселедержателя от составления протеста для осуществления его «*прав регресса*» (2); в ст. 43 Положения о векселях устанавливается, что векселедержатель при наступлении определенных случаев может обратиться «*свой иск*» (3) против индоссантов, векселедателя и других обязанных лиц; ст. 51 Положения о векселях говорит об осуществлении «регресса» при частичном акцепте; а в ст. 5 Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях, заключенной в Женеве 7 июня 1930 г.⁷, установлено, что сроки на предъявление «иска в порядке регресса» определяются для всех лиц, поставивших свои подписи, законом места составления документа.

Отсутствие единого понятия приводит к расхождению в его понимании и толковании⁸. Так, действовавшее ранее письмо Банка России от 9 сентября 1991 г. № 14-3/30 «О банковских операциях с векселями» определяло регресс как «обратное требование о возмещении уплаченной суммы, предъявляется одним физическим или юридическим лицом к другому обязанному лицу. Регресс применяется при протесте векселя или чека»⁹.

⁴ Иногда назначенное посредничество именуют гонорацией или гонорированием (см.: Белов В. А. Курс вексельного права. С. 568; Цитович П. П. Указ. соч. С. 288).

⁵ Иначе такое посредничество именуют интервенцией или интервенированием (см.: Белов В. А. Курс вексельного права. С. 569; Цитович П. П. Указ. соч. С. 288).

⁶ Иначе — платеж с протестом (см.: Цитович П. П. Указ. соч. С. 288).

⁷ Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях, заключенной в Женеве 7 июня 1930 г. // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Если обратиться к франкоязычным версиям вексельных конвенций, то в них употребляется термин *recours*, что может переводиться как «регрессное требование», «регрессный иск»; а английский вариант везде использует термин *right of recourse*. Таким образом, вопрос заключается в единообразии применения термина «право на регресс».

⁹ Письмо Банка России от 9 сентября 1991 г. № 14-3/30 «О банковских операциях с векселями» // СПС «КонсультантПлюс».

В. А. Белов указывает, что под правом на регресс понимается иск из *опротестованного или просроченного платежа векселя*, заявляемый по нормам вексельного права к одному, некоторым или всем векселенадписателям. Составной частью регресса может быть предъявление прямого иска, по которому понимается иск к прямому должнику по вексельному праву¹⁰, а В. Н. Уруков определяет регресс как требование векселедержателя об уплате вексельной суммы к предшествовавшим векселедателям надписателям векселя, включая индоссантов, векселедателя переводного векселя, авалистов, вексельных посредников¹¹.

Думается, что сводить право на регресс только к праву на иск не следует по следующим причинам. Статья 50 Положения о векселях устанавливает, что обязанное лицо, к которому предъявили или могут предъявить иск, может потребовать вручения ему, против оплаты, переводного векселя с протестом и с распиской в платеже.

Таким образом, Положение о векселях прямо указывает на возможность векселедержателя до момента обращения в суд предъявить вексель, по которому не был получен платеж от прямого вексельного должника, одному из лиц, обязанных в порядке регресса. Регрессный должник, оплативший предъявленный вексель, вправе уже со своей стороны требовать от оставшихся регрессных должников уплаченной суммы, а также сумм, рассчитанных с учетом положений ст. 49 Положения о векселях.

Возможность получения платежа в досудебном, претензионном, порядке имеет большое значение как для самого векселедержателя, так и для индоссантов: векселедержатель получает-таки причитающуюся ему вексельную

сумму, а уплативший регрессный должник получает право требовать от своего индоссанта и иных регрессных должников, а также вычеркнуть свой индоссамент и следующие за ним индоссаменты.

На основании изложенного, думается, что правильнее было бы говорить о регрессе как о требовании векселедержателя к регрессным должникам, нежели как об иске, предъявление которого является одной из форм реализации права на регресс¹².

В связи с изложенным можно предположить, что было бы разумнее слово «иск» в главе VII Положения о векселях заменить на «регресс» или «регрессное требование».

Установив содержание понятия «право на регресс» и способ его реализации, стоит определить момент возникновения указанного права. Иначе говоря — с какого момента векселедержатель вправе предъявить регрессные требования к косвенным должникам.

Статья 43 Положения о векселях устанавливает несколько случаев, когда векселедержатель вправе предъявить иск (заявить регрессные требования) против регрессных должников. Первым является случай, когда при наступлении срока платежа платеж все же совершен не был.

Неплатеж может быть результатом как обстоятельств, зависящих от прямого должника, так и независящих от него. В тех случаях, когда неплатеж непосредственно связан с поведением прямого вексельного должника, т.е. он либо отказался платить, либо он отсутствовал в месте платежа и все попытки отыскать его не увенчались успехом, то согласно ст. 44 Положения о векселях должен быть составлен протест, удостоверяющий отказ прямого должника от платежа либо его отсутствие в месте платежа¹³.

¹⁰ Белов В. А. Практика вексельного права. М., 1998. С. 52.

¹¹ См.: Уруков В. Н. Вексель: договорная теория и практика. М.: Инфра-М, 2011.

¹² Сделанные выводы в полной мере могут быть применимы и к случаю, когда право на регресс реализует уплативший вексель индоссант, предъявляющий требование уже к своим регрессным должникам.

¹³ На необходимость опротестования отсутствия должника в месте платежа или невозможность установить его месторасположение обращали внимание еще в дореволюционной российской юридической литературе. Так, А. Ф. Федоров писал: «Отказ в принятии векселя может произойти или явно, или молчаливо — за отсутствием со стороны трассата всякого ответа» (см.: Федоров А. Ф. Вексельное право. Одесса, 1906. С. 457). Среди современных авторов, отразивших это предположение, можно назвать В. А. Белова, указавшего, что «Положение о векселях говорит о возникновении у векселедержателя права на вексельный иск в том случае «...если платеж [по векселю] не был совершен»; следовательно,

Особое значение протеста заключается в том, что только он признан Положением о векселях явным доказательством того, что вексель действительно предъявлялся прямому вексельному должнику с требованием об уплате и что оплата так и не последовала¹⁴.

Вместе с тем, как совершенно справедливо отметил В. А. Белов, «строгость вексельного права требует и особой формы доказательства — акта должностного лица»¹⁵.

По действующему российскому законодательству полномочия по совершению протеста возложены на нотариуса¹⁶.

Срок совершения протеста зависимости обозначенного в векселе срока платежа.

Например, если вексель со сроком платежа «на определенный день» или «во столько-то времени от составления или предъявления» не был оплачен в указанный срок, то согласно абз. 3 ст. 44 Положения о векселях протест должен быть совершен в один из двух рабочих дней, которые следуют за днем, в который переводный вексель подлежит оплате.

В правовой литературе¹⁷ и судебной практике¹⁸ установлено, что в случаях, когда должен быть совершен протест, удостоверяющий

предметом протестного удостоверения должен быть именно такой факт, как отсутствие платежа, или неплатеж. Вопрос о его причине и обстоятельствах, тем более о технике и оформлении неплатежа, юридического значения не имеет» (см.: *Бевзенко Р. С., Белов В. А.* Практика применения вексельного законодательства в Российской Федерации: опыт обобщения и научно-практического комментария / под общ. ред. В. А. Белова. М. : Юрайт, 2014). Кроме того, указанная позиция была отражена и в судебной практике (см.: постановление ФАС Московского округа от 24.07.2001 № КГ-А40/3725-01, постановление ФАС Волго-Вятского округа от 18.08.2010 по делу № А43-9405/2009, постановление ФАС Московского округа от 23.08.2013 по делу № А41-57263/2012, постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.11.2011 по делу № А55-9127/2011 // СПС «КонсультантПлюс»).

¹⁴ См.: *Федоров А. Ф.* Указ. соч. С. 528 ; *Белов В. А.* Курс вексельного права. С. 546 ; *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права. М., 1919. С. 328 ; *Ротко С. В.* Теоретические и практические проблемы вексельного обращения в Российской Федерации. М., 2010. С. 114. Подобная точка зрения была выражена и в зарубежной литературе, в частности, во французской правовой доктрине. См.: *Gibrila D.* Lettre de change. Répertoire de droit commercial // URL: http://www.dalloz.fr/bases-doc.univ-lorraine.fr/documentation/Document?id=ENCY/COMR/RUB000120/DIVISION&ctxt=0_YSR0MT1sZXR0cmUgZGUgY2hhbmdlwqd4JHNmPXBhZ2U0cmVjaGVyY2hl&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPThCp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzE5iUGFnPcKn cyRpc2Fibz1UcnVlwqdZJHbH2luZz1UcnVlwqdZJG9uZ2ldD0=&nrf=0_UmVjaGVyY2hlExp3RI (дата обращения: 15.07.2015) ; *Gavalda C., Stoufflet J.* Instruments de paiement et de crédit. Paris : Litec, 2009. P. 140.

¹⁵ Белов В. А. Курс вексельного права. С. 548.

¹⁶ См.: глава XVII Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. № 4462-1 // СПС «КонсультантПлюс».

Порядок совершения вексельного протеста определен приказом Минюста от 16 апреля 2014 г. № 78 «Об утверждении Правил нотариального делопроизводства» // СПС «КонсультантПлюс».

Во Франции полномочия по совершению протеста неакцепта или неплатежа по векселю предоставлена судебному исполнителю — huissier de justice (арт. 648 Гражданско-процессуального кодекса Франции; арт. L. 511-53 Торгового кодекса Франции // URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/> (дата обращения: 27.07.2015)).

¹⁷ См.: *Нерсесов Н. О.* Конспективный курс лекций по торговому и вексельному праву. М., 1896. С. 257—258 ; *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 328 ; *Федоров А. Ф.* Указ. соч. С. 528 ; *Белов В. А.* Курс вексельного права. С. 546 ; *Ротко С. В.* Указ. соч. С. 114.

¹⁸ Самым примечательным является Постановление № 14/33: в абзаце 3 п. 21 определено, что обязательства регрессных должников возникают только при условии наличия протеста в неплатеже либо ином нарушении при обороте векселя со стороны прямых должников. Без такого протеста регрессные должники не обязаны по векселю. Подобные выводы были сделаны и нижестоящими судами (постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 8 августа 2006 г. № 09АП-8769/2006-ГК по делу № А40-26999/05-95-60; постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 9 ноября 2009 г. № 17АП-10102/2009-ГК по делу № А60-27094/09, А60-36751/2009 // СПС «КонсультантПлюс»).

неплатеж, право на регресс возникает у векселедержателя с момента совершения протеста.

Таким образом, и добровольный платеж в порядке посредничества может быть совершен с момента совершения протеста.

Абзац 3 ст. 59 Положения о векселях указывает, что платеж в порядке посредничества (в том числе добровольный) должен быть совершен «самое позднее на следующий день после последнего дня, предоставленного для совершения протеста в неплатеже».

Например, протест был совершен 3 июня, а добровольный платеж в порядке посредничества должен быть совершен 4 июня и не днем позже.

Ситуация складывается иначе, если в вексель векселедателем, индоссантом или авалистом включена оговорка «без протеста» или иная равнозначная оговорка, освобождающая векселедержателя от совершения протеста для осуществления его прав регресса (абз. 1 ст. 46 Положения о векселях).

При наличии указанной оговорки векселедержатель может реализовать свое право на регресс при наличии одного только факта неплатежа со стороны прямого вексельного должника. Совершение протеста в таком случае не требуется.

Более того, если векселедержатель все же совершит протест, несмотря на наличие указанной оговорки, то издержки по протесту лежат на нем.

Таким образом, право на регресс возникает у векселедержателя с момента неплатежа со стороны прямого вексельного должника. Следовательно, и платеж в порядке посредничества можно совершить с указанного момента.

Положение о векселях предусматривает разные правовые последствия указанной оговорки «без протеста» в зависимости от того, кто ее составил. Если такая оговорка составлена векселедателем, то она имеет силу в отношении всех лиц, подписавших вексель. В таком случае платеж в порядке посредничества может быть совершен за любого регрессного должника с момента неплатежа со стороны прямого должника.

Если же указанная оговорка была включена индоссантом или авалистом, то действие оговорки «без протеста» распространяется только на них. В таком случае свое право на регресс векселедержатель может реализовать в отношении них без совершения протеста. В отношении остальных лиц протест обязателен.

Стало быть, платеж в порядке посредничества за индоссанта, который указал в векселе оговорку «без протеста», возможен без ожидания совершения протеста, а если посредник собирается осуществить платеж в отношении остальных лиц — требование о составлении протеста обязательно. Иначе именно посредник будет нести риск уплаты вексельной суммы в ненадлежащее время.

Но если временно ограничен добровольный платеж в порядке посредничества по векселю, обусловленному оговоркой «без протеста»?

В случае, когда вексель содержит в себе оговорку «без протеста», по нему добровольный платеж в порядке посредничества может быть совершен с момента, когда у векселедержателя возникло право на регресс, т.е. с момента неплатежа со стороны прямого вексельного должника и *до дня, следующего за днем, предоставленным для совершения протеста*. Например, если срок платежа по векселю был установлен на определенный день, но платеж не последовал, то посредник может вступить в вексельные отношения в течение срока, предоставленного для совершения протеста по таким векселям, т.е. в течение двух рабочих дней, следующих за днем платежа, плюс один день после последнего дня, предоставленного для совершения протеста. Получается, что добровольный платеж в порядке посредничества может быть совершен в течение трех рабочих дней.

Почему же в случае совершения добровольного платежа в порядке посредничества по векселю, обремененному оговоркой «без протеста», необходимо также учитывать срок совершения протеста?

Потому что сама сущность посредничества и заключается в том, чтобы сократить «пробег»¹⁹ векселя от одного регрессного должника к другому. Платеж посредника не только приведет к сокращению количества ответственных

¹⁹ См.: Цитович П. П. Указ. соч. С. 288.

лиц, но и уменьшит вексельную сумму за счет более скорого удовлетворения требований векселедержателя, улучшая тем самым положение регрессных должников.

Если допустить иное, т.е. допустить, что посредничество возможно за регрессного должника, которому векселедержателем уже предъявлено требование в порядке регресса, то в посредничестве уже не будет никакого интереса. Ведь ни о каком улучшении положения речи быть не может.

Однако стоит сделать небольшое уточнение: указанные выше положения верны только до тех пор, пока векселедержатель по векселю с оговоркой «без протеста» не начал реализовывать принадлежащее ему право на регресс, т.е. пока он не предъявил первые требования регрессным должникам. Если же векселедержатель приступил к реализации своего права на регресс уже на следующий день после дня срока платежа, то допустить добровольный платеж в порядке посредничества уже невозможно.

Таким образом, правило, сформулированное в абз. 3 ст. 59 Положения о векселях, имеет общий характер и применяется также к векселям с оговоркой «без протеста»²⁰.

Теперь рассмотрим ситуации, при которых векселедержатель может реализовать свое право регресса раньше наступления срока платежа.

Как указано в п. 20 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 33, Пленума ВАС РФ № 14 от 04.12.2000 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей» (далее — Постановление № 14/33), «при рассмотрении споров необходимо иметь в виду, что статьи 43, 77 Положения допускают возможность обращения векселедержателя с иском к индоссантам, векселедателя и другим обязанным лицам раньше срока платежа в случаях, прямо предусмотренных подпунктами 1—3 статьи 43 Положения».

К таким случаям следует отнести:

- 1) полный или частичный отказ в акцепте;
- 2) несостоятельность плательщика, независимо от того, акцептовал ли он вексель или нет;

3) прекращение плательщиком платежей, даже если это обстоятельство не было установлено судом;

4) безрезультатное обращение взыскания на имущество плательщика;

5) несостоятельность векселедателя по переводному векселю, не подлежащему акцепту.

В случае полного или частичного отказа в акцепте векселедержатель должен удостоверить такой отказ протестом, и регрессные права он приобретает, как и в случае совершения протеста в неплатеже, с момента совершения протеста в неакцепте. В указанной ситуации добровольный платеж в порядке посредничества должен быть произведен самое позднее на следующий день после последнего дня, предоставленного для совершения протеста в неплатеже (абз. 3 ст. 59 Положения о векселях).

Если в векселе имеется оговорка «без протеста», то векселедержатель приобретает права на регресс с момента неакцепта. С этого же момента может быть совершен и добровольный платеж в порядке посредничества.

Таким образом, здесь применимы выводы, сделанные выше.

Особо интересна возможность добровольного платежа в порядке посредничества при несостоятельности плательщика или векселедателя.

Как указано в абз. 6 ст. 44 Положения о векселях, в случае объявления несостоятельным плательщика — независимо от того, акцептовал ли он вексель или нет, — а также в случае объявления несостоятельным векселедателя по векселю, не подлежащему акцепту, для осуществления векселедержателем принадлежащих ему прав *достаточно предъявления судебного определения об объявлении несостоятельности*.

Таким образом, в указанном случае векселедержателю для осуществления регрессных прав совершение протеста не требуется. В данном случае протест заменяет определение суда.

²⁰ Стоит также отметить, что не может быть посредничества и в отношениях между индоссантами, т.е. в ситуациях, когда один из индоссантов удовлетворил требование векселедержателя, получил вексель и протест, если такой был составлен и, уже в свою очередь, предъявил требования к своим индоссантам. В указанных отношениях не может быть ни назначенного посредничества, ни добровольного.

Однако сто́ит отметить, что глава VIII «О посредничестве» Положения о векселях никак не регулирует вопрос о совершении добровольного платежа в порядке посредничества при объявлении плательщика или векселедателя несостоятельными.

Вместе с тем есть все основания допустить возможность совершения такого платежа, ведь возникающее в такой ситуации право векселедержателя на регресс ничем не отличается от того права, которое возникает в результате совершения протеста; регрессные должники также будут обязаны, как если бы им предъявили составленный акт о протесте; проценты и пени, установленные ст. 48 Положения о векселях, начислялись бы таким же образом, как если бы имело место совершение протеста в неплатеже или неакцепте.

Следует констатировать, что последствия несостоятельности плательщика или векселедателя, удостоверенные судебным определением, аналогичны последствиям неплатежа или неакцепта, удостоверенных нотариусом путем совершения протеста. Следовательно, и добровольный платеж в порядке посредничества в таком случае тоже может иметь место. Только к такому посредничеству следует применять указанные выше соображения, касающиеся удостоверения протестом неакцепта или неплатежа, т.е. добровольный платеж в порядке посредничества может быть совершен *не позднее следующего дня после дня вынесения судом определения об объявлении несостоятельности* в соответствии с нормами Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»²¹. Например, если определение суда вынесено 6 июня, то добровольный платеж в порядке посредничества может быть совершен не позднее 7 июня. Данный вывод основывается на свойстве публичности судебных актов.

Логика указанных рассуждений вполне применима и к случаю прекращения плательщиком платежей, даже если это обстоятельство не было установлено судом, и к случаю безрезультатного обращения взыскания на имущество плательщика.

Абзац 5 п. 20 Постановления № 14/33 указывает, что безрезультатность обращения взыскания на имущество плательщика может подтверждаться определением суда о прекращении исполнительного производства по требованию любого кредитора плательщика либо постановлением судебного пристава-исполнителя на основании Федерального закона от 2 октября 2010 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве».

Таким образом, право векселедержателя на регресс возникает с даты вынесения судом определения о прекращении исполнительного производства либо с момента вынесения судебным приставом-исполнителем постановления о прекращении исполнительного производства. Значит, и добровольный платеж в порядке посредничества должен быть совершен не позднее следующего дня после дня вынесения соответствующего акта.

Абзац 4 п. 20 Постановления № 14/33 указывает, что под прекращением платежей плательщиком следует понимать, в частности, нарушение им каких-либо своих денежных обязательств, иных, чем те, которые вытекают из спорного векселя, как перед векселедержателем, так и перед другими кредиторами. Такое прекращение платежей может подтверждаться, например, наличием исполнительных листов, свидетельствующих о наличии нескольких неудовлетворенных, т.е. неоплаченных, денежных требований²².

Особенность указанного факта заключается в том, что векселедержатель при реализации своего права на регресс должен будет доказать, что платежи со стороны плательщика

²¹ Белов В. А. справедливо отмечает, что судебное определение об объявлении несостоятельности — это такой акт, который может быть постановлен только в ходе производства по делу о несостоятельности; стало быть, до тех пор, пока это производство не будет закончено вынесением указанного определения, вексельный должник — будь он фактически трижды неоплатным — несостоятельным в юридическом смысле, в смысле вексельного права, не считается (см.: Бевзенко Р. С., Белов В. А. Практика применения вексельного законодательства Российской Федерации: опыт обобщения и научно-практического комментария : практ. пособие / под общ. ред. В. А. Белова. М. : Юрайт, 2014).

²² Постановление ФАС Московского округа от 27.12.2001 № КГ-А40/7635-01 // СПС «КонсультантПлюс».

действительно прекратились. Поэтому не всегда можно уверенно установить обстоятельства, когда у векселедержателя возникает право на регресс.

Добровольный платеж в порядке посредничества в связи с возникновением у векселедержателя права на регресс по указанному основанию также является достаточно рискованным по той причине, что если доказательства векселедержателя будут недостаточно убедительны, но платеж в порядке посредничества все же был совершен, то риск платежа ляжет на самого посредника.

В заключение стоит сказать, что определение времени возникновения права векселедержателя на регресс необходимо в первую очередь для того, чтобы посредник мог

определить момент, когда он может вступить в вексельные отношения, уплатив векселедержателю вексельную сумму. Кроме того, риск неправильного определения указанного момента полностью ложится на посредника, и вместо того, чтобы получить права требования уплаты денежной суммы к тому регрессному должнику, за которого он выступил перед векселедержателем, посредник сталкивается с проблемой возврата неосновательно уплаченных денежных средств. К тому же упущение срока совершения платежа в порядке посредничества не приведет к желаемому результату — сокращению «пробега» векселя от векселедержателя к регрессному должнику и далее в отношениях между регрессными должниками.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бевзенко Р. С., Белов В. А. Практика применения вексельного законодательства Российской Федерации: опыт обобщения и научно-практического комментария / под общ. ред. В. А. Белова. — М., 2015. — 653 с.
2. Белов В. А. Курс вексельного права. — М.: ЮрИнфоР, 2006.
3. Белов В. А. Практика вексельного права. — М., 1998.
4. Нерсесов Н. О. Конспективный курс лекций по торговому и вексельному праву. — М., 1896.
5. Ротко С. В. Теоретические и практические проблемы вексельного обращения в Российской Федерации. — М., 2010.
6. Уруков В. Н. Вексель: договорная теория и практика. — М.: Инфра-М, 2011.
7. Федоров А. Ф. Вексельное право. — Одесса, 1906.
8. Цитович П. П. Курс вексельного права. — Киев, 1887. — С. 196.
9. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. — М., 1919.
10. Gavalda C., Stoufflet J. Instruments de paiement et de crédit. — Paris : Litec, 2009.

Материал поступил в редакцию 25 августа 2015 г.

WHEN DO VOLUNTARY PAYMENTS THROUGH MEDIATION UNDER THE PROMISSORY NOTE TAKE PLACE?

CHUB Dmitriy Valerievich, postgraduate at the Department of Banking Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
 dchub1991@gmail.com
 125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya str., 9

Review. *This paper considers a question of occurrence of a voluntary payment by means of mediation under the promissory note, which depends on the time of occurrence of the holder's right for recourse.*

Particular attention is given to the judicial practice of application of the debt securities legislation relating to the holder's right of recourse.

For the first time it is defined that, on the theoretical level, there is some correlation between the occurrence of the holder's right to a recourse and a voluntary payment as a means of mediation by persons not party to the bill circulation, or those already liable on the bill. In addition, the article touches upon the question of the right

of the holder to a recourse and of the conditions for the appearance of such a right in accordance with the provisions of the bill law.

Keywords: *bill, voluntary payment as a means of mediation, the right of the holder to a recourse, recourse claim, notice of dishonor, mediator.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Bevzenko R. S., Belov V. A. Praktika primeneniya veksel'nogo zakonodatel'stva. Rossijskoj Federacii: opyt obobshcheniya i nauchno-prakticheskogo kommentariya / pod obshch. red. V. A. Belova. — M., 2015. — 653 S.*
2. *Belov V. A. Kurs veksel'nogo prava. — M. : YUrInfoR, 2006.*
3. *Belov V. A. Praktika veksel'nogo prava. — M., 1998.*
4. *Nersesov N. O. Konspektivnyj kurs lekcij po trgovomu i veksel'nomu pravu. — M., 1896.*
5. *Rotko S. V. Teoreticheskie i prakticheskie problemy veksel'nogo obrashcheniya v Rossijskoj Federacii. — M, 2010.*
6. *Urukov V. N. Veksel': dogovornaya teoriya i praktika. — M. : Infra-M, 2011.*
7. *Fedorov A. F. Veksel'noe pravo. — Odessa, 1906.*
8. *Citovich P. P. Kurs veksel'nogo prava. — Kiev, 1887. — S. 196.*
9. *Shershenevich G. F. Kurs trgovogo prava. — M., 1919.*
10. *Gavalda C., Stoufflet J. Instruments de paiement et de crédit. — Paris : Litec, 2009.*

Правовая природа норм об оказании платежных услуг

Аннотация. В статье анализируются теоретические и практические проблемы применения норм о платежных услугах в России и Германии.

Ключевые слова: банки, расчеты, ответственность, право Германии.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.086-091

Банковское право России и банковское право Германии имеют общие исторические корни. Теория гражданско-правовой ответственности, которая изучает ответственность банков в расчетных правоотношениях, которая также имеет богатую историю в обоих государствах, включает значительное количество серьезных теоретических исследований.

В течение последних лет законодательство об ответственности банков в расчетных правоотношениях претерпело серьезные изменения как в Российской Федерации, так и в Германии. Однако причины таких изменений различны.

В Российской Федерации сравнительно недавно был принят Федеральный закон от 27 июня 2011 года № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» (далее — Закон об НПС)¹. Этот Закон серьезно реформировал законодательство о расчетах, предусмотрев значительное количество новелл. Он ввел в оборот новый понятийный аппарат законодательства о безналичных расчетах, предусмотрел новые специальные субъекты, допущенные к осуществлению перевода денежных средств, а также правила допуска их к этой деятельности, установил новые формы безналичных расчетов, определил правила надзора в платежных системах и новые принципы саморегулирования платежных систем.

Такие глубокие качественные изменения дали серьезный стимул к исследованию проблем правового регулирования безналичных

расчетов. В настоящее время актуальность этой темы все более возрастает в связи с быстрым развитием новых форм и способов безналичных расчетов, внедрением в банковскую деятельность новейших банковских и информационных технологий.

В Германии законодательство о расчетных правоотношениях подверглось значительным изменениям вследствие имплементации в национальное право Директивы Европейского парламента и Совета от 13 ноября 2007 года № 2007/64/ЕС о платежных услугах на внутреннем рынке, изменении директив 97/7/ЕС, 2002/65/ЕС, 2005/60/ЕС, а также 2006/48/ЕС и об отмене директивы 97/5/ЕС (далее — Директива о платежных услугах)². В Директиве о платежных услугах предусмотрены не только правила о гражданско-правовых отношениях банков и лиц, пользующихся платежными услугами, но и правила о надзоре за платежными услугами. Таким образом, в Директиве о платежных услугах как едином акте Европейского Союза закреплены право надзора и гражданско-правовое регулирование отношений между банками и их клиентами.

В отличие от других стран, в Германии имплементация Директивы о платежных услугах была осуществлена в двух разных законах, чтобы право надзора было урегулировано отдельно от гражданско-правовых отношений. Причиной раздельного регулирования является стремление законодателя избежать появле-

¹ СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3872.

² Опубликована в официальном журнале ЕС L 319/1.

© Лауэ К., 2016

* Каролин Лауэ, судья Федеральной земли Саксония (г. Лейпциг), Германия, аспирантка кафедры банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) carolin.laue@gmail.com

ния комплексных нормативных актов. В силу исторической традиции наиболее важные гражданско-правовые нормы всегда должны находиться в Германском гражданском кодексе³ (Bürgerliches Gesetzbuch — BGB⁴), принятом еще в 1896 году.

Для имплементации Директивы о платежных услугах в германское право раздел 12 части 8 BGB, которая посвящена отдельным видам обязательств, был дополнен подразделом 3 «Платежные услуги», нормы которого вступили в силу 1 ноября 2009 года. В настоящее время нормы о платежных услугах сосредоточены в 26 параграфах — с 675с по 676с BGB⁵.

Право надзора германский законодатель урегулировал в Законе ФРГ «О надзоре за платежными услугами» (Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz — ZAG⁶). Надзорным органом в соответствии с этим законом является Федеральное управление финансового надзора Германии (Bundesanstalt für Finanzaufsicht — BaFin). Кредитные учреждения, привлекающие вклады (банки и немецкие сберегательные кассы), были исключены из сферы действия Закона ФРГ «О надзоре за платежными услугами». Поэтому правовое регулирование операций кредитных организаций осуществляется в соответствии с Законом ФРГ «О кредитной деятельности» (Kreditwesengesetz⁷). Как и прежде, они вправе оказывать платежные услуги на основании лицензии, предоставленной им в соответствии с требованиями Закона ФРГ «О кредитной деятельности». В соответствии с Законом ФРГ «О надзоре за платежными ус-

лугами» кредитным организациям не требуется дополнительная лицензия для оказания платежных услуг клиентам⁸.

В результате рассмотренных выше изменений в германском законодательстве сложилась следующая система источников правового регулирования безналичных расчетов:

- § 675с–676с BGB, введенные в рамках имплементации Директивы о платежных услугах;
- общественные отношения между кредитными организациями и клиентами регулируются общими условиями сделок кредитных организаций и общими условиями сделок сберегательных касс о денежных переводах и прямом дебетовании (AGB-Banken, AGB-Sparkassen);
- межбанковские отношения регулируются в соглашениях кредитных организаций, заключаемых на европейском уровне в рамках участия в платежной системе SEPA (Abkommen der deutschen Kreditwirtschaft zum Lastschriftverkehr). К их числу относятся SEPA Core Direct Debit Rule Scheme Rulebook, заключенные при участии потребителей (bei Verbraucherbeteiligung) и SEPA Business to Business Direct Debit Scheme Rulebook, применяемые только при расчетах только между юридическими лицами или предпринимателями.

Меры по защите международных или трансграничных расчетов от преступного посяательства предусмотрены Законом ФРГ «Об отмывании денежных средств»⁹ и Законом ФРГ «О внеэкономической деятельности»¹⁰.

³ См. также: *Rüh. Weitreichende Änderungen im Verbraucherdarlehensrecht und Recht der Zahlungsdienste // DStR (Deutsches Steuerrecht). 2009. S. 2256.*

⁴ Bürgerliches Gesetzbuch от 18.08.1896 в редакции от 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), с изменениями ст. 1 Закона от 20.11.2015 (BGBl. I S. 2018).

⁵ *Derleder P. Die vollharmonisierende Europäisierung des Rechts der Zahlungsdienste und des Verbraucherkredits // NJW (Neue Juristische Wochenschrift). 2009. S. 3195.*

⁶ Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten от 25.06.2009 (BGBl. I S. 1506) с изменениями ст. 23 Закона от 20.11.2015 (BGBl. I 2029).

⁷ Gesetz über das Kreditwesen от 10.07.1961 (BGBl. I S. 1506) в редакции 09.09.1998 (BGBl. I S. 2776) с изменениями ст. 16 Закона от 20.11.2015 (BGBl. I 2029).

⁸ *Schürmann E. Das neue Recht der Zahlungsdiensteverträge — ein Überblick // Die zivilrechtliche Umsetzung der Zahlungsdienstrichtlinie. Finanzmarktkrise und Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie. Bankrechtstag 2009. Berlin : de Gruyter, 2010. S. 17.*

⁹ Geldwäschegesetz от 13.8.2008 (BGBl. I S. 1690), с изменениями ст. 346 Положения от 31.8.2015 August 2015 (BGBl. I S. 1474).

¹⁰ Außenwirtschaftsgesetz от 6.6.2013 (BGBl. I S. 1482), с изменениями ст. 6 Закона от 3.12.2015 (BGBl. I S. 2178).

В отличие от Центрального Банка Российской Федерации, Немецкий центральный банк (Deutsche Bundesbank) не издает нормативных актов в области правового регулирования расчетов, аналогичных, например, положению ЦБ РФ от 19.06.2012 № 383-П «О правилах осуществления перевода денежных средств»¹¹ (далее — Положение № 383-П). Данную функцию в Германии выполняют Общие условия сделок, принятые кредитными организациями, сберегательными кассами, кредитными кооперативами (кооперативными банками) или их союзами или ассоциациями (AGB-Banken, AGB-Sparkassen и т.д.).

Особенность германского банковского права заключается в особой регулирующей роли четко сформированной договорной практики банков (Kautelarjurisprudenz). Поэтому наиболее важные правила расчетных операций содержатся в стандартных условиях, разработанных банком. Они становятся приложением к договору об оказании платежных услуг. В результате указанные общие условия осуществления расчетных операций становятся частью договора с клиентом. В индивидуальном порядке остается согласовать только какие-либо особенности проведения платежных операций.

Общие условия осуществления расчетных операций разрабатываются банками в соответствии с указаниями ассоциаций банков, кооперативных банков и сберегательных касс (AGB-Banken, AGB-Sparkassen и т.д.).

Таким образом, решение конкретного вопроса на практике зависит от согласованных между плательщиком и банком условий договора о платежных услугах. В законодательстве содержатся только общие правила и принципы, а детали устанавливаются банками в стандартных условиях к договору о платежных услугах.

Следовательно, германское правоприменение в области расчетов гораздо больше зависит от договорной практики, чем от предписа-

ний закона. Указанные особенности правового регулирования безналичных расчетов неоднократно оценивались судами. В результате применение банковской договорной практики было признано обоснованным и получило название — «каутеларистика»¹². Данный термин имеет латинское происхождение — от слова *cautela*, что означает «осторожность, предупредительность, осмотрительность».

Таким образом, правовое регулирование расчетов в Германии осуществляется на базе двух взаимно дополняющих друг друга комплексов норм — норм закона и норм частного правотворчества (*ius non scriptum*)¹³.

В процессе разработки общих условий осуществления расчетных операций банки обязаны соблюдать общие принципы гражданского права и общие нормы о расчетах, предусмотренные в § 675с—676с BGB.

В соответствии с Директивой о платежных услугах, главной целью которой является защита прав потребителей банковских услуг, банкам запрещается включать в свои общие условия положения, ухудшающие положение потребителей по сравнению с правилами, предусмотренными национальным законодательством, в данном случае — нормами подраздела BGB, в котором урегулирован порядок предоставления платежных услуг. Данный принцип был закреплен также в § 675е абз. 1 BGB¹⁴.

Кроме того, в силу указанного принципа стороны договора о предоставлении платежных услуг, которые не являются потребителями, также могут включать в свой договор условия, которые предназначены для защиты прав потребителя (§ 675е абз. 4 BGB).

Российское право также устанавливает различные правовые режимы для сделок с участием предпринимателей и для сделок с участием потребителей. Закон РФ от 7 февраля 1992 года № 2300-1 «О защите прав потребителей» не содержал никаких особенностей правового ре-

¹¹ СПС «КонсультантПлюс».

¹² So schon Langenbacher. Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, Habilitationsschrift. München 2001. S. 444.

¹³ Formulierung genommen aus Klappentext von Arndt, Das Interbankenverhältnis im Überweisungsrecht — Vom Weiterleitungsmodell zum SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook, Dissertation 2012.

¹⁴ § 675е BGB. Отступающие (иные) соглашения.

(1) Если иное не установлено законом, отступление от предписаний настоящего подраздела в ущерб пользователя платежных услуг не допускается. <...>

гулирования отношений с участием потребителей банковских услуг. Поэтому сначала законодатель пошел по пути точечного регулирования отдельных проблем, возникающих в банковской практике и связанных с применением законодательства о защите прав потребителей. Однако, к большому сожалению, специальные нормы, регулирующие банковские правоотношения с участием потребителей, российское право содержит только в сфере потребительского кредитования¹⁵. В российском праве нет специальных норм, защищающих права потребителей банковских услуг в сфере безналичных расчетов, т.е. в сфере оказания платежных услуг. В этом случае должен применяться общий Закон РФ «О защите прав потребителей».

Для того чтобы определить, какое место занимают нормы законодательства о платежных услугах в праве, необходимо определить причины, по которым германский законодатель перенес нормы Директивы о платежных ус-

лугах в два различных акта. Как было указано выше, нормы Директивы были имплементированы в два акта:

- в Закон ФРГ «О надзоре за платежными услугами» (акт публичного права);
- в § 675с—676с BGB (акт частного права).

Причину такого дуализма принято искать в римском праве¹⁶, прежде всего — в работах Ульпиниана¹⁷.

Еще в римском праве появилось первое разграничение правовых норм на две большие группы — частное (*ius privatum*) и публичное (*ius publicum*) право. Германское и российское право восходят к римскому праву, поэтому исследователей обеих стран всегда интересовал вопрос, каковы критерии для разделения права на частное и публичное.

Вопрос о разграничении публичного и частного права является в немецкой доктрине спорным¹⁸. Доминирует так называемая «модифицированная теория субъекта» (*modifizierte*

¹⁵ Федеральный закон от 8 апреля 2008 года № 46-ФЗ «О внесении изменений в статью 30 Федерального закона “О банках и банковской деятельности”» обязал банки предоставить заемщику-потребителю информацию о полной стоимости кредита, а также перечень и размеры платежей заемщика — физического лица, связанных с несоблюдением им условий кредитного договора.

Федеральный закон от 15 февраля 2010 года № 11-ФЗ «О внесении изменений в статью 29 Федерального закона “О банках и банковской деятельности”» запретил банкам в одностороннем порядке сокращать срок действия кредитного договора, увеличивать размер процентов и (или) изменять порядок их определения, увеличивать или устанавливать комиссионное вознаграждение по операциям, за исключением случаев, установленных федеральным законом.

Федеральный закон от 19 октября 2011 года № 284-ФЗ «О внесении изменений в статьи 809 и 810 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» предоставил заемщику-потребителю право возвращать сумму займа и сумму кредита досрочно полностью или по частям при условии уведомления об этом займодавца не менее чем за 30 дней до дня такого возврата.

Имеется несколько обобщений судебной практики по спорам с участием кредитных организаций и потребителей — Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 сентября 2011 года № 146 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров» и Обзор судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств, утвержденный Верховным Судом РФ 22 мая 2013 года.

Итогом такого интенсивного развития законодательства и пристального внимания судебной практики стало принятие Федерального закона от 21 декабря 2013 года № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)».

¹⁶ Бергер А., Веш Н. Административный процесс в Германии // Сборник статей о праве Германии = *Sammelband in russischer Sprache zum aktuellen deutschen Recht* / Германно-российская ассоциация юристов = *Deutsch-Russische Juristenvereinigung*. 2015. Вып. № 1 (август). С. 38.

¹⁷ Сулейменов М. К. Избранные труды. М., 2006 С. 30 ; Bydlynsky. Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht // *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*. 1994. S. 319 (322).

¹⁸ Kopp/Schenke. Kommentar zur VwGO, § 40, Rn. 11.

Subjekttheorie). В соответствии с данной теорией к нормам публичного права относятся такие правила, которые наделяют правом осуществлять публичную власть хотя бы одну сторону правоотношения. Соответственно, субъекты частного права такой властью не обладают.

Вопрос о соотношении норм частного и публичного права в банковском праве России является спорным.

Российское банковское право начало формироваться лишь в начале 90-х годов XX века, что связано с переходом к рыночной экономике, и в течение этих 25 лет подверглось значительным изменениям. В области регулирования расчетов банковское право также оказалось неоднородной отраслью права — с элементами гражданского или частного права и публичного права.

В российской доктрине длительное время существует спор относительно природы и места банковского права в системе отраслей российского права.

По мнению одних авторов, банковское право — отрасль законодательства, которая объединяет разнообразные нормативные акты, регулирующие банковскую деятельность нормами гражданского, финансового, административного и уголовного права¹⁹, и является комплексным формированием в системе российского права²⁰.

Другие авторы придерживаются противоположной точки зрения, согласно которой банковское право является самостоятельной отраслью права²¹, с оговоркой о том, что она находится на стадии формирования, ее окончательное становление пока не завершено²².

Третья группа авторов полагает, что банковское право — подотрасль предпринимательского²³ или финансового права²⁴.

Некоторые ученые отмечают, что любые банковские правоотношения, в том числе ведение банковских счетов и осуществление расчетов, всегда содержат публично-правовые элементы, поскольку банковская деятельность является объектом государственного регулирования, в первую очередь обеспечивающего публичные интересы, а частные — во вторую очередь²⁵.

В российской доктрине имеется также оригинальная точка зрения о том, что комплекс норм об оказании платежных услуг составляет особое платежное право, которое является подотраслью банковского права.

Предметом платежного права являются следующие группы общественных отношений:

1. Отношения, складывающиеся в процессе организации, управления и функционирования платежных систем, в том числе отношения:
 - по предоставлению доступа к платежной системе и приобретению статуса ее участника;
 - по обеспечению непрерывности и безопасности переводов денежных средств (гарантийный фонд, кредитование для завершения расчетов и т.п.);
 - по осуществлению надзора за платежными системами и т.п.
2. Отношения, складывающиеся в процессе перевода денежных средств в рамках форм безналичных расчетов, включая межбанковские расчеты.

¹⁹ Ефимова Л. Г. Банковское право. М., 1994. С. 4.

²⁰ Тарасенко О. А., Хоменко Е. Г. Банковское право : учебник. М. : Проспект, 2012. С. 13 (автор § 1 главы 1 — Е. Г. Хоменко).

²¹ Олейник О. М. Основы банковского права : курс лекций. М., 1997. С. 33 ; Братко А. Г. Центральный банк в банковской системе России. М., 2001. С. 167 ; Он же. Банковское право России : учеб. пособие. М., 2003. С. 27 ; Тосунян Г. А., Викулин А. Ю., Экмалян А. М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть : учебник / под общ. ред. Б. Н. Топорнина. М. : Юристъ, 2002. С. 17—22 ; Алексеева Д. Г., Пыхтин С. В. Банковское право : учебное пособие. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Норма: Инфра-М., 2010. С. 17.

²² Ефимова Л. Г. Указ. соч. Т. 1. Банковская система Российской Федерации.

²³ Курбатов А. Я. Банковское право России : учебник. М. : Юрайт, 2009. С. 24.

²⁴ Гуревич И. Очерки советского банковского права. Л., 1959. С. 19 ; Горбунова О. Н. Выделять банковское право в отдельную отрасль права пока рано // Юридический мир. 1998. № 8 ; Прошунин М. М. Банковское право : учебник / под ред. С. В. Запольского. С. 2010. С. 14—15.

²⁵ Олейник О. М. Указ. соч. С. 28 ; Прошунин М. М. Указ. соч. С. 14—15.

3. Отношения с участием организаций платежной инфраструктуры, т.е. организаций, создающих условия для эффективного осуществления переводов денежных средств.

По мнению автора рассматриваемой теории, структуру платежного права составляют следующие институты:

- право организации платежных систем;
- межбанковское платежное право;
- клиентское платежное право²⁶.

Приведенный выше обзор взглядов российских исследователей на место банковского права в системе отраслей российского права вряд ли будет сразу понятен германскому юристу с точки зрения обоснованности самой постановки этого вопроса.

В силу исторических традиций германское банковское право всегда подразделялось на «банковское договорное право» (*Bankvertragsrecht*) и «публичное банковское право» (*öffentliches Bankrecht*).

Банковское договорное право включает нормы, регулирующие отношения между банком и его клиентом. Нормы о банковском надзоре, лицензировании кредитных организаций, валютном регулировании и т.д. традиционно включаются в отдельное публичное банковское право.

Разграничение права на частное и публичное — как в германском, так и в российском праве — важнейшее достижение доктрины.

Известно, что любая предпринимательская деятельность подчиняется государственному регулированию, и банковская деятельность не является исключением. Наличие в банковском праве ряда императивных норм, например в области банковского надзора, не дает основания для вывода о том, что все остальные нормы,

например об оказании платежных услуг, либо являются публично-правовыми, либо содержат какой-то публично-правовой элемент²⁷.

Нормы об оказании платежных услуг содержатся в главе 46 Гражданского кодекса РФ. В Германии эти нормы расположены также в Гражданском кодексе. Следовательно, нормы об оказании платежных услуг являются нормами гражданского права, хотя некоторые из них носят императивный характер. Они устанавливают правила, которые стороны договора не могут изменить (см. § 675e абз. 1 BGB).

Таким образом, вполне обоснованно положение германской доктрины о том, что расчетные правоотношения между банком и клиентом имеют главным образом договорный характер. По нашему мнению, совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения в области безналичных расчетов, не являются какой-либо отдельной отраслью или подотраслью права. Указанные нормы являются нормами частного (гражданского) права.

Поскольку в охранительных правоотношениях, связанных с применением мер ответственности за нарушение правил осуществления безналичных расчетов, банк не является носителем публичной власти, обоснован вывод, что указанные правоотношения также являются гражданско-правовыми. Представляется, что такой же вывод может быть сделан и с точки зрения российского права: нормы об ответственности банков в расчетных правоотношениях являются нормами гражданского права.

Таким образом, ответственность банков в расчетных правоотношениях регулируется общими нормами гражданского права об ответственности, если законодательство о банках не содержит каких-либо специальных правил.

Материал поступил в редакцию 15 сентября 2015 г.

THE LEGAL NATURE OF THE RULES ON PROVIDING PAYMENT SERVICES

Carolin LAUE — Judge of the Federal Land of Saxony (Leipzig), Germany. Postgraduate student of the Department of Banking Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Review. *The article analyzes theoretical problems and practical problems of application of the rules concerning provision of payment services in Russia and Germany.*

Keywords: *banks, payments, accountability, German Law.*

²⁶ Сизимова О. Б. Концепция платежного права и ее роль в построении модели российского банковского права // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 12. С. 77—78.

²⁷ Банковское право / отв. ред. Л. Г. Ефимова, Д. Ф. Алексеева : учебник для бакалавров. М., 2014. С. 10.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В ИНФОРМАЦИОННОЙ СФЕРЕ

И. М. Рассолов*

Информационное право и информационное законодательство в условиях инновационного развития

Аннотация. В статье рассматриваются основные тенденции становления и развития информационного права как комплексной отрасли российского права, юридической науки, а также учебной дисциплины. Выделены десять общественных отношений, которые входят в предметную область этой отрасли. Уделено внимание процессам становления новой субкультуры общества — информационной культуры — и формированию нового типа правосознания. Рассмотрены приоритеты преподавания данной учебной дисциплины в высших учебных заведениях России.

Ключевые слова: информация, информационная культура, информационное право, Интернет, общество, информационные посредники, блогер, блогосфера, страница сайта, информационная сфера, правосознание, провайдер.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.092-096

За последние 200 лет человечество сформировало техносферу, которая представляет собой основу современной цивилизации. До изобретения паровой машины основными движущими силами была мускульная сила, сила ветра и воды. Мы не нарушали баланс в природе. После третьей информационной революции, связанной с изобретением электричества, мы построили информационную сферу (часть ноосферы), которая может вступать в противоречие с биосферой. Это может приводить к конфликтам в социуме и ставить перед современной правовой системой, а также научной доктриной многочисленные правовые проблемы (например, проблему идентификации лиц, борьбы с кибернетической преступностью, внедрения новых «живых» технологий, оборота генетической информации, борьбы с глобальным потеплением и др.).

Все большее значение приобретает информационное право. Сегодня существуют все предпосылки для того, чтобы признать его в качестве комплексной отрасли права и научного направления исследований. Кроме того, информационное право выступает в качестве учебной дисциплины, связанной с преподаванием нового знания, основанного на последних достижениях науки и техники.

Можно выделить следующие тенденции становления и развития информационного права как отрасли права и формирующейся юридической науки.

Во-первых, происходит расширение понятийного аппарата этой отрасли, причем как в Российской Федерации, так и в других странах. Наблюдается процесс обогащения и последовательного закрепления в нормативных правовых актах новых понятий. Это касается

© Рассолов И. М., 2016

* Рассолов Илья Михайлович, доктор юридических наук, профессор кафедры правовой информатики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

ilyarassolov@mail.ru

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

таких категорий, как поисковая система, оператор поисковой системы, блогер, доменное имя, инсайдер, инсайдерская информация, организатор распространения информации в сети Интернет, сетевой адрес, сетевое издание, провайдер хостинга, единая система идентификации и аутентификации, электронный документ, электронные денежные средства, информационная продукция, оборот информационной продукции, классификация информационной продукции, информационная услуга, информационная безопасность детей, информация порнографического характера. Однако многие понятия еще пока не находят своего закрепления в современном российском законодательстве (например, это касается таких категорий, как электронная торговля, электронная экономическая деятельность, спам, киберпреступность, киберпреступление, сетевой договор и т.д.).

Во-вторых, это реализация второго этапа государственной программы Российской Федерации «Информационное общество (2011—2020 годы)», а также последовательное введение в гражданский оборот универсальной электронной карты (УЭК). Это касается и финансирования многих пилотных проектов по вопросу развития концепции информационного общества, которые должны эффективным образом заработать к 2020—2025 году. На сегодняшний день можно отметить положительную работу официального сайта Российской Федерации в сети Интернет для размещения информации о проведении торгов в системе государственных закупок (www.torgi.gov.ru). Важной задачей, сформулированной во многих программных документах по информационному обществу, является повышение качества предоставляемых услуг, а также рейтинга конкурентоспособности нашей страны в мировом информационном пространстве.

В-третьих, это последовательная реализация на практике новых законов, которые можно причислить к информационному законодательству.

Они имеют особое значение для последующего развития информационной сферы общества и ее подсистем. В первую очередь это касается Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 97-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об информации, информационных технологиях и о защите информации” и отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам упорядочения обмена информацией с использованием информационно-телекоммуникационных сетей»¹, Федерального закона от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях»², Федерального закона от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию», который вступил в силу с 1 сентября 2012 г., Федерального закона от 27 июня 2011 г. № 161-ФЗ «О национальной платежной системе»³, Федерального закона от 6 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи»⁴ и др.

В 2014 году на июньском форуме «Интернет-предпринимательство в России» В. В. Путин встречался с главами «Яндекса», Mail.Ru Group и других компаний и заявил, что представителям интернет-отрасли «надо вылезать из-под коряги». После данной встречи можно также отметить появление нового субъекта в области медиации интернет-споров (технологии альтернативного урегулирования конфликтов) — интернет-омбудсмена⁵. Основная его задача сформулирована так: сделать интернет-индустрию значимой отраслью для экономики.

В-четвертых, появляются новые субъекты информационного права, а именно разнообразные посредники, которых можно разделить на два вида: традиционных информационных посредников (например, операторов поисковой системы, блогеров, инсайдеров, регистраторов доменных имен) и торговых информационных

¹ СЗ РФ. 2014. № 19. Ст. 2302.

² СЗ РФ. 2013. № 27. Ст. 3479.

³ СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3872.

⁴ СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2036.

⁵ Официальное название должности — уполномоченный по вопросам, связанным с ликвидацией нарушений прав предпринимателей при осуществлении регулирования, контроля функционирования и развития Интернета.

посредников. К последним можно отнести крупные сетевые площадки, организаторов торговли. Здесь также можно выделить оператора платежной системы, то есть организацию, определяющую правила платежной системы, а также выполняющую иные обязанности, предусмотренные Федеральным законом «О национальной платежной системе». Это также касается оператора услуг платежной инфраструктуры, который представляет собой операционный центр, платежный клиринговый центр или расчетный центр и осуществляет также информационные посреднические функции на профессиональной основе (ст. 3 Федерального закон от 27 июня 2011 года №161-ФЗ «О национальной платежной системе»)⁶.

В-пятых, наблюдается процесс закрепления в нормативных правовых актах новых блоков общественных отношений, в частности информационных отношений, возникающих, изменяющихся и прекращающихся в блогосфере; отношений в сфере обработки персональных данных; отношений в сфере использования электронных документов; отношений по ведению электронной торговли и др. И в этом плане интересным будет законодательный опыт, в частности, Республики Беларусь, Украины, Казахстана, где имеет место расширение правового регулирования сферы электронной торговли и электронного документооборота, а также повышенное внимание к информационной безопасности⁷. Поэтому в среднесрочной перспективе можно было бы ставить вопрос о выделении отдельных подотраслей информационного законодательства из общего информационного законодательного массива.

В-шестых, это последовательное развитие законодательства о системах блокировки вредной информации, размещаемой на страницах сайтов в Интернете.

Важным этапом регламентации процедурных норм информационного права в данной социальной сфере является принятие Федерального закона от 13 июля 2015 года № 264-ФЗ

«О внесении изменений в Федеральный закон “Об информации, информационных технологиях и о защите информации” и статьи 29 и 402 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации»⁸ (так называемый Закон о праве на забвение в Интернете). Закон вступил в силу с 1 января 2016 года. Насколько он будет эффективным, покажет время. Закон в некоторой степени учитывает аналогичный европейский опыт по блокировке и удалению недостоверной информации в Интернете.

Он предусматривает, что поисковые сети по требованию гражданина обязаны удалить информацию:

- являющуюся недостоверной;
- являющуюся неактуальной;
- утратившую значение для заявителя в силу последующих событий (действий) заявителя.

Исключение составляет информация о событиях, содержащих признаки уголовно наказуемых деяний, сроки привлечения к уголовной ответственности по которым не истекли, а также информация о совершении гражданином преступления, по которому не снята или не погашена судимость.

Удалять информацию обязали и иностранных операторов поисковых систем, распространяющих рекламу, адресованную россиянам.

Поисковые ресурсы имеют право требовать документ, удостоверяющий личность обратившегося гражданина.

Требование заявителя должно содержать:

- 1) фамилию, имя, отчество, паспортные данные, контактную информацию (номера телефона и (или) факса, адрес электронной почты, почтовый адрес);
- 2) информацию о заявителе, выдача ссылок на которую подлежит прекращению;
- 3) указатель страницы сайта в сети Интернет, на которой размещена эта информация;
- 4) основание для прекращения выдачи ссылок поисковой системой;
- 5) согласие заявителя на обработку его персональных данных.

⁶ См.: *Тедеев А. А.* Развитие информационных технологий, информационной экономики и правовое регулирование дистанционного труда в Российской Федерации (некоторые проблемы) // Российская юстиция. 2014. № 6. С. 25—29.

⁷ *Федотов М. А.* К вопросу о концептуальных основах информационного права как права киберпространства // Вопросы праведения. 2011. № 3. С. 71—98.

⁸ СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4390.

В течение 10 дней оператор поисковой системы рассматривает запрос и в случае его отклонения должен предоставить мотивированный отказ. При этом поисковики не имеют права раскрывать информацию о факте обращения пользователя. Оператор поисковой системы направляет заявителю уведомление об удовлетворении требования заявителя или мотивированный отказ в его удовлетворении в той же форме, в которой сам получил указанное требование. Если заявитель считает отказ необоснованным, он может подать иск в суд.

В-седьмых, современный этап характеризуется постепенным разворотом государственной политики от развития четвертого сектора экономики к реиндустриализации. Представляется, что в ближайшие пять лет приоритетным будет именно второй сектор экономики, а именно промышленность. Так, 27 февраля 2015 года прошли парламентские слушания на тему «Реиндустриализация экономики регионов России как базовое условие реализации политики импортозамещения». Это касается и оборота информационной продукции⁹. В этой связи следует переосмыслить роль и значение информационного права в период замедления экономики и геополитических шоков. Можно прогнозировать повышенное внимание законодателя к таким институтам информационного права, как институт информационной безопасности, институт интернет-права, институт правового регулирования электронного документооборота, институт рассмотрения информационных споров и др.¹⁰

В-восьмых, последовательное закрепление в учебных планах дисциплина «Информационное право», а также вводятся в обучение смежные с этой дисциплиной спецкурсы. Например, в специальности 080500 «Бизнес-информатика» (бакалавриат) курс «Информационное право» относится к базовой части гуманитарного, социального и

экономического цикла, то есть является основной дисциплиной. Это касается также специальностей 080200 «Менеджмент по профилю антикризисное управление», 100700 «Торговое дело» (профиль «Реклама в торговой деятельности»), где дисциплина «Правовое обеспечение информационной деятельности» относится к вариативной части математического и естественно-научного цикла.

В настоящее время можно отметить повышенное внимание со стороны экономических и юридических вузов страны к дисциплинам: «Правовое обеспечение информационной безопасности», «Интернет-право», «Правовое регулирование отношений в сфере электронного документооборота», «Правовые проблемы электронной торговли», «Интернет-право и интеллектуальная собственность» и др. Что касается дисциплины «Информационное право» для юристов, то в основном этот курс относится к вариативной части учебной программы или читается как дисциплина по выбору студентов.

Все эти процессы постепенно ведут к становлению новой субкультуры общества — информационной культуре — и формированию нового типа информационного правосознания. В наших работах информационная культура рассматривается:

- а) через деятельность нового типа, связанную с умением работать с информацией и технологиями (деятельность программиста, регистратора домена, пиар-менеджера, лиафона);
- б) через продукты такой деятельности (например, сайты, социальные сети и т.д.).

Информационная культура индивида определяет сегодня его качество жизни, выражает определенный уровень развития информационного общества. Она связана с определенными навыками по использованию технических средств, с развитием сектора наукоемких технологий, а также с умением извлекать различную информацию из разных источников.

⁹ Информационная продукция представляет собой предназначенные для оборота на территории Российской Федерации продукцию СМИ, печатную и аудиовизуальную продукцию, программы для ЭВМ и базы данных, информацию, распространяемую посредством зрелищных мероприятий, информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети «Интернет», и сетей подвижной радиотелефонной связи. Такое определение этому понятию дает статья 2 Федерального закона от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию».

¹⁰ Рассолов И. М. Правовые проблемы электронной торговли: цивилистическое исследование. М. : Юнити-Дана, 2010. — 157 с.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Рассолов И. М.* Правовые проблемы электронной торговли: цивилистическое исследование. — М. : Юнити-Дана, 2010. — 157 с.
2. *Тедеев А. А.* Развитие информационных технологий, информационной экономики и правовое регулирование дистанционного труда в Российской Федерации (некоторые проблемы). //Российская юстиция. — 2014. — № 6. — С. 25—29.
3. *Федотов М. А.* К вопросу о концептуальных основах информационного права как права киберпространства // Вопросы правообразования. — 2011. — № 3. — С. 71—98.

Материал поступил в редакцию 25 января 2015 г.

INFORMATION TECHNOLOGY LAW AND INFORMATION TECHNOLOGY LEGISLATION UNDER THE CONDITIONS OF INNOVATIVE DEVELOPMENT

RASSOLOV Ilya Mikhailovich —Doctor of Law, Professor of the Department of Legal Informatics of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ilyarassolov@mail.ru
123995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Review. *The article considers the main tendencies for the establishment and development of IT law as the complex branch of Russian law, legal science and academic discipline.*

The author distinguishes ten social relations that are included into the subject area of this branch. Attention is paid to the procedures of formation of a new subculture of the society, i.e. the information culture, and the formation of a new type of legal consciousness. The author considers priorities in teaching this academic discipline in higher educational institutions of our country.

Keywords: *information, information culture, IT Law, Internet, society, information brokers, blogger, blogosphere, site, information sphere, legal consciousness, provider*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Rassolov I. M.* Pravovye problemy jelektronnoj trgovli: civilisticheskoe issledovanie. — M. : Juniti-Dana, 2010. — 157 s.
2. *Tedeev A. A.* Razvitie informacionnyh tehnologij, informacionnoj jekonomiki i pravovoe regulirovanie distancionnogo truda v Rossijskoj Federacii (nekotorye problemy). //Rossijskaja justicija. — 2014. — № 6. — S. 25—29.
3. *Fedotov M. A.* K voprosu o konceptual'nyh osnovah informacionnogo prava kak prava kiberprostranstva // Voprosy pravovedenija. — 2011. — № 3. — S. 71—98.

О правовом определении понятия «информационная безопасность личности»

Аннотация. На эффективное развитие современной России влияют такие общемировые процессы, как интеграция и унификация информационных отношений. Построение информационного общества должно сопровождаться совершенствованием системы государственных гарантий конституционных прав человека и гражданина в информационной сфере.

Одной из мер обеспечения осуществления указанных прав является поддержание необходимого уровня информационной безопасности. Неопределенность содержания норм права, регулирующих отношения в информационной сфере, является значительным юридическим препятствием в обеспечении информационной безопасности личности. Так, в настоящее время в законодательстве отсутствует понятие «безопасность». Попытка законодателя дать определение понятия «информация» признается вновь неудачной. Доктрина информационной безопасности предполагает разделение национальных интересов в информационной сфере на такие элементы, как интересы личности, общества и государства.

Анализ предлагаемых правоведами определений понятия «информационная безопасность личности» выявил отсутствие единого подхода. Установлено, что ближайшим по значению к «информационной безопасности личности» определением, закрепленным в законодательстве, следует считать понятие «информационная безопасность детей».

В статье сформулировано собственное правовое определение понятия «информационная безопасность личности», которое может быть включено в действующее законодательство и может стать основой для дальнейшей теоретической разработки таких ее элементов, как информационно-техническая безопасность, информационно-идеологическая безопасность, информационно-психологическая безопасность, информационно-правовая безопасность.

Ключевые слова: безопасность, информация, информационная безопасность, информационная безопасность личности, информационная безопасность человека, информационные права.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.097-104

Современное эффективное развитие России невозможно без интеграции в глобальное информационное общество. Информационное общество — это «специфическая форма социальной организации, в которой новые технологии генерирования,

обработки и передачи информации стали фундаментальными источниками производительности и власти»¹.

Наблюдаемые процессы интеграции и унификации оказывают заметное влияние на информационные отношения. Под воздействием

¹ Кастельс М. Информационная эпоха: экономика, общество и культура. М. : ГУ ВШЭ, 2000. С. 29.

© Баринов С. В., 2016

* Баринов Сергей Владимирович, кандидат юридических наук, доцент филиала Военного учебного научно-го центра военно-воздушных сил «Военно-воздушная академия имени проф. Н. Е. Жуковского и Ю. А. Гагарина» (г. Сызрань, Самарская обл.)
metel2000@rambler.ru

глобализации информационные потоки выйдут за рамки национальных и интегрируются в мировое информационное пространство, чему в значительной степени способствует совершенствование в ходе информационной революции коммуникационных систем и способов использования космического пространства для передачи информации².

Хартия глобального информационного общества (Окинава, 22 июля 2000 г.) прямо утверждает, что «информационно-коммуникационные технологии (ИТ) являются одним из наиболее важных факторов, влияющих на формирование общества XXI века. Их революционное воздействие касается образа жизни людей, их образования и работы, а также взаимодействия правительства и гражданского общества».

Целью формирования и развития информационного общества в Российской Федерации является повышение качества жизни граждан, обеспечение конкурентоспособности России, развитие экономической, социально-политической, культурной и духовной сфер жизни общества, совершенствование системы государственного управления на основе использования информационных и телекоммуникационных технологий.

К числу основных задач, требующих решения для достижения поставленной цели, Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации (утв. Президентом РФ 7 февраля 2008 г. № Пр-212), в частности, относит совершенствование системы государственных гарантий конституционных прав человека и гражданина в информационной сфере.

Информационная сфера, в соответствии с Доктриной информационной безопасности Российской Федерации (утв. Президентом РФ 09.09.2000 № Пр-1895) (далее — Доктрина информационной безопасности), представляет собой совокупность информации, информационной инфраструктуры, субъектов, осуществляющих сбор, формирование, распространение и использование информации, а также системы регулирования возникающих при этом общественных отношений.

Статья 2 Конституции РФ устанавливает, что признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства. Гарантии прав и свобод человека и гражданина включают условия, средства, меры, направленные на обеспечение осуществления, охрану и защиту этих прав и свобод.

К конституционным правам человека и гражданина в информационной сфере традиционно относят:

- право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом (ч. 4 ст. 29);
- запрет на сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия (ч. 1 ст. 24);
- предоставление каждому возможности ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, которую должны обеспечить органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица, если иное не предусмотрено законом (ч. 2 ст. 24);
- право на достоверную информацию о состоянии окружающей среды (ст. 42).

Следует также учитывать положения ч. 1 ст. 55 Конституции РФ о том, что перечисление в Конституции РФ основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина. Кроме того, в ч. 4 ст. 15 Конституции РФ говорится о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. К таким международно-правовым нормам можно отнести прежде всего Всеобщую декларацию прав человека (утв. Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г.), в которой впервые были отражены информационные права и свободы, и Конвенцию Совета Европы о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.), которая развивает положения, закрепляющие информационные права и свободы.

² См.: Чернов А. А. Становление глобального информационного общества: проблемы и перспективы. М., 2003. С. 14—15.

Одной из мер обеспечения осуществления прав и свобод человека и гражданина в информационной сфере является поддержание необходимого уровня информационной безопасности и непосредственно такой ее составляющей, как информационная безопасность личности.

В то же время существуют значительные юридические препятствия в обеспечении информационной безопасности личности, к которым следует, на наш взгляд, отнести неопределенность (неясность) содержания норм права, регулирующих отношения в информационной сфере. Наличие препятствий-пробелов в законодательстве выражается, например, в отсутствии законодательно закрепленного определения ряда важнейших правовых категорий.

Так, в настоящее время в законодательстве отсутствует понятие «безопасность». Закон РФ от 5 марта 1992 года № 2446-1 «О безопасности» определял безопасность как состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз. Этот Закон утратил силу в связи с принятием Федерального закона от 28 декабря 2010 г. № 390-ФЗ «О безопасности», который определяет основные принципы и содержание деятельности по обеспечению безопасности государства, общественной безопасности, экологической безопасности, безопасности личности, иных видов безопасности, предусмотренных законодательством Российской Федерации, полномочия и функции федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления в области безопасности, а также статус Совета Безопасности Российской Федерации и при этом самого понятия «безопасность» не содержит.

В Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года (утв. Указом Президента РФ от 12.05.2009 № 537) (далее — Стратегия национальной безопасности) понятие «национальная безопасность» определяется как состояние защищенности личности, общества и государства от внутренних

и внешних угроз, которое позволяет обеспечить конституционные права, свободы, достойные качество и уровень жизни граждан, суверенитет, территориальную целостность и устойчивое развитие Российской Федерации, оборону и безопасность государства. Однако закрепление этого определения в Стратегии национальной безопасности нельзя считать полноценной заменой понятия «безопасность» в федеральном законе. Юридический статус такого документа ниже, чем закон. Данное обстоятельство отрицательно влияет на правоприменение.

Немногом лучше выглядит ситуация с определением понятия «информация».

Происхождение слова «информация» относится к латинскому *informatio*, в переводе обозначающего «сведение, разъяснение, ознакомление». Значительное влияние на процесс наполнения термина «информация» дополнительным содержанием, которое отражало прежде всего ее коммуникативные свойства, оказали широкое внедрение в жизнь информационных технологий и развитие науки кибернетики.

В словаре С. И. Ожегова «информация» определяется как сведения об окружающем мире и протекающих в нем процессах, воспринимаемые человеком или специальными устройствами³.

В связи с необходимостью правового регулирования отношений в информационной сфере отечественный законодатель предпринял первую попытку дать определение понятия «информация» в Федеральном законе от 20 февраля 1995 года № 24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации». Под информацией указанный Закон понимал сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы их предоставления. Однако, как отмечается правоведами, такое определение не содержало основных признаков информации, выражающих ее юридическую сущность⁴.

Принятие Федерального закона от 7 июля 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информа-

³ Ожегов С. И. Словарь русского языка : Около 57 000 слов / под ред. д-ра филол. наук, проф. Н. Ю. Шведовой. 14-е изд., стереотип. М. : Рус. яз., 1982. С. 224.

⁴ См.: Кузьмин В. П. Понятие и юридическая сущность информации и пути формирования информационного общества в России // Информационное право. 2009. № 2. С. 3.

ции» (далее — Закон об информации) взамен прежнего, по мнению правоведов, позволило приблизить законодательство Российской Федерации к международной практике регулирования информационных технологий; унифицировать как с понятийной, так и содержательной точки зрения принципы и правила регулирования информационных отношений; заложить эффективную правовую основу создания и эксплуатации государственных и иных информационных систем; законодательно закрепить принципы использования информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе при международном информационном обмене⁵.

Согласно положениям действующего законодательства под информацией понимаются любые сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления. Как можно отметить, понятие «информация» в новом Законе было представлено в более общем виде. Считается, что такое определение лучше охватывает юридический характер данного термина, по сравнению с ранее действовавшим. В то же время вторая попытка законодателя признается вновь неудачной и высказываются справедливые опасения о том, что предложенное слишком абстрактное определение может стать причиной неточных толкований⁶.

Довольно тесно с понятием «информация» связано понятие «сведения», которые понимаются как познания в какой-нибудь области, известия, сообщения, знания, представление о чем-нибудь⁷. В определении, предлагаемом законодателем, информация выступает как обобщающая величина различных сведений (сообщений, данных). В таком случае определить грань перехода отдельных сведений в полноценную информацию сложно, и, по-видимому, опираться следует на категорию их

достаточности для возможности на их основе прийти к определенному умозаключению.

Рассмотренные выше понятия «безопасность» и «информация» являются основополагающими для определения категории «информационная безопасность», которая активно изучается правоведами.

А. А. Малюк понимает информационную безопасность как состояние рассматриваемой системы, при котором она, с одной стороны, способна противостоять дестабилизирующему воздействию внешних и внутренних информационных угроз, а с другой — ее функционирование не создает информационных угроз для элементов самой системы и внешней среды⁸.

Т. В. Закупень отмечает, что информационная безопасность представляет собой социальное, а не чисто техническое явление. Ее нельзя отождествлять с применением специальных технических средств и методов для защиты информации от несанкционированного доступа, похищения, уничтожения и т.д.⁹

А. В. Еркин дает определение информационной безопасности для информационного общества: «это состояние рассматриваемой системы управления, при котором ее информационная инфраструктура не дестабилизируется под воздействием внешних и внутренних угроз; восприятие результата ее деятельности во внешнем окружении является объективным»¹⁰.

По мнению Л. И. Шершнева, «информационная безопасность — способность государства, общества, социальной группы, личности обеспечить с определенной вероятностью достаточные и защищенные информационные ресурсы и информационные потоки для поддержания жизнедеятельности, устойчивого функционирования и развития, противостоять информационным опасностям и угрозам, не-

⁵ См.: Просвирнин В. Г., Просвирнин Ю. Г. Понятие и правовые основы информационных технологий // Юридические записки. 2012. № 2 (25). С. 151.

⁶ См.: Зейналов З. З. Проблемы определения информации как объекта информационных правоотношений // Информационное право. 2010. № 1. С. 10.

⁷ См.: Ожегов С. И. Указ. соч. С. 623.

⁸ Малюк А. А. Информационная безопасность: концептуальные и методологические основы защиты информации : учеб. пособие для вузов. М. : Горячая линия — Телеком, 2004.

⁹ Закупень Т. В. Понятие и сущность информационной безопасности и ее место в системе обеспечения национальной безопасности РФ // Информационные ресурсы России. 2009. № 4. С. 28—34.

¹⁰ Еркин А. В. Понятия «информация» и «информационная безопасность»: от индустриального общества к информационному // Информационное общество. 2012. № 1. С. 73.

гитивным информационным воздействиям на индивидуальное и общественное сознание и психику людей, а также на компьютерные сети и другие технические источники информации, вырабатывать личностные и групповые навыки и умения безопасного поведения, поддерживать постоянную готовность к адекватным мерам в информационном противоборстве, кем бы оно ни было навязано»¹¹.

Доктрина информационной безопасности определяет информационную безопасность Российской Федерации как состояние защищенности ее национальных интересов в информационной сфере, определяющихся совокупностью сбалансированных интересов личности, общества и государства. В приведенном определении, на наш взгляд, прослеживается четкая связь с определением «безопасности», которое содержал Закон РФ «О безопасности», и прямо выводится из него с выделением специфики регулируемых правоотношений.

Информационная безопасность является одной из составляющих национальной безопасности Российской Федерации, она оказывает влияние на защищенность национальных интересов Российской Федерации в различных сферах жизнедеятельности общества и государства.

Согласно Стратегии национальной безопасности, национальные интересы Российской Федерации — это совокупность внутренних и внешних потребностей государства в обеспечении защищенности и устойчивого развития личности, общества и государства. На основе национальных интересов Российской Федерации в информационной сфере формируются стратегические и текущие задачи внутренней и внешней политики государства по обеспечению информационной безопасности.

Разделение в Доктрине информационной безопасности национальных интересов в информационной сфере на такие элементы, как интересы личности, общества и государства, можно принимать с определенной долей условности. Употребление термина «личность»

в данном случае является несомненным синонимом понятия «человек», используемого в нормативных правовых актах. Тем более что сама Доктрина утверждает, что интересы личности в информационной сфере заключаются в реализации конституционных прав *человека и гражданина* на доступ к информации, на использование информации в интересах осуществления не запрещенной законом деятельности, физического, духовного и интеллектуального развития, а также в защите информации, обеспечивающей личную безопасность. Таким образом, реализация прав каждого человека в информационной сфере признается одной из составляющих информационной безопасности России. Поэтому мы считаем верным выделение А. А. Стрельцовым таких составляющих информационной безопасности человека, общества и государства»¹².

Закон Российской Федерации «О безопасности» содержал определение понятия «жизненно важные интересы», под которыми понималась совокупность потребностей, удовлетворение которых надежно обеспечивает существование и возможности прогрессивного развития личности, общества и государства. Некоторые авторы предпринимали попытки раскрыть содержание указанного понятия применительно к интересам личности в информационной сфере¹³. Однако, при всем уважении к институтам прав на поиск, получение, производство и распространение информации, на неприкосновенность частной жизни, на защиту прав на объекты интеллектуальной собственности, считаем отнесение их к «жизненно важным интересам» личности преувеличением.

По мнению С. В. Иванова, информационная безопасность личности — это «состояние высокой степени защищенности личности, при котором гарантируется реализация ее прав и свобод в информационной сфере, и максимально снижен риск негативного воздействия на нее внутренних и внешних угроз»¹⁴.

¹¹ Шершнев Л. И. Информационная безопасность России // *Безопасность*. 1993. № 11—12. С. 49—50.

¹² Стрельцов А. А. Обеспечение информационной безопасности России. Теоретические и методологические основы / под ред. В. А. Садовниченко и В. П. Шерстюка М. : МНЦМО, 2002. С. 52—57.

¹³ См., напр.: Ковалева Н. Н. Информационное право России : учеб. пособие. М. : Дашков и Ко, 2007. С. 109.

¹⁴ Иванов С. В. Правовое регулирование информационной безопасности личности в Российской Федерации // *Вестник Екатеринбургского института*. № 1 (25). 2014. С. 50.

Г. Г. Гафарова и В. В. Смелянская более критичны в подходе к размерам негативного воздействия и считают, что информационная безопасность характеризуется отсутствием угрозы причинения вреда информации, которой владеет личность и угрозы нанесения вреда личности информацией¹⁵.

Если считать, что информационная безопасность — идеальная цель, на достижение которой направлены меры, предпринимаемые субъектами ее обеспечения, то подход Г. Г. Гафаровой и В. В. Смелянской следует признать более приемлемым. Введение С. В. Ивановым такого критерия информационной безопасности, как «максимальное снижение риска негативного воздействия», может быть использовано в качестве установления уровней информационной безопасности в каком-либо конкретном случае.

Нельзя считать удачным, на наш взгляд, определение понятия «информационная безопасность личности» как «состояния и условий жизнедеятельности личности, при которых реализуются ее информационные права и свободы»¹⁶. Очевидно, что реализация информационных прав и свобод личности в некоторой степени может происходить при негативных обстоятельствах, прямо или косвенно угрожающих ее интересам. Считаем, что в таких условиях можно вести речь только об уровне обеспечения информационной безопасности личности.

Ближайшим по значению к информационной безопасности личности определением, закрепленным в законодательстве, следует считать понятие «информационная безопасность детей», которое содержит Федеральный закон от 29 декабря 2010 года № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» (далее — ФЗ № 436).

Согласно ч. 1 ст. 54 Семейного кодекса РФ, ребенком признается лицо, не достигшее возраста 18 лет (совершеннолетия). Очевидно, что возрастной критерий для человека является относительной величиной для установления полной дееспособности, что подтверждает, например, институт эмансипации несовершенно-

летних. Именно поэтому нормы, устанавливаемые в ФЗ № 436, должны являться основой для правотворчества при регулировании отношений, обеспечивающих информационную безопасность личности.

Согласно ст. 2 ФЗ № 436 «информационная безопасность детей» представляет собой состояние защищенности, при котором отсутствует риск, связанный с причинением информацией вреда их здоровью и (или) физическому, психическому, духовному, нравственному развитию. Таким образом, законодатель также признает безопасностью не максимальное снижение риска, а его отсутствие.

На основе проведенного анализа можно сформулировать правовое определение информационной безопасности личности как *состояния защищенности, при котором отсутствует риск, связанный с причинением информацией вреда здоровью и (или) физическому, психическому, духовному, нравственному развитию человека*.

Отметим также, что в содержании информационной безопасности личности отдельные исследователи выделяют:

- информационно-техническая безопасность, под которой понимается «защищенность информации и поддерживающей инфраструктуры от случайных или преднамеренных воздействий естественного или искусственного характера, чреватых нанесением ущерба владельцам или пользователям информации и поддерживающей инфраструктуры»¹⁷;
- информационно-идеологическая безопасность, определяемая как защищенность личности от преднамеренного или непреднамеренного информационного воздействия, имеющего результатом нарушение прав и свобод в области создания, потребления и распространения информации, пользования информационной инфраструктурой и ресурсами, противоречащего нравственным и этическим нормам, оказывающего деструктивное воздействие на личность, имеющего негласный (внечувственный,

¹⁵ См.: Гафарова Г. Г., Смелянская В. В. Информационная безопасность личности // Безопасность личности: состояние и возможности обеспечения : материалы междунар. науч.-практ. конференции 10—11 мая 2012 года. Ереван, Пенза, Колин : Социосфера, 2012. С. 57.

¹⁶ Ковалева Н. Н. Указ. соч. С. 109.

¹⁷ См.: Галатенко В. А. Информационная безопасность // Открытые системы. 1996. № 1 (15). С. 38—43.

- неосознанный) характер, внедряющего в общественное сознание антисоциальные установки¹⁸;
- информационно-психологическая безопасность личности как «состояние защищенности ее психики от действия многообразных информационных факторов, препятствующих или затрудняющих формирование и функционирование адекватной информационно-ориентировочной основы социального поведения человека (и в целом жизнедеятельности в обществе), а также адекватной системы его субъективных (личностных, субъективно-личностных) отношений к окружающему миру и самому себе»¹⁹;
 - информационно-правовая безопасность личности как «состояние защищенности права человека искать, получать, передавать, производить и распространять информацию, а также права на неприкосновенность информации о частной жизни»²⁰.

Не останавливаясь подробно на различиях в трактовке приведенных выше элементов, отметим, что попытки их теоретического обоснования являются безусловным доказательством сложности и многоаспектности правовой категории «информационная безопасность личности». Предложенное выше правовое определение понятия «информационная безопасность личности», на наш взгляд, создаст необходимые предпосылки для дальнейшей теоретической разработки и законодательного закрепления ее элементов. Принятие отечественного кодифицированного нормативного акта, в котором мог бы присутствовать специальный раздел, включающий нормы, посвященные обеспечению таких составляющих информационной безопасности, как информационная безопасность личности, общества и государства, по нашему мнению, способствовало бы преодолению существующих юридических препятствий.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Галатенко В. А.* Информационная безопасность // Открытые системы. — 1996. — № 1 (15).
2. *Гафарова Г. Г., Смелянская В. В.* Информационная безопасность личности // Безопасность личности: состояние и возможности обеспечения: материалы международной научно-практической конференции 10—11 мая 2012 года. — Ереван, Пенза, Колин : Социосфера, 2012.
3. *Грачев Г. В.* Информационно-психологическая безопасность личности: состояние и возможности психологической защиты. — М. : Изд-во РАГС, 1998.
4. *Еркин А. В.* Понятия «информация» и «информационная безопасность»: от индустриального общества к информационному // Информационное общество. — 2012. — № 1.
5. *Закупень Т. В.* Понятие и сущность информационной безопасности и ее место в системе обеспечения национальной безопасности РФ // Информационные ресурсы России. — 2009. — № 4.
6. *Зейналов З. З.* Проблемы определения информации как объекта информационных правоотношений // Информационное право. — 2010. — № 1.
7. *Иванов С. В.* Правовое регулирование информационной безопасности личности в Российской Федерации // Вестник Екатеринбургского института. — 2014. — № 1 (25).
8. *Кастельс М.* Информационная эпоха: экономика, общество и культура. — М. : ГУ ВШЭ, 2000.
9. *Ковалева Н. Н.* Информационное право России : учеб. пособие. — М. : Дашков и Ко, 2007. — С. 109.
10. *Кузьмин В. П.* Понятие и юридическая сущность информации и пути формирования информационного общества в России // Информационное право. — 2009. — № 2.
11. *Малюк А. А.* Информационная безопасность: концептуальные и методологические основы защиты информации : учебное пособие для вузов. — М. : Горячая линия — Телеком, 2004.

¹⁸ См.: *Ковалева Н. Н.* Указ. соч. С. 110—111.

¹⁹ *Грачев Г. В.* Информационно-психологическая безопасность личности: состояние и возможности психологической защиты. М. : Изд-во РАГС, 1998. С. 15.

²⁰ *Тамодлин А. А.* Государственно-правовой механизм обеспечения информационной безопасности личности : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 7.

12. Ожегов С. И. Словарь русского языка : Около 57 000 слов / под ред. д-ра филол. наук, проф. Н. Ю. Шведовой. — 14-е изд., стереотип. — М. : Рус. яз., 1982.
13. Просвирнин В. Г., Просвирнин Ю. Г. Понятие и правовые основы информационных технологий // Юридические записки. — 2012. — № 2 (25).
14. Стрельцов А. А. Обеспечение информационной безопасности России. Теоретические и методологические основы / под ред. В. А. Садовниченко и В. П. Шерстюка — М. : МНЦМО, 2002.
15. Тамодлин А. А. Государственно-правовой механизм обеспечения информационной безопасности личности : дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2006.
16. Чернов А. А. Становление глобального информационного общества: проблемы и перспективы. — М., 2003. — С. 14—15.
17. Шершнев Л. И. Информационная безопасность России // Безопасность. — 1993. — № 11—12.

Материал поступил в редакцию 8 июля 2015 г.

ON THE LEGAL DEFINITION OF "THE INFORMATION SECURITY OF THE PERSON"

BARINOV Sergey Vladimirovich — Ph.D. in Law, Associate Professor of the Branch of Military Training Scientific Center of the Air Force "Air Force Academy Named after prof. N.E. Zhukovsky and Y. Gagarin " metel2000@rambler.ru

***Review.** The effective development of modern Russia is influenced by such global processes as integration and unification of information relations. The information Society development must be accompanied by the improvement of the system of state guarantees of observing constitutional human and civil rights in the IT sphere. One of the measures necessary to ensure the implementation of these rights is to maintain the necessary level of information security.*

Uncertainty and ambiguity of the content of the legal rules governing relations in the information sphere is a significant legal barrier to information security of the person

Thus, there is no definition of the term "safety" in legislation. The attempt of the legislator to define the concept of "information" is again considered to be unsuccessful. The information safety doctrine provides for dividing national interests in the IT sphere into such elements as interests of the person, interests of the society and interests of the state. The analysis of the definitions of the concept "information safety of a person" proposed by scholars has revealed the absence of any unified approach.

It is established that the definition closest in meaning to "information security of the person" that is embodied in legislation is the definition of "information security of children".

On the basis of the research the author has coined his own definition of "information security of the person" that can be employed by the existing legislation and used as the basis for further theoretical study of such elements as information and technology safety, information and ideology safety, information and psychology safety, information and law safety.

Keywords: *safety, information, information safety, information safety of the person, information rights.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Galatenko V. A. Informacionnaja bezopasnost' // Otkrytye sistemy. — 1996. — № 1 (15).
2. Gafarova G. G., Smeljanskaja V. V. Informacionnaja bezopasnost' lichnosti // Bezopasnost' lichnosti: sostojanie i vozmozhnosti obespechenija: materialy mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoy konferencii 10—11 maja 2012 goda. — Erevan, Penza, Kolin : Sociosfera, 2012.
3. Grachev G. V. Informacionno-psihologicheskaja bezopasnost' lichnosti: sostojanie i vozmozhnosti psihologicheskoy zashhity. — М. : Izd-vo RAGS, 1998.
4. Erkin A. V. Ponjatija «informacija» i «informacionnaja bezopasnost'»: ot industrial'nogo obshhestva k informacionnomu // Informacionnoe obshhestvo. — 2012. — № 1.

5. *Zakupen' T. V.* Ponjatie i sushhnost' informacionnoj bezopasnosti, i ee mesto v sisteme obespechenija nacional'noj bezopasnosti RF // Informacionnye resursy Rossii. — 2009. — № 4.
6. *Zejnalov Z. Z.* Problemy opredelenija informacii kak ob#ekta informacionnyh pravootnoshenij // Informacionnoe pravo. — 2010. — № 1.
7. *Ivanov S. V.* Pravovoe regulirovanie informacionnoj bezopasnosti lichnosti v Rossijskoj Federacii // Vestnik Ekaterininskogo instituta. — 2014. — № 1 (25).
8. *Kastel's M.* Informacionnaja jepoha: jekonomika, obshhestvo i kul'tura. — M. : GU VShJe, 2000.
9. *Kovaleva N. N.* Informacionnoe pravo Rossii : ucheb. posobie. — M. : Dashkov i Ko, 2007. — S. 109.
10. *Kuz'min V. P.* Ponjatie i juridicheskaja sushhnost' informacii i puti formirovanija informacionnogo obshhestva v Rossii // Informacionnoe pravo. — 2009. — № 2.
11. *Maljuk A. A.* Informacionnaja bezopasnost': konceptual'nye i metodologicheskie osnovy zashhity informacii : uchebnoe posobie dlja vuzov. — M. : Gorjachaja linija — Telekom, 2004.
12. *Ozhegov S. I.* Slovar' russkogo jazyka : Okolo 57 000 slov / pod red. d-ra filol. nauk, prof. N. Ju. Shvedovoj. — 14-e izd., stereotip. — M. : Rus. jaz., 1982.
13. *Prosvirnin V. G., Prosvirnin Ju. G.* Ponjatie i pravovye osnovy informacionnyh tehnologij // Juridicheskie zapiski. — 2012. — № 2 (25).
14. *Strel'cov A. A.* Obespechenie informacionnoj bezopasnosti Rossii. Teoreticheskie i metodologicheskie osnovy / pod red. V. A. Sadovnichego i V. P. Sherstjuka — M. : MNCMO, 2002.
15. *Tamodlin A. A.* Gosudarstvenno-pravovoj mehanizm obespechenija informacionnoj bezopasnosti lichnosti : dis. ... kand. jurid. nauk. — Saratov, 2006.
16. *Chernov A. A.* Stanovlenie global'nogo informacionnogo obshhestva: problemy i perspektivy. — M., 2003. — S. 14—15.
17. *Shershnev L. I.* Informacionnaja bezopasnost' Rossii // Bezopasnost'. — 1993. — № 11—12.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

А. В. Никитин*

О правах требования исполнившего обязательство поручителя к другим поручителям

Аннотация. Статья посвящена изучению вопроса о переходе к исполнившему обязательство поручителю прав требования к другим поручителям, заключившим отдельные договоры поручительства с кредитором. В связи с наличием двух противоположных позиций решения данной проблемы в судебной практике в исследовании ставится задача сделать заключение о том, какой из данных вариантов максимально обеспечивает соблюдение интересов сторон. С этой целью предпринимается анализ основания возникновения обязательства из договора поручительства, а также рассматривается договор о предоставлении (выдаче) поручительства. На основании изучения данного договора делается вывод о том, что он как юридический факт содержит лично-доверительный элемент, связанный со значимостью для будущего поручителя личности должника по основному обязательству, обуславливающей презумпцию его платежеспособности. С учетом этого резюмируется, что предоставление исполнившему обязательство поручителю прав требования к другим поручителям, заключившим отдельные договоры с кредитором, обоснованным не является.

Ключевые слова: поручительство, договор поручительства, раздельное сопоручительство, исполнение обязательства поручителем, ответственность поручителя, договор о предоставлении поручительства, предпосылка возникновения поручительства, встречное предоставление, значение личности кредитора, акцессорное обязательство.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.106-113

В последние годы в юридическом сообществе необычайно возрос интерес к такой конструкции, как поручительство, причем как на уровне теории, так и на уровне практики. Доказательством справедливости этого утверждения являются постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» (далее — Постановление № 42), а также изменения, внесенные в Гражданский кодекс Российской Федерации Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ.

Думается, что такое повышенное внимание обусловлено чрезвычайной популярностью поручительства в гражданском обороте, вызванной удобствами данного способа обеспечения исполнения обязательств. Если обязательства должника обеспечены поручительством, то кредитор вправе требовать исполнения основного обязательства за счет имущества поручителя, причем по общему правилу должник и поручитель являются солидарными должниками, т.е. кредитор вправе требовать исполнения от каждого из них как полностью, так и в любой части (п. 1 ст. 363 ГК РФ).

© Никитин А. В., 2016

* Никитин Алексей Викторович, руководитель правовой службы АО «Олимпс», кандидат юридических наук, преподаватель кафедры гражданского права Уральского государственного юридического университета (УрГЮУ)

alexey-nikitin@mail.ru

620028, Россия, г. Екатеринбург, ул. Татищева, 6-101

Число спорных пунктов, возникающих в связи с поручительством, достаточно велико. В настоящем исследовании хочется затронуть лишь одну проблему — последствия исполнения обязательства поручителем¹. К этому необходимо сделать еще одно уточнение. Речь пойдет о том, переходят ли к исполнившему обязательство поручителю права требования к другим поручителям, заключившим самостоятельные (не совместно с исполнившим поручителем) договоры поручительства с кредитором (так называемое раздельное сопоручительство²). Начать же рассмотрение данной проблемы представляется целесообразным с обращения к соответствующим правилам ГК РФ.

Согласно п. 1, 3 ст. 365 ГК РФ к поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству и права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю, в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора.

Комментируя положение п. 2 ст. 365 ГК РФ, согласно которому кредитор обязан передать вручить исполнившему поручителю права, обеспечивающие требование к должнику, О. В. Гутников указывает на то, что из данной формулировки определенно следует то, что ни о каком автоматическом переходе к исполнившему поручителю прав по обеспечительным обязательствам (исключая залог) речи не идет. Для такого перехода требуется, чтобы основной кредитор уступил права требования

к остальным поручителям по другим договорам поручительства³.

Аналогично Б. М. Гонгало отмечает, что в том случае, если поручительство дано несколькими лицами, независимо друг от друга, по различным договорам поручительства, то при предъявлении требований кредитором к какому-либо из таких поручителей правоотношений между ними не возникает. В частности, один из поручителей, удовлетворивший требование кредитора, не обладает правом регрессного требования к другим поручителям⁴.

Именно такой подход к данной проблеме изложен в судебном акте суда общей юрисдикции. В апелляционном определении от 05.02.2013 № 33-1235/2013 Санкт-Петербургский городской суд признал обоснованным решение суда первой инстанции об отказе в иске исполнившего обязательство субсидиарного поручителя к двум другим поручителям о взыскании с них (солидарно с должником) уплаченной поручителем суммы. При этом суд указал, что системное толкование ст. 365 ГК РФ не предусматривает права требования одного поручителя к другому в случае удовлетворения одним из поручителей требований кредитора. Лица, независимо друг от друга поручившиеся за одного и того же должника по разным договорам поручительства, не становятся солидарно обязанными в отношении друг друга, хотя и принимают на себя солидарную с должником ответственность перед кредитором.

¹ Вопрос о том, исполняет ли поручитель основное обязательство или свое собственное, возникшее из договора поручительства обязательство, остается в теории спорным (см., например: *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М. : Проспект, 2004. С. 88—89 ; *Белов В. А.* Поручительство. Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики. М. : ЮрИнфоР, 1998. С. 21—30 ; *Гринь О. С.* Понятие и природа поручительства как способа обеспечения исполнения обязательств // *Актуальные проблемы российского права.* 2010. № 2. С. 389—390). Поскольку эта проблема выходит за пределы настоящей статьи, в данном исследовании автор будет говорить об исполнении поручителем обязательства, не уточняя, о каком обязательстве идет речь. Следует отметить, что такой прием используется и в законе (ст. 365 ГК РФ).

² *Бевзенко Р. С.* Правовые позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам поручительства и банковской гарантии : Комментарий к постановлениям Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» и от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий». М. : Статут, 2013. П. 69.

³ *Гутников О. В.* К вопросу о правах поручителя, исполнившего обязательство // *Гражданское право и современность : сб. ст., посвящ. памяти М. И. Брагинского / под ред. В. Н. Литовкина, К. Б. Ярошенко.* М. : Статут, 2013.

⁴ *Гонгало Б. М.* Указ. соч. С. 102—103.

Нужно отметить, что ранее данная позиция встречалась и в судебных актах арбитражных судов (например, постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 26.03.2007 № А08-12814/05-22). Однако п. 28 Постановления № 42 изменил указанный подход на прямо противоположный. Согласно данному пункту, если несколько поручительств были даны по различным договорам поручительства раздельно друг от друга, то исполнение, произведенное одним из поручителей, по общему правилу влечет за собой переход к нему всех прав, принадлежавших кредитору⁵. К такому поручителю переходят в том числе обеспечивающие обязательство требования к каждому из других поручителей о солидарном с должником исполнении обеспеченного обязательства.

Такая решительная переориентация правоприменительной практики обосновывается указанием на то, что в этой ситуации имеет место суброгация⁶. Данная ссылка означает, что исполнение обязательства поручителем не влечет прекращения основного обязательства; это обязательство сохраняется, исполнивший же поручитель занимает в нем место кредитора. Подобная точка зрения встречалась в юридической литературе и ранее, в частности, ее высказывал С. В. Сарбаш в отношении правила, предусмотренного п. 2 ст. 313 ГК РФ. При этом автор отмечал, что в этом случае отсутствие прекращения обязательства вследствие надлежащего исполнения представляет собой искусственный юридический прием⁷.

В то же время О. В. Гутников справедливо обращает внимание на то, что подход, впоследствии сформулированный в п. 28 Постановления № 42, в определенной степени вступает в противоречие с действующими нормами ГК РФ⁸.

Несомненно, что изложенная в названном пункте Постановления № 42 позиция представляется весьма удобной для должника и крайне

неудобной — для поручителей, не предоставивших исполнения. Однако возникает вопрос: насколько такой вариант построения данных отношений обеспечивает баланс интересов всех участников? Чтобы высказать какое-либо суждение по этому поводу, представляется необходимым сказать несколько слов об основании возникновения поручительства.

Как отмечает Б. М. Гонгало, основанием возникновения обязательства из договора поручительства является юридический состав, включающий помимо указанного договора противоправное действие должника (неисполнение либо ненадлежащее исполнение им своего обязательства)⁹.

Помимо договора поручительства в науке гражданского права также выделяют договор о предоставлении поручительства¹⁰ (в терминологии Постановления № 42 — договор о выдаче поручительства). В соответствии с этим договором должник по основному обязательству и его контрагент достигают соглашения о заключении последним в будущем договора поручительства с кредитором по основному обязательству.

Этот договор не включают в число юридических фактов, необходимых для возникновения обязательства из договора поручительства. Данная тенденция прослеживается и в судебной практике. Суды устойчиво исходят из того, что юридическая судьба договора о предоставлении поручительства (его расторжение, признание недействительным или незаключенным) не создает для договора поручительства юридических последствий (например, письмо ВАС РФ от 26.01.1994 № ОЩ-7/ОП-48 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с исполнением, изменением или расторжением кредитных договоров»; п. 9 Постановления № 42).

Однако рассмотрение указанного договора представляет значительный интерес, поэтому целесообразно попытаться дать ответ на несколько возникающих в связи с ним вопросов.

⁵ Нужно отметить, что этот подход формулировался ВАС РФ и раньше (постановление Президиума ВАС РФ от 03.07.2013 № 1964/12).

⁶ Бевзенко Р. С. Указ. соч. С. 70.

⁷ Сарбаш С. В. Исполнение договорного обязательства. М. : Проспект, 2005. С. 149—151.

⁸ Гутников О. В. Указ. соч.

⁹ Гонгало Б. М. Указ. соч. С. 90.

¹⁰ Гонгало Б. М. Указ. соч. С. 94.

Во-первых, всегда ли при поручительстве имеет место договор о предоставлении поручительства? Во-вторых, во всех ли случаях указанный договор носит гражданско-правовой характер? Наконец, в-третьих, подлежит ли данный договор включению в юридический состав, необходимый для возникновения обязательства из договора поручительства?

Обращаясь к первому из этих вопросов, нужно отметить, что общепризнанно, что согласие должника на предоставление поручительства не является необходимым (п. 5 Постановления № 42). Таким образом, договор о предоставлении поручительства будет иметь место только в том случае, если данного поручителя «привлекает» сам должник (при этом инициатива предоставления обеспечения исполнения основного обязательства в виде поручительства может исходить и от кредитора).

Мотивы заключения договора о выдаче поручительства могут быть различны. Ими могут являться общие экономические интересы должника и поручителя, наличие между ними семейных или дружеских отношений и т.п. При этом имеются основания заключить, что такой договор может быть и безвозмездным¹¹ (представляется, что чаще всего так и бывает на практике). Здесь же вопрос о наличии встречного предоставления за выдачу поручительства важен для установления характера договора о предоставлении поручительства.

Допустим, отец выступает в качестве поручителя по кредитному договору своего сына. Вероятнее всего, договор о выдаче такого поручительства будет безвозмездным. В то же время гражданское право в первую очередь регулирует товарно-денежные (т.е. предполагающие наличие эквивалентного встречного предоставления) отношения¹².

Думается, однако, что никто не усомнится в том, что договор дарения какой-либо вещи между названными субъектами будет регулироваться гражданским правом, поскольку он будет направлен на создание гражданско-правовых юридических последствий (переход права собственности). Точно так же сложно отрицать и то, что договор о предоставлении

поручительства, независимо от его возмездности, преследует своей целью возникновение аналогичных последствий, заключающихся в создании отношений поручительства. Другое дело, что договор о выдаче поручительства непосредственно таких отношений не создает, для этого потребуется еще один договор — собственно договор поручительства.

Следовательно, договор о предоставлении поручительства имеет гражданско-правовой характер.

Отмеченная выше особенность упомянутого договора (направленность на заключение в будущем другого договора) позволяет квалифицировать его в качестве предпосылки возникновения отношений поручительства. Договор о выдаче поручительства только создает условия для установления отношений поручительства, лишь способствует появлению в будущем данной правовой связи между лицом, привлеченным должником для предоставления поручительства, и кредитором по основному обязательству. Поэтому позиция ученых и судебных органов о том, что упомянутый договор не входит в юридический состав, необходимый для возникновения обязательства из договора поручительства, представляется обоснованной.

Таким образом, договор о предоставлении поручительства (выдаче поручительства) является факультативной предпосылкой возникновения отношений поручительства. Факультативность же данной предпосылки связана с тем, что упомянутые отношения в некоторых случаях могут возникнуть и в ее отсутствие. В то же время в ситуации, когда данного конкретного поручителя привлекает именно должник по основному обязательству, такая предпосылка будет иметь место во всех случаях.

Вывод о гражданско-правовом характере договора о предоставлении поручительства вызывает еще один немаловажный вопрос — возможно ли понудить должника по этому договору (т.е. потенциального поручителя) к исполнению обязанности в натуре?

На первый взгляд возможность утвердительного ответа выглядит абсурдной. Однако если признать гражданско-правовой характер

¹¹ Гонгало Б. М. Указ. соч. С. 94—95.

¹² Гражданское право : учебник для юрид. вузов / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М. : Проспект, 1996. Т. 1. С. 4—5 (автор — Н. Д. Егоров).

договора о выдаче поручительства, то почему бы не согласиться и с тем, что в случае противоправного поведения потенциального поручителя должник вправе прибегнуть к такому способу защиты своего права, как присуждение к исполнению в натуре?

Любопытно в этой связи обратиться к интересному суждению, высказанному в свое время И. В. Елисеевым в отношении договора дарения. Анализируя ситуацию, когда по консенсуальному договору дарения даритель отказывается передать индивидуально-определенную вещь, названный автор делал вывод о том, что в этом случае одаряемый на основании ст. 398 ГК РФ вправе требовать отобрания указанной вещи у дарителя. При этом ученый отмечал, что законодатель напрасно не учел такой возможности и не предотвратил ее, поскольку предоставление одаряемому такого права выглядит весьма ущербным с точки зрения морали¹³.

При согласии с указанным мнением возникает вопрос: почему в такой ситуации допустимо отступление от принципа реального исполнения обязательства?

Вероятно, чаще всего в качестве объяснения будет указано на то, что такое исключение допустимо, поскольку речь идет о договоре дарения. Ведь названный договор, являясь безвозмездным, т.е. не характерным для гражданского права, как юридический факт обычно содержит в себе некий личный элемент, обусловленный наличием каких-либо отношений (семейных, дружеских, профессиональных и иных) между дарителем и одаряемым. Конечно, это не всегда так, например сложно говорить о таком элементе для пожертвований, но, если говорить о самом распространенном, «бытовом» дарении, то указанный момент непременно будет иметь место.

Данный элемент придает определенную специфику всему возникающему правоотношению дарения (речь идет о консенсуальном договоре). Например, вряд ли справедливо утверждать, что одаряемый по такому договору вправе уступить право на получение дара другому лицу. В подтверждение справедливости

этого вывода можно сослаться на положение п. 1 ст. 581 ГК РФ, закрепляющего невозможность перехода прав одаряемого к его наследникам (правопреемникам). Очевидно, что это правило обусловлено все той же причиной — наличием в дарении личного элемента, означающего, что личность одаряемого имеет для дарителя принципиальное значение.

Если провести сравнение договора о предоставлении поручительства и обычного договора дарения, то нельзя не обнаружить их сходства. Даже когда выдача поручительства предусматривает встречное предоставление, личность другой стороны договора о выдаче поручительства имеет для должника по этому договору (т.е. для будущего поручителя) основополагающее значение. Думается, что это обусловлено сутью конструкции поручительства. Ведь поручитель принимает на себя весьма серьезный риск, фактически предоставляя в обеспечение исполнения обязательства должником все свое имущество.

Высказанное суждение представляется справедливым и в ситуации, когда должником по основному обязательству выступает юридическое лицо. Независимо от того, к какому виду субъектов гражданского права относится должник, для будущего поручителя всегда важно, что это за лицо, какая у него личная или деловая репутация, поскольку от этого напрямую зависит предположение о его будущей платежеспособности.

Таким образом, можно утверждать, что договор о предоставлении поручительства всегда — в большей или меньшей степени — носит лично-доверительный, фидуциарный характер¹⁴, т.е. в нем личность кредитора (должника по основному обязательству) имеет для должника (будущего поручителя) существенное значение, поскольку из нее вытекает презумпция его платежеспособности.

С учетом этих выводов нужно вернуться к позиции, изложенной в п. 28 Постановления № 42. Из нее следует, что исполнивший обязательство поручитель автоматически получает все права кредитора и потому далее вправе предъявить требования к другим поручителям.

¹³ Гражданское право : учебник для юрид. вузов / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Т. 1. С. 131.

¹⁴ Гринь О. С. К вопросу о формах отношений между должником по основному обязательству и поручителем // Актуальные проблемы российского права. 2011. № 3. С. 117.

На первый взгляд, никаких принципиальных изменений в такой ситуации не происходит. Лицо, за которое было дано поручительство (т.е. должник), остается тем же, меняется только лицо, уполномоченное требовать исполнения от него и от других поручителей. Вполне уместно спросить: какая разница «оставшимся» поручителям, кому им платить?

Конечно, такое возражение имеет резоны, однако не будем забывать о том, что поручительство — дополнительное, акцессорное к основному обязательству¹⁵. Хотя поручитель и может принять на себя обязанность исполнения наряду с должником (т.е. солидарно), тем не менее от этого его вторичный, вспомогательный статус никоим образом не утрачивается.

Представляется, что именно по этой причине законодатель закрепляет ряд правил, направленных на защиту интересов поручителя. В частности, речь идет о положении п. 2 ст. 367 ГК РФ, из которого вытекает, что любые изменения основного обязательства, способные повлечь увеличение ответственности¹⁶ поручителя, должны совершаться должником и кредитором лишь с его согласия.

При этом важно обратить внимание еще на один момент. Выше был сделан вывод о значении личности кредитора (должника по основному обязательству) в договоре о предоставлении поручительства. Конечно, указанный договор прекращается надлежащим исполнением (т.е. выдачей поручительства), но это отнюдь не означает, что далее указанный фактор не имеет никакого значения. В упомянутой ситуации, когда презумпция платежеспособности должника уже опровергнута самим фактом платежа за него одним из поручителей, говорить о сохранении прежних отношений между должником и другими поручителями невозможно. Тем самым утрачивается фидуциарная основа предоставления поручительства, без которой оно в большинстве случаев не возникло бы. Вероятно, если бы вопрос о выдаче поручительства решался в данный момент, никто

из имеющихся поручителей уже не согласился бы его предоставить.

Насколько в такой ситуации обоснованно и с правовой, и с этической точки зрения признавать иных поручителей обязанными продолжать «отвечать» за должника? Ссылаться на то, что, поскольку эти лица выступили поручителями, они должны оставаться в таком качестве до окончательного разрешения конфликта? Но такой подход представляется достаточно далеким от принципов российского гражданского права.

Кроме того, существует еще один любопытный аспект данной проблемы. Комментируя положения п. 28 Постановления № 42, Р. С. Бевзенко приходит к выводу о том, что после исполнения своего обязательства один из поручителей вправе потребовать полного исполнения от другого поручителя, заключившего самостоятельный договор солидарного поручительства с кредитором, далее этот поручитель может заявить такое же требование следующему аналогичному поручителю и т.д.¹⁷

Безусловно, данное мнение представляет собой логическое развитие изложенной в упомянутом пункте концепции. Однако нельзя не признать, что тогда каждый последующий предоставляющий исполнение поручитель будет находиться в худшем положении по сравнению с предыдущим, т.к. у него всегда будет на одного потенциального плательщика меньше. Самый же «последний» поручитель окажется в наиболее невыгодном положении, поскольку сможет заявить свое требование только должнику.

Думается, что такая вполне возможная, с учетом положения п. 28 Постановления № 42, модель развития отношений не может быть признана отвечающей началам юридического равенства. Если все лица, имеющие один и тот же статус поручителя, предоставили обеспечение за исполнение определенного обязательства одного и того же должника, то любой из них не должен оказаться в лучшем положении, чем остальные.

¹⁵ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М. : Спарк, 1995. С. 265.

¹⁶ По мнению В. В. Витрянского, используемый в ГК РФ термин «ответственность поручителя» — дань традиции. «На самом деле речь идет о содержании обязательства, возникшего из договора поручительства, и порядке его исполнения» (см.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общие положения. М. : Статут, 2003. С. 576).

¹⁷ Бевзенко Р. С. Указ. соч. П. 72.

Резюмируя изложенное, наиболее обоснованным видится следующее решение данной проблемы. Надлежащее исполнение обязательства одним из поручителей следует квалифицировать в качестве основания прекращения основного обязательства. Соответственно, прекратятся все выданные в обеспечение этого обязательства поручительства (п. 1 ст. 367 ГК РФ). При этом исполнивший поручитель будет иметь право регрессного требования к должнику и залогодержателю, а также право регрессного требования к другим поручителям за вычетом приходящейся на него доли в том случае, если поручительство было дано ими совместно, по одному договору поручительства (п. 3 ст. 363 ГК РФ). Однако он не будет иметь прав требования к поручителям, предоставившим обеспечение по отдельным (отличным от его договора) договорам поручительства.

По существу, именно такой вариант в настоящее время и закреплен в ГК РФ. При этом затруднительно утверждать, что подобное решение нарушает интересы поручителя, исполнившего обязательство. Ведь в таком случае этот поручитель, при отсутствии залога, будет вправе заявить требование только тому лицу, которому он, по большому счету, и должен был бы, при наличии других кандидатов на оплату, в первоочередном порядке предъявлять свои требования. Речь идет о лице, которое, скорее всего, и привлекло поручителя в данные отношения, т.е. о должнике. При этом вряд ли будет обоснованным пытаться устранить ошибку данного поручителя, выразившуюся в предоставлении обеспечения за подобного должника, путем компенсации ее последствий за счет других аналогичных лиц (иных поручителей).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бевзенко Р. С.* Правовые позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам поручительства и банковской гарантии : Комментарий к постановлениям Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» и от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий». — М. : Статут, 2013.
2. *Белов В. А.* Поручительство. Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики. — М. : ЮрИнфоР, 1998.
3. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: общие положения. — М. : Статут, 2003.
4. *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. — М. : Проспект, 2004.
5. Гражданское право : учебник для юридических вузов / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — Т. 1. — М. : Проспект, 1996.
6. Гражданское право : учебник для юридических вузов / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — Т. 2. — М. : Проспект, 1997.
7. *Гринь О. С.* К вопросу о формах отношений между должником по основному обязательству и поручителем // Актуальные проблемы российского права. — 2011. — № 3.
8. *Гринь О. С.* Понятие и природа поручительства как способа обеспечения исполнения обязательств // Актуальные проблемы российского права. — 2010. — № 2.
9. *Гутников О. В.* К вопросу о правах поручителя, исполнившего обязательство // Гражданское право и современность : сборник статей, посвященный памяти М. И. Брагинского / под ред. В. Н. Литовкина, К. Б. Ярошенко. — М. : Статут, 2013.
10. *Сарбаш С. В.* Исполнение договорного обязательства. — М. : Проспект, 2005.
11. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. — М. : Спарк, 1995.

Материал поступил в редакцию 1 сентября 2015 г.

ON CLAIMS OF A GUARANTOR WHO HAS PERFORMED HIS OBLIGATIONS AGAINST OTHER GUARANTORS

NIKITIN Aleksey Victorovich, Head of the Legal Service of SC "Olips", PhD, Lecturer of the Department of Civil Law of the Ural State Law University (Ural State Law Academy).

alexey-nikitin@mail.ru

620028, Russia, Yekaterinburg, ul. Tatishcheva, 6-101

Review. *The article is devoted to studying the issue of transferring the right of claim against other guarantors, who entered into contracts of guarantee with the creditor, to the guarantor who carried out all his obligations. As in jurisprudence there are two opposing approaches to solving this problem, the research seeks to draw a conclusion regarding which of these approaches honors the interests of the parties to the greatest extent. To this end, the author analyzes the ground of obligations arising from the contract of guarantee, and considers the contract on providing (issuing) guarantee. On the basis of scrutinizing this contract, the author concludes this contract as a legal fact contains personal confidence element that is connected with the significance of the personality of the principal debtor for the future guarantor that preconditions the presumption of debtor's solvency. Accordingly, the author presumes that providing the guarantor who carried out his obligations with the rights of claim against other guarantors, who made separate contracts with the creditor, is not justifiable.*

Keywords: *guarantee, contract of guarantee, co-surety, performance of the obligation by the guarantor, guarantor's responsibility, the contract on providing guarantee, prerequisite of surety, consideration, встречное предоставление, significance of the personality of creditor, accessory obligation.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Bevzenko R. S. Pravovye pozicii Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossijskoj Federacii po voprosam poruchitel'stva i bankovskoj garantii : Kommentarij k postanovleniyam Plenuma Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossijskoj Federacii ot 12 iyulya 2012 g. № 42 «O nekotoryh voprosah razresheniya sporov, svyazannyh s poruchitel'stvom» i ot 23 marta 2012 g. № 14 «Ob otdel'nyh voprosah praktiki razresheniya sporov, svyazannyh s osparivaniem bankovskih garantij».* — M. : Statut, 2013.
2. *Belov V. A. Poruchitel'stvo. Opyt teoreticheskoy konstrukcii i obobshcheniya arbitrazhnoj praktiki.* — M. : YurInfoR, 1998.
3. *Braginskij M. I., Vitryanskij V. V. Dogovornoe pravo: obshchie polozheniya.* — M. : Statut, 2003.
4. *Gongalo B. M. Uchenie ob obespechenii obyazatel'stv. Voprosy teorii i praktiki.* — M. : Prospekt, 2004.
5. *Grazhdanskoe pravo : uchebnik dlya yuridicheskikh vuzov / pod red. A. P. Sergeeva, Yu. K. Tolstogo.* — T. 1. — M. : Prospekt, 1996.
6. *Grazhdanskoe pravo : uchebnik dlya yuridicheskikh vuzov / pod red. A. P. Sergeeva, Yu. K. Tolstogo.* — T. 2. — M. : Prospekt, 1997.
7. *Grin' O. S. K voprosu o formah otnoshenij mezhdou dolzhnikom po osnovnomu obyazatel'stvu i poruchitelem // Aktual'nye problemy rossijskogo prava.* — 2011. — № 3.
8. *Grin' O. S. Ponyatie i priroda poruchitel'stva kak sposoba obespecheniya ispolneniya obyazatel'stv // Aktual'nye problemy rossijskogo prava.* — 2010. — № 2.
9. *Gutnikov O. V. K voprosu o pravah poruchitelya, ispolnivshego obyazatel'stvo // Grazhdanskoe pravo i sovremennost' : sbornik statej, posvyashchennyj pamyati M. I. Braginskogo / pod red. V. N. Litovkina, K. B. Yaroshenko.* — M. : Statut, 2013.
10. *Sarbash S. V. Ispolnenie dogovornogo obyazatel'stva.* — M. : Prospekt, 2005.
11. *Shershenevich G. F. Uchebnik russkogo grazhdanskogo prava.* — M. : Spark, 1995.

Признание права или обременения отсутствующим в системе способов защиты вещных прав

Аннотация. По мере развития гражданского оборота право сталкивается с появлением в правовой деятельности человека новых средств защиты, требующих от правоприменителя их корректной идентификации в системе гражданско-правовых способов. Избрание субъектом ненадлежащего средства защиты по-прежнему остается распространенным основанием отказа в судебной защите. Статья посвящена исследованию правовой природы отрицательного признания как средства защиты вещных прав. Автором представлены основные подходы в построении системы вещных исков, высказана критика существующих консервативных моделей. На основе инструментальной теории права предложен новый подход в разграничении категорий средств и способов защиты гражданских прав. В условиях отсутствия законодательного решения сделан вывод о несостоятельности позиции правоприменителя, квалифицирующего изучаемое средство в качестве негативного способа защиты. Предложен альтернативный вариант решения данной практической задачи и его научное обоснование.

Ключевые слова: правовое средство, система способов защиты, вещное право, признание права отсутствующим.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.114-122

Неизменно сложную область исследований составляют вопросы организации правовой деятельности по защите нарушенного гражданского права. Диспозитивность как метод частноправового регулирования проявляет некоторые особенности в данной сфере общественных отношений. Как отмечает Р. Б. Брюхов, к проявлениям диспозитивности при защите субъективных гражданских прав можно отнести выбор способа защиты права, объема права, подлежащего защите, а также возможность частично либо полностью отказаться от уже выбранного способа либо формы защиты с учетом имеющихся пределов и ограничений¹.

Многообразие правовых конфликтов и инструментов их разрешения ставит перед субъектами правовой активности достаточно непростую задачу выбора не только пригодного средства, но и единственно возможного с учетом правил о недопустимости конкуренции исков.

В цивилистике по сей день предпринимаются попытки разграничить категории «мера», «средство», «форма» и «способ» защиты. Известно, что единство частноправовой науки образуют догматика, социология и философия права². На данных теоретико-смысловых отрезках дифференциация проявляется и в форме

¹ Брюхов Р. Б. Диспозитивность в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 144.

² См.: Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права. М. : Статут, 2013. С. 13.

© К Файзрахманов. Р., 2016

* Файзрахманов Карим Рафисович, аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права ФГАОУ ВПО «Казанский (Приволжский) федеральный университет»

k.fayzrakhmanov@yandex.ru

420138, Республика Татарстан, г. Казань, ул. Фучика, д. 2б, кв. 84

использования специального категориального аппарата. Теория правовых средств, активно развиваемая в последнее время в науке, не должна затрагивать терминологию законодателя, используемую в строго юридическом значении. Применительно к защите гражданских прав законом закреплена система способов, которая традиционно классифицируется на меры защиты, меры ответственности, меры оперативного воздействия и меры самозащиты³. Под средствами защиты следует понимать непосредственные поведенческие акты человека, приемы правовой деятельности, которые не всегда могут совпадать с закрепленной в законе системой способов, а иногда и вовсе противоречить ей. В последнем случае мы говорим о применении субъектом ненадлежащего средства защиты.

Признание права или обременения отсутствующим как результат обобщения хаотично складывавшейся судебной практики⁴ широко используется в качестве средства защиты нарушенных вещных прав. Однако ни одному из действующих нормативных актов неизвестен подобный способ защиты, что ставит проблему определения его природы и места в системе ныне закрепленных способов.

Одним из древнейших и наиболее традиционных разделений системы способов защиты является римская классификация исков на личные (*actiones in personam*) и вещные (*actiones in rem*). Схожим образом, отмечают А. В. Губарева и А. Н. Латыев, построено законодательство стран континентального права, исходящее из противоположения вещных и обязательственных притязаний⁵. Данная классификация имеет важное практическое значение, позволяя субъектам иметь точные представления об арсенале средств защиты в зависимости от типа нарушенного права.

Как известно, признание права или обременения отсутствующим разрешает три типа правовых конфликтов:

- а) право собственности на один и тот же объект недвижимости зарегистрировано за разными лицами;
- б) право собственности на движимое имущество зарегистрировано как на недвижимое имущество;
- в) ипотека или иное обременение прекратились.

В одной из ранее опубликованных работ⁶ нами была доказана вещная природа признания права или обременения отсутствующим вне зависимости от типа разрешаемого конфликта. Аргументами в пользу настоящего вывода послужили непосредственная направленность защиты на индивидуально-определенную вещь, внедоговорный характер, а также признак абсолютного действия.

Дискуссия о системе вещных исков традиционна. Так, А. А. Новоселова и Т. П. Подшивалов выделяют вещные иски с прямым характером закрепления (это всем известные виндикационные и негаторные притязания) и с косвенным характером закрепления, к которым относятся иски о признании права собственности, об установлении (вещного) права и др.⁷

Преимущество приведенной классификации в том, что наглядно прослеживается существующая в гражданском законодательстве проблема в построении системы вещно-правовых способов защиты. Дело в том, что глава 20 ГК РФ буквально упоминает лишь виндикационное и негаторное требования, в то время как правовой деятельности уже давно известны и иные вещно-правовые средства защиты.

В представленных в настоящее время публикациях, посвященных проблеме отрицательных исков, довольно точно прослеживается мысль

³ См.: Красавчиков О. А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. Свердловск, 1973. С. 11.

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Вестник ВАС РФ. 2010. № 6.

⁵ Губарева А. В., Латыев А. Н. Недвижимость за рубежом. Правовые вопросы : учеб. пособие. Екатеринбург : Уральская гос. юрид. академия, 2014. С. 88.

⁶ Файзрахманов К. Р. Вещные качества иска о признании права или обременения отсутствующим // Вестник экономики, права и социологии. 2014. № 3. С. 173—176.

⁷ Подшивалов Т. П. Вещные иски: проблемы теории и практики : монография. М. : Инфра-М, 2014. С. 57.

о том, что данное средство защиты является разновидностью негаторного притязания.

Разумеется, данная точка зрения возникла не на пустом месте. Уверенность сторонникам данной позиции придают прежде всего положения п. 12 информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153⁸, согласно которому признание права отсутствующим обладает качествами негаторного иска, поскольку заявлено владеющим истцом и на данное требование не распространяется срок исковой давности.

Еще до появления указанного информационного письма В. В. Груздев отмечал, что формальное завладение недвижимым имуществом путем внесения недостоверной записи в реестр представляет собой вредоносное деяние, которое, не будучи соединено с лишением владения, затрудняет определение собственником юридической судьбы принадлежащей ему недвижимости, в связи с этим защиту предлагается осуществлять посредством негаторного иска⁹.

Последовательным сторонником негаторной природы изучаемого правового средства является В. А. Петрушкин, предлагающий рассматривать его в качестве самостоятельной разновидности вещно-правовых способов защиты, имеющей правовую природу негаторного требования¹⁰. Данный подход основан на универсальном толковании сферы применения негаторных исков, не оставляющем, соответственно, самостоятельного места признанию вещных прав в системе способов защиты.

Схожие взгляды, хотя и при отсутствии последовательной аргументации, высказывают А. С. Тубольцев¹¹, принимающий на веру положения вышеназванного информационного

письма, и К. Коробокова¹², вероятно расценивающая невозможность применения исковой давности не иначе как признак негаторной природы данного средства защиты.

Косвенным образом способствуют данному пониманию и положения самого абз. 4 п. 52 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, поскольку сфера применения отрицательных исков определена случаями, когда нарушенное право не может быть защищено путем признания права или истребования имущества из чужого незаконного владения. Элементарная логика подсказывает предположение, что причиной, по которой пленумы высших судебных инстанций забыли упомянуть негаторный иск, кроется в отождествлении разработчиками требования об устранении всяких нарушений, не связанных с лишением владения и признания права или обременения отсутствующим.

Вместе с тем соответствует ли данный подход сущности негаторного притязания? Не приведет ли это к тому же результату, к какому привели изыскания советских ученых в области виндикационных охранительных отношений, существенным образом исказивших общепризнанную в континентальном праве конструкцию *rei vindicatio*?

Чтобы ответить на этот вопрос аргументированно, необходимо обратиться к специальным исследованиям, посвященным негаторному притязанию. Как оказалось, в настоящее время подобных исследований немного, в частности это работа А. В. Хаянян¹³ и относительно новая диссертация Т. П. Подшивалова¹⁴.

⁸ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 января 2013 г. № 153 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам защиты прав собственника от нарушений, не связанных с лишением владения» // Вестник ВАС РФ. 2013. № 3.

⁹ Груздев В. В. Проблемы негаторной защиты // Цивилист. 2012. № 2. С. 41—43.

¹⁰ Петрушкин В. А. Иск о признании права (обременения) отсутствующим в системе способов защиты прав на недвижимость // Ученые записки Казанского государственного университета. Серия : Гуманитарные науки. 2013. Т. 155. Кн. 4. С. 137—144.

¹¹ Тубольцев А. С. Правовая природа иска о признании права отсутствующим // Законность и правопорядок в современном обществе : сборник материалов XV Междунар. науч.-практ. конференции. Новосибирск : Изд-во ЦРНС, 2013. С. 43—52.

¹² Коробокова К. Доказывание отсутствия права // ЭЖ-Юрист. 2013. № 40. С. 13.

¹³ Хаянян А. В. Защита прав собственника от нарушений, не связанных с лишением владения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1974. — 21 с.

¹⁴ Подшивалов Т. П. Негаторный иск : дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2011. — 197 с.

Известно, что *actio negatoria* в переводе буквально означает «отрицающий иск», что было связано с отрицательно конструируемой интенцией в формулярном процессе. Распространение данного средства защиты традиционно связывают с незаконным присвоением сервитута. Нарушение может состоять в том, что третье лицо воздействует на вещь или мешает собственнику осуществлять свое право, при этом, как замечает Ю. Барон, нарушение должно состоять в действиях¹⁵.

Действующая редакция ст. 304 ГК РФ неоднократно была предметом критики. Одно только небрежное употребление словосочетания «всяких нарушений» порождает множество вопросов практического характера: о каких все-таки «всяких нарушениях» идет речь, неужели все то, что выходит за рамки виндикационного притязания, следует квалифицировать в качестве негаторной защиты?

Отмечая данные наблюдения, Т. П. Подшивалов выступил с решительной критикой сложившегося в цивилистике противоречия в понимании негаторного иска, вызванного приданием ему излишней универсальности в применении¹⁶. По мнению ученого, негаторный иск не должен применяться для оспаривания зарегистрированного права на недвижимое имущество в силу того, что данный иск направлен на устранение фактических препятствий к пользованию имуществом и не может пресекать юридические помехи¹⁷.

Учитывая, что правовая цель субъекта негаторной защиты всегда направлена на устранение фактических препятствий, строго говоря, данное средство относимо к числу исков о присуждении, что априори исключает его общность с судебным признанием отсутствия вещного права.

Схожие взгляды представлены в трудах С. А. Сеницына, отмечающего, что как возврат вещи во владение собственнику посредством виндикационного иска, так и восстановление спокойствия владения посредством негаторно-

го иска предполагает восстановление физической ситуации, соответствующей праву в ненарушенной стадии¹⁸.

Таким образом, одно из ключевых различий между негаторным притязанием и признанием права или обременения отсутствующим обнаруживается на уровне правовых целей. Если в первом случае потенциал правовой защиты направлен на устранение длящихся неправомерных фактических действий, то во втором связан с устранением правовой неопределенности в принадлежности титула или свойств объекта имущественных прав.

Соответственно, различны и основания правовых конфликтов, разрешаемых посредством сравнимых правовых средств. Сфера применения негаторной защиты во многом связана с соседскими отношениями, конфликт в которых наступает в результате действий, создающих реальные препятствия в осуществлении правомочий пользования недвижимым имуществом. Основанием же правового конфликта, разрешаемого посредством признания вещного права отсутствующим, является нарушение абсолютной правовой связи, выраженное в юридическом присвоении зарегистрированного вещного права или его обременении несуществующими, а равно несоответствующими заявленным качествам вещными правами.

Установив, что в основаниях и целях сравнимые явления носят принципиально различный характер, зададимся резонным вопросом, что, помимо неудачно сформулированной ст. 304 ГК РФ, приобретает столь принципиальное значение, позволяющее отстаивать негаторную природу признания права или обременения отсутствующим?

Вероятно, основным аргументом служит необходимость обосновать распространение действия нормоположений ст. 208 ГК РФ на область применения исследуемого средства защиты. Действительно, на требования о признании отсутствия вещного права не распространяется и не должен распространяться

¹⁵ Барон Ю. Система римского гражданского права : в 6 кн. / предисл. канд. юрид. наук В. В. Байбака. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2005. С. 404.

¹⁶ Подшивалов Т. П. Негаторный иск. С. 3.

¹⁷ Указ. соч. С. 44.

¹⁸ Сеницын С. А. Исковая защита вещных прав на объекты недвижимости в гражданском праве России и правопорядках германского типа: актуальные проблемы. М. : Инфотропик Медиа, 2014. С. 16.

срок исковой давности. Однако позволяет ли это смешивать различные правовые явления? Ведь не стали бы мы аргументировать негативную природу требования о защите личных неимущественных прав, если бы оно вдруг не было указано в ст. 208 ГК РФ.

Очевидно, что причины, по которым законодатель принимает решение о распространении или нераспространении действия срока исковой давности, кроются не в соображениях законодательной техники, а в специфике регулируемых общественных отношений.

Принято считать, что исковая давность призвана содействовать устранению неустойчивости, неопределенности в отношениях гражданского оборота¹⁹. Причины, по которым исковая давность не распространяется на конфликты, разрешаемые посредством признания права или обременения отсутствующим, носят совершенно объективный характер. В ситуации присвоения зарегистрированного вещного права, в результате которого возникает одновременно два зарегистрированных вещных права на один и тот же объект, а равно в случае неопределенности свойств объекта имущественных прав действие исковой давности, напротив, будет иметь обратный эффект: содействовать неустойчивости, неопределенности гражданских правоотношений. Конфликты, разрешаемые посредством исследуемого средства, носят характер правовой аномалии, требующей скорейшего разрешения в интересах стабильности гражданского оборота.

Таким образом, тот факт, что в действующей редакции ст. 208 ГК РФ не упомянуты иски о признании, а равно признании права отсутствующим, вовсе не свидетельствует о необходимости квалифицировать данные требования в качестве разновидности негативных, а скорее означает неудовлетворенность определенной

сферы правовой деятельности действующим законодательным регулированием.

Поскольку признание права или обременения отсутствующим относится к числу новых и непоименованных способов защиты, в науке появилось предложение рассматривать данное средство в качестве самостоятельного вещно-правового способа защиты прав. По мнению А. Н. Оганесяна, указанный иск является специальным способом по оспариванию прав и имеет исключительную сферу применения, поэтому в состав иных способов защиты не включается²⁰.

На наш взгляд, приведенный подход выглядит недостаточно обоснованным.

Во-первых, как неоднократно упоминалось ранее, действующему законодательству не известен данный способ защиты. Решить эту проблему простым указанием на открытый перечень способов защиты гражданских прав в ст. 12 ГК РФ и ссылкой на ст. 2 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество²¹, предусматривающей возможность судебного оспаривания зарегистрированного права, невозможно.

Как совершенно точно замечает С. В. Моргунов, законодатель, предусматривая возможность судебного оспаривания зарегистрированного права на недвижимое имущество, не преследовал цели «изобретения» нового способа защиты гражданских прав, наоборот, здесь уместно использование давно известных способов защиты²². Иными словами, судебное оспаривание зарегистрированного права не является способом защиты, выступая родовой категорией по отношению к целому комплексу правовых средств. Верифицировать данный вывод достаточно просто, вспомнив о том, что далеко не только признанием отсутствия вещного права исчерпывается возможность судебного оспаривания зарегистрированного титула.

¹⁹ Гражданское право : в 4 т. Т. 1 : Общая часть : учебник для студентов / И. А. Зенин, Е. В. Кулагин, Е. А. Суханов, А. Е. Шерстобитов ; под отв. ред. Е. А. Суханова. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Волтерс Клувер, 2006. С. 630.

²⁰ Оганесян А. Н. Особенности применения вещно-правовых способов защиты гражданских прав на недвижимое имущество : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 12.

²¹ Федеральный закон от 21 июля 1997 г. №122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594.

²² Моргунов С. В. Актуальные вопросы оспаривания зарегистрированного права на недвижимость // Вестник ВАС РФ. 2008. № 5. С. 9—29.

Аналогичного эффекта можно достичь, например, требованием о применении последствий недействительной сделки.

Никаких иных следов возможности признания отсутствия вещного права в законодательстве не обнаружено. При этом необходимо помнить, что в ст. 12 ГК РФ речь идет не о всяких иных способах, а лишь о тех, которые предусмотрены законом. Таким образом, неизбежен следующий вывод: если признание права или обременения отсутствующим — это непременно самостоятельный и новый способ защиты, а защита осуществляется лишь способами, предусмотренными в законе, то, поскольку законодателю он неизвестен, до внесения соответствующих изменений его применение невозможно. Безусловно, подобные рассуждения идут вразрез с потребностями субъектов гражданского оборота.

Во-вторых, обсуждаемый подход несовершенен с теоретической точки зрения. Представляется, что признание права или обременения отсутствующим не обладает степенью нетождественности, требующей его закрепления на уровне самостоятельного способа защиты гражданских прав. Во всяком случае, ни в настоящем исследовании, ни у сторонников придания данному средству самостоятельного характера не обнаружены принципиально несовместимые качества, не позволяющие рассматривать его в качестве разновидности признания вещного права.

Это третий и, как нам представляется, наиболее оптимальный вариант решения поставленной проблемы, который, в свою очередь, имеет собственных сторонников. Так, данной точки зрения придерживается В. В. Витрянский: обсуждая природу требований о признании недействительным зарегистрированного права, он рекомендует для правильной ква-

лификации рассматривать данное требование как иск о признании права собственности на соответствующее недвижимое имущество²³.

Комментируя положения абз. 4 п. 52 Постановления № 10/22, А. М. Эрделевский отмечает, что в нем, по существу, предложен способ защиты гражданских прав, прямо не предусмотренный законом, что формально противоречит ст. 12 ГК РФ, однако это противоречие устраняется путем расширительного толкования такого предусмотренного ст. 12 ГК РФ способа защиты гражданских прав, как признание права²⁴. Схожего мнения придерживается К. И. Скловский²⁵.

Вместе с тем в приведенных работах обсуждаемый вопрос упоминается вскользь, к сожалению, отсутствует развернутая аргументация занимаемой авторами позиции.

Прежде всего представление об иском о признании в положительном и отрицательном значении отвечает исторической традиции. Именно в данном контексте понимал иски о признании профессор В. М. Гордон, указывавший на возможность судебного подтверждения существования или же несуществования, отсутствия правоотношения²⁶. По мнению ученого, юридический интерес к негативному иску о подтверждении правоотношения, как и при иске позитивном, состоит в том, чтобы добиться законной силы судебного решения по вопросу о существовании правоотношения²⁷, во всяком случае, результат будет тот же — устранение неопределенности в правовой позиции истца и ответчика²⁸.

Первым пределом, предопределяющим единство положительного и отрицательного признания вещного права, выступает общая правовая цель — устранение неопределенности относительно наличия (отсутствия) вещного права. В этом выражается единство,

²³ Витрянский В. Некоторые проблемы защиты права собственности на недвижимость // *Хозяйство и право*. 2008. С. 32—41.

²⁴ Эрделевский А. М. О судебном подходе к защите вещных прав // СПС «КонсультантПлюс». 2011.

²⁵ Скловский К. И. Применение законодательства о собственности. Трудные вопросы : Комментарий постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29 апреля 2010 г., постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54, информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153. М. : Статут, 2014. С. 101.

²⁶ Гордон В. М. Иски о признании. Ярославль, 1906. С. 46.

²⁷ Гордон В. М. Указ. соч. С. 233.

²⁸ Указ. соч. С. 234.

дифференциация проявляется в том, что путем отрицательного признания устраняется коллизия исключительно между зарегистрированными вещными правами, а также дополнительно возможно устранение неопределенности в свойствах объекта имущественных прав.

Второй предел связан общностью признаков рассматриваемых правовых средств: вещным характером, признаком абсолютного действия, правоподтверждающим эффектом, юрисдикционной формой. Дифференциация выражена в исключительном (специальном) характере признания права или обременения отсутствующим по отношению к положительному признаку вещного права.

Различны основания правовых конфликтов, разрешаемых посредством сравниваемых средств. Как интуитивно верно заметил К. И. Скловский, иском об отсутствии права истец должен защищаться от наличных, уже совершенных или совершающихся действий ответчика, основанных на спорном праве²⁹. Основания и сфера действия признания права или обременения отсутствующим имеют строго очерченные пределы. В случае с положительным признанием вещного права основанием охранительного отношения выступает состояние оспаривания субъективного права,

что значительно расширяет границы его применения.

Единством характеризуется ряд условий, в частности признание вещного права допустимо лишь в отношении индивидуально-определенного имущества, сохранившегося в натуре; обязательно наличие спора о праве, а также владение спорным имуществом и др.

Таким образом, вышеизложенное свидетельствует о единой природе положительного и отрицательного признания вещных прав. В процессе правоприменения заявленное требование о признании вещного права отсутствующим (правовое средство) следует квалифицировать в качестве разновидности признания права как способа защиты.

С точки зрения законодательного решения настоящий вывод может быть оформлен путем дополнения ст. 232 проекта федерального закона № 47538-630 пунктом 4:

«4. В случае нарушения абсолютной правовой связи, выраженного в юридическом присвоении зарегистрированного вещного права или его обременении несуществующими, а равно несоответствующими заявленным качествам вещными правами, может быть предъявлено требование о признании вещного права отсутствующим».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Барон Ю. Система римского гражданского права : в 6 кн. / предисл. канд. юрид. наук В. В. Байбака. — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2005. — 1100 с.
2. Брюхов Р. Б. Диспозитивность в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2006. — 200 с.
3. Витрянский В. Некоторые проблемы защиты права собственности на недвижимость // Хозяйство и право. — 2008. — С. 32—41.
4. Гордон В. М. Иски о признании. — Ярославль, 1906. — 392 с.
5. Гражданское право : в 4 т. : учебник для студентов / И. А. Зенин, Е. В. Кулагин, Е. А. Суханов, А. Е. Шершобитов ; под отв. ред. Е. А. Суханова. 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — 720 с. — Т. 1 : Общая часть.
6. Груздев В. В. Проблемы негативной защиты // Цивилист. — 2012. — № 2. — С. 41—43.

²⁹ Скловский К. И. Об условиях предъявления иска о признании права собственности // Вестник ВАС РФ. 2008. № 1. С. 38—47.

³⁰ Проект федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в первом чтении 27 апреля 2012 г.) // Доступ из Справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

7. Губарева А. В., Латыев А. Н. Недвижимость за рубежом. Правовые вопросы : учеб. пособие. — Екатеринбург : Уральская гос. юрид. академия, 2014. — 131 с.
8. Коробкова К. Доказывание отсутствия права // ЭЖ-Юрист. — 2013. — № 40. — С. 13.
9. Красавчиков О. А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. — Свердловск, 1973. — С. 5—16.
10. Моргунов С. В. Актуальные вопросы оспаривания зарегистрированного права на недвижимость // Вестник ВАС РФ. — 2008. — № 5. — С. 9—29.
11. Оганесян А. Н. Особенности применения вещно-правовых способов защиты гражданских прав на недвижимое имущество : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2012. — 189 с.
12. Петрушкин В. А. Иск о признании права (обременения) отсутствующим в системе способов защиты прав на недвижимость // Ученые записки Казанского государственного университета. Серия : Гуманитарные науки. — 2013. — Т. 155. — Кн. 4. — С. 137—144.
13. Подшивалов Т. П. Вещные иски: проблемы теории и практики : монография. — М. : Инфра-М, 2014. — 279 с.
14. Подшивалов Т. П. Негаторный иск : дис. ... канд. юрид. наук. — Челябинск, 2011. — 197 с.
15. Сеницын С. А. Исковая защита вещных прав на объекты недвижимости в гражданском праве России и правовых системах германского типа: актуальные проблемы. — М. : Инфотропик Медиа, 2014. — 44 с.
16. Скловский К. И. Об условиях предъявления иска о признании права собственности // Вестник ВАС РФ. — 2008. — № 1. — С. 38—47.
17. Скловский К. И. Применение законодательства о собственности. Трудные вопросы : Комментарий постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29 апреля 2010 г., Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54, информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153. — М. : Статут, 2014. — 205 с.
18. Тубольцев А. С. Правовая природа иска о признании права отсутствующим // Законность и правопорядок в современном обществе : сборник материалов XV Международной научно-практической конференции. — Новосибирск : Изд-во ЦРНС, 2013. — С. 43—52.
19. Файзрахманов К. Р. Вещные качества иска о признании права или обременения отсутствующим // Вестник экономики, права и социологии. — 2014. — № 3. — С. 173—176.
20. Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права. — М. : Статут, 2013. — 350 с.
21. Хаян А. В. Защита прав собственника от нарушений, не связанных с лишением владения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 1974. — 21 с.
22. Эрделевский А. М. О судебном подходе к защите вещных прав // СПС «КонсультантПлюс». — 2011.

Материал поступил в редакцию 13 августа 2015 г.

ACKNOWLEDGEMENT OF THE RIGHT OR ENCUMBRANCE AS MISSING IN THE SYSTEM OF PROPRIETARY RIGHTS PROTECTION

FAIZRAKHMANOV Karim Rafisovich — Postgraduate student of the Department of Civil and Business Law of the Kazan (Volga) Federal University
k.fayzrakhmanov@yandex.ru
420138, Republic of Tatarstan, Kazan, ul. Fuchika, d.2b, kv.84.

Review. *With the development of the civil circulation, law faces with the appearance of new remedies in the legal activity of a citizen that require the law upholder to provide their proper identification in the system of civil law remedies. Resorting to an insufficient remedy still remains a common ground to deny judicial protection. The article is devoted to the study of the legal nature of negative acknowledgment as the means of protecting proprietary interests. The author describes the main approaches to the development of the system of property claims and criticizes the existing traditional schemes. On the basis of the instrumental theory of law, the author suggests that a new approach to the delimitation of the categories of means and methods of protection of civil rights should*

be applied. In the absence of an appropriate legislative solution, the author concludes that the approach of the law enforcer that qualifies the remedy in question as a nugatory way of protection is unreasonable. The author proposes an alternative solution to this practical problem and its scientific explanation.

Keywords: *remedy, system of ways of protection, proprietary interest, acknowledging the right as missing.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Baron Ju.* Sistema rimskogo grazhdanskogo prava : v 6 kn. / predisl. kand. jurid. nauk V. V. Bajbaka. — SPb. : Juridiskij centr-Press, 2005. — 1100 s.
2. *Brjuhov R. B.* Dispozitivnost' v grazhdanskom prave Rossii : dis. ... kand. jurid. nauk. — Ekaterinburg, 2006. — 200 s.
3. *Vitrjanskij V.* Nekotorye problemy zashhity prava sobstvennosti na nedvizhimost' // Hozjajstvo i pravo. — 2008. — S. 32—41.
4. *Gordon V. M.* Iski o priznanii. — Jaroslavl', 1906. — 392 s.
5. *Grazhdanskoe pravo : v 4 t. : uchebnik dlja studentov / I. A. Zenin, E. V. Kulagin, E. A. Suhanov, A. E. Sherstobitov ; pod otv. red. E. A. Suhanov.* 3-e izd., pererab. i dop. — M. : Volters Kluver, 2006. — 720 s. — T. 1 : Obshhaja chast'.
6. *Gruzdev V. V.* Problemy negatornoj zashhity // *Civilist.* — 2012. — № 2. — S. 41—43.
7. *Gubareva A. V., Latyev A. N.* Nedvizhimost' za rubezhom. Pravovye voprosy : ucheb. posobie. — Ekaterinburg : Ural'skaja gos. jurid. akademija, 2014. — 131 s.
8. *Korobkova K.* Dokazyvanie otsutstvija prava // *JeZh-Jurist.* — 2013. — № 40. — S. 13.
9. *Krasavchikov O. A.* Otvetstvennost', mery zashhity i sankcii v sovetskom grazhdanskom prave // Problemy grazhdansko-pravovoj otvetstvennosti i zashhity grazhdanskih prav. — Sverdlovsk, 1973. — S. 5—16.
10. *Morgunov S. V.* Aktual'nye voprosy osparivanija zaregistrovannogo prava na nedvizhimost' // *Vestnik VAS RF.* — 2008. — № 5. — S. 9—29.
11. *Oganesjan A. N.* Osobennosti primeneniya veshhno-pravovyh sposobov zashhity grazhdanskih prav na nedvizhimoe imushhestvo : dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2012. — 189 s.
12. *Petrushkin V. A.* Isk o priznanii prava (obremereniya) otsutstvujushhim v sisteme sposobov zashhity prav na nedvizhimost' // *Uchenye zapiski Kazanskogo gosudarstvennogo universiteta. Serija : Gumanitarnye nauki.* — 2013. — T. 155. — Kn. 4. — S. 137—144.
13. *Podshivalov T. P.* Veshhnye iski: problemy teorii i praktiki : monografija. — M. : Infra-M, 2014. — 279 s.
14. *Podshivalov T. P.* Negatornyj isk : dis. ... kand. jurid. nauk. — Cheljabinsk, 2011. — 197 s.
15. *Sinicyan S. A.* Iskovaja zashhita veshhnyh prav na ob#ekty nedvizhimosti v grazhdanskom prave Rossii i pravoporjadkah germanskogo tipa: aktual'nye problemy. — M. : Infotropik Media, 2014. — 44 s.
16. *Sklovskij K. I.* Ob uslovijah pred#javlenija iska o priznanii prava sobstvennosti // *Vestnik VAS RF.* — 2008. — № 1. — S. 38—47.
17. *Sklovskij K. I.* Primenenie zakonodatel'stva o sobstvennosti. Trudnye voprosy : Kommentarij postanovlenija Plenuma Verhovnogo Suda RF № 10, Plenuma VAS RF № 22 ot 29 aprelja 2010 g., aostanovlenija Plenuma VAS RF ot 11 ijulja 2011 g. № 54, informacionnogo pis'ma Prezidiuma VAS RF ot 15 janvarja 2013 g. № 153. — M. : Statut, 2014. — 205 s.
18. *Tubol'cev A. S.* Pravovaja priroda iska o priznanii prava otsutstvujushhim // *Zakonnost' i pravoporjadok v sovremennom obshhestve : sbornik materialov XV Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoj konferencii.* — Novosibirsk : Izd-vo CRNS, 2013. — S. 43—52.
19. *Fajzrahmanov K. R.* Veshhnye kachestva iska o priznanii prava ili obremeneniya otsutstvujushhim // *Vestnik jekonomiki, prava i sociologii.* — 2014. — № 3. — S. 173—176.
20. *Filippova S. Ju.* Instrumental'nyj podhod v nauke chastnogo prava. — M. : Statut, 2013. — 350 s.
21. *Hajanjan A. V.* Zashhita prav sobstvennika ot narushenij, ne svjazannyh s lisheniem vladenija : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — Saratov, 1974. — 21 s.
22. *Jerdelevskij A. M.* O sudebnom podhode k zashhite veshhnyh prav // *SPS «Konsul'tantPljus».* — 2011.

ГРАЖДАНСКОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

А. О. Манташян*

Срок для добровольного исполнения требований неимущественного характера

Аннотация. Статья посвящена исследованию правовой природы срока для добровольного исполнения и порядка его предоставления в процессе исполнения требований неимущественного характера. В статье также раскрывается сущность правоотношений, возникающих в исполнительном производстве при предоставлении срока для добровольного исполнения.

Ключевые слова: исполнительное производство, срок для принудительного исполнения, требования неимущественного характера, материальные правоотношения, гражданские процессуальные правоотношения.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.123-130

Вопросы правовой природы и порядка исчисления срока для добровольного исполнения актуальны во все времена и вызывают дискуссии в процессуальной доктрине ввиду недостаточной урегулированности данной сферы отношений законом. По общему правилу судебный пристав-исполнитель, возбуждая исполнительное производство, предоставляет должнику срок для добровольного исполнения содержащихся в исполнительном документе требований, продолжительностью пять дней со дня получения должником постановления о возбуждении исполнительного производства (п. 11, 12 ст. 30 ФЗ № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»). Однако данная норма вызывает сложности практического применения, а сама необходимость и установленная законом обязательность пре-

доставления должнику такого срока критикуется в современной процессуальной доктрине.

Точки зрения ученых касательно вопроса целесообразности предоставления должнику срока для добровольного исполнения различны. Большинство авторов, в частности Л. В. Белоусов, И. Б. Морозова, О. В. Исаенкова, В. М. Шерстюк, В. В. Ярков, Н. Н. Ткачева, В. А. Рязоновский, А. В. Сигуля, считают, что предоставление срока на добровольное исполнение как имущественных, так и неимущественных требований является бессмысленной нормой, затягивающей процедуру исполнения и потому снижающей в целом эффективность исполнительного производства. Другие ученые, в том числе Е. Н. Кузнецов, А. Х. Агеев, Г. Д. Улетова, Д. Я. Малешин, настаивают на необходимости сохранения данного срока, а

© Манташян А. О., 2016

* Манташян Ани Овиковна, аспирантка кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) any.90@mail.ru
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

в некоторых случаях — даже его увеличения, в целях наиболее эффективной реализации гарантий прав должника в исполнительном производстве. В обоснование данной позиции указывается, что предоставление должнику срока для добровольного исполнения — оправданная и достаточно эффективная мера, а предусмотренный законом пятидневный срок является достаточным и необходимым для обеспечения добровольного исполнения должником требований исполнительного документа¹. Кроме того, нередко на страницах юридической прессы встречаются предложения некоторых авторов об усилении в целом характера добровольного исполнения путем возведения правила добровольности исполнения судебных актов в основной принцип деятельности хозяйствующих и иных субъектов гражданского оборота².

Не вдаваясь в дискуссию, отметим, что основной вопрос, встающий перед учеными, сводится к тому, является ли добровольное исполнение должником требований исполнительного документа в ходе возбужденного исполнительного производства правом или обязанностью должника. Взгляды на разрешение данной проблемы также существенно различны³.

Представляется, что для ответа на указанный вопрос необходимо обратиться к сути существующих на момент принудительного исполнения правоотношений, субъектом которых является должник.

В первую очередь должник является субъектом материального правоотношения между должником и взыскателем, в рамках которого наличие материально-правовой обязанности должника подтверждено обязательным для сторон материального правоотношения актом юрисдикционного органа, например судебным решением, вступившим в законную силу. Следовательно, у должника перед кредитором в силу норм материального права, регулирующих спорное материальное правоотношение, до момента вступления решения в законную

силу, и даже до момента обращения кредитора в суд, есть обязанность исполнить принятые на себя материально-правовые обязательства, причем исполнить именно добровольно. Эта обязанность существует в рамках гражданского правоотношения до процесса, во время процесса и после процесса.

После возбуждения исполнительного производства возникает правоотношение в исполнительном производстве между судебным приставом-исполнителем и должником. Поскольку исполнительное производство возбуждается с целью принудительного исполнения актов юрисдикционных органов, именно на органы принудительного исполнения возложена обязанность совершения всех необходимых и достаточных действий, направленных на принудительное исполнение требований исполнительного документа. Иными словами, на службу судебных приставов-исполнителей возложена обязанность принудительного исполнения. Знаменательно, что возникающие в исполнительном производстве правоотношения между судебным приставом-исполнителем и сторонами исполнительного производства имеют процессуально-правовую природу. В рамках данных правоотношений судебный пристав-исполнитель обязан совершить исполнительные действия, направленные на принудительное исполнение требований исполнительного документа, а взыскатель имеет право требовать от судебного пристава-исполнителя совершения данных действий. Именно в этих, назовем их исполнительными, правоотношениях реализуется возможность приведения в действие конкретных мер и процедур принудительного исполнения, совершения исполнительных действий, направленных на принудительную реализацию требований исполнительных документов. В указанном аспекте орган принудительного исполнения является именно тем субъектом, который должен обеспечить принудительное исполнение постановлений, обязательность реализации которых была проигнорирована должником. Судебный

¹ Малешин Д. Я. Исполнительное производство (функции суда). М., 2003. С. 125.

² Кузнецов Е. Н. Исполнительное производство Франции. СПб., 2005. С. 237.

³ Гринько Ю. И. Исполнение судебных решений. Казань, 1969. С. 27 ; Смецкая А. М. Исполнение судебных постановлений путем обращения взыскания на имущество граждан и заработную плату : дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1968. С. 154.

пристав-исполнитель должен возбудить исполнительное производство на основании поступившего к нему исполнительного документа (при отсутствии оснований для отказа в возбуждении), затем совершить исполнительные действия и применить меры принудительного исполнения, соответствующие требованиям исполнительного документа и необходимые для их принудительной реализации.

Отметим, что действующее законодательство об исполнительном производстве закрепляет обязанность судебного пристава-исполнителя предоставить должнику срок для добровольного исполнения. Данный срок предоставляется для обеспечения гарантии реализации прав должника как субъекта процессуального правоотношения. При этом нам представляется, что само добровольное исполнение на данном этапе в установленный законом срок является именно правом должника, как участника правоотношения в исполнительном производстве. Во-первых, это право должника прямо закреплено законом, во-вторых, оно выражается в обязанности пристава-исполнителя предоставить срок для добровольного исполнения. Реализация должником данного права позволяет ему, несмотря на возбуждение исполнительного производства и начало процедуры принудительного исполнения, избежать такого негативного последствия, как взыскание исполнительского сбора.

В контексте вышеизложенного суть добровольного исполнения состоит в предоставлении должнику гарантий соблюдения его процессуальных прав. Применительно к неимущественным требованиям это такие права, как право организовать совершение действий, не связанных с передачей денежных средств или имущества, например посредством привлечения третьих лиц для исполнения решения, требования которого не связаны с передачей имущества или денежных средств.

При рассмотрении вопроса об особенностях принудительного исполнения требований исполнительных документов, обязывающих должника совершить определенные действия,

не связанные с передачей имущества или денег, необходимо четко разграничивать добровольное исполнение как право и исполнение как меру принудительной реализации. Особенно это касается исполнения требований документов, обязывающих должника совершить определенные действия, которые по своей природе могут быть совершены только должником, поскольку нет никакого иного способа исполнить требование исполнительного документа.

Когда речь идет об исполнении неимущественного требования⁴ в срок для добровольного исполнения и, как следствие, об отсутствии необходимости уплаты должником исполнительского сбора, мы говорим о реализации должником своего права и об избежании им негативных последствий. Если же речь идет о необходимости совершения действий, за неисполнение которых на должника накладывается штраф, это уже не право, а обязанность должника выполнять указания пристава, сделанные в рамках конкретной меры принудительного исполнения. В этом проявляется особенность исполнительных правоотношений, возникающих при реализации требований неимущественного характера.

Правовая природа требований неимущественного характера такова, что должник не обязан совершать какие-либо действия, связанные с изменением линии своего поведения. Судебный пристав-исполнитель должен найти имущество и денежные средства должника, наложить на них арест, при необходимости изъять и реализовать имущество должника, совершать другие предусмотренные законом действия в целях реализации требований исполнительного документа.

Касательно же исполнения требований неимущественного характера очевидно, что правоотношения между должником и судебным приставом-исполнителем носят другую направленность, несмотря на отсутствие законодательного разграничения правил исполнения по данной категории дел. В том случае, если действие может быть совершено только

⁴ В силу положений главы 13 ФЗ № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» требования, обязывающие должника совершить определенные действия, не связанные с передачей имущества или денежных средств, либо воздержаться от их совершения именуется требованиями неимущественного характера.

должником и никто другой его совершить не может, мы можем говорить о процессуальной обязанности совершения исполнительного действия перед приставом, за неисполнение которой следует определенная законом санкция — административный штраф. Во всех других случаях при исполнении требований неимущественного характера пристав должен совершать исполнительные действия сам либо организовывать их совершение (например, снести забор, демонтировать рекламную конструкцию и т.п.).

Соответственно, в рамках рассматриваемых правоотношений у должника возникает процессуальное право (как мера возможного поведения) исполнить неимущественные требования в срок для добровольного исполнения и процессуальная обязанность исполнить указания судебного пристава-исполнителя в рамках механизма принудительного исполнения требований исполнительного документа. При этом у судебного пристава-исполнителя возникает корреспондирующая обязанность перед должником предоставить срок для добровольного исполнения и не взыскивать исполнительский сбор, а также обязанность понудить должника совершить конкретные действия и требовать исполнения исполнительного документа в рамках механизма принудительного исполнения.

В отношении имущественных взысканий право на добровольное исполнение и начало механизма принудительной реализации законом четко разграничивается. Однако применительно к неимущественным взысканиям четкого законодательного разграничения механизма добровольного и принудительного исполнения нет, что является пробелом в правовом регулировании особенностей процедуры принудительного исполнения по данной категории дел.

При рассмотрении процедуры принудительного исполнения требований неимущественного характера, в силу положений п. 11, 12 ст. 30 и п. 1 ст. 105 ФЗ № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве», необходимо выделять срок для добровольного исполнения, который по общим правилам должен предоставляться

судебным приставом-исполнителем должнику, — пять дней со дня получения должником постановления о возбуждении исполнительного производства. Каких-либо исключений для категории дел неимущественного характера законодательством не предусмотрено. Однако для некоторых категорий дел неимущественного характера предоставление срока для добровольного исполнения нецелесообразно из-за невозможности его реализации на практике. Например, при исполнении исполнительного документа об участии в воспитании детей предоставление судебным приставом-исполнителем пятидневного срока для добровольного исполнения представляется нелогичным, поскольку нет объективной возможности исполнить содержащиеся в исполнительном документе требования в столь короткий срок в связи с дилататорским характером самих требований. Выходит, что, с одной стороны, по всем категориям дел законодатель закрепил единый срок для добровольного исполнения, а с другой стороны, в рамках изложенной общей формулировки, применительно к неимущественным взысканиям, предоставление этого срока невозможно либо нецелесообразно. Данный вывод следует из судебной практики.

Так, Советским городским федеральным судом Калининградской области по делу № 2-142/12 выдан исполнительный лист серии ВС № 007497270 об обязанности администрации Советского городского округа Калининградской области произвести капитальный ремонт кровли и фасада многоквартирного жилого дома, а также капитальный ремонт потолочного перекрытия туалетной комнаты⁵. Работы по капитальному ремонту кровли произвести в соответствии с локальной сметой, а именно выполнить: разборку покрытий кровель из рулонных материалов; смену обрешетки с прозорами из досок толщиной до 50 мм; смену обрешетки сплошным настилом из досок толщиной до 30 мм; ремонт деревянных элементов конструкций крыш — укрепление стропильных ног, смену отдельных частей мауэрлантов, разборку бетонных оснований под полы на гравии; устройство подстилающих слоев щебенчатых, устройство подстилающих сло-

⁵ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.08.2013 по делу № А21-3024/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

ев бетонных оснований и выполнение других работ. На основании указанного исполнительного листа постановлением судебного пристава-исполнителя возбуждено исполнительное производство, должнику установлен срок для добровольного исполнения требований, содержащихся в исполнительном документе. Очевидно, что данные требования не могут быть исполнены в предоставленный судебным приставом срок для добровольного исполнения, поскольку совершить вышеперечисленные действия в пятидневный срок объективно невозможно в силу специфики обстоятельств дела, необходимости совершения определенных действий, привлечения других лиц и других объективных причин.

Второй срок, выделяемый нами при рассмотрении процедуры исполнения неимущественных требований, — это срок исполнения требований исполнительного документа, обязывающих должника совершить действия, не связанные с передачей денежных средств или имущества. Речь идет о механизме принудительного исполнения в случае нереализации должником своего права на добровольное исполнение.

Стоит отметить, что процедура добровольного исполнения судебных актов арбитражных судов и судов общей юрисдикции, несмотря на свое законодательное закрепление, не получила четкого и детального регулирования. Как верно указывает А. В. Юдин, единственная тому причина — кажущееся отсутствие необходимости в правовой регламентации добровольного исполнения лицом судебного акта⁶. Действительно, если должник или ответчик добровольно исполняют требования исполнительного документа, то исчезает сам предмет возможного правового воздействия, поскольку отношения получают логическое и желательное завершение. В некоторых редких случаях дело обстоит именно так. Однако определен-

ные ситуации, связанные с добровольным исполнением, несомненно, требуют правовой регламентации, на что неоднократно указывалось на страницах юридической прессы⁷. Так, В. П. Кудрявцева считает, что предоставление срока для добровольного исполнения при исполнении требований, обязывающих должника воздержаться от совершения действий, нецелесообразно. В таких случаях обязанность должника исполнить требование исполнительного документа зависит от воли взыскателя на совершение активных действий. Например, в делах о нечинении препятствий взыскателю в производстве работ начало течения срока на пассивное поведение возможно только с того момента, когда сам взыскатель начнет осуществлять действия, совершению которых должник препятствовал. Кроме того, в случае возбуждения исполнительного производства у судебного пристава-исполнителя нет полномочия обязывать взыскателя реализовывать свое право⁸.

В юридической практике зачастую встречаются требования, которые фактически и формально могут быть исполнены в срок для добровольного исполнения, однако в силу особого характера неимущественных требований их реализация в столь короткий срок невозможна. Так, постановлением Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 31 марта 2014 г. по делу № 18АП-2177/2014 отказано в удовлетворении апелляционной жалобы администрации Копейского городского округа Челябинской области на решение нижестоящего суда, которым, в свою очередь, отказано в удовлетворении заявления администрации к Управлению Федеральной службы судебных приставов по Челябинской области о признании незаконным и отмене постановления о привлечении к административной ответственности в виде назначения административного штрафа. Как следует из материалов дела,

⁶ Юдин А. В. Проблемы добровольного исполнения судебных актов (по материалам постановлений Президиума ВАС РФ от 14 декабря 2010 г. № 8893/10 и № 3809/07) // Вестник гражданского процесса. 2011. № 1. С. 266—280.

⁷ См., например: Мурашкина Д. Добровольное исполнение решения суда. Как не заплатить дважды // Юрист компании. 2011. № 4. С. 24—27.

⁸ Кудрявцева В. П. Отдельные проблемы предоставления срока на добровольное исполнение в исполнительном производстве при реализации требований неимущественного характера // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 3. С. 46—51.

судебным приставом-исполнителем вынесено постановление о возбуждении исполнительного производства во исполнение решения суда о возложении на администрацию обязанности предоставить взыскателю по договору социального найма благоустроенное жилое помещение — квартиру, состоящую не менее чем из двух комнат, отвечающее установленным санитарным нормам, в черте Копейского городского округа, общей площадью не менее 38,5 кв. м. Указанным постановлением должнику установлен пятидневный срок для добровольного исполнения требований, содержащихся в исполнительном документе. В обоснование апелляционной жалобы заявитель, не оспаривая факт неисполнения им требований неимущественного характера в установленный судебным приставом-исполнителем пятидневный срок, обращает внимание на отсутствие его вины в совершении административного правонарушения. В частности, администрация полагает, что исполнить требования судебного пристава-исполнителя в установленный срок было невозможно из-за сложного финансового положения, дефицита бюджета и в связи с большим количеством судебных актов по предоставлению жилых помещений гражданам, жилые помещения которых были признаны непригодными для проживания. В постановлении суд указывает, что довод заявителя о дефиците бюджета не может быть принят судом апелляционной инстанции, поскольку такое обстоятельство не является основанием для неисполнения судебного акта, в том числе в срок для добровольного исполнения.

По требованиям неимущественного характера, исполнение которых возможно без личного участия должника, срок для добровольного исполнения также имеет свои особенности. Так, на основании исполнительного листа, выданного Арбитражным судом Тюменской области по делу № А70-2541/2013, судебным приставом-исполнителем возбуждено исполнительное производство № 15157/13/27/72 по обязанности ОАО «Роспечать» освободить земельный участок, площадью 10,8 кв. м, путем проведения демонтажа временной постройки (киоска «Тюмень-Пресс») и вывоза данного имущества. Взыскателем по делу является администрация города Тюмени. В постановлении обществу предложено в пятидневный срок с момента получения копии постановления

добровольно исполнить требования исполнительного документа. Обжалуя в судебном порядке постановление о привлечении должника к административной ответственности, заявитель указывал на объективную невозможность исполнить требования исполнительного документа в пятидневный срок.

Отметим, что при принудительном исполнении требований неимущественного характера, исполнение которого возможно без личного участия должника, судебный пристав-исполнитель является главным субъектом, на которого законом накладывается обязанность совершения действий, которые могут обеспечить реализацию судебного решения. Такие действия, как, например, снести забор, демонтировать рекламную конструкцию и др., могут быть исполнены судебным приставом-исполнителем в силу того, что отсутствует их связь с личностью должника и его поведением. Здесь в рамках исполнительных правоотношений у должника не возникает обязанности совершения указанных действий, тогда как судебный пристав-исполнитель обязан привести в исполнение требование исполнительного документа путем самостоятельного совершения исполнительных действий либо путем организации их совершения. Соответственно, предоставление срока для добровольного исполнения нецелесообразно ввиду возможности организации исполнения требований самим приставом. Ссылка на пп. 7 п. 3 ст. 68, п. 2 ст. 105 Закона, предоставляющие право судебному приставу-исполнителю совершать от имени и за счет должника действия, указанные в исполнительном документе, в случае, если эти действия могут быть совершены без личного участия должника, подтверждает изложенное. Предоставление срока для добровольного исполнения и, как следствие, взыскание исполнительского сбора, наложение административного штрафа на должника в данном случае будет свидетельствовать о бездействии самого судебного пристава-исполнителя, что, в свою очередь, влечет за собой признание факта бездействия государственной власти.

Подводя итог, отметим, что для четкого разграничения механизмов добровольного и принудительного исполнения касательно требований неимущественного характера необходимо законодательное закрепление, в первую очередь, границ перехода от добровольного

к принудительному исполнению, во-вторых, последствий неисполнения в обоих случаях должником указаний судебного пристава-исполнителя, в-третьих, положения о том, что добровольное исполнение — это право должника, а принудительное, напротив, — обязанность (в случаях, когда исполнительный документ может быть исполнен только должником), за неисполнение которой на должника накладывается санкция. Данное положение может выступать обоснованием правовой природы штрафа, предусмотренного Законом «Об исполнительном производстве», и объяснять целесообразность его наложения на должника в случае неисполнения обязанных действий, которые не могут быть совершены без его личного участия.

Проведенный анализ правовой природы правоотношений в исполнительном производстве позволяет утверждать, что срок для добровольного исполнения предписаний о совершении должником определенных действий, не связанных с передачей имущества или денежных средств, или о воздержании от них имеет свои характерные особенности, которые непосредственно влияют на характер, состав и длительность процедур в рамках исполнительного производства. Думается, что законодательная разработка особенностей и механизма предоставления данного срока для конкретных видов неимущественных взысканий — одна из актуальных сегодня задач по обеспечению гарантий соблюдения прав не только взыскателя, но и должника.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Агеев А. Х. Частноправовые и публично-правовые начала в исполнительном производстве : дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2004. — С. 42.
2. Гринько Ю. И. Исполнение судебных решений. — Казань, 1969. — С. 27.
3. Исаенкова О. В. Проблемы исполнительного права в гражданской юрисдикции / под ред. М. А. Виткут. — Саратов : Изд-во Саратовской гос. академии права. 2002. — С. 137, 138.
4. Кузнецов Е. Н. Исполнительное производство Франции. — СПб., 2005. — С. 237.
5. Малешин Д. Я. Исполнительное производство (функции суда). — М., 2003. — С. 125.
6. Мурашкина Д. Добровольное исполнение решения суда. Как не заплатить дважды // Юрист компании. — 2011. — № 4. — С. 24—27.
7. Рязановский В. А. Немедленное взыскание и обеспечение иска при принудительном исполнении по актам // Вестник права. — 1916. — № 7. — С. 177.
8. Смецкая А. М. Исполнение судебных постановлений путем обращения взыскания на имущество граждан и заработную плату : дис. ... канд. юрид. наук. — Харьков, 1968. — С. 154.
9. Ткачева Н. Н. Проблемы исполнения определений об обеспечении иска // Науч. тр. РАУОН : в 3 т. — М., 2004. — Вып. 4. — Т. 2. — С. 61.
10. Улетова Г. Д. Добровольное исполнение судебных решений: за и против // Актуальные проблемы развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений Конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и Европейского Суда по правам человека : сб. науч. ст. — Краснодар — СПб., 2008. — С. 232.
11. Юдин А. В. Проблемы добровольного исполнения судебных актов (по материалам постановлений Президиума ВАС РФ от 14 декабря 2010 г. № 8893/10 и № 3809/07) // Вестник гражданского процесса. — 2011. — № 1. — С. 266—280.

Материал поступил в редакцию 30 ноября 2015 г.

THE DEADLINE FOR VOLUNTARY EXECUTION OF NON-MONETARY CLAIMS

MANTASHIAN Ani Ovikovna, post-graduate at the Department of Civil and Administrative Court Procedure, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
any.90@mail.ru
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. *The article investigates the legal nature of the deadline for voluntary execution and the manner of its provision in the performance of non-monetary claims. The article also reveals the essence of legal relations arising in the enforcement proceedings in the provision of time limit for voluntary execution.*

Keywords: *enforcement proceedings, term for compulsory execution, non-monetary claims, material relations, civil procedure relationship.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Ageev A. H. Chastnopravovye i publichno-pravovye nachala v ispolnitel'nom proizvodstve : dis. ... kand. yurid. nauk. — Ekaterinburg, 2004. — S. 42.
2. Grin'ko Yu. I. Ispolnenie sudebnyh reshenij. — Kazan', 1969. — S. 27.
3. Isaenkova O. V. Problemy ispolnitel'nogo prava v grazhdanskoj yurisdikcii / pod red. M. A. Vikut. — Saratov : Izd-vo Saratovskoj gos. akademii prava. 2002. — S. 137, 138.
4. Kuznecov E. N. Ispolnitel'noe proizvodstvo Francii. — SPb., 2005. — S. 237.
5. Maleshin D. Ya. Ispolnitel'noe proizvodstvo (funkcii suda). — M., 2003. — S. 125.
6. Murashkina D. Dobrovol'noe ispolnenie resheniya suda. Kak ne zaplatit' dvazhdy // Yurist kompanii. — 2011. — № 4. — S. 24—27.
7. Ryazanovskij V. A. Nemedlennoe vzyskanie i obespechenie iska pri prinuditel'nom ispolnenii po aktam // Vestnik prava. — 1916. — № 7. — S. 177.
8. Smeckaya A. M. Ispolnenie sudebnyh postanovlenij putem obrashcheniya vzyskaniya na imushchestvo grazhdan i zarabotnuyu platu : dis. ... kand. yurid. nauk. — Har'kov, 1968. — S. 154.
9. Tkacheva N. N. Problemy ispolneniya opredelenij ob obespechenii iska // Nauch. tr. RAYuN : v 3 t. — M., 2004. — Vyp. 4. — T. 2. — S. 61.
10. Uletova G. D. Dobrovol'noe ispolnenie sudebnyh reshenij: za i protiv // Aktual'nye problemy razvitiya sudebnoj sistemy i sistemy dobrovol'nogo i prinuditel'nogo ispolneniya reshenij Konstitucionnogo Suda RF, sudov obshchej yurisdikcii, arbitrazhnyh, tretejskih sudov i Evropejskogo Suda po pravam cheloveka : sb. nauch. st. — Krasnodar — SPb., 2008. — S. 232.
11. Yudin A. V. Problemy dobrovol'nogo ispolneniya sudebnyh aktov (po materialam postanovlenij Prezidiuma VAS RF ot 14 dekabrya 2010 g. № 8893/10 i № 3809/07) // Vestnik grazhdanskogo processa. — 2011. — № 1. — S. 266—280.

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

В. И. Малкина*

Корпоративный конфликт в современной России: понятие и актуальные вопросы правового регулирования

Аннотация. В Российской Федерации корпоративные отношения сравнительно недавно получили свое легальное закрепление в положениях Гражданского кодекса. Поскольку длительная и единая законодательная и правоприменительная практика по вопросам, связанным с деятельностью юридических лиц, в Российской Федерации отсутствует, корпоративные отношения зачастую являются сферой различных правонарушений и юридических конфликтов¹. Актуальность темы на данный момент обострена в связи с принятием новых положений в сфере корпоративного права, что дало прочный законодательный фундамент для новых исследований с позиции норм российского права.

Ключевые слова: корпоративное право, корпорация, корпоративный конфликт, корпоративный спор, корпоративные правоотношения.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.131-136

В начале настоящего исследования считаем необходимым отметить, что корпоративный конфликт возможен только в рамках корпорации, понятие, виды и признаки которой теперь названы в Гражданском кодексе Российской Федерации² на основании того, что корпоративные отношения полностью вклю-

чены в предмет гражданского права (ст. 2 ГК РФ). Таким образом, возникновение корпоративного конфликта возможно только в рамках корпоративных отношений, которые являются отношениями, связанными с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (ст. 2 ГК РФ)³.

¹ Постоянный рост количества дел по корпоративным спорам подтверждает отчет Арбитражного суда г. Москвы (см.: официальный интернет-ресурс Арбитражного суда г. Москвы. Раздел «Отчет об итогах работы суда». URL: http://www.msk.arbitr.ru/about/court_report/ (дата обращения: 18.10.2015 г.).

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (с изм. и доп. от 22 октября 2014 г. № 315-ФЗ) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

³ Больше о корпоративных отношениях см.: Корпоративные отношения: комплексные проблемы теоретического изучения и нормативно-правового регулирования : монография / А. Н. Беседин, Е. Н. Ефименко, Е. А. Козина, В. А. Лаптев ; отв. ред. Е. Д. Тягай. М. : Норма, Инфра-М, 2014 г. 144 с. О корпоративных конфликтах см.: Ефименко Е. Н., Лаптев В. А. Корпоративные конфликты (споры) : учеб.-практ. пособие. М., 2015. 233 с.

© Малкина В. И., 2016

* Малкина Виктория Ильинична, аспирантка Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (ИЗиСП)

malkina_victoria@mail.ru

Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушкинская, д. 34

Несмотря на проведение различных исследований учеными на протяжении многих лет⁴, термин «корпоративный конфликт» так и не получил легального законодательного закрепления и не занял в настоящий момент своего места в правовой системе Российской Федерации.

Прежде чем подвергнуть анализу существующие правовые взгляды на толкование исследуемого понятия, кратко определим сущность социальной природы конфликта в целом.

Обратим внимание на содержание понятия «конфликта, данного Л. Козером. По мнению этого конфликтолога, конфликт представляет собой «борьбу за ценности, претензии на определенный социальный статус, власть и недостаточные для всех духовные и материальные блага»; целями участников борьбы выступает такое нанесение ущерба, которое приводит к нейтрализации и уничтожению соперника⁵.

В. Н. Кудрявцев под юридическим конфликтом признает «любой конфликт, в котором спор так или иначе связан с правовыми отношениями сторон, следовательно, субъекты конфликта, их мотивация, объект обладают правовыми признаками, а сам конфликт влечет юридические последствия»⁶.

Такое определение взял за основу А. А. Данельян⁷.

Д. И. Дедов, проводивший исследования в области конфликтов интересов, определяет их как «противоречия между интересами, которые защищены правом и которые должны быть удовлетворены действиями другого уполномоченного принципалом лица (поверенного, агента, директора, доверительного

управляющего), и личными интересами этого уполномоченного»⁸.

В качестве корпоративных О. А. Макарова понимает конфликты, возникающие между органами управления хозяйствующего общества и его участниками, а также между самими участниками в том случае, если данный конфликт посягает на интересы общества⁹.

Е. И. Никологорская характеризует корпоративный конфликт как отношение, которое основано на коллизии интересов и прав, притом что действия субъектов такого отношения направлены на реализацию взаимоисключающих целей, к достижению которых они стремятся как участники таких корпоративных отношений¹⁰.

По мнению Е. В. Шимбаревой, под корпоративным конфликтом следует понимать «комплекс корпоративных правоотношений, сопровождающихся конфликтом интересов корпорации, участников корпорации, должностных лиц органов управления, объектом которого выступает корпоративный контроль»¹¹.

Хотелось бы также отметить, что определение корпоративного конфликта предполагалось закрепить в Кодексе корпоративного поведения, действовавшего на протяжении последних 12 лет. В его главе 10 было сформулировано: «Любое разногласие или спор между органом общества и его акционером, которые возникли в связи с участием акционера в обществе, либо разногласие или спор между акционерами, если это затрагивает интересы общества, по своей сути представляет собой корпоративный конфликт, так как затрагивает или может затронуть отношения внутри общества»¹².

⁴ См., например: *Андреева А. Р.* Правовое регулирование корпоративных конфликтов по законодательству Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011 ; *Данельян А. А.* Корпорация и корпоративные конфликты : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006 ; *Шимбарева Е. В.* Корпоративные конфликты и контроль: гражданско-правовой аспект : дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2010.

⁵ *Козер Л.* Социальный конфликт и теория социальных изменений. СПб., 1997. С. 63.

⁶ *Юридическая конфликтология / отв. ред. В. Н. Кудрявцев.* М., 1995. С. 48.

⁷ *Данельян А. А.* Указ. соч. С. 22.

⁸ *Дедов Д. И.* Конфликт интересов. М., 2004. С. 1.

⁹ *Макарова О. А.* Корпоративное право : учебник. М. : Волтерс Клувер, 2005. С. 345.

¹⁰ *Никологорская Е. И.* Урегулирование корпоративных конфликтов в акционерных правоотношениях // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2007. № 7. С. 46—51.

¹¹ *Шимбарева Е. В.* Указ. соч. С. 65.

¹² Распоряжение ФКЦБ РФ от 4 апреля 2002 г. № 421/р «О рекомендации к применению Кодекса корпоративного поведения» (вместе с «Кодексом корпоративного поведения»). Утратил силу // *Вестник ФКЦБ России.* 2002. № 4.

В связи с изданием письма Банка России от 10 апреля 2014 года № 06-52/2463 на сегодняшний день рекомендован Кодекс корпоративного управления (далее по тексту — Кодекс)¹³, который не содержит подобного положения.

Кодекс не является нормативным правовым актом, а выступает лишь в качестве свода различных рекомендаций и правил корпоративного управления в акционерном обществе. Кодекс корпоративного поведения, содержащий приведенное определение, также носил не обязательный, а лишь рекомендательный характер. К тому же в нем шла речь только об одном виде корпоративной коммерческой организации — об акционерных обществах, что не позволяет применять его к другим корпоративным организациям, в том числе некоммерческим.

Отдельного внимания заслуживает позиция А. А. Данельяна в отношении исследуемой категории. Автор в своей диссертации приходит к выводу о том, что корпоративный конфликт выступает в качестве внутриорганизационного конфликта, который свойственен только организациям корпоративного типа¹⁴.

На наш взгляд, с учетом внесенных на сегодня в нормы гражданского права изменений в части законодательного закрепления понятия корпорации приведенное А. А. Данельяном определение весьма приближено к современным условиям и обстоятельствам, но при этом остается в некоторой степени абстрактным.

В связи с этим наиболее адекватной характеристикой правовой природы корпоративного конфликта считаем позицию, высказанную В. А. Лаптевым, который определяет такой конфликт через понятие противоречия, разногласия, возникающего между сторонами корпоративных отношений¹⁵. Следует согласиться с указанным автором в том, что «корпоративный конфликт» выступает в качестве родового

понятия по отношению к специальному понятию «корпоративный спор», так как конфликт как любое возникшее разногласие можно урегулировать на его первоначальных этапах посредством переговоров, встреч, образования согласительной комиссии. Неразрешенный же корпоративный конфликт может перерасти в корпоративный спор, который подлежит урегулированию в судебном порядке по правилам, предусмотренным Арбитражно-процессуальным кодексом РФ¹⁶.

Отметим, что неправильным был бы подход, при котором корпоративный спор трактовался бы как следующая за корпоративным конфликтом стадия разногласия/противоборства/противоречия/столкновения.

Думается, что всякий корпоративный спор является корпоративным конфликтом, так как выступает одновременно социальным, правовым, относящимся к корпоративной гражданско-правовой сфере столкновением (противоречием, разногласием). Но не каждый корпоративный конфликт можно признать корпоративным спором, поскольку для последнего характерно обращение участника (участников) в компетентные органы за защитой права.

Таким образом, очевидно, что приведенные различные позиции ученых-теоретиков в области гражданского и корпоративного права, конфликтологов свидетельствуют об отсутствии определенности в понимании правовой природы исследуемого термина «корпоративный конфликт». Такая ситуация в науке препятствует реализации эффективного разрешения корпоративных конфликтов на практике.

До недавнего времени не было официально закрепленного понятия корпорации и не было известно наверняка о сущности такого вида юридического лица, в связи с чем все ранее предпринятые попытки выявления сути и особенностей корпоративного конфликта в рамках корпорации нельзя сегодня признать корректными и актуальными. Можно констатировать,

¹³ Письмо Банка России от 10 апреля 2014 г. № 06-52/2463 «О Кодексе корпоративного управления» // Вестник Банка России. 2014. № 40. 18 апр.

¹⁴ Данельян А. А. Указ. соч. С. 24.

¹⁵ Лаптев В. А. Корпоративные споры: понятие, виды и способы предотвращения // Предпринимательское право. 2007. № 4. С. 2—4.

¹⁶ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (с изм. и доп. от 31 декабря 2014 г. № 527-ФЗ) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

что на основании общей оценки исследований понятия и сущности корпорации и корпоративного конфликта степень достоверности их результатов следует признать крайне низкой.

Произвольная трактовка и использование понятийного аппарата является результатом утраты значения общеправового принципа правовой определенности законодательного глоссария, что впоследствии может повлечь за собой повышение уровня правового нигилизма в обществе.

Поэтому сегодня как никогда назрела острая необходимость в разработке и правовом закреплении содержания понятия «корпоративный конфликт» в нормах Гражданского кодекса РФ. Это было бы закономерным явлением в свете внесения в 2014 году законодательных изменений в общие положения о юридических лицах и введения нормативного регулирования понятия «корпорация».

Для каких целей это необходимо? На практике весьма часто складывается ситуация, когда о назревшем и развивающемся на первоначальных этапах корпоративном конфликте известно только лицам, непосредственно в нем участвующим, в то время как последствия такого конфликта могут затронуть интересы более широкого круга лиц. При наличии законодательно закрепленных признаков корпоративного конфликта стороны смогут своевременно принять меры, направленные на предотвращение нарушения их прав и законных интересов, а также на снижение размера ущерба от такого конфликта.

Таким образом, своевременная информированность о нахождении корпорации или ее участников в состоянии корпоративного конфликта позволит иным участникам, не задействованным в конфликте, предпринять долж-

ные и своевременные меры, направленные на предотвращение возможного нарушения их прав и законных интересов.

Для контрагентов и инвесторов такой корпорации информация о развивающемся корпоративном конфликте может повлиять на дальнейшее развитие сотрудничества с ней, оказать влияние на выбор субъекта права в определении контрагентов по сделкам при реализации принципа свободы договора, что также может эффективно защитить их от последствий развития корпоративного конфликта.

Анализ материалов судебной практики также показывает¹⁷, что установление факта наличия корпоративного спора или конфликта в том или ином юридическом лице может быть рассмотрено судом как смягчающее обстоятельство при разрешении вопроса о привлечении данного юридического лица к административной ответственности, например за несвоевременную уплату налогов и сборов, поскольку состояние корпоративного конфликта препятствует эффективному управлению такой организацией¹⁸.

Таким образом, наряду с теоретической необходимостью определения содержания термина «корпоративный конфликт», существует и практическое значение легального закрепления данного понятия.

В результате, с учетом проведенного анализа, по мнению автора, можно предложить для внесения в главу 4 ГК РФ следующее определение корпоративного конфликта:

«Корпоративный конфликт — это такое разногласие (противоречие, столкновение, противоборство), возникающее между участниками корпорации или между корпорацией и ее участниками, посягающее на корпоративные и иные отношения в деятельности корпора-

¹⁷ Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 22 августа 2014 г. по делу № А65-7945/2014 // URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/f2d30be4-e159-4491-9f73-0a2ee25c3f70/A65-7945-2014_20140822_Postanovlenie%20apelljacji.pdf (дата обращения: 24.07.2015); постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 14 ноября 2014 г. № Ф06-17097/2013 // URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/21afc283-9aa7-43ea-a3cd-20b76407a66d/A65-7945-2014_20141114_Postanovlenie%20kassacii.pdf (дата обращения: 24.11.2015).

¹⁸ Больше о юридических лицах в административных отношениях см., например: Щербакова М. А. Понятие юридического лица в административно-деликтных правоотношениях // Конституционализм и правовая система России: итоги и перспективы. Материалы секции административного права V международной научно-практической конференции (Кутафинских чтений) : сборник докладов. М. : ИЦ Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2014. С. 209—215.

ции, а также разногласия, возникающие между корпорацией или ее участниками с иными лицами (лицами, входящими в состав органов управления корпорации, держателем реестра акционеров, внешним инвестором, депозитарием и пр.), направленные на правоотношения

внутри корпорации, характеризующиеся противоположными, взаимоисключающими целями и интересами сторон такого разногласия, направленные на осуществление контроля за поведением другой стороны либо изменение своего статуса или юридического состояния».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Дедов Д. И. Конфликт интересов. М., 2004. С. 1.
2. Козер Л. Социальный конфликт и теория социальных изменений. СПб., 1997. С. 63.
3. Корпоративные отношения: комплексные проблемы теоретического изучения и нормативно-правового регулирования : монография / А. Н. Беседин, Е. Н. Ефименко, Е. А. Козина, В. А. Лаптев ; отв. ред. Е. Д. Тягай. — М. : Норма, Инфра-М, 2014. — 144 с.
4. Лаптев В. А. Корпоративные споры: понятие, виды и способы предотвращения // Предпринимательское право. — 2007. — № 4. — С. 2—4.
5. Никологорская Е. И. Урегулирование корпоративных конфликтов в акционерных правоотношениях // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2007. — № 7. — С. 46—51.
6. Щербакова М. А. Понятие юридического лица в административно-деликтных правоотношениях // Конституционализм и правовая система России: итоги и перспективы : сборник докладов секции административного права V международной научно-практической конференции (Кутафинских чтений). — М. : ИЦ Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2014. — С. 209—215.
7. Юридическая конфликтология / отв. ред. В. Н. Кудрявцев. — М., 1995. — С. 48.

Материал поступил в редакцию 4 апреля 2015 г.

CORPORATE CONFLICT IN MODERN RUSSIA: THE CONCEPT AND TOPICAL ISSUES OF LEGAL REGULATION

MALKINA Victoria Ilyinichna – Postgraduate student of the Institute of Legislature and Comparative Law under the Government of the Russian Federation (ILCL GRF), Master of Law (The Kutafin State Law University (MSAL), Corporate Law).
[malkina_victoria@mail.ru]
Russia, Moscow, ul-Sadovaya-Kudrinskaya, d.9

THE WINNER OF THE CONFERENCE “TRADITIONS AND INNOVATIONS OF RUSSIAN LAW”

Review. *Corporate relations in the Russian Federation have only recently been given legal confirmation in the Civil Code of the RF. Since there is no long-term and uniform legislative and law enforcement practice concerning the issues related to the activities of legal entities in the Russian Federation, corporate relations are often the sphere of various offenses and legal conflicts¹⁹. Relevance of the topic at the moment has increased due to the adoption of new provisions in the field of corporate law, which gave firm legislative foundation for a new research from the perspective of the provisions of Russian law.*

Keywords: *corporate law, corporation, corporate conflict, corporate dispute, corporate law relations.*

¹⁹ Continued growth in the number of corporate disputes is confirmed by the report of the AC of Moscow. The official Internet resource of the Moscow Arbitration Court. Section: "Report on the outcome of the trial." URL: http://www.msk.arbitr.ru/about/court_report/ (reference date - 10.18.2015).

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Dedov D. I.* Konflikt interesov. M., 2004. S. 1.
2. *Kozer L.* Social'nyj konflikt i teorija social'nyh izmenenij. SPb., 1997. S. 63.
3. Korporativnye otnoshenija: kompleksnye problemy teoreticheskogo izuchenija i normativno-pravovogo regulirovanija : monografija / A. N. Besedin, E. N. Efimenko, E. A. Kozina, V. A. Laptev ; otv. red. E. D. Tjagaj. — M. : Norma, Infra-M, 2014. — 144 s.
4. *Laptev V. A.* Korporativnye spory: ponjatie, vidy i sposoby predotvrashhenija // *Predprinimatel'skoe pravo*. — 2007. — № 4. — S. 2—4.
5. *Nikologorskaja E. I.* Uregulirovanie korporativnyh konfliktov v akcionernyh pravootnoshenijah // *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*. — 2007. — № 7. — S. 46—51.
6. *Shherbakova M. A.* Ponjatie juridicheskogo lica v administrativno-deliktnyh pravootnoshenijah // *Konstitucionalizm i pravovaja sistema Rossii: itogi i perspektivy : sbornik dokladov sekcii administrativnogo prava V mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoj konferencii (Kutafinskih chtenij)*. — M. : IC Universiteta imeni O.E. Kutafina (MGJuA), 2014. — S. 209—215.
7. *Juridicheskaja konfliktologija* / otv. red. V. N. Kudrjavcev. — M., 1995. — S. 48.

Р. Р. Измайлов*

Правовые проблемы лицензирования деятельности по управлению многоквартирными домами

Аннотация. Статья посвящена изменениям в государственном регулировании деятельности по управлению многоквартирными домами. Предлагаются пути повышения эффективности правового регулирования предпринимательской деятельности на рынке жилищно-коммунальных услуг. Предлагаются возможные способы упорядочения деятельности субъектов на рынке жилищно-коммунальных услуг с использованием саморегулирования. Проводится анализ изменений законодательства о лицензировании деятельности по управлению многоквартирными домами. Подробно изучены порядок формирования лицензионной комиссии, лицензионные требования к субъектам управления, порядок выдачи и аннулирования лицензии управляющих организаций. Рассматривается порядок ведения реестров информации, содержащих сведения о лицензировании деятельности по управлению многоквартирными домами. Особое внимание в статье уделяется возникновению у управляющих организаций права на управление многоквартирным домом. Рассмотрены особенности взаимодействия ресурсоснабжающих и управляющих организаций на рынке жилищно-коммунальных услуг, а также предпринята попытка разграничения ответственности между указанными субъектами за качество оказываемых потребителям услуг.

Ключевые слова: лицензирование деятельности, лицензирование предпринимательской деятельности, саморегулирование, управление многоквартирными домами, механизм правового регулирования, управляющие организации, рынок жилищно-коммунальных услуг.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.137-142

Одним из приоритетных направлений социально-экономической политики Российской Федерации на сегодняшний день является повышение качества предоставляемых жилищно-коммунальных услуг. В 2014 году введено лицензирование предпринимательской деятельности по управлению многоквартирным домом и установлена обязательность наличия лицензии с 1 мая 2015 года¹

(ранее на рынке жилищно-коммунальных услуг действовало саморегулирование на добровольной основе).

В науке предпринимательского права существуют различные подходы к определению лицензирования. Так, Е. П. Губин под лицензированием понимает деятельность государства в лице лицензирующих органов по выдаче, приостановлению или аннулированию лицен-

¹ Федеральный закон от 21.07.2014 № 255-ФЗ (ред. от 29.05.2015) «О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 30 (ч. I). Ст. 4256.

© Измайлов Р. Р., 2016

* Измайлов Роберт Ринатович, аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права юридического факультета Казанского (Приволжского) федерального университета (КФУ)

izmailov.robert@mail.ru

420008, Россия, Республика Татарстан, г. Казань, ул. Кремлевская, д. 18

зий, а также по осуществлению надзора за соблюдением условий лицензий². По мнению И. В. Ершовой, лицензирование представляет собой прямое административное воздействие на экономическую деятельность, осуществляемое с применением императивных правил³.

Необходимо отметить, что лицензирование управляющих организаций уже вводилось Госстроем в 2000 году и было отменено через год ввиду невозможности сформулировать единые лицензионные требования и условия для субъектов, осуществляющих предпринимательскую деятельность на рынке жилищно-коммунальных услуг. Возникает вопрос, необходимы ли новые изменения в механизме правового регулирования предпринимательской деятельности на рынке жилищно-коммунальных услуг и не идут ли они вразрез с общими тенденциями по снижению числа лицензируемых видов предпринимательской деятельности в РФ?

Целью сокращения законодателем общего числа лицензируемых видов деятельности в Российской Федерации было снижение административных барьеров для предпринимателей, а также отсутствие возможности эффективного контроля государством всех участников рынка. По мнению некоторых исследователей⁴, отказ от саморегулирования на рынке жилищно-коммунальных услуг связан с негативными тенденциями в сфере жилищно-коммунального хозяйства, существованием недобросовестных саморегулируемых организаций, а также недостаточным контролем за СРО и их участниками.

Мировая практика показывает, что деятельность саморегулируемых организаций является более эффективной мерой и формой контроля

участников рынка, а сами организации — важнейшим элементом общей системы регулирования предпринимательской деятельности⁵. В этой связи изменения законодательного регулирования представляются не совсем оправданными, а иным вариантом, направленным на упорядочение деятельности субъектов на рынке жилищно-коммунальных услуг, является переход к обязательному саморегулированию и расширению контрольных полномочий саморегулируемых организаций.

Вопросам лицензирования деятельности по управлению многоквартирными домами посвящен раздел X Жилищного кодекса РФ⁶. Положения ЖК РФ, касающиеся лицензирования, имеют приоритет над положениями общего Закона о лицензировании⁷ применительно к рассматриваемой сфере общественных отношений.

В соответствии со статьей 201 ЖК РФ выдача лицензий управляющим организациям осуществляется органами государственного жилищного надзора на основании решения лицензионной комиссии субъекта РФ, причем не менее чем треть ее членов должна быть представлена саморегулируемыми организациями, общественными объединениями или иными некоммерческими организациями, осуществляющими общественный жилищный контроль. Однако указание на количество минимальных членов данной комиссии в законе отсутствует, что может сказаться на объективности принимаемых решений при формальном подходе к формированию комиссий. В этой связи представляется целесообразным конкретизация уже существующих норм о том,

² Предпринимательское право Российской Федерации : учебник / отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. 2-е изд. М. : Норма, 2010. С. 120.

³ Ершова И. В. Лицензирование экономической деятельности в условиях интеграционных процессов // Предпринимательское право. 2014. № 1. С. 23—24.

⁴ Петров Д. А. Правовой статус саморегулируемой организации в сфере предпринимательства : дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2015. С. 100—101 ; Сунгатуллина Л. А. Участие субъектов предпринимательской и профессиональной деятельности в саморегулируемых организациях: цивилистическое исследование : дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2015. С. 8—9.

⁵ Чельшев М. Ю., Михайлов А. В. Саморегулирование в системе методов правового регулирования предпринимательской деятельности // Власть закона. 2013. № 1. С. 54—55.

⁶ Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. от 28.11.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 09.12.2015) // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 14.

⁷ Федеральный закон от 04.05.2011 № 99-ФЗ (ред. от 13.07.2015, с изм. от 27.10.2015) «О лицензировании отдельных видов деятельности» // СЗ РФ. 2011. № 19. Ст. 2716.

кто может входить в состав лицензионной комиссии, а также предоставление возможности апелляционного обжалования решений комиссии в административном порядке.

За нарушение правил осуществления предпринимательской деятельности по управлению многоквартирными домами и осуществление деятельности по управлению многоквартирными домами без лицензии предусматривается административная ответственность. Приведенный в статье 193 ЖК РФ перечень лицензионных требований долгое время не включал ни обеспечения надлежащего содержания общего имущества, ни бесперебойного предоставления качественных коммунальных услуг. Проблема разрешилась только с введением в часть 1 статьи 193 ЖК РФ нового пункта 7⁸, который предоставил Правительству РФ возможность устанавливать дополнительные лицензионные требования, не указанные в Жилищном кодексе, и легализовал применение к управляющим организациям требований постановления Правительства РФ от 28 октября 2014 года № 1110 «О лицензировании предпринимательской деятельности по управлению многоквартирными домами»⁹, в частности об исполнении обязанностей по договору управления многоквартирным домом, предусмотренных частью 2 статьи 162 ЖК РФ. Кроме того, указанными изменениями частично разрешена проблема осуществления деятельности по управлению многоквартирными домами управляющей организацией, не получившей лицензию до 1 мая 2015 года. Не получившая лицензию управляющая компания должна исполнять свои обязательства по управлению многоквартирным домом до возникновения обязательств в рамках нового способа управления. Данные изменения не затрагивают предшествующий период, что создает неопределенность относительно правового статуса организаций, управлявших домами без лицензии.

Лицензия действует только на территории субъекта РФ, государственным органом жилищного надзора которого она выдана, не имеет срока действия и не подлежит передаче

третьим лицам. При осуществлении организацией деятельности по управлению многоквартирным домом в нескольких субъектах РФ требуется наличие лицензий, выданных государственными органами жилищного надзора во всех субъектах РФ, на территориях которых она планирует управлять многоквартирными домами. При данном разделении, как представляется, возникает ситуация, в которой правовые акты каждого субъекта РФ, в условиях изменяющейся федеральной нормативно-правовой базы, предъявляют собственные, отличающиеся друг от друга требования и создают дополнительные трудности при получении предпринимателями лицензий на особых условиях в каждом субъекте РФ.

Статьей 195 ЖК РФ предусмотрено ведение нескольких реестров информации, содержащих сведения о лицензировании деятельности по управлению многоквартирными домами, лицензиатах, осуществляющих или осуществлявших данный вид деятельности. Реестры лицензий сформированы на уровне субъектов Российской Федерации и содержат раздел, включающий в себя сведения об адресах многоквартирных домов, деятельность по управлению которыми осуществляет лицензиат. Формированием сводного федерального реестра лицензий, а также реестра дисквалифицированных лиц занимается Министерство строительства и жилищно-коммунального хозяйства РФ. Одной из целей создания указанных реестров является повышение прозрачности управления многоквартирными домами. Появление реестров было призвано разрешить проблему «двойных» квитанций и наличия нескольких субъектов управления на один многоквартирный дом. При этом процедура внесения изменений в реестр субъекта РФ об адресах многоквартирных домов, принявших решение о смене способа управления или конкретной организации, управляющей многоквартирным домом, от которой напрямую зависит возникновение права на управление, ни на уровне закона, ни на уровне подзаконных актов детально не регламентирована.

⁸ Федеральный закон от 29.06.2015 года № 176-ФЗ «О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 26. Ст. 3967.

⁹ СЗ РФ. 2014. № 44. Ст. 6074.

Необходимым условием выдачи лицензии является, в соответствии со статьей 193 ЖК РФ, наличие у должностного лица управляющей организации квалификационного аттестата. Аттестат выдается на пять лет при условии, что претендент сдал квалификационный экзамен. Процедура проведения экзамена, а также процедуры, связанные с выдачей квалификационного аттестата, регламентируются приказом Минстроя России¹⁰.

Квалификационный аттестат аннулируется в случаях:

- 1) получения квалификационного аттестата с использованием подложных документов;
- 2) внесения сведений о должностном лице лицензиата в реестр дисквалифицированных лиц;
- 3) вступления в законную силу приговора суда в отношении должностного лица лицензиата, предусматривающего наказание за преступления в сфере экономики, за преступления средней тяжести, тяжкие и особо тяжкие преступления.

Законом предусматриваются две формы воздействия на организации, осуществляющие предпринимательскую деятельность по управлению многоквартирными домами: исключение домов из реестра лицензий субъекта Российской Федерации и аннулирование лицензий в судебном порядке по заявлению лицензионной комиссии. Управляющая организация может лишиться права обслуживать конкретный дом в случае назначения судом два или более раза административного наказания в течение календарного года за неисполнение или ненадлежащее исполнение предписаний органов государственного жилищного надзора. Однако согласно статье 200 ЖК РФ собственники на общем собрании могут сохранить договорные отношения с данной организацией и она продолжит деятельность по управлению многоквартирным домом даже при нали-

чи указанных выше обстоятельств. Введенной Федеральным законом от 26 июня 2015 года № 176-ФЗ частью 5.1 статьи 198 ЖК РФ предусматривается возможность исключения из реестра лицензий субъекта сведений обо всех домах, за исключением тех, в которых общим собранием собственников принято решение о сохранении договорных отношений, в случае если в течение календарного года суд два или более раза назначил наказание за неисполнение и ненадлежащее исполнение предписания органа государственного жилищного надзора об устранении нарушений лицензионных требований, предусмотренных пунктами 1—5 части 1 статьи 193 ЖК РФ. Лицензия при этом не аннулируется, что сохраняет для управляющей организации возможность управления домами в дальнейшем на общих основаниях и в порядке, предусмотренном жилищным законодательством.

Аннулирование лицензии возможно в судебном порядке в случае исключения из реестра сведений о многоквартирных домах общей площадью 15 % и более от площади всех обслуживаемых управляющей организацией помещений. Решение об обращении в суд должно быть принято лицензионной комиссией субъекта РФ. В этом случае управляющая организация вообще лишается права осуществлять деятельность по управлению многоквартирными домами. Представляется, что данные нормы способны привести к отказу от обслуживания управляющими организациями «проблемных» домов, где оказание качественных жилищно-коммунальных услуг затруднено или невозможно, что в результате отразится на потребителях, а также предоставит возможности для злоупотребления конкурирующим организациями.

При этом необходимо отметить несовершенство в вопросах разграничения ответственности между собственниками жилых помещений,

¹⁰ Приказ Минстроя России от 05.12.2014 № 789/пр «Об утверждении порядка проведения квалификационного экзамена, порядка определения результатов квалификационного экзамена, порядка выдачи, аннулирования квалификационного аттестата, порядка ведения реестра квалификационных аттестатов, формы квалификационного аттестата, перечня вопросов, предлагаемых лицу, претендующему на получение квалификационного аттестата, на квалификационном экзамене, предусмотренных постановлением Правительства Российской Федерации от 28 октября 2014 г. № 1110» (зарегистрирован в Минюсте России 24.03.2015 № 36550) // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 26.03.2015).

управляющими компаниями и ресурсоснабжающими организациями. На сегодняшний день основную ответственность за некачественное предоставление жилищно-коммунальных услуг несет субъект управления, но влиять на качество поставляемых ресурсоснабжающими организациями услуг он фактически не имеет возможности. Сформировавшаяся практика управления жилищным фондом усугубляется высокой долей естественных локальных монополий в сфере жилищно-коммунального хозяйства. Эффективность механизма правового регулирования предпринимательской деятельности на рынке жилищно-коммунальных услуг напрямую зависит от соблюдения баланса интересов ресурсоснабжающих организаций, управляющих организаций и конечных потребителей услуг, а также распределения ответственности между ними. Система предоставления жилищно-коммунальных услуг включает в себя деятельность двух звеньев. Это взаимодействие ресурсоснабжающих и управляющих организаций по вопросам поставки коммунального ресурса в целях предоставления коммунальных услуг и оплаты поставленных в многоквартирный дом коммунальных ресурсов, а также взаимодействие управляющих организаций с потребителями по вопросам предоставления коммунальных услуг и оплаты предоставленных коммунальных услуг. В ряде зарубежных стран, например во Франции, Нидерландах, Канаде, управление в сфере жилищно-коммунального хозяйства рассматривается как отдельный вид предпринимательской деятельности, за которую управляющая организация получает вознаграждение от собственников помещений, а ответственность

перед ними за содержание здания несет объединение собственников жилья¹¹.

В настоящее время органами государственной власти как на федеральном, так и на местном уровнях большое внимание уделяется проблемам во взаимоотношениях между управляющей организацией и потребителями, при этом нарушения, допускаемые управляющей организацией при предоставлении коммунальных услуг потребителям, являются следствием нарушений во взаимоотношениях между ресурсоснабжающей и управляющей организациями.

В рассматриваемой схеме лицензирование деятельности управляющих организаций неспособно напрямую улучшить качество оказываемых услуг. Например, именно по вине ресурсоснабжающих организаций плата граждан за отдельные виды коммунальных услуг часто необоснованно завышена. Таким образом, в первую очередь необходимо устранять нарушения, возникающие при взаимодействии ресурсоснабжающих организаций с субъектами управления. Целесообразно более четко разграничить на законодательном уровне ответственность между указанными субъектами.

Таким образом, возврат к лицензированию на рынке жилищно-коммунальных услуг может упорядочить деятельность организаций, но в то же время реализация отдельных несовершенных положений нового закона способна прямо или косвенно привести к ухудшению качества оказываемых потребителям услуг. Альтернативным вариантом представляется усиление роли саморегулирования в данной сфере, а также совершенствование технических регламентов по оказанию жилищно-коммунальных услуг.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Ершова И. В.* Лицензирование экономической деятельности в условиях интеграционных процессов // Предпринимательское право. — 2014. — № 1. — С. 23—30.
2. *Кирсанов С. А.* Зарубежный опыт управления многоквартирными домами // ЖКХ. Журнал руководителя и главного бухгалтера. — 2011. — № 10. — С. 12—23.
3. *Петров Д. А.* Правовой статус саморегулируемой организации в сфере предпринимательства : дис. ... д-ра юрид. наук. — СПб., 2015. — 416 с.
4. Предпринимательское право Российской Федерации : учебник / отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. — 2-е изд. — М. : Норма, 2010. — 1008 с.

¹¹ *Кирсанов С. А.* Зарубежный опыт управления многоквартирными домами // ЖКХ. Журнал руководителя и главного бухгалтера. 2011. № 10. С. 71.

5. Сунгатуллина Л. А. Участие субъектов предпринимательской и профессиональной деятельности в саморегулируемых организациях: цивилистическое исследование : дис. ... канд. юрид. наук. — Казань, 2015. — 229 с.
6. Чельшев М. Ю., Михайлов А. В. Саморегулирование в системе методов правового регулирования предпринимательской деятельности // Власть закона. — 2013. — № 1. — С. 54—55.

Материал поступил в редакцию 4 апреля 2015 г.

LEGAL PROBLEMS OF LICENSING THE ACTIVITIES OF APARTMENT BUILDINGS MANAGEMENT

IZMAILOV Robert Rinatovich — Postgraduate student of the Department of Civil and Business Law of the Law Faculty of Kazan (Volga) Federal University (KFU)
izmailov.robert@mail.ru
420008 Russia, Republic of Tatarstan, Kazan, ul. Kremlevskaya, d. 18.

Review. *The article is devoted to changes in state regulation of activities of apartment buildings management. The author proposes the ways of increasing the efficiency of the mechanism of legal regulation of business activities in the market for housing and communal services. On the basis of the analysis the author determines possible ways to streamline the activities of the participants in the market for housing and communal services by means of self-regulation. The article provides the analysis of amendments to the legislation concerning licensing activities in the sphere of managing apartment buildings. The author thoroughly examined the procedure of forming a licensing committee, licensing requirements for managers, the procedure of issuing and cancelling licenses of management organizations. The article considers the procedure of keeping data registrars that contain information on licensing the activities of the management of apartment buildings. Special attention is paid to the issue of the right of a management company to manage an apartment building. The author considers the peculiarities of interrelation between companies providing resources and management companies in the market of housing and commune services and tries to differentiate responsibility between the participants for the quality of the services provided to the consumers.*

Ключевые слова: *licensing of activities, licensing of business activities, self-regulation, apartment building management, mechanism of self-regulation management, management companies, market of housing and commune services*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Ershova I. V. Licenzirovanie jekonomicheskoj dejatel'nosti v uslovijah integracionnyh processov // Predprinimatel'skoe pravo. — 2014. — № 1. — С. 23—30.
2. Kirsanov S. A. Zarubezhnyj opyt upravlenija mnogokvartirnymi domami // ZhKH. Zhurnal rukovoditelja i glavnogo buhgaltera. — 2011. — № 10. — С. 12—23.
3. Petrov D. A. Pravovoj status samoreguliruemoj organizacii v sfere predprinimatel'stva : dis. ... d-ra jurid. nauk. — SPb., 2015. — 416 s.
4. Predprinimatel'skoe pravo Rossijskoj Federacii : uchebnik / otv. red. E. P. Gubin, P. G. Lahno. — 2-e izd. — M. : Norma, 2010. — 1008 s.
5. Sungatullina L. A. Uchastie sub#ektov predprinimatel'skoj i professional'noj dejatel'nosti v samoreguliruemyh organizacijah: civilisticheskoe issledovanie : dis. ... kand. jurid. nauk. — Kazan', 2015. — 229 s.
6. Chelyshev M. Ju., Mihajlov A. V. Samoregulirovanie v sisteme metodov pravovogo regulirovanija predprinimatel'skoj dejatel'nosti // Vlast' zakona. — 2013. — № 1. — С. 54—55.

ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ И СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ

Л. В. Зайцева*

Конфликт интересов в трудовых отношениях с участием представителей: проблемы и пути их преодоления

Аннотация. Конфликт интересов и его предотвращение всесторонним образом урегулированы законодательством о государственной службе и противодействии коррупции. Возможные противоречия между личными интересами единоличного органа управления юридическим лицом и самим юридическим лицом могут предотвращаться корпоративными нормативными правовыми актами. Гражданское законодательство определяет правила защиты юридических лиц от недобросовестных действий их руководителей, предусматривая возмещение ущерба, причиненного в результате противоправных управленческих решений. Но несовпадение интересов, которое может привести к нарушению прав корпораций и отдельных физических лиц при осуществлении представительских полномочий в отношениях, урегулированных трудовым правом, практически не привлекает должного внимания. В предлагаемой статье обосновывается актуальность предотвращения конфликта интересов между руководителем организации и возглавляемым им юридическим лицом, а также между законными представителями несовершеннолетних работников и недееспособных работодателей — физических лиц с их подопечными. Формулируются предложения по совершенствованию трудового законодательства, направленные на предотвращение конфликта интересов представителей и представляемых в трудовых и непосредственно связанных с ними правоотношениях.

Ключевые слова: представитель работодателя, представитель работника, конфликт интересов, руководитель организации, несовершеннолетние работники.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.143-149

Конфликт интересов — правовая категория административного права, которая сегодня активно и всесторонне исследуется учеными¹. Это вполне объяснимо с точки зрения степени общественной значимости мер по противодействию коррупции. Между

¹ Например: Кудашкин А. В., Козлов Т. Л. Порядок регулирования конфликта интересов нуждается в совершенствовании // Российская юстиция. 2010. № 10. С. 45—50 ; Чаннов С. Е. Административно-правовое регулирование функционирования комиссий по урегулированию конфликта интересов на государственной гражданской службе // Административное и муниципальное право. 2009. № 4. С. 49—51 ; Черкасов К. В. Некоторые аспекты совершенствования законодательства в области разрешения конфликта интересов на государственной службе // Гражданин и право. 2014. № 2. С. 3—10.

© Зайцева Л. В., 2016

* Зайцева Лариса Владимировна, заведующий кафедрой трудового права и предпринимательства ФГБОУ ВПО «Тюменский государственный университет», кандидат юридических наук, доцент
larisa_zaiцева72@mail.ru
625000, Тюмень, ул. Ленина, 38

тем отношения властно-подчиненного характера свойственны не только традиционным публичным отраслям права. В трудовом праве, в предмет которого входят отношения частно-публичного характера, также возникают проблемы, связанные с возможным конфликтом личных интересов лица, уполномоченного принимать властные решения в интересах другого лица, выступая в качестве его представителя. Представительство в трудовом праве сегодня достаточно активно исследуется различными учеными. Спектр мнений отличается достаточно широким разнообразием: начиная от безусловного признания представительства в трудовых отношениях в качестве самостоятельной правовой категории² и заканчивая его отрицанием³ и разработкой идеи делегирования отдельных полномочий работодателя наемным работникам⁴.

Присоединяясь к мнению тех, кто рассматривает представительство работодателей и работников как самостоятельное правовое явление, отметим, что недостаточная разработанность концепции представительства в индивидуальных правоотношениях приводит к нерешенности вопроса преодоления возможного конфликта интересов между представителем и представляемым. Зачатки решения этого вопроса в отношении руководителей и иных должностных лиц находятся в сфере служебного законодательства⁵, а также отдельных норм Трудового кодекса РФ, регулирующих особенности труда работников государственных корпораций и государственных компаний⁶.

Отдельные механизмы по предотвращению или ликвидации последствий конфликта интересов единоличного исполнительного органа юридического лица содержатся в нормах корпоративного и гражданского права. Например, это особые, содержащиеся в уставе юридического лица правила заключения сделок с аффилированными по отношению к руководителю организации лицами. Однократное нарушение указанных правил может повлечь за собой увольнение руководителя по соответствующему дополнительному основанию, содержащемуся в заключенном с ним трудовом договоре⁷ (п. 13 ст. 81 и п. 3 ст. 278 ТК РФ).

Гражданско-правовое регулирование направлено на устранение вредных для юридического лица последствий своевременно не урегулированного конфликта интересов, в результате которого были причинены убытки юридическому лицу, поскольку руководитель действовал «недобросовестно или неразумно, в том числе, если его действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску»⁸. Недобросовестность действий руководителя Пленум Верховного Суда РФ определил через перечень таких действий, как действие «при наличии конфликта между его личными интересами (интересами аффилированных лиц директора) и интересами юридического лица», сокрытие информации «о совершенной им сделке от участников юридического лица» и т.д.⁹ Представляется, что названный в постановлении Пленума конфликт между личными интереса-

² Например: *Избиенова Т. А.* Представительство в трудовом праве: вопросы теории, законодательства и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. — 28 с.

³ Например: *Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., Мельникова В. Г.* Современное трудовое право (опыт трудового правового компаративизма). Книга первая / под ред. В. М. Лебедева. М. : Статут, 2007. С. 176—220.

⁴ Например: *Тимохин В. В.* Правосубъектность работодателя : дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2003. — 251 с.

⁵ Федеральный закон от 25 декабря 2008 №273-ФЗ «О противодействии коррупции» // СЗ РФ. 2008. №52 (ч. 1). Ст. 6228 ; Федеральный закон от 27 июля 2004 №79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

⁶ Статья 349.1 Трудового кодекса РФ.

⁷ См., например: определение Московского городского суда от 6 апреля 2011 г. по делу № 33-7500 // URL: <http://bazazakonov.ru/doc/?ID=2924283> (дата обращения: 10.08.2015).

⁸ Статья 53.1 Гражданского кодекса РФ.

⁹ Пункт 2 постановление Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица». П. 2 // Солидарность. 28.08—04.09.2013. № 31.

ми руководителя и интересами юридического лица¹⁰ и является тем самым конфликтом интересов, который гражданское законодательство диспозитивными методами предупредить не может и потому вынуждено реагировать на устранение вредных последствий произошедшего конфликта интересов путем возмещения ущерба. Судебная практика свидетельствует о том, что убытки, причиненные руководителем в результате сделок с личной заинтересованностью¹¹, злоупотребления полномочиями¹², в целях извлечения преимуществ для себя и иных лиц и в других аналогичных ситуациях, подлежат возмещению.

Вместе с тем недооценены риски конфликта интересов, связанного с злоупотреблениями руководителя в сфере организации и управления трудом лиц, состоящих с ним в родстве или свойстве. Речь не идет о запрете совместной работы родственников, пусть даже при нахождении в непосредственном подчинении (по аналогии с государственной и муниципальной службой). Совместная работа родственников может в определенных случаях обеспечивать высокий уровень корпоративности и эффективности общей деятельности. Однако представляется, что собственники, участники, учредители юридического лица должны быть как минимум осведомлены о работе в организации родственников руководителя. Как максимум — на этот случай у собственников, участников, учредителей должны быть соответствующие полномочия по санкционированию отдельных действий руководителя по организации и управлению трудом работников из числа его родственников. Например, речь может идти о согласовании условий трудового договора (особенно условий оплаты труда), материальной и дисциплинарной ответственности в случае выявления правонарушения, материальных поощрений, увольнения по инициативе работодателя и иных случаях, с которыми закон связывает появление у работодателя дополнительных обязанностей

в сфере выплат дополнительных вознаграждений и материальных гарантий.

Представляется необходимым предусмотреть в гл. 43 ТК РФ нормы, устанавливающие обязанность руководителя организации сообщать собственникам, участникам, учредителям организации о личной заинтересованности при исполнении трудовых обязанностей, которая может привести к конфликту интересов, а также принимать меры по предотвращению такого конфликта. Меры по предотвращению конфликта интересов можно предусматривать также в корпоративных актах организации или трудовом договоре с руководителем и иным должностным лицом.

Представляется необходимым включить в Трудовой кодекс РФ статью 277.1 «Предотвращение конфликта интересов руководителя и членов коллегиального органа управления» следующего содержания:

«Руководитель организации обязан:

- сообщать работодателю о приеме на работу, переводах на другую работу родственников и свойственников;
- согласовывать с работодателем условия трудовых договоров с родственниками и свойственниками, принимаемыми на работу в организацию, решения о привлечении или об освобождении их от материальной и дисциплинарной ответственности в случае выявления соответствующего правонарушения, о материальных поощрениях, об увольнении по инициативе работодателя и иных случаях, с которыми закон связывает появление у работодателя дополнительных обязанностей по выплате дополнительных вознаграждений и предоставлению материальных гарантий;
- сообщать работодателю о личной заинтересованности при исполнении трудовых обязанностей, которая может привести к конфликту интересов, принимать меры по предотвращению такого конфликта.

¹⁰ Об определении интереса юридического лица см.: Корчагин А. Г., Черторинский Э. А. Интерес юридического лица как один из способов защиты прав акционеров // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 8. С. 1664—1672.

¹¹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 08.06.2011 по делу № А56-68910/2009 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 11.08.2015).

¹² Постановление ФАС Московского округа от 02.07.2012 по делу № А40-72258/10-134-547// СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 11.08.2015).

Под личной заинтересованностью руководителя организации, которая влияет или может повлиять на надлежащее исполнение им трудовых обязанностей, понимается возможность получения им в связи с исполнением трудовых обязанностей доходов в виде денег, ценностей, иного имущества, в том числе имущественных прав или услуг имущественного характера для себя или для третьих лиц».

Чтобы обеспечить исполнение требований новой статьи, следует дополнить статью 278 ТК РФ новым основанием расторжения трудового договора с руководителем, включив пункт 4 следующего содержания: «Нарушение руководителем организации обязанностей, предусмотренных статьей 277.1 настоящего Кодекса, по предотвращению конфликта интересов».

На уровне корпоративного, локального регулирования можно рекомендовать устанавливать правила предотвращения конфликта интересов со стороны руководителя не только в сфере хозяйственного оборота, но и в собственно трудовых отношениях, с последующим их закреплением в трудовом договоре с руководителем. Также на уровне локального регулирования можно решать вопросы предотвращения конфликта интересов другими должностными лицами работодателя, с тем чтобы на надлежащее исполнение ими организационно-распорядительных функций не влияла личная заинтересованность.

Конфликт интересов, на наш взгляд, может быть характерен в отдельных (исключительных) случаях и для представителей работника.

Несовпадение интересов несовершеннолетнего работника в возрасте до 15 лет и его законного представителя призваны предупредить и предотвратить органы опеки и попечительства. Ограниченность полномочий законного представителя такого работника, отсутствие законодательно определенных правил сопровождения его трудовой деятельности органами опеки и попечительства создают определенные угрозы нарушения прав и законных интересов несовершеннолетнего работника

со стороны законного представителя, который может нарушить как принцип добровольности труда, так и приоритетное право несовершеннолетнего на образование. Органы опеки и попечительства участвуют лишь в решении вопроса о трудоустройстве лиц, не достигших возраста 15 лет. Права несовершеннолетних при расторжении трудового договора, и то только при увольнении по инициативе работодателя, гарантированы участием в процедуре государственной инспекции труда и комиссии по делам несовершеннолетних. Как видим, в такой схеме отсутствует преемственность полномочий органов государственной власти в сфере контроля за соблюдением трудовых прав несовершеннолетних. Контроль за соблюдением трудовых прав несовершеннолетнего работника в процессе реализации трудового правоотношения осуществляет государственная инспекция труда в общем порядке.

Представляется, что, с одной стороны, следует расширить полномочия законного представителя в целях достижения оптимального баланса соблюдения трудовых прав несовершеннолетнего работника в возрасте до 15 лет с его правом на образование. Для этого необходимо предоставить законным представителям право согласовывать изменения условий трудового договора с работником в возрасте до 15 лет¹³, а также требовать его увольнения в случае, если работа стала препятствовать нормальному процессу обучения. В последнем случае решение должно приниматься с участием органов опеки и попечительства. Помимо прочего следует установить обязанность работодателя по представлению законному представителю информации, характеризующей условия труда несовершеннолетнего работника, в том числе результаты специальной оценки условий труда и существующие производственные риски¹⁴. В законе также следовало бы предусмотреть контрольные полномочия органов опеки и попечительства в отношении труда несовершеннолетних. Например, обязанность работодателя предоставлять органу

¹³ Буянова А. В. Возникновение и изменение трудовых правоотношений с несовершеннолетним // Современный юрист. 2013. № 2 (3). С. 114 ; Канунников А. Б., Пастухов А. А. Труд спортсменов в возрасте до восемнадцати лет: особенности правового регулирования // Трудовое право. 2009. № 7. С. 71.

¹⁴ Байков А. М. Правовое регулирование труда несовершеннолетних работников в Латвии // Трудовое право в России и за рубежом. 2013. № 1. С. 62.

опеки и попечительства (как и законному представителю) информацию об условиях труда на рабочем месте, в том числе и по результатам специальной оценки условий труда, и т.п.

Поэтому можно было бы внести в Трудовой кодекс дополнение, добавив в него статью 272.1 «Полномочия законных представителей, опекунов и попечителей несовершеннолетних работников, органов опеки и попечительства»:

«Законные представители (попечители) работников, чье согласие для заключения трудового договора требуется в соответствии со статьей 63 настоящего Кодекса, вправе:

- согласовывать изменения условий трудового договора с работником;
- требовать его увольнения в случае, если работа стала препятствовать нормальному процессу обучения.

Законный представитель несовершеннолетнего работника вправе:

- знакомиться с его персональными данными, хранящимися у работодателя;
- участвовать в качестве члена комиссии при расследовании несчастного случая, произошедшего с работником.

Работодатель обязан немедленно сообщать законному представителю (опекуну, попечителю) и органу опеки и попечительства о результатах первичного и периодических медицинских осмотров несовершеннолетнего работника; о результатах специальной оценки условий труда на его рабочем месте; о выявленных медицинских противопоказаниях для продолжения работы; о несчастном случае, происшедшем с ним на производстве; о факте причинения работником материального ущерба имуществу работодателя; о совершении несовершеннолетним грубого нарушения трудовых обязанностей, за которое настоящим Кодексом предусмотрено увольнение.

Органам опеки и попечительства в отношении работников, указанных в статье 63 настоящего Кодекса, работодатель обязан предоставлять информацию об изменении условий трудового договора с работником, о прекращении с ним трудового договора. Указанная информация должна быть предоставлена органам опеки и попечительства в течение трех рабочих дней».

Для обеспечения реализации новых полномочий представителей работников в возрасте до 15 лет также потребуется дополнить ТК РФ

статьей 269.1 «Дополнительные основания прекращения трудового договора с отдельными категориями несовершеннолетних работников» следующего содержания:

«С несовершеннолетним работником, прием на работу которого требует согласия законного представителя (опекуна, попечителя) согласно статье 63 настоящего Кодекса, трудовой договор прекращается по требованию законного представителя (опекуна, попечителя) как препятствующий дальнейшему процессу обучения.

О поступившем заявлении законного представителя (опекуна, попечителя) работодатель в течение трех рабочих дней сообщает органу опеки и попечительства. Орган опеки и попечительства вправе проверить обоснованность требований законного представителя о прекращении трудового договора, за исключением прекращения трудового договора с работником, не достигшим возраста 14 лет. Увольнение несовершеннолетнего работника производится по истечении двух недель с момента поступления заявления (требования) законного представителя (опекуна, попечителя)».

Аналогичное решение для предотвращения конфликта интересов требуется для отношений законного представительства работодателя — физического лица с пороком воли. Это может быть особенно актуальным для работодателя — физического лица, признанного в установленном порядке недееспособным, и его представителя. Следовало бы определить полномочия органа опеки и попечительства по контролю за соблюдением прав такого представляемого и по предотвращению конфликта интересов между ним и его представителем в трудовом отношении. Для этого в часть 9 статьи 20 ТК РФ следует внести дополнение: «Органы опеки и попечительства осуществляют контроль за соблюдением опекуном недееспособного работодателя — физического лица его прав и законных интересов. Опекун обязан сообщать органу опеки и попечительства по месту жительства недееспособного лица о заключении и расторжении от его имени трудовых договоров с работниками».

Что касается представительства в коллективных отношениях, регулируемых трудовым правом, то возможный конфликт интересов между союзом (ассоциацией) и ее отдельным членом решается исключительно реализацией членом своего права на свободный выход из

союза (ассоциации). Надо отметить, что при коллективном представительстве полное совпадение интересов вообще вряд ли возможно. Ведь ассоциация, объединение представляет некий обобщенный, консолидированный интерес собственных членов, а не интерес отдельно взятого участника. Поэтому позиция объединения работодателей, профессионального союза или профсоюзного объединения может и не совпадать с мнением отдельно взятого члена, что не является критичным и само по себе не создает повода для прекращения членства. Участник ассоциации руководствуется тезисом: «Можно поступиться частным ради получения большей пользы».

Как видим, предотвращение или урегулирование конфликта интересов актуально прежде

всего для представителей работодателей, чья личная заинтересованность может причинить существенные убытки юридическому лицу, а также для представителей работников и работодателей из числа физических лиц с порочком воли, которые могут своими действиями нарушить целый ряд основных статутных прав и свобод человека. При этом сегодня интересы юридического лица могут быть отчасти защищены корпоративными правовыми актами и условиями трудового договора с руководителем. Интересы же субъектов трудового права из числа физических лиц с пороками воли в сфере защиты от возможных неправомерно-го бездействия или злоупотреблений со стороны их законных представителей пока никак не защищены законом.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Байков А. М. Правовое регулирование труда несовершеннолетних работников в Латвии // Трудовое право в России и за рубежом. — 2013. — № 1. — С. 62—64.
2. Буянова А. В. Возникновение и изменение трудовых правоотношений с несовершеннолетним // Современный юрист. — 2013. — № 2 (3). — С. 114—127.
3. Избиенова Т. А. Представительство в трудовом праве: вопросы теории, законодательства и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2013. — 28 с.
4. Канунников А. Б., Пастухов А. А. Труд спортсменов в возрасте до восемнадцати лет: особенности правового регулирования // Трудовое право. — 2009. — № 7. — С. 65—71.
5. Корчагин А. Г., Черторинский Э. А. Интерес юридического лица как один из способов защиты прав акционеров // Актуальные проблемы российского права. — 2014. — № 8. — С. 1664—1672.
6. Кудашкин А. В., Козлов Т. Л. Порядок регулирования конфликта интересов нуждается в совершенствовании // Российская юстиция. — 2010. — № 10. — С. 45—50.
7. Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., Мельникова В. Г. Современное трудовое право (опыт трудового компаративизма). Книга первая / под ред. В. М. Лебедева. — М. : Статут, 2007. — С. 176—220.
8. Тимохин В. В. Правосубъектность работодателя : дис. ... канд. юр. наук. — Томск, 2003. — 251 с.
9. Чаннов С. Е. Административно-правовое регулирование функционирования комиссий по урегулированию конфликта интересов на государственной гражданской службе // Административное и муниципальное право. — 2009. — № 4. — С. 49—51.
10. Черкасов К. В. Некоторые аспекты совершенствования законодательства в области разрешения конфликта интересов на государственной службе // Гражданин и право. — 2014. — № 2. — С. 3—10.

Материал поступил в редакцию 13 августа 2015 г.

CONFLICT OF INTEREST IN LABOR RELATIONS WITH PARTICIPATION OF REPRESENTATIVES: PROBLEMS AND SOLUTIONS

ZAITSEVA Larisa Vladimirovna — Head of the Department of Labor Law and Entrepreneurship, University of Tyumen PhD in Law, Associate Professor
625000, Tyumen, Lenina street, 38
larisa_zaiceva72@mail.ru

Review. Legislation on civil service and actions against corruption provides comprehensive regulation of conflict of interest and its prevention. Possible conflicts between personal interests of the sole governing body of a legal person and by the legal person itself can be prevented by corporate bylaws. Civil legislation defines the rules for the protection of legal persons from unfair actions of their leaders, providing compensation for damage caused by unlawful administrative decisions. But the divergence of interests, which could lead to a breach of the rights of corporations and individuals in exercising executive powers in the relations governed by labor law, hardly attracts any attention. This article explains the topicality of preventing conflicts of interests between the head of an organization and the headed legal entity, as well as between legal representatives of minors and disabled workers and employers - individuals with their wards. The author formulates some proposals aimed at improving the labor law in order to prevent conflicts of interest between representatives and their clients in labor relations and directly related thereto.

Keywords: employer's representative, employee's representative, conflict of interests, head of the organization, minor employees.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Bajkov A. M. Pravovoe regulirovanie truda nesovershennoletnih rabotnikov v Latvii // Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom. — 2013. — № 1. — S. 62—64.
2. Bujanova A. V. Voznikovenie i izmenenie trudovyh pravootnoshenij s nesovershennoletnim // Sovremennyy jurist. — 2013. — № 2 (3). — S. 114—127.
3. Izbienova T. A. Predstavitel'stvo v trudovom prave: voprosy teorii, zakonodatel'stva i praktiki : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2013. — 28 s.
4. Kanunnikov A. B., Pastuhov A. A. Trud sportsmenov v vozraste do vosemnadcati let: osobennosti pravovogo regulirovanija // Trudovoe pravo. — 2009. — № 7. — S. 65—71.
5. Korchagin A. G., Chertorinskij Je. A. Interes juridicheskogo lica kak odin iz sposobov zashhity prav akcionerov // Aktual'nye problemy rossijskogo prava. — 2014. — № 8. — S. 1664—1672.
6. Kudashkin A. V., Kozlov T. L. Porjadok regulirovanija konflikta interesov nuzhdaetsja v sovershenstvovanii // Rossijskaja justicija. — 2010. — № 10. — S. 45—50.
7. Lebedev V. M., Voronkova E. R., Mel'nikova V. G. Sovremennoe trudovoe pravo (opyt trudopravovogo komparativizma). Kniga pervaja / pod red. V. M. Lebedeva. — M. : Statut, 2007. — S. 176—220.
8. Timohin V. V. Pravosub#ektnost' rabotodatelja : dis. ... kand. jur. nauk. — Tomsk, 2003. — 251 s.
9. Channov S. E. Administrativno-pravovoe regulirovanie funkcionirovanija komissij po uregulirovaniju konflikta interesov na gosudarstvennoj grazhdanskoj sluzhbe // Administrativnoe i municipal'noe pravo. — 2009. — № 4. — S. 49—51.
10. Cherkasov K. V. Nekotorye aspekty sovershenstvovanija zakonodatel'stva v oblasti razreshenija konflikta interesov na gosudarstvennoj sluzhbe // Grazhdanin i pravo. — 2014. — № 2. — S. 3—10.

Законодательные новации в сфере разработки и применения профессиональных стандартов

Аннотация. Статья посвящена изменениям в нормативных правовых актах, регулирующих разработку и применение профессиональных стандартов. Объектом анализа стали как принятые законы, так и готовящиеся к рассмотрению законопроекты. Поправки и дополнения в законодательство не повлекли обязательности применения профессиональных стандартов ни для всех, ни для определенных категорий работодателей или работников. При разработке и применении профессиональных стандартов необходимо обеспечить участие сторон социального диалога — работников, работодателей, государства, педагогического и научного сообществ, администрации образовательных организаций, представителей обучающихся.

Материал представляет интерес для тех, кто интересуется проблемами российского трудового права, представителей законодательной власти, профсоюзов, объединений работодателей.

Ключевые слова: юриспруденция, трудовое право, трудовое законодательство, Трудовой кодекс, профессиональный стандарт, работники, образование, квалификация, оценка квалификации.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.150-155

В 2015 году в правовой регламентации разработки, применения и использования профессиональных стандартов произошли немаловажные изменения. В частности, Федеральным законом от 02.05.2015 № 122-ФЗ¹ Трудовой кодекс РФ дополнен статьями 195.2 и 195.3 (вступят в силу с 1 июля 2016 года), которыми предусматривается, что если Трудовым кодексом Российской Федерации, другими федеральными законами, иными нормативными правовыми актами Российской Федерации

установлены требования к квалификации, необходимой работнику для выполнения определенной трудовой функции, профессиональные стандарты в части указанных требований обязательны для применения работодателями (ст. 195.3 ТК РФ).

Данное положение, на наш взгляд, должно подтолкнуть заинтересованных субъектов (в первую очередь работодателей и профессиональное сообщество) к созданию и применению в перспективе профессиональных

¹ Федеральный закон от 02.05.2015 № 122-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации и статьи 11 и 73 Федерального закона “Об образовании в Российской Федерации” // Российская газета. № 95. 06.05.2015.

Статья подготовлена при финансовой поддержке Министерства образования и науки за счет средств гранта Президента для государственной поддержки молодых российских ученых — докторов наук МД-5082.2015.6.

© Егоров С. А., 2016

* Егоров Сергей Андреевич, к. ю. н., эксперт I категории Центра по обеспечению деятельности УМО по юридическому образованию вузов Российской Федерации Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Egorov.sand@gmail.com
ул. Садовая-Кудринская, 9, каб. 661, Москва, 125993

стандартов для тех категорий работников, требования к которым (квалификация, необходимый уровень образования и т.п.) были предусмотрены в законодательном порядке. К слову, в юридической области по состоянию на сентябрь 2015 года существует единственный утвержденный профессиональный стандарт — стандарт следователя-криминалиста², в стадии подготовки находятся профессиональные стандарты преподавателя юридических дисциплин образовательной организации высшего образования, научного работника в образовательной или научной организации правового профиля, корпоративного юриста³. О важности разработки профессиональных стандартов в юриспруденции говорится уже достаточно давно⁴.

Необходимо отметить, что далеко не все работодатели поддерживают инициативу разработки профессиональных стандартов по соответствующим профилям деятельности, даже несмотря на активное содействие в этой работе со стороны профессионального сообщества. Так, в конце 2014 года Ассоциацией юристов России было принято решение о формировании специальной Комиссии по профессиональным юридическим стандартам. Основными направлениями ее работы являются:

- планирование и координация деятельности по разработке профессиональных стандартов;
- осуществление методической поддержки их разработчиков;
- организация проведения общественного обсуждения разработанных проектов профессиональных стандартов;
- осуществление мониторинга применения профессиональных стандартов в юридической области;
- информирование работников, работодателей и иных заинтересованных лиц о ходе разработки профессиональных стандартов, об их значении и о формах использования.

Однако инициатива разработки профессиональных стандартов по ряду юридических профессий в сфере государственной службы не получила поддержки со стороны органов государственной власти. Некоторые из них мотивировали это, в частности, отсутствием не только практической необходимости, но и законодательно предусмотренной возможности разработки профстандарта юридических профессий, связанных с прохождением государственной службы (на основании того, что требования к квалификации работников данной сферы уже установлены федеральными законами об отдельных видах государственной службы и ведомственными нормативными правовыми актами).

Новая статья 195.3 ТК РФ, вступающая в силу с июня 2016 года, обязывает применять профстандарт как раз к таким категориям работников. В части 1 указанной статьи предусматривается, что если ТК РФ, другими федеральными законами, иными нормативными правовыми актами Российской Федерации установлены требования к квалификации, необходимой работнику для выполнения определенной трудовой функции, профессиональные стандарты в части указанных требований обязательны для применения работодателями. Таким образом, данное законодательное нововведение создает условия для активизации деятельности по внедрению профессиональных стандартов в сфере государственной службы.

Однако необходимость законодательной новации вызывает сомнения с точки зрения смысла вносимых изменений и дополнений. Ведь в случае наличия законодательно установленных требований к квалификации работника они должны быть в точности отражены и в профессиональных стандартах, следовательно, должны применяться работодателями.

Более того, акцент на обязательности применения определенных профессиональных стандартов (их составных элементов) подчеркивает

² Приказ Минтруда России от 23.03.2015 № 183н «Об утверждении профессионального стандарта “Следователь-криминалист”» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 14.04.2015).

³ См. об этом: *Щепанский И. С.* О необходимости и направлениях разработки профессиональных стандартов в юридической области // *Актуальные проблемы российского права.* 2014. № 5. С. 988—994.

⁴ *Свистунов А. А., Субботин В. Н.* Развитие юридического образования и науки: проблемы и перспективы // *Юридическое образование и наука.* 2008. № 3.

рекомендательный характер всех остальных, что не в полной мере согласуется с положениями ТК РФ (см., например, абз. 3 ч. 2 ст. 57, ч. 8 и 9 ст. 143, ч. 1 ст. 330.2 ТК РФ). В соответствии с частью 3 статьи 11 ТК РФ все работодатели (физические лица и юридические лица независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности) в трудовых отношениях и иных непосредственно связанных с ними отношениях с работниками обязаны руководствоваться положениями трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права.

Здесь следует обратиться к истории принятия Федерального закона от 02.05.2015 года № 122-ФЗ, которым введены данные новации. На момент внесения в Государственную Думу ФС РФ в лаконичном тексте законопроекта № 537948-6⁵ предлагалось установить обязательность применения профстандартов организациями, в отношении которых функции и полномочия учредителя осуществляют федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, иные государственные органы, органы местного самоуправления, а также государственными корпорациями, государственными компаниями, хозяйственными обществами и иными организациями, в уставном капитале которых доля Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования превышает 50 %.

Ко второму чтению законопроект был существенно изменен и дополнен новыми положениями. В частности, указанное выше положение об обязательности применения профстандартов бюджетными учреждениями было приведено в соответствие с частью 3 статьи 195.1 ТК РФ (которая с 1 июля 2016 года станет самостоятельной статьей 195.2) и не включалось в текст Трудового кодекса. В конечном варианте императивная формулировка «Профессиональные стандарты подлежат обязательному применению...» заменена конструкцией, в соответствии с которой Правительство РФ наделено правом устанавливать особенности применения профессиональных стандартов в части требований,

обязательных для применения бюджетными организациями и другими перечисленными субъектами, причем сделать это можно только с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений.

Вместе с этим в законопроекте появились положения о введении в ТК РФ новой статьи 195.3, о которой речь шла выше. Однако причины и необходимость ее появления в пояснительной записке к законопроекту, разумеется, не представлены. Нам не хотелось бы думать, что законодатель здесь поступил по аналогии с реализацией поручений Президента России в отношении внедрения производственных советов, когда поправки в Трудовой кодекс РФ наделили работодателей правом, которое они имели и раньше⁶.

Вопрос о необходимости законодательно закрепить обязательность применения профстандартов рассматривался в течение длительного времени. Каждая новость о такой возможности встречала бурные обсуждения и критику со стороны работников, которые боялись потерять работу в связи с тем, что выполняют ее не по своей специальности. Поэтому вполне вероятно, что законодатель не торопится законодательно закреплять обязательность применения профстандартов, но, возможно, будет делать это поэтапно, и введение статьи 195.3 ТК РФ — один из первых шагов в этом направлении. В таком случае следует ожидать, что часть 1 статьи 195.3 ТК РФ может быть впоследствии расширена путем указания на действие профстандартов в отношении, например, определенного круга должностей либо указания на обязательность применения профстандарта целиком, а не только в части установленных ТК РФ и иными нормативными правовыми актами требований к квалификации.

Так как профессиональные стандарты должны со временем заменить Единый тарифно-квалификационный справочник работ и профессий рабочих (далее — ЕТКС) и Квалификационный справочник должностей руководителей, специалистов и других служащих (далее — ЕКС),

⁵ Автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности. URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=537948-6](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=537948-6).

⁶ См. об этом: *Люттов Н. Л.* Производственные советы в России: баланс экономических и социальных прав // Журнал российского права. 2014. № 5. С. 95—104.

вполне логично ожидать, что правовой статус профстандартов должен быть унаследован от ЕТКС и ЕКС, которые далеко не всеми работодателями применяются в императивном порядке. Более того, характер указанных справочников до настоящего времени так и не был определен в нормативных правовых актах.

Следует отметить, что профстандарты являются элементом национальной системы квалификаций, в которую также должна входить система оценки квалификации работников. В связи с этим Министерством труда и социальной защиты подготовлен и представлен для общественного обсуждения законопроект «Об оценке профессиональной квалификации на соответствие профессиональным стандартам и внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации»⁷. Проект федерального закона предлагает определение элементов системы оценки квалификации, устанавливает круг ее участников, процедуру создания и компетенцию основных ее органов, а также форму проведения оценки квалификации в виде профессионального экзамена и порядок обжалования его результатов. Немаловажным аспектом предложенного Минтрудом России законопроекта является установление в нем (наряду с упомянутыми в постановлении Правительства от 22.01.2013 № 23⁸) субъекта организации разработки профстандартов — согласно части 2 статьи 7 таковыми должны стать советы по профессиональным квалификациям. В настоящее время регулирование вопросов сертификации квалификации работников осу-

ществляется в соответствии с Федеральным законом от 27.12.2002 № 184-ФЗ «О техническом регулировании»⁹, в рамках создания систем добровольной сертификации по отдельным профессиям (областям профессиональной деятельности) и в отдельных сферах деятельности на основании отраслевого законодательства. В то же время профстандарты исключены из сферы действия данного закона, и поэтому требуется установление правовых основ оценки квалификации на соответствие профстандартам.

Параллельно с процессом регламентации оценки квалификации работников ведется работа по развитию институционального элемента системы оценки квалификации. В мае 2015 года Правительством РФ был утвержден план-график формирования сети независимых центров сертификации профессиональных квалификаций¹⁰. В соответствии с данным документом запланировано в период 2015—2017 годов (нарастающим итогом) уполномочить для проведения оценки квалификации 36, 191, 289 юридических лиц соответственно. Планируется, что за указанный период оценку квалификации пройдут 3,7 тыс., 19,3 тыс., 70,4 тыс. человек соответственно. Ближайшие итоги реализации плана-графика должны быть представлены Минтрудом России до 1 декабря 2015 года.

Исходя из многоцелевого назначения профессиональных стандартов, немаловажным инструментом их разработки, утверждения и применения является социальный диалог¹¹

⁷ С текстом проекта федерального закона «Об оценке профессиональной квалификации на соответствие профессиональным стандартам и внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации» (ID: 00/03-19395/10-14/28-13-4) и материалами к нему можно ознакомиться на Едином портале для размещения информации о разработке федеральными органами исполнительной власти проектов нормативных правовых актов и результатов их общественного обсуждения: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=19082>.

⁸ Постановление Правительства РФ от 22.01.2013 № 23 «О Правилах разработки, утверждения и применения профессиональных стандартов» // СЗ РФ. 2013. № 4. Ст. 293.

⁹ СЗ РФ. 2002. № 52 (ч. 1). Ст. 5140.

¹⁰ Распоряжение Правительства РФ от 14.05.2015 № 881-р «Об утверждении плана-графика формирования сети независимых центров сертификации профессиональных квалификаций» // СЗ РФ. 2015. № 21. Ст. 3134.

¹¹ О социальном диалоге в сфере труда см.: Егоров С. А. Международные ориентиры социального партнерства на локальном уровне // Бизнес в законе. 2014. № 3. С. 105—109; Он же. Перспективные вопросы правового регулирования и социального диалога в сфере труда в России и на международном уровне // Право и государство: теория и практика. 2014. № 6 (114). С. 61—64.

с участием всех заинтересованных участников. Наряду с традиционными социальными партнерами — профсоюзами, работодателями и их объединениями, государством, — на всех уровнях в данном процессе необходимо

обеспечить участие представителей сферы образования в лице педагогического и научного сообщества, администрации образовательных организаций, объединений обучающихся.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Егоров С. А. Международные ориентиры социального партнерства на локальном уровне // Бизнес в законе. — 2014. — № 3. — С. 105—109.
2. Егоров С. А. Перспективные вопросы правового регулирования и социального диалога в сфере труда в России и на международном уровне // Право и государство: теория и практика. — 2014. — № 6 (114). — С. 61—64.
3. Лютов Н. Л. Производственные советы в России: баланс экономических и социальных прав // Журнал российского права. — 2014. — № 5. — С. 95—104.
4. Свиштунов А. А., Субботин В. Н. Развитие юридического образования и науки: проблемы и перспективы // Юридическое образование и наука. — 2008. — № 3.
5. Щепанский И. С. О необходимости и направлениях разработки профессиональных стандартов в юридической области // Актуальные проблемы российского права. — 2014. — № 5. — С. 988—994.

Материал поступил в редакцию 17 сентября 2015 г.

LEGISLATIVE INNOVATIONS IN THE FIELD OF DEVELOPMENT AND APPLICATION OF PROFESSIONAL STANDARDS

EGOROV Sergei Andreevich — PhD in Law, I Category Expert of the Centre for the activities of The Board of Educational Methodological Department on Legal Education in Russian Universities, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

Egorov.sand@gmail.com

125993, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya street, 9, office 661

Review. *The article is devoted to the changes in regulatory legal acts governing the development and application of professional standards. The object of the analysis was both adopted laws and draft laws yet to be considered. Amendments and additions to the legislation did not entail mandatory application of professional standards neither for all, nor for certain categories of workers or employers. When developing and applying professional standards, it is necessary to ensure the participation of various parties of the social dialogue - workers, employers, government, educational and scientific communities, the administration of educational institutions, representatives of students.*

This information is of interest to those interested in the problems of Russian labor law, e.g. legislators, trade unions, employers' associations.

Keywords: *law, employment law, employment legislation, Labor Code, professional standard, employees, education, experience, evaluation of skills.*

This article has been prepared with the financial support of the Ministry of Education and Science financed through the President Grant funds for the state support of young Russian scientists - Doctors of Sciences MD-5082.2015.6

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Egorov S. A.* Mezhdunarodnye orientiry social'nogo partnerstva na lokal'nom urovne // *Biznes v zakone.* — 2014. — № 3. — S. 105—109.
2. *Egorov S. A.* Perspektivnye voprosy pravovogo regulirovanija i social'nogo dialoga v sfere truda v Rossii i na mezhdunarodnom urovne // *Pravo i gosudarstvo: teorija i praktika.* — 2014. — № 6 (114). — S. 61—64.
3. *Ljutov N. L.* Proizvodstvennye sovety v Rossii: balans jekonomicheskikh i social'nyh prav // *Zhurnal rossijskogo prava.* — 2014. — № 5. — S. 95—104.
4. *Svistunov A. A., Subbotin V. N.* Razvitie juridicheskogo obrazovanija i nauki: problemy i perspektivy // *Juridicheskoe obrazovanie i nauka.* — 2008. — № 3.
5. *Shhepanskiy I. S.* O neobhodimosti i napravlenijah razrabotki professional'nyh standartov v juridicheskoy oblasti // *Aktual'nye problemy rossijskogo prava.* — 2014. — № 5. — S. 988—994.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Е. К. Газданова*

Неоднозначность законодательного подхода к уголовно-правовой оценке состояния опьянения

Аннотация. Статья посвящена анализу федеральных законов, на основании которых состояние опьянения стало рассматриваться в следующих уголовно-правовых значениях: обстоятельство,отягчающее наказание (ч. 1.1 ст. 63 УК РФ); конструктивный признак состава преступления (ст. 264.1 УК РФ); квалифицирующий (особо квалифицирующий) признак состава преступления (ч. 2, 4, 6 ст. 264 УК РФ). Принятие данных законов показало неоднозначность уголовно-правовой оценки законодателя к состоянию опьянения и поставило под сомнение необходимость наличия ст. 23 УК РФ, в которой, вопреки нововведениям, отражается нейтральное отношение законодателя к состоянию опьянения в момент совершения преступления.

Ключевые слова: состояние опьянения, нейтральный подход, обстоятельство, отягчающее наказание, конструктивный признак состава преступления, квалифицирующий (особо квалифицирующий) признак, нарушение правил дорожного движения, медицинское освидетельствование.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.156-160

На протяжении 13 лет в Уголовном кодексе РФ¹ отражался индифферентный подход законодателя к лицам, совершившим преступление в состоянии опьянения. С момента принятия УК РФ в мае 1996 г. и до февральских изменений 2009 г. о таком состоянии упоминалось только один раз (при установлении критериев вменяемости субъекта преступления). В частности, в ст. 23 УК РФ было сформулировано правило, согласно которому «лицо, совершившее преступление в состоянии опьянения, вызванном употреблением алкоголя, наркотических средств или других веществ, подлежит уголовной ответственно-

сти». Закрепляя данное правило, законодатель исходил из того, что состояние опьянения не является обстоятельством, исключающим уголовную ответственность, и никак иначе не влияет на решение вопроса об уголовной ответственности субъекта преступления.

При этом презюмировалось, что:

- 1) лицо добровольно доводит себя до такого состояния, зная, что употребление алкоголя, наркотиков и прочих одурманивающих веществ может негативно воздействовать на его центральную нервную систему, спровоцировать бесконтрольное поведение, вспышки агрессии и т.п.;

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 24 мая 1996 года № 63-ФЗ (ред. от 30.03.2015) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

© Газданова Е. К., 2016

* Газданова Елена Константиновна, к. ю. н., старший преподаватель кафедры уголовного права Магаданского филиала Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

fimida_omega@mail.ru

685000, Россия, г. Магадан, ул. Дзержинского, 20

2) отсутствуют исключительные состояния, связанные с патологическим опьянением, относящимся к временным психическим расстройствам, что дает основание для признания лица невменяемым.

Появление уголовно-правовой нормы, выражающей нейтральное отношение к состоянию опьянения как к фактору, провоцирующему совершение преступления, породило дискуссию среди ученых. Так, С. А. Балеев, Б. С. Волков, Л. Л. Кругликов посчитали, что данная норма обращена к сознанию людей и, побуждая их к воздержанию от употребления алкоголя, наркотических средств или других одурманивающих веществ, выполняет регулятивную функцию в поведении². Другие авторы, напротив, не увидели надобности в норме с подобным содержанием, считая ее излишней констатацией факта, который вполне очевиден. Например, профессор И. М. Мацкевич отметил следующее: «Можно предположить, что если бы в законе не было бы прямо указано об уголовной ответственности пьяных преступников, то можно было бы не наказывать вовсе. Другими словами, ст. 23 УК РФ является совершенно избыточной»³. Схожей позиции придерживался и Г. Н. Борзенков, который указывал, что если законодатель относится к состоянию опьянения индифферентно, считая его нейтральным фактором, то, может быть, следовало умолчать об этом вовсе, как молчало Уголовное уложение 1903 г. и умалчивают некоторые зарубежные уголовные кодексы (ФРГ, Франции и др.)⁴.

Редакция ст. 23 УК РФ сохранила свой первоначальный вид и на данный момент, однако анализ внесенных за последние 6 лет поправок в УК РФ показал, что эта статья уже утрачива-

ет свой подлинный смысл, а также нарушает принцип системности уголовного законодательства. Дело в том, что в результате принятия трех федеральных законов⁵, вносящих изменения в УК РФ, состояние опьянения перестало быть нейтральным фактором, который никак не влияет на квалификацию преступления, срок и размер наказания. Благодаря принятию указанных законов состояние опьянения стало учитываться в качестве обстоятельства, отягчающего наказание (ч. 1.1 ст. 63 УК РФ); конструктивного признака состава преступления (ст. 264.1 УК РФ); квалифицирующего (особо квалифицирующего) признака состава преступления (ч. 2, 4, 6 ст. 264 УК РФ).

Первые шаги по переоценке уголовно-правового значения состояния опьянения были сделаны в феврале 2009 г. Федеральный закон от 13 февраля 2009 г. № 20-ФЗ «О внесении изменения в статью 264 Уголовного кодекса Российской Федерации» ввел в ст. 264 УК РФ квалифицированный и особо квалифицированные составы нарушения правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, совершенные лицом, находящимся в состоянии опьянения (ч. 2, 4, 6 ст. 264 УК РФ).

Законодательная позиция в части закрепления за состоянием опьянения статуса квалифицирующего или особо квалифицирующего признака по ст. 264 УК РФ единодушного одобрения среди ученых не нашла. Так, М. Арзамасцев указывает, что «недопустимо, чтобы для водителей, находившихся в состоянии опьянения в момент совершения наезда на пешехода, предусматривались такие же санкции, что и для трезвых водителей»⁶. Другие авторы критически оценили тот факт, что законодатель выборочно подошел

² Уголовное право России. Общая часть : учебник / С. А. Балеев, Б. С. Волков, Л. Л. Кругликов и др. ; под ред. Ф. Р. Сундурова, И. А. Тарханова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2009. С. 355.

³ Мацкевич И. М. Алкоголь и преступность // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 7. С. 852.

⁴ IV Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный). 13-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. В. М. Лебедев. М., 2013. С. 121.

⁵ Федеральный закон от 13.02.2009 № 20-ФЗ «О внесении изменения в статью 264 Уголовного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 7. Ст. 788 ; Федеральный закон от 21.10.2013 № 270-ФЗ «О внесении изменения в статью 63 Уголовного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 43. Ст. 5440 ; Федеральный закон от 31.12.2014 № 528-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросу усиления ответственности за совершение правонарушений в сфере безопасности дорожного движения» // СЗ РФ. 2015. № 1 (часть I). Ст. 81.

⁶ Арзамасцев М. Состояние опьянения как квалифицирующий признак дорожно-транспортного преступления // Уголовное право. 2010. № 1. С. 4.

к вопросу ужесточения санкций за совершение преступления в состоянии опьянения, выбрав из всех возможных деяний только нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств. Так, Н. И. Исаев пишет: «Получается, что самое злодейское убийство, террористический акт или иное насильственное преступление, совершенное в состоянии опьянения, не характеризуется повышенной степенью опасности, а нарушение Правил дорожного движения, повлекшее опасные последствия и совершенное лицом, управляющим транспортным средством в состоянии опьянения, весьма опасно. Можно сказать, что это специфическое преступление, где вред причиняется с участием источника повышенной опасности, но разве хирург, в состоянии опьянения оперирующий человека, действующий с грубой небрежностью и причиняющий смерть пациенту, опасен менее пьяного водителя?»⁷

Мы, в свою очередь, считаем, что ужесточение уголовной ответственности за нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств лицом, находящимся в состоянии опьянения, было прогнозируемым и объективно необходимым. Изучение статистических данных за последние 5 лет показало, что каждое 13-е дорожно-транспортное происшествие в Российской Федерации совершено водителями, находящимися в нетрезвом состоянии. В среднем по вине пьяных водителей на дорогах погибает свыше 1,5 тыс. человек в год.

Вместе с тем не можем признать правильность того, что уголовное преследование по ч. 4 и 6 ст. 264 УК РФ может быть прекращено на основании ст. 76 УК РФ (примирение с потерпевшим). Считаем, что степень общественной опасности от причинения тяжкого вреда здоровью (смерти) двум и более лицам по вине нетрезвого водителя велика и не должно быть правовых оснований для исключения ответственности за содеянное. Решение данной проблемы, на наш взгляд, возможно путем включения в постановление Пленума Верховного

Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности»⁸ пункта 13.1 следующего содержания: «В тех случаях, когда в результате дорожно-транспортного происшествия по вине лица, управляющего механическим транспортным средством в состоянии опьянения, наступила смерть одного, двух и более потерпевших, судам следует учесть недопустимость освобождения его от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим». В результате таких дополнений родственники погибших лиц, которые по уголовно-процессуальному законодательству признаются потерпевшими, не смогут повлиять на решение вопроса о привлечении лица, совершившего преступление, предусмотренное ч. 4 или 6 ст. 264 УК РФ, к уголовной ответственности.

Принятый 21 октября 2013 г. Федеральный закон № 270-ФЗ «О внесении изменения в статью 63 Уголовного кодекса Российской Федерации» придал состоянию опьянения новый статус — статус обстоятельства, отягчающего наказание. В статье 63 УК РФ появилась часть 1.1, в соответствии с которой «судья (суд), назначающий наказание, в зависимости от характера и степени общественной опасности преступления, обстоятельств его совершения и личности виновного может признать отягчающим обстоятельством совершение преступления в состоянии опьянения, вызванном употреблением алкоголя, наркотических средств или других одурманивающих веществ».

Безусловным плюсом данных нововведений, на наш взгляд, является то, что законодатель спустя продолжительный период времени⁹ все-таки вернул состояние опьянения в число обстоятельств, отягчающих наказание, тем самым как бы утвердился в своей позиции на этот счет и показал, что уголовное законодательство, а вместе с ним и уголовно-правовая политика развиваются не только по спирали, но и по принципу «возвращения на круги

⁷ Исаев Н. И. Уголовная ответственность за нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств : научно-практическое пособие / под ред. Н. Г. Кадникова. М., 2011. С. 105.

⁸ Российская газета. № 145. 05.07.2013.

⁹ В пункте 10 ст. 39 УК РСФСР 1960 г. говорилось о том, что совершение преступления лицом, находящимся в состоянии опьянения, является обстоятельством, отягчающим ответственность, однако суд вправе, в зависимости от характера преступления, не признать это обстоятельство таковым.

своя»¹⁰. Негативная динамика преступлений, совершенных в состоянии опьянения за последнее время, тяжесть их последствий свидетельствуют о высокой степени общественной опасности данных преступлений и требуют адекватной реакции со стороны государства.

Вместе с тем поддержим точку зрения В. И. Гладких, который считает недопустимым возлагать на судью (суд) полномочия по признанию состояния опьянения обстоятельством, отягчающим наказание. Такой законодательный подход прямо или косвенно может способствовать судебскому произволу и вынесению неправосудных решений¹¹. К тому же судьи (суды) и ранее принимали во внимание тот факт, что преступление совершалось в состоянии опьянения. Этот момент учитывался на основании ч. 3 ст. 60 УК РФ при оценке степени общественной опасности совершенного деяния и личностных характеристик виновного. Учитывая сказанное, предлагаем исключить из ч. 1.1 ст. 63 УК РФ указание на то, что судья может признать состояние опьянения обстоятельством, исключающим преступность деяния. Было бы логичнее, если бы законодатель поместил такое обстоятельство, как совершение преступления в состоянии опьянения (без указания на судебское усмотрение), в ч. 1 ст. 63 УК РФ наряду с другими обстоятельствами, придав ему императивный характер.

Последние изменения, на основании которых произошло очередное переосмысление уголовно-правового значения состояния опьянения, произошли 31 декабря 2014 г. Федеральный закон от № 528-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросу усиления ответственности за совершение правонарушений в сфере безопасности дорожного движения» ввел в главу 27 «Преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта» УК РФ статью 264.1, предусматривающую новый состав преступления — нарушение Правил дорожного движения лицом, подвергнутым административному наказанию. С появлением данной статьи состояние опьянения

стало рассматриваться как конструктивный признак состава преступления.

Положительно оценивая это нововведение, не можем не отметить момент, который, на наш взгляд, носит спорный характер. Так, одним из условий наступления уголовной ответственности по ст. 264.1 УК РФ выступает отказ лица, управляющего автомобилем, трамваем или другим механическим транспортным средством, выполнить законное требование уполномоченного должностного лица о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения. Получается, что лицо будет признаваться виновным в совершении преступления не потому, что управляло транспортным средством в состоянии опьянения (что имеет принципиальное значение для установления признаков состава преступления), а потому, что отказалось от соблюдения формальной процедуры — медицинского освидетельствования. Думается, что необходимо исключить из ст. 264.1 УК РФ одно из условий для уголовной ответственности, указывающее на бездействие субъекта преступления, а именно — на невыполнение законных требований уполномоченного должностного лица о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения. К тому же полагаем, что за невыполнение водителем транспортного средства требования о прохождении медицинского освидетельствования достаточно санкции ст. 12.26 КоАП РФ (даже в случае повторного отказа от прохождения данной процедуры) и административного штрафа в размере 30 тыс. рублей с лишением права управления транспортными средствами на срок от 1,5 до 2 лет.

Внесенные в УК РФ поправки привели к законодательной переоценке уголовно-правового значения состояния опьянения, на фоне чего ст. 23 УК РФ, указывающая на нейтральный подход законодателя к оценке состояния опьянения, потеряла смысловую нагрузку и, как указывалось ранее, привела к нарушению принципа системности уголовного законодательства. В связи с этим считаем необходимым исключить указанную статью из перечня статей УК РФ.

¹⁰ Верина Г. В. Влияние состояния опьянения на уголовную ответственность // URL: http://pravovik.ucoz.ru/publ/ugolovnoe_pravo (дата обращения: 15 февраля 2015).

¹¹ Гладких В. И. Парадоксы современного законодательства: критические заметки на полях Уголовного кодекса // Российский следователь. 2012. № 11. С. 16.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Арзамасцев М. Состояние опьянения как квалифицирующий признак дорожно-транспортного преступления // Уголовное право. — 2010. — № 1. — С. 4—8.
2. Верина Г. В. Влияние состояния опьянения на уголовную ответственность // URL: http://pravovik.ucoz.ru/publ/ugolovnoe_pravo (дата обращения: 15 февраля 2015 г.).
3. Гладких В. И. Парадоксы современного законодательства: критические заметки на полях Уголовного кодекса // Российский следователь. — 2012. — № 11. — С. 15—18.
4. Исаев Н. И. Уголовная ответственность за нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств : научно-практическое пособие / под ред. Н. Г. Кадникова. — М., 2011. — 192 с.
5. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный). — 13-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. В. М. Лебедев. — М., 2013. — 1069 с.
6. Мацкевич И. М. Алкоголь и преступность // Актуальные проблемы российского права. — 2013. — № 7. — С. 844—854.
7. Уголовное право России. Общая часть : учебник / С. А. Балеев, Б. С. Волков, Л. Л. Кругликов и др. ; под ред. Ф. Р. Сундунова, И. А. Тарханова. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2009. — 355 с.

Материал поступил в редакцию 29 сентября 2015 г.

AMBIGUITY OF LEGISLATIVE APPROACHES TO CRIMINAL EVALUATION OF INTOXICATION

GAZDANOVA Elena Konstantinivna — PhD in Law, Senior Lecturer at the Department of Criminal Law, Magadan Branch of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
 fimida_omega@mail.ru
 685000, Russia, Magadan, Dzerzhinskogo street, 20

***Review.** This article analyzes federal laws on the basis of which intoxication is seen in the following criminal ways: aggravating circumstance (Part 1.1, Article 63 of the Criminal Code...); structural feature of a crime (Article 264.1 of the Criminal Code.); qualifying (qualifying special) sign of a crime (parts 2, 4, 6 Art. 264 of the Criminal Code). The adoption of these laws shows the ambiguity of the criminal evaluation of the state of intoxication by a legislator and questions the need for art. 23 of the Criminal Code, which, despite the innovations, reflected a neutral legislator's attitude towards the intoxication at the time of committing the crime.*

***Keywords:** intoxication, neutral approach, aggravating circumstance, structural feature of the crime, aggravating (qualifying special) sign, traffic violation, medical examination.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Arzamascev M. Sostojanie op'janenija kak kvalificirujushhij priznak dorozhno-transportnogo prestuplenija // Ugolovnoe pravo. — 2010. — № 1. — С. 4—8.
2. Verina G. V. Vlijanie sostojanija op'janenija na ugolovnuju otvetstvennost' // URL: http://pravovik.ucoz.ru/publ/ugolovnoe_pravo (data obrashhenija: 15 fevralja 2015 g.).
3. Gladkih V. I. Paradoksy sovremennogo zakonotvorchestva: kriticheskie zametki na poljah Ugolovnogo kodeksa // Rossijskij sledovatel'. — 2012. — № 11. — С. 15—18.
4. Isaev N. I. Ugolovnaja otvetstvennost' za narushenie pravil dorozhnogo dvizhenija i jekspluatacii transportnyh sredstv : nauchno-prakticheskoe posobie / pod red. N. G. Kadnikova. — М., 2011. — 192 s.
5. Kommentarij k Ugolovnomu kodeksu Rossijskoj Federacii (postatejnyj). — 13-e izd., pererab. i dop. / отв. ред. В. М. Лебедев. — М., 2013. — 1069 с.
6. Mackevich I. M. Alkogol' i prestupnost' // Aktual'nye problemy rossijskogo prava. — 2013. — № 7. — С. 844—854.
7. Ugolovnoe pravo Rossii. Obshhaja chast' : uchebnik / S. A. Baleev, B. S. Volkov, L. L. Kruglikov i dr. ; pod red. F. R. Sundurova, I. A. Tarhanova. — 3-e izd., pererab. i dop. — М., 2009. — 355 с.

Проблемные вопросы определения понятия «сексуальная эксплуатация человека» и его уголовно-правовое значение

Аннотация. Настоящая статья посвящена исследованию уголовно-правовых проблем противодействия сексуальной эксплуатации человека. Исследуются доктринальные подходы к этому определению, проводится анализ закрепления понятия «сексуальная эксплуатация» в международных правовых актах и в актах национального законодательства. Выявляются особенности противодействия сексуальной эксплуатации в международном праве (они характерны в основном для противодействия сексуальной эксплуатации детей), а также в праве отдельных государств, в том числе США и России. Автором дается собственное определение сексуальной эксплуатации, под которой предлагается понимать злоупотребление или покушение на злоупотребление уязвимым положением, властью или доверием в сексуальных целях, а равно извлечение выгоды посредством принуждения другого лица к оказанию услуг сексуального характера или к совершению иных действий сексуального характера, включая вовлечение в занятие проституцией.

Ключевые слова: сексуальная эксплуатация, уголовный закон, рабство, уголовно-правовые средства, проституция, принуждение.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.161-167

Сексуальная эксплуатация человека представляет собой весьма сложное явление, в отношении которого есть целый ряд нормативных определений (как в международном, так и в национальном праве) и доктринальных определений.

В качестве примеров нормативного определения можно назвать:

1. Всеобъемлющую стратегию ООН по оказанию помощи и поддержки жертвам сексуальной эксплуатации, сексуальных надругательств со стороны персонала ООН, которая определяет сексуальную эксплуатацию как «любое злоупотре-

бление или покушение на злоупотребление уязвимым положением, властью или доверием в сексуальных целях, включая, в частности, приобретение денежной, социальной или политической выгоды от сексуальной эксплуатации другого лица, но не ограничиваясь вышесказанным»¹.

Данное определение имеет прежде всего прикладной характер и касается лишь персонала ООН. Оно было разработано как ответ на ряд прецедентов сексуального насилия и сексуальной эксплуатации персоналом ООН населения страны пребывания. С точки зрения

¹ Всеобъемлющая стратегия ООН по оказанию помощи и поддержки жертвам сексуальной эксплуатации и сексуальных надругательств со стороны персонала ООН (принята 21 декабря 2007 года) // URL: <http://www.un.org/ru/peacekeeping/issues/sexualexploitationdocs.shtml> (дата обращения: 01.06.2015).

законодательной техники его можно признать одним из наиболее удачных определений.

2. Конвенцию Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений², которая в понятие «сексуальная эксплуатация и сексуальные злоупотребления в отношении детей» включает действия, указанные в статьях 18—23 этой Конвенции, а именно:

- сексуальные злоупотребления (ст. 18);
- преступления, касающиеся детской проституции (ст. 19);
- преступления, касающиеся детской порнографии (ст. 20);
- преступления, касающиеся участия ребенка в порнографических представлениях (ст. 21);
- совращение детей (ст. 22);
- домогательство в отношении детей с сексуальными целями (ст. 23).

Можно заметить, что как такового определения сексуальной эксплуатации в Конвенции нет. Однако этот документ ценен в первую очередь тем, что обозначает конкретные составы преступлений, подпадающие под общее понятие «сексуальная эксплуатация».

3. Модельный закон о противодействии торговле людьми, принятый Межпарламентской Ассамблеей государств — участников СНГ³, который дает следующее определение: «Сексуальная эксплуатация человека — извлечение материальной или иной выгоды посредством принуждения другого лица, в том числе путем злоупотребления его уязвимым положением, к оказанию услуг сексуального характера или к совершению иных действий сексуального характера, включая его использование для занятия проституцией...». Отметим, что данное

определение, в отличие от определения ООН, базируется на том, что сексуальная эксплуатация — это в первую очередь извлечение выгоды. Такой подход, на наш взгляд, более подходит для определения рабства.

4. Уголовный кодекс Российской Федерации⁴, который хотя и не содержит прямого определения сексуальной эксплуатации, упоминает его в контексте более широкого понятия «эксплуатация человека». Так, в примечании 2 ст. 127.1 УК РФ указывается, что «под эксплуатацией человека в настоящей статье понимаются использование занятия проституцией другими лицами и иные формы сексуальной эксплуатации, рабский труд (услуги), подневольное состояние». Данное примечание можно рассматривать в контексте анализа понятия «сексуальная эксплуатация» с большой натяжкой, так как собственно определения в нем не содержится. Однако это фактически единственное упоминание сексуальной эксплуатации в уголовном праве России. Кроме того, оно дает представление о структуре сексуальной эксплуатации.

Можно выделить разные доктринальные подходы к определению данного понятия:

- одна группа авторов (Ю. П. Смирнов⁵, М. А. Ковалева⁶) базирует свои трактовки на понятии выгода, тем самым соглашаясь с разработчиками Модельного закона СНГ 2008 г. Так, Ю. П. Смирнов отмечает, что «сексуальная эксплуатация — это противоправное и наказуемое использование сексуальности как особого физиологического свойства человека помимо или против его воли в целях получения финансовой или иной выгоды»;

² Конвенция Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений (Лансароте, 25 октября 2007 года) // URL: <http://base.garant.ru/70359656/> (дата обращения: 01.06.2015).

³ Модельный закон о противодействии торговле людьми (принят в г. Санкт-Петербурге 03.04.2008 на 30-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ) // Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств — участников Содружества Независимых Государств. 2008. № 42. С. 301—353.

⁴ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 30.03.2015, с изм. и доп. от 07.04.2015) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

⁵ Смирнов Ю. П. Уголовная ответственность за сексуальную эксплуатацию других лиц в форме занятия ими проституцией : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 8.

⁶ Ковалева М. А. Сексуальное насилие и сексуальная эксплуатация: криминологические и уголовно-правовые аспекты, предупреждение : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

— другая группа авторов (Р. Я. Мамбетов⁷, К. А. Лукьянова⁸) дает более широкие определения. В частности, Р. Я. Мамбетов считает, что «под сексуальной эксплуатацией следует понимать присвоение результатов сексуальной практики человека (например, в ситуации эксплуатации проституции) и использование сексуальных свойств другого человека». Эта трактовка, безусловно, шире, чем вышеупомянутое определение Ю. П. Смирнова, однако здесь, по сути, нет ссылок на противоправность этого деяние.

Как можно увидеть даже из этого, далеко не полного обзора, определений сексуальной эксплуатации как с нормативной точки зрения, так и с точки зрения доктрины уголовного права достаточно много и они не совпадают друг с другом.

Если же говорить об отечественном праве, то необходимо заключить, что определение, содержащееся в УК РФ, весьма лаконично и относится исключительно к ст. 127.1 «Торговля людьми». Относительно других преступлений сексуального характера оно не конкретизируется. Нет таких разъяснений и в практике Верховного Суда РФ.

Тем не менее, исходя из того, что Россия ратифицировала Конвенцию Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений, можно заключить, что в российском праве под сексуальной эксплуатацией следует понимать те виды деяний, которые обозначены в ст. 18—23 данной Конвенции.

Вместе с тем отметим, что ни в науке уголовного права, ни в законодательной практике нет единых позиций по отношению к определению форм сексуальной эксплуатации человека. Наиболее часто к формам сексуальной эксплуатации причисляют вовлечение в проституцию, а также принуждение к про-

ституции, детскую порнографию, торговлю людьми с целью вовлечения в сексуальную эксплуатацию, эксплуатацию во время деловых или туристических поездок и в некоторых случаях ранние браки⁹.

Некоторые авторы к данному перечню прибавляют также «использование человека для создания порнографических материалов или предметов с его участием, использование человека в сценических постановках порнографического характера и в стриптиз-шоу, обращение человека в “заложника”, использование сексуальной привлекательности человека в рекламных целях»¹⁰.

Есть и другие точки зрения: в частности, довольно часто к сексуальной эксплуатации человека причисляют все формы сексуального насилия, в том числе обусловленные и педофилией как психическим расстройством. Это имеет определенную логику, тем более что сексуальной эксплуатации часто предшествует сексуальное насилие, а дети представляют собой группу риска для сексуальной эксплуатации. Однако, на наш взгляд, данные деяния по возможности следует разграничивать.

В целом некоторые из обозначенных выше деяний рассматриваются в качестве преступлений международными договорами, некоторые криминализируются в национальных источниках уголовного права.

В международном праве большое внимание уделяется уголовно-правовому противодействию сексуальной эксплуатации детей.

Так, по инициативе Международной сети организаций ЭКПАТ (ЕСПАТ International) в 1996 году в Стокгольме (Швеция) был организован Первый Всемирный конгресс по противодействию коммерческой сексуальной эксплуатации детей, на котором была принята Стокгольмская декларация и план действий по борьбе с коммерческой сексуальной экс-

⁷ Мамбетов Р. Я. Криминологические и уголовно-правовые проблемы защиты прав и интересов женщин в России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 9.

⁸ Лукьянова К. А. Международное сотрудничество в борьбе с незаконным вывозом и сексуальной эксплуатацией за рубежом женщин и детей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.

⁹ Основные формы эксплуатации. Материалы сайта «Защитим детей от коммерческой сексуальной эксплуатации». URL: http://stopcsec.com.swtest.ru/chto_takoe_kommercheskaya_seksualnaya_ekspluatatsiya/osnovnye_formy_ekspluatatsii/ (дата обращения: 01.06.2015).

¹⁰ Мамбетов Р. Я. Криминологические и уголовно-правовые проблемы защиты прав и интересов женщин в России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 12.

плуатацией детей¹¹. В этом документе приводится определение коммерческой сексуальной эксплуатации детей, содержится призыв к улучшению координации и сотрудничества в сфере противодействия коммерческой сексуальной эксплуатации детей, описываются меры, которые необходимо предпринять для ее предотвращения, более эффективной реабилитации пострадавших детей. Отдельно подчеркивается необходимость привлечения самих подростков и молодежи к деятельности по противодействию коммерческой сексуальной эксплуатации детей.

В 2001 году в Йокогаме (Япония) был организован Второй Всемирный конгресс по противодействию сексуальной эксплуатации детей, в котором участвовали и представители России. На нем было принято Йокогамское глобальное обязательство, в рамках которого европейские страны были призваны рассмотреть, подписать, ратифицировать и приступить к осуществлению Конвенции ООН о правах ребенка¹² и Факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка, касающегося торговли детьми, детской проституции и детской порнографии¹³.

В 2008 г. на Третьем Всемирном конгрессе по противодействию коммерческой сексуальной эксплуатации в Рио-де-Жанейро (Бразилия) была принята Декларация и призыв к действию в сфере предотвращения и искоренения коммерческой сексуальной эксплуатации детей и подростков¹⁴. В этом конгрессе также участвовали представители российского государства. В данном документе предлагается план действий по предотвращению, запрещению и прекращению коммерческой сексуальной эксплуатации детей и подростков и по оказанию необходимой помощи детям, пережившим

коммерческую сексуальную эксплуатацию. Отдельное внимание уделяется проблеме использования информационно-коммуникационных технологий с целью совершения преступлений против детей. В документе говорится и о необходимости международного сотрудничества и привлечения частного сектора к программам по предотвращению сексуальной эксплуатации.

Итак, можно констатировать наличие единой политики международного сообщества по отношению к противодействию сексуальной эксплуатации, однако только в отношении детей. В отношении сексуальной эксплуатации в целом подобные усилия пока не увенчались успехом¹⁵.

Если обратиться к национальному уголовному законодательству современных государств, то можно прийти к выводу о том, что сексуальная эксплуатация как состав преступления закреплена в уголовных законах ряда стран — Дании, Испании, Нидерландов, Польши, США, Швеции, Франции и Японии. При этом подходы к криминализации форм сексуальной эксплуатации в значительной степени различаются.

К примеру, в Своде законов США¹⁶, разделе 18 «Преступления и уголовный процесс», содержится глава 110 «Сексуальная эксплуатация и прочие злоупотребления в отношении детей», в ней есть ст. 2251 «Сексуальная эксплуатация детей», под которыми понимается любое сексуальное посягательство, совершенное путем насилия, принуждения, угрозы или обмана.

Одним из наиболее разработанных с точки зрения законодательной техники можно считать кипрский Закон № 3 (1) 2000 года «О борьбе с торговлей людьми и сексуальной эксплуатацией детей»¹⁷, в соответствии с которым запрещены:

¹¹ URL: <http://docs.cntd.ru/document/499039123> (дата обращения: 01.06.2015).

¹² Конвенция о правах ребенка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989) (вступила в силу для СССР 15.09.1990) // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLVI. 1993.

¹³ Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (Нью-Йорк, 25 мая 2000 г.) // СЗ РФ. 2014. № 7. Ст. 633.

¹⁴ URL: http://www.coe.int/t/dg4/youth/Source/Resources/Forum21/Issue_No12/N12_3rd_Congress_agst_sex_exploitation_ru.pdf (дата обращения: 01.06.2015).

¹⁵ Лукьянова К. А. Международное сотрудничество в борьбе с незаконным вывозом и сексуальной эксплуатацией за рубежом женщин и детей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 13.

¹⁶ URL: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-russia.pdf> (дата обращения: 01.06.2015).

¹⁷ URL: http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/Handbook_for_Parliamentarians_Russian_V0983-316.pdf (дата обращения: 01.06.2015).

- а) сексуальная эксплуатация взрослых людей для получения прибыли, если она осуществляется:
- 1) принудительно, с применением насилия или угроз;
 - 2) путем обмана;
 - 3) посредством злоупотребления властью или под давлением в какой-либо иной форме;
- б) торговля взрослыми людьми для получения прибыли и с целью сексуальной эксплуатации при наличии обстоятельств, указанных выше, в пункте «а»;
- с) сексуальная эксплуатация несовершеннолетних или жестокое обращение с ними;
- д) торговля несовершеннолетними с целью их сексуальной эксплуатации или жестокого обращения с ними.

В ряде случаев, особенно в странах, относящихся к мусульманской правовой семье, сексуальная эксплуатация в перечисленных выше формах не криминализируется, а подобные дела (при их наличии) решаются в рамках предписаний Шариата. Однако в большинстве уголовных законов современных государств формы сексуальной эксплуатации криминализируются в рамках различных, зачастую не связанных друг с другом деяний. Это характерно и для российского Уголовного кодекса.

Подобная разногласия во многом связана с различными трактовками возраста сексуального согласия, возраста вступления в брак, а также различиями культурного и религиозного характера. По сути, это затрудняет борьбу (в том числе международную) с этим явлением, а также неизбежно сказывается на качестве уголовно-правовых средств противодействия сексуальной эксплуатации человека. Это имеет место и в российской правовой практике.

Как уже отмечалось выше, в Уголовном кодексе Российской Федерации нет полного определения понятия «сексуальная эксплуатация человека». В связи с этим факты сексуальной эксплуатации весьма сложно квалифицировать. Кроме того, данный вид общественно опасного деяния, как правило, носит сложный многоэпизодный характер и поэтому может быть квалифицирован как преступление по ряду статей Уголовного кодекса Российской Федерации, содержащихся в разных разделах и главах.

Так, например, если установлен факт вовлечения лица в проституцию или торговлю людьми в сексуальных целях, подобные деяния можно квалифицировать как торговлю людьми (ст. 127.1 УК РФ) или вовлечение в занятие проституцией (ст. 240 УК РФ). Данные статьи находятся соответственно в главах 17 «Преступления против свободы, чести и достоинства личности» и 25 «Преступления против здоровья населения и общественной нравственности» УК РФ.

Несмотря на наличие целого ряда применимых статей УК РФ, у преступлений, связанных с сексуальной эксплуатацией человека, очень высокая латентность. Даже когда сексуальная эксплуатация человека действительно имеет место, не всегда возможно организовать уголовное преследование преступника. Это происходит по разным причинам, например:

- пострадавшая сторона отказывается от возбуждения уголовного дела из-за угроз или давления либо боязни огласки, осуждения со стороны родственников и знакомых;
- имеющихся доказательств недостаточно для обвинения подозреваемых;
- пострадавшие или, например, родители ребенка не имеют достаточно подробной информации о том, каким образом действовать в подобной ситуации.

О распространенности сексуальной эксплуатации в России можно судить по различным показателям, которыми, в частности, являются: данные правоохранительных органов о числе преступлений против половой неприкосновенности, данные медицинской статистики о беременностях и об абортх несовершеннолетних, о заболеваемости ВИЧ, то есть о явлениях, сопряженных с ранним началом половой жизни, ее высокой интенсивностью и беспорядочностью. Однако и эти данные можно использовать лишь в комплексе с данными уголовной статистики.

Определенным образом ситуацию в сфере сексуальной эксплуатации отражают данные социологического опроса. Однако подобные исследования на сегодняшний день немногочисленны и проводятся не систематически. Вместе с тем ситуация с сексуальной эксплуатацией может иметь региональную специфику, в частности могут отличаться формы сексуальной эксплуатации, факторы и механизмы вовлечения,

формы вознаграждения, преступники (об этом свидетельствуют доступные данные исследований и оценки экспертов¹⁸).

Завершая настоящую статью, отметим, что отсутствие единого определения понятия «сексуальная эксплуатация», безусловно, препятствует формированию должных и обоснованных уголовно-правовых средств противодействия сексуальной эксплуатации человека в российском праве.

Предлагаемое нами определение формулируется следующим образом: «Сексуальная эксплуатация человека — злоупотребление или покушение на злоупотребление уязвимым положением потерпевшего, властью или доверием в сексуальных целях, а именно извлечение выгоды посредством принуждения другого

лица к оказанию услуг сексуального характера или к совершению иных действий сексуального характера». Под уязвимым положением, в свою очередь, необходимо понимать «состояние физической, психологической, социальной или экономической незащищенности человека, возникшее вследствие стечения или намеренного создания виновным лицом тяжелых жизненных обстоятельств, либо состояние материальной или иной зависимости человека». Именно так трактуется этот термин в Модельном законе об оказании помощи жертвам торговли людьми 2008 г.¹⁹ Данная трактовка, на наш взгляд, шире термина «использование материальной или иной зависимости лица», который нашел отражение в уголовном законе и доктрине.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ковалева М. А. Сексуальное насилие и сексуальная эксплуатация: криминологические и уголовно-правовые аспекты, предупреждение : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2006. — 30 с.
2. Лукьянова К. А. Международное сотрудничество в борьбе с незаконным вывозом и сексуальной эксплуатацией за рубежом женщин и детей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2001. — 29 с.
3. Лунеев В. А. Организованная сексуальная эксплуатация людей в Омской области: характеристика и локализация. — Омск, 2002. — 218 с.
4. Мамбетов Р. Я. Криминологические и уголовно-правовые проблемы защиты прав и интересов женщин в России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2009. — 31 с.
5. Основные формы эксплуатации. Материалы сайта «Защитим детей от коммерческой сексуальной эксплуатации». URL: http://stopcsec.com.swttest.ru/chto_takoe_kommercheskaya_seksualnaya_ekspluatatsiya/osnovnye_formy_ekspluatatsii/ (дата обращения: 01.06.2015).
6. Смирнов Ю. П. Уголовная ответственность за сексуальную эксплуатацию других лиц в форме занятия ими проституцией : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2010. — 30 с.

Материал поступил в редакцию 19 июля 2015 г.

¹⁸ Ковалева М. А. Сексуальное насилие и сексуальная эксплуатация: криминологические и уголовно-правовые аспекты, предупреждение : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006 ; Лунеев В. А. Организованная сексуальная эксплуатация людей в Омской области: характеристика и локализация. Омск, 2002.

¹⁹ Модельный закон об оказании помощи жертвам торговли людьми (Санкт-Петербург, 3 апреля 2008 г.) // URL: http://www.consultant.ru/law/ref/ju_dict/word/uyazvimoe_polozhenie_zhertvy_torgovli_lyudmi (дата обращения: 01.07.2015).

THE ISSUES OF IDENTIFYING THE CONCEPT OF "SEXUAL EXPLOITATION OF A PERSON" AND ITS CRIMINAL VALUE

PACHULIYA Georgii Teimurazovich — PhD student at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
Mosproc077@bk.ru
117546, Russia, Moscow, Kharkovskaya street, 8, apt. 2

Review. *This article is devoted to investigation of criminal issues of counteraction to human sexual exploitation. The author studies the doctrinal approaches to this definition, analyses consolidation of the concept of "sexual exploitation" in international legal acts and acts of national legislation. The attention is drawn to peculiarities of actions against sexual exploitation in international law (in general, they are typical of actions against sexual exploitation of children), as well as in the law of individual countries, including the United States and Russia. Based on this analysis, the author proposes his own definition of sexual exploitation which he suggests defining as the "abuse or attempted abuse of a vulnerable position, power or trust for sexual purposes, as well as taking advantage through coercion of another person to provide sexual services or to commit other acts of sexual nature, including involvement in prostitution."*

Keywords: *sexual exploitation, criminal law, slavery and criminal legal means, prostitution, coercion.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Kovaleva M. A. Seksual'noe nasilie i seksual'naja jekspluatacija: kriminologicheskie i ugodovno-pravovye aspekty, preduprezhdenie : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2006. — 30 s.*
2. *Luk'janova K. A. Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo v bor'be s nezakonnym vyvozom i seksual'noj jekspluataciej za rubezhom zhenshhin i detej : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2001. — 29 s.*
3. *Luneev V. A. Organizovannaja seksual'naja jekspluatacija ljudej v Omskoj oblasti: harakteristika i lokalizacija. — Omsk, 2002. — 218 s.*
4. *Mambetov R. Ja. Kriminologicheskie i ugodovno-pravovye problemy zashhity prav i interesov zhenshhin v Rossii : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2009. — 31 s.*
5. *Osnovnye formy jekspluaticii. Materialy sajta «Zashhitim detej ot kommercheskoj seksual'noj jekspluaticii». URL: http://stopcsec.com.swtest.ru/chto_takoe_kommercheskaya_seksualnaya_ekspluataciya/osnovnye_formy_ekspluaticii/ (data obrashhenija: 01.06.2015).*
6. *Smirnov Ju. P. Ugodovnaja otvetstvennost' za seksual'nuju jekspluataciju drugih lic v forme zanjatija imi prostituciej : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2010. — 30 s.*

ИСПОЛНЕНИЕ НАКАЗАНИЙ

В. В. Бочкарев*

Совершенствование использования в исправительных учреждениях инженерно-технических средств

Аннотация. В статье автор рассматривает такой важный элемент воздействия на осужденных, как применение инженерно-технических средств. В работе проводится анализ разных точек зрения по указанному вопросу.

Применение методов индукции, дедукции, анализа и синтеза позволил автору сформулировать обоснованные выводы. Сравнительно-правовой метод был применен при выявлении особенностей и пробелов в правовом регулировании, а также при разработке предложений по внесению изменений и дополнений в УИК РФ и ведомственную нормативную правовую базу. Получение эмпирического материала осуществлялось с помощью конкретно-социологического метода опроса (анкетирование и интервьюирование) сотрудников УИС.

Проведенный анализ позволяет автору утверждать, что использование технических средств охраны и надзора является одним из наиболее перспективных путей совершенствования норм уголовно-исполнительного законодательства.

Ключевые слова: осужденные, наказание в виде лишения свободы, средства предупреждения преступлений, инженерные средства, технические средства.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.168-175

Одной из эффективных предупредительных мер, входящих в содержание охраны и надзора, является технология построения всех зданий, помещений и сооружений и др., т.е. использование инженерных средств.

В общем виде территория исправительного учреждения оборудуется комплексом зданий, включающих общежитие, пищевой блок, магазин, школу, классы и технические кабинеты для профтехобучения, клуб, библиотеку, амбулаторию со стационаром, баню с прачечной и дезкамерой, парикмахерскую, кладовую для хранения обменного фонда постельных принадлежностей и спецодежды, камеры хранения личных вещей повседневного пользования, сушилку одежды и обуви, мастерскую по их

ремонту, кабинеты для наряда контролеров, дежурного помощника начальника колонии, начальника отряда, приема осужденных. Здесь же могут располагаться баскетбольная площадка, а также летняя площадка для просмотра кинофильмов и проведения других спортивных и культурно-массовых мероприятий. Однако это не совсем обычные здания, они обладают определенной спецификой, что позволяет оказывать различное задерживающее воздействие на осужденных к лишению свободы.

Указанная мера на уровне Уголовно-исполнительного кодекса РФ¹ не закреплена, однако она находит свое отражение в ведомственном законодательстве, где определено, что нормы проектирования обязательно должны

¹ Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации от 08.01.1997 № 1-ФЗ (ред. от 13.07.2015) / Российская газета. № 9. 16.01.1997.

© Бочкарев В. В., 2016

* Бочкарев Владимир Викторович, преподаватель кафедры организации режима и надзора в УИС Кузбасского института ФСИН России
bochkar22@rambler.ru
654066, Россия, г. Новокузнецк, пр-т Октябрьский, 49

учитывать требования исполнения наказания, связанные с режимом и условиями отбывания наказания, процессом исправления, перевоспитания осужденных, организацией охраны и надзора за осужденными, обеспечением безопасности жизнедеятельности обслуживающего персонала.

Для использования инженерных средств Минюст РФ издал приказ № 279 «Об утверждении наставления по оборудованию инженерно-техническими средствами охраны и надзора объектов уголовно-исполнительной системы», который предусматривает виды инженерных средств (ограждения, заграждения, сооружения на постах и др.), применяемых службой охраны и надзора в местах лишения свободы.

Территория исправительного учреждения в соответствии с ведомственным законодательством разделяется на жилую и производственную зоны, где размещаются свои определенные локальные (изолированные) участки. Данная мера позволяет лучше контролировать осужденных, не допускает их свободного передвижения за пределами установленного участка территории.

Более того, смежно расположенные жилую и производственную зоны разделяет коридор, просматриваемый по всей его протяженности из помещения часового. В некоторых учреждениях производственная зона может располагаться отдаленно от жилой зоны, в этом случае осужденных конвоируют до производственных объектов.

Согласно ведомственному законодательству в рамках производственной и жилой зон предусматриваются изолированные друг от друга участки исправительного учреждения, которые создают наиболее благоприятные условия для постоянного надзора за осужденными и целенаправленной организации воспитательной работы с ними. Как устанавливают Правила внутреннего распорядка исправительных учреждений² (ПВР ИУ), в пределах определенных участков осужденные передвигаются свободно, передвижение же не по территории колонии в необходимых случаях возможно с разрешения администрации колонии.

В исправительных учреждениях жилые помещения располагаются изолированно от административных и хозяйственно-бытовых зданий; здания медицинской части выгораживаются забором сплошного заполнения; огораживаются забором помещения колонии-поселения с контрольно-пропускным пунктом, если она расположена на территории населенного пункта; специально оборудуются комнаты свиданий, общежитие, штрафной изолятор и помещения камерного типа и т.п. К важным требованиям можно отнести также отдельное расположение административных зданий, складов продовольствия, вещевого имущества, горюче-смазочных материалов, лакокрасочных веществ, личных вещей осужденных длительного хранения, овощехранилища, пекарни и гаража вне территории колонии. Все эти меры направлены не только на контроль осужденных, но и на то, чтобы осужденные не имели возможности проникнуть на запрещенную территорию и использовать ее и то, что там есть, для совершения нового преступления.

Имеются некоторые особенности в оборудовании исправительных учреждений особого режима. Жилая зона этих учреждений разделяется просматриваемым коридором на две части: территорию, где располагаются помещения камерного типа, и территорию с обычными жилыми помещениями. На территории, где располагаются обычные жилые помещения, находятся те же служебные и коммунально-бытовые объекты, что и в колониях других видов, при этом здания школы и амбулатории огораживаются сплошным забором. В помещениях камерного типа выделяются камеры рабочие, для штрафного изолятора и одиночные. Возле этих помещений оборудуются прогулочные дворики. Данная мера позволяет создать весь необходимый комплекс сооружений для содержания наиболее криминогенной категории осужденных в строгих условиях отбывания наказания, чтобы они не имели никакой возможности пересекаться с иными категориями осужденных и передавать им преступный опыт либо негативно влиять на их поведение.

² Приказ Минюста РФ от 3 ноября 2005 г. № 205 «Об утверждении Правил внутреннего распорядка исправительных учреждений» (с изменениями и дополнениями) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. № 47. 21.11.2005.

Данные структурные атрибуты колонии сами по себе выполняют предупредительную роль, но это происходит наиболее эффективно, если они поддерживаются и обеспечиваются усилиями и средствами, применяемыми администрацией исправительных учреждений. Каждый из них значим лишь постольку, поскольку обеспечивается действиями сотрудников. Например, выгораживание здания медицинской части забором сплошного заполнения как мера предупреждения сама по себе не может создать препятствия для проникновения осужденных в это здание. Она лишь облегчает выполнение администрацией учреждений действий по защите медицинского персонала от возможных нападений со стороны осужденных и т.д.

Не менее важным элементом осуществления охраны и надзора в местах лишения свободы, оказывающим эффективное предупредительное воздействие на осужденных, является применение администрацией исправительного учреждения технических средств надзора и контроля. На уровне закона данная мера закреплена в ст. 83 УИК РФ, согласно которой администрация исправительных учреждений вправе использовать аудиовизуальные, электронные и иные технические средства надзора и контроля для предупреждения побегов и других преступлений, нарушений установленного порядка отбывания наказания и в целях получения необходимой информации о поведении осужденных. Анализ указанной статьи показывает, что речь идет исключительно о технических средствах надзора, не затрагивая область инженерно-технических средств охраны. В то же время охрана и надзор, согласно ст. 82 УИК РФ, определяются как однопорядковые элементы, и если есть правовое закрепление использования технических средств надзора, то должно быть и правовое закрепление применения технических средств охраны.

На ведомственном уровне данное средство закреплено в трех документах. Во-первых, в

ПВР ИУ предусматривается, что осужденные информируются под расписку о применении в исправительных учреждениях предусмотренных законодательством Российской Федерации аудиовизуальных, электронных и иных технических средств надзора и контроля.

Во-вторых, законодатель в ч. 3 ст. 83 УИК РФ зафиксировал, что перечень технических средств надзора и контроля и порядок их использования устанавливаются нормативными правовыми актами Российской Федерации. К данным нормативным правовым актам относится вышеуказанный приказ Минюста РФ № 279, а также приказ Федеральной службы исполнения наказаний от 18 августа 2006 г. № 574 «Об утверждении руководства по технической эксплуатации инженерно-технических средств охраны и надзора, применяемых для оборудования объектов уголовно-исполнительной системы»³. Названные нормативные акты предусматривают определенную классификацию технических средств надзора, таких как системы и устройства сбора и обработки информации, средства обнаружения, приборы контроля и досмотра, средства тревожной сигнализации, средства оперативной связи, средства видеонаблюдения.

Мы поддерживаем мнение Н. С. Глазунова о том, что технические средства являются неотъемлемым элементом надзора и позволяют экономить силы, оперативно влиять на спонтанно возникшие ситуации, надежно защищать объекты, имеющие жизненно важное значение для нормальной деятельности колоний⁴.

Существуют мнения отдельных авторов, считающих, что в ст. 83 УИК РФ нет необходимости выделять цель предупреждения побегов отдельно от других видов преступлений, а основной и главной целью использования технических средств должно стать предупреждение преступлений и иных нарушений режима отбывания наказания⁵. Результаты проведенного нами исследования подтвердили указанную

³ Ведомости уголовно-исполнительной системы. 2007. № 5—6.

⁴ Глазунов К. С. Служба безопасности в исправительно-трудовых колониях (правовые и организационные вопросы) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Рязань. 1996. С. 20.

⁵ Прокудин В. В. Организация видеонаблюдения в местах принудительного содержания // Уголовно-исполнительное право. 2014. № 2. С. 76—81; Епифанов С. С. Совершенствование правовой основы использования научно-технических достижений в обеспечении правопорядка и безопасности в учреждениях, исполняющих наказания // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2007.

позицию. Так, 78 % сотрудников исправительных учреждений считают, что применение технических средств надзора позволяет решать в первую очередь задачу реализации частного предупреждения, как средство исправления данную меру понимают 21 %, а 1 % считает, что данная мера обеспечивает карательную составляющую наказания. Из опрошенных нами осужденных 66 % считают, что применение технических средств решает вопрос частного предупреждения, 32 % осужденных называют эту меру средством исправления, 7 % — средством обеспечения кары.

Действительно, технические средства надзора позволяют круглосуточно осуществлять контроль за поведением осужденных на всех объектах учреждения, организовать контрольно-пропускной режим, обеспечить безопасность персонала и осужденных, поддерживать постоянную связь как с осужденными, так и с персоналом, осуществлять дистанционное управление осужденными.

Особое место в системе технических средств отводится системе контроля и управления доступом. Наиболее эффективным средством обеспечения контроля в данной области является биометрическая идентификация осужденного, которая представляет собой автоматизированный способ распознавания личности путем проверки ее уникальных параметров. Основными методами, использующими биометрические характеристики человека, являются идентификация по отпечаткам пальцев, радужной оболочке, геометрии лица, сетчатке глаза, рисунку вен руки, геометрии рук.

Биометрические идентификаторы обеспечивают очень высокие показатели: вероятность ошибки составляет доли процентов (0,1 %), время идентификации — единицы секунд. Тем не менее использование одного идентификатора

не исключает принятия ошибочных решений, поэтому оптимальной схемой идентификации осужденных является совмещение нескольких типов идентификации: двух или трех с учетом категории осужденных, привлечения к труду, организации производственного процесса. Следует отметить, что в пенитенциарной практике многих зарубежных стран системы биометрической идентификации успешно применяются уже более 10 лет. В тюрьмах США каждый заключенный регистрируется в системе идентификации, содержащей анкетные данные, кодированное цифровое изображение руки, сетчатки глаза и сканированный отпечаток пальцев⁶.

В настоящее время во многих исправительных учреждениях широко используются различные средства видеонаблюдения, особую эффективность среди которых приобрели видеорегистраторы, позволяющие сотрудникам осуществлять видеозапись в период надзора за осужденными с целью обеспечения безопасности, контроля, а также предотвращения и пресечения совершения ими нарушений порядка отбывания наказания. Подтверждением этому служат результаты проведенного Научно-исследовательским институтом ФСИН России в апреле 2014 г. исследования, в котором приняли участие около 2,5 тыс. сотрудников, проходящих службу в местах лишения свободы. Согласно материалам данного исследования, 75 % опрошенных сотрудников указали видеорегистраторы в качестве наиболее эффективных средств осуществления надзора в системе профилактики преступлений среди осужденных, 65,4 % респондентов таким средством считают системы видеонаблюдения, 26,3 % — системы контроля и управления доступом, а 15,8 % — светозвуковые сигнализации (суммарное превышение 100 % связано с тем, что респонденты отмечали различные варианты ответов одновременно)⁷.

№ 5. С. 10—14 ; *Хабаров А. В.* Организация и правовые основы деятельности подразделений органов и учреждений уголовно-исполнительной системы по обеспечению безопасности осужденных и персонала в условиях модернизации инженерно-технических средств : дис. ... канд. юрид. наук. Псков, 2011.

⁶ См.: *Устинкина А. В.* Использование современных информационных технологий для организации режима и надзора в УИС // Уголовно-исполнительная система Российской Федерации в условиях модернизации: современное состояние и перспективы развития : сб. тез. докл. участников Междунар. науч.-практ. конф. (Рязань, 22—23 нояб. 2012 г.) : в 3 т. Рязань, 2012. Т. 2. С. 100—101.

⁷ См.: *Хабаров А. В.* Соблюдение прав осужденных и персонала уголовно-исполнительной системы в условиях применения технических средств обеспечения безопасности // Человек: преступление и наказание. 2011. № 3. С. 59—63.

В целях единообразного применения видеорегистраторов управлением режима и надзора ФСИН России были разработаны методические рекомендации о порядке применения видеорегистраторов при несении службы сотрудниками дежурных смен, которые были направлены во все территориальные органы ФСИН России.

В течение 2015 г. в исправительных учреждениях установлено 254 комплекта интегрированных систем безопасности типа «Микрос», «Рубеж», «Синигрет» и «Кодос». На внутренней территории исправительных учреждений установлены следующие технические средства:

- более 52 тысяч камер видеонаблюдения (АППГ — 45 467);
- 967 стационарных (АППГ — 878) и портативных (АППГ — 3 365) металлообнаружителей;
- 117 детекторов нелинейных переходов (АППГ — 92)⁸.

Положительным примером применения современных технических средств при организации надзора за осужденными следует признать опыт колонии № 17 строгого режима Главного управления ФСИН России по Красноярскому краю. Территория исправительного учреждения оборудована 216 камерами видеонаблюдения с цветным изображением и кнопкой тревожной сигнализации. Более 70 % видеокамер оснащены системой громкоговорящей связи. Помимо этого на территории исправительного учреждения установлены 3 купольные видеокамеры. В каждом изолированном участке учреждения установлены домофоны, которые позволяют осуществлять пропускной режим. На контрольно-пропускном пункте учреждения установлена система Biosmart, которая посредством идентификации отпечатков пальцев устанавливает личность персонала, такая же система используется для контроля осужден-

ных на КПП между жилой и производственной зонами, а также в столовой.

Для усиленного контроля за осужденными, в отношении которых исполняются меры дисциплинарного взыскания в виде водворения в ШИЗО, ПКТ, ЕПКТ, камеры данных помещений оборудованы видеонаблюдением и двухсторонней голосовой связью с выводом на пост младшего инспектора⁹.

В Главном управлении ФСИН России по Красноярскому краю применяется также оборудование для поиска сотовых телефонов, рентгенотелевизионные системы контроля Rapiscan, устроенные по типу сканеров в аэропортах, и другие технические средства, с помощью которых можно находить запрещенные предметы, спрятанные осужденными самыми хитрыми способами¹⁰.

Подобный опыт, несомненно, заслуживает повсеместного распространения, поскольку позволяет более эффективно осуществлять контроль за спецконтингентом, своевременно пресекать проявления деструктивного поведения. Новейшие интегрированные системы безопасности имеют большую емкость информационных каналов и рассчитаны на максимальное снижение влияния человеческого фактора при одновременном создании возможностей для оперативного принятия решений и их документирования¹¹.

Использование системы электронного мониторинга (электронных браслетов) может быть одним из путей совершенствования надзора за осужденными в исправительных учреждениях. Применение электронных браслетов позволит качественно улучшить контроль за поведением осужденных за пределами мест лишения свободы, повысить эффективность профилактики побегов из-под надзора, своевременно реагировать на совершение побегов, а также сокра-

⁸ См.: Белкин В. Ю. Безопасность в учреждениях уголовно-исполнительной системы // Ведомости уголовно-исполнительной системы. 2015. № 8. С. 27.

⁹ См.: Алфимова О. А., Андриянов Р. В. Инновационные технологии строительства и оборудования отечественных тюрем нового типа на примере исправительной колонии № 17 ГУ ФСИН России по Красноярскому краю // Вестник Кузбасского института. 2012. № 11 С. 17—23.

¹⁰ См.: Сафонов Д. А., Хайрусов Д. С. К вопросу о современном техническом оснащении при проведении обысков и досмотров в пенитенциарной системе // Преступление, наказание, исправление : сборник тезисов Международного пенитенциарного форума 5—6 декабря 2013 г. С. 293—296.

¹¹ См.: Стародубцев Н. Инженерно-техническое обеспечение безопасности объектов УИС: состояние и перспективы // Ведомости уголовно-исполнительной системы. 2005. № 2. С. 8.

тить ежегодные расходы на розыск бежавших осужденных. Данную систему электронного мониторинга можно использовать как в отношении осужденных, отбывающих наказание в колонии-поселении, так и в отношении лиц, которым предоставлено право передвижения без конвоя, или лиц, проживающих за пределами исправительных учреждений¹².

С учетом развития современной науки и техники перечень инженерно-технических средств охраны и надзора для ФСИН нуждается в существенной переработке. В связи с этим во ФСИН России разработан проект приказа Минюста России «Об утверждении перечня аудиовизуальных, электронных и иных технических средств надзора и контроля, используемых для предупреждения побегов и других преступлений, нарушений установленного порядка отбывания наказания и в целях получения необходимой информации о поведении осужденных к лишению свободы»¹³, который находится на согласовании в Министерстве юстиции Российской Федерации.

Применение технических возможностей при реализации исполнения наказаний в местах лишения свободы позволит эффективно противостоять преступлениям. Так, для недопущения использования осужденными в противоправных целях мобильной связи можно эффективно применять средства подавления связи¹⁴. Очевидно, что данные технические средства обязательно нужно применять в каждом исправительном учреждении, в особенности в отрядах с локализацией лиц с повышенной криминогенной заряженностью, отрядах со строгими условиями отбывания наказания, а также в помещениях ШИЗО, ПКТ, ЕПКТ.

Мы не можем не отметить вопрос материально-технического оснащения средств охраны исправительных учреждений. В настоящее время данные средства морально и физически устарели и требуют масштабной реконструкции

или капитального ремонта с целью повышения их задерживающих свойств. При этом количество инженерных средств охраны, требующих замены и капитального ремонта, ежегодно увеличивается в среднем на 2 % (в 2012 году — 13,1 %; в 2013 году — 15,3 %, по состоянию на 1 ноября 2014 года — 17,3 %). Осложняют ситуацию факторы объективного характера, среди которых мировой финансовый кризис и мощное внешнее давление на государство.

Все вышеперечисленное, а также плохая организация охраны в местах лишения свободы приводит к совершению осужденными побегов, результатом которых являются новые преступления, которые они совершают в период нахождения на нелегальном положении. В 2013 и 2014 годах побегов из-под охраны осужденных, отбывающих наказание в виде лишения свободы, выявлено 7 и 6 фактов соответственно. Количество попыток совершения побегов из года в год остается на одном уровне: за 2013 и 2014 годы — 15 и 16 случаев¹⁵. Очевидно, что правовые и иные проблемы охраны осужденных являются актуальными в силу того, что ее эффективность пока нельзя оценивать достаточно высоко.

Исходя из проведенного анализа, мы считаем, что применение инженерно-технических средств должно найти свое отражение на более высоком уровне — уровне УИК РФ, статью 83 которого необходимо изложить в следующей редакции:

«Статья 83. Инженерно-технические средства, применяемые в исправительных учреждениях

1. Администрация исправительных учреждений обязана использовать аудиовизуальные, электронные и иные технические средства для предупреждения побегов и других преступлений, нарушений установленного порядка отбывания наказания и в целях получения необходимой информации о поведении осужденных.

¹² Дергачев А. В. Особенности проведения режимных мероприятий на первоначальном этапе реформирования УИС // Человек: преступление и наказание. 2010. № 2. С. 24—27.

¹³ URL: <http://regulation.gov.ru/>.

¹⁴ Дергачев А. В. Актуальные проблемы проведения режимных мероприятий в исправительных колониях // Человек: преступление и наказание. 2009. № 2. С. 97—101.

¹⁵ Официальная переписка ФСИН России от 24.03.2015 № 08-11588 «О результатах работы по обеспечению охраны объектов уголовно-исполнительной системы в 2014 году и мерах по повышению ее эффективности в 2015 году».

2. Администрация исправительных учреждений обязана под расписку уведомлять осужденных о применении указанных средств.

3. Администрация исправительных учреждений использует инженерные средства для предупреждения побегов и других преступлений,

нарушений установленного порядка отбывания наказания.

4. Перечень инженерно-технических средств и порядок их использования устанавливаются нормативными правовыми актами Российской Федерации».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алфимова О. А., Андриянов Р. В. Инновационные технологии строительства и оборудования отечественных тюрем нового типа на примере исправительной колонии № 17 ГУ ФСИН России по Красноярскому краю // Вестник Кузбасского института. — 2012. — № 11. — С. 17—23.
2. Белкин В. Ю. Безопасность в учреждениях уголовно-исполнительной системы // Ведомости уголовно-исполнительной системы. — 2015. — № 8. — С. 27—30.
3. Глазунов К. С. Служба безопасности в исправительно-трудовых колониях (правовые и организационные вопросы) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Рязань, 1996. — 25 с.
4. Дергачев А. В. Особенности проведения режимных мероприятий на первоначальном этапе реформирования УИС // Человек: преступление и наказание. — 2010. — № 2. — С. 24—27.
5. Дергачев А. В. Актуальные проблемы проведения режимных мероприятий в исправительных колониях // Человек: преступление и наказание. — 2009. — № 2. — С. 97—101.
6. Епифанов С. С. Совершенствование правовой основы использования научно-технических достижений в обеспечении правопорядка и безопасности в учреждениях, исполняющих наказания // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. — 2007. — № 5. — С. 10—14.
7. Прокудин В. В. Организация видеонаблюдения в местах принудительного содержания // Уголовно-исполнительное право. — 2014. — № 2. — С. 76—81.
8. Сафонов Д. А., Хайрусов Д. С. К вопросу о современном техническом оснащении при проведении обысков и досмотров в пенитенциарной системе // Преступление, наказание, исправление : сборник тезисов Международного пенитенциарного форума 5—6 декабря 2013 г. — С. 293—296.
9. Стародубцев Н. Инженерно-техническое обеспечение безопасности объектов УИС: состояние и перспективы // Ведомости уголовно-исполнительной системы. — 2005. — № 2. — С. 8.
10. Устинкина А. В. Использование современных информационных технологий для организации режима и надзора в УИС // Уголовно-исполнительная система Российской Федерации в условиях модернизации: современное состояние и перспективы развития : сб. тез. докл. участников Междунар. науч.-практ. конф. (Рязань, 22—23 нояб. 2012 г.) : в 3 т. — Рязань, 2012. — Т. 2. — С. 100—101.
11. Хабаров А. В. Соблюдение прав осужденных и персонала уголовно-исполнительной системы в условиях применения технических средств обеспечения безопасности // Человек: преступление и наказание. — 2011. — № 3. — С. 59—63.
12. Хабаров А. В. Организация и правовые основы деятельности подразделений органов и учреждений уголовно-исполнительной системы по обеспечению безопасности осужденных и персонала в условиях модернизации инженерно-технических средств : дис. ... канд. юрид. наук. — Псков, 2011. — 193 с.

Материал поступил в редакцию 28 сентября 2015 г.

IMPROVEMENTS IN THE USE OF TECHNICAL MEANS IN PRISONS

BOCHKAREV Vladimir Viktorovich — Lecturer at the Department of the Regime and Supervision Management, Kuzbas UIS Penal Enforcement System Institute, Federal Penitentiary Service of Russia
bochkar22@rambler.ru
654066, Russia, Novokuznetsk, Oktyabr'skii prospect, 49

Review. *The author considers such an important element of the impact on the convicts as the use of technical means. The paper analyzes the author's point of view on this issue.*

The application of induction, deduction, analysis and synthesis has allowed the author to formulate valid conclusions. The comparative legal method was used in identifying features and gaps in the legal regulation, as well as in the development of proposals for changes and additions to the Criminal Enforcement Code and departmental normative legal base. Receipt of the empirical data was carried out with the help of specific sociological survey method (questionnaires and interviews) of UIS Penal Enforcement System staff.

The conducted analysis allows the author to assert that the use of technical means of protection and supervision is one of the most promising ways to improve the rules of penal law.

Keywords: *convicted, imprisonment, crime prevention tools, engineering, hardware.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Alfimova O. A., Andrijanov R. V. Innovacionnye tehnologii stroitel'stva i oborudovanija otechestvennyh tjurem novogo tipa na primere ispravitel'noj kolonii № 17 GU FSIN Rossii po Krasnojarskomu kraju // Vestnik Kuzbasskogo instituta. — 2012. — № 11. — S. 17—23.*
2. *Belkin V. Ju. Bezopasnost' v uchrezhdenijah ugolovno-ispolnitel'noj sistemy // Vedomosti ugolovno-ispolnitel'noj sistemy. — 2015. — № 8. — S. 27—30.*
3. *Glazunov K. S. Sluzhba bezopasnosti v ispravitel'no-trudovyh kolonijah (pravovye i organizacionnye voprosy) : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — Rjazan', 1996. — 25 s.*
4. *Dergachev A. V. Osobennosti provedenija rezhimnyh meroprijatij na pervonachal'nom jetape reformirovanija UIS // Chelovek: prestuplenie i nakazanie. — 2010. — № 2. — S. 24—27.*
5. *Dergachev A. V. Aktual'nye problemy provedenija rezhimnyh meroprijatij v ispravitel'nyh kolonijah // Chelovek: prestuplenie i nakazanie. — 2009. — № 2. — S. 97—101.*
6. *Epifanov S. S. Sovershenstvovanie pravovoj osnovy ispol'zovanija nauchno-tehnicheskikh dostizhenij v obespechenii pravoporjadka i bezopasnosti v uchrezhdenijah, ispolnjajushhih nakazaniya // Ugolovno-ispolnitel'naja sistema: pravo, jekonomika, upravlenie. — 2007. — № 5. — S. 10—14.*
7. *Prokudin V. V. Organizacija videonabljudenija v mestah prinuditel'nogo sodержaniya // Ugolovno-ispolnitel'noe pravo. — 2014. — № 2. — S. 76—81.*
8. *Safonov D. A., Hajrusov D. S. K voprosu o sovremennom tehničeskom osnashhenii pri provedenii obyskov i dosmotrov v penitenciarnej sisteme // Prestuplenie, nakazanie, ispravlenie : sbornik tezisov Mezhdunarodnogo penitenciar'nogo foruma 5—6 dekabrya 2013 g. — S. 293—296.*
9. *Starodubcev N. Inženerno-tehničeskoe obespechenie bezopasnosti ob#ektov UIS: sostojanie i perspektivy // Vedomosti ugolovno-ispolnitel'noj sistemy. — 2005. — № 2. — C. 8.*
10. *Ustinkina A. V. Ispol'zovanie sovremennyh informacionnyh tehnologij dlja organizacii rezhima i nadzora v UIS // Ugolovno-ispolnitel'naja sistema Rossijskoj Federacii v uslovijah modernizacii: sovremennoe sostojanie i perspektivy razvitija : sb. tez. dokl. uchastnikov Mezhdunar. nauch.-prakt. konf. (Rjazan', 22—23 nojab. 2012 g.) : v 3 t. — Rjazan', 2012. — T. 2. — S. 100—101.*
11. *Habarov A. V. Sobljudenie prav osuzhdennyh i personala ugolovno-ispolnitel'noj sistemy v uslovijah primenenija tehničeskikh sredstv obespechenija bezopasnosti // Chelovek: prestuplenie i nakazanie. — 2011. — № 3. — S. 59—63.*
12. *Habarov A. V. Organizacija i pravovye osnovy dejatel'nosti podrazdelenij organov i uchrezhdenij ugolovno-ispolnitel'noj sistemy po obespečeniju bezopasnosti osuzhdennyh i personala v uslovijah modernizacii inženerno-tehničeskikh sredstv : dis. ... kand. jurid. nauk. — Pskov, 2011. — 193 s.*

Прогрессивная система исполнения и отбывания исправительных работ

Аннотация. На протяжении достаточно длительного времени в науке и теории уголовно-исполнительного права особое внимание уделяется понятию и содержанию прогрессивной системы исполнения и отбывания наказания. Тем не менее большинство авторов, изучавших и изучающих прогрессивную систему, отмечают, что она применима и реализуется только в отношении наказания в виде лишения свободы. В большом массиве теоретического материала о прогрессивной системе очень мало внимания уделено наказаниям, альтернативным лишению свободы. Но в науке уголовно-исполнительного права указывается на необходимость разработки и законодательного закрепления прогрессивной системы отбывания и исполнения наказаний, не связанных с лишением свободы.

В данной статье анализируются мнения ученых по вопросам построения прогрессивной системы при исполнении и отбывании исправительных работ, предлагаются собственные редакции статей Уголовно-исполнительного кодекса РФ, затрагивающие вопросы прогрессивной системы исполнения и отбывания наказания в виде исправительных работ.

Ключевые слова: прогрессивная система; лишение свободы; исправительные работы; условия отбывания наказания; совершенствование законодательства; альтернативные наказания; исправление осужденных; изоляция; исполнение наказаний; система наказаний.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.176-183

Одной из современных и достаточно продолжительных тенденций современной уголовно-исполнительной политики России является гуманизация обращения с осужденными. Для этого на государственном уровне разработана система мероприятий, направленная на снижение численности лиц, содержащихся в местах лишения свободы, за счет применения альтернативных видов наказаний (исправительные и обязательные работы, ограничение свободы и др.).

Анализ статистических данных ФСИН России показывает реальное снижение численности осужденных в местах лишения свободы за период с 2002 по 2015 годы (см. табл. 1).

Таблица 1

Год	Количество осужденных	Динамика по отношению к предыдущему периоду
2002	877 393	—
2003	847 004	– 30 389
2004	763 115	– 83 889
2005	823 451	+ 60 336
2008	894 855	+ 70 404
2009	889 900	– 4 955
2010	864 000	– 25 900
2013	583 000	– 281 000
2015	656 618	+ 73 618

© Горбань Д. В., 2016

* Горбань Дмитрий Владимирович, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры организации режима и надзора в УИС ФКОУ ВПО Кузбасского института ФСИН России
dimas8807@mail.ru
654000, Россия, г. Новокузнецк, ул. Транспортная, 49а/62

Из данных, приведенных в таблице, мы видим, что количество тюремного населения за последние 5 лет сократилось почти на 200 тыс. человек. Это соответствует политике реформирования, обозначенной в Концепции развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 г. (распоряжение Правительства РФ от 14 октября 2010 г. № 1772-р). Согласно этому документу предполагается увеличение к 2020 г. общей численности лиц, осужденных к наказаниям, не связанным с изоляцией осужденного от общества, на 200 тыс. человек за счет расширения практики назначения данных наказаний судами. Все это требует тщательного подхода к изучению прогрессивной системы исполнения и отбывания наказаний, не связанных с лишением свободы, и определяет особую ее актуальность.

Теория наказаний и их системы довольно развита в научной литературе¹. Одним из наказаний, альтернативных лишению свободы, выступают исправительные работы. Снова обращаясь к статистическим данным ФСИН России, мы можем заметить существенное увеличение применения исправительных работ за период с 2004 года по 2014 год (см. табл. 2).

В 2012 г. произошло резкое увеличение численности осужденных к исправительным работам — практически на 20 000 человек. На сегодня численность осужденных к исправительным работам сохраняется на уровне 50 000 человек.

Далее перейдем к сущности и содержанию наказания в виде исправительных работ. Данный вид наказания и его исполнение достаточно подробно изучены в научной литературе².

Сущность исправительных работ закреплена в статье 50 УК РФ:

а) исправительные работы назначаются осужденному, имеющему основное место работы, а равно не имеющему его;

б) исправительные работы устанавливаются на срок от двух месяцев до двух лет;

в) из заработной платы осужденного к исправительным работам производятся удержания в доход государства в размере, установленном приговором суда, в пределах от 5 до 20 %.

Статья 40 «Условия отбывания исправительных работ» УИК РФ говорит о том, что осужденные к исправительным работам обязаны соблюдать порядок и условия отбывания наказания, добросовестно относиться к труду и являться в уголовно-исполнительную инспекцию по ее вызову.

Рассматривая условия отбывания исправительных работ, авторы разрабатывали их собственные классификации:

а) Ю. В. Савельева — основные и факультативные³;

б) О. Б. Лысягин — общие и специфические⁴;

в) А. Т. Потемкина — запреты и обязанности⁵;

г) В. Н. Орлов — обычные (основные и дополнительные) и строгие (обязанности и запреты)⁶.

Таблица 2

Год	Количество осужденных	Динамика по отношению к предыдущему периоду
2004	37 902	—
2005	40 054	+ 2 152
2006	35 968	- 4 086
2007	34 799	- 1 169
2008	32 702	- 2 097
2009	30 554	- 2 148
2010	29 211	- 1 343
2011	30 007	+ 796
2012	50 122	+ 20 115
2013	54 784	+ 4 662
2014	53 535	- 1 249

¹ См. например: Иванов А. Л. Уголовное наказание, уголовная ответственность, меры уголовно-правового характера // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 4.

² См., например: Петрова А. И. Проблемы назначения и отбывания наказания в виде исправительных работ в отношении иностранных граждан // Актуальные проблемы российского права. 2012. № 2.

³ Савельева Ю. И. Исполнение исправительных работ: теория и практика : дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2005. С. 8.

⁴ Комментарий к Уголовно-исполнительному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. С. В. Степашина. М., 1999. С. 168.

⁵ Потемкина А. Т. Условия отбывания исправительных работ без лишения свободы. М., 1991. С. 25.

⁶ Орлов В. Н. Проблемы назначения и исполнения исправительных работ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2000. С. 8.

Предлагаемые авторами условия исправительных работ являются теоретической конструкцией, не соответствующей общепринятому пониманию условий отбывания наказания в науке уголовно-исполнительного права и в уголовно-исполнительном законодательстве⁷. Так, под условиями отбывания наказания понимаются определенные ступени исправления осужденного, на которых в зависимости от режима, личности осужденного и его поведения увеличиваются или уменьшаются правоограничения, предусмотренные уголовно-исполнительным законодательством⁸. По мнению В. Н. Орлова, условия исполнения наказаний представляют собой урегулированные уголовно-исполнительным законодательством правила поведения субъектов исполнения наказания, а также ситуации, обстоятельства, обстановку в процессе исполнения наказаний⁹.

Для наказания в виде лишения свободы, согласно статье 87 УИК РФ, устанавливаются три вида условий: обычные, облегченные, строгие. В воспитательных колониях устанавливается четвертый вид — льготные условия. Для осужденных, содержащихся в тюрьмах, устанавливаются общий и строгий виды режима. Разделение в период отбывания наказания на отдельные виды условий составляет сущность современной прогрессивной системы. Применительно к наказаниям, не связанным с лишением свободы, разделения условий отбывания на виды законодателем не предусмотрено.

Тем не менее в научной литературе отмечается, что для наказаний, не связанных с лишением свободы, устанавливается специфический вид режима, называемый «непенитенциарным»¹⁰. Непенитенциарный режим — это порядок исполнения наказаний без изоляции от общества, заключающийся в соблюдении условно осужденным общих и специфических обязанностей (требований), которые призваны, с одной стороны, нейтрализовать воздействие факторов, способных создать условия для совершения условно осужденным нового преступления, а с другой — обеспечить благоприятные условия для его исправления. В отличие от непенитенциарного режима, пенитенциарный режим, по мнению С. В. Позднышева, охватывает всю систему мер, посредством которых пенитенциарные учреждения стремятся к достижению своих целей¹¹.

В последнее время в науке уголовно-исполнительного права развивается теория, согласно которой к наказаниям, не связанным с изоляцией осужденного от общества, необходимо также применять прогрессивную систему, как это предусмотрено в отношении наказания в виде лишения свободы¹².

В самых общих чертах прогрессивную систему исполнения и отбывания наказания можно определить как смягчение или усиление карательного содержания наказания в зависимости от поведения осужденного. Прогрессивная система исполнения наказания связана с той частью уголовно-исполнительного права, ко-

⁷ *Рябых С. Б.* Актуальные проблемы условий отбывания наказания в учреждениях для несовершеннолетних осужденных в условиях реформирования УИС // Вестник Воронежского института ФСИИ России. 2012. № 1. С. 91—94 ; *Дроздов А. И., Марченко Д. Э.* Специальные права осужденных к лишению свободы, связанные с условиями отбывания наказания // Вестник Самарского юридического института. 2012. № 1 (6). С. 50—57 ; *Гаманенко Л. И., Кузнецов А. И.* Правовые последствия нарушений порядка и условий отбывания осужденными наказания в виде принудительных работ // Вестник Пермского института ФСИИ России. 2013. № 2 (9). С. 52—54 ; *Южанин В. Е., Горбань Д. В.* Проблемы создания открытых условий отбывания наказания в виде лишения свободы в исправительных учреждениях // Закон и право. 2013. № 9. С. 68—71.

⁸ *Раськевич А. А.* Режим и условия отбывания наказания в исправительных учреждениях // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2007. Т. 8. № 41. С. 99.

⁹ *Орлов В. Н.* Применение и отбывание уголовного наказания : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2015. С. 313.

¹⁰ *Ольховик Н. В.* Непенитенциарный режим: понятие и содержание // Вестник Кузбасского института. 2011. № 1 (4). С. 24.

¹¹ *Позднышев С. В.* Очерки тюремоведения. М., 1915. С. 162.

¹² *Скаков А. Б.* Прогрессивная система исполнения лишения свободы и ее отражение в новом законодательстве Республики Казахстан. Астана, 2004.

торая регламентирует изменение условий исполнения уголовного наказания в зависимости от поведения осужденного как в сторону увеличения его прав, так и в сторону ужесточения наказания¹³.

Прогрессивная система представляет урегулированный нормами уголовно-исполнительного законодательства процесс изменения фактических и юридических условий отбывания наказания и, соответственно, правового положения осужденного, в зависимости как от характера поведения самого осужденного, так и от нормативно-правовых требований, в целях достижения максимального исправительного эффекта уголовного наказания¹⁴.

В рамках реализаций идей о прогрессивной системе исполнения и отбывания исправительных работ в научной литературе высказываются следующие мнения:

1. Т. А. Хмелевская предлагает ввести институт мер поощрения осужденных к наказанию в виде исправительных работ. Для этого автором предлагается:

- а) ввести ст. 28.1 «Меры поощрения, применяемые к осужденным к наказанию в виде обязательных работ» УИК РФ следующего содержания: «За хорошее поведение и добросовестное отношение к труду и (или) учебе уголовно-исполнительная инспекция может применять к осужденным следующие меры поощрения:
 - предоставление отсрочки исполнения наказания на период очередного учебного или трудового отпуска по основному месту работы осужденного;
 - досрочное снятие ранее наложенного взыскания»;
- б) главу 7 УИК РФ дополнить ст. 44.1 следующего содержания: «За хорошее поведение и добросовестное отношение к труду уго-

ловно-исполнительная инспекция может применять к осужденным следующие меры поощрения:

- увеличение продолжительности ежегодного оплачиваемого отпуска до 23 рабочих дней;
- денежная премия»¹⁵.

2. Э. С. Рахмаев предлагает предусмотреть в отношении осужденных к исправительным работам возможность снижения размера удержаний из заработной платы в случае их добросовестного отношения к своим обязанностям и отсутствия нарушений¹⁶.

3. С. Л. Бабаян также предлагает предусмотреть возможность снижения размера удержаний из заработной платы осужденных при их положительном поведении:

- а) дополнить ст. 50 УК РФ частью 3.1 следующего содержания: «Положительно характеризующимся осужденным суд по ходатайству уголовно-исполнительной инспекции может снизить размер удержаний из заработной платы в период отбывания наказания, но не более чем в два раза»;
- б) дополнить ст. 44 УИК РФ частью 8 следующего содержания: «Уголовно-исполнительная инспекция в порядке поощрения осужденного за добросовестное отношение к труду может ходатайствовать перед судом о снижении размера удержаний из заработной платы в период отбывания наказания, но не более чем в два раза»¹⁷.

4. Н. В. Ольховик предлагает вернуть в УИК РФ статью 41, которая предусматривала, что суд и (или) уголовно-исполнительная инспекция в целях предупреждения совершения осужденным нового преступления и обеспечения благоприятных условий его исправления, в зависимости от его поведения, вправе устанавливать осужденному дополнительные обязанности и

¹³ Ткачевский Ю. М. Прогрессивная система исполнения уголовных наказаний. М., 2007. С. 3.

¹⁴ Тепляшин П. В. Перспективы расширения судебно-правового регулирования уголовно-исполнительных отношений // Российская юстиция. 2010. № 4. С. 60.

¹⁵ Хмелевская Т. А. Элементы прогрессивной системы наказаний в уголовно-исполнительном законодательстве Российской Федерации // Труды Оренбургского института (филиала) Московской государственной юридической академии имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2013. № 18. С. 151.

¹⁶ Рахмаев Э. С. Исправительные работы как вид уголовного наказания : дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2005. С. 154.

¹⁷ Бабаян С. Л. Поощрительные институты уголовно-исполнительного права (теория и практика применения) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 117.

запреты или отменять ранее установленные полностью или частично. Сегодня этот принцип реализован только при исполнении ограничения свободы (ст. 54 УИК РФ), а также при определении осужденному к обязательным и исправительным работам, лишению права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью периодичности явки в уголовно-исполнительную инспекцию¹⁸.

По нашему мнению, с учетом всех вышеизложенных позиций авторов для реализаций идей прогрессивной системы исполнения и отбывания наказания в виде исправительных работ предполагается дополнить УИК РФ статьей, предусматривающей разделение на отдельные условия отбывания исправительных работ и установление отдельного (специфического) правового режима на каждом их виде. Для этого нами предлагается:

- а) статью 40 дополнить частью 7 следующего содержания: «Осужденные к исправительным работам отбывают наказание в обычных или облегченных условиях»;
- б) дополнить УИК РФ статьей 40.1 «Изменение условий отбывания исправительных работ» следующего содержания:

«1. На обычных условиях исправительных работ отбывают наказание осужденные, которым данный вид назначен по приговору суда, а также осужденные, переведенные из облегченных условий отбывания наказания. Размер удержаний из заработной платы для осужденных, отбывающих наказание в облегченных условиях, устанавливается в размере от 5 до 20 процентов.

2. При отбывании исправительных работ в обычных условиях осужденные:

- а) обязаны соблюдать порядок и условия отбывания наказания, предусмотренные настоящим Кодексом, а также правила внутреннего распорядка организаций, в которых они отбывают исправительные работы;
- б) обязаны соблюдать порядок и условия отбывания наказания, добросовестно относиться к труду и являться в уголовно-исполнительную инспекцию по ее вызову;
- в) обязаны сообщать в уголовно-исполнительную инспекцию об изменении места работы и места жительства в течение десяти дней;
- г) в случаях, определенных законодательством, вправе обратиться в суд с ходатайством об освобождении от отбывания наказания.

3. Осужденные, характеризующиеся примерным поведением, добросовестным отношением к труду, по отбытии не менее одной третьей срока наказания могут быть переведены в облегченные условия отбывания наказания. Размер удержаний из заработной платы для осужденных, отбывающих наказание в облегченных условиях, устанавливается в размере от 5 до 10 процентов. Осужденные, отбывающие наказание в облегченных условиях, в порядке взыскания могут быть переведены в обычные условия отбывания наказания. Повторный перевод в облегченные условия отбывания наказания производится не ранее чем через месяц отбывания исправительных работ в обычных условиях».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бабаян С. Л.* Поощрительные институты уголовно-исполнительного права (теория и практика применения) : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2014. — 592 с.
2. *Гаманенко Л. И., Кузнецов А. И.* Правовые последствия нарушений порядка и условий отбывания осужденными наказания в виде принудительных работ // Вестник Пермского института ФСИН России. — 2013. — № 2 (9). — С. 52—54.
3. *Дроздов А. И., Марченко Д. Э.* Специальные права осужденных к лишению свободы, связанные с условиями отбывания наказания // Вестник Самарского юридического института. — 2012. — № 1 (6). — С. 50—57.

¹⁸ *Ольховик Н. В., Прозументов Л. М.* Рецидивная преступность осужденных и ее предупреждение. Томск, 2009. С. 87—100, 105—109, 136—137; *Ольховик Н. В.* О содержании непенитенциарного режима // Человек: преступление и наказание. 2013. № 4. С. 25—28.

4. Иванов А. Л. Уголовное наказание, уголовная ответственность, меры уголовно-правового характера // Актуальные проблемы российского права. — 2015. — № 4.
5. Комментарий к Уголовно-исполнительному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. С. В. Степашина. — М., 1999. — 622 с.
6. Ольховик Н. В. Непенитенциарный режим: понятие и содержание // Вестник Кузбасского института. — 2011. — № 1 (4). — С. 24—25.
7. Ольховик Н. В., Прозументов Л. М. Рецидивная преступность осужденных и ее предупреждение. — Томск, 2009. — С. 87—100, 105—109, 136—137.
8. Ольховик Н. В. О содержании непенитенциарного режима // Человек: преступление и наказание. — 2013. — № 4. — С. 25—28.
9. Орлов В. Н. Применение и отбывание уголовного наказания : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2015. — 605 с.
10. Орлов В. Н. Проблемы назначения и исполнения исправительных работ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Ставрополь, 2000. — 21 с.
11. Петрова А. И. Проблемы назначения и отбывания наказания в виде исправительных работ в отношении иностранных граждан // Актуальные проблемы российского права. — 2012. — № 2.
12. Познышев С. В. Очерки тюрьмоведения. — М., 1915. — 302 с.
13. Потемкина А. Т. Условия отбывания исправительных работ без лишения свободы. — М., 1991. — 189 с.
14. Раськевич А. А. Режим и условия отбывания наказания в исправительных учреждениях // Известия Российского государственного педагогического университета имени А. И. Герцена. — 2007. — Т. 8. — № 41. — С. 97—105.
15. Рахмаев Э. С. Исправительные работы как вид уголовного наказания : дис. ... канд. юрид. наук. — Рязань, 2005. — 185 с.
16. Рябых С. Б. Актуальные проблемы условий отбывания наказания в учреждениях для несовершеннолетних осужденных в условиях реформирования УИС // Вестник Воронежского института ФСИН России. — 2012. — № 1. — С. 91—94.
17. Савельева Ю. И. Исполнение исправительных работ: теория и практика : дис. ... канд. юрид. наук. — Иркутск, 2005. — 224 с.
18. Скаков А. Б. Прогрессивная система исполнения лишения свободы и ее отражение в новом законодательстве Республики Казахстан. — Астана, 2004. — 151 с.
19. Тепляшин П. В. Перспективы расширения судебно-правового регулирования уголовно-исполнительных отношений // Российская юстиция. — 2010. — № 4. — С. 60—62.
20. Ткачевский Ю. М. Прогрессивная система исполнения уголовных наказаний. — М., 2007. — 240 с.
21. Хмелевская Т. А. Элементы прогрессивной системы наказаний в уголовно-исполнительном законодательстве Российской Федерации // Труды Оренбургского института (филиала) Московской государственной юридической академии. — 2013. — № 18. — С. 149—157.
22. Южанин В. Е., Горбань Д. В. Проблемы создания открытых условий отбывания наказания в виде лишения свободы в исправительных учреждениях // Закон и право. — 2013. — № 9. — С. 68—71.

Материал поступил в редакцию 15 октября 2015 г.

PROGRESSIVE SYSTEM OF EXECUTION AND CORRECTIONAL LABOR

GORBAN' Dmitrii Vladimirovich — PhD in Law, Lecturer at the Department of the Regime and Supervision Management, Kuzbas UIS Penal Enforcement System Institute, Federal Penitentiary Service of Russia [dimas8807@mail.ru]
654000, Russia, Kemerovo Region, Novokuznetsk, Transportnaya street, 49a/62

Review. For a long period of time in the science and theory of penal right attention is drawn to the concept and content of "progressive system of enforcement and punishment." However, most of the authors, who have studied progressive system, say that it can be applied and implemented only in respect of imprisonment. The large

array of theoretical data on the progressive system lacks ideas, and very little attention is given to alternatives to imprisonment. But, nevertheless, the science of penal law points the need for development and legislative consolidation of a progressive system of serving and execution of punishments not related to deprivation of liberty. All of the above, of course, determines the relevance of the chosen article topic. This article analyzes the views of different scientists on the construction of a progressive system for the enforcement and serving correctional labor. On the basis of the opinions of scientists in the field of penitentiary system the author suggests his own version of the articles of the Criminal Executive Code of the Russian Federation involving issues of a progressive system of execution and punishment of correctional labor.

Keywords: *progressive system; deprivation of liberty; correctional labor; the conditions for serving the sentence; improvement of the legislation; alternative punishments; correction of convicts; insulation; the execution of sentences; punishment system.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Babajan S. L. Pooshhritel'nye instituty ugovolno-ispolnitel'nogo prava (teorija i praktika primenenija) : dis. ... d-ra jurid. nauk. — M., 2014. — 592 s.
2. Gamanenko L. I., Kuznecov A. I. Pravovye posledstvija narushenij porjadka i uslovij otbyvanija osuzhdennymi nakazaniya v vide prinuditel'nyh rabot // Vestnik Permskogo instituta FSIN Rossii. — 2013. — № 2 (9). — S. 52—54.
3. Drozdov A. I., Marchenko D. Je. Special'nye prava osuzhdennyh k lisheniju svobody, svjazannye s uslovijami otbyvanija nakazaniya // Vestnik Samarskogo juridicheskogo instituta. — 2012. — № 1 (6). — S. 50—57.
4. Ivanov A. L. Ugolovnoe nakazanie, ugolovnaja otvetstvennost', mery ugolovno-pravovogo haraktera // Aktual'nye problemy rossijskogo prava. — 2015. — № 4.
5. Kommentarij k Ugolovno-ispolnitel'nomu kodeksu Rossijskoj Federacii / pod obshh. red. S. V. Stepashina. — M., 1999. — 622 s.
6. Ol'hovik N. V. Nepenitenciarnyj rezhim: ponjatie i sodержanie // Vestnik Kuzbasskogo instituta. — 2011. — № 1 (4). — S. 24—25.
7. Ol'hovik N. V., Prozumentov L. M. Recidivnaja prestupnost' osuzhdennyh i ee preduprezhdenie. — Tomsk, 2009. — С. 87—100, 105—109, 136—137.
8. Ol'hovik N. V. O sodержanii nepenitenciarnogo rezhima // Chelovek: prestuplenie i nakazanie. — 2013. — № 4. — S. 25—28.
9. Orlov V. N. Primenenie i otbyvanie ugolovnogo nakazaniya : dis. ... d-ra jurid. nauk. — M., 2015. — 605 s.
10. Orlov V. N. Problemy naznachenija i ispolnenija ispravitel'nyh rabot : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — Stavropol', 2000. — 21 s.
11. Petrova A. I. Problemy naznachenija i otbyvanija nakazaniya v vide ispravitel'nyh rabot v otnoshenii inostrannyh grazhdan // Aktual'nye problemy rossijskogo prava. — 2012. — № 2.
12. Poznyshhev S. V. Oчерki tjur'movedenija. — M., 1915. — 302 s.
13. Potemkina A. T. Uslovija otbyvanija ispravitel'nyh rabot bez lishenija svobody. — M., 1991. — 189 s.
14. Ras'kevich A. A. Rezhim i uslovija otbyvanija nakazaniya v ispravitel'nyh uchrezhdenijah // Izvestija Rossijskogo gosudarstvennogo pedagogicheskogo universiteta imeni A. I. Gercena. — 2007. — T. 8. — № 41. — S. 97—105.
15. Rahmaev Je. S. Ispravitel'nye raboty kak vid ugolovnogo nakazaniya : dis. ... kand. jurid. nauk. — Rjazan', 2005. — 185 s.
16. Rjabyh S. B. Aktual'nye problemy uslovij otbyvanija nakazaniya v uchrezhdenijah dlja nesovershennoletnih osuzhdennyh v uslovijah reformirovanija UIS // Vestnik Voronezhskogo instituta FSIN Rossii. — 2012. — № 1. — S. 91—94.
17. Savel'eva Ju. I. Ispolnenie ispravitel'nyh rabot: teorija i praktika : dis. ... kand. jurid. nauk. — Irkutsk, 2005. — 224 s.
18. Skakov A. B. Progressivnaja sistema ispolnenija lishenija svobody i ee otrazhenie v novom zakonodatel'stve respubliki Kazahstan. — Astana, 2004. — 151 s.
19. Tepljashin P. V. Perspektivy rasshirenija sudebno-pravovogo regulirovanija ugolovno-ispolnitel'nyh otnoshenij // Rossijskaja justicija. — 2010. — № 4. — S. 60—62.

20. *Tkachevskij Ju. M.* Progressivnaja sistema ispolnenija ugovolnyh nakazanij. — M., 2007. — 240 s.
21. *Hmelevskaja T. A.* Jelementy progressivnoj sistemy nakazanij v ugovolno-ispolnitel'nom zakonodatel'stve rossijskoj federacii // Trudy Orenburgskogo instituta (filiala) Moskovskoj gosudarstvennoj juridicheskoj akademii. — 2013. — № 18. — S. 149—157.
22. *Juzhanin V. E., Gorban' D. V.* Problemy sozdaniya otkrytyh uslovij otbyvanija nakazanija v vide lishenija svobody v ispravitel'nyh uchrezhdenijah // Zakon i pravo. — 2013. — № 9. — S. 68—71.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Я. С. Кожеуров*

«Эффективный всеобщий контроль» в практике Европейского Суда по правам человека: «империализм прав человека» или большая путаница?

Аннотация. Развитие концепции экстра TERRИТОРИАЛЬНОЙ юрисдикции государств по Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) приводит как к стиранию границ юрисдикции внутри «канонической» территории Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ), так и к тому, что условие *ratione loci* уже больше не ограничивается пределами Европы. С одной стороны, данная концепция позволяет ЕСПЧ не допускать появления правового вакуума в системе защиты прав человека, с другой — амбиции ЕСПЧ вызывают все большую негативную реакцию со стороны государств, отличной иллюстрацией чего служит реакция российских властей по приднестровско-молдавским делам.

В статье анализируется, как в практике ЕСПЧ используется понятие «эффективный контроль». По мнению автора, развивая указанную концепцию, ЕСПЧ не выдвигает своего собственного толкования хорошо известных в международном праве стандартов при присвоении поведению государству лиц, действующих под его руководством или контролем («Никарагуа-тест», «Тадич-тест»), в чем его зачастую упрекают, а допускает, умышленно или неумышленно, смешение совершенно разных понятий — контроля как условия присвоения государству поведения негосударственных акторов (категория общего международного права) и контроля (над жертвами или территорией) как условия осуществления государством юрисдикции по смыслу ст. 1 ЕКПЧ.

Ключевые слова: эффективный контроль, ЕСПЧ, защита прав человека, международные стандарты, юрисдикция государства.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.184-193

«Империализм прав человека» — так образно попытался осудить усиливающуюся экстра TERRИТОРИАЛЬНУЮ экспансию Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) британский представитель в деле «Аль-Скейни и другие против Великобритании», на что получил гневную отповедь судьи Бонелло в его совпадающем мнении: «Я полагаю, что экспортирующие войну должны позаботиться и о параллельном экспорте гарантий против жестокостей войны»¹. Судья Бонелло уличил британские власти в «умышленном намерении провести различие между святостью прав человека в пределах своей собственной территории и их жалкой ничтожностью где-либо еще», сравнив такой подход с позицией

гаю, что экспортирующие войну должны позаботиться и о параллельном экспорте гарантий против жестокостей войны»¹. Судья Бонелло уличил британские власти в «умышленном намерении провести различие между святостью прав человека в пределах своей собственной территории и их жалкой ничтожностью где-либо еще», сравнив такой подход с позицией

¹ Al-Skeini and Others v. the United Kingdom [G.C.], no. 55721/07, 07 July 2011. Concurring Opinion of Judge Bonello, para. 38.

© Кожеуров Я. С., 2016

* Кожеуров Ярослав Сергеевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

jskozheurov@msal.ru

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

«джентльмен дома — хулиган в гостях»². В деле Аль-Скейни Великобритания была признана ответственной за причинение смерти шести гражданским лицам британскими военнослужащими в г. Басра (Южный Ирак).

«Империализм прав человека» в практике ЕСПЧ набирает обороты, что приводит и к все большему стиранию границ юрисдикции внутри «канонической» территории ЕСПЧ (Северный Кипр³, Приднестровье⁴, Нагорный Карабах⁵) и к тому, что условие *ratione loci* уже больше не ограничивается пределами Европы (Судан⁶, Кения⁷, Иран⁸, Ирак⁹, открытое море вблизи островов Зеленого Мыса¹⁰).

Крайне актуальными вопросы экстра TERRITORIALНОГО действия Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод 1950 г. (ЕКПЧ) становятся в отношении Российской Федерации. В 2004 г. в деле «Илашку и другие против Молдовы и России» Суд пришел к выводу, что Приднестровская молдавская Республика (ПМР) «остается под эффективным управлением или по меньшей мере под решающим влиянием Российской Федерации, и что в любом случае она выжила благодаря военной, экономической, финансовой и политической поддержке, которую оказывает ей

Российская Федерация»¹¹. На этом основании Суд признал Россию ответственной за обращение с заявителями, осуществлявшееся властями ПМР. На этом же основании в 2012 г. в деле «Катан и другие против Молдовы и России» Суд признал Россию ответственной за закрытие властями ПМР молдавских школ в Приднестровье с преподаванием на латинской графике.

Эти два постановления вызвали беспрецедентно жесткую реакцию российских властей. После дела Илашку Министерство иностранных дел России выразило «недоумение непоследовательностью, противоречивостью, субъективностью и явной политической ангажированностью Европейского Суда по правам человека в Страсбурге»¹². «Насилием над правовой логикой» российский МИД назвал и постановление по делу Катан¹³, которое Уполномоченный РФ при ЕСПЧ Георгий Матюшкин признал «неисполнимым»¹⁴. До сих пор Россия не спешит его исполнять, в том числе в части выплаты более 1 млн евро присужденной компенсации. В сообщении властей РФ Комитету министров Совета Европы относительно дела Катан от 05.03.2015 утверждается, что «в этом деле ЕСПЧ предложил свое собственное толкование доктрины “эффективного контроля” в отношении территории

² Ibid., paras. 17, 18.

³ Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections) [G.C.], no. 15318/89, 23 March 1995 ; Cyprus v. Turkey [G.C.], no. 25781/94, 10 May 2001 ; Manitaras and Others v. Turkey (dec.), no. 54591/00, 03 June 2008.

⁴ Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia [G.C.], no. 48787/99, 8 July 2004 ; Ivaņtoci and Others v. Moldova and Russia, no. 23687/05, 15 November 2011 ; Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia [G.C.], nos. 43370/04 18454/06 8252/05, 19 October 2012.

⁵ Chiragov and Others v. Armenia [G.C.], no. 13216/05, 16 June 2015.

⁶ Ramirez Sanchez v. France, no. 28780/95, Decision, Commission (Plenary), 24 June 1996.

⁷ Öcalan v. Turkey [G.C.], no. 46221/99, 12 May 2005.

⁸ Pad and Others v. Turkey (dec.), no. 60167/00, 28 June 2007.

⁹ Al-Skeini; Al-Saadoon & Mufdhi v. the United Kingdom (dec.), no. 61498/08, 3 July 2009 ; Al-Jedda v. the United Kingdom [G.C.], no. 27021/08, 07 July 2011 ; Hassan v. the United Kingdom [G.C.], no. 29750/09, 16 September 2014 ; Jaloud v. the Netherlands [G.C.], no. 47708/08, 20 November 2014.

¹⁰ Medvedyev and Others v. France [G.C.], no. 3394/03, 29 March 2010.

¹¹ Ilaşcu, paras. 382—393.

¹² Заявление МИД Российской Федерации в связи с постановлением Европейского Суда по правам человека в Страсбурге по «делу Илашку» от 8 июля 2004 г. // URL: http://www.mid.ru/maps/md/-/asset_publisher/dfOotO3QvCij/content/id/465018.

¹³ Заявление МИД России в связи с постановлением Европейского Суда по правам человека по делу «Катан и другие против Молдавии и Российской Федерации» от 19 октября 2012 г. <http://www.mid.ru/foreign_policy/rso/coe/-/asset_publisher/uUbe64ZnDjso/content/id/138286>.

¹⁴ «Чужой закон России не писан. Юридический форум сосредоточился на международной тематике» // Коммерсантъ. № 103 от 19.06.2014. URL: <http://www.kommersant.ru/doc/2493812>.

Приднестровья, присвоив России ответственность за действия, которые она не совершала и которые ее не могут касаться. <...> Такой подход не соответствует нормам международного права, судебной практике других международных судов и Проекту статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, разработанному Комиссией международного права ООН»¹⁵.

Озабоченность российских властей, равно как и их эмоциональная реакция, вполне объяснима. Уже признана приемлемой и ждет своего рассмотрения по существу межгосударственная жалоба Грузии против России, в которой центральное место занимают вопросы предполагаемой ответственности России за действия абхазских и юго-осетинских властей¹⁶. Кроме межгосударственной жалобы, своего рассмотрения ждут еще 208 индивидуальных жалоб (с общим количеством заявителей более 900), поданных против Российской Федерации в контексте того же конфликта, а также еще 20 — против Грузии и России одновременно¹⁷. Краеугольным камнем вопросы экстратерриториальной ответственности предстанут и в трех межгосударственных жалобах, поданных Украиной против России в связи с событиями в Крыму и восточной Украине¹⁸. В Секретариате Суда зарегистрировано более 1 400 индивидуальных жалоб в указанном контексте, в подавляющем большинстве — одновременно против Украины и России, пять из которых уже коммуницированы¹⁹. В этой связи вопросы экстратерриториального действия Европейской конвенции в контексте норм общего международного права, регулирующих присвоение поведения государству для целей ответственности, требуют серьезного теоретического осмысления.

Возможные объяснения тому, почему ЕСПЧ пришел к столь удручающим и влекущим долгосрочные негативные последствия выводам в деле Илашку, могут быть самыми разными —

от действительно банальной политической ангажированности до единственно возможного, по мнению Суда, способа выполнения его благородной и сложной миссии — искоренения безнаказанности серьезных нарушений прав человека (того самого «империализма прав человека»). Очевидно, что высокие гуманитарные идеалы ЕСПЧ не позволяют ему считать нормальной ситуацию, когда в центре Европы грубое нарушение есть, а «виновного» — нет, из-за неспособности признанного государства контролировать часть своей территории и непризнания того, кто ее фактически контролирует. Как заметил Суд в деле «Кипр против Турции», «любое другое решение привело бы к созданию вызывающего сожаление вакуума в системе защиты прав человека на территории, о которой идет речь, ибо проживающие там лица лишаются преимуществ, предоставляемых основными гарантиями Конвенции, и своего права потребовать от какой-либо Высокой Договаривающейся Стороны объяснений по поводу нарушения своих прав в ходе слушаний в Европейском Суде»²⁰.

Однако автору, занимающемуся проблемами ответственности государств по общему международному праву в их приложении в том числе к специальным, так называемым автономным (self-contained), режимам, к которым относится и международное право прав человека, представляется, что реакция российских властей относительно дел Илашку и Катан не совсем верная. Автор разделяет точку зрения, согласно которой ЕСПЧ не выдвигал «своего собственного толкования» хорошо известных в международном праве стандартов присвоения поведения государству лиц, действующих под его руководством или контролем («Никарагуа-тест», «Тадич-тест»), а допустил, умышленно или неумышленно, юридическую ошибку — смешал понятия «ответственность» и «юрисдикция», или, если быть более точным, смешал контроль как условие *присвоения* госу-

¹⁵ Communication from the Russian Federation (05/03/2015) DH-DD(2015)265.

¹⁶ Georgia v. Russia (II) (dec.), no. 38263/08, 13 December 2011.

¹⁷ Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 150 (2011), 22.09.2011. Еще 1712 индивидуальных жалоб подано против Грузии.

¹⁸ Ukraine v. Russia (no. 20958/14), Ukraine v. Russia (II) (no. 43800/14) ; Ukraine v. Russia (IV) (no. 42410/15).

¹⁹ Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 296 (2015), 01.10.2015.

²⁰ Cyprus v. Turkey, para. 78.

дарству поведения негосударственных акторов и контроль (над жертвами или территорией) как условие установления осуществления государством юрисдикции по смыслу ст. 1 ЕКПЧ²¹.

А начиналась мотивировка Суда по делу Илашку «за здоровье»: «Осуществление юрисдикции — необходимое условие для того, чтобы Договаривающееся государство могло быть признано ответственным за присваиваемые (выделено мной. — Я. К.) ему действия или бездействие, которые дают основания для утверждений о нарушении прав и свобод, предусмотренных Конвенцией» (п. 311). В этой лаконичной фразе удивительно точно определены место и соотношение понятий, которые являются темой статьи, — юрисдикция, ответственность, присвоение поведения. К сожалению, дальнейшие рассуждения Суда, мягко говоря, далеки от стройности, которая была задана этим изначально верным постулатом.

Присвоение поведения и ответственность — категории общего международного права, кодифицированного Комиссией международного права ООН (КМП ООН) в Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 г.²² (далее — Статьи 2001 г.). Юрисдикция позиционируется Судом как специфическое условие, присущее международному праву прав человека, в отличие от общего международного права. Однако, как будет показано в дальнейшем, это не совсем так: понятие юрисдикции вполне органично вписывается в ту конструкцию ответственности, которую сформулировала КМП ООН. С нее и начнем.

В самом общем виде международная ответственность — это юридические последствия международно-противоправного деяния государства. Международно-противоправное деяние (МПД) — действие или бездействие государства, которое:

- 1) присваивается государству по международному праву;
- 2) представляет собой нарушение международно-правового обязательства данного государства (ст. 2 Статей 2001 г.).

Таким образом, КМП ООН выделяет всего два необходимых и достаточных признака любого международно-противоправного деяния — присвоение и противоправность. В деле о дипломатическом и консульском персонале Международный Суд ООН отметил, что для установления ответственности Ирана за захват американского посольства, «во-первых, необходимо определить, насколько юридически соответствующие деяния могут рассматриваться в качестве присваиваемых иранскому государству. Во-вторых, следует рассмотреть вопрос об их совместимости или несовместимости с обязательствами Ирана по действующим договорам или по другим нормам международного права, которые могут быть применимы»²³.

Присвоение поведения государству — процесс квалификации деяний органов, агентов, представителей государства и иных лиц и образований в качестве деяния государства. Государство — консолидированный, абстрактный субъект. «Государство не может действовать само по себе»²⁴, деяние государства должно предполагать действие или бездействие какого-либо лица или органа. Правила присвоения позволяют определить, чьи действия должны рассматриваться как действия государства.

По меткому и лаконичному выражению Эдуардо Хименеса де Аречаги, «государство отвечает за свои органы, только за свои органы и за все свои органы»²⁵. По общему правилу присвоения государство отвечает за деяния всех своих органов и должностных лиц, независимо от их функции в системе разделения властей, независимо от их места в иерархии, а также незави-

²¹ *Milanovic M.* Grand Chamber Judgment in Catan and Others // EJIL: Live! Blog of the European Journal of International Law. URL: <http://www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-catan-and-others/>.

²² Ответственность государств за международно-противоправные деяния (приложение к резолюции ГА ООН A/RES/56/83 от 12.12.2001).

²³ Дело о дипломатическом и консульском персонале. Решение от 24.05.1980 г. // ICJ Reports. 1980. P. 29 (para. 56).

²⁴ Комментарий Комиссии международного права ООН к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния // Доклад Комиссии международного права ООН о работе ее 53-й сессии (23 апреля — 1 июня и 2 июля — 10 августа 2001 года). Док. ООН A/56/10. С. 59.

²⁵ *Хименес де Аречага Э.* Современное международное право : пер. с исп. М., 1983. С. 417.

симо от федеративного и административно-территориального деления государства (ст. 4 Статей 2001 г.). Как следствие, государству не присваивается поведение частных лиц. Государство не отвечает за действия частных лиц, но у государства может возникнуть международная ответственность за свои деяния в связи с действиями частных лиц. В частности, в силу обязательства проявлять должную осмотрительность (*due diligence*) государство обязано предпринимать все необходимые меры для предотвращения и пресечения нарушений международного права лицами, находящимися под его юрисдикцией, для расследования таких преступлений и наказания виновных — как мы видим, эта хорошо известная (еще со времен арбитражного разбирательства по делу судна «Алабама», 1870) концепция фигурирует в практике ЕСПЧ под названием «позитивные обязательства».

Помимо общего правила присвоения в Статьях 2001 года кодифицированы и особые, специальные правила присвоения, важнейшее значение среди которых в контексте настоящего обсуждения имеет правило, сформулированное в ст. 8: поведение лица или группы лиц, не являющихся органами государства, рассматривается как деяние государства по международному праву, если это лицо или группа лиц *фактически действует по указаниям либо под руководством или контролем* этого государства при осуществлении такого поведения. Относительно степени необходимого для присвоения поведения контроля в международной судебной практике сложились несколько подходов, известных как «Никарагуа-тест» и «Тадич-тест»²⁶. Международный Суд ООН сформулировал доктрину, согласно которой для установления ответственности государства за действия контролируемых им частных лиц необходимо доказать, что они действовали согласно указаниям государства

или под его «*эффективным контролем*». При этом такой «эффективный контроль» должен осуществляться или такие указания государства должны даваться в отношении каждой операции, в ходе которой происходили заявленные нарушения, а не в отношении главным образом общей деятельности, осуществляемой лицами или группами лиц, совершивших такие нарушения²⁷.

Напротив, согласно доктрине «*общего контроля*» Международного трибунала по бывшей Югославии, достаточно, чтобы контроль выходил за рамки простого финансирования и оснащения таких сил и включал участие в планировании и руководстве проведением военных операций в целом, и не требуется, чтобы такой контроль включал издание специальных приказов или указаний, относящихся к отдельным военным акциям²⁸.

Тем не менее, несмотря на отмеченные различия в подходах в практике международных судебных учреждений, контроль в контексте присвоения поведения государству — это **контроль в отношении акторов** того деяния (действия или бездействия), которое, будучи присвоенным государству, далее анализируется на предмет противоправности. Это первая логическая операция, необходимая для установления наличия/отсутствия элементов международно-противоправного деяния.

Теперь обратимся к вопросу о юрисдикции в практике ЕСПЧ. Согласно ст. 1 ЕКПЧ «Высокие Договаривающиеся Стороны обеспечивают каждому, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, определенные в разделе I настоящей Конвенции». Анализируя понятие «находящемуся под их юрисдикцией», ЕСПЧ в деле Банкович пришел к выводу о территориальном характере понятия юрисдикция: «Европейский Суд придерживается мнения, что статья 1 Конвенции должна рассматривать-

²⁶ См. подробнее: *Кожеуров Я. С.* Проблемы присвоения государству поведения лиц и образований, действующих под его руководством или контролем, в практике Международного суда ООН // *Lex Russica = Русский закон.* 2009. № 5. С. 1157—1164.

²⁷ Дело о военной и полувоенной деятельности в и против Никарагуа (Никарагуа против США). Решение от 27.06.1986 // *ICJ Report.* 1986. Рр. 62, 64–65 (paras. 109, 115) ; дело о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории). Решение от 26.02.2007 // *ICJ Reports.* 2007. Р. 143—144 (paras. 400—405).

²⁸ Case IT-94-1, *Prosecutor v. Tadic*, (1999), Judgment of 15.07.1999 // *International Law Materials.* Vol. 38. Рр. 1541, 1546 (paras. 117, 145).

ся как отражающая это обычное, главным образом территориальное понятие юрисдикции, в то время как иные основания юрисдикции являются исключительными и требующими особого обоснования при определенных обстоятельствах в каждом деле»²⁹.

Впервые Суд серьезно столкнулся с экстра-территориальной юрисдикцией в делах, инициированных против Турции в связи с событиями в так называемой Турецкой республике Северного Кипра (ТРСК). В деле «Лоизиду против Турции» Суд заявил: «С учетом предмета и цели Конвенции ответственность Договаривающейся Стороны также может возникнуть, явившись результатом военного действия — законного или незаконного, таким образом, при обеспечении эффективного контроля за пространством, находящимся за пределами ее национальной территории. В этой области обязательство по защите прав и свобод, закрепленных в Конвенции, устанавливается наличием факта этого контроля, осуществляемого напрямую через вооруженные силы или подчиненную местную администрацию»³⁰. Позднее в постановлении по межгосударственной жалобе «Кипр против Турции» ЕСПЧ сделал важное уточнение: «С учетом эффективного и всеобъемлющего контроля над северной частью Кипра ее [Турции] ответственность не может ограничиваться действиями ее собственных солдат или официальных лиц в северной части Кипра, а должна быть распространена и на действия местной администрации, которая все еще существует благодаря турецким военным и другим видам поддержки»³¹.

При определении существования «эффективного контроля» Суд принимает во внимание прежде всего масштаб военного присутствия государства в регионе, а также иные факторы, например степень, до которой его военная,

экономическая или политическая поддержка подчиненной местной администрации обеспечивает государству влияние и контроль над регионом³².

Кроме того, ЕСПЧ исходит из того, что при определенных обстоятельствах в результате применения силы государственными агентами за рубежом индивид может оказаться под контролем, а значит, и под юрисдикцией этого государства³³. Это может произойти, например, в случае задержания индивида и помещения его под стражу агентами государства, действующими за рубежом³⁴. В деле «Медведев и другие против Франции» Суд признал, что заявители находились в пределах французской юрисдикции для целей статьи 1 Конвенции в силу того, что французский военный корабль осуществлял полный контроль над судном Winner и его экипажем с момента его задержания в открытом море³⁵. В деле «Аль-Саадун и Муфди против Соединенного Королевства» Суд решил, что два иракских гражданина, содержащихся в контролируемых британскими военнослужащими тюрьмах в Ираке, подпадают под юрисдикцию Соединенного Королевства, поскольку оно осуществляло полный и исключительный контроль над тюрьмами и содержащимися в них лицами³⁶. К аналогичному выводу Суд пришел в деле «Хасан против Соединенного Королевства», в котором заявитель был задержан британскими военными и помещен в лагерь для интернированных лиц в Ираке³⁷. В деле «Ялуд против Нидерландов» Суд признал, что, осуществляя власть и контроль над лицами, проезжающими через блокпост в Ираке, нидерландский офицер осуществлял юрисдикцию по смыслу ст. 1 ЕКПЧ³⁸.

Суммируя свою практику по персональной модели экстра-территориальной юрисдикции, ЕСПЧ в деле «Аль-Скейни и другие против Сое-

²⁹ Banković, para. 61.

³⁰ Loizidou, para. 62.

³¹ Cyprus v. Turkey, para. 77.

³² Al-Skeini, para. 139, Chiragov, para. 186.

³³ Al-Skeini, para. 136.

³⁴ Ocalan, para. 91.

³⁵ Medvedev, para. 67.

³⁶ Al-Saadoon and Mufdhi, paras. 86-89.

³⁷ Hassan, para. 80.

³⁸ Jaloud, para. 152.

диненного Королевства»³⁹ заявил, что «решающим в этих делах стало осуществление физической власти и контроля над соответствующим лицом»⁴⁰.

Таким образом, в отличие от контроля над **акторами деяния**, экстратерриториальная юрисдикция — это контроль или власть государства либо над **территорией** вне пределов своих границ (пространственная модель экстратерриториальной юрисдикции), либо над конкретным лицом/лицами, то есть **жертвой** нарушения (персональная модель экстратерриториальной юрисдикции). Статья 1 ЕКПЧ обязывает государство уважать и обеспечивать всем, находящимся под его юрисдикцией, права и свободы, предусмотренные Конвенцией и/или протоколами к ней. Таким образом, решение вопроса о юрисдикции — это решение вопроса о существовании обязательства по ЕКПЧ, о его нахождении в силе применительно к конкретной ситуации или в отношении конкретного лица. Согласно ст. 13 Статей 2001 г. никакое деяние государства не является нарушением международно-правового обязательства, если это обязательство не связывает государство во время его совершения. То есть юрисдикция по ЕКПЧ непосредственно связана со вторым элементом международно-противоправного деяния — противоправностью.

Когда же в практике ЕСПЧ произошло смешение этих категорий? Уже в первых «классических» делах об экстратерриториальном действии ЕКПЧ («Лоизиду против Турции», «Кипр против Турции») Суд начинает использовать терминологию из права международной ответственности (контроль), в том числе «эффективный контроль», «всеобщий контроль» (а точнее, не мудрствуя лукаво, — «эффективный всеобщий контроль»), применительно не к акторам, как это было в делах Международного Суда ООН или Международного трибунала по бывшей Югославии, а к территории. В делах, где использовалась персональная модель юрисдикции, Суд также начинает оперировать этими категориями, и снова применительно не к акторам, а уже к жертвам.

Наконец, смешение терминологии достигло своего апофеоза в деле Илашку, где Суд применительно к Российской Федерации и ПМР к эффективному контролю добавил собственный термин — «решающее влияние» (п. 392). При этом совершенно непонятно, о каком контроле («решающем влиянии») говорил Суд: над кем (органами ПМР) или чем (территорией ПМР). Ведь для того, чтобы контролировать территорию (осуществлять юрисдикцию), государству нужно это делать через кого-то — через свои органы, полностью подконтрольные де-факто местные администрации или других акторов, чье поведение присваивается государству по международному праву.

Если имелся в виду контроль над органами (а именно такая мысль первой приходит в голову по прочтении решения по делу Илашку), то это не просто игнорирование укоренившейся международной судебной практики, а прямое ей противоречие в части вопроса о степени контроля (как в отношении «Никарагуа-теста», так и в отношении «Тадич-теста»). При этом Суд не приложил никаких усилий, чтобы хотя бы как-то мотивировать необходимость создания собственных специальных правил присвоения.

Если же имелся в виду контроль над территорией (именно так, хотя и не очень убедительно, ЕСПЧ попытается постфактум объяснить свой подход в деле Катан), то это тоже ничем не мотивированное в решении понижение порогового уровня контроля, сформулированного в делах «Луизиду против Турции» и «Кипр против Турции», поскольку степень военного присутствия Турции на Северном Кипре и России в Приднестровье кардинально различалась. Кроме того, в этом случае Суд также оставил массу вопросов: ответственна ли Россия абсолютно за все действия властей ПМР или же она ответственна за собственную неспособность предотвратить действия негосударственных акторов на территории под ее юрисдикцией; то есть о нарушении каких обязательств идет речь — негативных или позитивных?

³⁹ См. подробнее: Мунтян Л. Аль-Скейни (Al-Skeini) и другие против Великобритании: империализм прав человека против военного империализма. Постановление Европейского Суда по правам человека от 7 июля 2011 г. // Международное правосудие. 2012. № 1 (2). С. 6—14.

⁴⁰ Al-Skeini, paras. 136—137.

Несмотря на то что Суд в деле Катан не оправдал тех надежд, которые связывались с возможностью корректировки позиции Суда по вопросу об экстратерриториальном действии Конвенции, несмотря на справедливую критику этого решения (чего сто́ит финт с изящным переключением бремени доказывания в п. 112), тем не менее в решении по делу Катан есть пункт, который дает луч надежды на то, что Суд в дальнейшем будет двигаться в верном с точки зрения общего международного права направлении. Это п. 115: «Как демонстрирует вышеприведенный обзор практики Суда, тест на установление “юрисдикции” по ст. 1 ЕКПЧ никогда не приравнивался к тесту на установление ответственности государства за международно-противоправное деяние по международному праву».

Этот вывод, конечно, неожиданный и обескураживающий, если не сказать лицемерный, так как весь «вышеприведенный обзор практики Суда» свидетельствует именно об этом — о неразграничении понятия «контроль» применительно к юрисдикции и применительно к присвоению (т.е. ответственности). Вспомним хотя бы мигрирующую из одного решения в другое фразу о том, что если факт эффективного контроля над территорией установлен, «нет необходимости определять, осуществляет ли государство-участник доскональный контроль политики и действий подчиненной местной администрации. Тот факт, что местная администрация существует благодаря военной и иной поддержке государства-участника, обуславливает ответственность этого государства за ее политику и действия»⁴¹. Что это, если не смешение контроля над территорией (юрисдикция) и контроля над местной администрацией (присвоение)?

Тем не менее этот новый подход Суда должен только приветствоваться и поощряться, поскольку именно он в конечном счете должен привести к должному пониманию категорий ответственности и юрисдикции и к их взаимодействию, а не смешению. К сожалению, в деле Катан Суд не только не развил эту, как представляется, плодотворную мысль, он, используя презумпцию дела Илашку, наступил на те же грабли. Опять осталось непонятным, при-

своил ли Суд России действия ПМР, за которые она должна отвечать как за свои? Или же Суд склонился к мысли, что РФ должна отвечать за непредотвращение действий властей ПМР? Но тогда почему Суд совершенно не исследовал вопрос о позитивных обязательствах, о «реальной возможности» предотвращения (об этом все чаще пишут судьи в особых мнениях по делам об экстратерриториальной юрисдикции, справедливо указывая на то, что возможности государства по уважению и обеспечению прав человека на своей территории и за рубежом не могут быть равными), не учел усилия России как посредника в изменении школьной политики ПМР?

Итак, какую бы модель экстратерриториальной юрисдикции ни использовал Суд — пространственную (контроль над территорией) или персональную (контроль над жертвами), — в любом случае этот контроль государство, которое «не может действовать само по себе», осуществляет через тех акторов, чье поведение может быть присвоено государству по международному праву. Этими акторами, помимо органов государства, могут быть и негосударственные акторы, находящиеся под эффективным (всеобщим) контролем государства. Таким образом, решение вопроса о том, может ли государство нести ответственность за нарушение ЕКПЧ, выражается в следующих последовательных логических операциях:

1. Сначала нужно решить вопрос о том, являются ли деяния конкретных акторов деяниями государства, то есть присваиваются ли государству действия этих акторов? Для решения необходимо применять принципы присвоения, существующие в общем международном праве, которые, конечно же, могут и должны модифицироваться (аргументированно!) с учетом специфики международного права прав человека, но не могут полностью отвергаться или игнорироваться. В подавляющем большинстве случаев вопрос присвоения решается как бы незаметно, подспудно, без формального обращения к нему. Объясняется это тем, что в подавляющем большинстве дел рассматриваются действия органов или должностных лиц государства, чье поведение очевидно присваивается государству. Но очевидность присвоения

⁴¹ См., например: *Catan*, para. 106 ; *Cyprus v. Turkey*, para. 76, *Ilascu*, para. 315 ; *Al-Skeini*, para. 138.

не означает отсутствия этой логической операции. Специальное и тщательное обращение к вопросам присвоения необходимо в делах, подобных кипрским или молдавским (а также грядущим юго-осетинским и восточно-украинским), когда необходимо решить вопрос о присвоении поведения негосударственных акторов, например местных администраций.

2. Следующим вопросом является вопрос о том, контролируют ли эти лица от имени государства либо соответствующую территорию, либо конкретных лиц, то есть осуществляет ли государство юрисдикцию в смысле ст. 1 Конвенции? От этого зависит, обязано ли государство уважать и обеспечивать права, предусмотренные Конвенцией и протоколами к ней. Несмотря на значительную эволюцию взглядов Суда в этом вопросе, сохраняет свою актуальность сформулированная в деле Банкович концепция физического присутствия, дополненная необходимостью осуществления «публичных полномочий» (Аль-Скейни, Ялоуд), то есть Суд пока не готов распространять юрисдикцию просто через выстрел или сброшенную бомбу.

3. Наконец, на третьем этапе необходимо собственно решить, нарушило ли государство свои обязательства по Конвенции.

Положительные ответы на все три вопроса дают в совокупности полный «состав» международно-противоправного деяния, являющегося основанием международной ответственности государства за нарушение ЕКПЧ.

Пользуясь выражением судьи Бонелло из его особого мнения по делу Аль-Скейни, позиция «джентльмен дома — хулиган в гостях» вряд ли будет иметь много проponentов, следовательно, следует ожидать дальнейшего расширения Судом граней понятия «юрисдикция» и экстратерриториального действия Конвенции. Аргументы государств по поводу отсутствия юрисдикции будут все менее сильными. В этой связи представляется важным правильное использование и разграничение смежных, но очень разных понятий — контроля над акторами как условия присвоения их поведения государству и контроля над территорией или жертвами как условия осуществления государством юрисдикции.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Milanovic, M.* Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg // *European Journal of International Law*. 2012. Vol. 23, pp. 121-139.
2. *Milanovic, M.* Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Oxford University Press, Oxford, xxiii+276 p.
3. *Кожеуров Я. С.* Проблемы присвоения государству поведения лиц и образований, действующих под его руководством или контролем, в практике Международного Суда ООН // *Lex Russica=Русский закон*. 2009. № 5. С. 1157–1164.
4. Мунтян Л. Аль-Скейни (Al-Skeini) и другие против Великобритании: империализм прав человека против военного империализма. Постановление Европейского Суда по правам человека от 7 июля 2011 г. // *Международное правосудие*. 2012. №1(2). С. 6–14.
5. *Хименес де Аречага Э.* Современное международное право. Пер. с испанского. М., 1983.

Материал поступил в редакцию 15 декабря 2015 г.

"AN EFFECTIVE GLOBAL CONTROL" IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: "HUMAN RIGHTS IMPERIALISM" OR A GREAT DEAL OF CONFUSION?

KOZHEUROV Yaroslav Sergeevich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
[jskozheurov@msal.ru]
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya str., 9

Review. The development of the concept of extraterritorial jurisdiction of states under the European Convention

for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) leads to both blurring of jurisdictional boundaries within the "canonical" territory of the European Court of Human Rights (ECHR) and to the fact that rationeloci condition is no longer limited outside Europe. On the one hand, this concept allows the ECHR to avoid the appearance of "a legal vacuum in human rights protection", on the other — the ECHR ambitions result in increasing negative reaction by states, for example the reaction of the Russian authorities on the Transnistrian Moldovan affairs.

The article examines the ECHR practice of using the "effective control" concept. According to the author, developing this concept, the ECHR does not impose "its own interpretation" of the well-known in international law standards of attribution of conduct to a state of persons acting under its direction or control ("Nicaragua test", "Tadic test"), which it is often reproached for. On the other hand, it permits, intentionally or unintentionally, a mixture of completely different concepts: control as a condition for attribution of conduct to a state of non-state actors (category of general international law) and control (over the victims or territory) as a condition of the state's jurisdiction within the meaning of Art. 1 of the ECHR.

Keywords: *effective control, the ECHR, to protect the human rights, international standards, the jurisdiction of a state.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Kozheurov Ja. S. Problemy prisvoenija gosudarstvu povedenija lic i obrazovanij, dejstvujushhij pod ego rukovodstvom ili kontrolem, v praktike Mezhdunarodnogo Suda OON // Lex Russica=Russkij zakon. 2009. № 5. S. 1157-1164.*
2. *Muntjan L. Al'-Skejni (Al-Skeini) i drugie protiv Velikobritanii: imperializm prav cheloveka protiv voennogo imperializma. Postanovlenie Evropejskogo Suda po pravam cheloveka ot 7 ijulja 2011 g. // Mezhdunarodnoe pravosudie. 2012. №1(2). S. 6-14.*
3. *Himenes de Arechaga Je. Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo. Per. s ispanskogo. M., 1983.*

Проблемы международного сотрудничества в сфере регулирования трансграничной электронной торговли в контексте деятельности международных организаций

Аннотация. Статья посвящена особенностям международного сотрудничества в сфере правового регулирования электронной торговли. Рассматриваются документы международных организаций гармонизирующего и унифицирующего характера, затрагивающие те или иные аспекты трансграничной торговой деятельности.

Трансграничная электронная торговля товарами и услугами, в какой бы форме она ни реализовывалась, нуждается в четких правилах, детальной регламентации. Такую регламентацию на международно-правовом уровне предлагают различные международные организации, работающие в сфере международной торговли (ЮНСИТРАЛ, МТП, ЮНКТАД, ВТО, ОЭСР).

Автор уделяет особое внимание документам ЮНСИТРАЛ как международной организации, активно занимающейся вопросами электронных аспектов торговли с 80-х годов XX века. Отмечается особая роль Типового закона ЮНСИТРАЛ «Об электронной торговле», а также Конвенции ООН «Об использовании электронных сообщений в международных договорах» 2005 г. как единственного непосредственно в сфере электронной торговли международного договора, основной целью которого являлось практико-ориентированное решение юридических вопросов, связанных с расширением использования электронных сообщений при заключении трансграничных договоров.

Обосновывается вывод о том, что использование электронных сообщений между сторонами при заключении трансграничных контрактов представляется таким же безопасным и правомерным способом оформления договорных отношений, как и простая письменная (бумажная) форма договора, в контексте правил (закрепленных в большинстве национальных законов) о свободе договоров и свободе формы договора.

Ключевые слова: электронная торговля, трансграничная торговая деятельность, договор, международные организации, типовые законы, правила, конвенции в сфере электронной торговли.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.194-202

Развитие мировой экономики, процессы глобализации торговых отношений, фактическое разделение секторов экономики по территориальному принципу приводят к разработке новых, оптимизирующих и ускоряющих трансграничную торговлю дистанционных способов передачи информации,

в частности оформления договорных отношений. Развитие информационно-коммуникационной среды, активное использование сети Интернет при осуществлении трансграничной торговой деятельности поставили перед мировым сообществом новые специфические задачи по разработке эффективной правовой

© Козинец Н. В., 2016

* Козинец Никита Владимирович, аспирант кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

kozinets.nikita@gmail.com

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

основы регламентации отношений, оформляемых различными электронными способами. Отсутствие четких правил регулирования сети Интернет и электронных способов передачи информации в целом на международно-правовом уровне, которые получили бы широкое распространение, свидетельствует о том, что современным государствам в силу различного уровня информационного и инновационного развития, а также по причине различных подходов к регулированию способов осуществления гражданских прав и обязанностей, сложно согласовать унифицированные правила электронной торговли. В то же время уже с 90-х годов XX века активную деятельность в сфере разработки моделей регулирования электронной торговли и гармонизации законодательства различных государств в рассматриваемой сфере отношений осуществляли различные международные организации, так или иначе занимающиеся регламентацией торговых отношений.

Особых результатов в обозначенном контексте достигла Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), которая является основным подразделением ООН по нормативной работе в сфере права международной торговли. В рамках ЮНСИТРАЛ был разработан ряд международных документов, имеющих основополагающее значение в регулировании электронной торговли в современном мире. Важнейшими нормативными правовыми актами, разработанными ЮНСИТРАЛ в сфере электронной торговли, являются Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле 1996 г., Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях 2001 г., Конвенция Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г.; Рекомендации для правительств и международных организаций в отношении правового значения записей на ЭВМ (1985 год); Пояснительный текст «Содействие укреплению доверия к электронной торговле: правовые вопросы международного использования электронных методов удостоверения подлинности и подписания» 2007 года.

Обозначенные выше Рекомендации еще в 1985 году были даны государствам и международным организациям, разрабатывающим нормативные документы, связанные с торговлей, предлагая учитывать специальные пра-

вила, которые касаются автоматической обработки данных, с тем чтобы устранить барьеры в применении автоматической обработки данных в сфере международной торговли.

С 1997 года в рамках Комиссии постоянно функционирует рабочая группа «Электронная торговля». После принятия Типового закона ЮНСИТРАЛ «Об электронной торговле» Комиссия на своей 29-й сессии приступила к рассмотрению будущей работы в области электронной торговли на основе предварительного обсуждения, проведенного Рабочей группой по электронному обмену данными на своей тридцатой сессии (A/CN.9/421, пункты 109—119). Было достигнуто общее согласие в отношении того, что ЮНСИТРАЛ должна продолжать свою работу по разработке правовых норм, которые могли бы привнести предсказуемость в область электронной торговли, тем самым активизируя торговлю во всех регионах.

Россия как правопреемник СССР является членом ЮНСИТРАЛ с 1968 года. В настоящее время продолжается нормотворческая деятельность ЮНСИТРАЛ в отношении электронной торговли, а также ведутся различные коллоквиумы, посвященные электронной торговле (например, Коллоквиум об электронной коммерции, проведенный 14—16 февраля 2011 г. в Нью-Йорке). Наиболее значимым результатом деятельности Комиссии представляется Типовой закон ЮНСИТРАЛ «Об электронной торговле» (далее — Типовой закон) 1996 года, который явил собой модель правового регулирования отношений, возникающих в сфере электронной торговли для большого количества государств. Данный правовой акт был создан с целью облегчения ведения электронной торговой деятельности.

В частности, Типовой закон представляет подход функциональной эквивалентности, заключающийся в установлении равного правового режима для бумажной и электронной информации; делает акцент на допустимости использования сообщений данных в процессуальных разбирательствах, а также на том, что документ не может быть лишен юридической силы лишь на том основании, что он представлен в электронной форме; устанавливает критерии, по которым электронные сообщения могут рассматриваться как эквивалент сообщений в бумажной форме. Обозначенные основные положения свидетельствуют о про-

грессивном характере документа, несмотря на то что он не имеет обязательной силы международного договора.

Особая роль ЮНСИТРАЛ в развитии правового регулирования электронной торговли выражается еще и в том, что именно Комиссии удалось разработать, согласовать и инициировать принятие единственного на сегодняшний момент международного договора в сфере электронной торговли — Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах от 23 ноября 2005 г.¹

Однако стоит отметить, что еще в 1978 году ЮНСИТРАЛ разработал Конвенцию о морской перевозке грузов (Гамбургские правила, 1978 г.). Статья 1 Конвенции уже в 1978 году предусматривала, что письменная форма предполагает, наряду с письменной формой в классическом понимании, телеграмму и телекс. В 1980 году также в рамках ЮНСИТРАЛ была принята Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Венская конвенция не устанавливает обязательной письменной формы трансграничных договоров купли-продажи товаров и не подчиняет такие договоры какому-либо иному требованию в отношении формы (ст. 11). Кроме того, в Конвенции было предусмотрено применение современных (для времени принятия) средств связи при заключении международных договоров купли-продажи. В соответствии со ст. 13 Конвенции под письменной формой понимаются также сообщения по телеграфу и телетайпу. И хотя речь еще не идет о таких информационных технологиях, как сеть Интернет и заключение договоров электронными способами, указанные нормы стали одними из первых ключевых шагов на пути международно-правового регулирования электронной торговли².

Поэтому ЮНСИТРАЛ, преследуя цель обеспечения возможности электронного обмена данными применительно к сделкам в сфере международной торговли, предпочла не вно-

сить изменения в действующие соглашения, а разработать специальный международный договор — Конвенцию ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г.

Основываясь на положениях предшествовавших Типовых законов, Конвенция согласно преамбуле, направлена на устранение барьеров в использовании электронных сообщений в международных договорах, в том числе барьеров, которые могут возникать в результате действия существующих международных конвенций и договоров в области права международной торговли, которые по большей части были приняты до появления таких новейших способов передачи данных, как сеть Интернет, электронная почта и др.

Основной целью Конвенции являлось практико-ориентированное решение юридических вопросов, связанных с расширением использования электронных сообщений при заключении трансграничных договоров. Причем уже в Конвенции нет ограничения сферы ее действия только торговым контекстом отношений. Напротив, в п. 3 ст. 1 (сфера применения) четко определено, что «ни государственная принадлежность сторон, ни их гражданский или торговый статус, ни гражданский или торговый характер договора не принимаются во внимание при определении применимости настоящей Конвенции». Обозначенное свидетельствует о том, что Конвенция применяется к широкому кругу трансграничных коммерческих договоров. Коммерческий характер отношений, которые регулируются Конвенцией, опосредован исключениями в сфере применения (п. «а» ч. 1 ст. 2), к которым относятся договоры, заключенные в личных, семейных или домашних целях. Кроме того, из сферы действия Конвенции исключаются сделки на регулируемом фондовом рынке; сделки с иностранной валютой; электронные сообщения, относящиеся к межбанковским платежным системам, межбанковским платеж-

¹ В аутентичном тексте Конвенции на русском языке допущена ошибка, речь в Конвенции идет не о международных договорах, а о международных контрактах (international contracts). См. об этом также: Современное международное частное право в России и Евросоюзе : монография / А. Алиев, Ю. Базедов, М. П. Бардина [и др.] ; под ред. М. М. Богуславского, А. Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М. : Норма, 2013. Кн. 1. 656 с.

² См. об этом: *Курилова Е. С.* Правовая работа ЮНСИТРАЛ в сфере электронной торговли // *Фундаментальные и прикладные исследования: проблемы и результаты.* 2014. № 13. С. 317—321.

ным соглашениям или расчетно-клиринговым системам для ценных бумаг или других финансовых активов или инструментов; к передаче обеспечительных прав в ценных бумагах или других финансовых активах или инструментах, хранящихся у посредника, или их продаже или ссуде, или владению ими, или соглашению об их обратной покупке (п. «в» ч. 1 ст. 2). Конвенция также не применяется к переводным и простым векселям, транспортным накладным, коносаментам, складским распискам или любым оборотным документам или инструментам, которые дают предъявителю или бенефициару право потребовать поставки товаров или платежа денежной суммы (ч. 2 ст. 2), что обусловлено классическим документарным характером обозначенных документов.

Трансграничность же определяется в Конвенции через обязательное требование о применении положений Конвенции исключительно к использованию электронных сообщений в связи с заключением или исполнением договоров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах. Причем коммерческое предприятие определяется как любое место, в котором сторона сохраняет не носящее временного характера предприятие для осуществления иной экономической деятельности, чем временное предоставление товаров или услуг из конкретного места (п. h ст. 4).

На самом деле проблемы, связанные с определением местонахождения сторон отношений в сфере трансграничной электронной торговли возникли задолго до принятия Конвенции и действительно приводили к правовой неопределенности в контексте дальнейшего регулирования отношений. В то же время широкое распространение электронной торговли именно в трансграничном контексте придало этой проблеме особое значение.

Таким образом, при определении трансграничного характера договора, заключаемого с помощью электронных сообщений, необходимо, чтобы стороны договора имели постоянные предприятия с постоянной коммерческой деятельностью (за исключением изъятых из сферы действия Конвенции видов деятельности) на территории разных стран. Но то обстоятельство, что коммерческие предприятия сторон находятся в разных государствах, не будет приниматься во внимание, если это не вытека-

ет ни из договора, ни из имевших место до или в момент его заключения деловых отношений или обмена информацией между сторонами (ч. 2 ст. 1 Конвенции). Таким образом, трансграничный характер отношений между сторонами должен подтверждаться документально даже в случае со сложившимися деловыми отношениями между сторонами. Кроме того, Конвенция может применяться и в отношении граждан не участвующих в ней государств, если их коммерческие предприятия находятся на территории договаривающегося государства или даже государства, не являющегося таковым, при условии что договор регулируется правом договаривающегося государства (п. 69 Пояснительной записки Секретариата ЮНСИТРАЛ к Конвенции). Обозначенное правило свидетельствует о глобальном характере Конвенции, о максимальной популяризации ее разработчиками заключения и признания заключения трансграничных коммерческих договоров электронными способами.

Особую актуальность положениям Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г. придает тот факт, что с 1 августа 2014 года Конвенция вступила в силу в РФ. И несмотря на то, что Конвенция не получила широкого распространения в мире, ее положения призваны содействовать заключению договоров с использованием электронных сообщений и носят прогрессивный характер.

Следующая организация, активно занимающаяся вопросами электронной торговли — Международная торговая палата (МТП), основными целями и направлениями деятельности которой являются организация процессов международного экономического самоуправления, обслуживание интересов международного бизнес-сообщества, стимулирование развития международной торговли и инвестиций, а также развитие международных рынков товаров и услуг и обеспечение свободного перемещения и обращения капиталов. В рамках МТП действуют наряду с Комиссией по коммерческому праву и практике (Commission on Commercial Law and Practice) отдельные Комиссии по цифровой экономике (Commission on the Digital Economy) и Комиссия по интеллектуальной собственности (Commission on Intellectual Property). Ранее действовала единая Комиссия МТП по электронной торговле, интеллектуаль-

ным технологиям и информационно-коммуникационным сетям (Commission on e-business, it and telecoms).

Комиссия по интеллектуальной собственности МТП, в свою очередь, осуществляет деятельность по формулированию наиболее оптимальных подходов к охране и регулированию интеллектуальной собственности, в том числе в сети Интернет и информационно-коммуникационной среде в целях поддержания и стимулирования международной торговли³.

Так, в российской доктрине отмечается особая роль МТП именно в формировании системы типовых договоров в сфере передачи прав на объекты интеллектуальной собственности (договоры франчайзинга — публикация МТП № 557, дистрибьюторские договоры — публикация МТП № 441)⁴, которыми зачастую дополнительно опосредуются (в целях очистки прав на объекты интеллектуальной собственности или в целях непосредственно передачи прав на таковые в комплексных трансграничных торговых сделках) отношения в сфере электронной торговли.

Деятельность МТП по регулированию непосредственно электронной торговли направлена на разработку внутренних стандартов регулирования электронной торговли путем издания различных проектов, обеспечивающих унификацию существующих норм, регулирующих электронную торговлю. Например, МТП были разработаны «Общие методы осуществления международных операций, заверенных в цифровой форме (ГУИДЕК)». В рамках деятельности комиссий МТП выносятся на рассмотрение конкретные предложения, адресованные правительствам и международным организациям стран мира. Так, например, в рамках МТП были разработаны Типовые условия контрактов по трансграничной передаче данных с помощью электронных информационных технологий.

В рамках гармонизирующей деятельности МТП был также реализован свод терминов, используемых в электронной торговле (ICC

eTerms 2004). Отметим, что данный справочник электронных терминов сложно назвать сводом сокращенных терминов (как, например, ИНКОТЕРМС МТП), т.к. он содержит всего две короткие статьи, которыми стороны могут руководствоваться при осуществлении электронных контрактов (electronic contracts), включая их в текст сделки⁵. В то же время эти статьи (статья 1 «Соглашение в сфере электронной торговли» и статья 2 «Отправка и получение электронного сообщения») предлагают эффективные механизмы, необходимые для заключения различных электронных сделок посредством сети Интернет и с минимальными правовыми рисками. В данных положениях оговаривается, что использование электронных сообщений, однозначно выражающих и подтверждающих волю сторон электронного контракта, влечет возникновение законных прав и обязанностей сторон с учетом того, что в рамках применимого права такие сообщения допускаются в качестве согласования условий сторонами (статья 1). Кроме того, для включения в электронные контракты предлагается правило, согласно которому электронное сообщение в подтверждение заключения электронного контракта считается отправленным, когда оно выходит из-под контроля информационной системы отправителя, и полученным, когда оно поступает в информационную систему получателя (статья 2). Место отправления электронного сообщения и его получения признается местом ведения основной деятельности отправителя и получателя соответственно (place of business, статья 2). То есть, как мы видим, предлагаются положения для включения в электронные контракты, придающие законный характер такому контракту (заключенному с использованием электронных сообщений) и устанавливающие технические аспекты определения момента заключения электронного контракта, что, безусловно, на момент принятия свода представлялось эффективным механизмом заключения электронных контрак-

³ Перевод с официального сайта МТП. URL: <http://www.iccwbo.org/about-icc/policy-commissions/intellectual-property/> (дата обращения: 22 июня 2015 г.).

⁴ См. об этом: Шахназаров Б. А. Правовое регулирование отношений по трансграничной передаче прав на объекты промышленной собственности : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 98, 119.

⁵ Официальный сайт ICC. URL: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/> (дата обращения: 22 июня 2015 г.).

тов в отсутствие аналогичных положений как на международном, так и в большей мере на национально-правовом уровне. На международно-правовом уровне данные положения были частично реализованы в Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г., которая, как было отмечено выше, не имеет широкого распространения, что делает рассматриваемый свод удобным и эффективным механизмом, предлагаемым сторонам электронных контрактов.

Кроме того, МТП параллельно с рассмотренным сводом разработало Руководство по заключению договоров электронными средствами (ICC Guide for eContracting), в котором детально рассмотрены основы придания юридической силы положениям двух статей рассмотренного выше свода. Руководство установило 3 прогрессивных способа, посредством которых стороны трансграничной сделки могут договориться об электронном способе ее заключения. Первый способ предполагает, что стороны могут в рамках, установленных применимым к трансграничной сделке национальным правом, включить положения статей свода терминов, используемых в электронной торговле (ICC eTerms 2004), посредством отсылки к статьям свода и распространить их действие на отношения сторон по сделке, оформленные электронными средствами, в частности через e-mail или посредством коммуникации через специальное программное приложение (а. В.1.а). Согласно второму способу стороны могут подписать и обменяться бумажными версиями ICC eTerms 2004, указав виды договоров и период, в течение которого свод будет применяться к таким договорам, заключаемым между сторонами. Например, все договоры купли-продажи товаров между сторонами, которые будут заключены в течение двух лет с момента подписания свода, будут

подчинены положениям свода (а. В.1.б). И наконец, стороны могут обменяться электронными сообщениями о том, что они согласны применять положения ICC eTerms 2004 и затем заключить контракт с помощью электронных средств, презюмируя после таких электронных сообщений, что они желают вести бизнес через такие *электронные контракты* (а. В.1.с).

Таким образом, использование недооцененных положений ICC eTerms 2004 о соблюдении формы договора посредством электронных сообщений между сторонами при заключении трансграничных контрактов, безусловно, позволяет оптимизировать торговые отношения. Кроме того, электронные способы выражения согласия на условия трансграничного контракта посредством обмена сообщениями через электронную почту или посредством специального программного приложения, предусмотренные ICC eTerms 2004, представляются такими же безопасными и правомерными способами оформления договорных отношений, как и простая письменная (бумажная) форма договора в контексте правил (закрепленных в большинстве национальных законов) о свободе договоров и свободе формы договора⁶ при четком, технологически определенном моменте отправки и получения сообщения с условиями договора, когда такое электронное сообщение выходит из-под контроля информационной системы отправителя и поступает в информационную систему получателя.

Конференция ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) также проводит деятельность, направленную на расширение торговли между развивающимися странами. Так, в рамках деятельности ЮНКТАД в 1975—1985 гг. был разработан Международный кодекс поведения в области передачи технологий — специальный международный акт, задачей которого было регулирование передачи прав на технологии. Проект Кодекса определял средства государственного регулирования

⁶ Свобода формы договора на примере российского законодательства выражается в общих правилах абз. 2 ч. 1 ст. 434 ГК РФ: «Если стороны договорились заключить договор в определенной форме, он считается заключенным после придания ему условленной формы, хотя бы законом для договоров данного вида такая форма не требовалась». Кроме того, согласно ч. 2 ст. 434 ГК РФ электронный способ заключения договоров относится к письменной форме договоров: договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

трансграничной передачи технологий, включал положения, которые могут, а также не должны включаться в договоры по передаче технологий, регулировал процедуру переговоров о заключении договоров. В проекте Кодекса предполагалась регламентация и электронных способов передачи технологий.

В связи с расхождением в политике развитых и развивающихся государств относительно обязательной или рекомендательной силы Кодекса он не был принят, однако как гармонизирующий механизм сыграл существенную роль в сближении национальных правовых систем многих развивающихся стран, новых индустриальных и развитых стран⁷.

Развитие электронного торгового оборота на рубеже XX и XXI веков привлекло пристальное внимание и со стороны глобальной экономической международной организации — Всемирной торговой организации (ВТО).

В официальном издании ВТО о целях и задачах организации дается четкое определение либеральной торговой политики — как политики, направленной на обеспечение неограниченных потоков товаров и услуг, что усиливает конкуренцию, способствует нововведениям и оборачивается в конечном итоге экономическими успехами. Такая политика ведет к увеличению экономических плодов, проистекающих от производства самой лучшей продукции наилучшего дизайна, продаваемой по лучшей цене⁸.

В мае 1998 г. на второй сессии министров торговли стран — участниц ВТО была одобрена декларация о глобальной электронной торговле, в которой было заявлено о том, что в рамках ВТО создается рабочая группа по всестороннему изучению всех аспектов электронной торговли, включая выработку общих принципов, регламентирующих и регулирующих электронную торговлю в глобальных масштабах⁹. Однако вплоть до настоящего времени ВТО так и не удалось продвинуться далеко вперед в выработке

основополагающих и приемлемых для всех стран принципов регулирования электронной торговли в глобальных масштабах¹⁰.

Россия присоединилась к ВТО 22 августа 2012 г. Вступление РФ в ВТО затягивалось по причине несоответствия российского законодательства в стыковой для электронной торговли области — интеллектуальной собственности требованиям ВТО, а именно Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС¹¹). В настоящее время в рамках ВТО наиболее активно прорабатываются такие правовые аспекты трансграничной электронной торговли, как налогообложение, заключение и исполнение сделок в электронной форме, использование и признание электронных документов, а также защита прав интеллектуальной собственности.

Регламентация в сфере электронной торговли проводится и под эгидой Организации экономического развития и сотрудничества (ОЭСР), в рамках которой были проведены три международных конференции по вопросам электронной торговли, включая особенности налогообложения. Так, в 1998 году ОЭСР провела конференцию «Мир без границ: реализация глобальной электронной торговли» или Оттавскую конференцию, в результате которой были разработаны три документа: План действий ОЭСР в области электронной торговли, Доклад о международных органах: виды деятельности и инициативы в области электронной торговли, Глобальный план действий в области электронной торговли, содержащий рекомендации для правительств.

В рамках ОЭСР были также разработаны Рекомендации по защите прав потребителей в электронной торговле 1999 года. Рекомендации были основаны на соглашении между 29 государствами по проекту для правительств государств, создающих систему защиты прав потребителей в электронной торговле, орга-

⁷ См. об этом: *Шахназаров Б. А.* Указ. соч.

⁸ WTO. Understanding the WTO. Geneva, 2007. P. 13.

⁹ The Geneva Ministerial Declaration on global electronic commerce. Declaration on global electronic commerce. Adopted on 20 May 1998. WT/MIN(98)/DEC/2. 25 May 1998 (98-214~S).

¹⁰ См. об этом: *Миненкова Н. В.* Международно-правовое и национально-правовое регулирование электронной торговли : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 21.

¹¹ См. об этом: *Шахназаров Б. А.* Модернизация права интеллектуальной собственности РФ в условиях членства в ВТО // *Lex Russica*. 2013. № 3. С. 292.

низаций частного сектора, разрабатывающих схемы саморегулирования, а также потребителей, делающих покупки через сеть Интернет. В рекомендациях был реализован принцип «перекрытия», согласно которому потребителям должна быть предоставлена эффективная и прозрачная защита в электронной торговле, не меньшая, чем та, которая обеспечивается в других видах торговли.

В апреле 2000 г. в рамках ОЭСР было выработано определение электронной торговли как совокупности осуществляемых сделок купли-продажи материальных товаров или услуг через взаимно связанную сеть компьютеров, при этом главным признаком электронной сделки была определена регистрация электронными средствами факта заказа на товар. В феврале 2004 г.

группа экспертов ОЭСР уточнила определение электронной торговли как совокупности любых коммерческих сделок, реализованных на основе использования средств компьютерной и телекоммуникационной техники.

Таким образом, усилия международных организаций в регулировании такой динамично развивающейся сферы отношений, как электронная торговля, направлены на гармонизацию законодательства различных государств в сфере электронной торговли, в частности в вопросах признания электронной формы заключения трансграничных договоров, опосредующих трансграничные торговые отношения, а также определение терминологических аспектов отношений, возникающих при осуществлении электронной торговли.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Современное международное частное право в России и Евросоюзе : монография / А. Алиев, Ю. Базедов, М. П. Бардина [и др.] ; под ред. М. М. Богуславского, А. Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. — М. : Норма, 2013. — Кн. 1. — 656 с.
2. Курилова Е. С. Правовая работа ЮНСИТРАЛ в сфере электронной торговли // *Фундаментальные и прикладные исследования: проблемы и результаты*. — 2014. — № 13. — С. 317—321.
3. Миненкова Н. В. Международно-правовое и национально-правовое регулирование электронной торговли : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2008. — С. 21.
4. Шахназаров Б. А. Модернизация права интеллектуальной собственности РФ в условиях членства в ВТО // *Lex Russica*. — 2013. — № 3. — С. 292.
5. Шахназаров Б. А. Правовое регулирование отношений по трансграничной передаче прав на объекты промышленной собственности : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2010.

Материал поступил в редакцию 17 сентября 2015 г.

PROBLEMS OF INTERNATIONAL COOPERATION IN THE REGULATION OF CROSS-BORDER E-COMMERCE IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS.

KOZINET'S Nikita Vladimirovich — post-graduate at the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
[kozinets.nikita@gmail.com]
123995, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. *The article is devoted to the peculiarities of international cooperation in the sphere of legal regulation of e-commerce. The author considers the documents of international organizations of harmonizing and unifying nature which affect various aspects of cross-border trading activities.*

Cross-border e-commerce of goods and services, in any form needs clear rules and detailed regulation. Such regulation at the international legal level is offered by a variety of international organizations working in the field of International Trade Law (UNCITRAL, ICC, UNCTAD, WTO, OECD).

A particular attention is drawn to the documents of UNCITRAL, as an international organization actively involved in the field of electronic commerce issues since the 80s of XX century. The author notes a specific role of the UN-

CITRAL Model Law "On electronic commerce", as well as the UN Convention "On the Use of Electronic Communications in International Contracts" 2005 as the only e-commerce international treaty which is aimed at practical solutions to legal issues related to the increased use of electronic communications in the conclusion of cross-border contracts.

The author concludes that the use of undervalued conditions of ICC eTerms 2004 on compliance with the form of the contract through the implementation of electronic messages between the parties when entering into cross-border contracts seems as a safe and legitimate way of registration of contractual relations as a simple written (paper) form of contract in the legal context (enshrined in most national laws) on the freedom of contract and freedom of contract forms.

Keywords: *e-commerce, cross-boarder commerce, contract, international organizations, modal law, rules, conventions in the sphere of e-commerce*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Sovremennoe mezhdunarodnoe chastnoe pravo v Rossii i Evrosoyuze : monografiya / A. Aliev, Yu. Bazedov, M. P. Bardina [i dr.] ; pod red. M. M. Boguslavskogo, A. G. Lisicya-Svetlanova, A. Trunka. — M. : Norma, 2013. — Kn. 1. — 656 s.*
2. *Kurilova E. S. Pravovaya rabota YUNISITRAL v sfere ehlektronnoj trgovli // Fundamental'nye i prikladnye issledovaniya: problemy i rezul'taty. — 2014. — № 13. — S. 317—321.*
3. *Minenkova N. V. Mezhdunarodno-pravovoe i nacional'no-pravovoe regulirovanie ehlektronnoj trgovli : dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2008. — S. 21.*
4. *Shahnazarov B. A. Modernizatsiya prava intellektual'noj sobstvennosti RF v usloviyah chlenstva v VTO // Lex Russica. — 2013. — № 3. — S. 292.*
5. *Shahnazarov B. A. Pravovoe regulirovanie otnoshenij po transgranichnoj peredache prav na ob"ekty promyshlennoj sobstvennosti : dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2010.*

КОНФЕРЕНЦИИ

И. В. Ершова*,

О. А. Тарасенко**

Стратегия развития российской экономики и задачи науки предпринимательского права

Аннотация. В настоящем обзоре освещается состоявшаяся 25 ноября 2015 года научно-практическая конференция и заседание секции предпринимательского права УМО. Обзор представляет интерес как с научной, так и с методической точек зрения.

Ключевые слова: предпринимательское право, корпоративное право, дистанционные исследования.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.203-211

«Стратегия развития российской экономики и задачи науки предпринимательского права» — этой теме была посвящена очередная, традиционно проходящая в ноябре научно-практическая конференция, проводимая в рамках V Московской юридической недели. Конференция состоялась 25 ноября 2015 года, ее организаторами выступили кафедра предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова и кафедра предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Когда формулировалась тематика данной конференции, организаторы исходили из очевидной, в общем-то, актуальности взаимо-

действия экономики и права, прежде всего предпринимательского права. Вместе с тем, учитывая сложившуюся в настоящее время неблагоприятную внешнеполитическую и внешнеэкономическую конъюнктуру, можно было ожидать трансформацию этой в какой-то мере академической темы в политически дискуссионную. Однако у нас состоялась именно научная конференция. Она была интересна тем, что выступающие, не забывая о сложной геополитической ситуации, все-таки предпочитали обсуждать в спокойном стиле стратегию развития российской экономики и задачи науки предпринимательского права.

О значимости мероприятия говорит его **по-вестка**, сложившаяся по итогам заявленной программы и де-факто обсужденных вопросов:

© Ершова И. В., Тарасенко О. А., 2016

* Ершова Инна Владимировна, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

inna.ershova@mail.ru

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

** Тарасенко Ольга Александровна, доктор юридических наук, профессор кафедры предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

olga201175@gmail.com

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Выступление основных докладчиков: д. ю. н., проф. С. С. Занковского, д. ю. н., проф. Н. И. Михайлова, д. ю. н., проф. О. А. Тарасенко, к. ю. н., доцента Р. Т. Мифтахутдинова, к. ю. н., доцента А. В. Белицкой, к. ю. н., доцента А. Е. Молотникова.

Выступление заслуженного юриста, заведующего кафедрой предпринимательского права юридического факультета МГУ имени Ломоносова, д. ю. н., профессора Е. П. Губина **о методическом обеспечении дисциплины «Предпринимательское право»**.

Выступление заведующего кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), д. ю. н., профессора Ершовой Инны Владимировны **о новых возможностях информационного обеспечения дисциплины «Предпринимательское право»**.

Апробация результатов диссертационных исследований на соискание степени доктора юридических наук: к. ю. н., доцента Е. Г. Хоменко, к. и. н., доцента В. В. Богдан, к. ю. н., доцента Я. С. Гришиной.

Иные сообщения: д. ю. н., профессор В. К. Андреева, д. ю. н., профессор И. В. Дойникова, к. ю. н., доцента-исследователя Р. Р. Ушницкого.

Открывал конференцию и приветствовал ее участников заслуженный юрист, заведующий кафедрой предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова, д. ю. н., профессор **Е. П. Губин**. Он отметил плодотворный характер конференций по предпринимательскому праву, организуемых совместными усилиями 2 кафедр: предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова и предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Конференции отдадут долг памяти выдающихся ученых, работавших на этих кафедрах, и неизменно становятся площадкой для конструктивного обсуждения научных проблем. Нет сомнения, что в таком же ключе пройдет и настоящая конференция, отметил Е. П. Губин, а ее материалы увидят свет в традиционно издаваемых сборниках.

Вступительный доклад сделали **Сергей Сергеевич Занковский**, д. ю. н. профессор, заведующий сектором предпринимательского права

Федерального государственного бюджетного учреждения науки «Институт государства и права РАН» и д. ю. н., профессор, первый заместитель директора Института государства и права РАН **Николай Иванович Михайлов**.

В докладе на тему **«От торгового к предпринимательскому праву»** С. С. Занковский рассмотрел несколько периодов в развитии предпринимательского права и его предшественников — хозяйственного и торгового права, причем в каждом таком периоде докладчик определил те побудительные силы, которые вызвали его появление.

На этой основе С. С. Занковский сделал вывод о том, что торговое право в странах Западной Европы и добольшевиcтской России возникало и развивалось под влиянием прагматических соображений подъема торговли и промышленности, что вызвало принятие в ряде стран торговых кодексов, а в России их роль играл ряд вошедших в Свод законов уставов — торговый, промышленности, строительства и т.д. После 1917 г. в России начался период коммунистической идеологизации законодательства, что отразилось на его содержании, в котором цивилистика играла вспомогательную роль, а в хозяйственном законодательстве была выстроена не имеющая аналогов в истории система директивного планового руководства экономикой.

Современный период в правотворческом плане показывает свойственное старой цивилистической догме раздельное регулирование «вертикали» и «горизонталей». Однако в условиях общего повышения роли государства ближе к реальности окажется правовая доктрина, которая рассматривает госрегулирование экономики и осуществление предпринимательской деятельности как две составные части единого процесса, требующие единой законодательной регламентации. Логика этой доктрины предполагает решение вопроса об издании Свода законов России как первой ступени к систематизации законодательства. Следующей могло бы стать формирование центрального законодательного акта предпринимательского права или по крайней мере его укрупненных блоков, типа закона о государственном регулировании экономики.

Н. И. Михайлов выступил с докладом на тему: **«Влияние на экономику страны предпринимательского права через науку, учебный**

процесс и нормотворчество, а также судебную и правоприменительную практику». В докладе профессор обратил особое внимание на вопрос о выделении на базе институтов предпринимательского и других отраслей права новых подотраслей, имеющих на момент зарождения элементы комплексности. Со временем отрасль, сложившаяся как комплексная, может приобрести устойчивую самостоятельность и занять свое обособленное место в отечественной правовой системе. В связи с этим не следует забывать о смысле понятия «система», с учетом чего вполне оправданно допускать прохождение новыми отраслями нескольких этапов их развития.

Анализируя динамику развития отдельных институтов предпринимательского права, Н. И. Михайлов отметил, что нередко она связана с формированием на их базе спецкурсов в процессе подготовки профиля в вузах, что проявляется в чтении учебных дисциплин по актуальной проблематике. Докладчик считает, что эти процессы следует увязывать со стратегией развития многоотраслевой экономики России. Например, уже отчетливо прослеживается актуальность предпринимательско-правовой проблематики применительно к долгосрочному освоению Арктической зоны России. Заслуживает внимания еще одна волнующая многих специалистов нашего профиля проблема — это введенные странами Запада и Россией взаимные экономические санкции.

Н. И. Михайлов выразил также уверенность в том, что на развитие правовой системы России, в том числе предпринимательского права, будет влиять процесс формирования нормативно-правовой базы Евразийского экономического союза. При этом необходимо учитывать такие важные факторы, как обязательность соблюдения принципов межгосударственного взаимодействия и обеспечение рыночных начал в отношениях субъектов предпринимательства в зависимости от специфики соответствующих национальных правовых систем, стран участников этого Союза.

Завершая доклад, Н. И. Михайлов акцентировал внимание на целесообразности соблюдения баланса при оценке роли предпринимательского права как отрасли правовой науки, учебной дисциплины с выделением отдельных ее институтов либо их совокупности в отдельные спецкурсы с учетом прежде всего потреб-

ностей правоприменительной практики, а не только в зависимости от наличия в штате профильных кафедр преподавателей исходя из их научных предпочтений.

Участники конференции с интересом выслушали выступления **основных докладчиков** (в порядке последовательности):

1. Доктора юридических наук, профессора кафедры предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Тарасенко Ольги Александровны на тему **«Формирование новой конфигурации — банковских институтов объединения БРИКС».** В докладе прозвучало, что современный этап развития характеризуется углублением интеграционных процессов стран БРИКС. Подобные процессы можно наблюдать во многих сферах экономической деятельности. Наиболее прогрессивно, впрочем, развиваются международно-правовые нормы, регулирующие банковскую деятельность. Эта мысль О. А. Тарасенко может быть заделом для последующих комплексных исследований в области банковского права стран БРИКС, формирующегося на стыке международного права и национального права государств пяти стран (Бразилии, России, Индии, Китая и Южно-Африканской Республики). Докладчик исследовал происходящий в настоящее время процесс создания полноформатного механизма взаимодействия объединения БРИКС: Нового банка развития, кредитного рейтингового агентства, международной системы межбанковских финансовых телекоммуникаций (аналога SWIFT). О. А. Тарасенко отметила, что формирование новой конфигурации банковских институтов объединения БРИКС находится на этапе своего становления. Принимая во внимание общность стратегических интересов стран БРИКС, концентрацию центростремительных сил именно в банковской сфере, можно ожидать дальнейшего развития банковской инфраструктуры объединения. Далее было аргументировано, что в силу разных стартовых позиций ядро банковских институтов объединения БРИКС составляет опережающий альянс России и Китая. Индия, Бразилия и Южная Африка подключаются к нему с разной степенью скорости и участия. Полное и повсеместное равноправие членов объединения БРИКС при формировании общих банковских институтов вряд ли достижимо.

Формирование международных банковских институтов объединения БРИКС создает альтернативу прежней международной финансовой архитектуры и позволяет получить новый эффект синергии. Вместе с тем создание рассматриваемых институтов вызывает необходимость их правового обеспечения: пересмотра денежно-кредитной политики Российской Федерации, приведение к общему знаменателю национальных законодательств государств объединения БРИКС, устранения проблем и пробелов правоприменения межгосударственных соглашений.

В качестве вывода О. А. Тарасенко сформулировала тезис о том, что с учетом новизны и комплексного характера вопросов, связанных с участием Российской Федерации в объединении БРИКС, важной задачей науки является углубленное изучение профильных институтов банковского права государств — партнеров России по БРИКС, а также формирование самостоятельного направления исследований межгосударственных банковских инфраструктурных объединений.

2. Кандидата юридических наук, доцента кафедры предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Мифтахутдинова Рустема Тимуровича на тему «Реформа Гражданского кодекса Российской Федерации в части процентов: соотношение статей 317.1 и 395 ГК РФ». В докладе было дано историческое и телеологическое толкование законоположений, содержащихся в статьях 317.1 и 395 ГК РФ. Подчеркнута важность указанных норм для предпринимательской деятельности и их политико-правовое значение для предпринимательского оборота. Сделан вывод, что статья 317.1 ГК РФ изменила концепцию определения платы за пользование капиталом, которая до реформы заключалась в том, что предприниматели должны были самостоятельно определять эту плату путем изменения цены товара, работы или услуги при предоставлении их с рассрочкой или отсрочкой платежа, включая данную плату в цену товара. Изменение концепции представляет собой законодательную «заботу» о «непрофессиональном» предпринимателе, который по забывчивости или иной неосмотрительной причине не сделал этого. Были поставлены вопросы:

— о необходимости одновременного действия указанных норм;

- о моменте, с которого начинается начисление процентов;
- о соотношении процентов по статье 317.1 ГК РФ с процентами, начисляемыми в соответствии со специальным регулированием отдельных видов обязательств части второй ГК РФ;
- о возможности начисления процентов по статье 317.1 ГК РФ на предоплату и авансовые платежи;
- о возможности применения статьи 317.1 ГК РФ к внедоговорным денежным обязательствам;
- об оправданности применения ставки рефинансирования при начислении процентов по статье 317.1 ГК РФ;
- о возможности применения статьи 317.1 к отношениям с участием некоммерческих организаций;
- о соотношении указанных норм со статьей 333 ГК РФ;
- об очередности выплаты указанных процентов при банкротстве.

Докладчик указал, что юридическая природа процентов по ст. 317.1 ГК РФ являет собой плату за пользование чужим капиталом и отличается от природы процентов по ст. 395 ГК РФ, которая представляет собой ответственность за неисполнение денежного обязательства, близкую по своей природе к неустойке. Суть законных процентов по ст. 317.1 ГК РФ, напротив, по своей природе близка к процентам за пользование займом (кредитом) или коммерческим кредитом. Следовательно, при предоставлении отсрочки оплаты данные проценты должны начисляться с момента передачи товара, оказания работы, выполнения услуги или исполнения иного sinalлагматического обязательства.

Исходя из того, что основной целью реформы ГК РФ в части начисления процентов на сумму денежного обязательства было создание регулирования, при котором для лица, пользующегося чужим капиталом, стало бы невыгодно такое пользование, особенно при просрочке исполнения денежного обязательства, Р. Т. Мифтахутдинов сформулировал вывод, что законные проценты по ст. 317.1 ГК РФ начисляются одновременно с процентами по ст. 395 ГК РФ. На основании положений о юридической природе указанных процентов и политико-правового значения новелл автором были даны ответы на поставленные вопросы.

3. Кандидата юридических наук, доцента кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова **Белицкой Анны Викторовны** на тему «**Инвестиционная политика и ее отражение в законодательстве Российской Федерации**». Докладчик прежде всего раскрыла понятие инвестиционной политики, обосновала необходимость ее принятия в России и предложила свое видение ее структуры и содержания. Далее А. В. Белицкая привела анализ динамичного развития инвестиционного законодательства на современном этапе и обрисовала тенденции последних лет, которые доказывают значительный рост законодательного массива в инвестиционной сфере, в том числе за счет принятия специальных федеральных законов. В выступлении также было показано, что инвестиционная политика пронизывает многие программные документы и непрофильные федеральные законы. Между тем был сделан вывод о том, что без единого документа, который будет содержать четкое описание необходимого объема инвестиций, возможных источников их привлечения и приоритетных направлений их вложения, развитие как законодательства, так и практики осуществления проектов, в том числе проектов государственно-частного партнерства, будет бессистемным. Напротив, наличие сбалансированной инвестиционной политики, по мнению докладчика, позволит создать благоприятный инвестиционный климат благодаря установлению понятных долгосрочных перспектив государства в отношении использования, в частности, иностранных инвестиций, а также коллективных инвестиций (средств инвестиционных фондов и негосударственных пенсионных фондов) для реализации инвестиционных проектов.

4. Кандидата юридических наук, доцента кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова **Молотникова Александра Евгеньевича** на тему «**Правовые проблемы разработки и реализации Национальной технологической инициативы**». В докладе было отмечено, что 4 декабря 2014 года В. В. Путин подписал поручение, в соответствии с которым Правительство РФ совместно с Агентством стратегических инициатив, РАН и ведущими университетами, деловыми объединениями предпринимателей должны к 1 июля 2015 года разработать доклад

о реализации Национальной технологической инициативы (НТИ), которая представляет собой программу мер по формированию принципиально новых рынков и созданию условий для глобального технологического лидерства России к 2035 году. НТИ подразумевает внесение необходимых изменений в области норм и правил, работающих мер финансового и кадрового развития. Выбор технологий производится с учетом основных трендов мирового развития, исходя из приоритета сетевых технологий, сконцентрированных вокруг человека как конечного потребителя.

Докладчик отметил, что основными правовыми факторами, сдерживающими развитие новых перспективных рынков, являются:

- а) система правового регулирования, сохранившаяся с XX века в неизменном состоянии. Основная проблема здесь — наличие одного центра принятия решений и жесткая иерархия приведения в исполнение данных решений. Сами по себе 9 направлений НТИ строятся по системе распределенных сетей, когда не существует одного источника энергии, поставщика еды, когда доставка товара к потребителю даже в самый удаленный уголок планеты не зависит от транспортно-логистической инфраструктуры. Соответственно и правовое регулирование не должно носить жесткий централизованный характер;
- б) недостаточная развитость системы саморегулирования. Когда старая система сдерживает развитие новых рынков и движется скорее по пути запрета всего нового, декларируя всеобщую пользу и обеспечение общественной безопасности, на помощь может прийти развитая система саморегулирования. Необходимо не запрещать те же самые коммерческие беспилотные летательные аппараты, а позволить игрокам рынка самим для себя прописать правила, по которым будет осуществляться их использование, поскольку, как показывает практика со стороны государства существует лишь желание наказать за их использование, а то и вовсе их запретить.

В завершение доклада А. Е. Молотников сформулировал вывод о том, что без существенного пересмотра самой концепции правового регулирования той или иной отрасли невозможно добиться успеха на новых рынках, построенных по образу Интернета. Только после

изменения подхода право перестанет играть сдерживающую роль для всех «net-ов» и станет той опорой и поддержкой, на основе которой будет осуществляться развитие не только перспективных отраслей, но и целых рынков.

В общей сложности с основными докладами выступили 7 человек. Так или иначе затрагивались проблемы российской экономики и их отражение в науке предпринимательского права. Докладчики оперировали обширной информацией, аргументировали и убеждали участников конференции разделить их позицию. Участники конференции проявили интерес ко всем без исключения освещавшимся темам и получили ответы на поставленные ими в ходе дискуссии вопросы.

После выступления основных докладчиков слово взял д. ю. н., профессор Е. П. Губин. Заведующий кафедрой предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова представил для обсуждения профильными кафедрами российских вузов программу курса «Предпринимательское право Российской Федерации» (направление подготовки: 40.06.01 «Юриспруденция», квалификация (степень) выпускника: бакалавр), подготовленную в соответствии с Образовательным стандартом, самостоятельно устанавливаемым Московским государственным университетом имени М.В.Ломоносова для реализуемых образовательных программ высшего профессионального образования по направлению подготовки «Юриспруденция», квалификация: бакалавриат с присвоением квалификации (степени) «бакалавр», магистратура с присвоением квалификации (степени) «магистр» (утвержден приказом по МГУ от 22 июля 2011 г. № 729, в редакции приказов по МГУ от 22 ноября 2011 г. № 1066, от 21 декабря 2011 г. № 1228, от 30 декабря 2011 г. № 1289).

Кроме того, Е. П. Губин поставил задачу выработать общую модельную рабочую программу учебной дисциплины «Предпринимательское право Российской Федерации», соответствующую приказу Минобрнауки РФ от 4 мая 2010 г. № 464 «Об утверждении и введении в действие федерального государственного образовательного стандарта высшего профессионального образования по направлению

подготовки 030900 Юриспруденция (квалификация (степень) «бакалавр»)»¹ и в последующем утвердить ее на заседании секции предпринимательского права УМО.

В продолжение вопросов обеспечения дисциплины «Предпринимательское право» выступила д. ю. н., профессор И. В. Ершова. Заведующая кафедрой предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) проинформировала участников конференции о журнале «Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)», который продолжает традиции научного издания «Труды ВЮЗИ», издававшегося на протяжении десятилетий и снискавшего заслуженное уважение всего преподавательского сообщества. И. В. Ершова презентовала первый номер Вестника Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) 2015 года, выпуск «Предпринимательское право». В разделе «Визитная карточка» читатели могут познакомиться с этапами становления и днем сегодняшним кафедры предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Страница «История юридических наук в России» знакомит с историей предпринимательского (хозяйственного) и коммерческого (торгового) права. Несомненный интерес для читателей, отметил докладчик, представляют материалы таких рубрик выпуска, как «Вопросы теории предпринимательского права», «Актуальные проблемы регулирования бизнеса», «Саморегулирование предпринимательской и профессиональной деятельности», «Комментарии законодательства и правоприменительной практики». На страницах журнала представлен зарубежный опыт регулирования предпринимательства, периодика прошлого, юридическое наследие (блестящая статья В. С. Мартемьянова «Юридическая трагедия»), в рубрике «Портрет на фоне истории» даны биографии Г. Ф. Шершеневича, В. В. Лаптева. В заключение читателей приглашают познакомиться с книжной полкой кафедры предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) — актуальными научными и учебными изданиями, подготовленными преподавателями кафедры, а также рецензиями на них.

¹ ЭПС «ГАРАНТ».

И. В. Ершова выразила надежду на то, что «Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» станет источником информационного обеспечения в сфере образования и науки, а также призвала представителей профессорско-преподавательских коллективов и ведущих научных школ принять активное участие в формировании редакционного портфеля следующих выпусков по предпринимательскому праву.

Отличительная особенность состоявшейся конференции — предоставление возможности **апробации диссертационных исследований**. Принимая во внимание состав участников конференции, наличие среди них ведущих докторов наук по специальности 12.00.03 «Гражданское право, предпринимательское право; семейное право; международное частное право», а также членов диссертационных советов и экспертного совета ВАК по праву, конференция явилась хорошей площадкой для представления и обсуждения результатов проводимых исследований.

На этой конференции результаты своего научного труда представили: к. ю. н., доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА) Елена Георгиевна Хоменко (в формате основного доклада); кандидат исторических наук, доцент кафедры гражданского права ФГБОУ ВО «Юго-Западный государственный университет», заместитель декана юридического факультета Варвара Владимировна Богдан (в формате сообщения) и к. ю. н., доцент, заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин Калмыцкого филиала МАЭП Яна Сергеевна Гришина (в формате сообщения).

Темой доклада Е. Г. Хоменко стала **«Национальная система платежных карт и ее место в национальной платежной системе России»**. Соискатель научной степени отметила, что Национальная система платежных карт (НСПК) относится к так называемым розничным платежным системам, ориентированным на обработку платежей на относительно мелкие суммы и обслуживание главным образом физических лиц. Розничные платежные системы часто эмитируют свой платежный инструмент — платежную карту, поэтому их часто называют «карточные». Е. Г. Хоменко полагает, что НСПК будет способствовать решению ряда важных задач. Во-первых, наличие альтернативного механизма проведения платежей исключает вероятность неконкурентного воздействия на Россию,

а также дает российским юридическим и физическим лицам возможность выбора, услугами каких платежных систем пользоваться. Во-вторых, внутрироссийские транзакции будут проводиться в пределах территории России, уже создан единый операционно-процессинговый центр. Такое установление законодателя позволит гарантировать независимость внутренних платежей от внешнеполитических воздействий, а также обеспечить сохранность информации об операциях клиентов и их счетах в пределах границы Российской Федерации. В-третьих, создание НСПК принесет значительную экономическую выгоду, поскольку позволит сохранить доход от операций по банковским картам в пределах Российской Федерации. Докладчик аргументировала, что создание НСПК не является шагом к монополизации государством рынка платежных услуг. Эта как раз та мера, которая позволит «упростить жизнь» населению, а в масштабах государства — уменьшить наличный денежный оборот и обеспечить контроль за движением денежных средств.

В. В. Богдан в сообщении на тему **«Право общественного интереса и защита прав потребителей»** указала, что в настоящее время, помимо концепции дифференциации частного и публичного права и теории сочетания, взаимодействия частноправовых и публично-правовых интересов, появляются новые «облачения» публичного и частного права, нередко интегрирующие их институты и принципы. Так, в американском праве получила развитие концепция права общественных интересов, направленная на обеспечение правовой культуры граждан и оказание юридических услуг, на проведение правовых реформ. Диссертант обратила внимание слушателей, что российское законодательство не знает термина «право общественного интереса», хотя оно ему присуще: в частности, в сфере защиты прав потребителей одним из важнейших инструментов защиты общественного интереса является защита неопределенного круга лиц. Защита законных интересов неопределенного круга потребителей представляет собой особый институт, имеющий целью защиту общественных интересов потребителей как субъектов права. По мнению соискателя ученой степени доктора юридических наук, право общественного интереса следует определить как совокупность

норм, регулирующих отношения, связанные с созданием механизма мер эффективной защиты интересов потребителей, пострадавших от действий недобросовестных предпринимателей, которые по тем или иным причинам не могут быть самостоятельно в полной мере защищены в суде.

Я. С. Гришина темой своего сообщения выбрала **«Перспективы реализации концептуальной модели правового обеспечения российского социального предпринимательства: концепция Федерального закона "О государственных гарантиях развития социального предпринимательства"»**. В ходе выступления Я. С. Гришина рассмотрела состояние российского законодательства о социальном предпринимательстве и предложила научно-практические рекомендации по его совершенствованию. По мнению Я. С. Гришиной, завершающим этапом построения концептуальной модели правового обеспечения российского социального предпринимательства должна стать легализация федерального закона «О государственных гарантиях развития социального предпринимательства» как элемента национальной политики поддержки социального предпринимательства. На основе изучения существующих законопроектов в данной сфере автор обосновывает как авторскую концепцию специального федерального закона, так и необходимость внесения дополнительных изменений в действующее законодательство, что в целом соответствует мировой практике внедрения законодательных норм о социальном предпринимательстве. В авторской концепции закона предусматриваются критерии определения социального предпринимательства и социальных предприятий, перечень видов предпринимательской деятельности, направленной на достижение общественно полезных целей, способствующих решению социальных проблем. При этом оказание содействия гражданам, находящимся в трудной жизненной ситуации, рассматривается как наиболее приоритетное содержание социально ориентированной деятельности субъектов социального предпринимательства, претендующих на получение государственной поддержки.

Далее конференция продолжила свою работу. На встрече с участниками взяли слово и **выступили с сообщениями**: д. ю. н., профессор, заслуженный деятель науки, заведующий

отделом гражданско-правовых и корпоративных исследований Российского государственного университета правосудия, профессор кафедры предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Андреев Владимир Константинович; д. ю. н., профессор кафедры предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Игорь Валентинович Дойников и к. ю. н., доцент-исследователь кафедры предпринимательского права Северо-Восточного федерального университета имени М. К. Аммосова (г. Якутск) Рум Румович Ушницкий.

В. К. Андреев говорил о необходимости дальнейшего развития теории российского предпринимательского права и его основных понятий на базе новейшего законодательства, прежде всего Закона о промышленной политике. Законы о предпринимательской деятельности предусматривают права и обязанности ее участников, а не правоотношения, как обычно утверждается в литературе. Именно с этих позиций можно объяснить конкуренцию в предпринимательской деятельности как состязательность прав и обязанностей участников хозяйственного оборота и производителей своих товаров и услуг. Источниками предпринимательского права становятся уставы хозяйственных обществ и иных коммерческих корпораций, акты саморегулируемых организаций, договоры и соглашения, которые помимо норм права создают права и обязанности субъектов предпринимательского права. Основным субъектом предпринимательского права становится коммерческая корпорация, которая не только участвует в экономическом обороте, но и управляет процессом производства товаров, работ, услуг. Хозяйственные общества, составляющие 94 % всех коммерческих организаций, обладают не правоспособностью, а конкретными правами и обязанностями, осуществляемыми через свои органы, которые наделяются компетенцией законом и уставом.

И. В. Дойников сделал сообщение на тему **«Предпринимательский кодекс Республики Казахстан и проблемы второго этапа кодификации российского законодательства»**. Он остановился на характеристике Предпринимательского кодекса Республики Казахстан, который определяет правовые, экономические и социальные условия и гарантии, обеспечивающие

свободу предпринимательства в Республике Казахстан, регулирует общественные отношения, возникающие в связи с взаимодействием субъектов предпринимательства и государства, в том числе государственным регулированием и поддержкой предпринимательства. Выступающий сформулировал задачи второго этапа кодификации российского права: это переосмысление либерально-западного научного багажа, преодоление растерянности и преклонения перед западной юридической наукой, развитие идей национальной философии хозяйствования, проведение исследований актуальных народно-хозяйственных проблем с учетом принципа экономической безопасности, формирование новых научных направлений на основе национально-государственного подхода и обеспечения в стране публичного правопорядка. В заключение И. В. Дойников предложил секции «Предпринимательское право» разработать проект концепции развития предпринимательского «хозяйственного» законодательства для Евразийского экономического союза.

Р. Р. Ушницкий выступил с сообщением на тему «О правовой природе отношений учредительства в унитарных предприятиях». Он считает, что проблемы правового статуса унитарных

предприятий, правовой природы права оперативного управления и права хозяйственного ведения как ограниченных вещных прав — это проблемы правовой природы отношений учредительства в унитарных предприятиях, а это отношение, если его рассматривать в рамках традиционного абсолютного гражданского правоотношения, имеет правовую форму корпоративного правоотношения. Унитарное предприятие создается для участия в гражданском обороте, в котором, по его мнению, должны участвовать только собственники. На этом основании Р. Р. Ушницкий пришел к выводу, что у ограниченных вещных прав хозяйственного ведения и оперативного управления, которым наделяются унитарные предприятия, отсутствует гражданско-правовой смысл, так же как отсутствует право собственности учредителя на имущество унитарного предприятия, вместо этого ему принадлежит абсолютное корпоративное право учредительства в унитарном предприятии.

В завершение заседания секции д. ю. н., профессор И. В. Ершова подвела итоги конференции, подчеркнув все позитивное, что можно использовать для дальнейшего развития науки и преподавания предпринимательского права.

Материал поступил в редакцию 18 декабря 2015 г.

STRATEGY OF DEVELOPMENT OF THE RUSSIAN ECONOMY AND THE CHALLENGES OF BUSINESS LAW SCIENCE

Ershova Inna Vladimirovna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Business and Company Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

inna.ershova@mail.ru

123995, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Tarasenko Olga Aleksandrovna — Doctor of Law, Professor of the Department of Business and Company Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

olga201175@gmail.com

123995, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. *This review highlights the scientific and practical conference and meeting of business law section of the EMA held on November 25, 2015. This overview is of interest from both scientific and methodological perspectives.*

Keywords: *Business Law, Company Law, remote surveys.*

Третья конференция Европейского форума экологического права «Эффективность экологического права»

Аннотация. Экологическое право призвано содействовать сохранению и защите окружающей среды, однако оно не всегда в состоянии эффективно выполнить свою функцию¹. Согласно последнему отчету Программы ООН по окружающей среде (ЮНЕП) «наблюдаемые в настоящее время изменения в земной системе носят беспрецедентный характер в истории человечества. Усилия по замедлению скорости изменений или уменьшению их масштаба, включая повышение ресурсоэффективности и меры по смягчению последствий, позволили добиться умеренных успехов, но не ликвидации последствий пагубных изменений в окружающей среде. Ни масштабы, ни скорость этих изменений за последние пять лет не уменьшились»². Как отмечается в отчете ЮНЕП далее, «многие существующие национальные, субнациональные и международные правовые инструменты способствуют улучшению окружающей среды. В то же время налицо дальнейшее ухудшение окружающей среды на местах и в отношении большинства глобальных проблем»³. В сентябре 2015 года вопросы повышения эффективности экологического права были рассмотрены в рамках Третьей конференции Европейского форума экологического права. В данной статье приводится краткий обзор мероприятия и краткое содержание избранных выступлений.

Ключевые слова: экологическое право, право ЕС, эффективность, европейский форум экологического права, программный подход, новые технологии, устойчивость, обезлесение, мягкое право, атомное право.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.65.4.212-217

Европейский форум экологического права (ЕФЭП⁴) — это некоммерческая инициатива практикующих юристов и ученых в области экологического права. Его основная цель — создание условий для обмена интеллектуальным опытом в области развития

и имплементации международного экологического права; экологического права Европейского Союза; а также экологического права стран — членов ЕС. В рамках реализации поставленной цели ЕФЭП проводит ежегодные конференции⁵.

¹ Солнцев А. М. Дефекты международно-правового регулирования охраны окружающей среды: некоторые пути преодоления // Евразийский юридический журнал. 2015. №3 (82). С.67.

² ЮНЕП. Глобальная экологическая перспектива. Резюме для политиков. 2012. С. 7.

³ ЮНЕП. Глобальная экологическая перспектива. С. 9.

⁴ European Environmental Law Forum. // URL: <http://www.eelf.info/> (дата обращения: 27 октября 2015 г.).

⁵ Первая конференция состоялась в 2013 году в городе Гронинген (Голландия) при поддержке университета «Гронинген». Вторая ежегодная конференция в 2014 году состоялась в Брюсселе (Бельгия) при поддержке Университета Хасселт и Брюссельского университета.

В сентябре 2015 года в городе Экс Эн Прованс (Франция) при поддержке университета «Экс Марсель» состоялась Третья ежегодная конференция ЕФЭП. Более 150 участников из Австралии, Бразилии, Китая, России, США, Южной Африканской Республики, Швейцарии, а также 16 стран — участниц Европейского Союза⁶ приняли участие в мероприятии. Основным объектом исследования ученых была выбрана эффективность экологического права.

Работа конференции проходила в рамках 20 секций⁷: «Как эффективно сочетать нормы публичного и частного права?»; «Изменение климата: на пути к 21-й встрече сторон»; «Энергетическое право»; «Глобальные вызовы»; «Стимулы и рыночные механизмы»; «Влияние мягкого права»; «Доступ к правосудию (в странах — членах ЕС и на уровне ЕС)»; «Гражданское, административное и уголовное принуждение»; «Упрощение: эффективное законодательство, эффективное управление... ослабление экологической охраны?»; «Инспектирование»; «Разрешение споров: судебные и несудебные механизмы» и др.⁸

Одним из ключевых выступлений, озвученных на пленарном заседании конференции, стало выступление доктора наук, профессора Мальен-Дюбуа «Эффективность экологического права»⁹. Профессор отметила стремительное развитие экологического права в настоящее время, появление разнообразных юридиче-

ских инструментов как на международном, региональном, национальном, так и на местном уровне. Однако, по мнению профессора, такое стремительное развитие экологического права не всегда сопровождается соответствующим улучшением состояния (качества) окружающей среды. Напротив, отмечается ее устойчивое ухудшение, что заставляет задуматься над подлинной значимостью и эффективностью существующих юридических инструментов. В рамках выступления профессор Мальен-Дюбуа рассмотрела, что понимается под эффективностью экологического права в работах ведущих ученых-юристов; отметила, что для достижения эффективности любой правовой инструмент должен соответствовать двум условиям: быть грамотно разработан и грамотно применен на практике; а также рассмотрела вопрос повышения эффективности экологического права.

Еще одним ключевым выступлением на конференции стало выступление доктора наук Морица Рииза «Дилемма эффективности: целеполагание и программный подход в европейском экологическом праве»¹⁰. В настоящее время в рамках экологического права ЕС устанавливаются определенные экологические цели-стандарты, к которым должны стремиться государства — члены ЕС. К таким целям-стандартам можно отнести, например: стандарты качества воды и управления речными бассейнами (Директива

⁶ Австрия, Бельгия, Великобритания, Венгрия, Германия, Греция, Дания, Испания, Италия, Кипр, Нидерланды, Польша, Португалия, Франция, Чехия, Швеция.

⁷ Конференция длилась два дня (2—3 сентября 2015 года). Параллельно проводились четыре секции. Третий, заключительный, день конференции (4 сентября 2015 года) был посвящен практическому исследованию эффективности природоохранной политики ЕС («Натура 2000») на примере охраняемых территорий на склонах горного массива Сэнт-Виктуар, департамент Буш-дю-Рон, Франция.

⁸ Выборочный перевод автора. Полный перечень секций включает в себя (англ.): “Flexible norms, role of standards, and principles”; “Legislative design facing environmental complexity”; “Participatory approaches”; “What combination of public and private norms for and effective policy mix”; “Climate change: on the way to COP 21 and the post 2020”; “Nature conservation policies”; “Energy law”; “Civil, administrative and criminal enforcement” (две секции); “Mainstreaming and sustainable development in a multilevel legal order”; “Incentives and market-based instruments”; “Human rights to improve the protection of the environment”; “Dispute resolution: judicial and non-judicial mechanisms”; “Simplification, better legislation, better regulation... decreasing environmental protection?”; “Global issues”; “Does soft law matter?”; “Access to justice” (2 секции: the EU Level and the MS level); “Evolutive, adaptive, reflexive norms”; “Inspections”.

⁹ Dr. Sandrine Maljean-Dubois, France, The Effectiveness of Environmental Law, Introduction to the Conference’s Topic.

¹⁰ Dr. Moritz Reese, Helmholtz Centre for Environmental Research, Leipzig (Germany), The effectiveness dilemma of the target and program approach in EU environmental law.

ЕС о воде); национальные стандарты выбросов (Директива ЕС о пределах национальных выбросов); стандарты качества воздуха (Директива ЕС о качестве воздуха); стандарты по снижению шума (Директива ЕС об окружающем шуме) и др. Для достижения установленных ЕС стандартов страны — участницы ЕС обязаны разработать и осуществить соответствующие программы мероприятий. Обычно такие программы разрабатываются органом исполнительной власти и утверждаются законодательной властью в рамках национального права. В программе объясняется, какие мероприятия направлены на достижение определенных экологических стандартов ЕС. Теоретически такой «программный» подход, по мнению доктора Рииза, в целом можно считать эффективным. С одной стороны, общие стандарты в рамках интеграционной организации позволяют обеспечить единый, равный для всех стран — участниц ЕС уровень охраны окружающей среды. С другой стороны, в рамках принципа субсидиарности государства члены ЕС обладают широкими полномочиями в области управления национальными природными ресурсами и в выборе инструментов для достижения установленных ЕС целей-стандартов. В то же время на практике такой подход, по мнению доктора Рииза, имеет ряд существенных недостатков. Например, выполнение таких программ странами — участницами ЕС сложно проконтролировать.

Вопрос «программного подхода» был рассмотрен и доктором наук Сквинтьяни в рамках доклада «На пути к эффективному “программному” подходу: как обеспечить соблюдение норм в европейском экологическом праве»¹¹. По мнению ученого, «программный подход» имеет ряд преимуществ, например придает гибкость экологическому праву ЕС и обеспечивает его приспособляемость, т.е. возможность быстро реагировать на социальные, экономические и экологические изменения. Но есть

и вопросы, на которые юристам еще предстоит ответить. Например, как обеспечить эффективное соблюдение экологических стандартов ЕС странами — членами ЕС на практике?

По мнению юрисконсульта центра экологического права Международного союза охраны природы (МСОП) Лидии Слободян, в основу повышения эффективности экологического права должна быть положена экспертная оценка¹². МСОП в настоящее время разрабатывает метод оценки эффективности права, отслеживая имплементацию и влияние, оказываемое общепризнанными принципами международного права на устойчивое управление природными ресурсами. Планируется, что метод оценки будет состоять из пяти шагов:

1. Выбор общепризнанного принципа международного права.
2. Оценка имплементации принципа в национальной правовой системе.
3. Оценка административных действий по имплементации принципа.
4. Оценка возможного изменения общественного поведения, связанного с имплементацией выбранного принципа.
5. Оценка экологических и/или социальных изменений, связанных с имплементацией выбранного принципа.

В своем выступлении Л. Слободян дала пояснения новой методике и рассмотрела, как данный метод оценки применяется в исследовательских лабораториях университетов Бразилии, Австралии, Китая, Южной Африки и Новой Зеландии.

Оценка эффективности регулирования правом Европейского Союза новых технологий в области энергетики и экологии была дана в докладе Леони Райнс¹³. Докторант рассмотрела регулирование таких технологий, как «захоронение» углерода¹⁴ (технология, которая предусматривает улавливание углерода в местах значительных выбросов, его транспортировку

¹¹ Dr. Lorenzo Squintani, Groningen University (Netherlands), Towards an effective programmatic approach: an initial set of recommendations to improve legal certainty, enforceability and adaptability in EU environmental law.

¹² Lydia Slobodian, Legal Officer Environmental Law Centre, IUCN, Bonn (Germany), Framework for Assessing Law for Sustainability: Evaluating the Implementation and Impact of Legal Principles.

¹³ Leonie Reins, University of Leuven (Belgium), The regulation of “new” technologies in the EU— is effectiveness at all possible?

¹⁴ Carbon Capture and Storage.

и закачивание в подземные пласты); нанотехнологии (создание продуктов с заданной атомной структурой путем контролируемого манипулирования отдельными атомами и молекулами), а также технологий, используемых для добычи сланцевого газа (гидравлический разрыв пласта¹⁵). Что касается нанотехнологий, регулирование на уровне ЕС осуществляется посредством специализированной стратегии (2004—2005 гг.), а также специализированных рекомендаций Европейской комиссии (2008). В своем выступлении докторант отметила отсутствие на уровне ЕС твердого (общеобязательного) специализированного права в этой сфере. Технологии по «захоронению» углерода регулируются директивой 2009/31/ЕС¹⁶. Ссылаясь на Европейскую комиссию, докторант дала оценку директиве, как «прозрачной» и «всеобъемлющей»¹⁷. Что касается разработки и совершенствования регулирования технологий по добыче сланцевого газа, по мнению Рейнс, эффективность регулирования этой сферы затруднена классическим противостоянием интересов промышленных предприятий и неправительственных организаций. Это послужило причиной того, что в настоящее время на уровне ЕС разработаны лишь необязательные рекомендации, устанавливающие минимальные принципы. В целом докторант Рейнс считает, что регулирование новых технологий в области экологии и энергетики на уровне ЕС можно назвать «непоследовательным», а «большую его часть неэффективным».

Вопрос эффективности международно-правовых режимов, регулирующих трансграничные экологические проблемы, такие как изменение

климата, обезлесение, истощение рыбных запасов и утрата биоразнообразия, был рассмотрен доктором наук Джин Лю¹⁸. В своем выступлении доктор Лю отметила тенденцию стремительного развития публичных, частных и публично-частных режимов (“hybrid regimes”). Данные режимы не функционируют независимо друг от друга, а имеют «запутанные и разнообразные взаимосвязи». По мнению ученого, взаимосвязи между конкретными правовыми инструментами отдельных режимов недостаточно изучены. В своей работе доктор Лю планирует исследовать, как правовые инструменты взаимодействуют, как такое взаимодействие сказывается на решении трансграничных экологических проблем и какое сочетание инструментов и при каких условиях можно назвать эффективным. В ходе выступления доктор Лю рассмотрела структуру предстоящего исследования.

Как влияют юридические коллизии на эффективность права и политики ЕС в области лесного хозяйства, рассмотрела Елена Гордеева¹⁹. Докторант кратко проанализировала правовые акты ЕС, регулирующие непосредственно «лесные» отношения: Лесная стратегия ЕС (2013); Европейский план действий ФЛЕГТ²⁰ (2003); Регламенты ФЛЕГТ (2005 и 2008), а также Регламент по древесине (2010 г.)²¹. В соответствии с Лесной стратегией ЕС одной из стратегических задач ЕС до 2020 г. является «демонстрация того, что вклад ЕС в борьбу с глобальным обезлесением укрепляется». Планом действий ФЛЕГТ предусматриваются специальные мероприятия по борьбе с незаконной заготовкой древесины и торговлей незаконно заготовленной древесиной в частности:

¹⁵ Hydraulic Fracturing Technology.

¹⁶ Directive 2009/31/EC of the European Parliament and of the Council “On the geological storage of carbon dioxide”.

¹⁷ European Commission, DG CLIMA, Ensuring safe and environmental sound CCS.

¹⁸ Dr. Jing Liu, Erasmus University Rotterdam, (Netherlands), Smart Mixes in relation to Transboundary Environmental Harm: Forest Governance as an Example.

¹⁹ Yelena M. Gordееva, Hasselt University (Belgium), EU Policy Mix for Forest Regulation: Interpreting Effectiveness.

²⁰ Транслитерация аббревиатуры с англ. «FLEGT» Forest Law Enforcement Governance and Trade, что в переводе на русский обозначает «Обеспечение соблюдения лесного законодательства, управление лесным хозяйством и торговля лесными товарами».

²¹ Более подробно о праве и политике ЕС в области лесного хозяйства см.: Гордеева Е. М. Право и политика Европейского Союза в области лесного хозяйства // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 12. С. 2934—2942.

- 1) заключение добровольных ФЛЕГТ-соглашений между ЕС и странами экспортерами древесины;
- 2) ФЛЕГТ-лицензирование.

Заклячая такое соглашение, экспортер добровольно берет на себя обязательства по разработке национальных лицензионных схем, которые подтверждают легальность происхождения древесины. Регламент ФЛЕГТ 2005 года реализовал План ФЛЕГТ 2003 года: 6 стран заключили и еще 9 стран разрабатывают подобные соглашения с ЕС. Несомненно, выполнение обязательств в рамках таких добровольных соглашений несет дополнительные расходы для компаний стран-экспортеров. В 2013 году вступил в силу Регламент ФЛЕГТ по древесине. Этот нормативный правовой акт направлен на поддержку предыдущих Регламентов ФЛЕГТ. В частности, он устанавливает запрет на поставку на внутренний рынок ЕС древесины или продукции, изготовленной из древесины, заготовленной в нарушение законов страны, где производилась заготовка. Происхождение древесины должно сопровождаться довольно сложным процессом подтверждения легальности. Нарушения Регламента по древесине 2010 г. караются ощутимыми штрафами. Древесина, обладающая лицензией ФЛЕГТ, автоматически считается легально заготовленной. Таким образом, Регламент по древесине 2010 года рассматривается как косвенное регулирование, стимулирующее более активное заключение добровольных ФЛЕГТ-соглашений. Однако, по мнению докторанта Гордеевой, положения Регламента по древесине 2010 года могут противоречить отдельным положениям Соглашения по техническим барьерам в торговле», а также Генерального соглашения по тарифам и торговле в рамках права Всемирной Торговой Организации (ВТО). Так как Регламент по древесине 2010 года вступил в силу только в 2013 году, как сложится правоприменительная практика остается пока вопросом. Однако если Регламент будет признан «незаконным ограничением свободы торговли», то эффективность «борьбы» ЕС с незаконной заготов-

кой древесины и торговлей незаконно заготовленной древесиной серьезно пострадает, как, впрочем, и вклад ЕС в борьбу с глобальным обезлесением.

Эффективность применения мягкого права для решения экологических вопросов в европейской правовой системе была проанализирована в докладе доктора наук Мариолины Эльантонио²². По мнению ученого, на сегодняшний день квазиправовые инструменты являются одними из важнейших правовых инструментов ЕС. Учеными-юристами часто обсуждается роль и значение таких инструментов в правоприменительной практике ЕС, соблюдение норм мягкого права странами — членами ЕС, а также легитимность использования таких норм в процессе интеграции ЕС. Вопрос легитимности норм мягкого права становится особенно актуальным при рассмотрении дел и вынесении решений в европейских судах. В частности, использование норм мягкого права в суде может иметь эффект трансформации мягкого права в твердое. Тем не менее вопрос интерпретации мягкого права европейскими судами является малоизученным. В своем исследовании доктор наук рассматривает судебную практику: как европейские суды трактуют мягкое право. Исследование основано на количественном и качественном анализе судебных решений.

По мнению доктора наук Тобиаса Хэлдта, неэффективным можно назвать экологическое право ЕС, регулирующее отношения в атомной отрасли²³. Докладчик отметил, что атомное право не всегда рассматривается в качестве составляющей подотрасли экологического права и что основные принципы экологического права не всегда полностью распространяются на атомное право. Правовым актом, регулирующим атомную отрасль в ЕС, является Договор о создании Европейского сообщества по атомной энергии (Евроатом), подписанный более 50 лет назад. Основной целью договора является создание условий для развития атомной промышленности. По мнению ученого, Евроатом не обеспечивает необходимого регулирования и эффективного контроля за такой

²² Dr. Mariolina Elantonio, Maastricht University (Netherlands), Soft law in environmental matters: the role of the European Court of Justice.

²³ Dr. Tobias Heldt, Maastricht University (Netherlands), Unmasking and tackling the challenges of ineffective environmental laws in the nuclear sector — a call for inclusive and reflexive regulation.

зрелой отраслью. Для сравнения: регулирование нефтяной и химической отраслей можно назвать более эффективным, адекватно отвечающим рискам соответствующих отраслей. Когда в 2013 г. Европейская комиссия предложила проект Директивы по атомной безопасности, казалось, что риски атомной отрасли, в том числе обеспечение безопасности, будут урегулированы. Однако окончательный вариант Директивы, одобренной в 2014 г., включил в себя не все предложенные в 2013 г. поправки.

В своем докладе доктор Хэлдт рассмотрел, как использование иных правовых актов может обеспечить более эффективное регулирование атомной отрасли.

Всего на конференции было заслушано более 60 научных докладов. В августе 2016 г. по результатам конференции планируется издать сборник научных работ, представленных на Третьей ежегодной конференции ЕФЭП. Очередная конференция состоится осенью 2016 г. в г. Вроцлав, Республика Польша²⁴.

Материал поступил в редакцию 1 ноября 2015 г.

THIRD CONFERENCE OF THE EUROPEAN FORUM ON ENVIRONMENTAL LAW "ENVIRONMENTAL LAW EFFICIENCY"

GORDEEVA Elena Mikhailovna — Researcher at Hasselt University
Yelena.Gordeeva@uhasselt.be
610000, Russia, Kirov, Surikova street, 12 — 20

Review. *Environmental law is intended to promote the conservation and protection of the environment, but it is not always able to perform its function effectively²⁵. According to the latest report by the UN Environment Programme (UNEP), "currently observed changes in the Earth system is unprecedented in the history of mankind. Efforts to slow down the rate of change or a reduction in their scope, including increased resource efficiency and mitigation measures, have achieved moderate success, but have not eliminated the consequences of the adverse changes in the environment. Neither the scale nor the speed of these changes have not diminished over the last five years."²⁶ According to the UNEP report, the "many existing national, sub-national and international legal instruments contribute to improving the environment. At the same time, there is a further deterioration of the environment in the field and in respect of the majority of global problems."²⁷ In September 2015 the issues on improvement of the efficiency of environmental law have been considered in the framework of the third conference of the European Forum of Environmental Law. This article provides a brief overview of the events and the summary of selected performances.*

Keywords: *environmental law, EU law, efficiency, European forum of environmental law, the program approach, new technologies, sustainability, deforestation, soft law, nuclear law.*

²⁴ Более подробную информацию о Европейском форуме экологического права можно найти на официальном сайте ЕФЭП. Членство в ЕФЭП бесплатное. // <<http://www.eelf.info/>>, последнее посещение 27 Октября 2015 г.

²⁵ Solntsev A.M. Drawbacks of international legal regulation of environmental protection: some ways for overcoming. Eurasian Law Journal, 2015. No 3 (82). p. 67.

²⁶ UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME. Global environmental perspective. Summaries for policymakers, 2012. p.7.

²⁷ UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME. Global environmental perspective. Summaries for policymakers, 2012. p.9.

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала: aprp=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.

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

Подписка на журнал возможна с любого месяца. Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11178

Вниманию 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.

Научное редактирование: *М. В. Баукина*

Корректурa: *А. Б. Рыбакова*

Компьютерная вёрстка: *Т. В. Серёгина*

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

Сайт: <http://aprp-msal.ru>

Подписано в печать 30.04.2016 г. Объем: 25,58 усл.печ.л., формат 60x84/8.

Тираж 250 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная.

Отпечатано в Издательском центре Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)