

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ

№ 5 (66) МАЙ 2016

Ежемесячный научный журнал.

Издается как СМИ с 2006 г.

РОССИЙСКОГО ПРАВА

Председатель редакционного совета журнала

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

Заместитель председателя редакционного совета журнала

**ПЕТРУЧАК
Лариса
Анатольевна** доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права, проректор по учебной 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. 66.

**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

СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

Исаев И. А. *Падение суверенитетов: обратная перспектива. Часть 2* 11

Федунов В. В. *Историко-правовые аспекты создания и деятельности
Таврического губернского земства в 1866—1886 гг.* 24

ТЕОРИЯ И ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Веденеев Ю. А. *Интерпретации права как культурно-исторический феномен:
категория и институт* 32

ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Болтинова О. В. *К вопросу о новой редакции Бюджетного
кодекса Российской Федерации* 47

Яруллина Г. Р. *Проблемы определения подготовительного и вспомогательного
характера деятельности иностранной организации на территории РФ:
анализ национального законодательства и международных источников* 55

БАНКОВСКАЯ СИСТЕМА И БАНКОВСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Хоменко Е. Г. *Национальная система платежных карт и ее значение
для национальной платежной системы России* 63

Попкова Л. А. *К вопросу о совершенствовании правового регулирования
синдицированного кредитования в Российской Федерации* 72

ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ И СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ

Цыпкина И. С. *Правовая природа выходного пособия* 80

Крылов К. Д., Зыкина Т. А. *К развитию теоретического исследования реализации
прав работника* 89

ГРАЖДАНСКОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

Шамшуринов Л. Л. *Компетентный суд как необходимое условие реализации
конституционного права граждан на судебную защиту, проблемы его определения* . . . 97

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Молчанов Д. М. *Множественность преступлений: актуальные проблемы
и теоретический опыт исследований ученых кафедры уголовного права МГЮА* 107

Фирсов И. В. *Объективные признаки незаконного производства лекарственных
средств и медицинских изделий (ст. 235.1 УК РФ)* 119

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

Валеев А. Т. *К вопросу о праве на апелляционное обжалование и сущности
российской апелляции по уголовным делам* 130

Калюжный А. Н. *Система следственных действий стадии возбуждения
уголовного дела: признаки и структура* 140



КРИМИНАЛИСТИКА И КРИМИНОЛОГИЯ. СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

Эминов В. Е. *Сексуальные преступники: криминологическо-психологический характер* 147

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Скачков Н. Г. *Модификации пула взаимного страхования при трансграничной морской перевозке опасных грузов* 154

Юсифова Р. Т. *Некоторые проблемные аспекты трансграничной деятельности юридических лиц* 162

ИНТЕГРАЦИОННОЕ ПРАВО

Камалян А. М. *Актуальные проблемы правового регулирования государственной помощи при проведении государственных закупок в ЕС* 169

Сорокина Е. М. *Правовые основы и проекты законодательства ЕС о европейской прокуратуре* 177

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Подузова Е. Б. *Концепция встречного предоставления в англосаксонской правовой семье: правила и исключения* 183

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

Ларичев А. А. *Правовое положение мэра и главы местной администрации в системе местного самоуправления (сравнительный опыт Канады и России)* 191

КОНФЕРЕНЦИИ

Рарог А. И., Бимбинов А. А. *XIII Международная научно-практическая конференция «Уголовное право: стратегия развития в XXI веке»: взгляд изнутри* 198

Захарова Л. И., Ильинская О. И. *Будущее международного гуманитарного права и особенности его преподавания в юридических вузах России, Беларуси и Молдовы* . . . 207

CONTENTS

PAGES OF HISTORY

Isaev I. A. *The Fall of Sovereignties: The Diverse Perspective. Part 2* 11

Fedunov V. V. *Historic and Legal Aspects of Foundation and Performance
of Tauride Provincial Zemstvo in 1866—1886* 24

THEORY AND PHILOSOPHY OF LAW

Vedenev Y. A. *Law Interpretations as the Cultural and Historic Phenomenon:
The Category and the Institution* 32

FINANCIAL LAW

Boltinova O. V. *On the Issue of the Restated Budget Code of the Russian Federation* 47

Iarullina G. R. *The issues of determining preparatory and auxiliary activities of the foreign
organization in the Russian Federation: the analysis of national legislation and international
sources* 55

THE BANKING SYSTEM AND BANKING ACTIVITY

Khomenko E. G. *The national system of payment cards and its importance to the national
payment system in Russia* 63

Popkova L. A. *On improvement of legal regulation of a syndicated loan
in the Russian Federation* 72

LABOR RELATIONS AND SOCIAL SECURITY

Tsyapkina I. S. *Legal nature of dismissal allowances* 80

Krylov K. D., Zykina T. A. *The Development of Theoretical Research of Implementation
of Employee's Rights* 89

CIVIL AND ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Shamshurin L. L. *The competent court as a prerequisite for the implementation
of citizens' constitutional right to judicial protection, the problem of definition* 97

CRIMINAL LAW

Molchanov D. M. *Multiple offences: current problems and theoretical experience
in research conducted by scholars of the Department of Criminal Law, MSAL* 107

Firsov I. V. *Objective evidence of the illegal production of pharmaceuticals
and medical products (Art. 2351 of the Criminal Code)* 119

CRIMINAL PROCEDURE

Valeev A. T. *On the right to appeal and the essence of Russian appeal
in criminal matters* 130

Kalyuzhnyi A. N. *The system of investigative activities at the stage of initiation
of a criminal case: features and structure* 140



CRIMINALISTICS AND CRIMINOLOGY. FORENSIC EXPERTISE

Eminov V. E. *A Sexual Offender: Criminological and Psychological Profiling* 147

INTERNATIONAL LAW

Skachkov N. G. *Modifications of mutual insurance pools in cross-border maritime carriage of dangerous goods* 154

Yusifova R. T. *Some problematic aspects of cross-border activities of legal entities* 162

INTEGRATION LAW

Kamalyan A. M. *Current issues of legal regulation of state aid in public procurement in the EU* 169

Sorokina E. M. *Legal bases and projects of the EU legislation on the European public prosecution service* 177

FOREIGN EXPERIENCE

Poduzova E. V. *The Concept of Consideration in the Anglo-Saxon Legal Family: Rules and Exceptions* 183

COMPARATIVE LAW

Larichev A. A. *The legal status of the mayor and the head of the local administration in the system of local government (the comparative experience of Canada and Russia)* 191

CONFERENCES

Rarog A.I., Bimbinov A. A. *XIII International Scientific and Practical Conference "Criminal Law: Development Strategy in the XXI Century": Look Inside* 198

Zakharova L. I., Il'inskaya O. I. *The future of international humanitarian law and the peculiarities of its teaching in law schools of Russia, Belarus and Moldova (the work of International Law Section at the IX Kutafin Readings)* 207

Падение суверенитетов: обратная перспектива

Часть 2

Начало см.: *Актуальные проблемы российского права*, 2016, № 4, с. 24—39.

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», забываящие 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.

© 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

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

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.011-023

4. «Политический романтизм» и его последствия

Для Вико и Гегеля существовало вполне реальное различие между эмпирическим человеком и здравым смыслом или мировым духом, творцом истории: ведь именно мысль творит историю. (Р. Козелек добавляет к этому предположению: «Язык обусловлен историей, а история обусловлена языком», и еще: «История не совершается без слов, но она никогда не совпадает со словами и не сводится к ним»¹.)

«Гармония в неравенстве» складывалась в обществе, в котором хотя и существовало мнимое «государство», но еще не было монополии на легитимную власть к принуждению, т.е. в обществе с переплетением конкурирующих легитимностей, и гарантировалась символическим актом («клятвами»), который создавал правопорядок, безопасность и мир для определенного круга лиц. «Если право, безопасность и мир не были гарантированы сверху, т.е. по принуждению институтов власти, они могли быть обеспечены путем “заговора”: результат достигался путем договора и социального давления, которое мог оказывать такой конституционализированный договор, каким являлся статусный контракт»².

В представлениях о тайной, осуществляемой за кулисами власти, которая сосредоточена в руках немногих и дает им возможность «со всеподавляющей злобой и незримо управлять человеческой историей», в таких конструкциях рационалистическая вера в осознанное господство человека над историческими событиями непременно смешивалась с демоническим страхом и фантазиями о таинственной общественной власти и спекулятивной верой в провидение: «Романтик видел здесь тему для своего интригующего и иронического натиска на реальность, радость от того, что существует еще некая тайная, уходящая от ответственности

и играющая людьми власть»: ведь даже сами «суверенные народы» оказывались только инструментами мирового духа, у трона которого они стояли как исполнители его осуществления и свидетели его величия, а индивид становился жертвой коварного разума³.

Проекция романтического субъекта в политическое, сверхиндивида, претендующего быть «предметом бесконечной любви», имела место уже у Новалиса, для которого государство — это «возлюбленная», «София», которое, однако, может быть и «сувереном», «национальной силой». Воспринимать этот объект чисто юридически было бы осквернением, ведь Новалис часто говорил о себе, что он ни капли не юрист, тем самым выражая свою антипатию к кантовскому юридическому рассмотрению этики.

Карл Шмитт был уверен, что в политическом романтизме отсутствует какое бы то ни было ощущение как границ действенности государства, так и «границ индивида». Однако в жизни ни одно общество не в состоянии обрести хоть какой-либо порядок без представления и понятия о том, что есть нормальное и что есть право.

Но нормальное — это совсем неромантическое понятие, поскольку вмешательство нормы разрушает здесь всю окказиональную несвязанность романтического: «Разумно упорядоченное государство — это не синтез анархии и деспотизма. Точно так же не являются романтическими и правовые представления как таковые. Ведь несправедливость с романтической точки зрения — это лишь некий диссонанс, который “эстетически растворяется в священной музыке, бесконечном чувстве высшей жизни”». Поэтому не может существовать ни авторитетного “романтического права” (вспомним неудачные попытки создания правового устава

¹ История понятий, история дискурса, история метафор. М., 2010. С. 58, 99.

² Эксле О.-Г. Действительность и знание. М., 2007. С. 144—145.

³ Шмитт К. Политический романтизм. М., 2015. С. 146—147.

в “коммунитас” Франциска Ассизского, этого предшественника романтизма), ни последователей романтической этики: «Для сущности романтического все равно, романтизируются ли монархические или демократические, консервативные или революционные идеи — они означают только окказиональные точки привязки для романтической продуктивности творящего я»⁴.

Ядро политического романтизма — некое фантомное «государство» (не случайно воплощением этой идеи для романтиков была Священная Римская империя), которое есть произведение искусства и повод для продуцирующего это произведение искусства субъекта творческой деятельности: «для него само монархическое достоинство и величество основываются исключительно на “поэзии”. То, что гениальный субъект низверг с престола Бога, разумеется, было революцией, но поскольку романтик даже здесь оставался окказионалистом, только “духовной”, т.е. на деле эстетической революцией».

Если еще у Бональда встречается такое определение монархии: «монархия — подлинная система, потому что она сопряжена с абсолютным центром», то романтическое определение суверенитета уже целиком проникнуто окказионалистской неопределенностью. (Новалис дает наглядный пример романтической интерпретации политического: король представлен у него как «солнце в планетной системе», солдаты носят пестрые одежды, т.к. являются «цветочной пылью государства», «золото — кровь государства» и т.п.) Романтический политик этого типа — Дон Кихот (с которым, кстати сказать, отождествлял себя Эйхендорф) — способен видеть вместо высшей гармонии только различие между правом и несправедливостью, при этом делая выбор в пользу того, что казалось ему справедливым, но, в отличие от него, политические романтики Шлегель и Мюллер свой романтический легитимизм вообще черпали из полного отсутствия своего интереса к праву⁵. (При возникновении государства силу имели не точка зрения благоразумия, но импульсы героизма: вера, что есть «нечто более высокое, чем суверенитет от-

дельного лица, благоговение перед смертью, преклонение перед чем-то духовно превосходящим и победоносным, восторг воплощенной встречи со своим идеалом» (Ницше).)

Мальбранш видел только в Боге некий артикулированный, определенный и всеобщий порядок, осуществляющийся в совершенной гармонии, в нем закономерный характер имело даже проявление благодати: здесь личный Бог превращался во всеобщий природный порядок. «Политическое делание» в этой системе политического мышления находилось только на некоем низшем уровне: Берк, де Местр и Бональд испытывали настоящее отвращение к какому-либо «деланию в политических вопросах», к искусственным, расчисленным ловким индивидом законодательствам, к «изготовителям конституций и политическим геометрам». Они полагали, что причина всего историко-политического процесса заключена в наиндивидуальной власти, эта причина есть казуальное объяснение, нормативное оправдание и легитимация одновременно.

Изменчивость политического содержания неслучайна, ведь она является следствием окказиональной позиции и обосновывается самой сутью романтического, ядром которого является пассивность (Карл Шмитт). Политическая же активность, будь то голая техника завоевания, расширения политической власти или же казуистическое обоснование правовых или моральных решений, противоречит эстетической природе романтизма: он непременно осуществлял уклонение из области противоречия (политического) в некую высшую реальность, демонстрируя свою абсолютную пассивность.

Там же, где начинается политическая активность, иссякает политический романтизм. Ведь он не есть обычная иррациональность мифа, поскольку творение политического мифа само возникает именно из политической активности, а его доводы являются только эманацией некой политической энергии: «Только в настоящей войне возникает миф» (К. Шмитт). Политический же романтизм не допускает никакого деятельного вмешательства в действительность — для него было бы вполне доста-

⁴ Шмитт К. Политический романтизм. С. 216—217, 281—282.

⁵ Указ. соч. С. 177, 257.

точно одного только «участливого мышления», вся политическая активность здесь смещалась от индивидов к правительству, от правительства к Богу, а Бог уже есть окончательное предопределение и закономерность⁶.

Субстанциональное бытие, застывшее и самодостаточное, установившееся как ценность, есть симптом захвата власти «болезненными силами». Власть теперь не будет уже первопринципом, сама воля к власти разрушает этот принцип: «Сила по природе своей требует, чтобы была нарушена сохранность любого достигнутого уровня, <...> она все время переступает через край этого уровня, по необходимости возрастая... Воля к власти предстает как принцип неуравновешенности для всего, что хотело бы еще длиться, исходя из известной ступени — идет ли речь об обществе или индивиде» (Пьер Клоссовски). Воля к власти интерпретирует, устанавливает границы, определяет степени различия во власти⁷: она не может существовать без границ, которые сама же так жаждет преодолевать.

В становлении закономерность и непогрешимые истины всегда только «равные пути правды» для эриний, преследующих каждое преступление законов. Весь мир как трагедия, в которой действует правящая справедливость и подчиненные ей силы природы, демоническое вездесущее — все это оправдывает процессы становления: «Где правит несправедливость, там произвол, беспорядок, неправильность, противоречия. Там же, где царствуют закон и правда, там не место греху, пеням, осуждению». Для того чтобы становление окончательно не прекратилось, первичное вещество должно быть неопределенным: вечность и бессмертие этого вещества состоят не в бесконечности и неистощимости, но в том, что оно лишено определенных качеств, ведущих к гибели⁸. (Применение права способно порождать значения и функцией права, главным является «не разрешение конфликтов, а их воспроизведения и перевод для последующего разрешения в определенное русло» (Никлас Луман).

Закон при этом остается только формой, независимой от объекта и содержания, которые от него ускользают.)

Если де Местр говорил о непредсказуемом действии провидения, то Адам Смит уже более сдержанно — о секуляризованной «невидимой руке», которая всегда приводит к результатам, полностью противоположным тем, к которым стремились: непредвиденные последствия реформационных действий в отношении государственности могут выразиться даже в ее полном разрушении, и по сути «это беспокоящее стремление к изменению существующей в государстве формы правления есть как бы нарушение первой заповеди Бога» (Гоббс). Всякая попытка реформы в таком случае будет обречена на неудачу: перемены же остаются только фасадом, поверхностью и прикрытием, сама она будет иллюзорной, тогда как глубинные структуры общества останутся полностью незатронутыми, ведь и «Великая революция» не являлась столь уж резким разрывом со «старым порядком» (А. Токвиль)⁹.

И все-таки всякое политическое действие, хотя бы имеющее зримую и более или менее определенную форму, предпочтительнее, чем колебания и нерешительность: важен не столько результат действия, сколько форма, придающая ему статус. В романтическом культе героя всегда подчеркивались зримость и великопение: идея драматической альтернативы между надвигающимся хаосом и решительным выбором в пользу формы в этой ситуации создавала конфликт: по одну сторону которого — мысль, размышление, язык, а по другую — «действия как утверждение сущего» (Анри де Монтерлан)¹⁰. В ситуации, когда исчезают нормы и люди не могут более нести ответственность за свои действия, единственный жест, имеющий смысл, — это противопоставить хаосу действие как форму сопротивления. Но и сам поиск нормативных форм и функций угрожает породить как раз то, чего он так боится, — хаос, вырастающий из неизмеренности и безудержности.

⁶ См.: Шмитт К. Политический романтизм. С. 150, 359.

⁷ См.: Делез Ж. Ницше. СПб., 1997. С. 170—171.

⁸ Ницше Ф. Философия в трагическую эпоху Греции // Философская проза. М., 2000. С. 181—184.

⁹ См.: Хиршман А. Риторика реакций, извращение, тщетность, опасность. М., 2010. С. 23—27.

¹⁰ Цит. по: Гумбрехт Х. У. В 1926 году : На острие времени. М., 2005. С. 305.

В действительности же именно хаос является «первоплазмой активности», возбудителем ужасных плазматических сил (Ницше). Повсюду и вокруг обнаруживаются сплошные фикции, кажимость и воображаемое. Истинный мир — это лишь «второй» видимый мир, характер которого образует и формирует перспектива, т.е. относительность. Видимое — это истинное только для нас, но и «истинный» мир, и видимый мир оба суть только фикции, фиктивные миры. Мир же в целом — это «активная и реактивная игра», в действительности существует одна только видимость, а сам рас­судок является только «око­стене­вшей способностью воображения».

Продукт политического действия — отнюдь не результат, который можно было бы оценить по моральным стандартам (вспомним слова Гете, что «действующий всегда аморален»), но скорее эмоциональный опыт, «о котором можно судить лишь в эстетических и эмоциональных терминах. «Благодаря перемещению в эстетическое, моральное по сути понятие автономии совершенно изменяется и все подобные различия устраняются: поэтому у каждого романтика можно найти примеры как «анархического самоощущения, так и чрезмерной потребности в общении»¹¹.

Согласно Лютеру, революция не устанавливает нового секулярного порядка, но лишь постоянно раскачивает основу всех мирских норм, максим и установлений. Понимание революции связано с идеей открытия нового этапа истории: и главным в нем является соединение идеи свободы с опытом начала чего-то нового. Как и государственный переворот, революция всегда связана с насилием, а идея неодолимого движения (революция долгое время казалась аналогом закономерного движения небесных тел) в XIX веке превратилась в идею исторической необходимости.

В ходе революции становилось очевидным, что не мысль, а именно «практика и исполнение по-настоящему может являться новым». Истинная революция XIX века — революция модерна — заключается в радикальной деструкции очевидного, в «разволшебствовании его и погружении в насилие интерпретации и

истории» (Жан Бодрийяр). Революция устанавливала права и законы не для «ветхого» человека из плоти и крови, живущего в определенной политической и социальной среде, а для какого-то абстрактного «человека в себе», вообще-то считаясь с человеком только потому, что он «гражданин», а не потому, что он — «я». Она же поглотила и все промежуточные власти, прежде стоявшие между индивидуумом и центральной властью, все сосредоточив у центральной власти, которая от этого стала только еще мощнее и деспотичнее. Эта центральная власть стала представляться как осуществление права всех, а конституционный король представляет собой лишь идею. Коллективный же суверен, свергнув своего персонафицированного предшественника, распадается на множество деспотичных волей. «Закон есть проявление воли, приказ, авторитет. Государство немыслимо без деспотизма, один ли деспот или их много, как в республике, где все господа, т.е. один господствует над другим, — безразлично». В любом случае обязанность парализует волю личности, она ее ослабляет (Макс Штирнер).

Если политические мифы побуждают готовиться к борьбе с тем, чтобы разрушить существующее, то утопия всегда направляла умы к реформам, которые могут быть осуществлены при распаде системы. «Миф невозможно опровергнуть, т.к. он, по сути, тождественен убеждениям данной группы, является выражением этих убеждений на языке движения, а значит, неразложим на части, которые можно было бы использовать в плане исторических описаний». Утопия же, напротив, может обсуждаться, — как и при всяком умозрительном построении общества ее формы и предполагаемое ею «автоматическое движение» можно сравнивать с теми, которые действительно имели место на протяжении реальной истории и тем самым оценивать ее правдоподобие¹².

Анархисты, считающие себя свободными, хотя отвергнут подчинение произвольным законам и при этом не замечают, что, не будучи моральными, законы и все виды принуждения тем не менее не составляют какой-то полной противоположности произволу: «Все

¹¹ Шмитт К. Политический романтизм. С. 280.

¹² Сорель Ж. Размышление о насилии. М., 2013. С. 50—51.

свободное, тонкое, смелое, легкое, уверенное в себе, существующее... в сфере управления... развивалось только благодаря тирании этих произвольных законов», и в этом-то и состоит их природа и естественность, а не в абстрактной полной свободе; она состоит в том, чтобы приказывать, размещать, располагать, свободно творить, повинуюсь вдохновению, поэтому она и повинуется законам, которые в силу их твердости и точности не поддаются формулировке только посредством понятий¹³: «Ты должен подчиняться кому бы то ни было, иначе ты приготовишь себе погибель», — утверждает Ницше. (Боден не допускал возможности существования суверенной диктатуры: даже там, где закладываются основы новой государственной организации, предполагалось, что пост суверена уже учрежден и уже существует. При любой реорганизации государства, любой реформации приходится прибегать к услугам экстраординарных уполномоченных, или «комиссаров», ради наведения порядка. Если статусные чиновники действуют на основании закона, то «комиссары» действуют в соответствии с приказами и указами. Такая диктатура складывается из рационализма, техницизма и приоритета исполнительной власти¹⁴.)

5. Вождь и масса: кто суверен?

Масса — тот самый аноним, который задает направление всем политическим событиям, одновременно являясь и объектом этого движения: сама масса находится в непрерывном и изменчивом движении, пронизанном загадочной механической закономерностью. Историческое и механическое движение здесь как бы встречаются и идут параллельно, формируя все более строгий автоматизм (Ф. Юнгер).

Из «эвдемоническо-социального» идеала масс рождается идеальный «раб». Сама же масса неизбежно возвращается к породившей ее стихии, демонстрируя механическую сторону необходимости, возвращается в состояние, где уже нет ни истории, ни судьбы. Ее путь лежит от историчности к стихии, в которой она хочет раствориться и сбросить бремя всех форм.

Но формы есть нормы. Масса желает избавиться от страданий и трагедии, хочет жить без боли, в наркотическом состоянии блаженства; человек желает раствориться в безыдейной машинерии, ожидая от нее исполнения своих чаяний.

И вождь должен ему это обещать. Опасность заключена в том, что вождь-актер тем самым развязывает непрогнозируемые уничтожающие движения, выходящие за пределы исторического измерения и приобретающие характер катастрофы: «Массовая жажда смерти усиливается по мере образования масс...»¹⁵ Перепад неравенства всегда предполагал качественное различие, различие же создавало сами перепады. Но отныне господствующим принципом становится равенство. Масса — это «человек без тела»: там, где больше нет перепадов, и возникает масса с ее механизированными формами существования. Организация — вот сумма тех мер, которые доводят процесс нивелировки до нулевого уровня. (Флобер говорил, что «массы всегда тупы, непригодны и незрелы», и Ницше считал народное волеизъявление только высшим выражением «стадного инстинкта»; Ибсен иронически заметил, что «глупые люди составляют страшное, подавляющее большинство на всем земном шаре». На стороне этого большинства присутствует сила, но не право, ведь только меньшинство всегда право. Густав Лебен в своем исследовании толпы говорил, что демократия все больше будет превращаться в правление бюрократии, которая сама есть «жертва иллюзии, заставляющей думать, что умножая законы, она лучше всего обеспечит равенство и свободу».)

Революционный террор рождался вовсе не тем фактором, на который указал Гегель, — не преступным нетерпением, которое испытывает универсалистская этика при столкновении с помехой единичных данностей, он рождался из подозрения, что «каждое отдельное сознание может достигать всех вещей», что те же самые поступок или суждение, которые, казалось бы, имеют всеобщую значимость и стремятся законодательствовать «во имя общества свободных существ», могут быть

¹³ Фулье А. Ницше и имморализм. М., 2006. С. 159.

¹⁴ См.: Шмитт К. Диктатура. СПб., 2005. С. 30, 58.

¹⁵ Юнгер Ф. Ницше. М., 2001. С. 235—235.

инспирированы низменными эмпирическими интересами и единичными страстями¹⁶. Якобинская подозрительность к автономной и суверенной личности питала диктаторские тенденции в самом менталитете массы: общая идея уравнивания предполагала сделать безличный закон и высшим арбитром, и высшим сувереном. Чем сильнее был террор, тем крепче были убежденность и сила отождествления с ним. Колебания и сомнения приравниваются к измене.

Слишком высокая степень равенства необходимо и драматическим образом приводила к диктатуре, при которой масса уже не нуждалась в репрезентации и мнимо отождествлялась со своим собственным руководством. Но единичный человек — никак не вождь масс; сегодня руководство ими взял на себя ложный актер: он только подражает и его искусство является искусством воспроизводства. Он сам делается только средством действительности, которой он же и подражает: очутившись в массе, актер покидает свой камерный театр, уходит в бескрайний мир, чтобы уже из него сделать театр: в ситуации беспочвенности именно актер занимает доминирующее положение. Заратустра говорил: «В мире самые лучшие вещи ничего не стоят, если никто не представляет их; великими людьми называет народ своих представителей».

Теперь все взоры обращены к неподлинному, подражанию и имитации. Представитель — это тоже вид ложного актера: «Признак человека, который действует уже не спонтанно и активно, а лишь реагирует на действия, состоит в том, что он везде нуждается в представителях, а признак представителя — в том, что для того, чтобы действовать, он нуждается в реакциях. Над массой всюду господствуют и служат ей только ложные актеры»¹⁷.

«Где народ цел, там нет идеологии», и это был признак цельного типа, ему не нужен был нечистый воздух идеологии. Но зато актер-идеолог сам изобретает его с готовностью, ведь это одна из его жизненных потребностей: «Идеологический нигилизм господствует над XIX веком и стремится все заковать в свои

системы». Все экстремисты и радикалы суть актеры, поэтому и все вокруг оказывается отравленным.

Равенство служит тем основанием, которое необходимо для сведения к плоскости. Она составляет абстрактный принцип, благодаря которому осуществляется и революционная работа, ведь и ее задача — устранение типа. Равенству соответствует такой же абстрактный принцип единства, однообразия: это — статус, в котором всегда пребывает масса. Нулевой уровень, к которому «ведет нивелирование, есть точка, в которой происходит “алхимическое” превращение: именно по мандату масс и никак иначе наступает диктатура — она обнаруживается в начале движения, чтобы создать для него пространство, и в конце — чтобы создать желаемое состояние минимума: «Стремление к равенству реализуется в некоем централизме, который работает одновременно по вертикали и по горизонтали» машинально, организационно и бюрократически. На первый план выступает компактная масса, скученная на небольших пространствах. Вождь массы репрезентирует ее, и масса реагирует только на актера, только он вызывает ее реакции, он ее идол и герой¹⁸: ясно, что высокая степень равенства неизбежно ведет к диктатуре.

Но равенство — базовая фикция «фантомного» государства. Равенство субъектов, как индивидуальных, так и коллективных, провозглашается, но как оказывается не может быть реально достигнуто. Юридическое равенство основано на идеальной норме, сама же норма рождена по решению власти и запрет ее нарушения означает авторитарную санкцию для признания демократического равенства. На помощь приходит диктатура.

Сущность диктатуры заключена в возможности и способности отделять нормы права от норм осуществления права. «Диктатура, которая не связана зависимостью от отвечающего нормативному представлению, не достигаемого в конкретных обстоятельствах успеха, которая... не стремится к тому, чтобы сделаться излишней, есть произвол и деспотизм». Всевластием процедуры, нацеленной на достиже-

¹⁶ Лиотар Ж. Ф. Постмодерн. М., 2008. С. 97.

¹⁷ См.: Юнгер Ф. Указ. соч. С. 213.

¹⁸ Юнгер Ф. Указ. соч. С. 221—228.

ние результата, диктатура приведет к упразднению существующего правового порядка, и путем вмешательства в причинно-следственный ход событий: диктатор действует как настоящий «комиссар действия»¹⁹.

После распада «Священной Римской империи» романтическая мысль политиков сосредоточилась на идее воссоздания империи не как результата реального политического действия, но как духовно-культурного акта. Субъектом государственного творчества теперь должна была стать нация, сама порождаемая особым чувством «фантомной боли», ощущением национального. Но существовали еще и некие тайные узы влечения и родства между отдельными формациями и чем-то единым, неделимым и вечным. Когда эти узы смыкались, рождалась таинственная сила откровения, обладающая высшим правом, которая сметала все частные границы и достигала своей вершины в единстве высшего типа (Юлиус Эвола).

Последний проблеск «духовной империи» имел место при Гогенштауфенах, полагал Эвола, позже на смену империям пришел вульгарный империализм, при котором не осталось ни одного государства, которое представляло бы собой нечто большее, чем временную, партикулярную, национальную и, наконец, социальную и плебейскую организацию.

Но с крушением национальных государств приходит время этого неприкрытого империализма и начинается борьба за господство над Землей. Ницше оказался чужд культ национального государства и такая политика представлялась ему только одним из «победоносных средств отупления». «Соглашения европейских государств остаются в силе, пока есть принуждение, которое вызвало их к жизни». В реальной жизни крупные государства поглощают мелкие, государство-монстр поглощает крупные государства и затем все разлетается на части, поскольку этому гиганту не хватает сдерживающей силы соседей. Борьба же общества внутри себя чревата болезненным привыканием к войне. Теперь признак великого заключен уже не в способности приводить массы в движение, он состоит в непо-

средственности, в некоем ранговом и статусном различии — но не в действии, хотя бы оно и потрясло мир²⁰.

6. Закон как метафора справедливости

Форма как таковая есть самая древняя «норма», а интерпретирующая ее метафора есть «определение-образ». Мысленное, или «фантомное», государство, по Гегелю, в системе государственного права и государственных законов умозрительно представляло прямую линию, а то, в чем это мысленное государство должно было быть реализовано, обретало форму окружности. При этом такая окружность не создавала непреодолимой несоизмеримости с прямой линией фактически, так как сама она не прибегала к каким-либо формам насилия, беззакония или произвола. Более того, ее существование в качестве «линии, несоизмеримой к прямой», как раз и было возведено в право: она «действовала в соответствии с правом, вступая при этом в противоречие с государственным правом, действовала законно — вступая в противоречие с государственными законами».

Сущность обоих принципов (легальности и моральности) составляет не абстракция, а жизненность нравственного: естественному праву дано в качестве его сущности формальное и отрицательное, морали же — абсолютное и положительное, считал Гегель²¹. За правовой нормой всегда присутствует норма моральная, познать которую не удастся с помощью только логики или анализа детерминанты: необходимым здесь представляется переход с понятийного уровня на уровень образный и метафора играет здесь определяющую роль.

Вико одним из первых признал за метафорой собственное право на познание. «Логика фантазии» позволяет именно метафоре познать мир. Сама же метафора вовсе не есть истина и имеет ту же структуру, как и то, против чего она направлена: «Механизм метафоры как бы приручает чужое». Это свидетельствует об исключительной способности метафоры к приспособлению и посреднической деятельности, особенно там, где «суждение вообще не

¹⁹ Шмитт К. Диктатура. С. 16, 29.

²⁰ См.: Юнгер Ф. Указ. соч. С. 227—229.

²¹ Гегель В. Ф. Конституция Германии. С. 108—109.

может прийти к цели из-за своего притязания на идентичность или потому, что его предмет предъявляет чрезмерные требования к методу», оказываясь слишком обширным — «мир», «жизнь», «история», «закон»²². Метафоры не воспринимают в себя существующие сходства, но сами же их и создают: они ее демиургические инструменты. В этой связи Вико говорил об «инстинкте создания метафоры», и с этим вполне соглашался Ницше.

Когда Достоевский и Ницше заметили, что «Бог умер», они посчитали, что непосредственным следствием этого события должно стать превращение человека в некоего монстра. И для такого героя без стоящих перед ним задач и свойств появилось самое «суровое испытание *misterium burocraticum* вины и наказания». В нем мистерия обрела свое церемониальное завершение, это — мистерия без спасения и без искупления, где вина и наказание интегрированы в самом человеческом существовании, в котором уже нет ничего потустороннего и которому нельзя придать хоть какой-то внешний смысл: «В нем есть мистерия с ее непостижимыми жестами, с ее таинственными формулировками, но она уже до такой степени растворена в человеческой жизни, что теперь полностью сливается с ней, не оставляя в ней ни проблесков потустороннего света, ни какой-либо возможности правосудия»²³.

Метафорический характер нормы имеет древнейшие истоки в поэтической юриспруденции Востока и Запада, а сакральные черты закона сохраняются в скрытом или тайном виде и в современную эпоху: «поклонение закону» — базовый догмат всякого правового государства. Вместе с тем относительность истины и авторитета, закону присущие, позволяют нередко толковать его именно в этой специфической форме метафоры, а сама конструкция суверенитета как основывающегося на «двух телах» короля своей метафоричностью обуславливала статус нормативности, которая обеспечивала одновременно как всевластие, так и ограниченность законодательных прерогатив суверена.

Кант заверял: «То, что наши ограниченные умы видят как возмутительные нарушения, с точки зрения бесконечного разума Бога является составляющими элементами всеобщей гармонии». Когда мы приближаемся к закону слишком близко, его совершенное величие превращается в непристойную отвратительную чудовищность. Закон больше не рассматривается как зависимый от добра, напротив, само добро сделали зависимым от закона. Он уже не основывается на некоем высшем принципе, наделяющем его властью, теперь он самообоснован и правомерен в силу собственной формы.

Уже у Канта объект закона непостижим и неуловим, он функционирует, так и не будучи известен. Субъект знает, что существует закон, но ему неизвестно, каким этот закон является. Поэтому уже в силу факта своего существования субъект оказывается виновным, даже не зная, в чем заключается его вина, преступающим закон, не зная его точных постановлений. Закон определяет область нарушений, где субъект уже виновен, где он нарушает границы, даже не зная, где они проходят (как в случаях с Эдипом и Кафкой). Даже вина и наказание не объясняют закон и оставляют в состоянии неопределенности, приравненной только к крайней специфичности наказания (Жиль Делёз)²⁴.

Де Местр часто повторял, что «законодатель подобен Создателю», он не работает постоянно, не покладая рук, он творит и затем отдыхает. Законодатель вынужден вмешиваться, только если что-то в созданных им законах портится, и чем больше наличествует в его законодательстве сугубо человеческого, тем чаще он, таким образом, вынужден вмешиваться: творчество законов — показатель человеческого несовершенства. Действия людей, направленные вопреки божественным установлениям, ведут лишь к тому, что они, сами того не сознавая, ускоряют собственное падение и соответственно торжество подлинных законов, подлинной «неписаной конституции», сформулированной в божественном или естественном праве²⁵.

²² См.: Цилл Р. Субструктуры мышления // История понятий, история дискурса, история метафор. М., 2010. С. 176—179.

²³ Агамбен Д. Костер и рассказ. М., 2015. С. 27.

²⁴ Цит. по: Жижек С. Чума фантазий. Харьков, 2012. С. 352, 364.

²⁵ См.: Шмитт К. Политический романтизм. С. 357—358.

Чтобы избежать подобной ошибки, древние говорили не столько о всевластии закона, сколько о «правом пути» к благу, тому пространству, откуда первоначально эти законы проистекают. Но платонизм, провозгласив идею главной инстанции жизни, подготовил почву для развития идеологии суждения, в которой логика суждения стремилась установить критерии истинных идей.

Христианство превратило суждение в главный закон жизни и орудие господства над жизнью. Именем этого истинного трансцендентного мира судится всякое, всякое почитание, всякий росток и всякий орган мира, «трансцендентный закон распространяет свою власть на все возможности органического, имманентного существования. Человек подсуден трансцендентности не потому только, что подлинное царствие его переносится в бесконечность, тогда как конечное, “здешнее”, “теперешнее” существование представляется чем-то вроде отсрочки перед жизнью истинной», но и потому, что земная жизнь отравляется неизбежным сознанием неоплатного долга по отношению к трансцендентности (Жиль Делез)²⁶. (Но такая мистика, не воплощающаяся в дело и только ожидающая прихода «нового царства», легко и часто вырождалась в вульгарную мечту о даровом богатстве, о «хитрой науке». «Связь между усыплением народного духа и торжеством “воровской утопии” (Евгений Трубецкой) очевидна»: где светлые силы дремлют и только грезят, там темные силы действуют и разрушают, страна оказывается в положении человека, которого обворовали в глубоком сне²⁷. Искателей чудесного манит сама неизвестность искомого, отсюда и странное преклонение перед «мудростью незнания», идущее еще от Сократа.)

Природный закон питает суверенность, человеческий закон чертит границы суверенитета. Софисты были настоящими «модернистами» и декадентами для греческой политической культуры, и Ницше слишком хорошо знал эту культуру как филолог, чтобы противостоять ее влиянию на современное мышление. Переоценка всех ценностей производилась еще софистом Каликлом: «Мы воспитываем самых

лучших и сильных среди нас... словно львят, и приручаем их заклинаниями и ворожбой, внушая, что каждый должен довольствоваться равным с другими и что именно это — прекрасно и справедливо». Когда же появляется человек с действительно сильной природой, то он стряхивает с себя все эти предписания, волшебство и чародейство как противоречащие природе законы, он оказывается «господином». Для этой точки зрения закон — искусственное ограничение, договоренность организованных слабых: с целью сковать и принудить своих естественных господ, сильнейших выполнять свою волю. Природное право вступает в острый конфликт с человеческим.

Этот последний воспринимается только с внешней стороны, и не как запечатленный внутри человека образ мыслей, а как угрожающий барьер, который не дозволено переступать. Но если внутренней обязывающей силы у закона нет и справедливость — лишь внешняя лояльность поведения, позволяющая избежать наказания, то такой закон не будет выполняться искренно.

Нормой же природы, даже и в отсутствие свидетелей, нельзя пренебрегать безнаказанно: «Здесь нужно оглядываться не только на “видимость”, но и на истину». И Аристотель говорил, что для государства лучше иметь плохие, но прочные законы, чем постоянно меняющиеся, даже если они оказались хорошими²⁸. Мнение, даже мнение большинства, никоим образом не ведет к истине: истина не рождается в споре, она просто-напросто существует сама по себе.

Законодательство Заратустры уже по существу фиктивно: его законодательство обращено не ко всем, а только к некоторым, не к народу, а к избранным. Законодательство есть признак господства над другими, и за невозможностью создать единое законодательство Ницше прямо заявляет: «Заратустра есть герольд, который вызывает множество законодателей». Но множество законодателей, из коих каждый законодательствует только для себя, означает отсутствие какого-либо законодательства. Но и закон нужен для того, чтобы вызвать противо-

²⁶ Делез Ж. Указ. соч. С. 181.

²⁷ См.: Трубецкой Е. Н. Иное царство и его искатели // Избранное. М., 1995. С. 429.

²⁸ Йегер В. Пайдейя. Т. 1. М., 2001. С. 377, 383.

речия: «От меня должен исходить закон, как будто я всех хочу пересоздать по моему образу, дабы в борьбе против меня личность познала себя и окрепла... В конце концов Ницше так и умер с неразрешимым вопросом: “какой смысл заключается вообще в издании законов?”» («Так говорил Заратустра»)²⁹.

Идеология суждения тем самым являла собой и претендовала на власть судить все и каждого именем какого-то невидимого закона, даже если тот в ходе применения упрочивал свою очевидность: из этого следовало, что отнюдь не благо определяет законы, но закон — благо. Идеология суждения уже у Аквината и Кузанца трансформировалась во «всеобъемлющую метафизическую машину, которая хотела контролировать и организовывать всякое движение физической жизни: от суждения удалось уклониться разве что имманентности и “телу без органов” (термин, введенный А. Арто в эстетику), не представляющему собой организма или иерархии, феноменам, которые упорно противились любому уровню организации власти»³⁰. При этом «тело без органов» могло означать как народ без государства, так и государство без территории, пустое пространство или территорию без населения, — во всяком случае, и такой субъект должен был быть хотя бы соотнесен и сопоставлен с некоей властной структурой, опять-таки выносящей суждение: отсутствие властного центра («головы») лишало тело жизнеспособности.

Аморфное состояние проистекало из архаического смешения публичной и частной сфер существования, напроочь снимая проблему суверенитета и неправомерно отождествляя свободу с суверенностью. (Бенжамен Констан в ретроспективе различал свободу у древних и свободу у современных людей: у древних она выражалась в активном участии граждан в общественных делах, свобода же современных граждан приняла форму права на достаточное частное и конкретное пространство. Якоб Буркхард развивал эту идею: «Слово “свобода” звучит красиво, но о ней не должен говорить тот, кто не видел и не чувствовал своего бессилия перед громогласной толпой, называемой “народом”. Я слишком хорошо знаю историю,

чтобы не ожидать от деспотизма толпы ничего, кроме тирании, приход которой будет означать конец истории».)

Истории же, чтобы она могла вновь встать на службу жизни, «следует перестать быть наукой» (Ницше): надисторическое отвлекает внимание от процесса становления и переводит его на то, что вечно и значение чего не меняется. Такая аналогия может быть перенесена и в правовую область — существует некий потенциальный «идеальный», «долженствующий быть» закон и закон в действии, в форме правоприменения, в форме акта. И, как это ни парадоксально, познаваем идеальный и вечный закон (хотя непознаваемы созидающие его факторы), а непознаваемы будущие результаты закона действующего и становящегося.

Романтическое восприятие отвергло юридическое как нечто для себя тесное и механическое и искало государства, возвышающегося над правом и несправедливостью, т.е. такой исходный пункт для чувств, который стал бы адекватной проекцией самого романтического субъекта в политическое: еще Адам Мюллер говорил с нескрываемым пренебрежением о «машине законов», поэтическая красота и легитимность никак не связаны между собой, а романтический эстетизм порождал в сфере политического какой-то «вечный разговор, настоящий культ субъективного обмена мнениями» (К. Шмитт). (Центральным пунктом романтического мышления была критика главной темы социальной философии Просвещения — правовой фигуры договора: «Романтическая критика архетипической схемы договора всегда ориентировалась на неизбывную полярную противоположность индивида и общества».)

Мнение (суждение) всегда свидетельствует о породившем его знании, но отнюдь не само знание приводит в действие и движение коллективного субъекта, но свобода с ее самообоснованностью: историческая эпопея коллективного субъекта — это его вечная борьба за освобождение от всего того, что ему мешает. «Законы, которые он себе формулирует, справедливы, но не потому, что они соотносятся с какой-то внешней природой, а потому, что

²⁹ См.: Трубецкой У. Философия Ницше. М., 2003. С. 465—466.

³⁰ См.: Делез Ж. Указ. соч. С. 179—182.

законодатели сами состоят из тех же граждан, подчиняющихся этим законам, а отсюда и воля гражданина, желавшего, чтобы закон творил правосудие, вполне совпадает с волей законодателя, желавшего, чтобы правосудие творило закон»³¹. И легитимность уже знания заключена в том, чтобы дать возможность нравственности стать действительностью. (Все персонажи кафкианского «Процесса» обязаны

знать закон, и не имеет значения, применим ли он и действен ли на самом деле. У Кафки суверенность поглощается господством, а мораль исчезает за нормативными нагромождениями законодателей: более точного ощущения прихода современности в человеческий мир трудно найти. И речь священника в соборе, выносящего последний приговор, напоминает по тональности речь Великого инквизитора.)

Окончание 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. Касториadis 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. Слотердайк 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.
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 DIVERSE PERSPECTIVE. PART 2.

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

Review. *The article gives an analysis of the problem that has always remained a topical one, namely, the problem of sovereignty. The author counters this concept with its another manifestation, i.e. independence of the state, and in the process of their counterpoising the author attempts to find out their common features and fundamen-*

³¹ Лиотар Ж.-Ф. Состояние постмодерна. СПб., 2014. С. 88.

tal differences. The Sovereign, as the subject of sovereignty, can possess both identified and anonymous form, both individual and collective embodiment

The article highlights the fictitious nature of sovereign subjectivity that is inherent to the Art Nouveau era when 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 false or fictitious sovereign, even if it has power and authority, is deprived of true legitimacy that cannot be recovered for it by either public opinion or direct violence. Neither mimicry nor manipulation can remedy the situation. Two bodies of the King fall apart and would never unify.

A fictitious sovereign presides over a fictitious state, "a phantom state". The substrate of such statehood is "masses", rather than the people, that are connected with each other by means of external authority, coercion and ideology. Independence of the state that is associated with freedom of existence is being absorbed by the force of power with which it turns out to be incompatible. An external law plays much more important part than the internal truth that has traditionally provided the basis for justice.

The very justice is replaced by its own metaphor, which is the law. Depersonalized force of law expressed in a willful decision not only limits the scope of independence but replaces it. Sovereignty as the status radiates movement and dynamics. Fictions that were typical for the Art Nouveau era allow to make "unjust laws" that forget about both the truth and justice and aimed at feasibility and efficiency. The sphere of law lacks metaphysical and transcendental provisions that earlier connected it with other higher extralegal instances. Normativizm becomes the dominant ideology of the Art Nouveau era 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

Keyword: *Sovereignty, independence of the state, legitimacy, legality, subject, personality, state, legal form, rule of law, justice, truth, le, суверенность, авторитет, легитимность, lawfulness, legality.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Agamben D. Sredstva bez celi. — M., 2015.
2. Batler Dzh. Psihika vlasti. — SPb., 2002.
3. Gvardini R. Konec Novogo vremena // Fenomen cheloveka. — M., 1993.
4. Gegel' V. F. Konstitucija Germanii // Politicheskie proizvedeniya. — M., 1978.
5. Gubrecht H. U. V 1926 godu : Na ostrie vremena. — M., 2005.
6. Gurchich G. Sociologiya prava // Filosofiya i sociologiya prava. — SPb., 2004.
7. Delez Zh. Nicshe. — SPb., 1997.
8. Kastoriadis K. Voobrazhaemoe ustanovlenie obshchestva. — M., 2003.
9. Kozhev A. Vvedenie v chtenie Gegel'ya. — SPb., 2003.
10. Kozhev A. Ocherk fenomenologii prava // Ateizm. — M., 2007.
11. K'erkigor S. Strah i trepet. — M., 1993.
12. Lurman N. Vlast'. — M., 2001.
13. Mann T. Filosofiya Nicshe v svete nashego vremena. // Sobranie sochinenij. — M., 1961. — T. 10.
14. Nicshe F. Po tu storonu dobra i zla // Sochineniya. — M., 1990. — T. 2.
15. Sloterdajk P. Kritika cinicheskogo razuma. — Ekaterinburg, 2001.
16. Florenskij P. Predpolagaemoe gosudarstvennoe ustrojstvo v budushhem. // Sochineniya. M., 1996. — T. 2.
17. Frank S. Krushenie kumirov // Sochineniya. — M., 1990.
18. Shmitt K. Diktatura. — SPb., 2005.
19. Shmitt K. Politicheskij romantizm. — M., 2015.
20. Shternern M. Edinstvennyj i ego sobstvennost'. — Har'kov, 1994.
21. Junger F. Nicshe. — M., 2001.
22. Junger Je. Cherez liniju // Sud'ba nigilizma. — SPb., 2006.
23. Jaspers K. Nicshe. — SPb., 2004.

Историко-правовые аспекты создания и деятельности Таврического губернского земства в 1866—1886 гг.

Аннотация. Организация и деятельность органов местного самоуправления в России, как и в Республике Крым, далека от совершенства: начиная от избирательной системы, организации работы и заканчивая полномочиями в сфере управления имуществом, облагаемым налогами в пользу местного самоуправления. Возникает вопрос о необходимости содержания за счет государственного бюджета огромного бюрократического аппарата Республики Крым, порядке формирования центральных властных законодательных и исполнительных органов, доходах и расходах, пенсионном обеспечении и об организации работы в отдельных сферах хозяйствования. Автор предпринял попытку историко-правового исследования организации и деятельности Таврического губернского земства как органа самоуправления губернии за первые 20 лет его существования — с 1866 по 1886 г. Автор полагает, что опыт наших предшественников может пригодиться современным органам самоуправления по многим аспектам их деятельности.

Ключевые слова: земство, губернское земское собрание, губернская земская управа, земские гласные, губерния, уезд, губернский предводитель дворянства.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.024-031

1 января 1864 года в Российской империи было издано Положение о губернских и уездных земских учреждениях (далее — Положение 1864 г.), которое базировалось на принципах всеобщего земского представительства, имущественного ценза, самостоятельности исключительно в пределах хозяйственной деятельности. Согласно указанному закону для решения хозяйственных вопросов в губерниях и уездах создаются губернские и уездные земские учреждения. Губернскими земскими учреждениями являлись губернское земское собрание и губернская земская

управа (ст. 50), которые избирались на три года гласными уездных земских собраний (ст. 51). Гласные земств работали безвозмездно (ст. 39)¹.

Опыт деятельности земских выборных органов убедительно показал, что система местного самоуправления эффективно восполняла серьезные недоработки государственной администрации и чиновников. Учреждения местного самоуправления взяли на себя обеспечение тех сфер социальной жизнедеятельности, которые оказались непосильны для органов государственной власти и управления.

¹ Хрестоматія з історії держави і права України : у 2 т. / за ред. В. Д. Гончаренка. Т. 1. К., 2000. С. 256 ; Положение о губернских и уездных земских учреждениях от 1 января 1864 г. URL: <https://tu.wikisource.org> (дата обращения: 12 июля 2015 г.).

© Федунцов В. В., 2016

* Федунцов Владимир Викторович, кандидат исторических наук, доцент кафедры истории и теории государства и права юридического факультета Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского
docent_yalta@mail.ru
298600, Республика Крым, г. Ялта, ул. Маннагорова, д. 4, кв. 4

Земские учреждения функционировали вне системы государственных органов и в нее не включались. Служба в них считалась общественной обязанностью, гласные не получали вознаграждения за участие в работе земских собраний, а должностные лица земских управ не считались государственными служащими. Оплата их труда производилась из земских средств. Следовательно, и административно, и финансово земские органы были отделены от государственных. В статье 6 Положения отмечалось: «Земские учреждения действуют самостоятельно. Закон определяет случаи и порядок, в которых действия и распоряжения их подлежат утверждению и наблюдению общих правительственных властей»².

Для организации работы земствам передавались дела и деньги различных ведомств. Гласные земств могли приступить к своим обязанностям лишь после принятия присяги³.

В сентябре 1866 г. земские самоуправления были избраны и начали работу в 7 уездах Таврической губернии: Бердянском, Днепровском, Джанкойском, Евпаторийском, Мелитопольском, Симферопольском, Ялтинском⁴.

Вместо сословных самоуправлений создавались негосударственные сословные учреждения, в компетенцию которых на уровне губернии входило решение исключительно хозяйственных вопросов. Полномочия губернских земских собраний определялись ст. 66—68 Положения 1864 г.⁵

15 октября 1866 г. было торжественно открыто первое Таврическое губернное земское собрание, на которое прибыло 19 гласных из 25 избранных⁶. В него были избраны представители 5 уездов Крыма и 3 уездов Северной Таврии (Днепровского, Бердянского, Мелитопольско-

го). Земское собрание избиралось на три года (1866—1868), после чего происходили переборы гласных. Первое заседание открыл генерал-губернатор Таврической губернии П. Е. Коцебу, который заявил: «Будем неуклонно идти по указанному пути в настоящей реформе. Земству передается самостоятельное и почти полное заведывание делами, относящимися к местным хозяйственным пользам и нуждам каждой губернии»⁷. В 1867 г. генерал-губернатор выступал перед гласными губернского земства и доложил, что, находясь на приеме у царя в Ливадии, разговаривал с ним о проблемах Крыма. Царь обратил внимание на решение проблемы обеспечения полуострова водой и что «...вопрос этот с помощью земства будет разработан основательно»⁸.

Первым председателем Таврического губернского земского собрания был избран губернский предводитель дворянства Н. Н. Овсянников-Куликовский, занимавший эту должность с 1866 по 1868 г.

Социальный состав губернского земства был приблизительно одинаков с достаточно высоким процентом отставных военных дворянского сословия. От Симферопольского уезда из 4 гласных 3 были военные, от Феодосийского из 6 — 3, от Ялтинского из 3 — 2. В первом губернном земстве, избранным в 1866 г., малочисленным было представительство нарождающейся буржуазии, которое составило 2 гласных из общего количества 19 человек⁹.

Через двадцать лет в составе Таврического губернского земского собрания происходят существенные изменения, что было связано с практическими результатами крестьянской, земской, городской и судебной реформ. Так, состав гласных в период седьмого трехлетия

² Хрестоматія з історії держави і права України. К., 2003. С. 255.

³ Систематический свод постановлений Таврического губернского земского собрания со времен открытия земских учреждений в Таврической губернии. 1866—1886. Симферополь, 1909. Т. 1. С. 769.

⁴ Федунов В. В. Историко-правовые аспекты выборов земских самоуправлений Таврической губернии во II пол. XIX в. // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия : Юридические науки. Т. 27 (66). 2014. № 1. С. 69—74.

⁵ Платонов О. Ф. Учебник русской истории. СПб., 1914. С. 447—448.

⁶ Журналы Таврического губернского земского собрания 1866 года. Симферополь, 1867. С. 1—3.

⁷ Журналы Таврического губернского земского собрания 1866 года. С. 5—6.

⁸ Систематический свод постановлений Таврического губернского земского собрания со времен открытия земских учреждений в Таврической губернии. 1866—1886. Симферополь, 1909. Т. 1. С. 771.

⁹ Там же. С. 767—768.

(1885—1887 гг.) изменился. Из общего количества гласных (36 чел.) в него избираются 7 представителей крестьян-собственников от Мелитопольского, Бердянского, Днепровского и Перекопского уездов. Количество отставных военных от крымских уездных земств уменьшилось до 18 человек. В губернском земстве появляются представители юридической профессии (2 кандидата прав): от Симферопольского уезда — В. И. Фурсенко и от Феодосийского уезда — А. В. Новиков. Евпаторийский и Феодосийский уезды делегировали в губернское земство представителей крымских татар¹⁰.

В первые дни после избрания гласные Таврического губернского земства утвердили порядок проведения своих заседаний (регламент). На основании ст. 88 Положения выборы должностных лиц губернского земства осуществлялись закрытым голосованием баллотировочными шарами. При этом заседания были открыты для публики, которую пропускали по именным билетам. Собрание открывалось в 10 ч утра. Все предложения гласных передавались собранию через председателя по очереди. Для предварительного рассмотрения вопросов собирались комиссии, избираемые на сессии гласными. В 1866 г. таких комиссий было образовано 3 — бюджетная, разграничения полномочий с уездами по управлению имуществом и по сохранению лесов (прообраз современной экономической комиссии). Приоритетно рассматривались вопросы от лиц правительственных учреждений. Открытое голосование выражалось тем, что одобряющий предложение вставал со своего места, а не одобряющий оставался сидеть. Таким способом производился подсчет голосов. Гласные, желающие выступить, заявляли устно председателю, который приглашал их говорить в порядке очереди. Перед закрытием заседания председатель

объявлял вопросы, которые будут рассматриваться на следующем заседании¹¹.

Всего во второй половине 1866 г. прошло 8 заседаний Таврического губернского земского собрания. В соответствии с полномочиями на заседаниях рассматривались следующие вопросы: о заселении Крыма, строительстве дорог, мерах по обводнению Таврической губернии, сохранении и разведении лесов, проведении сельскохозяйственных съездов и выделении средств на участие в сельскохозяйственной выставке в Одессе, мерах охраны сельскохозяйственных от заразных болезней, заведываниями богоугодными заведениями, распределении денег по управам и ряд других¹².

На третьем заседании 17 октября были проведены выборы в Таврическую губернскую земскую управу. Полномочия губернской управы были определены ст. 60 Положения. Председателем управы был избран гласный Мелитопольского уезда коллежский секретарь Моисей Михайлович Иваненко¹³. Фактически управа начала свою работу 1 ноября, принимая 1 405 дел от различных учреждений, из которых 604 были окончены и 801 в процессе рассмотрения¹⁴.

Состав управы был определен в количестве 4 человек. Первыми членами Таврической губернской земской управы были избраны: Н. А. Аренд (надворный советник), Н. Н. Иванов (коллежский советник от Симферопольского уезда), С. А. Ашер (титулярный советник от Ялтинского уезда), А. Г. Сачавец (коллежский ассессор от Перекопского уезда)¹⁵.

В 1872 г. количество членов губернской управы было сокращено до 3. Председателем был избран штабс-капитан В. К. Винберг, членами управы: А. П. Сачавец, С. А. Ашер и Н. А. Аренд. В 1882 г. председателем Таврической земской управы был избран А. Х. Стевен, сын первого

¹⁰ Там же. С. 768 ; Прения и постановления Таврического земского собрания XX очередной сессии 25 января — 5 февраля. Симферополь, 1886. С. 9—10.

¹¹ Систематический свод постановлений Таврического губернского земского собрания со времен открытия земских учреждений в Таврической губернии. 1866—1886. Симферополь, 1909. Т. 1. С. 26—27.

¹² Журналы Таврического губернского земского собрания 1866 года. С. 11—43.

¹³ Там же. С. 13.

¹⁴ Систематический свод постановлений Таврического губернского земского собрания со времен открытия земских учреждений в Таврической губернии. 1866—1886. Симферополь, 1909. Т. 1. С. 45.

¹⁵ Там же. С. 46.

¹⁶ Там же. С. 47.

директора Никитского ботанического сада, а членами управы стал: А. Н. Козловский, статский советник, представитель Симферопольского уезда; А. А. Нестроев, губернский секретарь, избранный от Днепровского уезда; М. В. Щербань, кандидат права, от Евпаторийского уезда¹⁶.

Статья 57 Положения устанавливала, что губернное земское собрание назначает содержание членам губернской управы. В конце 60 — 70-х гг. XIX в. зарплата председателя и членов Таврической губернской земской управы была установлена собранием и составляла 1 500 руб. в год или 200 руб. в месяц. В 1885 г. оплата труда была увеличена до 600 руб.¹⁷

На основании ст. 58 Положения Таврическое земское собрание утвердило смету в 6 000 руб. на содержание аппарата губернской управы на вторую половину 1866 г. В 1867 г. расходы увеличиваются до 9 000 руб. К 1883 г. эта сумма уже составляла 10 200 руб., а в 1885 г. содержание канцелярии составило 12 419 руб. Служащим аппарата представлялась льгота на право бесплатного медицинского обслуживания. Решением губернского земского собрания от 1 апреля 1872 г. жалование чиновников канцелярии возросло до 1 500 руб., из которых 1 200 руб. выделялось из губернского сбора и 300 руб. — из страхового сбора¹⁸.

Постепенно в губернскую управу принимают на работу технический персонал. Так, в 1867 году был принят земский техник инженер Конради с окладом 125 руб. в месяц. На следующий год его зарплата была увеличена до 2 000 руб. в год. Решением губернского собрания от 4 декабря 1875 г. в управе была введена должность надзирателя (контролера. — В. Ф.) за производством работ по строительной и дорожной части с окладом 800 руб. в год. Решением

собрания от 13 января 1880 г. зарплата надзирателя увеличилась до 1 000 руб. в год. В 1884 г. была введена должность гидротехника¹⁹.

Представляет научный и практический интерес пенсионное обеспечение губернских земских служащих. 26 ноября 1874 г. Таврическое губернное земское собрание приняло решение об образовании пенсионного капитала, установив следующие сроки и размеры пенсионного обеспечения:

- за 9 лет выслуги — от зарплаты четверть пенсии;
- за 12 лет — половину пенсии;
- за 15 лет — 3/4 пенсии;
- за 18 лет — полную от зарплаты пенсию²⁰.

В 1884 г. Таврическое земство создало специальный пенсионный фонд, который назывался эмеритальной кассой, утвердив ее Устав. Согласно п. 2 Устава касса пополнялась за счет отчислений ее участников, а именно:

- а) 6 % от зарплат;
- б) 10 % от вознаграждений;
- в) из выплат премиальных или вычетов из содержания участников за служебные проступки.

Сумма таких вычетов прописывалась в трудовом договоре²¹.

Уставом об эмеритальной кассе было предусмотрено право служащих губернского земства на пенсию в случае их смерти или приговора суда по уголовным преступлениям с лишением всех прав и состояния. Согласно п. 22 бездетная вдова земского пенсионера имеет право на половину пенсии мужа; каждый ребенок при вдове, получающей половину пенсии мужа, имеет право на третью часть второй половины пенсии, но общая сумма пенсии не должна превышать всей пенсии мужа.

¹⁷ Систематический свод постановлений Таврического губернского земского собрания со времен открытия земских учреждений в Таврической губернии. 1866—1886. Симферополь, 1909. Т. 1. С. 46—47; Положение о губернских и уездных земских учреждениях от 1 января 1864 г.

¹⁸ Систематический свод постановлений Таврического губернского земского собрания со времен открытия земских учреждений в Таврической губернии. 1866—1886. Симферополь, 1909. Т. 1. С. 51, 53, 54; Прения и постановления Таврического губернского земского собрания ... С. 16—45; Положение о губернских и уездных земских учреждениях от 1 января 1864 г.

¹⁹ Систематический свод постановлений Таврического губернского земского собрания со времен открытия земских учреждений в Таврической губернии. 1866—1886. Симферополь, 1909. Т. 1. С. 54, 56—58.

²⁰ Там же. С. 78.

²¹ Там же. С. 73, 794—796.

Круглым сиротам назначалась 1/3 пенсии, выслуженной их родителями, с тем же ограничением²².

Согласно Уставу, прошения от вдовы или от имени детей о пенсиях и пособиях могли подаваться в губернскую управу в течение года с предоставлением свидетельства о смерти мужа или отца²³.

В пунктах 30—34 Устава были прописаны основания прекращения пенсий вдовам, сыновьям и дочерям:

- вдовам:
 - а) в связи со смертью;
 - б) с замужеством;
 - в) вступлением в монастырь;
 - г) осуждением с лишением имущественных прав и состояния;
- сыновьям:
 - а) в связи со смертью;
 - б) с вступлением на службу;
 - в) достижением 18-летнего возраста;
 - г) поступлением в учебное заведение на полное содержание земства;
- дочерям:
 - а) в связи со смертью;
 - б) замужеством;
 - в) достижением 21 года;
 - г) поступлением в учебное заведение на полное содержание земства²⁴.

Таким образом, пенсионное обеспечение губернских земских служащих и их семей осуществлялось не государством, а из специального фонда, созданного и контролируемого губернским собранием.

В соответствии со ст. 69 Положения на губернские управы возлагались следующие исполнительно-распорядительные и контрольные функции: составление губернских смет, раскладок и отчетов; подготовка всех нужных для собрания сведений и заключений; надзор

за поступлением земских доходов; расходование губернских земских сумм; ведение, под наблюдением земских собраний, исков по имущественным делам земства и рассмотрение жалоб на уездные земские управы²⁵.

Доходы Таврического губернского земства составляли средства, взимаемые из губернского сбора, который состоял из обложения земли и лесов, промышленных заведений (заводов, мельниц, трактиров, складов и т.д.). Налог с земель и лесов составлял половину земского бюджета. В 1868 г. губернское собрание утвердило правила распределения губернского сбора, разработанные губернской земской управой совместно с представителями уездных управ. Полномочия губернского и уездных земств по содержанию дорог и мостов общегубернского значения были утверждены в 1866—1867 гг., после утверждения списка дорог и мостов, находящихся на содержании губернской управы. В 1867—1886 гг. губернское собрание отдельными постановлениями выделяло средства губернского сбора на ремонт каждого сооружения²⁶.

В 60—70-х гг. XIX в. в Таврическом губернском земском собрании велись острые дискуссии, связанные со справедливой оценкой земли и оценкой промышленной недвижимости. В 1881 г. из представителей 8 уездов губернии была создана комиссия, разрабатывавшая денежную оценку указанной недвижимости. Лишь в 1885 г. была изменена ценность земель для обложения губернским и государственным сбором²⁷.

Согласно п. 68 Положения 1864 г. расходы Таврического губернского земства делились на обязательные и необязательные. К первым относились денежные средства выделенные на строительство дорог, мостов, благотвори-

²² Систематический свод постановлений Таврического губернского земского собрания со времен открытия земских учреждений в Таврической губернии. 1866—1886. Симферополь, 1909. Т. 1. С. 797.

²³ Там же. С. 798.

²⁴ Там же. С. 798.

²⁵ Положение о губернских и уездных земских учреждениях от 1 января 1864 г.

²⁶ Систематический свод постановлений Таврического губернского земского собрания со времен открытия земских учреждений в Таврической губернии. 1866—1886. Симферополь, 1909. Т. 1. С. 163, 757, 794; Корнилов А. А. Курс истории России XIX века. М.: Высшая школа, 1993. С. 310—312.

²⁷ Систематический свод постановлений Таврического губернского земского собрания со времен открытия земских учреждений в Таврической губернии. 1866—1886. Симферополь, 1909. Т. 1. С. 457—464.

тельность, пенсии, содержание полиции и т.д. Ко вторым — расходы на содержание земских учреждений, их собственности, различные пособия нуждающимся семьям, образование, медицину, борьбы с сельскохозяйственными вредителями и т.д.²⁸

На заседании Таврического губернского собрания от 7 декабря 1868 г. смета расходов была утверждена в сумме 97 530 руб., из которых обязательные расходы составляли 31 603 руб. и необязательные — 24 500 руб. В 1870 г. финансовая политика земства изменилась в пользу необязательных (социальных) расходов. Так, на обязательные расходы было выделено 20 040 руб., а на необязательные 27 890 руб. Более того, в 1875 г. смета расходов стала еще более социальной. Из запланированной общей суммы расходов в 98 684 руб. обязательные составили 25 427 руб., а необязательные — 72 256 руб. В 1885 г. смета расходов увеличилась до 290 837 руб.²⁹ На наш взгляд, увеличение суммы расходов губернского земства напрямую связано с правильной политикой организации губернского сбора.

За 20 лет своей деятельности (1866—1887 гг.) Таврическое губернное земское собрание избиралось 7 раз. Численность гласных была постоянной. Со второго трехлетия (1868 г.) от Крыма уездными земствами избирались 20 гласных и от Северной Таврии — 18. В общей сложности численность Таврического губернского собрания составляла 38 гласных³⁰.

Согласно п. 53 Положения в различные годы Таврическое губернное земство возглавляли губернские предводители дворянства³¹. Это были высокообразованные личности, умелые хозяйственники — А. О. Ревелиоти (сын первого владельца Ливадии); А. Х. Стевен

(1880—1888); В. П. Попов (1884); Н. А. Крым-Гирей, коллежский секретарь (1885); Н. И. Иванов (1886)³².

Среди земских деятелей Таврической губернии было немало ярких, неординарных личностей, среди которых выделялся Владимир Карлович Винберг. В 1866 г. он был избран гласным Ялтинского уездного земского собрания. С 1872 по 1881 г. занимал должность председателя Таврической губернской управы. Образовал фонд в 150 тыс. руб. для выдачи ссуд безземельным и малоземельным крестьянам на покупку земли. Он отличался прогрессивными взглядами, стремлением к демократизации общественной жизни, много внимания уделял регулированию земельных отношений, связанных с развитием курортов³³.

Другой яркой личностью, находившейся во главе Таврической земской управы, был Александр Христианович Стевен — сын знаменитого ботаника. В 1876 г. он был избран Симферопольским уездным предводителем дворянства, в 1882 г. — председателем Таврической губернской земской управы. Он был человеком широких демократических взглядов, стоял во главе многих культурных начинаний в жизни Крыма, способствовал развитию крымских курортов, особенно Евпаторийского и Сакского³⁴. В 1903 г. А. Х. Стевен работал товарищем (заместителем) министра земледелия и носил титул гофмейстера при дворе императора³⁵.

На основании изученного историко-правового материала можно сделать следующие выводы и обобщения:

— Таврическое губернное земское собрание и губернская управа были избраны в октябре 1866 г. и приступили к работе в соответствии с их компетенцией и полномочиями,

²⁸ Прения и постановления Таврического губернского земского собрания ... С. 49—50; Корнилов А. А. Указ. соч. С. 311—312; Положение о губернских и уездных земских учреждениях от 1 января 1864 г.

²⁹ Систематический свод постановлений Таврического губернского земского собрания со времен открытия земских учреждений в Таврической губернии. 1866—1886. Симферополь, 1909. Т. 1. С. 491—495.

³⁰ Там же. С. 5.

³¹ Положение о губернских и уездных земских учреждениях от 1 января 1864 г.

³² Систематический свод постановлений Таврического губернского земского собрания со времен открытия земских учреждений в Таврической губернии. 1866—1886. Симферополь, 1909. Т. 1. С. 6.

³³ Там же. С. 24.

³⁴ Там же. С. 78—85.

³⁵ Вестник Таврического земства. 1903. № 2. С. 11.

- установленными Положением о губернских и уездных земских учреждениях от 1 января 1864 г.;
- большинство гласных губернского земства в первое десятилетие составляли отставные военные дворянского сословия. С реализацией крестьянской, земской, судебной и городской реформ в губернское земство стали делегировать представителей других сословий — крестьян-собственников и купечества;
 - финансирование содержания губернской управы осуществлялось за счет губернского сбора, который распределялся на основании Положения о губернских и земских учреждениях. Управленческий аппарат земства был немногочисленный, компетентный и справлялся со своими обязанностями;
 - доходы губернского земства состояли из губернского сбора, то есть денежной оценки земли и промышленной недвижимости. В течение первых двадцати лет работы губернского земства денежная оценка совершенствовалась, что давало положительные результаты увеличения доходной части бюджета;
 - расходы губернского земства в 1866—1886 г. неуклонно увеличиваются за счет губернского сбора с земель и недвижимых имуществ. На протяжении 20 лет губернское земское собрание неоднократно изменяло ставку оценки земель и имущества, руководствуясь принципами справедливости и его реальной стоимостью;
 - пенсионное обеспечение служащих Таврического губернского земства требует тщательного изучения, поскольку, на наш взгляд, оно было более справедливым и обоснованным, чем в настоящее время. Оно учитывало реальный стаж работы, а также интересы вдов и детей умерших пенсионеров;
 - жизнеспособность земств обеспечивалась их самофинансированием. Основную часть поступлений они получали от налогов на недвижимое имущество: земли, леса, доходные дома, фабрики, заводы. Однако главным объектом обложения оказались крестьянские земли. Частновладельческие земли по качеству были лучше наделных, но из-за эгоистической политики гласных дворян, получивших преобладание в земских собраниях, эти земли облагались более низкими налогами;
 - земские учреждения функционировали вне системы государственных органов и в нее не включались. Служба в них считалась общественной обязанностью, гласные не получали вознаграждения за участие в работе земских собраний, а должностные лица земских управ не считались государственными служащими. Оплата их труда производилась из земских средств. Следовательно, и административно, и финансово земские органы были отделены от государственных, но были им подконтрольны. В статье 6 Положения 1864 г. отмечалось, что «...земские учреждения действуют самостоятельно. Закон определяет случаи и порядок, в которых действия и распоряжения их подлежат утверждению и наблюдению общих правительственных властей»;
 - хозяйственная деятельность земского собрания, их исполнительных учреждений показала, что государство не в состоянии было обеспечить полнокровную жизнь общественного организма без системы самоуправления народа.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. История отечественного государства и права / под ред. О. И. Чистякова. — М., 1998. — Ч. 1. — 342 с.
2. Корнилов А. А. Курс истории России XIX века. — М.: Высшая школа, 1993. — 445 с.
3. Маскина А. С. Социальный состав и деятельность Таврического земства в 1866—1890 гг. // Вестник Московского ун-та. — Серия VIII. — 1980. — С. 36—48.
4. Платонов С. Ф. Учебник русской истории. — СПб., 1914. — 493 с.
5. Федун В. В. Историко-правовые аспекты выборов земских самоуправлений Таврической губернии во II пол. XIX в. // Ученые записки Таврического национального университета. — Серия «Юридические науки». — Т. 27 (66). — 2014. — № 1. — С. 69—74.

Материал поступил в редакцию 27 августа 2015 г.

HISTORIC AND LEGAL ASPECTS OF FOUNDATION AND PERFORMANCE OF TAURIDE PROVINCIAL ZEMSTVO IN 1866-1886

FEDUNOV Vladimir Viktorovich — Ph.D. in Law, Associate Professor of the Department of History and Theory of the State and Law of the Law Faculty of the Vernadsky Crimean Federal University
docent_yalta@mail.ru
298600, Respublika Krym, Yalta, ul. Managarova, d. 4, kv. 4.

Review. *The organization and performance of the bodies of local self-government in both Russia and in the Republic of Crimea are far from being perfect ranging from the electoral system and organization of work to the powers in the field of managing the property that is taxed in favor of local government. Based on the experience of our predecessors, the question arises concerning the necessity to maintain a huge bureaucratic apparatus of the Republic of Crimea at the expense of the state budget, the order of formation of the central regulatory legislative and executive bodies, profits and expenses, retirement payment provisions and organization of work in various sectors of economy management. The author made an attempt to carry out a historic and legal research of organization and performance of Tauride Provincial Zemstvo as a local government authority for the first twenty years of its existence from 1866 to 1886. The author believes that the experience of our predecessors can be useful for modern self-government bodies in many aspects of their work.*

Keywords: *zemstvo, provincial zemstvo assembly, provincial zemstvo council, zemstvo councilors, province, district (uyezd), province marshal of nobility.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Istorija otechestvennogo gosudarstva i prava / pod red. O. I. Chistjakova. — M., 1998. — Ch. 1. — 342 s.
2. Kornilov A. A. Kurs istorii Rossii XIX veka. — M. : Vysshaja shkola, 1993. — 445 s.
3. Maskina A. S. Social'nyj sostav i dejatel'nost' Tavrisheskogo zemstva v 1866—1890 gg. // Vestnik Moskovskogo un-ta. — Serija VIII. — 1980. — S. 36—48.
4. Platonov S. F. Uchebnik russoj istorii. — SPb., 1914. — 493 s.
5. Fedunov V. V. Istoriko-pravovye aspekty vyborov zemskih samo upravlenij Tavrisheskoj gubernii vo II pol. XIX v. // Uchenye zapiski Tavrisheskogo nacional'nogo universiteta. — Serija «Juridicheskie nauki». — T. 27 (66). — 2014. — № 1.— S. 69—74.

Интерпретации права как культурно-исторический феномен: категория и институт

Аннотация. Статья подготовлена к 150-летию со дня рождения выдающегося правоведа и педагога Е. В. Васьковского (1866—1942), оставившего богатое научное наследие в области гражданского права и теории толкования права. Представленный материал является продолжением научной дискуссии, касающейся современных тенденций в области правотворчества и правоприменения.

Понимание интерпретации права в широком контексте социокультурных и нормативных практик юридической организации социальных отношений позволяет уйти от элементарных юридико-технических представлений о процессе разъяснения содержания нормативных правовых актов. Ключевые вопросы статьи связаны с различением формально-догматических версий толкования права и понимания интерпретации права как системы культурно-исторических топик, разрабатываемых в логиках определенных юридических картин мира отдельных исторических эпох существования и развития права.

Ключевые слова: толкование права, правовая герменевтика, логико-языковые феномены, юридический текст, юридический дискурс, юридический язык, социальные и культурные коммуникации, культурно-историческая юриспруденция, юридическая картина мира.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.032-046

1. Постановка вопроса

Интерпретации права — универсальная тема и проблема классической юриспруденции, имеющая развитую историческую традицию исследования и применения юридических техник определения нормативных границ организации и регулирования социальных отношений.

Литература по вопросу варьируется в широком диапазоне разнообразных подходов к пониманию данной исторической формы объективации и осуществления права¹.

Историческая и современная палитра интерпретационных концепций и техник касается как глубинных, так и ситуативных форм социально-

¹ См.: Стоянов А. Методы разработки положительного права и общественное значение юристов от глоссаторов до конца XVIII века. Харьков, 1862 ; Муромцев С. А. Что такое догма права? М., 1885; Васьковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002 ; Завадский А. В. К учению о толковании и применении гражданских законов. М., 2008 ; Грязин И. Текст права: опыт методологического анализа конкурирующих теорий. Таллин, 1983 ; Малиновская Н. В. Интерпретация в праве : монография. М., 2011 ; Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012 ; Давыдова М. Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии : монография. Волгоград, 2009.

© Веденеев Ю. А., 2016

* Веденеев Юрий Алексеевич, доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Y-vedeneev@yandex.ru

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

го общения в различных культурах их проявления; от формальных и прагматических версий описания и объяснения различных исторических практик реализации и применения языка и религии до сложных философских систем выявления действительного значения и смысла, заложенного в различные культурные тексты, составляющие предмет интерпретации². От конструирования сложных герменевтических (*дискурсивных*) топик в отдельных сферах социально-гуманитарного знания³ до элементарных конвенциональных форм нормативной оценки границ социального общения.

Различие в подходах к пониманию данного явления, рассматриваемое в контексте как формальных техник толкования права, так и правовой герменевтики, аналогично различию в подходах к изучению онтологических и культурно-исторических оснований человеческой жизни и повседневных практик человеческого существования. Природа этого различия такая же, как и у различий между богословием и религиоведением или между онтологией веры и концептуализацией веры (то есть между внутренним переживанием бога и формальной логикой описания и объяснения исторической потребности присутствия бога в культурном сознании и церковно-обрядовой практике).

Право и религия — исторически рядоположенные социальные категории и социокультурные институты. Правовая реальность, так же как и религиозная, включает в себе социальные (фактические) и трансцендентальные (метафизические и символические) основания и условия собственного развития и воспроизводства. Это одновременно юридический концепт и юридический конструкт, мысленный образ и символ должного порядка отношений, итог культурно-исторических и нормативных

практик реального воплощения права в процессах социального общения. Одно предполагает и определяет другое, и наоборот.

Правовая норма — минимальная часть того, что составляет реальность права, его действительного содержания и исторических форм юридической репрезентации. Интерпретации права не сводятся к реконструкции формальных и политических предпосылок и условий производства, реализации и применения правил поведения в социальной практике. Их предназначение выходит за рамки аксиоматических определений формально должного, заключенного в текстах нормативных правовых актов и иных санкционированных источников права. Формальное толкование — категория низкой критики процесса правоприменения, определяемой коллизией норм права. Природа интерпретации права качественно иная. Ее топика формируется культурно-историческим контекстом и системой ценностных оснований социального общения. Ее предмет определяется коллизией правовых ценностей и формальных норм.

Существование и осуществление права подчиняется нормативной логике социокультуры данного исторического места и времени. Действительный правопорядок определяется не только и не столько официально принятыми решениями субъектов, обладающих собственными компетенциями на производство правовых норм и их применение. Государство легализует с той или иной степенью формальной полноты и адекватности то, что уже дано или заключено в нормативной структуре самого процесса социального общения. Позитивное право позитивно лишь в той мере, в какой оно адекватно нормативной природе самих социальных институтов как предметов формально-правового регулирования⁴. В этом смысле

² См.: Шлейермахер Ф. Герменевтика. СПб., 2004; Бетти Э. Герменевтика как общая методология наук о духе. М., 2011; Гадамер Г. Г. Истина и метод. Основы философской герменевтики. М., 1988; Рикер П. Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике. М., 2002; Деррида Ж. О грамматологии. М., 2000; Фуко М. Герменевтика субъекта. СПб., 2007.

³ См.: Барт Р. Избранные работы. Семиотика. Поэтика. М., 1994; Десницкий Андрей. Введение в библейскую экзегетику. М., 2011; Пьеге-Гро Н. Введение в теорию интертекстуальности. М., 2007; Кавин И. Т. Текст. Дискурс. Контекст: Введение в социальную эпистемологию языка. М., 2008; Хабермас Ю. Философский дискурс о модерне. М., 2003; Эко У. От древа к лабиринту: Исторические исследования знака и интерпретации. М., 2016.

⁴ Гримм Д. Соотношения между юридическим институтом и конкретным отношением // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Г. Ф. Шершеневича. М., 2005. С. 303—323.

позитивное право — это право, санкционированное социокультурой общества, в юридических онтологиях, символах и определениях которого оно выработано и реально действует. Нормативная грамматика социального порядка определяет формальный правопорядок.

Общая проблема толкования права заключается в том, что, прежде чем интерпретировать юридический текст, его нужно прочесть, а чтобы прочесть юридический текст, его нужно написать. Проблема состоит в том, что, во-первых, создателями, потребителями и толкователями юридического текста являются различные социальные и культурные субъекты правового общения, обладающие собственными (то есть не тождественными) юридическими картинами мира, в границах которых оценивается, а значит, и существует право. А во-вторых, как следствие, языки интерпретации юридического текста, его прочтения и написания по определению не совпадают. Их носители представляют различные культурные и лингвистические общности, то есть говорят и понимают право в различных (собственных) культурных традициях и практиках языкового общения.

Отсюда, собственно, и проистекают всевозможные правовые коллизии и аллюзии возможности получения действительно достоверного и объективного знания о предмете и границах толкования права. Отсюда вытекает и другой вопрос темы, выносимой на обсуждение. А возможно ли вообще достижение подобной цели в реальной юридической практике?⁵ Видимо, только при условии низведения всего культурно-исторического разнообразия реальности права к формальным нормам-дефинициям, что, собственно, и составляет Ветхий Завет и предмет общепринятой юридической догматики и аксиоматики.

Интерпретации права, как правило, отождествляются с толкованием содержания юридических текстов. Что такое юридический текст в различных версиях понимания права? Это логико-языковой феномен или культурный факт социальной и символической коммуникации. Этот вопрос имеет принципиальное значение в определении исторических форм и методов интерпретации права.

Интерпретации права — это одновременно юридический и культурно-исторический феномен, процесс и институт. Интерпретации права предполагают использование широкой номенклатуры техник определения его ценностно-нормативного содержания. Особое место в общей системе инструментов толкования права имеют юридический язык и дискурсивные практики его применения. Юридический язык и юридический дискурс — составные элементы юридической картины мира в каждой исторической эпохе существования права. В системе юридических картин мира даются ответы на сакраментальный вопрос: что есть право?

В этом отношении интерпретации права как системы культурно-исторических практик и ее результатов есть не что иное, как форма проявления и репрезентации определенных юридических картин мира или систем социально-правовых ценностей. Процесс интерпретации права протекает в рамочных границах правопонимания. Каждой версии понимания права корреспондирует своя собственная проблематика, концепции и аналитический язык описания и объяснения правовых явлений. Соответственно, каждая версия понимания права вырабатывает и обладает своей собственной интерпретативной техникой (логикой и грамматикой) рассуждения о праве, его онтологических основаниях, границах и формах нормативности права.

И наконец, интерпретация права — это исследовательский процесс. В этом качестве она является составной частью юридической науки и образует определенный исторический формат ее концептуального и практического существования. Определение структурных элементов и междисциплинарных связей данного корпуса юридических проблем и исследовательских тем в общей системе юридической науки составляет существенную часть ее онтологии и эпистемологии. Концептуализация права — такая же составная часть процесса правообразования, как и институционализация права.

Отсюда и вытекают три ключевые темы теории интерпретации права — *природа юридического текста* как универсальной формы реальности права и предмета интерпретации

⁵ Власенко Н. А. Разумность и определенность в правовом регулировании : монография. М., 2015.

права; *юридическая картина мира* как социокультурное основание и среда бытования различных дискурсивных практик интерпретации права; *предмет и система интерпретации права* как института социальной и культурной коммуникации и составной части теории методологии юридической науки.

2. Понимание категории «юридический текст» и интерпретация права

Юридический текст — универсальная форма объективации права в различных культурно-исторических контекстах его существования и проявления. Это и устное, и письменное право, это совокупность юридических жестов и знаково-символических систем, юридический ритуал и процедура. Факт существования юридического текста определяется пересечением онтологических, аксиологических, эпистемологических и прагматических оснований права: социально-правовых коммуникаций и переживаний права; правовых идей и ценностей; правовых понятий и определений; правовых конструкций и фикций. Категория «юридический текст» включает в себе все возможные аспекты юридического отношения к действительности — внешнюю среду обитания права или его культурно-исторический контекст и внутренние глубинные проявления нормативности сущего, или метаправо. В этом плане юридический текст — это одновременно юридический концепт и конструкт, образ и символ должного или недолжного порядка социального общения.

Юридический текст — производная социально-правовых коммуникаций, выраженная в системе определенного юридического языка каждой исторической эпохи существования права. Но это также и демонстрация конкретно-

исторической дискурсивной практики рассуждения о нормативных границах, юридических гарантиях и об ограничениях различных форм социального общения — экономических, политических, культурных. Любой юридический текст в его ментальной, вербальной, концептуальной или институциональной форме является результатом общественного консенсуса или конфликта в рамках признанных данным обществом представлений о должном или недолжном, правильном или неправильном поведении в практиках социального общения. А это уже предмет различных культурно-исторических практик и конкурирующих юридических техник интерпретации права.

Система интерпретации права одновременно контекстуальна и конвенциональна. В границах совмещения контекстуальных и конвенциональных оснований и условий производства и воспроизводства права определяется его юридическое содержание и структура. Интерпретации права протекают в пространстве между формально-догматическим значением явления и его культурно-историческим смыслом⁶. Отсюда, собственно, и складываются две базовых стратегии в интерпретации права — формально-догматический и ценностный подход, две практики ее концептуализации — формально-догматическая и культурно-историческая юриспруденция, две системы нормативности права — формальная и социокультурная (ценностно-символическая).

Каждая версия интерпретации права характеризуется своей философией понимания природы права, своей техникой интерпретации права, своими классическими текстами, определяющими ее логику и аргументацию, своим юридическим языком и юридическим дискурсом.

⁶ Различение категорий «значение» и «смысл» явлений — вечная проблема философии. В отечественной литературе она нашла свое феноменологическое определение в работах Густава Шпета: «Явление и смысл» (1914), «Герменевтика и ее проблемы» (1918), «Язык и смысл» (1922) (см.: Шпет Г. Мысль и слово. Избранные труды. М., 2005). Интерпретации права с позиций его значения и смысла позволяют провести четкую демаркационную линию между практико-ориентированным толкованием норм права и выявлением потенциальных возможностей развития, заключенных в различных культурно-исторических формах существования и репрезентации права. Если правовая герменевтика (в системе ее языка и аргументации) расширяет границы понимания реальности права, то позитивная юриспруденция (в системе ее определений и аксиоматики) только фиксирует условия и границы догматического содержания права (см.: Сулов Б. В. Герменевтика и юридическое толкование // Государство и право. 1997. № 6).

Для отечественной правовой науки имя Е. В. Васьяковского является эталоном формально-догматической топики толкования права. Ключевые подходы и определения догматической техники толкования права были изложены в работе «Учение о толковании и применении гражданских законов», опубликованной еще в 1901 году⁷.

Дальнейшее развитие проблемы толкования права в ее формально-догматическом варианте нашло свое логическое продолжение в трудах советских правоведов⁸. Для постсоветской юриспруденции концептуальным завершением данного подхода является исследование, представленное в монографии Н. А. Власенко «Язык права»⁹.

Культурно-историческая топка толкования права в своих базовых определениях была заложена в монографии англоязычного культуролога и антрополога Клиффорда Гирца «Интерпретация культур»¹⁰, в которой рабочая концепция интерпретативной теории культур была сформулирована уже в самом наименовании первой главы «В поисках насыщенного описания...». *Насыщенное описание* — одновременно метафора и метафизика понимания феномена культура, в том числе и такой структурной составляющей исторического процесса развития и интерпретации культуры, как право. Право как функция множества переменных (социальных интересов, политических решений и ценностных представлений) в своих концептуальных и практических измерениях может быть предметом только кросс-культурных определений и интерпретаций, не ограниченных формальным толкованием одной из исторических форм его проявления и объективации — письменного юридического текста. Язык юридического текста не ограничи-

вается его формальным словарем, используемым в процессе его подготовки и выраженным в системе санкционированных нормативных определений — норм-дефиниций. Юридический язык — это и способ мышления, и система ценностей, и образ мира, заключающие в себе настоящее и будущее право, его действительную форму и содержание в ретроспективной и перспективной онтологии и эпистемологии существования и развития права.

Насыщенное описание проблемы соотношения толкования и интерпретации права предполагает поливариантное разграничение этих двух способов существования и воспроизводства права — формального и социокультурного. Формально-догматическая юриспруденция ограничивается простым различием двух классических форм толкования права: уяснения догматического содержания позитивного права и разъяснения формальных оснований и условий реализации и применения норм объективного права. Интерпретация права не только и не столько составная часть юридического процесса и прием юридической техники. Это сложное культурно-историческое явление и категория. Интерпретация права обладает двойственной природой. С одной стороны, это элемент механизма правообразования (формирования и развития права) и правового регулирования (реализации и применения права). С другой стороны, это элемент систем социальной и культурной (знаково-символической) коммуникации.

Интерпретация права как универсальный культурно-юридический процесс обеспечивает такие фундаментальные практики развития права, как рецепция права (*социокультурное освоение чужого права*), распространение своего права (*культурно-исторический транзит*),

⁷ См.: Ученые записки Императорского Новороссийского университета. 1901. Т. 84. С. 1—398.

Элементарная догматика толкования права в последующем была представлена в работе «Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов» (М., 1913). Продвинутый вариант проблематики толкования права был изложен в монографии «Теория толкования гражданского права. Очерк методологии цивилистической догматики», которая была опубликована Варшавской адвокатской палатой в 1936 г.

⁸ См.: Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции. М., 2012.

⁹ Хотя работа была опубликована в 1979 году, ее переиздание в 2015 году логически и исторически является пролонгацией догматической топики толкования права. См.: Власенко А. Н. Избранное. М., 2015.

¹⁰ См.: Гирц К. Интерпретация культур. М., 2004; Марион Ж.-Л. Насыщенный феномен // (Пост) Феноменология. Новая феноменология во Франции и за ее пределами. М., 2014. С. 63—99.

модернизация права (*ценностно-смысловая трансформация*). В этом смысле интерпретация права понимается в качестве универсальной культурно-исторической функции и процедуры воспроизводства правовой системы. Это своего рода механизм *саморазвития* права, его онтологии и аксиологии.

Интерпретация права — это не только и не столько функция, прием, стадия юридического процесса. Это сквозная базовая составляющая механизма ценностно-правового регулирования, своего рода инфраструктура исторического, концептуального и практического *самоопределения* права. Интерпретация права охватывает как доктринальные и политические, так и формальные и догматические основания процесса правотворчества и правоприменения. В этом аспекте интерпретация права составляет и предмет антропологии и социологии права, и — шире — предмет культурно-исторической юриспруденции. И наконец, самое главное — интерпретация права является одновременно и юридической, и культурно-исторической *критикой* наличного правопорядка.

Особую роль в практиках интерпретации права играет научное и доктринальное правосознание профессионального юридического сообщества. Для отдельных исторических правовых традиций (иудаизм, исламская религиозно-правовая практика) доктринальное правосознание квалифицируется в качестве источника права.

Интерпретация права как культурно-исторический и юридический феномен, категория и институт является предметом научной рефлексии относительно различных аспектов и форм своего присутствия и воздействия на практики социального общения. Именно с этим эпистемологическим фактом связано формирование в составе юридического знания особой отрасли — правовой герменевтики. Правовая герменевтика — своего рода самосознание права. Ее предмет — понимание смысла и значения культурных ценностей и представлений о праве для существования самого права. Это система рассуждений об условиях и границах социальной, культурной и правовой

коммуникации. То есть дискурсивные практики и их воздействие на процессы правообразования и правоприменения.

Поскольку юридический дискурс существует в определенном культурно-историческом контексте и меняется вместе с ним, отсюда происходят и изменения в самой топике — логике и технике рассуждения и интерпретации права. Новая топика рассуждения о праве или интерпретации права образует новое правопонимание (новый взгляд на право и новые подходы к нему) и, как следствие, новое право. Правовая реальность обладает собственной внутренней логикой развития, заключенной в логике рефлексии на предмет самой себя, самоопределения своего человеческого смысла и культурно-исторического и символического значения.

3. Юридический дискурс и интерпретация права

Право живет не в нормативных правовых актах, а в реальных практиках социального общения, то есть системах социальных коммуникаций. Коммуникативная практика — это одновременно и дискурсивная практика, практика ценностно мотивированного нормативного воздействия на поведение, через механизм рассуждений о должном порядке социальных отношений и освоения представлений о должном самой практикой социального общения. Разумеется, рассуждать о праве и быть правом не одно и то же. В этом аспекте проявления своей действительности юридический дискурс есть форма существования и репрезентации социальной власти. Это система социокультурных ориентаций, установок и предпочтений, определяющих ценностно-нормативные границы социальных отношений.

Процесс интерпретации права объединяет в себе и процесс социальной коммуникации, и дискурсивный процесс, власть коммуникации¹¹ и власть дискурса¹², образуя особый формат существования и проявления социальной власти, власть юридической интерпретации, то есть способности квалифицировать практики социального общения на предмет их соответствия или несоответствия культурно-историческим представлениям о нормативно-должном

¹¹ См.: Кастельс М. Власть коммуникации. М., 2016.

¹² См.: Дейк Т. ван. Дискурс и власть. Репрезентация доминирования в языке и коммуникации. М., 2013.

порядке социальных отношений, определять и переопределять формальные и неформальные основания их юридической организации. Конкретные формы юридического дискурса являются производными контекста исторического времени и исторического пространства существования права. В терминах марксистской эпистемологии — социально-экономического базиса и социокультурной надстройки. Иначе говоря, социальные и политические, культурные и когнитивные основания правового общения существуют и определяются дискурсивными практиками конкретных исторических эпох.

Юридический дискурс как акт ценностно-нормативной коммуникации и интерпретации является исторической категорией и представляет веер возможных культурных и когнитивных техник рассуждения о праве. Каждый вариант дискурсивной практики выражает, в свою очередь, уровень понимания нормативных границ социального общения конкретных обществ (традиционных и современных) с разными типами и формами социальной зависимости и стратификации — клановой и сетевой, кастовой и сословной, гражданской и олигархической. Границы и стандарты нормативности измеряются признаваемой и допускаемой мерой юридической свободы или несвободы социального общения как внутри, так и между социальными группами.

Дискурсивная практика не только отражает и оценивает право, но также и производит право. Это одновременно и политический, и культурный, и аналитический процесс: процесс передачи и рецепции права, признания и отрицания своего и чужого права, легитимации и легализации права. Управление юридическим дискурсом есть управление производством и воспроизводством правовой реальности. Отсюда и проистекает борьба за право контролировать системы юридического воспитания и образования, правовой социализации и коммуникации.

В этом отношении различные и конкурирующие версии понимания права (классические и неклассические, позитивистские и непозитивистские, догматические и критические) суть не

что иное, как различные доктринально и концептуально ангажированные дискурсивные практики, обеспечивающие определенные топики и техники интерпретации и переинтерпретации права. Правовая власть существует и воспроизводит себя как власть правового дискурса и власть правовой интерпретации. Ее аксиоматика и догматика варьируются в диапазоне правовой экзегетики и правовой герменевтики или формального выведения нормативно-должного из заданного юридического текста и философского рассуждения о фундаментальных и метафизических основаниях и смыслах социального общения и признания его в качестве действительно правового.

Это уже предмет юридической картины мира исторического места и времени. Именно в рамочных определениях юридической картины мира протекает процесс интерпретации права и санкционируется полученный результат в нормативной логике культурно-исторической и формальной коммуникации¹³. Проблема в том, что культурно-исторический процесс понимания и оценки наличного права и практика производства позитивного права обладают различными, зачастую асинхронными и асимметричными условиями существования, развития и изменения. Реальная практика их совмещения и сочетания в общем процессе социокультурного и формального общения и интерпретации права — предмет антропологии и социологии права, истории развития правовых институтов и правовых доктрин.

Правовое общение, в котором совмещаются интересы и ценности, правовые нормы и правовые идеи, социальные ожидания и переживания наличия или отсутствия права, — одновременно формальный и социокультурный процесс. Это производная конкретных социальных ситуаций, запросов и требований практики юридической организации отношений, накопленного опыта решения или нерешения тех или иных социальных и политических проблем. Это традиции и культура социального и правового поведения, определяемая цивилизационной принадлежностью того или иного общества и его правовой системы, историей становления, формирования и развития ее

¹³ См.: Ван Хук М. Право как коммуникация. СПб., 2012 ; Варламова Н. В. Правовые культуры: введение в сравнительное изучение // Вопросы правоведения. 2010. № 4.

институциональной и нормативной подсистем, ее онтологии, аксиологии и эпистемологии.

Интерпретация права как составная и органическая часть процесса правообразования и правового регулирования социальных отношений отражает это разнообразие действительных и возможных оснований структуры и практики правового общения. Выработывая собственный инструментарий и техники производства и воспроизводства систем правового общения, интерпретационная практика последовательно раскрывает и демонстрирует свой внутренний потенциал формального и концептуального развития. Это находит свое выражение в формировании в ее собственной системе разноуровневых подходов и способов понимания, определения и толкования права, его концептуализации и институционализации. Правовая экзегетика и правовая герменевтика в этом отношении являются двумя полюсами теории и практики интерпретации права в его догматическом и социокультурном измерении — формального текста и культурно-исторического контекста.

Формирование двух аналитик интерпретации права в его догматическом и герменевтическом формате определяется не только и не столько потребностью расширения инструментальной составляющей понимания и разъяснения права. Это вопрос юридической онтологии, а не правовой прагматики или юридической техники реализации и применения права. Это констатация очевидного факта: правовая реальность включает в себе и профанное, и сакральное юридическое качество социального общения. Правовые коммуникации имеют культурное и символическое измерение. Это и социокультурный институт, и юридический концепт действительности. Это симбиоз высокого и низкого начал межличностных отношений в их повседневных практиках и метафизических определениях. Это юридическое бытие между видимым и невидимым, материальным и символическим, нижним и верхним мирами, градусом земным и градусом небесным.

Именно религиозная традиция прочтения

священных текстов, в своей онтологии заключающих юридическое начало, собственной исторической практикой демонстрирует наиболее разработанную аксиоматику и догматику определения буквального значения и понимания скрытого смысла права. Двойственный статус реальности, одновременно человеческой и божественной, выступающей в форме предписаний надлежащего поведения от рождения и до смерти, в полном объеме их содержания и форм представлен библейской экзегетикой в ее двух классических — антиохийской и александрийской школах интерпретации библейских книг. Традиция непрерывная и постоянно возобновляемая в различных культурно-исторических контекстах¹⁴.

Двум практикам — буквального толкования и внутреннего, ценностного понимания права — корреспондируют две эпистемологии интерпретации юридического текста: закрытая и открытая. В чистом виде это внутреннее качество правил, приемов, способов интерпретации права демонстрирует позитивистски и непозитивистски ориентированная юриспруденция¹⁵, юриспруденция норм и юриспруденция ценностей.

Классическая школа понимания права представлена ограниченным и практически не меняющимся набором версий определения права. В жестком варианте аналитической юриспруденции содержание права задано самой терминологией юридического текста. Для аналитической юриспруденции правовая реальность устанавливается и определяется формальным языком, которым написаны юридические тексты. Каков язык юридического текста, такова и правовая реальность. Границы должного заключены в границах юридического словаря и грамматики. Отсюда в общей номенклатуре приемов анализа юридического текста существенное место занимают такие дисциплинарные системы, как текстология, лингвистический и литературно-риторический анализ.

Неклассические школы в различных версиях их собственного предмета и методологии дают столь широкую картину правовой онтологии,

¹⁴ См.: Тисельтон Э. Герменевтика. Черкассы, 2011.

¹⁵ См.: Поляков А. В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004; Варламова Н. В. Тип правопонимания как теоретическая парадигма интерпретации права // Правовые идеи и институты в историко-теоретическом дискурсе. М., 2008.

что провоцируют поиски неких метафизических и аналитических синтезов уже не столько определений самого права, сколько определения своих общих концептуальных оснований, в частности в формате интегральной юриспруденции или постюриспруденции. Не касаясь отдельных версий понимания права и вырабатываемых в них логик интерпретации права, следует отметить, что в их общей системе наиболее близкой по своему предмету и содержанию рассматриваемой темы является именно правовая герменевтика, имеющая собственную развитую историческую традицию¹⁶.

4. Языки юридической интерпретации: экзегетика и герменевтика

Различие языков юридической экзегетики и герменевтики не онтологическое, а феноменологическое. Правовая реальность имеет множество проявлений своего действительного существования. Язык юридической экзегетики — язык правовых норм, формальных правил, совмещающих в своей форме и содержании нормативные, логические и грамматические определения. Это предмет классической, формально-догматической юриспруденции. Язык юридической герменевтики — язык представлений о праве, язык правовых концептов и символов, совмещающих метафизические и культурно-исторические основания нормативно-должного порядка социальных отношений. Это предмет философии и антропологии права.

Юридический язык при всем разнообразии возможных форм существования и воздействия на социальное (коллективное и индивидуальное) поведение представляет собой систему определений нормативных границ и условий социального общения. Языки позитивного права, императивный и диспозитивный языки конкретной правовой коммуникации в различных сочетаниях своих элементов — норм и ценностей, идей и представлений, юридических концептов и конструкций, заключают в себе неограниченный набор вариантов юридической организации социальных отноше-

ний. В структуре исторически заданного юридического языка взаимодействуют правовые категории и понятия, правовые идеи и ценности, совмещаются языки теоретической и практической юриспруденции.

Вместе с тем следует различать язык практического существования права и язык теоретического определения права. Это взаимозависимые, но не тождественные категории. Их различие — это, во-первых, различие онтологических и эпистемологических оснований права, права как социально-нормативного факта и права как юридического понятия и, во-вторых, различие процессов институционализации и концептуализации права, в совокупности обеспечивающих развитие и воспроизводство правовых систем конкретных исторических обществ.

По существу, каждая правовая система обладает собственным юридическим языком описания и квалификации социальных процессов и отношений, определения источников и режимов юридической организации практик социального общения. Каждая правовая система воспроизводит себя в нормативной логике своего культурно-исторического контекста и метатекста. Словарь юридического языка правовой системы конкретной исторической эпохи включает в себе внутренние и внешние границы существования собственной правовой реальности, ее доктринальных и концептуальных определений, ее символов, ценностей и норм. Это словарь формального языка (норм-дефиниций) и языка социокультуры (ценностей) в их взаимных отношениях и определениях.

В терминах и символах определенного юридического языка выражают себя эпохи исторического развития права. В изменениях систем юридических языков, их ценностно-символической, концептуальной и нормативной составляющих обнаруживаются парадигмальные сдвиги в понимании метафизического смысла и практического назначения права. То есть обнаруживаются трансформации в юридических картинах мира, лежащих в основании права и определяющих его догматику и аксио-

¹⁶ См.: Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху постмодерна. СПб., 2002 ; Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. СПб., 2015 ; Современное правопонимание. Курс лекций. М., 2016.

матику, что находит свое логическое и историческое продолжение в практиках правообразования, реализации и применения права.

Практики толкования права в его догматической и метафизической редакции — непременные составляющие юридического процесса во всех формах его объективации. В этом плане интерпретации права образуют каркас юриспруденции одновременно и как эмпирической, и как теоретической дисциплины. История становления и развития классической римской юриспруденции является, по существу, историей развития и совершенствования разнообразных техник интерпретации частного и публичного права (*jus civile*, *jus gentium*, *jus italicum*, *jus latii*), осуществляемой на различных этажах социальной структуры римского общества и в различных аспектах общения граждан и неграждан.

Право составляет общий объект теории и практики интерпретации — правовой догматики и правовой герменевтики. Каждая из них располагает своим предметом, подходами и рабочей аналитикой. Право как объект формального толкования (догматика) и понимания (герменевтика) получает свое отражение в системе формальных определений и социокультурных представлений о должном или недолжном в практиках социального общения, образующих содержание юридической картины мира. В этом смысле юридическая картина мира — по определению и нормативная, и социокультурная категория.

Юридическая картина мира является активным компонентом процесса правообразования и воспроизводства права. Ее отображение в системе правовых норм и институтов (юридических конструкций) и правовых представлений и ценностей (юридических концептов) связано с использованием различных юридических языков — языков юридических институтов и языков их оценки на предмет соответствия или несоответствия признанным социокультурной стандартам социального общения. Между ними существует предметная и функциональная связь. Юридический язык не только отражает и оценивает правовую реальность, но также ее формирует и производит. И, самое главное, изменяет ее или консервирует. Правовая реальность такова, каков юридический язык рассуждения и определения правовой реальности.

Существование юридического языка привязано к циклам культурно-исторического развития. В этом смысле правовая догматика и правовая герменевтика как способы интерпретации — понимания, отношения и определения права — составляют общий предмет культурно-исторической (когнитивной и институциональной) юриспруденции.

5. Техники интерпретации права

Понимание права как комплексного, много-составного, многоуровневого и многоаспектного явления, категории и понятия — итог длительной и сложной культурно-исторической, институциональной и концептуальной эволюции. Это элемент практики становления и развития исторических систем социального общения, каждая из которых вырабатывает свое собственное право. Это элемент определенной социокультуры, наряду с языком и религией. Это историческая категория с меняющимся содержанием и формой. Это универсальный способ человеческого существования, в основаниях и структуре которого сосуществуют базисные и надстроечные элементы.

Атрибутивные признаки права (формальная определенность, общеобязательность, принудительность) в конечном итоге связаны и определяются его общим и фундаментальным качеством — реализуемостью норм права в практике юридической организации социальных отношений. И здесь имеют место два важных обстоятельства, связанные с пониманием и определением нормативных границ регулирования практик социального общения. Первое обстоятельство: социальное отношение, прежде чем быть предметом правового регулирования, должно им стать. Процессы формальной позитивации — производная процессов социальной институционализации или превращения социальных интеракций из спорадических в систему устойчивых и воспроизводящихся связей, становящихся социальными институтами. Второе обстоятельство: социальный институт — культурно-исторический феномен, в самом себе заключающий свое собственное внутреннее право, фиксирующее ценностно-нормативные рамки формально-правового регулирования.

В этом плане формальное право само является предметом социокультурных (антропологических и социологических) и юридических

определений и квалификаций. Именно здесь и лежит разделительная линия между толкованием права, представленным системой нормативных правовых актов (законодательством), и герменевтикой права, определяющей логико-языковые феномены права в широком контексте ментальных и когнитивных, доктринальных и концептуальных оснований права. То есть предмет герменевтики права — это определение того, что есть право, а что не есть право в его универсальных и партикулярных нормативных формах социального общения в широком контексте юридических картин мира конкретных обществ конкретной исторической эпохи¹⁷.

Правовая реальность не сводится к нормам права. Техника интерпретации права не сводится к технике толкования нормативных правовых актов. Предмет интерпретации права — базовые составляющие его онтологии, а именно юридический язык, юридический дискурс и юридический текст в их взаимных отношениях.

Юридический текст — это не текст нормативных правовых актов. Юридический текст обладает свойством интертекстуальности. Это нормативный текст внутри других культурных текстов, полученный на их пересечении.

Юридический дискурс — это не прием логических определений и формального конструирования правил. Это система социальных и концептуальных практик воздействия на выбор вариантов поведения в определенных культурах социального общения. Юридический дискурс также обладает свойством интердискурсивности. Это нормативный дискурс вну-

три других культурных дискурсов (этнических, религиозных), данный в их взаимодействии.

Юридический язык — это не словарь правовых терминов в составе синонимов, антонимов и омонимов. Грамматическая и синтаксическая структура правовых правил¹⁸ и грамматика языка юридического порядка — нетождественные категории¹⁹. Юридический язык представляет собой универсальную форму нормативной коммуникации внутри социальных и культурных коммуникаций. В этом смысле право объективно заключено в самой системе социальных связей, внутри которых осуществляется социальный процесс как нормативный процесс.

Юридический язык — одновременно текущая и застывшая субстанция²⁰. В юридическом языке находят свое социокультурное и нормативное выражение исторические эпохи права. Проблема цикличности и преемственности в развитии юридического языка или проблема времени жизни юридического языка определенной исторической эпохи — актуальная тема и предмет теории права. Это проблемы борьбы и сосуществования старого и нового правосознания (и их юридических языков) в практиках социально-правового общения. Интерпретации наличного права являются формой пролонгации его действия в меняющемся культурно-историческом контексте.

Традиция формально-догматической разработки и толкования права является безусловной ценностью. Практики реализации и применения права связаны детально проработанной системой юридико-технических правил, при-

¹⁷ Несмотря на множество конкурирующих теорий происхождения, генезиса и развития права, проблема, что есть право в собственном смысле данного культурно-исторического явления и понятия, остается открытой. В этом аспекте понимания предмета и дисциплинарной структуры правовой герменевтики ее предмет и дисциплинарная структура открыты для развития. Дисциплинарный статус правовой герменевтики — метатеория права, ее предмет — метаправо или модусы проявления нормативно-должного в культурно-исторических практиках юридического существования от элементарных органических форм социальной нормативности до сложных правовых систем организации социальных отношений.

¹⁸ См.: *Власенко Н. А.* Язык права. Избранное. М., 2015.

¹⁹ См.: *Бродель Ф.* Грамматика цивилизаций. М., 2008.

²⁰ Язык позитивной юриспруденции застыл в системе понятий и конструкций, исключающих возможность выхода за рамки принятых, а фактически санкционированных самим научным сообществом догматических подходов и определений права. Язык права, несмотря на формальные констатации наличия в его структуре метаязыка, формального и практического языка, остается открытой темой и проблемой юридической науки (см.: *Черданцев А. Ф.* Логико-языковые феномены в юриспруденции. М., 2012. С. 17—18).

емов и способов толкования права. Эта форма интерпретации права образует юридическую инфраструктуру развития позитивного права как с точки зрения восполнения правовых пробелов и разрешения коллизий в процессах правового регулирования, так и с точки зрения формальной критики действующего правопорядка.

Положительные эффекты изучения логико-языковых феноменов права, разумеется, не снимают проблему саморефлексии на предмет расширения оснований и форм интерпретации и понимания права. Герменевтика — один из возможных вариантов саморазвития теории и практики универсальных и исторических форм правовой коммуникации²¹. В отличие от формально-догматической версии толкования права, рассматривающей право в качестве логико-языкового феномена — системы аналитических практик и унифицированных правил и определений, правовая герменевтика видит право в качестве культурно-исторического феномена — системы дискурсивных практик и конкурирующих правоположений. Предмет правовой герменевтики — понимание смысла правовых коммуникаций в определенных социокультурных контекстах их осуществления и интерпретации²².

Существенное значение в становлении и развитии правовой герменевтики имеет *междисциплинарный контакт* с антропологией и социологией права, широко представленной французской, британской и немецкой классическими школами. Среди них в первую очередь следует выделить ряд базовых культурно-исторических парадигм — категорий понимания изменений в системах социальных коммуникаций традиционных и современных обществ.

Это и предложенное *Фердинандом Тённисом* различение категорий община и общество²³;

— и структурный сдвиг в системах социального общения, обозначенный *Генри Мейном* как переход от статуса к договору²⁴;

— и различие между приписываемым и достижительным социальным статусом (аскриптивностью и функциональностью) *Макса Вебера*²⁵;

— и классическое определение органической и механической солидарности (нормативности) *Эмиля Дюркгейма*²⁶;

— и различие универсального и партикулярного модусов социальной организации *Талкотта Парсонса*²⁷;

— и, наконец, определение трансформации форм социальных коммуникаций как перехода от нецивилизованных к цивилизованным сообществам *Норберта Элиаса*²⁸.

Это минимальная часть культурно-исторического и концептуального наследия, которое составляет классику и основание современной правовой герменевтики. Вклад теоретиков и практиков отечественной юриспруденции в проблематику толкования права составляет существенный элемент развития юридической науки.

Ключевое место Е. В. Васильковского в разработке ее общетеоретических аспектов неоспоримо. Историографическое введение в основные течения в теории толкования права 1936 г. продолжает сохранять свое значение в общем корпусе юридических исследований данного и вечно актуального вопроса реальной жизни права в его исторической логике развития, применения и изучения. Несомненно, заслуживает внимания постановка вопроса междисципли-

²¹ См.: *Тисельтон Э.* Указ. соч. ; *Соболева М.* Философская герменевтика: понятия и позиции. М., 2014.

²² См.: Социокультурная антропология права : коллективная монография. СПб., 2015 ; Право и правоприменение в зеркале социальных наук. Хрестоматия современных текстов. М., 2014 ; Современная социология права : сборник трудов. М., 2013.

²³ См.: *Тённис Ф.* Общность и общество. М., 2002.

²⁴ См.: *Мэн Г.* Древний закон: его взаимосвязь с ранней историей общества и отношение к современным идеям. СПб., 1873.

²⁵ См.: *Вебер М.* Избранное: протестантская этика и дух капитализма. М., 2006.

²⁶ См.: *Дюркгейм Э.* О разделении общественного труда. Метод социологии. М., 1991.

²⁷ См.: *Парсонс Т.* Система современных обществ. М., 1997.

²⁸ См.: *Элиас Н.* О процессе цивилизации. Социогенетические и психогенетические исследования. Т. 1—2. М.-СПб., 2001.

нарного статуса догматической разработки законодательства — «при помощи общих методов, используемых другими науками»²⁹. В этом смысле правовая герменевтика как субдисциплина составляет органичную часть культурно-исторической юриспруденции.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Стоянов А.* Методы разработки положительного права и общественное значение юристов от глоссаторов до конца XVIII века. — Харьков, 1862.
2. *Муромцев С. А.* Что такое догма права? — М., 1885.
3. *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. — М., 2002.
4. *Завадский А. В.* К учению о толковании и применении гражданских законов. — М., 2008.
5. *Грязин И.* Текст права: опыт методологического анализа конкурирующих теорий. — Таллин, 1983.
6. *Малиновская Н. В.* Интерпретация в праве : монография. — М., 2011.
7. *Михайлов А. М.* Генезис континентальной юридической догматики. — М., 2012.
8. *Давыдова М. Л.* Юридическая техника: проблемы теории и методологии : монография. — Волгоград, 2009.
9. *Шлейермахер Ф.* Герменевтика. — СПб., 2004.
10. *Бетти Э.* Герменевтика как общая методология наук о духе. — М., 2011.
11. *Гадамер Г. Г.* Истина и метод. Основы философской герменевтики. — М., 1988.
12. *Рикер П.* Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике. — М., 2002.
13. *Деррида Ж.* О грамматологии. — М., 2000.
14. *Фуко М.* Герменевтика субъекта. — СПб., 2007.
15. *Барт Р.* Избранные работы. Семиотика. Поэтика. — М., 1994.
16. *Десницкий А.* Введение в библейскую экзегетику. — М., 2011.
17. *Пьеге-Гро Н.* Введение в теорию интертекстуальности. — М., 2007.
18. *Касавин И. Т.* Текст. Дискурс. Контекст : Введение в социальную эпистемологию языка. — М., 2008.
19. *Хабермас Ю.* Философский дискурс о модерне. — М., 2003.
20. *Эко У.* От древа к лабиринту : Исторические исследования знака и интерпретации. — М., 2016.
21. *Власенко Н. А.* Разумность и определенность в правовом регулировании : монография. — М., 2015.
22. *Черданцев А. Ф.* Логико-языковые феномены в юриспруденции. — М., 2012.
23. *Гириц К.* Интерпретация культур. — М., 2004.
24. *Кастельс М.* Власть коммуникации. — М., 2016.
25. *Тён Д. ван.* Дискурс и власть. Репрезентация доминирования в языке и коммуникации. — М., 2013.
26. *Ван Хук М.* Право как коммуникация. — СПб., 2012.
27. *Варламова Н. В.* Правовые культуры: введение в сравнительное изучение // Вопросы правоведе-ния. — 2010. — № 4.
28. *Поляков А. В.* Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхо-да. — СПб., 2004.
29. *Варламова Н. В.* Тип правопонимания как теоретическая парадигма интерпретации права // Право-вые идеи и институты в историко-теоретическом дискурсе. — М., 2008.
30. *Тисельтон Э.* Герменевтика. — Черкассы, 2011.
31. *Честнов И. Л.* Правопонимание в эпоху постмодерна. — СПб., 2002.

²⁹ См.: *Васьковский Е. В.* Теория толкования гражданского права. Очерк методологии цивилистической догматики // Избранные работы польского периода. М., 2016. С. 510.

Позиция является продолжением темы междисциплинарности правовых теорий, поднятой Богданом Кистяковским еще в 1916 году в работе «Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права».

32. Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. — СПб., 2015.
33. Современное правопонимание. Курс лекций. — М., 2016.
34. Власенко Н. А. Язык права. Избранное. — М., 2015.
35. Соболева Майя. Философская герменевтика: понятия и позиции. — М., 2014.
36. Социокультурная антропология права : коллективная монография. — СПб., 2015.
37. Право и правоприменение в зеркале социальных наук. Хрестоматия современных текстов. — М., 2014.
38. Современная социология права : сборник трудов. — М., 2013.
39. Бродель Ф. Грамматика цивилизаций. — М., 2008.
40. Шпет Г. Мысль и слово. Избранные труды. — М., 2005.

Материал поступил в редакцию 24 февраля 2016 г.

LAW INTERPRETATIONS AS A CULTURAL AND HISTORIC PHENOMENON: THE CATEGORY AND THE INSTITUTION

VEDENEEV Yuri Alekseevich — Doctor of Law, Professor of the Department of Theory of the State and Law of the Kutafin Moscow State Law Academy. (MSAL) [Y-vedeneev@yandex.ru]
123995, Russia, Moscow, ul.Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Review. *The article was prepared for the anniversary celebration of an outstanding jurist and educator I.V. Vaskovsky (1866—1942) who left an enduring scientific legacy in the field of civil law and the theory of interpretation of law. The resources presented here is an extension of the scientific debate concerning current trends in the field of law-making and enforcement.*

Understanding of the interpretation of law in the wider context of socio-cultural and legal practices of the legal organization of social relations allows escaping from trivial legal and technical understanding of this process of elucidating the content of the normative and legal acts. Key issues of the article revolve around distinguishing between formal and dogmatic versions of interpretation of law and understanding of the law as a system of cultural and historical topics being developed within the logics of certain legal worldbuildings of separate eras of existence and development of the law.

Keywords: *interpretation of law, legal hermeneutics, logical and linguistic phenomena, text of law, legal discourse, language of law, social and cultural communications, cultural and historic jurisprudence, legal world-building.*

REFERECES (TRANSLITERATION)

1. Stojanov A. Metody razrabotki polozhitel'nogo prava i obshhestvennoe znachenie juristov ot glossatorov do konca XVIII veka. — Har'kov, 1862.
2. Muromcev S. A. Chto takoe dogma prava? — М., 1885.
3. Vas'kovskij E. V. Civilisticheskaja metodologija. Uchenie o tolkovanii i primenenii grazhdanskih zakonov. — М., 2002.
4. Zavadskij A. V. K ucheniju o tolkovanii i primenenii grazhdanskih zakonov. — М., 2008.
5. Grjazin I. Tekst prava: opyt metodologicheskogo analiza konkurirujushhih teorij. — Tallin, 1983.
6. Malinovskaja N. V. Interpretacija v prave : monografija. — М., 2011.
7. Mihajlov A. M. Genezis kontinental'noj juridicheskoy dogmatiki. — М., 2012.
8. Davydova M. L. Juridicheskaja tehnika: problemy teorii i metodologii : monografija. — Volgograd. 2009.
9. Shlejermaher F. Germenevtika. — SPb., 2004.
10. Betti Je. Germenevtika kak obshhaja metodologija nauk o duhe. — М., 2011.
11. Gadamer G. G. Istina i metod. Osnovy filosofskoj germenevtiki. — М., 1988.
12. Riker P. Konflikt interpretacij. Oчерki o germenevtike. — М., 2002.
13. Derrida Zh. O grammatologii. — М., 2000.

14. *Fuko M.* Germenevtika sub#ekta. — SPb., 2007.
15. *Bart R.* Izbrannye raboty. Semiotika. Pojetika. — M., 1994.
16. *Desnickij A.* Vvedenie v biblejskuju jekzegetiku. — M., 2011.
17. *P'ege-Gro N.* Vvedenie v teoriju intertekstual'nosti. — M., 2007.
18. *Kasavin I. T.* Tekst. Diskurs. Kontekst : Vvedenie v social'nuju jepistemologiju jazyka. — M., 2008.
19. *Habermas Ju.* Filosofskij diskurs o moderne. — M., 2003.
20. *Jeko U.* Ot dreva k labirintu : Istoricheskie issledovanija znaka i interpretacii. — M., 2016.
21. *Vlasenko N. A.* Razumnost' i opredelennost' v pravovom regulirovanii : monografija. — M., 2015.
22. *Cherdancev A. F.* Logiko-jazykovye fenomeny v jurisprudencii. — M., 2012.
23. *Girc K.* Interpretacija kul'tur. — M., 2004.
24. *Kastel's M.* Vlast' kommunikacii. — M., 2016.
25. *Tjon D. van.* Diskurs i vlast'. Rerezentacija dominirovanija v jazyke i kommunikacii. — M., 2013.
26. *Van Huk M.* Pravo kak kommunikacija. — SPb., 2012.
27. *Varlamova N. V.* Pravovye kul'tury: vvedenie v sravnitel'noe izuchenie // Voprosy pravovedenija. — 2010. — № 4.
28. *Poljakov A. V.* Obshhaja teorija prava: problemy interpretacii v kontekste kommunikativnogo podhoda. — SPb., 2004.
29. *Varlamova N. V.* Tip pravoponimania kak teoreticheskaja paradigma interpretacii prava // Pravovye idei i instituty v istoriko-teoreticheskom diskurse. — M., 2008.
30. *Tisel'ton Je.* Germenevtika. — Cherkassy, 2011.
31. *Chestnov I. L.* Pravoponimanie v jepohu postmoderna. — SPb., 2002.
32. *Kozlihin I. Ju., Poljakov A. V., Timoshina E. V.* Istorija politicheskikh i pravovyh uchenij. — SPb., 2015.
33. *Sovremennoe pravoponimanie. Kurs lekcij.* — M., 2016.
34. *Vlasenko N. A.* Jazyk prava. Izbrannoe. — M., 2015.
35. *Soboleva Majja.* Filosofskaja germenevtika: ponjatija i pozicii. — M., 2014.
36. *Sociokul'turnaja antropologija prava : kollektivnaja monografija.* — SPb., 2015.
37. *Pravo i pravoprimenenie v zerkale social'nyh nauk. Hrestomatija sovremennyh tekstov.* — M., 2014.
38. *Sovremennaja sociologija prava : sbornik trudov.* — M., 2013.
39. *Brodel' F.* Grammatika civilizacij. — M., 2008.
40. *Shpet G.* Mysl' i slovo. Izbrannye trudy. — M., 2005.

К вопросу о новой редакции Бюджетного кодекса Российской Федерации

Аннотация. Статья посвящена анализу проекта новой редакции Бюджетного кодекса РФ. Отмечаются коллизии действующего бюджетного законодательства и новой редакции Бюджетного кодекса РФ. Применяя метод сравнительно-правового исследования, автор рассмотрел основные понятия бюджетного права — бюджет, бюджетный процесс. Проанализирован изменившийся перечень участников бюджетного процесса, а также вопросы правового регулирования государственного (муниципального) финансового контроля.

Ключевые слова: бюджет, бюджетное законодательство, бюджетная система, бюджетный процесс, стадии бюджетного процесса, доходы бюджета, финансы, бюджетирование, принципы, местное самоуправление, субъекты РФ, государственные внебюджетные фонды, финансово-плановый закон, эффективность, результативность, полномочия.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.047-054

Современное бюджетное законодательство Российской Федерации с начала 90-х годов прошлого века прошло несколько периодов развития.

В начале 90-х годов были заложены основы правового регулирования бюджетной системы федеративного государства, которые связаны прежде всего с принятием Закона РСФСР от 10 октября 1991 г. «Об основах бюджетного устройства и бюджетного процесса»¹. В нем были закреплены правовые основы, на которых строится современная бюджетная система Российской Федерации, сформулированы понятия бюджета, бюджетного устройства и бюджетного процесса.

Затем был принят Бюджетный кодекс Российской Федерации², который явился первым кодифицированным источником, установившим общие принципы бюджетного законодательства, организации и функционирования бюджетной системы Российской Федерации, правовое положение субъектов бюджетных правоотношений, определил основы бюджетного процесса и межбюджетных отношений в Российской Федерации, порядок исполнения судебных актов по обращениям взыскания на средства бюджетов бюджетной системы Российской Федерации, основания и виды ответственности за нарушение бюджетного законодательства.

¹ ВС РФ. 1991. № 46. Ст.1543.

² СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

© Болтинова О. В., 2016

* Болтинова Ольга Викторовна, доктор юридических наук, профессор кафедры финансового права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ

o.boltinova@mail.ru

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

За 15 лет, прошедших с момента введения в действие БК РФ, было принято более 50 федеральных законов о его изменении, что, с одной стороны, обусловлено потребностями современного развития нашего общества и создания адекватной рыночной экономике бюджетной системы Российской Федерации, а с другой стороны, явилось следствием достаточно большого числа неурегулированных вопросов, пробелов и внутренних противоречий норм БК РФ.

Распоряжением Правительства РФ от 30 декабря 2013 г. № 2953-р³ утверждена Программа повышения эффективности управления общественными (государственными и муниципальными) финансами на период до 2018 г. Ее целью является повышение эффективности, прозрачности и подотчетности использования бюджетных средств при реализации приоритетов и целей социально-экономического развития за счет завершения формирования современной нормативно-методической базы регулирования бюджетных правоотношений, прежде всего путем разработки и введения в действие новой редакции Бюджетного кодекса и совершенствования реализующей ее правоприменительной практики.

Таким образом, на современном этапе развития бюджетного законодательства Российской Федерации существует ряд проблемных, противоречивых вопросов в области бюджетной деятельности, которые не урегулированы нормами БК РФ или носят спорный, дискуссионный характер. Законодатель предлагает новую редакцию БК РФ, и в этой связи хотелось обратить внимание на некоторые спорные аспекты проекта новой редакции БК РФ.

1. В пункте 1 ст. 5 проекта БК РФ закреплено, что бюджет предназначен для финансового обеспечения полномочий РФ, субъекта РФ, муниципального образования.

В то же время в п. 1 ст. 11 проекта БК РФ установлено, что к бюджетам бюджетной системы Российской Федерации относятся предназначенные для исполнения публичных обязательств:

1) Российской Федерации — федеральный бюджет, а также бюджет Пенсионного фонда РФ, бюджет Фонда социального стра-

хования РФ, бюджет Федерального фонда обязательного медицинского страхования (далее — бюджеты государственных внебюджетных фондов Российской Федерации);

2) субъектов Российской Федерации — региональные бюджеты и бюджеты территориальных фондов обязательного медицинского страхования;

3) муниципальных образований — местные бюджеты: бюджеты муниципальных районов; городских округов; городских округов с внутригородским делением; внутригородских муниципальных образований городов федерального значения; городских поселений; сельских поселений; внутригородских районов.

Таким образом, существует противоречие между п. 1 ст. 5 и п. 1 ст. 11 БК РФ.

2. Понятия и термины, закрепленные в ст. 5 проекта БК РФ, нуждаются в доработке и совершенствовании, например бюджет, бюджетный процесс.

А. Термин «бюджет».

Бюджет — это реальная основа осуществления политики государства. Бюджет — это источник социально-экономического развития государства, его индикатор. Посредством бюджета государство управляет финансовыми потоками всей финансовой системы Российской Федерации, используя императивный метод правового регулирования.

Понятие бюджета прошло длительный процесс становления и развития в Российской Федерации. Уже в XVII в. существовал единый государственный бюджет⁴. Из центра в область направлялись сведения о сумме, которую надлежало перечислить в государственный бюджет. Земские органы распределяли по округам. Это называлось «разруб». Сведения о существовании годовой большой сметы доходов и расходов относятся к первым годам царствования дома Романовых (1623 г.). Бюджет является необходимым атрибутом государства. Именно с помощью бюджета осуществляются задачи и функции государства и местного самоуправления. Его назначение — обеспечение деятельности публичной власти. Бюджет сигнализирует

³ СЗ РФ. 2014. № 2 (ч. 2). Ст. 219.

⁴ *Владимирский-Буданов М. Ф.* Обзор истории русского права. Киев, 1909. С. 204.

государству о том, как поступают финансовые ресурсы в его распоряжение, соответствует ли размер централизованных средств государства объему его потребностей.

До БК РФ понятие бюджета было закреплено в ст. 1 Закона РСФСР «Об основах бюджетного устройства и бюджетного процесса». Законодатель определял бюджет как форму образования и расходования денежных средств для обеспечения функций органов государственной власти. Однако в это определение не были включены местные бюджеты, хотя они имеют все признаки бюджетов как таковых и входят в бюджетную систему РФ. Да и собственно формулировка понятия «бюджет» в данном Законе вызывала много споров, поскольку бюджет является финансовым планом для обеспечения задач и функций государства (местного самоуправления), а не органов государственной власти. Ведь именно функциональная классификация расходов содержит группировку расходов по функциональному признаку, отражает функции государства.

Изначально в ст. 6 БК РФ бюджет определялся как форма образования и расходования фонда денежных средств, предназначенных для финансового обеспечения задач и функций государства и местного самоуправления. Безусловно, часть правовых пробелов устранена в связи с принятием БК РФ, а именно:

- во-первых, в ст. 6 говорилось о фондах денежных средств;
- во-вторых, закреплены местные бюджеты;
- в-третьих, определено назначение бюджета — обеспечение задач и функций государства (местного самоуправления).

В теории бюджетного права понятие бюджета рассматривают с трех точек зрения: материальной, экономической и правовой.

С. В. Степашин указывает, что «бюджет является наиболее широкой финансовой категорией, поэтому ему присущи все функции, принадлежащие финансам: перераспределение валового внутреннего продукта; государственное регулирование и стимулирование экономики; финансовое обеспечение бюджетной сферы и осуществление социальной политики

государства; контроль за образованием и использованием централизованных фондов денежных средств»⁵. Государственный бюджет представляет особую форму перераспределительных отношений, связанную с обособлением части национального дохода в собственность всего государства (или субъекта РФ) и ее использованием с целью удовлетворения потребностей всего общества и отдельных его государственно-территориальных образований. Сфера бюджетного распределения занимает центральное место в составе государственных финансов, что обусловлено ключевым положением бюджета по сравнению с другими звеньями финансовой системы⁶.

В правовом смысле бюджет — это прежде всего закон (либо решение местного самоуправления), в соответствии с законодательством Российской Федерации разработанный Правительством РФ, рассмотренный и утвержденный Государственной Думой, одобренный Советом Федерации и подписанный Президентом РФ.

В статье 11 БК РФ нашло отражение понятие «правовая форма бюджета», где закреплено, что федеральный бюджет разрабатывается и утверждается в форме федерального закона, бюджеты субъектов Российской Федерации — в форме законов субъектов Российской Федерации, местные бюджеты разрабатываются и утверждаются в форме муниципальных правовых актов представительных органов муниципальных образований.

Рассматривая бюджет, необходимо отметить следующие аспекты:

- во-первых, это акт высшей юридической силы (утверждается представительными органами государственной власти или решением местного самоуправления и принимается в форме закона или муниципального правового акта представительных органов муниципальных образований);
- во-вторых, это централизованный фонд денежных средств (концентрирует финансовые ресурсы, необходимые для осуществления задач и функций государства, доходы по источникам, расходы направляются по функциям государства и муниципальных

⁵ Степашин С. В. Конституционный аудит. М. : Наука, 2006. С. 190.

⁶ Степашин С. В. Указ. соч. С. 190—191.

- образований (ранее существовала экономическая, функциональная и ведомственная классификации расходов бюджетов))⁷;
- в-третьих, это финансовый план, который предусматривает доходы и расходы государства на определенный период времени, а именно с 1 января по 31 декабря на очередной финансовый год и плановый период;
 - в-четвертых, это не просто финансовый план, а основной финансовый план государства (наряду с ним действуют финансовые планы предприятий, организаций, учреждений, сметы и т.д.).

Понятие «бюджет» в действующей редакции определяется как форма образования и расходования денежных средств, предназначенных для финансового обеспечения задач и функций государства и местного самоуправления. Законодатель исключил слово «фонд», хотя с данной позицией вряд ли можно согласиться. Ведь бюджет — это основной централизованный фонд денежных средств, который предназначен для осуществления задач и функций государства и муниципальных образований. Бюджет — это абстрактное выражение всех процессов в области экономики и социальной сферы, происходящих в государстве. Цифры статей бюджета на текущий год показывают, откуда в бюджет должны прийти доходы, как они будут перераспределяться и как расходоваться⁸. Кроме того, это не только форма образования и расходования фонда денежных средств, но и форма распределения денежных средств.

Конституционный Суд РФ в постановлении от 17 июня 2004 г. № 12-П⁹ отметил, что «...бюджет каждого территориального уровня как инструмент реализации финансовой политики государства служит для распределения и перераспределения финансовых ресурсов на определенной территории, посредством чего происходит финансовое обеспечение публичных

функций, а сами бюджетные отношения выступают в таком случае существенным элементом социально-экономического развития государства и муниципальных образований. Бюджет субъекта Российской Федерации или местный бюджет не существуют изолированно — они являются составной частью финансовой системы Российской Федерации».

В проекте новой редакции БК РФ (п. 1 ст. 5) бюджет определяется как форма образования и использования денежных средств, предназначенных для финансового обеспечения полномочий Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования. На наш взгляд, безусловно, законодатель уточнил понятие бюджета, однако необходимо закрепить в БК РФ следующее определение бюджета: *бюджет — это основной финансовый план образования, распределения и использования централизованного денежного фонда публично-правового образования, утверждаемый соответствующими представительными органами государственной власти или муниципальных образований в форме закона (или в форме муниципальных правовых актов представительных органов муниципального образования) для финансового обеспечения полномочий Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований.*

О. Н. Горбунова совершенно правильно подчеркивает, что «ежегодно принимаемый закон о федеральном бюджете дает нам общую картину об основном централизованном фонде денежных средств государства, об источниках его формирования и направлениях его расходов, что при хорошем анализе дает нам полную картину развития государства на год»¹⁰.

Б. Термин «бюджетный процесс».

Все процессуальные нормы имеют процедурный характер. Они устанавливают порядок и правовые формы деятельности соответствующим

⁷ Пискотин М. И. Советское бюджетное право. М., 1971. С. 16 ; Советское финансовое право / под ред. Е. А. Ровинского, 3-е изд. М., 1978, С. 74 ; Бельский К. С. Финансовое право. М., 1994. С. 31 ; Грачева Е. Ю., Куфакова Н. А., Пепеляев С. Г. Финансовое право России : учебник. М., 1995. С. 23 ; Крохина Ю. А. Бюджетное право и российский федерализм. М. : Норма, 2001. С. 78.

⁸ Горбунова О. Н. Финансовое право и финансовый мониторинг в современной России. М., 2003. С. 128.

⁹ СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2803.

¹⁰ Горбунова О. Н. Экологическая катастрофа и проблемы финансового права // Современная теория финансового права : сборник материалов междунар. науч.-практ. конференции, Москва, 19—20 марта 2010 г. М., 2011. С. 83.

щих государственных органов. При этом они во всех случаях преследуют три взаимосвязанные цели:

— во-первых, организуют работу соответствующих органов, вводят ее в наиболее рациональные формы, которые сообщают ей максимальную продуктивность, обеспечивают достижение наибольших результатов при наименьших затратах времени, сил и средств.

М. И. Пискотин писал, что речь идет о своего рода научной организации труда применительно к соответствующим специфическим областям деятельности¹¹;

— во-вторых, обеспечивают права и интересы участников процесса, создают правовые гарантии их соблюдения;

— в-третьих, закрепляют такой порядок и такие формы работы, которые обеспечивают последовательный, всесторонний и глубокий анализ рассматриваемых вопросов и их правильное разрешение, нахождение истины в каждом деле, предупреждают проявление односторонности и субъективизма, возможность принятия поспешных, необоснованных решений.

В соответствии с перечисленными целями все процессуальные нормы:

- а) определяют состав участников той или иной деятельности;
- б) указывают виды необходимых действий и их обязательную последовательность;
- в) предусматривают организационную форму каждого действия;
- г) устанавливают права и обязанности участников деятельности;
- д) определяют порядок принятия решений.

Вышеперечисленные черты характеризуют и процессуальные нормы бюджетного права, тем самым отличая их от материальных норм.

На современном этапе развития бюджетного законодательства сократились сроки внесения, рассмотрения и утверждения проекта федерального закона о федеральном бюджете на очередной финансовый год и плановый период¹². Так, проект федерального закона о федеральном бюджете на очередной финансовый

год и плановый период считается внесенным в срок, если он доставлен в Государственную Думу до 24 часов 1 октября текущего года (ранее была норма 26 августа).

Сократились и сроки рассмотрения проекта федерального закона о федеральном бюджете на очередной финансовый год и плановый период. Так, в ст. 196 БК РФ закреплено, что Государственная Дума рассматривает проект федерального закона о федеральном бюджете на очередной финансовый год и плановый период в течение 60 дней в 3 чтениях. До недавнего времени указывались конкретные сроки каждого чтения проекта федерального закона о федеральном бюджете на очередной финансовый год и плановый период (первое чтение — 20 дней со дня внесения в Государственную Думу Правительством РФ (ранее 30 дней); второе чтение — 25 дней со дня принятия в первом чтении (ранее 35 дней); третье чтение — 10 дней со дня принятия во втором чтении (ранее 15 дней)).

Также в практике бюджетной деятельности применяется процедура «нулевого чтения», которая до сих пор не закреплена нормами БК РФ.

Термин «нулевое чтение» появился в 2002 г., при составлении проекта федерального закона о федеральном бюджете на 2003 год. Суть данного чтения заключается в привлечении к составлению проекта бюджета представителей законодательной власти, с которыми прорабатываются основные принципы бюджетной политики, в том числе доходные и расходные статьи, до внесения законопроекта на рассмотрение в Государственную Думу.

В проекте новой редакции БК РФ (п. 20 ст. 5) бюджетный процесс — это регламентируемая бюджетным законодательством деятельность участников бюджетного процесса по планированию, рассмотрению, утверждению и исполнению бюджетов, осуществлению бюджетного учета, составлению и внешней проверке бюджетной отчетности, составлению, рассмотрению и утверждению годовых отчетов об исполнении бюджетов, а также деятельность органов государственного (муниципального) финансового контроля.

¹¹ Пискотин М. И. Советское бюджетное право. М., 1971. С. 60—61.

¹² Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 216-ФЗ «О внесении изменений в БК РФ в части уточнения сроков составления, рассмотрения и утверждения проектов бюджетов и отчетов об их исполнении».

По структуре проекта новой редакции БК РФ раздел 6 «Планирование бюджета» содержит следующие главы:

- гл. 20 «Составление проекта бюджета»;
- гл. 21 «Внесение проекта закона (решения) о бюджете»;
- гл. 22 «Рассмотрение и утверждение закона (решения) о бюджете»;
- гл. 23 «Внесение изменений в закон (решение) о бюджете»;
- гл. 24 «Сводная бюджетная роспись».

Таким образом, законодатель все вышеперечисленные процедуры относит к планированию бюджета, что является, на наш взгляд, спорным. Однако в определении бюджетного процесса планирование отождествляется с составлением проекта бюджета и рассматривается как одна из стадий бюджетного процесса.

Кроме того, в определении бюджетного процесса рассмотрение и утверждения бюджета — самостоятельные процедуры, хотя по структуре (гл. 22 проекта БК РФ) они объединены в единую стадию бюджетного процесса.

1. Пункт 1 ст. 152 действующей редакции БК РФ содержит исчерпывающий перечень участников бюджетного процесса. Таковыми являются и получатели бюджетных средств. Следует отметить, что в проекте новой редакции БК РФ изменен перечень участников бюджетного процесса, из которого исключены органы управления государственным внебюджетным фондом и получатели бюджетных средств.

Так, согласно ст. 6 действующей редакции БК РФ получатель бюджетных средств (получатель средств соответствующего бюджета) — орган государственной власти (государственный орган), орган управления государственным внебюджетным фондом, орган местного самоуправления, орган местной администрации, находящееся в ведении главного распорядителя (распорядителя) бюджетных средств казенное учреждение, имеющие право на принятие и (или) исполнение бюджетных обязательств от имени публично-правового образования за счет средств соответствующего бюджета, если иное не установлено БК РФ.

В новой редакции БК РФ получателем средств из бюджета названо юридическое лицо (не яв-

ляющееся участником бюджетного процесса, бюджетным и автономным учреждением), индивидуальный предприниматель и физическое лицо — производитель товаров (работ, услуг), которым предоставляются средства из бюджета. Таким образом, законодатель пытается определить более точный состав получателей средств из бюджета. Однако встает вопрос о казенных учреждениях, финансируемых на основании бюджетной сметы, а также о бюджетных и автономных учреждениях, которые хотя и не являются получателями бюджетных средств, однако которым предоставляются субсидии из бюджета на выполнение государственного муниципального задания.

2. При анализе Бюджетного кодекса РФ возникает вопрос — является ли контроль стадией бюджетного процесса. Исходя из определения понятия «бюджетный процесс» в ст. 6 и структуры БК РФ — да. В БК РФ имеется раздел IX «Государственный (муниципальный) финансовый контроль».

По нашему мнению, государственный и муниципальный финансовый контроль не является самостоятельной стадией бюджетного процесса, поскольку он имеет место на всех стадиях бюджетного процесса и сопровождает весь процесс образования, распределения и использования централизованного фонда денежных средств — бюджета.

Следует согласиться с позицией Н. М. Сабитовой о том, что «если говорить о взаимосвязи стадий бюджетного процесса и функций управления, следует отметить, что стадия составления бюджета совпадает с такой функцией управления, как планирование и прогнозирование, это лишь разные подходы к управлению бюджетом. Первый — процессный подход, второй — функциональный. Функция контроля за бюджетом осуществляется на всех стадиях бюджетного процесса. Функция регулирования также осуществляется на всех стадиях бюджетного процесса, а не только на стадии исполнения бюджета. Причем обе функции возложены и на законодательную, и на исполнительную власть. Учет как специфическая функция управления бюджетом осуществляется на стадии исполнения бюджета»¹³.

¹³ Сабитова Н. М. К вопросу о реформировании бюджетного процесса в РФ // Бухгалтерский учет в бюджетных и некоммерческих организациях. 2006. № 6.

Контроль рассматривается как функция управления. Бюджет является объектом управления, а субъекты управления бюджетом — это те же участники бюджетного процесса.

Таким образом, необходимо исключить из определения бюджетного процесса (ст. 6 БК РФ) слова «контролю за исполнением».

Раздел IX «Государственный (муниципальный) финансовый контроль» БК РФ в редакции ФЗ от 23.07.2013 № 252-ФЗ претерпел существенные изменения. Законодатель впервые определяет цели государственного (муниципального) финансового контроля как обеспечение соблюдения бюджетного законодательства Российской Федерации и иных нормативных правовых актов, регулирующих бюджетные правоотношения. Однако не дается определение государственного (муниципального) финансового контроля. Исходя из анализа целей государственного (муниципального) финансового контроля, закрепленных в БК РФ, можно сделать вывод, что государственный (муниципальный) финансовый контроль имеет место только в сфере бюджетной деятельности государства и муниципальных образований и, безусловно, имеет первостепенное значение. В этой связи бюджетный контроль — это контроль за законностью и целесообразностью действий в процессе образования, распределения и использования основного финансового плана — бюджета, осуществляемый представительными и исполнительными органами государственной власти, местного самоуправления, а также органами внешнего государственного (муниципального) финансового контроля. Цель бюджетного контроля — соблюдение законности на всех стадиях бюджетного процесса для эффективного выполнения государством и муниципальными образованиями своих функций и задач¹⁴.

Однако, на наш взгляд, понятие «государственный (муниципальный) финансовый контроль» охватывает не только нормы, регулирующие бюджетные правоотношения, но и налоговые, валютные, страховые и иные.

Так, в Указе Президента РФ от 25 июля 1996 г. № 1095 «О мерах по обеспечению государственного финансового контроля в Российской Федерации»¹⁵ установлено, что в Российской Федерации государственный финансовый контроль включает в себя контроль за исполнением федерального бюджета и бюджетов федеральных внебюджетных фондов, организацией денежного обращения, использованием кредитных ресурсов, состоянием государственного внутреннего и внешнего долга, государственных резервов, предоставлением финансовых и налоговых льгот и преимуществ.

В пункте 1 ст. 305 проекта новой редакции БК РФ закреплено, что государственный (муниципальный) финансовый контроль осуществляется в целях обеспечения соблюдения бюджетного законодательства РФ и иных нормативных правовых актов, регулирующих бюджетные правоотношения. Таким образом, законодатель выделяет цели бюджетного контроля. Государственный (муниципальный) финансовый контроль — понятие более широкое, которое включает в себя не только бюджетный контроль, но и налоговый, валютный, страховой и т.д.

Таким образом, безусловно, назрела необходимость подготовки новой редакции БК РФ, который занимает главное место в системе законодательства Российской Федерации в области бюджетных правоотношений, выполняя роль основного закона, регламентирующего принципы бюджетного устройства и организации бюджетного процесса.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бельский К. С. Финансовое право. — М., 1994.
2. Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. — Киев, 1909.
3. Грачева Е. Ю., Толстопятенко Г. П., Рыжова Е. А. Финансовый контроль. — М., 2004.
4. Горбунова О. Н. Экологическая катастрофа и проблемы финансового права // Современная теория финансового права : сборник материалов международной научно-практической конференции, Москва, 19—20 марта 2010 г. — М., 2011.

¹⁴ Грачева Е. Ю., Толстопятенко Г. П., Рыжова Е. А. Финансовый контроль. М., 2004. С. 165.

¹⁵ СЗ РФ. 1996. № 31. Ст. 3696.

5. Горбунова О. Н. Финансовое право и финансовый мониторинг в современной России. — М., 2003.
6. Пискотин М. И. Советское бюджетное право. — М., 1971.
7. Сабитова Н. М. К вопросу о реформировании бюджетного процесса в РФ // Бухгалтерский учет в бюджетных и некоммерческих организациях. — 2006. — № 6.
8. Степашин С. В. Конституционный аудит. — М. : Наука, 2006.

Материал поступил в редакцию 15 февраля 2016 г.

ON THE ISSUE OF THE RESTATED BUDGET CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

BOLTINOVA Olga Viktorovna — Ph.D. in Law, Professor of the Department of Financial Law of the Kutafin State Law University (MSAL), Honored Worker of Higher Education of the Russian Federation, o.boltinova@mail.ru
123995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d.9

Review. *The article is devoted to the drafted restated Budget Code of the Russian Federation and the author highlights conflicts and contradictions of the current budget legislation and in the Restated Budget Code of the Russian Federation. The author applies the method of comparative legal research to examine the main legal concepts of budgetary law, namely: "budget", "budgetary procedure". The author makes an analysis of the amended list of participants of the budgetary process, as well as the issues of statutory regulation of state (municipal) financial control.*

Keywords: *budget, budgetary legislation; budgetary system, budgetary process, stages of budgetary process, budget income, finances, budgeting, principles, local self-government, entities of the RF, governmental non-budgetary fund, financial and planning, law, efficiency, effectiveness, powers.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Bel'skij K. S. Finansovoe pravo. — М., 1994.
2. Vladimirskij-Budanov M. F. Obzor istorii russkogo prava. — Kiev, 1909.
3. Gracheva E. Ju., Tolstopjatenko G. P., Ryzhova E. A. Finansovyj kontrol'. — М., 2004.
4. Gorbunova O. N. Jekologicheskaja katastrofa i problemy finansovogo prava // Sovremennaja teorija finansovogo prava : sbornik materialov mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoj konferencii, Moskva, 19—20 marta 2010 g. — М., 2011.
5. Gorbunova O. N. Finansovoe pravo i finansovyj monitoring v sovremennoj Rossii. — М., 2003.
6. Piskotin M. I. Sovetskoe bjudzhetnoe pravo. — М., 1971.
7. Sabitova N. M. K voprosu o reformirovanii bjudzhetnogo processa v RF // Buhgalterskij uchet v bjudzhetnyh i nekommercheskih organizacijah. — 2006. — № 6.
8. Stepashin S. V. Konstitucionnyj audit. — М. : Nauka, 2006.

Проблемы определения подготовительного и вспомогательного характера деятельности иностранной организации на территории РФ: анализ национального законодательства и международных источников

Аннотация. Предметом исследования являются проблемы налогообложения иностранных компаний, ведущих предпринимательскую деятельность на территории Российской Федерации через постоянное представительство. Объект исследования — понятие подготовительной и вспомогательной деятельности. Данная категория интересна для исследования, так как является исключением, при котором деятельность иностранной организации не приводит к образованию постоянного представительства и, следовательно, часто используется иностранными организациями для уклонения от уплаты налогов. Актуальность исследования подтверждается интересом одной из ведущих мировых организаций, занимающихся вопросами налогообложения, к этой теме: в октябре 2015 года Организация экономического сотрудничества и развития опубликовала доклад о противодействии размыванию налоговой базы путем уклонения от приобретения статуса постоянного представительства (в рамках плана BEPS). Одним из основных способов для достижения названной цели, по мнению ОЭСР, является злоупотребление иностранными компаниями концепцией подготовительной и вспомогательной деятельности. Автор рассматриваются различия в регулировании подготовительной и вспомогательной деятельности на международном и национальном уровнях, а также анализируются проблемы применения норм, регулирующих указанную деятельность. Несмотря на то что нормы российского налогового права и международных источников во многом совпадают, нельзя сказать, что оба уровня регулирования подготовительной и вспомогательной деятельности характеризуются общими проблемами. Хотя нужно отметить, что все же есть трудности, свойственные обоим уровням регулирования.

Ключевые слова: налог, налогообложение, налоговое право, международное налоговое право, постоянное представительство, подготовительная и вспомогательная деятельность, Налоговый кодекс РФ, соглашение об избежании двойного налогообложения, предпринимательская деятельность иностранных организаций в РФ.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.055-062

Предпринимательская деятельность — комплексный процесс. Она включает в себя как основную деятельность, результатом которой является получение прибыли, так и операции, которые носят второстепенный характер, но при этом являются ее неотъемлемой частью.

© Яруллина Г. Р., 2016

* Яруллина Гузаль Рафаэлевна, аспирантка кафедры финансового права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
guzalyarullina@yandex.ru
123995, Россия, Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Ни при осуществлении подготовительной деятельности, ни в рамках вспомогательной деятельности организация не получает доход, так как эти виды деятельности не входят в основную предпринимательскую деятельность, а либо предшествуют ей (подготовительная), либо осуществляются параллельно (вспомогательная). Нормами налогового права эта особенность учитывается только в отношении иностранных организаций: для возникновения обязанности по уплате налога на прибыль российской организации достаточно формального критерия — постановления на учет в качестве налогоплательщика, а иностранная организация становится самостоятельным налогоплательщиком (то есть уплачивает налог без участия налогового агента) с момента начала осуществления предпринимательской деятельности (п. 3 ст. 306 Налогового кодекса РФ¹). Таким образом, в отношении иностранных организаций нормы НК РФ предписывают анализировать характер ее деятельности на наличие определенных признаков. Совокупность этих признаков приводит к образованию постоянного представительства иностранной организации на территории РФ и, как следствие, к возникновению обязанности по самостоятельной уплате налогов.

НК РФ определяет постоянное представительство как обособленное подразделение или иное место деятельности иностранной организации, через которое эта организация регулярно осуществляет предпринимательскую деятельность на территории Российской Федерации, связанную с осуществлением работ, оказанием услуг, ведением иной деятельности, за исключением предусмотренной пунктом 4 ст. 306 НК РФ. Отсюда можно выделить основные признаки, которые являются определяющими в вопросе налогообложения иностранной организации:

1) предпринимательский характер деятельности иностранной организации;

2) регулярность осуществления предпринимательской деятельности;

3) осуществление этой деятельности через обособленное подразделение или иное место деятельности этой организации.

При анализе деятельности иностранной организации также следует обратить внимание на исключения, при которых подразделение иностранной организации не будет квалифицироваться как постоянное представительство. Одним из исключений является деятельность подготовительного и вспомогательного характера, которая объединяет виды деятельности, перечисленные в п. 4 ст. 306 НК РФ: маркетинг, рекламу, изучение рынка товаров, использование сооружений исключительно для целей хранения, демонстрации товаров и др.

В международных источниках, в том числе в соглашениях об избежании двойного налогообложения (далее — СИДН) норма о подготовительной и вспомогательной деятельности имеет несколько иную структуру. Виды деятельности, не приводящие к образованию постоянного представительства, перечислены в п. 4 ст. 5 Модельной конвенции по налогу на доход и капитал Организации экономического сотрудничества и развития² (далее — МК ОЭСР) и в аналогичной статье Модельной конвенции по двойному налогообложению ООН³ (далее — МК ООН)⁴. При этом деятельность подготовительного или вспомогательного характера перечислена и среди других исключений (пп. «е» п. 4 ст. 5 МК ОЭСР, МК ООН): «... содержание постоянного места деятельности исключительно в целях осуществления для предприятия любой другой деятельности подготовительного или вспомогательного характера».

Из анализа нормы НК РФ следует, что все виды деятельности, перечисленные в п. 4 ст. 306 НК РФ, должны соответствовать критерию подготовительного и вспомогательного характера. В то же время аналогичная норма

¹ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 № 117-ФЗ // СЗ РФ. 2000. № 32. Ст. 3340.

² Model tax convention on income and on capital, OECD // URL: <http://www.oecd.org/tax/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf> (дата обращения: 01.11.2015).

³ Model double taxation convention, UN // URL: http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf (дата обращения: 01.11.2015).

⁴ Указанные модельные конвенции используются как основы для соглашений об избежании двойного налогообложения, заключаемых между странами, в том числе Россией.

международных договоров недостаточно четко формулирует это правило, перечисляя деятельность подготовительного вспомогательного характера как одно из исключений в п. 4 ст. 5 МК ОЭСР, СИДН. В связи с этим возникает вопрос: перечисленные виды деятельности будут относиться к исключениям лишь при условии их соответствия критерию подготовительного или вспомогательного характера или же деятельность подготовительного или вспомогательного характера сама по себе является одним из видов исключений? Если придерживаться второй точки зрения, то можно сделать вывод, что НК РФ строже подходит к определению исключений из правила о подготовительной и вспомогательной деятельности и ограничивает перечень, устанавливая критерий соответствия подготовительному и вспомогательному характеру. Важно отметить, что в октябре этого года ОЭСР опубликовала рекомендации в рамках плана по борьбе с размыванием налогооблагаемой базы и выводом прибыли из-под налогообложения (план BEPS)⁵. Одной из мер является борьба с искусственным уклонением от статуса постоянного представительства (Action 7⁶).

В числе способов уклонения от уплаты налогов с помощью концепции постоянного представительства ОЭСР называет использование перечня исключений, закрепленных п. 4 ст. 5 МК ОЭСР. Компании пользуются нечеткостью формулировки этой нормы и искусственно создают ситуации, когда их деятельность в иностранном государстве формально подпадает под те виды, которые перечислены в п. 4 ст. 5 МК ОЭСР, но не обладает подготовительным либо вспомогательным характером.

По этой причине для правильного применения этих исключений предлагается изменить структуру нормы МК ОЭСР с целью уточнения нормы и указать, что все перечисленные п. 4

ст. 5 МК ОЭСР виды деятельности должны носить подготовительный или вспомогательный характер⁷. Если такие изменения будут внесены в МК ОЭСР, то норма МК ОЭСР о подготовительной и вспомогательной деятельности (далее — ПВД) станет ближе к аналогичной норме НК РФ.

Другим различием норм о ПВД, содержащихся в НК РФ и международных источниках, является использование самого термина: если СИДН и модельные конвенции используют формулировку «деятельность подготовительного или вспомогательного характера», то в российском переводе вместо союза «или» используется «и». На первый взгляд данная разница скорее носит технический характер, чем как-то влияет на смысл. Но при логическом толковании нормы п. 4 ст. 306 НК РФ можно сделать вывод, что деятельность организации должна одновременно быть и подготовительной, и вспомогательной, чтобы не приводить к образованию постоянного представительства. Очевидно, что такое толкование носит ограничительный характер и не может быть применено на практике. До настоящего времени это разночтение никогда не вызывало спорных ситуаций при применении нормы. Но этот факт можно объяснить наличием СИДН, имеющих превалирующее значение над национальным правом, а также отсутствием внимания налоговых органов к этой теме, а не незначительностью вопроса. Возможно, более правильно разделять термины «подготовительная» и «вспомогательная» союзом «или», а не «и», разграничивая эти понятия⁸. При существующей формулировке нельзя исключить риск буквального толкования налоговыми органами и судами нормы п. 4 ст. 306 НК РФ, что при отсутствии СИДН с конкретным государством может привести к отказу в применении исключения по п. 4 ст. 306 НК РФ.

⁵ Все доклады размещены на официальном сайте ОЭСР. URL: <http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm> (дата обращения: 01.11.2015).

⁶ Доклад по вопросу борьбы с искусственным уклонением от статуса постоянного представительства // URL: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report-9789264241220-en.htm> (дата обращения: 01.11.2015).

⁷ OECD (2015), Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Paris. P. 28.

⁸ Эта точка зрения поддерживается Л. В. Полежаровой (см.: Полежарова Л. В. Механизм устранения международного налогообложения организаций в Российской Федерации и пути его совершенствования : дис. ... канд. экон. наук. М., 2006. С. 62).

Как уже было сказано, норма о подготовительной и вспомогательной деятельности иностранной организации является исключением и применяется при отсутствии признаков постоянного представительства. НК РФ, модельные конвенции и СИДН не содержат определения понятий подготовительной и вспомогательной деятельности и лишь приводят примеры такой деятельности.

Суды в решениях, как правило, цитируют норму закона по данному вопросу, не раскрывая понятия ПВД, не отделяя подготовительную деятельность от вспомогательной. Одним из редких примеров правильного использования термина ПВД является дело компании «Блумберг Эл-Пи»⁹. В решении Арбитражного суда г. Москвы по этому делу содержатся определения отдельно подготовительной и отдельно вспомогательной деятельности. Суд называет подготовительной такую деятельность, «которая направлена на создание условий для ведения основной деятельности», а вспомогательной — деятельность, «которая обеспечивает процесс ведения основной предпринимательской деятельности компанией». Аналогичные определения были использованы еще в нескольких решениях Девятого арбитражного апелляционного суда¹⁰, что позволяет говорить о сформировавшейся позиции судов (пусть и в пределах одного судебного округа), а значит, о возможности использования этих определений для анализа деятельности иностранных компаний.

Но даже наличие определения понятия ПВД не сможет полностью устранить неясность применения этой нормы. Дело в том, что виды деятельности, перечисленные в перечнях как в п. 4 ст. 306 НК РФ, так и в п. 4 ст. 5 международных договоров, необязательно будут подпадать под категорию деятельности подготовительного или вспомогательного характера.

Например, деятельность по сбору информации, входящая по общему правилу в перечень ПВД (пп. 4 п. 4 ст. 306 НК РФ), была квалифи-

цирована Минфином РФ как приводящая к образованию постоянного представительства. В письме от 14.04.2010 № 03-08-0511 было отмечено, что деятельность компании по сбору информации, подготовке и редактированию материалов (статей), направляемых в головной офис компании, которые впоследствии распространялись клиентам компании на возмездной основе, не может быть признана вспомогательной или подготовительной, а является основной деятельностью данной компании. Отсюда можно выделить два интересных момента, на которые указал Минфин РФ: во-первых, не всегда деятельность, перечисленная в п. 4 ст. 306 НК РФ, будет иметь подготовительный или вспомогательный характер; во-вторых, при определении ПВД нужно учитывать специфику основной деятельности организации.

Впоследствии эта ситуация была рассмотрена судом по делу «Блумберг Эл-Пи» (№ А40-94391/10-142-134). Главным вопросом при рассмотрении дела являлось определение характера основной деятельности организации, которая выражалась в реализации пакета услуг Bloomberg Professional. Сложность вопроса была обусловлена комплексной структурой данного продукта, включавшей в себя оказание различных информационных услуг. Как указал суд, «содержание постоянного места деятельности в Российской Федерации специализированными информационными агентствами с целью сбора, обработки и перепродажи информации клиентам также следует рассматривать как постоянное представительство. Основная деятельность московского представительства заключается в сборе информации новостного характера и подготовке на основе собранной информации аналитического материала (статей) для последующей передачи в головной офис компании».

Зарубежные ученые также указывают на необходимость анализа основной деятельности иностранной организации¹². В целом

⁹ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 17.12.2010 по делу № А40-94391/10-142-134.

¹⁰ Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 30.09.2014 № 09-АП-34555/12 по делу № А40-155695/12 (дело «Астеллас Фарма Юроп Б.В»), от 02.09.2014 № 09АП-32804/2014АК по делу № А40-38356/14 (дело «Аврасис Лимитед»).

¹¹ URL: <http://base.consultant.ru> (дата обращения: 01.11.2015).

¹² Reimer E., Urban N., Schmid S. Permanent Establishments. A Domestic Taxation. Bilateral Tax Treaty and OECD Perspective. Walters Kluwer, 2010. P. 91—95.

для определения ПВД можно использовать два подхода: абсолютный и относительный. Абсолютный подход заключается в рассмотрении представительства в пределах того государства, где оно находится. Тогда критерием определения характера деятельности будет являться величина добавленной стоимости (the amount of value added), созданной в пределах деятельности представительства, которая будет рассматриваться как налоговая база для государства-источника. Относительный подход предусматривает более широкий анализ — учет деятельности организации в целом, в том числе анализ специфики ее деятельности.

Судом также было сделано еще несколько важных выводов:

- под основной деятельностью обычно понимается деятельность, являющаяся существенной и важной исходя из содержания предпринимательских целей и задач организации;
- ПВД должна осуществляться исключительно в пользу самой иностранной организации, а не в пользу третьих лиц.

Последний вывод касается другого спорного вопроса определения ПВД: если третьи лица получают выгоду от такой деятельности филиала (представительства), может ли эта деятельность считаться подготовительной или вспомогательной?

В основной норме о ПВД в п. 4 ст. 306 НК РФ не указан такой признак деятельности, как осуществление этой деятельности исключительно в пользу самой организации. Тем не менее этот признак косвенно закреплен в п. 3 ст. 307 НК РФ, предписывающем облагать налогом деятельность постоянного представительства в случае, если иностранная организация осуществляет деятельность подготовительного и (или) вспомогательного характера в интересах третьих лиц, приводящую к образованию постоянного

представительства, и при этом в отношении такой деятельности не предусмотрено получение вознаграждения. Важно отметить, что эта норма сближает понимание ПВД, изложенное в НК РФ, с тем, которое использует ОЭСР¹³.

Методические рекомендации по применению отдельных положений главы 25 НК РФ, касающихся особенностей налогообложения прибыли (доходов) иностранных организаций¹⁴, также указывали этот признак: «...чтобы осуществление иностранной организацией на территории Российской Федерации деятельности подготовительного или вспомогательного характера не могло рассматриваться как основание для признания образования постоянного представительства, такая деятельность должна осуществляться в пользу самой иностранной организации, а не в пользу иных лиц, а в случае осуществления деятельности в пользу иных лиц она не должна осуществляться на регулярной основе».

Норма п. 3 ст. 307 НК РФ, кроме того, интересна следующим — она регулирует порядок определения налоговой базы постоянного представительства, но при этом влияет на понятие постоянного представительства. Как было отмечено выше, одним из основных признаков постоянного представительства является осуществление предпринимательской деятельности. Сущность предпринимательской деятельности заключается в систематическом извлечении прибыли (п. 1 ст. 2 Гражданского кодекса РФ¹⁵). Если же в отношении деятельности в пользу третьих лиц не предусмотрено получение вознаграждения, то можем ли мы назвать такую деятельность предпринимательской? Думается, что нет. Таким образом, постоянное представительство, согласно НК РФ, возникает не только при осуществлении предпринимательской деятельности, но и при осуществлении деятельности, перечисленной

¹³ См. п. 26, 28 Комментариев ОЭСР к статье 5 МК ОЭСР // URL: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2014_mtc_cond-2014-en#page1 (дата обращения: 01.11.2015).

¹⁴ Приказ МНС РФ от 28.03.2003 № БГ-3-23/150 «Об утверждении Методических рекомендаций налоговым органам по применению отдельных положений главы 25 Налогового кодекса Российской Федерации, касающихся особенностей налогообложения прибыли (доходов) иностранных организаций» (отменен приказом ФНС России от 19.12.2012 № ММВ-7-3/980@) // Бухгалтерский учет. 2003. № 9.

¹⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

в п. 4 ст. 306 НК РФ в интересах третьих лиц. Таким образом, норма п. 3 ст. 307 НК РФ расширяет перечень оснований, по которым деятельность иностранной организации на территории РФ может приводить к образованию постоянного представительства.

Другой особенностью, которую следует отметить в отношении нормы п. 3 ст. 307 НК РФ, является способ расчета налоговой базы для такого постоянного представительства. По общим правилам ст. 307 НК РФ налоговая база постоянного представительства определяется как доходы за вычетом расходов. Но в отношении постоянного представительства, которое было образовано в результате осуществления деятельности подготовительного или вспомогательного характера в интересах третьих лиц, нормой п. 3 ст. 307 НК РФ закреплен особый порядок: «налоговая база определяется в размере 20 процентов от суммы расходов этого постоянного представительства, связанных с такой деятельностью». При анализе нормы возникает вопрос: насколько такой порядок определения налоговой базы соответствует положениям СИДН (и соответствует ли вообще)? Порядок определения налоговой базы постоянного представительства является самостоятельным предметом научных исследований в рамках концепции постоянного представительства, поэтому мы не будем его касаться в данной статье¹⁶. Но следует отметить, что, даже не отвечая на этот вопрос, можно сделать вывод об особом статусе постоянного представительства, образованного в результате осуществления ПВД в интересах третьих лиц, так как в отношении порядка определения налоговой базы обычного постоянного представительства подходы, закрепленные в НК РФ и международных источниках, в целом не различаются.

Правила определения постоянного представительства имеют сложный и многоэлементный характер. В первую очередь это связано с разнообразием видов предпринимательской деятельности: невозможно установить однородные правила в отношении всех участ-

ников международного рынка, необходимо учитывать нюансы бизнеса каждого из них, выстраивать гибкую систему регулирования. Эта особенность института постоянного представительства проявляется, в том числе, при определении деятельности подготовительного и вспомогательного характера.

При этом проблемы, которые возникают при применении норм о ПВД, можно условно разделить на три группы:

- общие (возникающие как на национальном уровне, так и на международном);
- национальные (связанные с несовершенством норм российского налогового права);
- международные (вызванные пробелами в международном регулировании).

Общей проблемой можно назвать невозможность установить закрытый перечень видов ПВД, так как один и тот же вид деятельности может являться основным для одной организации и подготовительным — для другой, поэтому следует определить само понятие ПВД.

К числу проблем на международном уровне следует отнести отсутствие в модельных конвенциях положения о том, что ПВД — это не один из видов деятельности, исключающих образование постоянного представительства, а характеристика всех исключений, перечисленных в п. 4 ст. 5 МК ОЭСР и МК ООН, которое должно быть прямо закреплено в нормах о ПВД для исключения возможности злоупотреблений.

На национальном уровне, вероятно, наибольшее количество вопросов вызывает норма п. 3 ст. 307 НК РФ, которая фактически создает особый вид постоянного представительства, образующийся в результате осуществления ПВД в пользу третьих лиц. Налоговая база вышеуказанного постоянного представительства определяется по специальному правилу, которое отсутствует в международных источниках, что способствует возникновению спорных ситуаций между налогоплательщиками и налоговыми органами.

¹⁶ В частности, этот вопрос был рассмотрен в кандидатских диссертациях К. Е. Викулова (Правила налогообложения иностранных организаций, действующих через постоянное представительство: опыт ОЭСР и правовое регулирование в России : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011), Л. В. Полежаровой (Механизм устранения международного налогообложения организаций в Российской Федерации и пути его совершенствования : дис. ... канд. экон. наук. М., 2006), О. Ю. Коннова (Понятие постоянного представительства в налоговом праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001).

Как видим, понятие ПВД нуждается в до- работе и на национальном уровне, и на международном. При этом важно не забывать о балансе публичных и частных интересов — ужесточая правила, позволяющие не призна-

вать наличие постоянного представительства, нужно также учитывать интересы добросовестных организаций, стремящихся к ведению деятельности за пределами государства своего налогового резидентства.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Викулов К. Е. Правила налогообложения иностранных организаций, действующих через постоянное представительство: опыт ОЭСР и правовое регулирование в России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2011.— С. 25.
2. Коннов О. Ю. Понятие постоянного представительства в налоговом праве : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2001. — С. 185.
3. Полежарова Л. В. Механизм устранения международного налогообложения организаций в Российской Федерации и пути его совершенствования : дис. ... канд. экон. наук. — М., 2006.— С. 163.
4. Reimer E., Urban N., Schmid S. Permanent Establishments. A Domestic Taxation. Bilateral Tax Treaty and OECD Perspective. — Walters Kluwer, 2010. — P. 91—95.

Материал поступил в редакцию 23 ноября 2015 г.

THE ISSUES OF DETERMINING PREPARATORY AND AUXILIARY ACTIVITIES OF THE FOREIGN ORGANIZATION IN THE RUSSIAN FEDERATION: THE ANALYSIS OF NATIONAL LEGISLATION AND INTERNATIONAL SOURCES.

IARULLINA Guzal Rafaelevna — postgraduate at the Department of Financial Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
guzalyarullina@yandex.ru
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. *The subject of the study is tax issues of foreign companies doing business in the Russian Federation through a permanent establishment. The object of the study is the concept of preparatory and auxiliary activities. This category is of interest as an exception in which the activities of a foreign organization do not lead to a permanent establishment, and therefore is often used by foreign organizations for tax evasion. The relevance of the study is confirmed by the interest of one the leading world organizations dealing with taxation issues: in October 2015 OECD published a report covering counteractions to the dilution of the tax base by avoiding the status of a permanent establishment (within BEPS plan).*

At the same time, in the opinion of OECD, one of the main ways to achieve the set goal is the abuse of the concept of preparatory and auxiliary activities by foreign companies. The author considers the differences in the regulation of preparatory and auxiliary activities at the international and national levels, analyzes the problems of application of the rules governing this activity. Despite the fact that the rules of the Russian tax law and international sources have much in common, however, it is not possible to say that both levels of regulation of preparatory and auxiliary activities are characterized by common problems. Still, there are some difficulties inherent in both regulation levels.

Keywords: *tax, taxation, tax law, international tax law, permanent establishment, preparatory and auxiliary activities, the Tax Code, Agreement on the Avoidance of Double Taxation, entrepreneurial activity of foreign organizations in the Russian Federation*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Vikulov K. E. Pravila nalogooblozhenija inostrannyh organizacij, dejstvujushhih cherez postojannoe predstavitel'stvo: opyt OJeSR i pravovoe regulirovanie v Rossii : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2011.— S. 25.*

2. *Konnov O. Ju.* Ponjatie postojannogo predstavitel'stva v nalgovom prave : dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2001. — S. 185.
3. *Polezharova L. V.* Mehanizm ustraneniya mezhdunarodnogo nalogooblozhenija organizacij v Rossijskoj Federacii i puti ego sovershenstvovanija : dis. ... kand. jekon. nauk. — M., 2006.— S. 163.

БАНКОВСКАЯ СИСТЕМА И БАНКОВСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Е. Г. Хоменко*

Национальная система платежных карт и ее значение для национальной платежной системы России¹

Аннотация. Статья посвящена национальной системе платежных карт (НСПК) и ее значению в национальной платежной системе России.

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 карточными.

Доказывается, что создание национальной системы платежных карт и введение собственной платежной карты позволит исключить зависимость от зарубежных «карточных» систем, обеспечит защиту информации о совершаемых в России транзакциях, а также обеспечит доход от транзакций, совершаемых на территории России. Проведен краткий анализ создаваемому механизму национальной системы платежных карт, обращается внимание на опыт других стран в части создания национальной платежной карты как национального платежного инструмента.

Ключевые слова: платежная система, платежная карта, процессинговый центр, оператор платежной системы, оператор услуг платежной инфраструктуры, национальный платежный инструмент, значимые платежные системы, значимые кредитные организации, системные участники, индивидуальные участники.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.063-071

Начиная разговор о национальной системе платежных карт, следует прежде всего отметить, что довольно часто платежная система ассоциируется исключительно с банковскими картами, однако это не совсем верно.

Существуют различные виды платежных систем, некоторые из них имеют принципиальное значение для нормального функционирования платежного оборота в стране. К таким системам относятся в первую очередь платежные систе-

¹ Статья подготовлена по материалам доклада на научно-практической конференции «Стратегия национального развития и задачи российской юридической науки» 24—26 ноября 2015 г., в рамках заседания секции «Стратегия развития российской экономики и задачи науки предпринимательского права».

© Хоменко Е. Г., 2016

* Хоменко Елена Георгиевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

lenahom@mail.ru

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

мы центральных банков, эти системы обрабатывают большие объемы платежей на крупные суммы различных финансовых организаций, прежде всего банков. Эти системы называют оптовыми системами, или системами крупных платежей. В России платежная система Центрального банка, в рамках которой действует система банковских электронных срочных платежей (система БЭСП) и посредством которой осуществляется большое количество переводов денежных средств, была создана в 2007 году.

Для обработки платежей на относительно мелкие суммы создаются так называемые розничные платежные системы, которые ориентированы на обслуживание главным образом физических лиц. Розничные платежные системы часто эмитируют свой платежный инструмент — платежную карту, поэтому их часто называют «карточные».

Существование разрозненных карточных продуктов отдельных частных платежных систем, например «Золотая корона», которая работает на рынке с 1994 года и эмитировала 24 млн карт, включая кобейджинговые «Золотая Корона — MasterCard» и «Золотая Корона — UnionPay»², не удовлетворяло потребности российских граждан и не решало проблему доступности платежных услуг на всей территории нашей страны. В условиях отсутствия правовых запретов и ограничений активная деятельность иностранных карточных платежных систем привела к монополизации «карточного» рынка, отсутствию конкуренции в этом сегменте рынка, а также к высокой степени зависимости от политических волевых решений руководителей государств принадлежности этих платежных систем. Следует также констатировать, что Россия — одна из немногих развитых стран, которая до сих пор не имела собственной платежной карты.

Попытка создать свою карточную систему в России предпринималась еще в 2010 году, когда был предложен к реализации проект Универсальной банковской карты, которая, помимо функций собственно банковской платежной карты, должна была выполнять функции

социальные: она должна была стать универсальным средством идентификации гражданина. Однако в свете международных событий в 2014 году стало очевидно, альтернативы изменению правил осуществления деятельности иностранных платежных систем на внутреннем рынке платежных услуг в России нет.

С учетом всех обстоятельств было принято решение о создании в рамках национальной платежной системы полноценной платежной системы, которая бы эмитировала собственный национальный платежный инструмент и в рамках которой можно было бы реализовать взаимодействие с иностранными платежными системами на иных принципах, с учетом экономических и политических интересов России. Такой платежной системой стала национальная система платежных карт (НСПК).

Как говорится в Федеральном законе от 27 июня 2011 г. № 161-ФЗ «О национальной платежной системе»³ (далее — Закон о национальной платежной системе), целью организации НСПК является обеспечение бесперебойности, эффективности и доступности оказания услуг по переводу денежных средств. Представляется, что НСПК будет способствовать не только достижению этих целей, но и решению ряда важных задач:

1. Иностранные карточные платежные системы осуществляли свою деятельность на территории России в условиях практически полного отсутствия каких-либо ограничений и контроля со стороны российских властей. Они учитывали исключительно свои коммерческие интересы и диктовали собственные правила функционирования. Неудивительно, что эти платежные системы заняли господствующее положение на российском финансовом рынке, несмотря на наличие зарегистрированных российских платежных систем. «К настоящему времени локальные системы после бурного их развития в начале 1990-х гг. в центральных регионах почти полностью вытеснены и сохраняют свои позиции лишь на периферии, что еще больше усиливает их разрозненность, затрудняет интеграцию их технологических платформ»⁴.

² URL: <http://koronacard.ru/Pages/default.aspx> (дата обращения: 8 ноября 2015 г.).

³ Российская газета. 30.06.2011.

⁴ Каурова Н. Н. Национальная платежная система: время пришло! // Банковский ритейл. 2014. № 2. II квартал.

Кроме чисто коммерческих выгод, зависимость от иностранных платежных систем дает возможность для манипулирования. Так, в декабре 2010 г. Visa и MasterCard заблокировали добровольные поступления средств в адрес сайта WikiLeaks⁵. В отношении России такая попытка была сделана в 2014 г. в рамках введенных санкций, когда международные платежные системы были использованы США в качестве инструмента манипулирования⁶.

Таким образом, 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.

2. Все запросы на авторизацию операций, совершаемых с использованием платежных карт международных платежных систем, обрабатываются за пределами нашей страны — в стране нахождения процессингового центра. Даже если в некоторых случаях такие запросы обрабатываются локально, например если банк — эмитент карты и банк-эквайер подключены к одному процессинговому центру, все равно информация об операции постфактум поступит в международную платежную систему. Но с 1 июля 2016 г. операторы по переводу денежных средств, находящиеся на территории Российской Федерации, должны привлекать операторов услуг платежной инфраструктуры, которые соответствуют требованиям Закона о национальной платежной системе, находятся и осуществляют все функции на территории Российской Федерации⁷. Указанная норма не распространяется на осуществление трансграничного перевода денежных средств (ч. 11 ст. 16 Закона о национальной платежной системе).

Также с 1 июля 2016 г. статья 16 Закона о национальной платежной системе будет дополнена частью 12, в соответствии с которой операторы услуг платежной инфраструктуры не вправе передавать информацию по любому переводу денежных средств, осуществляемому в рамках платежной системы на территории Российской Федерации, на территорию иностранного государства или предоставлять доступ к такой информации с территории иностранного государства (исключение — трансграничные переводы денежных средств).

«Замкнуть» все транзакции на территории России позволило создание НСПК и ее процессингового центра. В соответствии с указанием Банка России от 16 декабря 2014 г. № 3493-У «Об организации взаимодействия и получении операционных услуг и услуг платежного клиринга по переводам денежных средств с использованием международных платежных карт» кредитные организации, являющиеся участниками платежной системы международных платежных карт, при осуществлении переводов денежных средств с использованием международных платежных карт на территории Российской Федерации обязаны организовать взаимодействие с операционным центром НСПК и платежным клиринговым центром НСПК (ОПКЦ НСПК) и получать его услуги.

Платежная система международных платежных карт также обязана организовать взаимодействие с ОПКЦ НСПК и получать операционные услуги от операционного центра НСПК.

Несмотря на выраженные ранее бурные протесты, ООО «МастерКард» и АО «НСПК» заключили договор, согласно которому операционные услуги и услуги платежного клиринга по операциям внутри страны по картам

⁵ Каурова Н. Н. Указ. соч.

⁶ Существует точка зрения, что санкции направлены не против России, а против конкретных лиц (см.: Достов В. Л., Шуст П. М. Самостоятельность в платежах: перспективы создания подлинно национальной платежной системы // Расчеты и операционная работа в коммерческом банке. 2014. № 3). В этой связи возникает вопрос, какую цель преследуют США, применяя санкции к банку «Россия», «Собибанку», «СМП банку» и другим. Авторами высказано также весьма спорное предположение, что «в зеркальной ситуации отечественные организации были бы вынуждены поступить так же, как поступили международные платежные системы. Потому винить компании Visa и MasterCard в выполнении ими требований их юрисдикции не вполне верно».

⁷ В настоящее время оператор платежной системы вправе привлекать операционный центр, находящийся за пределами Российской Федерации, для оказания операционных услуг участникам платежной системы.

MasterCard будут переведены в процессинговый центр Национальной системы платежных карт⁸. Международная платежная система Visa также перевела внутрироссийские транзакции на процессинг НСПК в феврале 2015 г.⁹

Таким образом, все внутрироссийские транзакции будут проводиться в пределах территории России, уже создан единый операционно-процессинговый центр. Требования Закона о национальной платежной системе и принятых в соответствии с ним нормативных актов в отношении операторов услуг платежной инфраструктуры таковы, что обязывают и расчетный центр, и платежный клиринговый центр, и операционный центр находиться в пределах Российской Федерации. 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. Надо подчеркнуть, что речь идет не только о розничных платежах за товары народного потребления, продукты питания и т.п. Речь в том числе о средствах, получаемых клиентами иностранной платежной системы за счет средств бюджетов бюджетной системы Российской Федерации, государственных внебюджетных фондов заработной платы, пенсий, социальных пособий, стипендий и денежного довольствия военнослужащих.

3. Создание НСПК принесет значительную экономическую выгоду. Доходы, которые получали иностранные платежные системы от транзакций, совершаемых на территории России, измеряются миллиардами рублей. Так, по данным ЦБ РФ, объем операций (оплата товаров и снятие наличных), совершенных держателями банковских карт, эмитированных отечественными банками, с 1 января по 1 октября 2013 г. составил 7,1 трлн рублей. Из этой суммы порядка 85—90 % операций приходилось на долю Visa и MasterCard. Их комиссия в России, которую уплачивает банк, составляет 1,4—1,5 % с каждой операции¹⁰. В целом

MasterCard получает около 2 % своего дохода в России, а Visa — около 3—4 %, что в 2013 г. составляло примерно 167 млн и 471 млн долл. соответственно¹¹. Как видно, абсолютное большинство платежей, совершаемых с картами иностранных платежных систем, — это внутрироссийские транзакции. Это говорит о потере не только огромного стратегически значимого сегмента внутреннего рынка, но и огромного дохода.

Оператор НСПК создан в форме акционерного общества, при этом 100 % его акций принадлежит Банку России. В случае сокращения доли участия Банка России ниже уровня 50 % плюс одна голосующая акция Банк России обладает специальным правом на участие в управлении оператором НСПК, которое предполагает участие представителя Банка России в общем собрании акционеров оператора НСПК с правом вето при принятии общим собранием акционеров оператора НСПК решений, отнесенных к компетенции общего собрания акционеров. В целях защиты конкуренции установлено, что одно лицо или группа лиц, за исключением Банка России, не вправе приобретать более чем 10 % акций оператора НСПК.

Согласно Закону о национальной платежной системе в НСПК имеется две группы участников: системные и индивидуальные. В качестве индивидуального участника НСПК могут выступать кредитные организации; в качестве системного участника — платежные системы в порядке, определенном правилами НСПК. Следует особо подчеркнуть, что все национально значимые платежные системы должны являться системными участниками НСПК, а все кредитные организации, признанные Банком России значимыми на рынке платежных услуг, — индивидуальными участниками НСПК

Платежная система признается Банком России *национально значимой*, если она соответствует одновременно следующим критериям (ст. 22 Закона о национальной платежной системе):

⁸ URL: <http://www.banki.ru/news/lenta/?id=7551869>.

⁹ URL: <https://news.mail.ru/economics/21128887/?frommail=1>.

¹⁰ Россия готова отказаться от Visa и MasterCard // Известия. 21 апреля 2015 г.

¹¹ URL: <http://www.vedomosti.ru/finance/articles/2014/05/20/visa-ne-uverena-v-prodolzhenii-raboty-v-rossii-tekuschie>.

- 1) Российская Федерация, Банк России, граждане Российской Федерации прямо или косвенно установили контроль в отношении оператора платежной системы и операторов услуг платежной инфраструктуры, за исключением расчетного центра платежной системы¹²;
- 2) используемые операторами услуг платежной инфраструктуры информационные технологии соответствуют устанавливаемым Банком России по согласованию с Правительством РФ требованиям. Указанные требования должны содержать в том числе использование в установленной доле программных средств, разработчиками которых являются российские организации, требования к лицензионным соглашениям, требования к материальным носителям платежных карт, включая их интегральные микросхемы, а также к обеспечению защиты информации.

Признание платежной системы национальной значимой является добровольным.

Порядок и критерии признания кредитной организации *значимой* установлен указанием Банка России от 6 ноября 2014 г. № 3439-У «О порядке признания Банком России кредитных организаций значимыми на рынке платежных услуг»¹³. Критерием отнесения кредитной организации к значимой является, в частности, числовое значение объемов операций с использованием расчетных и кредитных карт, осуществленных кредитной организацией на территории конкретного федерального округа за календарный год. Так, кредитная организация признается значимой, если ее объем таких операций составляет 2 % и более от общего объема указанных операций, осуществленных кредитными организациями на территории данного федерального округа Российской Федерации за календарный год.

Закон о национальной платежной системе ввел понятие национального платежного инструмента, которым признаются исключительно платежные карты и иные электронные средства платежа, эмитируемые национальной системой платежных карт. В первую очередь

речь идет о национальной платежной карте, которая получила название «Мир» и запуск которой ожидается в декабре 2015 года.

Кредитная организация, являющаяся индивидуальным участником НСПК, обязана обеспечить прием национальных платежных карт всеми организациями, индивидуальными предпринимателями, с которыми у такой кредитной организации заключены договоры об осуществлении расчетов по операциям с использованием платежных карт. Они также обязаны предоставить клиентам национальные платежные карты при получении клиентами за счет средств бюджетов бюджетной системы Российской Федерации, государственных внебюджетных фондов заработной платы, пенсий, социальных пособий, стипендий и денежного довольствия военнослужащих в случае их перевода на банковские счета, операции по которым осуществляются с использованием электронного средства платежа. В свою очередь, оператор национально значимой платежной системы, являющейся системным участником НСПК, обязан обеспечить предоставление национальных платежных инструментов клиентам всеми участниками платежной системы в указанных выше целях.

Оператор платежной системы, являющейся системным участником НСПК, обязан обеспечить прием национальных платежных карт всеми организациями, индивидуальными предпринимателями, с которыми у кредитных организаций, являющихся участниками платежной системы, заключены договоры об осуществлении расчетов по операциям с использованием платежных карт.

Таким образом, военнослужащие, государственные служащие, другие категории работников бюджетной сферы будут переведены на обслуживание в НСПК уже в 2016 г. Все бюджетные средства, из которых осуществляются выплаты данной категории лиц, будут обращаться посредством национального платежного инструмента. Что же касается популяризации российской банковской карты среди населения, то ее планируется сделать максимально удобной в использовании в быту. Все торговые

¹² Лица, в отношении которых осуществляется контроль, называются контролируемые лица, лица, которые установили контроль — контролирующие лица.

¹³ Вестник Банка России. 2014. № 111.

точки в России обязаны принимать российскую платежную карту, что будет способствовать ее повсеместному распространению.

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.

Следует подчеркнуть, что указанные принципы функционирования характерны для многих розничных платежных систем. Так, изначально основным пользователем американской Автоматизированной расчетной системы (ACH) было государство, использовавшее эту систему для выплат по социальным проектам и зарплатам. Крупнейшим оператором этой системы является Федеральная резервная система, и только с марта 2003 года функции единственного частного оператора американской Автоматизированной расчетной системы стал выполнять The Clearing House's Electronic Payments Network (EPN)¹⁴.

Аналогичные нормы содержатся в китайском законодательстве, согласно которому все карты для расчетов в юанях по умолчанию должны использоваться в национальной китайской платежной системе UnionPay. Их прием должны обеспечивать все банкоматы, POS-терминалы и иные эквайринговые устройства в стране. Согласно китайскому законодательству платежная система Union Pay и ее оператор с одноименным названием является единственным внутренним оператором и проводит всю информацию о национальных межбанковских карточных платежах в рамках собственной платежной сети.

В Дании, наряду с иностранными карточными платежными системами, действует национальная Dankort. Платежные карты этой платежной системы почти повсеместно принимаются на территории страны, а эквайринг

Dankort может осуществлять только одна компания — Nets, которая является преемником конгломерата банков — создателей национальной карты. При этом за пределами страны Dankort не принимается.

Собственная карточная платежная система, RuPay, есть и в Индии. Она появилась в 2008 г. и имела стратегической задачей создать конкуренцию международным платежным системам Visa и MasterCard на индийском рынке. В 2013 г., спустя всего 5 лет, система RuPay сама стала международной и приобретает все большую популярность. Уже к февралю 2014 г. эмиссия карт RuPay достигла 14 млн. За два года их стали принимать 840 тыс. магазинов и 70 % предприятий дистанционной торговли¹⁵. В Индии процессом создания национальной карточной платежной сети руководит национальная платежная корпорация. Информация о совершенных транзакциях также остается внутри страны, а не за ее пределами¹⁶.

Республика Беларусь начала вести работу по созданию собственной платежной системы с использованием банковских пластиковых карточек еще в 1994 г. 1 октября 2013 г. зарегистрирована ЗАО «Платежная система БЕЛКАРТ». В марте 2014 г. была эмитирована первая кобрендинговая карточка БЕЛКАРТ-Maestro с чипом стандарта EMV. Продукт позволил внутренней платежной системе выйти на международный уровень¹⁷.

В Японии преимущественное хождение имеют карты национальной платежной системы JCB, в Германии — GeldKarte, в Австрии — Quick, во Франции — CartesBancaires, в Португалии — SIBS, в Италии — Pago, в Голландии — Chipknip, в Англии — Oystercard, в Канаде — Interac и др.

Требования и ограничения, установленные в отношении взаимодействия платежных систем, действующих на территории России, в том числе иностранных, с НСПК, не направлены на национализацию иностранной платежной си-

¹⁴ Солюянов А. А. Международный опыт функционирования платежных систем и российская практика : дис. ... канд. экон. наук. М., 2008. С. 97—98.

¹⁵ Достов В. Л., Шуст П. М. Самостоятельность в платежах: перспективы создания подлинно национальной платежной системы // Расчеты и операционная работа в коммерческом банке. 2014. № 3.

¹⁶ Национальная платежная система : Бизнес-энциклопедия / кол. авт. ; ред.-сост. А. С. Воронин. М., 2013. С. 99—100.

¹⁷ URL: <http://belkart.by/BELKART/history/>.

стемы или монополизацию платежных услуг государством, они направлены исключительно на защиту национальных интересов России. Ведь оператор НСПК, согласно Закону о национальной платежной системе, создается в форме акционерного общества в соответствии с Федеральным законом от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»¹⁸. При образовании оператора НСПК 100 % его акций принадлежит Банку России, но в будущем доля участия Банка России может быть уменьшена, во всяком случае, для этого нет законодательных барьеров.

В литературе высказывалась точка зрения, что выход российской платежной системы на международный рынок такими же быстрыми темпами, как, например, у китайской UnionPay, представляется сомнительным, поскольку быстрое распространение китайской платежной карты поддерживается значительным числом китайских туристов. Кроме того, в России рынок безналичных платежей уже сформировался¹⁹.

Указанные обстоятельства нельзя не принимать во внимание. Однако нельзя также не учитывать, что российские карточные платежные системы многие годы находились в неравных условиях с международными платежными системами. На российском рынке и рынках почти всех постсоциалистических стран просто не было альтернативы картам этих систем. Однако теперь в рамках дальнейшего развития НСПК (2016—2018 гг.) будут осуществляться мероприятия по насыщению продуктовой линейки НСПК актуальными платежными продуктами и сервисами, их продвижению и развитию на территории России, а также по продвижению национальных платежных карт и иных электронных средств платежа, а также сервисов НСПК за пределами России.

Национальная карта будет приниматься на всей территории России и позволит совершать все типовые операции: снимать наличные, оплачивать покупки в торговых сетях, осуществлять бесконтактные и мобильные платежи.

Недавно внесенной в Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»²⁰ статьей 16.1 установлено, что продавец (исполнитель) обязан обеспечить возможность оплаты товаров (работ, услуг) путем использования национальных платежных инструментов, а также наличных расчетов по выбору потребителя.

Оплата товаров (работ, услуг) может производиться потребителем в соответствии с указанием продавца (исполнителя) путем расчетов через субъектов национальной платежной системы, осуществляющих оказание платежных услуг, если иное не установлено законодательством Российской Федерации.

Часть 4 ст. 14.8 Кодекса РФ об административных правонарушениях устанавливает меры административной ответственности за неисполнение обязанности по обеспечению возможности оплаты товаров (работ, услуг) путем наличных расчетов или с использованием национальных платежных инструментов в рамках национальной системы платежных карт по выбору потребителя, если обеспечение такой возможности является обязательным.

Реализовать прием платежных карт «Мир» предполагается и за рубежом — через кобейджинговые программы с рядом международных платежных систем. В частности, в июне 2015 г. заключено соглашение о выпуске кобейджинговых карт «Мир-Maestro». А в июле 2015 г. подписано соглашение о намерениях по выпуску кобейджинговых карт с международными платежными системами JCB и American Express.

Создание российской национальной системы платежных карт требует временных и материальных затрат. Однако несмотря на то, что процесс создания НСПК был запущен только в сентябре 2014 г., уже в конце января 2015 г. к НСПК были подключены семь банков, в феврале система была переведена в режим опытной эксплуатации, по состоянию на 16 марта в ней работало уже 77 участников в 16 городах страны, а с 1 апреля, как и было запланировано, НСПК начала функционировать в рабочем режиме.

¹⁸ Российская газета. 29.12.1995.

¹⁹ Достов В. Л., Шуст П. М. Самостоятельность в платежах: перспективы создания подлинно национальной платежной системы // Расчеты и операционная работа в коммерческом банке. 2014. № 3.

²⁰ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

С этого момента идет последовательное подключение к системе банков страны, с постоянным увеличением выполняемых операций²¹.

Таким образом, национальная система платежных карт занимает особое место среди других платежных систем, действующих на территории России. Представляется возможным определить национальную систему платежных

карт как самостоятельный элемент национальной платежной системы России, который оказывает влияние на функционирование национальной платежной системы и выполнение ею возложенных на нее задач. Деятельность НСПК позволит решить ряд серьезных проблем, в том числе, по обеспечению экономической безопасности и суверенитета России.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Достов В. Л., Шуст П. М. Самостоятельность в платежах: перспективы создания подлинно национальной платежной системы // Расчеты и операционная работа в коммерческом банке. — 2014. — № 3.
2. Каурова Н. Н. Национальная платежная система: время пришло! // Банковский ритейл. — 2014. — № 2. — II квартал.
3. Национальная платежная система. Бизнес-энциклопедия / кол. авт. ; ред.-сост. А. С. Воронин. — М., 2013. — С. 99—100.
4. Солуянов А. А. Международный опыт функционирования платежных систем и российская практика : дис. ... канд. экон. наук. — М., 2008. — С. 97—98.

Материал поступил в редакцию 2 декабря 2015 г.

THE NATIONAL SYSTEM OF PAYMENT CARDS AND ITS IMPORTANCE TO THE NATIONAL PAYMENT SYSTEM IN RUSSIA²²

KHOMENKO Elena Georgievna — PhD, Associate Professor at the Department of Banking Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
lenahom@mail.ru
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. *The article is devoted to the national payment card system (NBTS) and its value for the national payment system of Russia.*

NBTS refers to the so-called retail payment systems, oriented towards the processing of small payments and providing service for individuals. Retail payment systems often emit their payment instruments, a payment card, so they are often referred to as "card" systems.

The author proves that the creation of a national system of payment cards and the introduction of its own payment card will eliminate dependence on foreign "card" system, will ensure the protection of information concerning transactions made in Russia, as well as provide income from transactions completed on the territory of Russia. The article briefly analyses set up mechanisms of the national payment card system and draws attention to the experience of other countries in terms of establishing a national payment card as a national payment instrument.

Keywords: *payment system, payment card, processing center, the payment system operator, services payment infrastructure operator, the national payment instrument, significant payment systems, significant credit institutions, system participants, individual participants.*

²¹ URL: <http://www.pcweek.ru/gover/article/detail.php?ID=174385>.

²² The article is prepared on the basis of the report delivered at the scientific and practical conference "The Strategy for the National Development and Objectives of the Russian Jurisprudence" of 24-26 November 2015 at the meeting of the section "Strategies for Development of the Russian Economy and the Challenges of Science of Business Law"

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Dostov V. L., Shust P. M.* Samostojatel'nost' v platezhah: perspektivy sozdaniya podlinno nacional'noj platezhnoj sistemy // Raschety i operacionnaja rabota v kommercheskom banke. — 2014. — № 3.
2. *Kaurova N. N.* Nacional'naja platezhnaja sistema: vremja prishlo! // Bankovskij ritejl. — 2014. — № 2. — II kvartal.
3. Nacional'naja platezhnaja sistema. Biznes-jenciklopedija / kol. avt. ; red.-sost. A. S. Voronin. — M., 2013. — S. 99—100.
4. *Solujanov A. A.* Mezhdunarodnyj opyt funkcionirovanija platezhnyh sistem i rossijskaja praktika : dis. ... kand. jekon. nauk. — M., 2008. — S. 97—98.

К вопросу о совершенствовании правового регулирования синдицированного кредитования в Российской Федерации

Аннотация. Синдицированный кредит является одним из наиболее распространенных и эффективных способов привлечения капитала на международном финансовом рынке. Его характерной особенностью является участие в кредитном правоотношении нескольких кредиторов, что позволяет диверсифицировать риски относительно одного заемщика и обеспечить привлечение значительного объема финансирования.

В российском законодательстве на сегодняшний момент отсутствуют специальные документы или выработанные судебной практикой решения, регулирующие данный вид кредита. В результате при заключении большинства сделок используется английское, французское, немецкое или швейцарское право. Значительная часть синдицированных сделок структурируется на основе стандартной документации, разработанной Лондонской ассоциацией кредитного рынка. Однако в последние годы в нашей стране начали формироваться экономические, организационные и правовые предпосылки для развития синдицированного кредитования и увеличения числа сделок, заключенных по российскому праву. В статье анализируются некоторые изменения российского законодательства и их значение для развития синдицированного кредитования.

Ключевые слова: банк, заемщик, синдикат кредиторов, синдицированный кредит, залог имущества, предмет залога, управляющий залогом, заверения и гарантии, простое товарищество, решения собраний.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.072-079

Институт синдицированного кредита законодательством Российской Федерации непосредственно не урегулирован. Правовой основой синдицированного кредита в настоящее время являются общие нормы статей 308, 321, 322 и главы 42 «Заем и кредит» Гражданского кодекса Российской Федерации, а также отдельные положения нормативных актов

Центрального банка Российской Федерации, в которых понятие «синдицированный кредит» раскрывается главным образом применительно к надзорной деятельности Банка России¹.

Одной из приоритетных задач, закрепленных в Стратегии развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2015 года², было дальнейшее развитие механизма синди-

¹ См.: например, Положение Банка России от 30.05.2014 421-П «О порядке расчета показателя краткосрочной ликвидности («Базель III»)» // Вестник Банка России. 2014. № 60 ; Инструкция Банка России от 03.12.2012 № 139-И «Об обязательных нормативах банков» // Вестник Банка России. 2012. № 74.

² Заявление Правительства РФ № 1472п-П13, Банка России № 01-001/1280 от 05.04.2011 «О Стратегии развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2015 года».

© Попкова Л. А., 2016

* Попкова Любовь Александровна, аспирантка кафедры банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Popkova-1992@yandex.ru

301491, Россия, Тульская область, Плавский район, Заречье, Новая, 16

цированного кредитования. Анализ достигнутых результатов позволяет сделать вывод, что в нашей стране сформированы экономические, организационные и правовые предпосылки для развития синдицированного кредитования и увеличения числа сделок, заключенных по российскому праву. В первую очередь это касается гражданского законодательства.

Основные новеллы гражданского законодательства. Изменения в части первой ГК РФ, вступившие в силу с 1 июля 2014 года, значительно расширили возможности по структурированию сложных кредитных сделок по российскому праву. В частности, существенные изменения коснулись законодательства о залоге имущества.

Статьей 335.1 ГК РФ введена множественность лиц на стороне залогодержателя. Предмет залога может находиться в залоге одновременно у нескольких лиц, имеющих равные по старшинству права залогодержателей в обеспечение разных обязательств, по которым эти залогодержатели являются самостоятельными кредиторами. Предусмотрена также возможность заключения межкредиторского соглашения, которое может предусматривать порядок осуществления ими своих прав и распределение средств, полученных при реализации предмета залога.

Действующий ГК РФ существенно расширил категории имущества, которое может являться предметом залога. Например, прямо закреплена возможность залога прав по договору банковского счета, залога ценных бумаг, залога корпоративных прав, залога прав (требований). Кроме того, изменены требования к описанию предмета залога. В соответствии с пунктом 2 статьи 339 ГК РФ в договоре залога предмет залога может быть описан любым способом, позволяющим идентифицировать имущество в качестве предмета залога на момент обращения взыскания.

Статья 356 ГК РФ закрепила возможность предоставлять обеспечение не только кредитору по обеспечиваемому залогом обязательству, но и третьему лицу (управляющему залогом), специально уполномоченному кредиторами. В силу пункта 1 статьи 356 ГК РФ кредиторы по обеспечиваемому залогом обязательству вправе заключить договор управления залогом с одним из таких кредиторов или третьим лицом (управляющим залогом).

Договор управления залогом обязывает управляющего залогом от своего имени, но в интересах кредиторов заключить договор залога с залогодателем (заемщиком) и осуществлять все права и обязанности залогодержателя по договору залога, а кредиторов — компенсировать управляющему залогом понесенные им расходы и уплатить вознаграждение, если иное не предусмотрено договором.

Использование института управления залогом для целей синдицированного кредита позволяет осуществлять уступку прав по кредиту, обеспеченному залогом, без необходимости уступки прав по залогом и внесения изменений в сведения о залогодержателе в реестре залогов, что существенно повышает ликвидность кредита и снижает стоимость привлекаемого финансирования. Благодаря закреплению в российском законодательстве конструкции управления залогом становится возможным гибкое изменение состава синдиката кредиторов.

Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации», вступивший в силу 1 июня 2015 г., существенно дополнил нормы обязательственного права, включив в них принципиально новые институты.

Одной из таких новелл является концепция заверений об обстоятельствах, предусмотренная статьей 431.2 ГК РФ. Указанная статья не закрепляет четкого определения заверений об обстоятельствах, а лишь указывает случаи и условия предоставления таких заверений, а также последствия их нарушения. Из содержания статьи 431.2 ГК РФ следует, что заверения об обстоятельствах представляют собой подтверждение одной из сторон договора обстоятельств, имеющих существенное значение для заключения договора, его исполнения или прекращения. Под такими обстоятельствами понимаются, в частности, соответствие договора применимому праву, наличие необходимых разрешений и лицензий, полномочий на заключение договора, а также обстоятельства, относящиеся к предмету договора или финансовому состоянию стороны. Недостоверность заверений об обстоятельствах дает пострадавшей стороне право не только на возмещение убытков и получение предусмотренной договором неустойки, но и на определение судьбы самого договора — на отказ от его исполнения или признание его недействительным.

В международной практике широко распространены так называемые заверения и гарантии, представляющие собой подтверждение сторонами договора наличия или отсутствия определенных обстоятельств, нарушение которых приводит к соответствующим правовым последствиям. В договоре синдицированного кредита заверения и гарантии используются в качестве подтверждения юридического, коммерческого и финансового положения заемщика и являются необходимыми условиями для принятия кредитором решения о предоставлении денежных средств.

Концепция заверений и гарантий возникла и получила широкое распространение в странах общего права. По праву Великобритании заверения и гарантии отличаются друг от друга по последствиям нарушения и способам защиты. Нарушение заверений, выраженное в сообщении недостоверных сведений, дает потерпевшей стороне право на расторжение договора и взыскание убытков с виновной стороны³. Гарантии также являются утверждениями об определенных фактах, однако их нарушение не ведет к прекращению договора. В случае нарушения гарантий потерпевшая сторона вправе взыскать с виновной стороны убытки или потребовать исполнения обязательства⁴. Различие между заверениями и гарантиями проявляется и в фактах, которые они удостоверяют: заверения по общему правилу относятся к обстоятельствам, уже существующим на момент заключения договора, а гарантии — к обстоятельствам, которые могут возникнуть в будущем в процессе исполнения договора.

Таким образом, в российском праве появился аналог концепции заверений и гарантий, однако полностью отождествлять российскую и иностранную правовые конструкции представляется неверным. Заверения об обстоятельствах, предусмотренные статьей 431.2 ГК РФ, содержат характерные черты как заверений, так и гарантий по английскому праву. Во-первых, заверения могут относиться и к обстоятельствам, которые уже существуют на момент заключения договора, и к тем, которые возникнут в будущем, в период его исполнения. Во-

вторых, статьей 431.2 ГК РФ предусматривается четыре возможных последствия нарушения заверений об обстоятельствах: возмещение убытков, уплата предусмотренной договором неустойки, отказ от исполнения договора или признание его недействительным. Тем не менее само включение института заверений об обстоятельствах в ГК РФ является значительным шагом на пути совершенствования российского законодательства в части повышения уровня защиты добросовестных участников имущественного оборота.

Подводя итог сказанному выше, можно отметить, что реализованные изменения гражданского законодательства, несомненно, будут способствовать развитию синдицированного кредитования по российскому праву и приближению к международной банковской практике.

Изменения в нормативных актах Банка России. В целях создания эффективного механизма правового регулирования синдицированного кредитования значительные изменения внесены и в нормативные акты Банка России. Так, с 1 января 2014 года вступили в силу изменения в инструкции Банка России от 03.12.2012 139-И «Об обязательных нормативах банков», закрепившие новое, отвечающее потребностям современного рынка определение синдицированного кредита, а также усовершенствованную методiku определения уровня риска по таким кредитам. В отличие от ранее действовавшего регулирования, которое предусматривало обязательное отношение синдицированного кредита к одному из трех типов — совместно инициированный, индивидуально инициированный или синдицированный кредит без определения долевых условий, — новый подход позволяет структурировать различные виды кредитов, которые одновременно могут относиться ко всем вышеуказанным типам. Это позволит избежать неопределенности при расчете обязательных нормативов.

Законопроект о синдицированном кредите. Практика последних лет показывает необходимость законодательного регулирования отношений в сфере синдицированного

³ См.: A Dictionary of Law. 5th ed. / ed. by E. A. Martin. Oxford University Press, 2003. P. 427.

⁴ См.: Hudson A. The Law of Finance. 1st ed. Sweet and Maxwell, 2009. P. 399.

кредитования. В настоящее время разработан и проходит процедуру межведомственного согласования проект федерального закона «О внесении изменений в главу 42 части второй ГК РФ и отдельные законодательные акты РФ»⁵, направленный на поддержку долгосрочного, инвестиционного и синдицированного кредита (далее — законопроект).

Законопроект дополняет главу 42 ГК РФ отдельной статьей 819.1, закрепляющей понятие, основные признаки и существенные условия договора синдицированного кредита. В частности, предусматривается, что по договору синдицированного кредита несколько кредиторов, являющихся кредитными организациями (синдикат кредиторов), обязуются на возмездной основе предоставить денежные средства (синдицированный кредит) одному заемщику, являющемуся юридическим лицом, в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее в порядке, предусмотренном договором.

Включение в ГК РФ общей нормы о синдицированном кредите, безусловно, является одним из наиболее востребованных современной банковской практикой изменений. Однако предлагаемые изменения не решают ряда проблем, возникающих при организации синдицированного кредита.

Ключевым вопросом оформления любого заемного обязательства является согласование стоимости заемных средств. По общему правилу процентная ставка по синдицированному кредиту складывается из трех элементов: базовой среднерыночной ставки привлечения денежных средств на межбанковском рынке (LIBOR или EURIBOR), стоимости услуг банка организатора синдиката и иных обязательных затрат заемщика (например, так называемое положение о защите прибыли банка (*margin*

protection clause), направленное на предотвращение расходов банка-кредитора, вызванных изменением налогового, валютного и иного законодательства страны происхождения заемщика)⁶.

Российские суды, руководствуясь принципом, сформулированным Высшим Арбитражным Судом РФ, негативно относятся к дополнительным платежам по договору синдицированного кредита, в том числе комиссиям за организацию кредита, за рассмотрение заявления о предоставлении кредита и поддержание неиспользуемого лимита кредитной линии⁷. В частности, комиссия за организацию синдицированного кредита в большинстве случаев признается недействительной⁸.

В целях урегулирования вопроса взимания дополнительных платежей за оказание услуг в рамках договора синдицированного кредита полагаем целесообразным уточнить содержание пункта 1 статьи 819.1 ГК РФ в редакции законопроекта, указав, что «заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее, а также возместить кредиторам иные расходы, связанные с предоставлением денежных средств, в порядке, предусмотренном договором».

Важным аспектом отношений между кредиторами — участниками синдиката является возможность назначения единого представителя для представления их интересов в определенном круге правоотношений (осуществление прав по договору о залоге, представительство при банкротстве заемщика) или выполнения иных функций (например, агент по договору синдицированного кредита, который является техническим посредником между кредиторами и заемщиком). В этой связи предлагаем рассмотреть возможность дополнения статьи 819.1 ГК РФ в редакции законопроекта положением, что кредиторы вправе согласовать в договоре лицо, являюще-

⁵ URL: http://regulation.gov.ru/project/20956.html?point=view_project&stage=2&stage_id=18036 (дата обращения: 17 октября 2015 г.).

⁶ См.: *Campbell M.* Syndicated lending: practice and documentation. 6th ed. Euromoney Books, 2014. P. 51.

⁷ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.09.2011 № 147 «Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре» // Вестник ВАС РФ. 2011. № 11.

⁸ См., например: постановление ФАС Московского округа от 06.09.2013 № А40-71030/12-108-57 // СПС «ГАРАНТ».

еся одним из кредиторов или третьим лицом, в функции которого входит координация взаимодействия между заемщиком и кредиторами на условиях, предусмотренных договором (кредитного агента).

Законопроектом предусматривается право сторон кредитного договора обусловить возврат суммы кредита возвратом заемщику суммы кредита, который заемщик предоставил третьему лицу, в случаях, когда заемщиком по кредитному договору является кредитная организация. Таким образом, в российский гражданский оборот вводится механизм косвенного кредитования посредством субучастия.

Договор субучастия является востребованным в международной практике банковского кредитования, и его закрепление в российском законодательстве особенно важно для региональных банков, поскольку позволит им приобретать небольшие доли участия и тем самым участвовать в синдицированном кредитовании наряду с крупными банками. Кроме того, указанный механизм будет способствовать развитию вторичного рынка синдицированного кредитования в Российской Федерации.

В целях повышения привлекательности для профессиональных заимодавцев участия в синдицированном кредите, по нашему мнению, в российском законодательстве необходимо закрепить правило, предусмотренное стандартной документацией Лондонской ассоциации кредитного рынка (Loan Market Association, LMA), согласно которому кредитор по синдицированному кредиту не обязан выплачивать участнику сумму участия в случае, если заемщик не платит по кредитному договору.

Ряд положений законопроекта направлен на создание эффективного механизма взаимодействия между кредиторами, входящими в синдикат. Так, предполагается, что к отношениям по договору синдицированного кредита будут применяться положения главы 55 ГК РФ о договоре простого товарищества в части, не урегулированной договором.

Следует отметить, что как в российской, так и в зарубежной доктрине сложились разные подходы к квалификации правовой природы отношений между кредиторами по договору синдицированного кредита⁹. В континентальной правовой доктрине превалирует точка зрения, согласно которой к отношениям между кредиторами в синдицированном кредите необходимо применять правила о простом товариществе. Так, согласно статье 530 Обязательственного закона Швейцарии консорциумы банков имеют форму простого товарищества, действующего на основании договора о создании консорциума (Konsortialvertrag)¹⁰. При этом участники консорциума несут солидарную ответственность по предоставлению всей суммы синдицированного кредита, которая может быть изменена на долевую соглашением сторон.

Согласно французской правовой доктрине солидарная ответственность товарищей, характерная для договора простого товарищества, не соответствует целям и сущности синдицированного кредита¹¹. В синдикате у каждого из кредиторов имеется собственная цель — получение прибыли пропорционально предоставленной сумме денежных средств, а общая цель фактически отсутствует. Сумма кредита не является вкладом в общее имущество товарищей, нельзя говорить и о равном распределении прибыли между участниками синдиката.

По нашему мнению, простое товарищество является не самым удобным инструментом регулирования отношений между кредиторами в синдикате. В значительной степени это обусловлено тем, что простое товарищество предполагает наличие долевой собственности и специальных усложненных правил выхода участников товарищества. Кроме того, применение главы 55 ГК РФ к синдицированному кредиту делает возможным предъявление заемщиком требования к одному из кредиторов на всю сумму кредита (статья 1047 Гражданского кодекса Российской Федерации).

⁹ См., например: Качалова А. В. Правовые особенности заключения договоров о предоставлении синдицированных кредитов // Законодательство. 2006. № 2. С. 56.

¹⁰ См.: Нобель П. Швейцарское финансовое право и международные стандарты : пер. с англ. М. : Волтерс Клувер, 2007. С. 285.

¹¹ См.: *Fight A. Syndicated lending (Essential capital markets)*. 1st ed. Elsevier Ltd, 2004. P. 92.

Вместе с тем следует учитывать, что в соответствии с пунктом 6 статьи 356 ГК РФ в части, не урегулированной указанной статьей, к правам и обязанностям залогодержателей по отношению друг к другу применяются правила о договоре простого товарищества, заключаемом для осуществления предпринимательской деятельности, если иное не вытекает из существа обязательств сторон.

Таким образом, предлагаемое законопроектом правило о возможности применения к договору синдицированного кредита положений главы 55 ГК РФ, с одной стороны, не ограничивает автономию воли участников синдиката кредиторов, а с другой стороны, позволяет предотвратить возникновение коллизий в случае применения к отношениям кредиторов норм о простом товариществе в силу прямого предписания закона.

Важной гарантией для участвующих в сделке кредиторов является обеспечение такого механизма принятия решений, при котором решения по важнейшим вопросам принимаются большинством голосов. По общему правилу для принятия соответствующего решения синдикатом требуется получение согласия кредиторов, которые предоставили не менее 2/3 от общей суммы синдицированного кредита (порядка 66,6 % от общей суммы взносов кредиторов)¹². Разработка подобного механизма в российском законодательстве является одним из главных условий развития синдицированного кредитования.

Законопроектом предлагается применение к собраниям кредиторов по договору синдицированного кредита правил главы 9.1 ГК РФ, закрепляющей порядок принятия решений собраний и обязательные требования к их принятию, а также случаи признания решений собраний недействительными. Однако следует учитывать, что в статье 181.2 ГК РФ установлено правило о принятии решения большинством голосов при наличии кворума — 50 % участников. Порядок применения главы 9.1 ГК РФ был предметом рассмотрения Верховного

Суда РФ¹³. Суд указал, что к решениям собраний относятся решения коллегиальных органов управления юридического лица, решения собраний кредиторов, а также комитета кредиторов при банкротстве, решения долевых собственников, решения участников общей долевой собственности на земельный участок из земель сельскохозяйственного назначения.

С учетом изложенного полагаем, что правила главы 9.1 ГК РФ неприменимы к собраниям кредиторов в синдикате, поскольку разработаны для регулирования качественно иных отношений, в первую очередь корпоративных, и не учитывают особенностей синдицированного кредита, а также отношений между кредиторами — членами синдиката.

Особое внимание в законопроекте уделяется реализации прав управляющего залогом в отношениях с участниками синдиката и внесению данных о нем в соответствующие государственные реестры. По нашему мнению, для эффективного использования данного института в сделках синдицированного кредитования необходимо внести дополнительные изменения в законодательство, определяющее порядок регистрации залога движимого и недвижимого имущества, ценных бумаг. В частности, целесообразно предусмотреть, что при осуществлении управляющим залогом прав залогодержателей в соответствующих реестрах указывается только управляющий залогом, а сведения о составе кредиторов/залогодержателей не вносятся в реестры. Реализация подобного механизма позволит избежать дополнительных трудностей при изменении состава кредиторов по синдицированному кредиту.

Несмотря на то что законопроект содержит ряд вопросов, требующих дополнительной проработки, в целом его принятие, по нашему мнению, крайне важно для развития российского рынка синдицированного кредитования, поскольку позволит снизить правовые риски при структурировании синдикатов по российскому праву.

¹² См.: Буркова А. Ю. Синдицированное кредитование в России и за рубежом: разница документации // Банковское кредитование. 2010. № 1. С. 50.

¹³ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

Стандартный договор синдицированного кредита. Помимо совершенствования нормативно-правового регулирования, важным условием развития синдицированного кредитования в России является разработка соответствующей договорной документации.

Ассоциацией региональных банков «Россия» на базе международного опыта разработан стандартный договор синдицированного кредита по российскому праву, подробно регламентирующий отношения между членами синдиката и заемщиком¹⁴. В стандартном договоре синдицированного кредита первоочередное внимание уделено таким вопросам, как общая структура правоотношений между отдельными кредиторами и заемщиком, порядок принятия кредиторами совместных решений, правовой статус агента, регулирование процентов по кредиту и иных вознаграждений, определение случаев неисполнения заемщиком принятых на себя обязательств, основания досрочного возврата кредита, заверения и гарантии, соглашение об уступке и переводе

долга, а также способы структурирования обеспечения.

Внедрение стандартной документации позволит увеличить объем национального рынка синдицированного кредитования и упростить процедуру заключения сделок по российскому праву, что, в свою очередь, повысит привлекательность и доступность синдицированных кредитов.

* * *

Синдицированный кредит является одним из наиболее распространенных способов привлечения финансовых ресурсов, позволяющих эффективно решать задачи экономического роста и капитализации всей банковской системы. Формирование внутреннего национального рынка синдицированного кредитования существенно повышает финансовые возможности банков, особенно в регионах. Таким образом, активное развитие синдицированного кредитования способно оказать благоприятное воздействие на российскую банковскую систему в целом.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Буркова А. Ю. Синдицированное кредитование в России и за рубежом: разница документации // Банковское кредитование. — 2010. — № 1. — С. 48—54.
2. Качалова А. В. Правовые особенности заключения договоров о предоставлении синдицированных кредитов // Законодательство. — 2006. — № 2. — С. 54 — 62.
3. Нобель П. Швейцарское финансовое право и международные стандарты : пер. с англ. — М. : Волтерс Клувер, 2007. — 1095 с.
4. A Dictionary of Law. — 5th ed. / ed. by E. A. Martin. — Oxford University Press, 2003. — 551 p.
5. Hudson A. The Law of Finance. — First edition. — Sweet and Maxwell, 2009. — 1428 p.
6. Campbell M. Syndicated lending: practice and documentation. — Sixth edition. — Euromoney Books, 2014. — 570 p.
7. Fight A. Syndicated lending (Essential capital markets). — First edition. — Elsevier Ltd, 2004. — 188 p.

Материал поступил в редакцию 2 ноября 2015 г.

¹⁴ Стандартный договор о предоставлении синдицированного кредита // URL: <http://www.asros.ru/public/elfinder/files/doc/syndicate/dogovor-synd.doc> (дата обращения: 17 октября 2015 г.).

ON IMPROVEMENT OF LEGAL REGULATION OF A SYNDICATED LOAN IN THE RUSSIAN FEDERATION

ПОПКОВА Lyubov Alexandrovna — postgraduate at the Department of Banking Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

popkova-1992@yandex.ru

301491, Russia, Tula Region, Plavsk District, Zarech'e, Novaia Street, 16

Review. *A syndicated loan is one of the most common and effective ways of raising capital in the international financial market.*

A characteristic feature of a syndicated loan is the involvement of several credit lenders in legal relationship, which makes it possible to diversify the risks in relation to the borrower and also to attract a significant amount of funding.

Nowadays, in the Russian legislation there are no specific documents or developed judicial practice governing this type of loan, which causes a lot of difficulties in the organization of syndicated loans under the Russian legislation. As a result, we use English, French, German or Swiss law in concluding the majority of transactions.

A great number of syndicated transactions is structured on the basis of standard documentation developed by the London Association of the credit market. However, in recent years, our country has seen some economic, organizational and legal preconditions for the development of syndicated lending and for the increase in the number of transactions concluded under the Russian legislation.

The article analyzes the changes in the Russian legislation and their importance for the development of syndicated lending.

Keywords: *bank, borrower, a syndicate of lenders, syndicated loan, pledge of property, collateral, collateral manager, assurances and guaranties, general partnership, decisions of the meetings.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Burkova A. Ju. Sindicirovannoe kreditovanie v Rossii i za rubezhom: raznica dokumentacii // Bankovskoe kreditovanie. — 2010. — № 1. — S. 48—54.*
2. *Kachalova A. V. Pravovye osobennosti zakljuchenija dogovorov o predostavlenii sindicirovannykh kreditov // Zakonodatel'stvo. — 2006. — № 2. — S. 54 — 62.*
3. *Nobel' P. Shvejcarskoe finansovoe pravo i mezhdunarodnye standarty : per. s angl. — M. : Volters Kluver, 2007. — 1095 s.*

ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ И СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ

И. С. Цыпкина*

Правовая природа выходного пособия

Аннотация. В данной статье анализируется правовая природа выходного пособия и иных выплат, производимых при прекращении трудового договора, рассматриваются вопросы, связанные с кругом лиц, имеющих право на сохранение среднего заработка на период трудоустройства, исследуются спорные вопросы, возникающие в правоприменительной практике в связи с реализацией норм ТК РФ о выходном пособии.

Ключевые слова: правовая природа выходного пособия и компенсаций, выплачиваемых работникам при прекращении трудового договора; сохранение среднего заработка на период трудоустройства; порядок выплаты выходного пособия.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.080-088

Выходное пособие выплачивается работникам при прекращении трудового договора по некоторым основаниям, предусмотренным Трудовым кодексом Российской Федерации. Общей статьей, регулирующей порядок его выплаты, является статья 178 ТК РФ, расположенная в VII разделе, но отдельные случаи предусмотрены также в других статьях и разделах Кодекса.

Положения, сформулированные в ст. 178 ТК РФ, не дают четкого ответа на некоторые вопросы, возникающие при ее применении. Последовательно эти вопросы можно подразделить на следующие группы:

— о порядке сохранения среднего заработка за второй и третий месяц после увольнения (а в некоторых случаях за четвертый, пятый и шестой месяц) и о круге лиц, имеющих право на его сохранение;

— о правовой природе компенсаций¹, выплачиваемых отдельным работникам, и о месте норм, регулирующих такие выплаты;

— о правовой природе самого выходного пособия.

Размер выходного пособия согласно действующему трудовому законодательству дифференцирован и составляет по общему правилу либо средний месячный заработок работника, либо его двухнедельный заработок.

Выплата выходного пособия в размере среднего месячного заработка предусмотрена при расторжении трудового договора по двум основаниям, указанным в ст. 81 ТК РФ, — при ликвидации организации и сокращении численности или штата работников. Анализ ч. 1 ст. 178 ТК РФ позволяет сделать вывод о том, что право на выходное пособие имеют все работники, которые подлежат увольнению по

¹ По терминологии, используемой в ст. 181, 181.1 и 349.1 ТК РФ.

© Цыпкина И. С., 2016

* Цыпкина Ирина Сергеевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

i_c_tcipkina@mail.ru

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

данным основаниям, в том числе совместители и пенсионеры². Его выплата не зависит от их дальнейшего трудоустройства. В соответствии с ч. 1 ст. 140 ТК РФ выходное пособие должно быть выдано работнику не позднее дня его увольнения. Если в этот день работник отсутствует, пособие необходимо выплатить на следующий день после того, как работник предъявит требование о расчете.

В статье 178 ТК РФ предусмотрено также, что помимо выходного пособия за работником, уволенным по указанным основаниям, сохраняется средний месячный заработок в течение двух или в исключительных случаях — трех месяцев со дня расторжения трудового договора. Следует отметить, что сохранение за работником среднего заработка за этот период по своей сути тоже является выходным пособием. Позиция отдельных судебных органов о том, что средний месячный заработок, сохраняемый на период трудоустройства, не является выходным пособием³ или приравнивается к пособию по безработице⁴, представляется необоснованной.

Исходя из ст. 178 ТК РФ, если в течение двух месяцев, следующих за днем увольнения, работник не трудоустроился (доказательством чего служит трудовая книжка, в которой отсутствует запись о приеме на новую работу), то за ним сохраняется средний заработок в течение этого периода (за вычетом суммы выплаченного выходного пособия). Очевидно, что в данном случае факт постановки на учет в органе службы занятости значения не имеет.

Двухмесячный период, в течение которого за работником сохраняется средний заработок, начинается со дня, следующего за днем увольнения, и заканчивается днем, предшествующим дню нового трудоустройства, либо днем истечения двухмесячного срока со дня увольнения.

Представляется, что в том случае, когда работник устроился на работу в течение второго месяца после даты увольнения, он имеет

право на получение среднего заработка пропорционально времени, в течение которого не был трудоустроен, т.е. до даты приема на новую работу (по аналогии с ч. 3 ст. 180 ТК РФ).

Обязанность работодателя выплачивать выходное пособие в дни выплаты заработной платы, предусмотренные в правилах внутреннего трудового распорядка или иных локальных нормативных актах, в ТК РФ не закреплена, таким образом, день выдачи среднего заработка определяется по усмотрению работодателя.

В части 2 ст. 178 ТК РФ указано, что в исключительных случаях средний месячный заработок сохраняется за уволенным работником в течение третьего месяца со дня увольнения по решению органа службы занятости населения при условии, если в двухнедельный срок после увольнения работник обратился в этот орган и не был им трудоустроен. Краткость формулировки вызывает множество проблем при реализации данного положения. Во избежание ошибок при применении указанной нормы следует выделить три условия, при одновременном наличии которых за работником сохраняется средний заработок за третий месяц:

- 1) работник должен в течение двух недель со дня увольнения обратиться в службу занятости для регистрации в целях поиска подходящей работы;
- 2) орган службы занятости не смог его трудоустроить;
- 3) имеется решение службы занятости о сохранении за работником среднего месячного заработка в связи с исключительной ситуацией.

Требования к форме решения и справки о регистрации в целях поиска подходящей работы на федеральном уровне не утверждены, но они могут быть установлены на уровне субъектов РФ. Так, приказом Комитета труда и занятости Правительства Москвы от 05.01.1998 № 2 «Об утверждении Порядка работы территориальных

² Исключение сделано для работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев, выходное пособие при увольнении которых не выплачивается, если иное не установлено федеральными законами, коллективным договором или трудовым договором.

³ Апелляционное определение Омского областного суда от 07.05.2014 по делу № 33-2490/2014 // СПС «КонсультантПлюс»; постановление Президиума Оренбургского областного суда от 22.04.2013 № 44г-19 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Апелляционное определение Волгоградского областного суда от 25.07.2014 по делу № 33-7576/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

органов труда и занятости (прием, регистрация граждан, социальные гарантии)»⁵ определены особенности работы с гражданами, уволенными в связи с ликвидацией организации, сокращением численности или штата, в том числе порядок выдачи справки для получения средней заработной платы по последнему месту работы за третий месяц трудоустройства.

Судебная практика по вопросу о выплате среднего заработка за третий месяц после расторжения трудового договора противоречива. Это связано главным образом с неконкретностью формулировки «в исключительных случаях», использованной в ст. 178 ТК РФ. Так, в ряде случаев суды указывают на то, что истцами не было представлено доказательств наличия исключительного случая, дающего право на сохранение за уволенным работником среднего месячного заработка в течение третьего месяца (см., например, апелляционные определения Краснодарского краевого суда от 11.06.2013 по делу № 33-10057/2013⁶; Свердловского областного суда от 6 февраля 2014 г. по делу № 33-1557/2014⁷; Тверского областного суда от 6 ноября 2014 г. № 33-4051⁸). В то же время апелляционным определением Суда Чукотского автономного округа от 16.05.2013 по делу № 33-79/13, 2-13/2013⁹ исковые требования о взыскании сохраняемого среднего месячного заработка удовлетворены, т.к. истица своевременно обратилась в орган службы занятости

после увольнения и не была трудоустроена по причинам, от нее не зависящим. Закон не содержит требований к форме и содержанию справки органа службы занятости, подтверждающей право уволенного работника на получение сохраняемого среднего заработка на период трудоустройства, справка является надлежащим доказательством наличия у истицы права на получение сохраняемого среднего месячного заработка¹⁰.

Представляется, что во избежание возникновения спорных ситуаций следует руководствоваться п. 2.2 определения Конституционного Суда РФ от 29.11.2012 № 2214-О¹¹, в котором указано, что орган службы занятости при решении вопроса о сохранении за работником среднего заработка в течение третьего месяца со дня увольнения должен не только устанавливать наличие формальных условий возникновения у такого лица права на получение соответствующей выплаты, но и учитывать иные имеющие значение для решения этого вопроса обстоятельства.

Значительные трудности вызывает вопрос о круге лиц, которые имеют право на сохранение среднего месячного заработка за второй и третий месяц после увольнения¹². Судебная практика весьма противоречива.

Так, в одних случаях позиция судов сводится к тому, что пенсионеры имеют право на получение среднего заработка за второй и третий

⁵ СПС «КонсультантПлюс».

⁶ СПС «КонсультантПлюс».

⁷ СПС «КонсультантПлюс».

⁸ СПС «КонсультантПлюс».

⁹ СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Апелляционное определение Свердловского областного суда от 11 июня 2014 г. по делу № 33-6383/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Вестник Конституционного Суда РФ. 2013. № 3.

¹² Более длительные сроки сохранения среднего месячного заработка предусмотрены для работников, работающих в организациях Крайнего Севера и приравненных к ним местностях. В исключительных случаях средний месячный заработок за ними сохраняется в течение четвертого, пятого и шестого месяцев со дня увольнения по решению органа службы занятости населения, если в месячный срок после увольнения работник обратился в этот орган и не был им трудоустроен (ст. 318 ТК РФ). За работниками организаций и (или) объектов, других юридических лиц, расположенных на территории закрытого административно-территориального образования, высвобождаемыми в связи с реорганизацией или ликвидацией указанных организаций, а также при сокращении численности или штата, сохраняются на период трудоустройства (но не более чем на шесть месяцев) средняя заработная плата с учетом месячного выходного пособия (Закон России от 14.07.1992 № 3297-1 «О закрытом административно-территориальном образовании» // Российская газета. 26.08.1992). Согласно ст. 375 ТК РФ при

(соответственно на Крайнем Севере и в ЗАТО — за четвертый, пятый и шестой месяц), поскольку они наравне с иными гражданами вправе обращаться в органы службы занятости за содействием в поиске подходящей работы и выплата связана с фактом «нетрудоустройства» конкретного лица, а не с фактом признания его безработным¹³, что полностью соответствует действующему трудовому законодательству. Однако существует и противоположное мнение, смысл которого заключается в том, что большая социальная защищенность пенсионеров требует весомых обстоятельств, которые могли бы быть признаны исключительными в смысле положений ч. 2 ст. 178 ТК РФ¹⁴.

Письмом Роструда от 27 октября 2005 года № 1754-61¹⁵, как представляется, вполне обоснованно разъяснено, что у органов службы занятости нет достаточных оснований для принятия в отношении пенсионеров решений об отказе в сохранении за ними в течение третьего месяца со дня увольнения среднего месячного заработка и выдаче пенсионерам соответствующих документов. Аналогичное мнение высказано в письме Роструда от 11.02.2010 № 594-ТЗ¹⁶ в отношении среднего заработка за четвертый, пятый и шестой месяц после

увольнения. Следует попутно отметить, что согласно письму Минфина России от 15.03.2006 № 03-03-04/1/234¹⁷, начисления работникам-пенсионерам, высвобождаемым в связи с сокращением численности или штата работников налогоплательщика, в течение третьего месяца со дня увольнения по решению органа службы занятости населения при условии, если в двухнедельный срок после увольнения работник обратился в этот орган и не был им трудоустроен, учитываются в составе расходов по оплате труда на основании п. 9 ст. 255 НК РФ.

В действующем законодательстве не определено, имеют ли право лица, работающие по совместительству, на сохранение среднего месячного заработка за второй и третий месяц работы. Представляется, что такого права у совместителей нет, поскольку главным признаком совместительства является наличие основного места работы, а следовательно, в трудоустройстве совместитель не нуждается (см., например, кассационное определение Верховного суда Республики Татарстан от 07.07.2011 по делу № 33-8581¹⁸). Однако данный пробел трудового законодательства необходимо устранить, поскольку судебная практика по данной проблеме также неоднозначна¹⁹.

невозможности предоставления работы работнику, освобожденному от работы в организации или у индивидуального предпринимателя в связи с избранием его на выборную должность в выборный орган первичной профсоюзной организации, после окончания срока его полномочий (должности) в связи с ликвидацией организации либо прекращением деятельности индивидуальным предпринимателем или отсутствием в организации, у индивидуального предпринимателя соответствующей работы (должности), общероссийский (межрегиональный) профессиональный союз сохраняет за этим работником его средний заработок на период трудоустройства, но не свыше шести месяцев, а в случае получения образования — на срок до одного года.

¹³ Например: Апелляционное определение Верховного суда Удмуртской Республики от 19.03.2013 по делу № 33-1007/2013 // СПС «КонсультантПлюс» ; апелляционное определение Московского городского суда от 30.01.2013 по делу № 11-2968 // СПС «КонсультантПлюс» ; Обзор апелляционной и кассационной практики судебной коллегии по гражданским делам Красноярского краевого суда за 9 месяцев 2012 года // Буква закона. 2013. № 82 (дата обращения: 13.10.2015).

¹⁴ Кассационное определение Санкт-Петербургского городского суда от 24.01.2012 № 33-800/2012 // СПС «КонсультантПлюс» ; определение Московского областного суда от 24.01.2012 по делу № 33-29126 // СПС «КонсультантПлюс» ; определение Ленинградского областного суда от 17.01.2013 № 33-100/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ URL: <http://docs.cntd.ru/document/902223264> (дата обращения: 13.10.2015).

¹⁶ СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ СПС «КонсультантПлюс».

¹⁸ СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ См., например: кассационное определение Ростовского областного суда от 17.10.2011 по делу № 33-14084 // СПС «КонсультантПлюс».

Необходимо заметить, что в ст. 178 ТК РФ не указано, что выплата выходного пособия может производиться и в иных случаях, предусмотренных Трудовым кодексом Российской Федерации и иными федеральными законами. Между тем, согласно ст. 84 ТК РФ, выходное пособие в размере среднего месячного заработка выплачивается работнику при прекращении трудового договора вследствие нарушения установленных статьей или иным федеральным законом правил заключения трудового договора не по его вине.

Случаи, при которых выходное пособие выплачивается в размере двухнедельного среднего заработка, перечислены в ч. 3 ст. 178 ТК РФ и их перечень, на первый взгляд, исчерпывающий. Однако в соответствии со ст. 327.7 ТК РФ выходное пособие в размере двухнедельного среднего заработка выплачивается работнику, являющемуся иностранным гражданином или лицом без гражданства, при расторжении трудового договора в связи с приостановлением действия или аннулированием разрешения на привлечение и использование иностранных работников, на основании которого такому работнику было выдано разрешение на работу. Данный случай выплаты выходного пособия не нашел отражения в ст. 178 ТК РФ. Аналогично правило, закрепленное в ч. 3 ст. 296 ТК РФ в отношении выходного пособия для сезонных работников, также не указано в ст. 178 ТК РФ.

Из вышеизложенного следует вывод о том, что особенности выплаты выходного пособия для отдельных категорий работников регламентированы соответствующими главами ТК РФ, но при этом нелогичным представляется расположение ст. 181.1 в VII разделе ТК РФ, тогда как ст. 349.3 и 349.4 находятся в разделе XII. В данной ситуации есть три варианта решения проблемы: — перенести ст. 181.1 в главу 43 ТК РФ, регулиющую труд руководителя организации; — указать все случаи выплаты выходных в ст. 178 ТК РФ;

— дополнить ст. 178 ТК РФ положением о том, что выплата выходного пособия производится и в других случаях, предусмотренных ТК РФ и иными федеральными законами.

Федеральными законами в отношении определенного круга лиц установлен более высокий размер выходного пособия либо более длительный срок сохранения среднего месячного заработка на период трудоустройства. Так, государственным гражданским служащим в случае расторжения служебного контракта при сокращении должностей гражданской службы в государственном органе и упразднении государственного органа выплачивается компенсация в размере четырехмесячного денежного содержания. При этом выходное пособие им не выплачивается²⁰. Аналогично решен вопрос о выходном пособии при расторжении срочного служебного контракта о замещении гражданским служащим должности гражданской службы в порядке ротации, при освобождении его от замещаемой должности (ст. 35 Федерального закона № 79-ФЗ).

Для прокурорских работников выплата выходного пособия и его размер дифференцированы в зависимости от права на пенсионное обеспечение и выслуги лет²¹. Вопросы, связанные с выплатой выходного пособия военнослужащим военных следственных органов и прокурорским работникам Следственного комитета при прокуратуре РФ, регламентированы в ст. 40, 45 Федерального закона от 28.12.2010 № 403-ФЗ «О Следственном комитете Российской Федерации»²².

В соответствии с пунктом 3 статьи 15 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации»²³, ушедшему или удаленному в отставку судье выплачивается выходное пособие из расчета ежемесячного денежного вознаграждения по последней должности за каждый полный год работы судьей, но не менее шестикратного размера ежемесячного денежного вознаграждения по оставляемой должности.

²⁰ Федеральный закон от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации». Ст. 37 // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

²¹ Федеральный закон от 17.01.1992 № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации». Ст. 44 // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472.

²² СЗ РФ. 2011. № 1 Ст. 15.

²³ Российская газета. 29.07.1992.

При этом судье, ранее уходившему или удалявшемуся в отставку, при расчете выходного пособия учитывается лишь время работы судьей, прошедшее с момента прекращения последней отставки.

В Инструкции о порядке выплаты выходного пособия судьям федеральных судов общей юрисдикции, федеральных арбитражных судов и мировым судьям, ушедшим или удаленным в отставку, единовременного пособия членам их семей²⁴ перечислены должности, которые включаются в стаж работы для выплаты выходного пособия. В этой же Инструкции определены основания и порядок выплаты выходного пособия; порядок определения стажа работы и размера выходного пособия судьям.

В статье 23 Федерального закона от 20.06.1996 № 81-ФЗ «О государственном регулировании в области добычи и использования угля, об особенностях социальной защиты работников организаций угольной промышленности»²⁵ предусмотрено, что сверх установленных законодательством РФ о труде мер социальной поддержки работникам, увольняемым при ликвидации организаций по добыче (переработке) угля (горючих сланцев), имеющим на день увольнения стаж работы в таких организациях не менее пяти лет и право на пенсионное обеспечение в соответствии с законодательством РФ, предоставляется единовременное пособие в размере пятнадцати процентов среднего заработка за каждый год работы в организациях по добыче (переработке) угля (горючих сланцев).

В соответствии с постановлением Совета Министров РСФСР от 5 ноября 1991 г. № 585 «Об усилении социальной защищенности военно-

служащих, проходящих службу на территории РСФСР»²⁶ и письмом Министерства финансов РФ от 22 июня 1992 г. № 42²⁷ предусмотрена выплата выходного пособия женам военнослужащих, проходящих военную службу по контракту на территории РФ, по месту военной службы их мужей в размере двухмесячной средней заработной платы в случаях, когда расторжение ими трудового договора обусловлено перемещением (переводом, прикомандированием) военнослужащих к новому месту военной службы в другую местность Российской Федерации или бывшего Союза ССР.

В ряде случаев выходное пособие выплачивается на условиях, определенных локальными нормативными актами или трудовым договором (ст. 292 и 307 ТК РФ). Более того, в трудовом или коллективном договоре можно предусмотреть иные основания выплаты выходного пособия и увеличить его размер, за исключением случаев, предусмотренных ТК РФ. Таким образом, трудовое законодательство предусматривает договорное регулирование выплаты выходных пособий и не содержит запрета на установление непосредственно в трудовом и коллективном договоре условий о выплате выходных пособий в повышенном размере²⁸. Позиция судов, предполагающая обратное, представляется сомнительной²⁹. Следует согласиться с тем, что праву работника быть уволенным на предлагаемых им условиях корреспондирует право работодателя отказать работнику в увольнении на этих условиях и предложить ему продолжить работу или уволиться по другим основаниям. Вместе с тем, поскольку волеизъявление работника направлено на увольнение по соглашению сторон именно на определенных условиях, работодатель не

²⁴ Приказ Верховного Суда РФ № 670кд, Судебного департамента при Верховном Суде РФ № 235 от 10.08.2015 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ СЗ РФ. 1996. № 26. Ст. 3033.

²⁶ СП РСФСР. 1992. № 3. Ст. 17.

²⁷ URL: <http://base.garant.ru/100400/> (дата обращения: 13.10.2015).

²⁸ См., например: определение Верховного Суда РФ от 02.11.2012 № 5-КГ12-64 // СПС «КонсультантПлюс»; кассационное определение Московского городского суда от 29 января 2013 г. № 4г/2-191/13 // СПС «КонсультантПлюс»; апелляционное определение Костромского областного суда от 6 ноября 2013 г. по делу № 33-1867 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹ Апелляционное определение Московского городского суда от 28 октября 2014 г. по делу № 33-38042 // СПС «КонсультантПлюс»; Апелляционное определение Московского городского суда от 24.03.2015 по делу № 33-9464 // СПС «КонсультантПлюс».

вправе по своему усмотрению решать вопрос об условиях увольнения работника³⁰.

Повышенные выплаты также устанавливаются в социально-партнерских соглашениях (например, Отраслевое соглашение по радиоэлектронной промышленности Российской Федерации на 2015—2017 годы³¹).

Спорным является вопрос о том, подлежат ли зачету выплаченные работнику суммы за второй и третий месяц (а в некоторых случаях за четвертый, пятый и шестой) при признании увольнения незаконным. Поскольку данные выплаты по своей правовой природе являются выходным пособием, представляется, что данный вопрос должен быть решен положительно, т.к. исходя из п. 62 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 № 2³² выплаченное выходное пособие подлежит зачету при взыскании среднего заработка за период вынужденного прогула, если увольнение признано незаконным.

В соответствии с п. 1 ст. 252 НК РФ сумма выходного пособия уменьшает облагаемую базу по налогу на прибыль в составе расходов на оплату труда.

Согласно позиции Министерства финансов РФ, выплата выходного пособия при расторжении договора (в том числе по соглашению сторон), установленная в соответствии с ТК РФ, может быть учтена в составе расходов на оплату труда, уменьшающих налоговую базу по налогу на прибыль организаций, если такая выплата предусмотрена трудовым или коллективным договором, дополнительным соглашением к трудовому договору или соглашением о расторжении трудового договора³³.

Выходное пособие (за исключением суммы выплат в виде выходного пособия и среднего месячного заработка на период трудоустройства в части, превышающей в целом трехкрат-

ный размер среднего месячного заработка или шестикратный размер среднего месячного заработка для работников, уволенных из организаций, расположенных в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, и компенсации руководителю, заместителям руководителя и главному бухгалтеру организации в части, превышающей трехкратный размер среднего месячного заработка) не облагается страховыми взносами на пенсионное и медицинское страхование³⁴. На выплаты, связанные с увольнением работников, не нужно начислять взносы на страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний³⁵.

Вопрос о правовой природе выходного пособия, исходя из приведенных в ст. 164 ТК РФ дефиниций гарантий и компенсаций, представляется неоднозначным.

Прежде всего, необходимо отметить, что в отношении выплат, предусмотренных действующим трудовым законодательством при прекращении трудового договора, в ТК РФ используется несколько терминов — выходное пособие (ст. 178), сохранение среднего месячного заработка (ст. 178), компенсация (ст. 181, 181.1, 349.3). Эти выплаты, по сути, являются также выходными пособиями, поскольку связаны с прекращением трудового договора и предназначены сохранить за работником на какое-то время средний заработок (его часть), поскольку трудовой договор с ним расторгнут по основаниям, не связанным с виновными действиями. В статье 140 ТК РФ, в которой указано, что при прекращении трудового договора выплата всех сумм, причитающихся работнику от работодателя, производится в день увольнения работника, речь идет о неполученной работником заработной плате, компенсации за неиспользованный отпуск и т.д.

³⁰ СПС «КонсультантПлюс».

³¹ СПС «КонсультантПлюс».

³² Российская газета. 31.12.2006.

³³ Письмо Минфина РФ от 27 февраля 2015 г. № 03-03-06/1/10029 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴ Федеральный закон от 24.07.2009 № 212-ФЗ «О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования». Пп. «д» п. 2 ч. 1 ст. 9 // СЗ РФ. 2009. № 30. Ст. 3738.

³⁵ Федеральный закон от 24.07.1998 № 125-ФЗ «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний». Ст. 20.2 // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3803.

Выходное пособие нельзя отнести к гарантиям материального характера, поскольку последние предназначены для сохранения прежнего уровня материального обеспечения работнику, являющемуся субъектом трудового правоотношения, который в случаях, предусмотренных законодательством, в свое рабочее время отвлекается от исполнения обязанностей, предусмотренных трудовым договором, на определенный промежуток времени. Выходное пособие выплачивается лицу, трудовой договор с которым прекращается по определенным основаниям.

Не представляется возможным отнести выходное пособие и к компенсациям, поскольку под компенсациями понимаются денежные выплаты, установленные в целях возмещения работникам затрат, связанных с исполнением ими трудовых или иных обязанностей, предусмотренных Трудовым кодексом Российской Федерации и другими федеральными законами. Хотя по своей правовой природе выходное пособие обладает многими чертами компенсационных выплат. Оно также не облагается налогом и на него не начисляются страховые взносы, но при этом связывать его с компенсацией дополнительных расходов, которые работник несет при исполнении своих трудовых обязанностей, невозможно.

Наиболее правильным было бы отнести выходное пособие к пособиям по обязательному социальному страхованию, поскольку выплачивается оно работнику, т.е. субъекту обязательного социального страхования, и его целевым назначением является полная или частичная компенсация утраченного заработка на определенный период.

В юридической литературе указано, что главным определяющим фактором для отнесения пособия к системе социального обеспечения является гарантированность данной денежной выплаты государством, которое законодательным путем закрепляет:

- 1) основание для ее предоставления;
- 2) условия, с которыми связано право на ее получение;
- 3) размер данной денежной выплаты;

- 4) финансовый источник, за счет средств которого она будет выплачиваться;
- 5) соответствующий компетентный орган, который обязан обеспечить гражданину реализацию его права на государственное пособие³⁶.

Главным аргументом против отнесения выходного пособия к пособиям по обязательному социальному страхованию является финансовый источник, за счет средств которого оно должно выплачиваться. Однако ст. 3 Федерального закона от 29.12.2006 № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством»³⁷ предусмотрено исключение из общего правила о финансовом обеспечении расходов на выплату страхового обеспечения застрахованным лицам за счет средств бюджета Фонда социального страхования РФ, поскольку за первые три дня временной нетрудоспособности оплата пособия (за исключением застрахованных лиц, добровольно вступивших в правоотношения по обязательному социальному страхованию на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством) осуществляется за счет средств страхователя (применительно к выходному пособию это означает «за счет средств работодателя»).

Тем не менее бесспорно, что нормы, регламентирующие основания и порядок выплаты выходного пособия, должны быть сосредоточены в ТК РФ, поскольку несоблюдение этих норм нарушает порядок прекращения трудовых отношений, которые являются ядром предмета трудового права.

Понимание гарантий в широком смысле как средств, способов и условий, с помощью которых обеспечивается осуществление предоставленных работникам прав в области социально-трудовых отношений, позволяет отнести выходное пособие к гарантиям, поскольку оно является временной мерой социальной поддержки работника при прекращении трудового договора по ряду оснований.

В целях совершенствования действующего законодательства в исследуемой области представляется необходимым:

³⁶ Кобзева С. И. Пособия по системе социального обеспечения // Тучкова Э. Г. Право социального обеспечения России : учебник для бакалавров. М., 2014. С. 291.

³⁷ СЗ РФ. 2007. № 1 (1 ч.). Ст. 18.

- привести к единообразию термины, используемые в действующем законодательстве, для того чтобы некорректность и нечеткость формулировок не влекли за собой ошибки в правоприменительной деятельности, в частности исключить из ст. 181, 181.1, 349.1 ТК РФ термин «компенсации» применительно к случаям прекращения трудового договора;
- на уровне подзаконного акта решить вопрос о сохранении среднего заработка за пенсионерами;
- в ст. 180 ТК РФ внести положение о том, что лица, работающие по совместительству, не имеют права на сохранение заработка за второй и третий месяц;
- дополнить ст. 178 ТК РФ указанием на то, что выходное пособие в размере среднего месячного заработка выплачивается при прекращении трудового договора вследствие нарушения установленных ТК РФ или иным федеральным законом правил заключения трудового договора;
- дополнить ст. 178 ТК РФ положением о том, что выплата выходного пособия производится и в других случаях, предусмотренных Трудовым кодексом Российской Федерации и иными федеральными законами.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Кобзева С. И. Пособия по системе социального обеспечения // Тучкова Э. Г. Право социального обеспечения России : учебник для бакалавров. — М. : Проспект, 2014. — 456 с.

Материал поступил в редакцию 23 ноября 2015 г.

LEGAL NATURE OF DISMISSAL ALLOWANCES

TSYPKINA Irina Sergeyevna — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Labor Law and Social Security Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

i_c_tcipkina@mail.ru

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

Review. *The article examines the legal nature of dismissal allowances and other payments made on cancellation of the labor contract, the issues related to the number of individuals entitled to the preservation of payments in the amount of average monthly wages for the period of taking up a job and controversial issues arising during the process of implementation of standards of The Labor Code of the Russian Federation concerning dismissal allowances.*

Keywords: *legal nature of dismissal allowances and compensations, paid to the employees on cancellation of the labor contract, the preservation of average monthly wages for the period of taking up a job, procedure of paying dismissal allowances*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Kobzeva S. I. Posobiya po sisteme social'nogo obespecheniya // Tuchkova Eh. G. Pravo social'nogo obespecheniya Rossii : uchebnyk dlya bakalavrov. — M. : Prospekt, 2014. — 456 s.

К. Д. Крылов*,

Т. А. Зыкина**

К развитию теоретического исследования реализации прав работника

Аннотация. В статье обосновывается необходимость развития теоретического исследования реализации прав работника в качестве самостоятельного направления науки трудового права, осуществление которого требует дополнительных методологических компонентов. Основными задачами такого исследования являются:

- 1) целостное отражение содержания, признаков, механизма реализации прав работника;
- 2) изучение генезиса (происхождения и развития) нормативного закрепления системы прав работника в целом, а также его отдельных прав;
- 3) определение места и роли работника, работодателя, иных лиц в процессе реализации прав работника;
- 4) разработка категориального аппарата, взаимодействие с другими науками, изучающими личность и реализацию ее прав.

Ключевые слова: права работника, реализация прав работника, личность работника, достойный труд, теория трудового права.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.089-096

Трудовые права, их предоставление, осуществление и защита являются основополагающими ценностями правового регулирования сферы труда. В статье 1 Трудового кодекса Российской Федерации целями трудового законодательства названы: установление государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан, создание благоприятных условий труда, защита прав и интересов работников и работодателей.

Однако практика свидетельствует о том, что не всегда работники могут осуществить свои права. Имеются объективные и субъективные факторы, затрудняющие этот процесс даже в отношении основных прав работника, среди которых — получение заработной платы за свой труд. В качестве примера можно привести официальные данные Федеральной службы государственной статистики РФ, согласно которым суммарная задолженность по заработной

© Крылов К. Д., Зыкина Т. А., 2016

* Крылов Константин Давыдович, доктор юридических наук, профессор кафедры трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
kodakr@list.ru
123995, Россия, Москва, Садовая-Кудринская, д. 9

** Зыкина Татьяна Алексеевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права и сравнительного правоведения Юридического института Северного (Арктического) федерального университета им. М. В. Ломоносова
t.zykina@narfu.ru
163002, Российская Федерация, г. Архангельск, наб. Северной Двины, 17

плате российских работников составила на 1 декабря 2015 г. 3 900 млн руб. и по сравнению с 1 ноября 2015 г. увеличилась более чем на 11 %¹.

Права работнику необходимы не только для того, чтобы оградить себя от нарушений, допускаемых работодателем, и от его чрезмерных притязаний, но и для того, чтобы чувствовать себя полноценной личностью. Это возможно при условии, что права, принадлежащие работнику, могут быть осуществлены свободно.

В отечественном правоведении широко распространено понимание реализации права как претворения предписаний правовых норм в конкретных действиях людей, осуществления этих предписаний путем правомерного поведения. Однако по мере проведения теоретических исследований выявились разные методологические подходы к ее научному познанию, обусловленные расширением правопонимания. Более развернуто стали различаться реализация права как целостного объективного явления и реализация субъективных прав, реализация источников права и реализация правовых норм, их структурных элементов, что ориентирует правовую практику на комплексное совершенствование правотворчества и правоприменения, выявление и преодоление пробелов и коллизий в праве².

Ныне в наиболее обобщенном виде реализация права рассматривается как часть правового воздействия, часть действия права, ко-

торая «отражает регулируемую роль права и выражается непосредственно в правомерном поведении в соответствии с содержащимися в праве дозволениями, обязываниями и запретами... когда его принципы и нормы воплощаются в жизнь, реализуются в действиях субъектов социального общения»³. Реализация права предстает как процесс, характеризуемый с объективной и субъективной стороны, и как результат, означающий «достижение полного соответствия между требованиями норм совершить определенные поступки или воздерживаться от них и суммой фактически последовавших действий»⁴.

В проблематике реализации субъективных прав особое внимание научного сообщества уделяется изучению сущности, классификации и реализации прав человека, в том числе трудовых прав, и важность этих исследований несомненна⁵. При этом обоснованно отмечается, что правовое состояние работника в системе социально-трудовых отношений определяется преимущественно тем, насколько он реально может использовать свои права, поэтому в научных работах все более широко анализируются проблемы, связанные с реализацией прав работника⁶. Они становятся предметом диссертационных исследований, посвященных право-реализации в социальной сфере, реализации конституционных прав граждан в сфере социально-трудовых отношений, реализации норм трудового права, установленных ими гарантий⁷.

¹ О просроченной задолженности по заработной плате на 1 декабря 2015 г. // URL: http://www.gks.ru/bgd/free/B04_03/IssWWW.exe/Stg/d06/257.htm (дата обращения: 24 января 2016 г.).

² См., например: *Алексеев С. С.* Общая теория права. М., 2009; *Завадская Л. Н.* Механизм реализации права. М.: Наука, 1992; *Маликов М. К.* Проблемы реализации права. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1988; *Правовое регулирование и правореализация / Л. Т. Бакулина [и др.]*; науч. ред. Ю. С. Решетов. Казань: Изд-во Казан. гос. ун-та, 2008.

³ *Радько Т. Н., Лазарев В. В., Морозова Л. А.* Теория государства и права: учебник для бакалавров. М.: Проспект, 2016. С. 267.

⁴ *Радько Т. Н., Лазарев В. В., Морозова Л. А.* Указ. соч. С. 267.

⁵ См., например: *Права человека в современном мире: новые вызовы и трудные решения: материалы междунар. науч. конференции / отв. ред. Т. А. Сошникова.* М.: Изд-во Моск. гуманит. ун-та, 2014.

⁶ См.: *Гладков Н. Г.* Реализация и защита трудовых прав, свобод и законных интересов работников. М.: Проспект, 2015; *Еремина С. Н.* Право человека на труд и правовые формы его реализации. М.: Языки славянской культуры, 2013; *Зыкина Т. А.* Реализация прав работников: проблемы теории и практики. Архангельск: ИПЦ САФУ, 2012; *Симонов В. И.* Реализация права на гарантии и компенсации. Трудовой аспект. М.: Инфра-М, 2013.

⁷ Это нашло отражение, в частности, в исследованиях, которые осуществили А. В. Солдатова, Н. Н. Слабоспицкая, В. И. Симонов, Н. Н. Пономарева и др.

Научный поиск направляется в эту сферу еще и потому, что исполнимость прав работника — это показатель уровня развития демократии в обществе. Государство и в рыночных отношениях должно содействовать работнику в реализации его трудовых прав. А по мере появления и развития исследований трудовых прав работодателей должно сохраняться, выделяться и расширяться самостоятельное научное направление, связывающее воедино вопросы реализации прав работника, включая особенности его личности, гарантии и механизмы осуществления трудовых прав, что в комплексе отражает основную идею всего трудового права.

С учетом расширения таких исследований данное направление в определенной мере можно обозначить как формирующуюся теорию реализации прав работника. По своему содержанию теория реализации прав работника соответствует идее понимания реализации права как общецивилизационной основы, на необходимость воплощения которой в трудовом законодательстве и социально-трудовых отношениях указывается в современных научных исследованиях⁸.

Теория реализации прав работника базируется на общетеоретических положениях, касающихся реализации права, ее механизма, форм и методов, разработанных общей теорией права и государства. В данных положениях определены понятие и значение реализации права, показаны особенности ее понимания с компаративистских позиций, выделены основные ее формы — использование, исполнение и соблюдение, дается анализ особой форме — правоприменению. При классификации форм проявлений реализации права указывается также на их разнообразие в зависимости, например, от характера правовых связей (общие и конкретные правоотношения), субъектного состава (индивидуальные и коллективные), внешнего проявления (активные и пассивные), метода воздействия (добровольные и принудительные), правового положения

субъектов (административно-правовые, гражданско-правовые, трудовые и др.). Исследования реализации права тесно связаны с проблематикой его эффективности как внутри государства в разных отраслях права и сферах жизнедеятельности, так и на международном уровне⁹.

Применительно к реализации прав работников такие исследования могут быть дополнены методологически по крайней мере еще тремя компонентами: личностным, аксиологическим (ценностным) и деонтологическим (должного поведения).

Личностный компонент отражает ориентацию теории реализации прав работника на необходимость социального подхода к работнику, который не может и не должен быть исключительно компонентом производственного процесса. В науке трудового права этому вопросу посвящены монографические исследования, в которых рассматриваются права, обязанности и их реализация через призму интересов, нужд и потребностей личности работника. Обоснованно отмечается, что правовой статус работника не может существовать и развиваться независимо от правового статуса личности и он соотносится с правовым статусом личности как общее и особенное (частное)¹⁰.

Проблема личности работника и ее связи с реализацией прав в современном российском трудовом праве приобретает все большее значение по нескольким причинам. Во-первых, положение личности работника определяется положением личности в обществе и зависит от государственной социальной политики. Во-вторых, дальнейшая разработка теоретических проблем личности работника направлена на углубление гуманистической сущности трудового права. Кроме того, личностный подход позволяет принимать во внимание достижения многих наук, а не только юридических.

Видится настоятельная необходимость более подробного нормативного регулирования вопросов обеспечения интересов и потребностей личности работника, оценки ее качеств,

⁸ См., например: *Крылов К. Д.* К новому типу трудового законодательства // Реформа трудового законодательства в России. М. : Издание Бюро МОТ, 2001. С. 37.

⁹ См., например: *Люттов Н. Л.* Эффективность норм международного трудового права. М. : Проспект, 2015.

¹⁰ *Федин В. В.* Юридический статус работника как субъекта трудового права. М. : Проспект, 2005. С. 43.

установления пределов разрешенного поведения при реализации прав, защиты имеющихся у работника ценностей, включая нематериальные.

Аксиологический подход способствует установлению комплекса защищаемых в процессе реализации прав ценностей работника, многообразие которых можно подразделить на несколько категорий: моральные ценности (равенство, достоинство, гуманизм); материальные ценности (заработная плата, профессиональное образование, продвижение по службе); идеологические ценности (религиозные и политические взгляды); эмоциональные ценности (гордость, душевное равновесие); витальные ценности (сохранение жизни, укрепление здоровья).

Например, при анализе особенностей осуществления права на здоровье — одной из витальных ценностей работника — делается вывод о необходимости введения стандарта использования данного права. Действительно, работник имеет возможность произвольно распоряжаться своим здоровьем, которое представляет собой не только личное, но и общественное благо, и при этом велика вероятность нарушения прав других лиц, в том числе аналогичных¹¹.

Ценности работника можно понимать как специфический ресурс его личности. Такой вывод основан на том, что убеждения и цели индивида формируются в результате его деятельности, развития и осуществления его потребностей, усвоения в ходе повседневного опыта социально одобряемых способов удовлетворения потребностей, выбора этих способов с учетом социальных стандартов. Позже ценности обретают самостоятельное существование и служат ориентиром деятельности работника, являясь относительно самостоятельными по отношению к потребностям и социальным стандартам поведения.

Ценности, которые превалируют у определенного работника, определяют его преимущественный интерес к тем или иным правам. Работодатель, используя эту личностную осо-

бенность, может сделать труд более привлекательным для конкретного работника, что позволит продуктивно раскрыть профессиональные возможности работника.

Каждый работник индивидуален и имеет свою собственную систему ценностей, но некоторые ценности присущи всем людям, занятым трудом. На осознании общих ценностей построена концепция достойного труда, которая начала внедряться и в России, но пока еще не все необходимые для ее осуществления задачи решены. Отмечается, что достойный труд предназначен для всех работников — женщин и мужчин, как формальной, так и неформальной экономики, работающих по трудовому договору или самозанятых¹².

Права работников, наряду с занятостью, социальной защитой и социальным диалогом, отнесены Международной организацией труда к важнейшим ценностям достойного труда.

Необходимо добавить, что в процессе осуществления международной концепции достойного труда реализация прав работника должна способствовать обеспечению возможности сочетания работы и отдыха, дохода и солидарности с другими трудящимися, возможности получения или продолжения образования, разрешения возникающих разногласий с работодателем и др.

Доктрина достойного труда в системе общих ценностей работников демонстрирует необходимость организации труда как системы, имеющей конкретные, достижимые показатели. При этом консолидация усилий всех заинтересованных сторон в работе, направленной на достижение достойного труда, должна сыграть важную роль не только в улучшении положения работников, но и в выводе отечественной экономики на новый этап роста и развития.

Деонтологический компонент теории реализации прав работника отражает подходы к дозволенному и должному поведению работника, работодателя и иных лиц, вовлеченных в процесс реализации прав работника (профессиональных союзов, объединений работодателей, органов социального партнерства).

¹¹ Шевченко О. А. Здоровье и право на охрану здоровья как объекты правового регулирования: трудово-правовой аспект // Российский ежегодник трудового права. 2012. № 8. С. 154—162.

¹² Морозов П. Е. Современные тенденции развития зарубежного трудового права в условиях глобализации. М. : Проспект, 2015. С. 104.

Фактически должное и дозволенное поведение субъектов права проявляется в правоотношениях, которые возникают на основе норм права¹³. Эта связь в трудовом правоотношении имеет индивидуальный характер, поддерживается (гарантируется) принудительной силой государства и осуществляется через субъективные юридические права и обязанности участников трудового правоотношения и иных непосредственно связанных с ними общественных отношений.

Следует поддержать предложение о том, что в ТК РФ может быть выделена самостоятельная глава, в которой содержалась бы характеристика субъектов трудового права. Добавим, что характеристика субъектов трудового права позволяет более четко представить не только права, но и обязанности работника и возможности их реализации.

Теория реализации прав работника имеет в своей основе конкретизацию субъективных прав и обязанностей работника, работодателя, иных лиц, вовлеченных в процесс реализации прав работника. В отечественной юридической науке отмечалось, что «в реальной жизни нет субъективного права (как юридического явления), если оно не “право” по отношению к кому-либо, то есть если оно так или иначе не связано с обязанностями. Нет и обязанности (как юридического явления), если ей не корреспондирует право требования. Право, не обеспеченное обязанностями, и обязанности, не подкрепленные правом требования, превращаются в “юридический нуль”»¹⁴.

Примером усиления ответственности работодателя в сфере труда может служить ужесточение правовых санкций, установленное с 1 января 2015 г. в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях¹⁵, и их расширение, предусмотренное в его новой редакции. Жесткие правовые санкции кратно увеличили административную ответственность работодателей, но, несмотря на это, сохраняется вероятность подмены трудо-

вых правоотношений гражданско-правовыми, поскольку последние иногда «дешевле» работодателю¹⁶.

Представляется, что теория реализации прав работника, которая основывается на незаблестимости прав личности, гарантируемых властью (в том числе властью работодателя), в современный период должна развиваться по следующим основным направлениям:

- 1) наиболее глубокого, полного и целостного объяснения содержания, признаков, механизма реализации прав работника;
- 2) изучения генезиса (происхождения и развития) нормативного закрепления системы прав работника в целом, а также его отдельных прав;
- 3) определения места и роли работника, работодателя, иных лиц в процессе реализации прав работника;
- 4) разработки категориального аппарата, взаимодействия с другими науками, изучающими личность и реализацию ее прав.

Современный труд демонстрирует появление новых структурных характеристик рабочей силы, которые свидетельствуют об утрате прежней монолитности и однородности этой составляющей рынка труда. Так, помимо постоянно занятых, обычно пользующихся системой социальных выплат, различных гарантий, растет численность других категорий работников, а именно частично и временно занятых, работающих по договору о предоставлении труда работников, занятых дистанционным трудом, вовлеченных в различные виды неформальной занятости. Несомненно, реализация прав «нетипичных» работников заслуживает отдельного исследования в рамках теории реализации прав работников. Это тем более целесообразно в связи с принятием и началом шестилетнего цикла реализации Рекомендации МОТ 2015 г. № 204 «О переходе от неформальной к формальной экономике» и в связи с ратификацией Россией Конвенции МОТ 1994 г. № 175 «О работе на условиях неполного рабочего времени».

¹³ Алексеев С. С. Общая теория права. М., 2009. С. 328—329.

¹⁴ Алексеев С. С. Указ. соч. С. 331.

¹⁵ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (ред. от 30.12.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 15.01.2016) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

¹⁶ Бондаренко Э. Н. Динамика трудового правоотношения. М., 2015. С. 12.

Кроме того, изменилось понимание роли и места прав работника в теории трудового права. В ней выделяются тенденции, связанные, во-первых, с определением места трудовых прав в системе прав человека информационного общества, во-вторых, со смещением акцентов с «экономического» человека на личность, ее личные блага, в-третьих, с усилением гибкости правового регулирования трудовых отношений¹⁷. Проявляется необходимость опережающего регулирования в сфере труда для более высокого уровня реализации трудовых прав.

Однако законодательство не успевает реагировать на изменение социально-трудовых отношений. Положения нормативных актов зачастую не содержат указания на механизм реализации установленных или уточненных прав работника. Так, например, законодательное

закрепление в Трудовом кодексе РФ особенностей регулирования труда дистанционных работников и предоставления труда работников привело к возникновению практических вопросов, связанных с реализацией прав данных категорий работников.

Теория реализации прав работника призвана содействовать решению проблем, связанных с разработкой конкретных путей претворения в жизнь различных прав работника, способствовать устранению нерешенных или спорных коллизий в данной области общественной жизни. Она может содействовать использованию во внутривнутригосударственном праве опыта включения в содержание современных международных актов специальных разделов о механизме реализации целей, задач и принципов, касающихся прав человека в сфере труда.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев С. С.* Общая теория права. — М. : Проспект, 2009. — 576 с.
2. *Бондаренко Э. Н.* Динамика трудового правоотношения. — М. : Норма, Инфра-М, 2015. — 192 с.
3. *Гладков Н. Г.* Реализация и защита трудовых прав, свобод и законных интересов работников. — М. : Проспект, 2015. — 928 с.
4. *Еремина С. Н.* Право человека на труд и правовые формы его реализации. — М. : Языки славянской культуры, 2013. — 296 с.
5. *Завадская Л. Н.* Механизм реализации права. — М. : Наука, 1992. — 288 с.
6. *Зыкина Т. А.* Реализация прав работников: проблемы теории и практики. — Архангельск : ИПЦ САФУ, 2012. — 244 с.
7. *Крылов К. Д.* К новому типу трудового законодательства // Реформа трудового законодательства в России. — М. : Издание Бюро МОТ, 2001. — С. 28—46.
8. *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права : в 2 т. — М. : Проспект, 2004. — Т. 2 : Трудовые права в системе прав человека. Индивидуальное трудовое право. — 608 с.
9. *Люттов Н. Л.* Эффективность норм международного трудового права. — М. : Проспект, 2015. — 328 с.
10. *Маликов М. К.* Проблемы реализации права. — Иркутск : Изд-во Иркут. ун-та, 1988. — 138 с.
11. *Морозов П. Е.* Современные тенденции развития зарубежного трудового права в условиях глобализации. — М. : Проспект, 2016. — 256 с.
12. Права человека в современном мире: новые вызовы и трудные решения : материалы международной научной конференции / отв. ред. Т. А. Сошникова. — М. : Изд-во Моск. гуманит. ун-та, 2014. — 378 с.
13. Правовое регулирование и правореализация / Л. Т. Бакулина [и др.] ; науч. ред. Ю. С. Решетов. — Казань : Изд-во Казан. гос. ун-та, 2008. — 164 с.
14. *Радько Т. Н., Лазарев В. В., Морозова Л. А.* Теория государства и права : учебник для бакалавров. — М. : Проспект, 2016. — 568 с.

¹⁷ *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права : в 2 т. М. : Проспект, 2004. Т. 2 : Трудовые права в системе прав человека. Индивидуальное трудовое право. С. 32—46.

15. Симонов В. И. Реализация права на гарантии и компенсации. Трудоправовой аспект. — М. : Инфра-М, 2013. — 176 с.
16. Федин В. В. Юридический статус работника как субъекта трудового права. М. : Проспект, 2005. — 240 с.
17. Шевченко О. А. Здоровье и право на охрану здоровья как объекты правового регулирования: трудово-правовой аспект // Российский ежегодник трудового права. — 2012. — № 8. — С. 154—162.

Материал поступил в редакцию 6 февраля 2016 г.

THE DEVELOPMENT OF THEORETICAL RESEARCH OF IMPLEMENTATION OF EMPLOYEE'S RIGHTS

ZYKINA Tatiana Alekseevna — Ph.D. in Law, Associate Professor of the Department of International Law and Comparative Jurisprudence of the Law Institute of the Lomonosob Northern (Arctic) Federal University.

t.zykina@narfu.ru

163002, Russia, Arkhangelsk, nab.Severnoy Dviny, 17

KRYLOV Konstantin Davydovich — Doctor of Law, Professor of the Department of Labor Law and Social Security Law of the Kutafin State Law University (MSAL).

kodakr@list.ru

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

Review. *The article substantiates the necessity of the development of theoretical research of implementation of employee's rights as a separate branch of labor law the enforcement of which requires supplementary methodological components. Such a research pursues the following objectives: 1) comprehensive reflection of the content, features and the scheme of implementation of employee's rights; 2) the genesis study (origins and development) of the statutory consolidation of the system of employee's rights; 3) defining the place and role of the employee, employer or other persons in the process of implementation of employee's rights; 4) the development of the categorical apparatus, interaction with another sciences that study the personality and implementation of its rights.*

Keywords: *employee's rights, implementation of employee's rights, employee's personality, decent work, theory of labor law.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Alekseev S. S. Obshhaja teorija prava. — М. : Prospekt, 2009. — 576 s.
2. Bondarenko Je. N. Dinamika trudovogo pravootnosheniya. — М. : Norma, Infra-M, 2015. — 192 s.
3. Gladkov N. G. Realizacija i zashhita trudovyh prav, svobod i zakonnyh interesov rabotnikov. — М. : Prospekt, 2015. — 928 s.
4. Eremina S. N. Pravo cheloveka na trud i pravovye formy ego realizacii. — М. : Jazyki slavjanskoj kul'tury, 2013. — 296 с.
5. Zavadskaja L. H. Mehanizm realizacii prava. — М. : Nauka, 1992. — 288 s.
6. Zykina T. A. Realizacija prav rabotnikov: problemy teorii i praktiki. — Arhangel'sk : IPC SAFU, 2012. — 244 s.
7. Krylov K. D. K novomu tipu trudovogo zakonodatel'stva // Reforma trudovogo zakonodatel'stva v Rossii. — М. : Izdanie Bjuro MOT, 2001. — S. 28—46.
8. Lushnikov A. M., Lushnikova M. V. Kurs trudovogo prava : v 2 t. — М. : Prospekt, 2004. — T. 2 : Trudovye prava v sisteme prav cheloveka. Individual'noe trudovoe pravo. — 608 s.
9. Ljutov N. L. Jefferktivnost' norm mezhdunarodnogo trudovogo prava. — М. : Prospekt, 2015. — 328 s.
10. Malikov M. K. Problemy realizacii prava. — Irkutsk : Izd-vo Irkut. un-ta, 1988. — 138 s.
11. Morozov P. E. Sovremennye tendencii razvitija zarubezhnogo trudovogo prava v uslovijah globalizacii. — М. : Prospekt, 2016. — 256 s.
12. Prava cheloveka v sovremennom mire: novye vyzovy i trudnye reshenija : materialy mezhdunarodnoj nauchnoj konferencii / otv. red. T. A. Soshnikova. — М. : Izd-vo Mosk. gumanit. un-ta, 2014. — 378 s.

13. *Pravovoe regulirovanie i pravorealizacija* / L. T. Bakulina [i dr.] ; nauch. red. Ju. S. Reshetov. — Kazan' : Izd-vo Kazan. gos. un-ta, 2008. — 164 s.
14. *Rad'ko T. N., Lazarev V. V., Morozova L. A. Teorija gosudarstva i prava : uchebnik dlja bakalavrov.* — M. : Prospekt, 2016. — 568 s.
15. *Simonov V. I. Realizacija prava na garantii i kompensacii. Trudopravovoj aspekt.* — M. : Infra-M, 2013. — 176 s.
16. *Fedin V. V. Juridicheskiy status rabotnika kak sub#ekta trudovogo prava.* M. : Prospekt, 2005. — 240 s.
17. *Shevchenko O. A. Zdorov'e i pravo na ohranu zdorov'ja kak ob#ekty pravovogo regulirovanija: trudopravovoj aspekt* // Rossijskij ezhegodnik trudovogo prava. — 2012. — № 8. — S. 154—162.

ГРАЖДАНСКОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

Л. Л. Шамшурин*

Компетентный суд как необходимое условие реализации конституционного права граждан на судебную защиту, проблемы его определения

***Аннотация.** В статье анализируется роль института подведомственности в реализации конституционного права граждан на судебную защиту в судах общей и арбитражной юрисдикции, его развитие, проблемы определения надлежащего суда, критерии разграничения компетенции, конфликты юрисдикций и варианты их решения.*

***Ключевые слова:** подведомственность дел, принцип правовой определенности, критерии разграничения компетенции, надлежащий суд, конфликт юрисдикций.*

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.097-106

В советский период истории нашей страны законодательство в своем развитии прошло путь от ограниченной судебной подведомственности к установлению принципиально иного правового регулирования — отнесению к ведению судов всех без исключения дел о защите прав, свобод и охраняемых законом интересов индивидуального значения и некоторых категорий дел общего значения¹. Любой вопрос или спор могли оказаться предметом судебного разбирательства, что считается одним из важнейших признаков демократического общества. Но тогда суд общей юрисдикции был единственным судебным органом, и поэтому не было проблем с подведомственностью споров в современном ее понимании — с определением компетентного суда.

Проблемы возникли в связи с образованием новой независимой ветви судебной власти

специальной компетенции — арбитражных судов. Их специализация заключается в защите нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Поскольку компетенции судов нередко стали пересекаться, возникла объективная необходимость четкого разграничения предметов ведения по однородным, по сути, гражданским делам. Проблема разграничения компетенций судов общей и арбитражной юрисдикции, являясь одной из самых сложных в процессуальной теории и судебной практике, напрямую связана с доступностью правосудия, от ее решения зависит обеспечение права каждого на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которого оно отнесено законом.

Анализ судебной практики свидетельствует о том, что суды довольно часто отказывают

¹ Подробнее об этом: Жуйков В. В. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М., 1997. С. 16—60.

© Шамшурин Л. Л., 2016

* Шамшурин Лев Леонидович, кандидат юридических наук, первый заместитель председателя Арбитражного суда Тамбовской области (в отставке), заслуженный юрист РСФСР

Shamshurin40@yandex.ru

392032, Россия, г. Тамбов, ул. Никифоровская, д. 90, кв. 44

в принятии искового заявления или прекращают производство по делу в связи с его неподведомственностью. Это свидетельствует об актуальности исследования подведомственности даже с учетом того, что тема привлекала и привлекает внимание многих авторов и по ней написано немало работ².

Причем, как справедливо замечено, проблема требует адекватного разрешения посредством выработки теоретических и практических рекомендаций не только общего характера — по совершенствованию законодательства и правильному применению норм процессуального права в судебной практике, но и по каждому конкретному спору, требующему судебного разбирательства³.

Спорные вопросы компетенции не являются чем-то необычным. Они останутся и после объединения высших судебных инстанций общей и арбитражной юрисдикции, поскольку суды остальных уровней сохранили свою структуру и автономию, компетенцию (правда, уже частично измененную) и вопросы подведомственности по-прежнему предстоит решать по каждому спору. В силу чего, на наш взгляд, представляет как теоретический, так и практический интерес то, как законодателем и судебной практикой решались коллизии в регулировании института подведомственности, учитывая, что выработанные критерии, общие подходы, а также проблемы правового регулирования и в настоящее время не утратили своей актуальности⁴.

Арбитражный процессуальный кодекс РФ 1992 г. к компетенции арбитражных судов относил экономические споры, а также споры, возникающие в сфере управления (ст. 20, 21).

Однако немалая их часть разрешалась судами общей юрисдикции. Основные критерии разграничения компетенции судов гражданской юрисдикции на первом этапе, в период становления арбитражных судов, были определены совместным постановлением Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 12/12 от 18 августа 1992 г. «О некоторых вопросах подведомственности дел судам и арбитражным судам»⁵ и позволили снять ряд спорных вопросов (действует и в настоящее время).

В частности, высшие судебные инстанции разъяснили, что если законодательные акты не позволяют четко разграничить компетенцию судов, необходимо исходить из субъектного состава участников и характера спорного правоотношения. При этом учитывалось, что арбитражный суд разрешает в основном споры, возникающие в процессе предпринимательской деятельности. При отсутствии хотя бы одного из указанных критериев дело должен был рассматривать суд общей юрисдикции. В любом случае в вопросах определения подведомственности приоритет отдавался закону, ориентируя суды учитывать названные критерии в их совокупности в случаях, когда в законодательном акте подведомственность определена альтернативно («суду или арбитражному суду») либо когда имеется указание о рассмотрении требования «в судебном порядке».

На практике доминирующую роль в определении компетенции первоначально играл субъектный состав участников спорного правоотношения. А вот использование в этих целях такого критерия, как характер спорного правоотношения, в ряде случаев было затруднитель-

² См., например: *Елисеев Н. Г.* Разрешение коллизий подведомственности // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2007. № 8.

³ См.: *Жилин Г. А.* Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы : монография. М. : Проспект, 2010. С. 415.

⁴ См., например: Обзор практики разрешения дел судами Саратовской области вопросов подведомственности дел судами общей юрисдикции и арбитражными судами (утв. президиумом Саратовского областного суда 27 июня 2011 г.) ; Обзор судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 22 мая 2013 г.) ; Обзор практики разрешения судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 04.12.2013) ; Обзор судебной практики Верховного Суда РФ по спорам о результатах определения кадастровой стоимости от 26.01.2015. VI. Разъяснения по вопросам, возникающим в судебной практике.

⁵ Вестник ВАС РФ. 1992. № 1. С. 84.

но, поскольку споры, вытекающие из гражданских и административных правоотношений, рассматривались и судами общей юрисдикции.

С принятием в 1995 г. нового АПК РФ подведомственность арбитражных судов была расширена, к их ведению были отнесены дела по экономическим спорам, возникающим из гражданских, административных и иных правоотношений, и иные дела (ст. 22). Сфера предпринимательства к тому времени уже фактически являлась ведущим признаком, позволявшим разграничить компетенцию судов общей и арбитражной юрисдикции, и лежала в основе определения специализации арбитражных судов⁶.

Однако незавершенность и неопределенность норм о разграничении подведомственности на нормативном уровне на практике приводила к тому, что нередко фактически одни и те же дела оказывались в производстве арбитражных судов и судов общей юрисдикции.

Это обстоятельство было учтено законодателем в изменении подходов к определению правил подведомственности, что нашло отражение в ст. 27 АПК РФ 2002 г. Критерий субъектного состава хотя и остался, но постепенно ушел на второй план. Ключевую роль в разграничении подведомственности теперь стал играть предметный критерий (экономические споры и другие дела, связанные со сферой предпринимательства и иной экономической деятельностью). Кроме того, был определен перечень дел, отнесенный к исключительно ведению арбитражных судов, такие дела рассматриваются ими независимо от состава и правового статуса участвующих в них лиц (ст. 33 АПК РФ), возникают только в сфере предпринимательской деятельности, связаны с реализацией механизмов рыночной экономики.

Именно этот критерий определял компетенцию арбитражных судов в Конституции РФ (ст. 127) до ее изменения в связи с объединением высших судов, указывается он и в ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (ст. 4).

Принятие новых процессуальных кодексов (2002 г.) позволило разрешить значительную часть спорных и смежных вопросов подведомственности, создать условия для обеспечения единства судебной практики по одним и тем же категориям дел уже в каждой автономной судебной подсистеме.

Но, к сожалению, полностью избежать конфликтов юрисдикций не удалось, да это и вряд ли возможно в силу многообразия и динамики развития частноправовых отношений. Коллизии в регулировании института подведомственности остались, некоторые из них порой являются не просто затруднением, а непреодолимым препятствием к судебной защите нарушенных прав⁷. Особенно это касается случаев, когда вопросы подведомственности разрешаются не в процессуальных кодексах, а в нормах материального права — здесь законодатель не всегда последователен.

Одной из причин серьезных затруднений, возникающих при разграничении компетенции между двумя ветвями судебной власти, называют несовершенство законодательства, устанавливающего правила определения судебной подведомственности гражданских дел. В частности, в литературе отмечалось, что понятия «экономический спор», «споры из иной экономической деятельности» не имеют правового содержания, не являются достаточно определенными, не поддаются однозначной оценке⁸.

⁶ Юков М. К. Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации. Изд. 2-е, доп. и перер. М.: Контракт, 1997. С. 41.

⁷ В качестве примера можно привести определение Президиума Верховного Суда РФ (№ 90пв03), который поставил точку в затянувшемся в споре (полтора года!) между судами общей и арбитражной юрисдикции о подведомственности спора по иску Ю. И. Борисова к ОАО «Научно-исследовательский институт нетканых материалов». И это случилось только после обращения Председателя ВАС РФ в Верховный Суд РФ с просьбой внести представление в Президиум Верховного Суда об отмене определений нижестоящих судов в целях обеспечения единства судебной практики и законности // www.consultant.ru/document/cons_doc_MOB_30687.

⁸ См., например: Учебник гражданского процесса. М., 1996. С. 398; Арбитражный процесс. М., 1995. С. 59; Шерстюк В. М. Новые положения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. М., 1996. С. 30—31; Жуйков В. М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. С. 29.

Эту позицию разделяет Г. А. Жилин, отмечая, что в данном случае имеются сопоставимые понятия, смысл которых указывает на хозяйственную деятельность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, осуществляемую в целях извлечения прибыли. Однако судебная практика толкует понятия «экономические споры» и «споры из иной экономической деятельности» иногда столь широко, что под них попадают, по существу, все имущественные споры юридических лиц⁹.

Еще в первом Законе РСФСР «Об арбитражном суде» (1991 г.) экономический спор определялся как спор, возникший в процессе осуществления предпринимательской деятельности, вытекающий из гражданских правоотношений (ст. 1), однако это понимание экономического спора не охватывало всей полноты гражданских правоотношений, административных и иных публичных правоотношений.

Не вносил определенности в это понятие и АПК РФ 1995 г., хотя в ст. 22 давался примерный перечень экономических споров. Но с учетом задач судопроизводства, определяемых в ст. 2, можно говорить о том, что это споры, возникающие в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. Не дает понятия экономического спора и ст. 27 АПК РФ 2002 г., формулируя общее правило подведомственности.

В этой связи при решении вопроса об отнесении конкретного спора к экономическим представляется заслуживающим внимания подход, при котором определяющее значение имеет сфера общественных отношений, в которой возник данный спор. Так, вряд ли можно назвать экономическими имущественные отношения в сфере потребления¹⁰. Высказано и суждение, согласно которому экономиче-

ская деятельность, как правило, связывается со сферой общественного производства¹¹. Но, по справедливому замечанию К. К. Лебедева, экономика — это сфера не только собственно производства, но также распределения и обращения материальных благ¹².

Между тем еще в 1996 г. первый Председатель ВАС РФ В. Ф. Яковлев, ориентируя арбитражные суды на правильное решение вопросов подведомственности споров, отмечал, что «...понятие экономического спора означает, что арбитражным судам подведомственны споры, имеющие определенное имущественное содержание... Данный критерий является основным. Вторым критерием является признак деятельности, с которой сопряжен данный спор...»¹³. Представляется, что это верный ориентир в разграничении предметов ведения. Экономический характер спора отражает содержание спорного правоотношения и характеризует взаимоотношения сторон, спор которых возник из предпринимательской и (или) иной экономической деятельности.

Доктрина и арбитражное процессуальное законодательство понимает предпринимательскую деятельность в том смысле, как это дается в ГК РФ (п. 1 ст. 2).

Сложнее обстоит дело с определением содержания иной экономической деятельности. В отличие от предпринимательства, предполагающего систематическое получение прибыли и осуществляемого лицами, зарегистрированными в качестве юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, иная экономическая деятельность, не охватываемая предпринимательством, не направлена непосредственно на систематическое получение прибыли, но тем не менее приносит доход. По своей природе такая деятельность имеет эко-

⁹ Жилин Г. А. Указ. соч. С. 418.

¹⁰ Андреева Т. К. Комментарий к ст. 27 Арбитражного процессуального кодекса РФ / под ред. В. Ф. Яковлева, М. К. Юкова. М. : Городец-издат, 2003. С. 82—87.

¹¹ Стрелкова И. И. Подведомственность арбитражному суду дел по экономическим спорам и иных дел : автореф. дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 2002. С. 11—12.

¹² Лебедев К. К. Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб. : Юридический центр-Пресс, 2002. С. 52.

¹³ См. Яковлев В. Ф. Вступительная статья // Сборник постановлений Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Вып. 1. Вопросы подведомственности и подсудности. М. : Норма, 1996. С. 2—3.

номическую основу, связана с хозяйствованием, удовлетворением материальных потребностей и интересов.

Справедливо замечено, что наличие спорных моментов в компетенции судов само по себе не является чем-то необычным и для других стран. Необычным является отсутствие процессуального механизма для разрешения коллизии в компетенции судов.

В настоящее время суды (как общей, так и арбитражной юрисдикции), принявшие дело с нарушением подведомственности, выносят определение о прекращении производства по делу (абз. 2 ст. 220 ГПК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ). Несоблюдение правил подведомственности в судах общей юрисдикции ведет к отказу в принятии искового заявления (п. 1 ч. 1 ст. 134 ГПК РФ). В российской судебной практике имели и имеют место случаи, и далеко не единичные, когда один суд отказывает в принятии заявления в связи с неподведомственностью спора, а другой — по тем же основаниям прекращает производство по делу. Это не может быть расценено иначе как отказ в судебной защите, что несовместимо с конституционным правом на судебную защиту.

Изучение судебной практики судов общей юрисдикции свидетельствует о том, что наибольшую трудность для судов представляет определение характера спора и отнесение его к категории экономических — не всегда выводы судов являются правильными. Суды делают выводы о подведомственности спора преждевременно, не установив обстоятельства, которые позволили бы отнести тот или иной спор к подведомственности суда общей юрисдикции или арбитражного суда, то есть не установив субъектный состав спорного правоотношения и его характер¹⁴.

Наряду с этим сложилась практика, когда при отказе суда общей юрисдикции принять заявление к рассмотрению соответствующие обращения заинтересованных лиц рассматривались в системе арбитражных судов «даже в том случае, если их подведомственность арбитражному суду далеко не очевидна», что само по себе создает «некую неопределенность»¹⁵. Можно по-разному оценивать эту ситуацию. Г. А. Жилин, например, полагает, что «иначе как экспансией по отношению к компетенции судов общей юрисдикции это назвать нельзя». Между тем сам же отмечает, что причиной тому является сложное правовое регулирование процессуальных отношений, возникающих при разграничении компетенции между судами общей и арбитражной юрисдикции¹⁶.

Несогласованность действующих норм о подведомственности дел, нечеткость разграничения компетенции приводит к тому, что не только истцы (заявители), но и суды, в том числе вышестоящие судебные инстанции, испытывают трудности при определении подведомственности спора.

Что касается ориентирования арбитражных судов на рассмотрение споров «и при наличии сомнений в их подведомственности», то происходит это в том случае, когда определение суда общей юрисдикции об отказе в принятии заявления или о прекращении производства по делу по мотивам, что соответствующий спор относится к арбитражной юрисдикции, вступило в законную силу. И такие ситуации не единичны¹⁷.

Нормы национального законодательства, устанавливающие пределы полномочий судов, а также практика их применения не должна препятствовать участникам разбирательства в использовании доступного средства право-

¹⁴ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда РФ «Некоторые вопросы практики по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации» по состоянию на 23 января 2008 г. ; Обобщение судебной практики Владимирской области по вопросу определения судами подведомственности гражданских дел за период 2009—2010 гг. ; Обобщение практики применения судами Республики Калмыкия правил подведомственности и подсудности гражданских дел за 2011г.

¹⁵ См.: Материалы круглого стола на тему: «Совершенствование арбитражного процессуального законодательства». Выступление начальника отдела обобщения судебной практики Федерального арбитражного суда Московского округа А. А. Поповченко // Законодательство. 2006. № 10. С. 8.

¹⁶ См., например: Жилин Г. А. Указ. соч. С. 425.

¹⁷ Более подробно см.: Адамовская А. Обзор практики (ВАС РФ, ВС РФ и федеральных арбитражных судов). Подведомственность дел или «судебный пинг-понг»? // Ваш партнер — консультант. 2013. № 26 (9492).

вой защиты. Это объясняет позицию ВАС РФ при пересмотре судебных актов в порядке надзора — она действительно позволяла при нечетком регулировании вопросов подведомственности и отказе судов общей юрисдикции в конституционном праве на судебную защиту избежать создания гражданам и организациям чрезмерных препятствий для доступа к суду¹⁸.

Ситуация, когда заблуждение заявителя, возникшее на основании неопределенного регулирования подведомственности, может обернуться потерей права на судебную защиту, нарушает конституционное право на судебную защиту. Верно подмечено, что только посредством совершенствования критериев подведомственности проблема разграничения компетенции не решается, необходимы и механизмы разрешения возможных коллизий юрисдикций. Как один из вариантов решения этой проблемы предлагается кодификация норм о подведомственности, содержащихся в настоящее время в процессуальных регламентах и нормах материального права¹⁹. Это предложение представляется разумным.

В литературе высказаны предложения и, на наш взгляд, вполне обоснованные, применять для разграничения предметов ведения между различными звеньями судебной системы институт подсудности, а не подведомственности как более применимый²⁰, что основывается на положениях Конституции РФ и ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (ст. 3), закрепляющих единство судебной системы страны в системе разделения государственных властей. Именно в этом значении используется это понятие в Конституции РФ (ст. 126) и в ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (ст. 19) при определении компетенции Верхов-

ного Суда РФ по делам, подсудным судам общей юрисдикции. Соответствующим образом следует понимать и ч. 1 ст. 47 Конституции РФ, согласно которой никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которого оно отнесено законом.

Очевидно, что данная конституционная норма имеет в виду и судебную подведомственность в том значении, которое придает соответствующему понятию процессуальная теория и отраслевое законодательство. Соответственно, положения ч. 4 ст. 33 ГПК РФ и ч. 4 ст. 39 АПК РФ, запрещающие судам споры о подсудности, по аналогии должны распространяться и на правила разграничения между судами общей и арбитражной юрисдикции полномочий на рассмотрение и разрешение гражданских дел. Одинаковая сущность институтов судебной подведомственности и подсудности применительно к гражданским делам делает возможной унификацию их правил посредством внесения изменений в процессуальное законодательство²¹.

При таком подходе уже начатое судопроизводство не должно прекращаться, когда есть возможность ошибочно принятые к производству дела по подведомственности передавать в суд другой ветви единой судебной системы. А тем более это возможно сейчас, когда суды общей и арбитражной юрисдикции являются звеньями одной судебной системы. Эту позицию разделяют многие исследователи²².

Несколько иная позиция высказана Н. Г. Елисеевым: по его мнению, то обстоятельство, что суд рассмотрел то или иное требование, формально не относящееся к его ведению, само по себе еще не означает, что принятое им ре-

¹⁸ См., например: постановление ЕСПЧ от 22 декабря 2009 г. по делу «Безымьянная (Bezuyannaya) против Российской Федерации» // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2010. № 5. С. 81; Обзор практики применения норм главы 4 АПК РФ о подведомственности споров арбитражному суду, утв. протокольным решением Президиума ФАС МО от 21 мая 2010 г. № 10. Разд. 1, п. 1.6.

¹⁹ См., например: Султанов А. Р. О проблемах подведомственности и о конфликтах отрицательной компетенции // Закон. 2007. № 7. С. 166.

²⁰ См., например: Жуйков В. М. Теоретические и практические проблемы конституционного права на судебную защиту: автореф. дис. ... д. ю. н. М., 1997. С. 7; Султанов А. Р. Указ соч.

²¹ См., например: Жилин А. Г. Указ. соч. С. 394—395, 431; Жуйков В. М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М.: Статут, 2006; Он же. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М.: Городец, 1997. С. 193.

²² Цит. по: Султанов А. Р. Указ. соч.

шение является незаконным как противоречащее конституционному праву на независимый и беспристрастный суд²³.

Однако Конституционный Суд РФ в своих решениях неоднократно указывал, что рассмотрение дела судом вопреки его компетенции является нарушением не только ст. 47 (ч. 1) Конституции РФ, но и ее ст. 46 (ч. 1 и 2), гарантирующей право каждого на судебную защиту²⁴. Этой правовой позиции, на наш взгляд, соответствует разъяснение Пленума Верховного Суда РФ о том, что в случае нарушения судом первой инстанции норм процессуального права, устанавливающих правила подсудности, суд апелляционной инстанции в соответствии со ст. 47 Конституции РФ и ч. 2 ст. 33 ГПК РФ отменяет постановление суда первой инстанции на основании ч. 3 ст. 330 ГПК РФ и передает дело в суд первой инстанции, к подсудности которого законом отнесено его рассмотрение²⁵.

В отечественной доктрине среди основных способов разрешения коллизий юрисдикций называют также единообразное и уточняющее толкование соответствующих законодательных норм высшими органами правосудия²⁶. Да, действительно, совместные постановления пленумов высших судов играли значительную роль в решении проблем правоприменения. В этом же ключе (до объединения высших судебных инстанций) видится высказывание В. М. Жуйкова о том, что «возникает потребность в создании органа, который был бы компетентен разрешать спорные вопросы разграничения подсудности дел между судами общей юрисдикции и арбитражными

судами, причем как в общем плане (безотносительно к конкретному делу), так и по конкретным делам, по которым возник спор о подсудности»²⁷. Отметим, что этот же вопрос обсуждался в Конституционном совещании, однако победила точка зрения о нецелесообразности создания такого органа.

Некоторые процессуалисты полагают, что объединение существующих систем судов и создание единого судебного органа в России позволило бы устранить почву для споров о подсудности. Имеется в виду слияние судов вплоть до первичного уровня. Однако такое объединение президентом страны признано нецелесообразным и с этим можно согласиться. Более целесообразным и практически оправданным, как полагает В. В. Ярков, является совершенствование судебной системы на основе функционального единства. Такое единство обеспечивает большую результативность работы системы гражданской юрисдикции для общества²⁸.

Ситуация изменилась в связи с объединением высших судебных инстанций. Теперь «единому» Верховному Суду Российской Федерации предстоит решать спорные вопросы компетенции, ему и принадлежит законодательная инициатива. И вот первые шаги. Из компетенции арбитражных судов (за исключением Суда по интеллектуальным правам) вообще исключено право рассматривать законность нормативных правовых актов, даже если они регулируют хозяйственную деятельность в сфере предпринимательства, это теперь предмет ведения судов общей юрисдик-

²³ Более подробно см.: *Елисеев Н. Г.* Указ. соч.

²⁴ См., например: постановление Конституционного Суда РФ от 16 марта 1998 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности статьи 44 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР и статьи 123 Гражданского процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами ряда граждан» // ВКС РФ. 1998. № 3.

²⁵ Постановление Пленума ВС РФ от 19 июня 2012 г. № 13 «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующего производство в суде апелляционной инстанции». П. 37 // Российская газета — Федеральный выпуск. 29 июня 2012.

²⁶ *Жуйков В. М.* Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию М. : Статут, 2006 ; *Осипов Ю. К., Ярков В. В.* Гражданский процесс : учебник. Изд. 5-е / под ред. В. В. Яркова. М. : Волтерс Клувер, 2004.

²⁷ *Жуйков В. М.* Указ. соч. С. 35.

²⁸ *Ярков В. В.* Цели судопроизводства и доступ к правосудию // Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском судопроизводстве : материалы Всерос. науч.-практ. конференции, г. Москве, 31 января — 1 февраля 2001 г. М., 2001.

²⁹ Федеральный закон «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации» от 28.06.2014 № 186-ФЗ // Российская газета. 4 июля 2014 г.

ции²⁹. Верховный Суд настаивал на передаче в ведение судов общей юрисдикции и оспаривания ненормативных актов, затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, однако с этим законодатель, и, на наш взгляд, совершенно обоснованно, не согласился. Дела о банкротстве граждан планировалось передать на рассмотрение судов общей юрисдикции (был даже принят соответствующий Федеральный закон — от 29.12.2014 № 476-ФЗ), но его вскоре все же отнесли к ведению арбитражных судов (Федеральный закон от 29.06.2015 № 154-ФЗ).

В литературе высказано мнение, что, судя по количеству и качеству изменений, складывается впечатление, что концепция реформирования как арбитражного, так и гражданского процессуального законодательства отсутствует. Именно этим объясняется «волнообразность» и суть произошедших изменений³⁰. Это суждение, на наш взгляд, в полной мере относится и к регулированию компетенции судов общей и арбитражной юрисдикции.

Хотелось бы закончить статью все же на оптимистической ноте. В настоящее время рабочей группой, в состав которой входят видные ученые, судьи и члены профильного Комитета Государственной Думы РФ, разработан проект концепции единого кодекса гражданского судопроизводства Российской Федерации, который был одобрен профильным Комитетом Государственной Думы РФ. Авторы «не покусались на главное — на разграничение предметов ведения между арбитражными судами и судами общей юрисдикции, а также внутри этих систем». Предстоит разработка самого кодекса. Как заявил председатель профильного Комитета П. Крашенинников, проект еще будет меняться, «единый процессуальный кодекс будет разрабатываться долго и бережно».

Хотелось бы надеяться, что наконец-то будет разработан и принят унифицированный процессуальный регламент, который повысит степень доступности правосудия, будет объективно способствовать формированию единой судебной практики, эффективности судебной защиты прав и свобод человека и гражданина.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Андреева Т. К.* Комментарий к ст. 27 Арбитражного процессуального кодекса РФ / под ред. В. Ф. Яковлева, М. К. Юкова. — М. : Городец-издат, 2003. — С. 82—87.
2. *Борисова Е. А.* Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / под общ. ред. Н. А. Колоколова. — М. : Юрист, 2011.
3. *Воронов А. Ф.* Проблемы определения подведомственности и подсудности дел арбитражным судам // *Юридический мир.* — 1997. — № 10. — С. 33.
4. *Грось А. А.* Судебная защита предпринимательства в РФ. — Хабаровск : Хабаровская государственная академия экономики и права, 1997.
5. *Елисеев Н. Г.* Разрешение коллизий подведомственности // *Законы России: опыт, анализ, практика.* — 2007. — № 8.
6. *Жилин Г. А.* Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы : монография. — М. : Проспект, 2010.
7. *Жуйков В. М.* Судебная защита прав граждан и юридических лиц. — М., 1997.
8. *Жуйков В. М.* Теоретические и практические проблемы конституционного права на судебную защиту : автореф. дис. ... д. ю. н. — М., 1997. — С. 7.
9. *Завидов Б.* О некоторых противоречиях арбитражного процессуального законодательства // *Хозяйство и право.* — 1997. — № 9. — С. 124.
10. *Лебедев К. К.* Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2002.

³⁰ *Борисова Е. А.* Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / под общ. ред. Н. А. Колоколова. М. : Юрист, 2011. С. 8.

11. Осипов Ю. К., Ярков В. В. Гражданский процесс : учебник. Изд. 5-е / под ред. В. В. Яркова. — М. : Волтерс Клувер, 2004.
12. Стрелкова И. И. Подведомственность арбитражному суду дел по экономическим спорам и иным дел : автореф. дис. ... к. ю. н. — Екатеринбург, 2002.
13. Султанов А. Р. О проблемах подведомственности и о конфликтах отрицательной компетенции // Закон. — 2007. — № 7.
14. Чудиновских К. А. Вопросы подведомственности в проекте АПК РФ // Арбитражный и гражданский процесс. — 1999. — № 4.
15. Шерстюк В. М. Новые положения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. — М., 1996.
16. Юков М. К. Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации. — Изд. 2-е, доп. и перераб. — М. : Контракт, 1997.
17. Ярков В. В. Цели судопроизводства и доступ к правосудию // Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском судопроизводстве : материалы Всерос. науч.-практ. конференции, г. Москва, 31 января — 1 февраля 2001 г. — М., 2001.
18. Гражданский процесс Российской Федерации / под ред. А. А. Власова. — М. : Юрайт-Издат, 2003.

Материал поступил в редакцию 30 ноября 2015 г.

THE COMPETENT COURT AS A PREREQUISITE FOR THE IMPLEMENTATION OF CITIZENS' CONSTITUTIONAL RIGHT TO JUDICIAL PROTECTION, THE PROBLEM OF DEFINITION

SHAMSHURIN Lev Leonidovich — PhD in Law, First Deputy Chairman of the Arbitration Court of the Tambov Region (retired), Honored Lawyer of the RSFSR.
shamshurin40@yandex.ru
392032 Russia, Tambov, Nikiforovskaya str, 90, apt.44

Review. *The article analyzes the role of the jurisdiction in implementation of citizens' constitutional right to judicial protection in courts of general jurisdiction and arbitration, its development, the problems of determining the appropriate court, the criteria for the distribution of competence, jurisdictional conflicts and ways of their solution.*

Keywords: *jurisdiction of cases, the principle of legal certainty, the criteria for distribution of competence, appropriate court, conflict of jurisdictions.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Andreeva T. K. Kommentarij k st. 27 Arbitrazhnogo processual'nogo kodeksa RF / pod red. V. F. Jakovleva, M. K. Jukova. — М. : Gorodec-izdat, 2003. — S. 82—87.
2. Borisova E. A. Apelljacija, kassacija, nadzor: novelty GPK RF i UPK RF. Pervyj opyt kriticheskogo osmyslenija / pod obshh. red. N. A. Kolokolova. — М. : Jurist, 2011.
3. Voronov A. F. Problemy opredelenija podvedomstvennosti i podsudnosti del arbitrazhnym sudam // Juridicheskij mir. — 1997. — № 10. — S. 33.
4. Gros' A. A. Sudebnaja zashhita predprinimatel'stva v RF. — Habarovsk : Habarovskaja gosudarstvennaja akademija jekonomiki i prava, 1997.
5. Eliseev N. G. Razreshenie kollizij podvedomstvennosti // Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. — 2007. — № 8.
6. Zhilin G. A. Pravosudie po grazhdanskim delam: aktual'nye voprosy : monografija. — М. : Prospekt, 2010.
7. Zhujkov V. M. Sudebnaja zashhita prav grazhdan i juridicheskikh lic. — М., 1997.
8. Zhujkov V. M. Teoreticheskie i prakticheskie problemy konstitucionnogo prava na sudebnuju zashhitu : avtoref. dis. ... d. ju. n. — М., 1997. — S. 7.
9. Zavidov B. O nekotoryh protivorechijah arbitrazhnogo processual'nogo zakonodatel'stva // Hozjajstvo i pravo. — 1997. — № 9. — S. 124.

10. *Lebedev K. K.* Predprinimatel'skoe i kommercheskoe pravo: sistemnye aspekty (predprinimatel'skoe i kommercheskoe pravo v sisteme prava i zakonodatel'stva, sisteme juridicheskikh nauk i uchebnyh disciplin). — SPb. : Juridicheskij centr-Press, 2002.
11. *Osipov Ju. K., Jarkov V. V.* Grazhdanskij process : uchebnik. Izd. 5-e / pod red. V. V. Jarkova. — M. : Volters Kluver, 2004.
12. *Strelkova I. I.* Podvedomstvennost' arbitrazhnomu sudu del po jekonomicheskim sporam i inyh del : avtoref. dis. ... k. ju. n. — Ekaterinburg, 2002.
13. *Sultanov A. R.* O problemah podvedomstvennosti i o konfliktah otricatel'noj kompetencii // *Zakon.* — 2007. — № 7.
14. *Chudinovskih K. A.* Voprosy podvedomstvennosti v proekte APK RF // *Arbitrazhnyj i grazhdanskij process.* — 1999. — № 4.
15. *Sherstjuk V. M.* Novye polozhenija Arbitrazhnogo processual'nogo kodeksa Rossijskoj Federacii. — M., 1996.
16. *Jukov M. K.* Kommentarij k Arbitrazhnomu processual'nomu kodeksu Rossijskoj Federacii. — Izd. 2-e, dop. i pererab. — M. : Kontrakt, 1997.
17. *Jarkov V. V.* Celi sudoproizvodstva i dostup k pravosudiju // *Problemy dostupnosti i jeffektivnosti pravosudija v arbitrazhnom i grazhdanskom sudoproizvodstve : materialy Vseros. nauch.-prakt. konferencii, g. Moskve, 31 janvarja — 1 fevralja 2001 g.* — M., 2001.
18. *Grazhdanskij process Rossijskoj Federacii / pod red. A. A. Vlasova.* — M. : Jurajt-Izdat, 2003.

Множественность преступлений: актуальные проблемы и теоретический опыт исследований ученых кафедры уголовного права МГЮА

Аннотация. Актуальность множественности преступлений как темы научных исследований обусловлена следующими причинами:

- а) несовершенством законодательства (в нормах неточно отражаются возможные фактические обстоятельства, содержание норм о множественности не всегда учитывает специфику иных норм уголовного права);
- б) неверным толкованием уголовно-правовых норм правоприменителем;
- в) слабой связью законотворческого процесса и теоретического опыта, накопленного правоведами;
- г) отсутствием отработанного механизма для оперативного изменения закона на основе анализа практики его применения.

В представленном исследовании рассмотрены четыре проблемы, касающиеся множественности преступлений.

1. Совокупность преступлений не всегда может быть выявлена своевременно. Если за одно из преступлений, входящих в совокупность, лицо подвергнуто условному осуждению, а впоследствии выявлены иные преступления, совершенные до осуждения, условное осуждение в соответствии с УК РФ и рекомендациями Пленума ВС РФ отменено быть не может. Это противоречит концептуальным основам институтов совокупности преступлений и условного осуждения.
2. Практика квалификации убийств, сопряженных с иными преступлениями, по совокупности противоречит положениям ч. 1 ст. 17 УК РФ, регламентирующим правовое положение учтенной совокупности, и ч. 2 ст. 6 УК РФ (принцип справедливости).
3. Идеальная совокупность преступлений в некоторых случаях может образовываться из нескольких преступлений, предусмотренных одной статьей УК РФ, что не учтено в законе и требует урегулирования в правоприменительной практике.
4. Практические и теоретические критерии ограничения совокупности преступлений от конкуренции уголовно-правовых норм шире законодательно закрепленных и требуют их отражения в качестве общих правил в постановлении Пленума ВС РФ.

© Молчанов Д.М., 2016

* Молчанов Дмитрий Михайлович, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
9700608@list.ru
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Ключевые слова: множественность преступлений, совокупность преступлений, реальная совокупность, идеальная совокупность, учтенная совокупность, отмена условного осуждения, сопряженный, конкуренция норм, конкуренция части и целого.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.107-118

Множественность преступлений как самостоятельная тема исследований долгое время находилась вне поля зрения науки уголовного права. В трудах таких видных ученых XIX века, как Н. С. Таганцев¹, Н. Д. Сергеевский², С. В. Познышев³ и др., множественность преступлений не рассматривалась как составная часть учения о преступлении, а кратко освещалась лишь в рамках обстоятельств, усиливающих ответственность при назначении наказания. Встречались отдельные научные статьи, посвященные вопросам множественности преступлений⁴. Из монографических работ стоит отметить магистерскую диссертацию Н. С. Таганцева «О повторении преступлений»⁵, но в этом исследовании русскому законодательству того периода посвящено всего 30 страниц, что неудивительно, поскольку ни в уголовном законодательстве России, ни в трудах русских ученых того времени тема эта не была достаточно разработана. В отдельных работах, в которых рассматривались вопросы множественности преступлений, акцент де-

лался не столько на исследовании объективного основания усиления ответственности (несколько преступлений), сколько на изучении личности виновного в совершении нескольких преступлений⁶.

В 60-х и 70-х годах прошлого века научный интерес к исследованию множественности преступлений растет. Исследованию множественности преступлений посвящены работы П. С. Дагеля⁷, Г. Г. Криволапова⁸, В. П. Малкова⁹. Совокупность как один из видов множественности преступлений исследуется В. П. Малковым¹⁰, А. С. Никифоровым¹¹ и др. Назначению наказания по совокупности посвящены работы А. С. Горелика¹², Н. А. Стручкова¹³ и др. Достаточно подробное освещение получили вопросы квалификации при совокупности преступлений в работе В. Н. Кудрявцева «Теоретические основы квалификации преступлений»¹⁴.

На кафедре уголовного права МГЮА в разное время исследованиями множественности преступлений занимались такие ученые, как

¹ Таганцев Н. С. Курс русского уголовного права. Часть общая. СПб., 1880.

² Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть Общая. СПб., 1905.

³ Колоколов Г. Е., Познышев С. В. Уголовное право. М., 1909.

⁴ См., например: Фалеев Н. Борьба с рецидивом по новому уголовному уложению // Юрист. 1904. № 9; Христианович С. Практика сената по применению закона 3 февраля 1892 года о повторении и совокупности преступлений // Журнал гражданского и уголовного права. 1893. Кн. 3. Заметки. С. 1—20; Ширяев В. К вопросу о рецидиве. М., 1903; Щегловитов И. Новый закон о совокупности и повторении преступлений // Журнал гражданского и уголовного права. 1892. Кн. 4.

⁵ Таганцев Н. С. О повторении преступлений. СПб., 1867. 296 с.

⁶ См., например: Немировский Э. Я. Вопрос о привычных и профессиональных преступниках в науке уголовного права и в нашем уголовном уложении // ЖМЮ. 1904. Кн. VII. С. 1; Кн. VIII. С. 73; Резон А. К. фон. О рецидивистах // Журнал гражданского и уголовного права. 1886. Кн. 2, 3.

⁷ Дагель П. С. Множественность преступлений. Владивосток, 1969.

⁸ Криволапов Г. Г. Множественность преступлений по советскому уголовному праву. М., 1974.

⁹ Малков В. П. Множественность преступлений и ее формы по советскому уголовному праву. Казань, 1982.

¹⁰ Малков В. П. Совокупность преступлений. Казань, 1974.

¹¹ Никифоров А. С. Совокупность преступлений. М., 1974.

¹² Горелик А. С. Назначение наказания по совокупности. Красноярск, 1975.

¹³ Стручков Н. А. Назначение наказания по совокупности преступлений. М., 1957.

¹⁴ Кудрявцев В. Н. Теоретические основы квалификации преступлений. М., 1963.

С. П. Бузынова¹⁵, Л. В. Иногамова-Хегай, В. Ф. Караулов¹⁶, Ю. А. Красиков¹⁷, В. И. Ткаченко¹⁸. Учеными кафедры уголовного права МГЮА по темам, связанным с множественностью преступлений, были защищены две докторские и одна кандидатская диссертации. В 1989 г. состоялась защита докторской диссертации Ю. А. Красикова «Множественность преступлений: социальная сущность и проблемы уголовной ответственности»¹⁹, в 2000 году докторскую диссертацию «Конкуренция норм уголовного права» защитила Л. В. Иногамова-Хегай²⁰, в том же году автор данной статьи защитил кандидатскую диссертацию по теме «Совокупность преступлений» (научный руководитель — А. В. Кладков)²¹. В 2015 г. издана работа Л. В. Иногамовой-Хегай «Концептуальные основы конкуренции уголовно-правовых норм», где достаточно подробно рассматривается вопрос отграничения одного из видов множественности (совокупности преступлений) от конкуренции уголовно-правовых норм.

Актуальность теоретических и практических проблем, касающихся уголовно-правовой оценки нескольких преступлений, совершенных одним лицом, обусловлена несколькими причинами.

Первая — несовершенство законодательства, вторая — неверное толкование уголовно-правовых норм правоприменителем²², третья — слабая связь законотворческого процесса и теоретического опыта, накопленного правоведами²³, четвертая — отсутствие отработанного механизма для оперативного изменения закона на основе анализа практики его применения.

Несовершенство закона имеет две главные составляющие:

- 1) несовершенство автономного²⁴ содержания отдельных уголовно-правовых норм вследствие неверного отражения в них жизненных реалий²⁵;
- 2) несовершенство системного содержания отдельных уголовно-правовых норм вслед-

¹⁵ Бузынова С. П. Множественность преступлений и ее виды (уголовно-правовое исследование) : учеб. пособие. М., 1988. 56 с. ; Она же. Рецидив преступлений. М., 1980 ; Она же. Уголовно-правовое понятие рецидива и его виды // Проблемы уголовно-правовой борьбы с преступностью. М. : ВЮЗИ, 1989. С. 50—63.

¹⁶ Караулов В. Ф., Ткаченко В. И. Квалификация преступлений со сложным составом // Актуальные проблемы уголовно-правовой борьбы с преступностью. М. : ВЮЗИ, 1988. С. 26—30.

¹⁷ Красиков Ю. А. Множественность преступлений (понятие, виды, наказуемость) : учеб. пос. М., 1988. 96 с.

¹⁸ Ткаченко В. И. Повторность преступлений // Задачи и средства уголовной охраны социалистических общественных отношений : сб. науч. тр. М., 1983. С. 91—106 ; Он же. Повторность преступления и его совершение в группе как уголовно-правовые категории // Актуальные проблемы уголовно-правовой борьбы с преступностью. М. : ВЮЗИ, 1988. С. 6—13.

¹⁹ Красиков Ю. А. Множественность преступлений: социальная сущность и проблемы уголовной ответственности : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1989. 47 с.

²⁰ Иногамова-Хегай Л. В. Конкуренция норм уголовного права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1999. 44 с.

²¹ Молчанов Д. М. Совокупность преступлений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. 35 с.

²² Вторая причина может иметь, в свою очередь, такие последствия: 1) отсутствие единых подходов в практике применения уголовного закона, а значит, разницей в судебной практике; 2) стабильно единообразная практика, не соответствующая закону.

²³ Вполне обоснованно можно говорить и о слабой связи правоприменительной практики с наукой уголовного права (имеется в виду, конечно, Верховный Суд РФ как правоприменитель, имеющий реальную возможность влиять на изменение судебной практики). Вся связь с наукой в практике Верховного Суда сводится к анализу правовых заключений различных научных экспертных организаций (МГЮА, в частности) на проекты постановлений Пленума ВС РФ. Работу же по системному анализу текущих научных изысканий Верховный Суд не проводит.

²⁴ Вне связи с содержанием иных норм, составляющих всю совокупность норм уголовного права и других отраслей российского права.

²⁵ Например, норма о назначении наказания за рецидив преступлений (ст. 68 УК РФ) несовершенна уже по первому основанию: она неверно отражает жизненную необходимость дифференциации ответственности за разные виды рецидива и устанавливает, что «срок наказания при любом виде рецидива» не может быть менее 1/3 от максимума санкции.

ствие того, что не учитывается специфика иных норм уголовного права или норм других отраслей права²⁶.

В рамках этого небольшого исследования остановимся на нескольких проблемах, касающихся множественности преступлений²⁷. Эти проблемы существуют не один год и, несмотря на большое количество научных исследований (в том числе и ученых кафедры уголовного права МГЮА), указывают на их наличие и актуальны по сей день.

В главе 3 УК РФ говорится лишь о двух видах множественности преступлений — о совокупности преступлений и рецидиве преступлений. Вместе с тем в теории уголовного права вполне обоснованно выделяется и третий вид множественности, который не назван в главе о понятии преступления и видах преступлений, но существование которого ясно обозначено в главе 10 УК РФ. Речь идет о назначении наказания по совокупности приговоров. Упоминается этот вид множественности и в общих началах назначения наказания. Такой законодательный прием — включение в УК РФ вида множественности, не имеющего законодательного определения в рамках понятийного аппарата раздела «Преступление», — представляется вполне оправданным. Дело в том, что в первоначальной редакции УК РФ совокупность, рецидив и неоднократность были предусмотрены законодателем как три вида множественности преступлений, значение которых не исчерпывалось лишь влиянием на назначаемое наказание, но которые использовались и для построения статей Особенной части УК РФ. Впоследствии неоднократность была исключена из УК РФ, а рецидив утратил значение квалифицирующего признака²⁸. Совершение же нового преступления лицом, которое не отбыло наказания за ранее совершенное преступление, всегда было

лишь основанием для назначения наказания по правилам ст. 70 УК РФ и никогда (при отсутствии признаков рецидива) не имело значения для квалификации, а потому и отсутствие описания этого вида множественности в гл. 3 УК РФ вполне закономерно.

Из трех видов множественности, которые можно выявить в действующей редакции УК РФ, два имеют значение и для квалификации, и для назначения наказания, а один — только для назначения наказания. В связи с этим и проблемы множественности преступлений можно рассматривать в двух аспектах: связанные с квалификацией и связанные с назначением наказания.

Уголовно-правовые последствия совершения нескольких преступлений до осуждения, касающиеся назначения наказания, не дифференцируются в зависимости от вида совокупности, а потому можно начать с общих проблем назначения наказания по совокупности преступлений. Рассмотрим одну из них: ч. 5 ст. 69 не учитывает случаев, когда после вынесения обвинительного приговора и условного осуждения выясняется факт совершения виновным иных преступлений до осуждения (по правилам ст. 74 УК РФ условное осуждение в этом случае не подлежит отмене).

Эта проблема относится к числу тех, которые обусловлены причиной, обозначенной нами выше как *несовершенство системного содержания отдельных уголовно-правовых норм*. В данном случае уместно говорить о несоответствии этому признаку (пригодность нормы к применению во взаимодействии с иными нормами права) как ст. 69, так и ст. 74 УК РФ. Поскольку ни часть 5 ст. 69 не содержит правила назначения наказания по совокупности преступлений при условии, что по первому приговору осуждение было условным, ни

²⁶ Та же ст. 68 УК РФ, например, безусловно ущербна и по этому основанию, поскольку правило повышения обязательного минимума наказания при рецидиве для большого числа особо тяжких преступлений просто не работает, ведь нижний предел лишения свободы за эти преступления составляет больше одной трети.

²⁷ Все проблемы рассмотреть не представляется возможным в связи с ограниченным объемом исследования. Поэтому постараемся выбрать их по двум основным критериям: наличие практического интереса в разрешении и отражение проблемы в трудах ученых кафедры уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

²⁸ В настоящее время рецидиву возвращено его прежнее значение (влиять на квалификацию), и, думается, число статей Особенной части УК РФ, где он может выступать в этом качестве, будет расширяться.

в ст. 74 УК РФ нет правила, позволяющего отменить условное осуждение при выявлении фактов ранее совершенных преступлений. Таким образом, мы имеем дело с коллизией норм, когда невозможно разрешить практический вопрос на основе одной нормы, не нарушив положения другой.

Пленум ВС РФ²⁹ разрешил эту ситуацию следующим образом: «Если в отношении условно осужденного лица будет установлено, что оно виновно еще и в другом преступлении, совершенном до вынесения приговора по первому делу, правила статьи 69 УК РФ применены быть не могут, поскольку в статье 74 УК РФ дан исчерпывающий перечень обстоятельств, на основании которых возможна отмена условного осуждения. В таких случаях приговоры по первому и второму делам исполняются самостоятельно».

В данном случае можно утверждать, что Верховный Суд *не смог разрешить ситуацию в рамках действующего законодательства* (поскольку ни в статье 69, ни в статье 74 УК РФ нет руководства к действию), а вновь (в который уже раз!) *создал новую норму права*. Структурно ее место можно определить, например, как ч. 5.1 ст. 69 УК РФ. Вряд ли надо оспаривать право Верховного Суда РФ создавать новые уголовно-правовые нормы, поскольку это право хотя и не закреплено де-юре, но де-факто, как все мы прекрасно знаем, давно существует. И если зачастую высший судебный орган пользуется этим правом вполне осмысленно и на пользу правоприменительной практике, то не сто́ит, ради мнимой пользы формальных соответствий, бороться с «нарушением», которое позволяет создавать единообразную и вполне приемлемую практику применения закона. Но бороться не сто́ит, лишь если Верховный Суд прав.

В данном же случае он не прав. И вот какие есть основания для такого утверждения.

Во-первых, основанием для применения условного осуждения является возможность исправления осужденного без реального отбытия наказания. Формулировка ст. 73 УК РФ («придет к выводу о возможности исправления») позволяет сделать вывод, что любые

выводы суда о возможности исправления могут носить лишь вероятностный характер. Достоверность и обоснованность таких выводов может иметь место лишь тогда, когда видишь человека насквозь со всеми его мыслями, поступками, чувствами, желаниями, страстями, стремлениями, недомолвками и тайнами. Поэтому вывод суда может быть лишь более или менее близок к реальному положению вещей. Главным и наиболее существенным фактом, дающим основания для такого вывода суда, должен быть факт раскаяния виновного в совершенном им преступлении. *Отсутствие раскаяния — непреодолимое препятствие для назначения условного осуждения*. Поправки на то, что само раскаяние можно инсценировать, нужно принять как неизбежную данность. Любая субъективная оценка другого человека всегда затруднена таким качеством человеческой личности, которое известно еще с ветхозаветных времен: «всяк человек ложь»³⁰. Тем не менее, при всем несовершенстве механизма оценки, необходимо исходить из данности. А она такова: совершенного механизма не будет никогда, а оценка человеческой личности, намерений и стремлений человека, в том числе и возможности исправления без реального отбытия наказания, могут основываться лишь на конкретных фактических обстоятельствах: явке с повинной, способствовании раскрытию преступления, возмещении причиненного вреда, компенсации морального вреда, положительной характеристике с места работы и пр. *При решении вопроса о возможности условного осуждения суд должен обладать всей полнотой сведений обо всех преступлениях, которые совершены обвиняемым и сохраняют свое уголовно-правовое значение на момент вынесения приговора*. Понятно, что никто не обязан свидетельствовать против себя, но понятно должно быть так же и то, что условное осуждение — существенная льгота и у суда нет обязанности предоставлять ее кому попало. *Отсутствие у суда информации обо всех совершённых преступлениях является препятствием для верной оценки возможности исправления лица*, а это значит, что установле-

²⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.12.2015 № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания». П. 53.

³⁰ Пс. 115:2.

ние факта совершения другого преступления до осуждения — достаточная причина для отмены условного осуждения, поскольку для обеспечения полноты судебного разбирательства наличие данной информации является необходимым.

Исправление как цель наказания предполагает не просто ресоциализацию и отказ от новых преступлений под страхом наказания, но и изменение мировоззренческих установок. Если человек сознается в совершенных преступлениях, способствует их раскрытию — это фактические свидетельства возможности исправления. Если же он в одном преступлении сознается, а второе скрывает — такое поведение вряд ли позволяет сделать вывод о возможности его исправления без реального отбытия наказания. К тому же могут отсутствовать чисто формальные основания для назначения условного осуждения по совокупности преступлений: если за вновь выявленное преступление лицу будет назначено наказание, превышающее 8 лет лишения свободы, или это преступление будет относиться к числу тех, за которые вообще не может быть назначено условное осуждение в соответствии со ст. 73 УК РФ. Эта проблема ровно в такой же степени относится и к возможности отмены условно-досрочного освобождения (ст. 79 УК РФ) при выявлении факта совершения преступления в прошлом.

Адекватное решение той или иной проблемы в рамках действующего законодательства всегда должно предполагать, что *решение одной проблемы не порождает новых*. Решение же, которое предлагается Верховным Судом, порождает новые вопросы. В случае сохранения условного осуждения к нему не применяются правила о назначении наказания по совокупности преступлений: максимальный размер наказания за совершенные преступления не ограничивается и назначенные наказания отбываются автономно. Следовательно, если впоследствии возникнут причины для отмены условного осуждения по основаниям, указанным в ст. 74 УК РФ, осужденному придется нести ответственность в полном объеме назначенных ему наказаний за каждое из совершенных преступлений, в то время как при назначении ему наказания по совокупности могло бы быть применено частичное сложение наказаний, что сократило бы общий срок

(в том числе и с учетом ограничения верхнего предела наказания при совокупности преступлений). К тому же не вполне понятно, какой вид исправительного учреждения (в случае осуждения к лишению свободы за оба преступления) надо будет выбрать, с учетом того, что будут последовательно отбываться два самостоятельных наказания, каждому из которых, по правилам ст. 58 УК РФ, может соответствовать свой вид исправительной колонии. Самое простое решение проблемы: предоставить суду право отменять условное осуждение или условно-досрочное освобождение в случае выявления иных преступлений, совершенных до осуждения. Это право может быть закреплено законодательно (наиболее предпочтительное решение) или в постановлении Пленума ВС РФ.

Проблемы квалификации при наличии признаков совокупности преступлений можно разделить на два вида:

- а) независимые от вида совокупности и
- б) специфические для каждого из видов.

Сначала рассмотрим общие проблемы.

Совокупность преступлений в узком смысле слова образуется из одного или нескольких преступных деяний, которые по итогам квалификации оцениваются как несколько преступлений. Однако в теории уголовного права уже давно устоялся такой термин, как *учтенная совокупность*. Это не совокупность в узком смысле слова, поскольку при учтенной совокупности мы имеем дело с единичным сложным преступлением, но в широком смысле это вполне можно рассматривать как совокупность преступлений, которая становится основанием для усиления ответственности в рамках квалификации. Рассматривать учтенную совокупность как одну из разновидностей совокупности в широком смысле слова можно на том основании, что разница между совокупностью в узком смысле слова и учтенной совокупностью определяется лишь наличием или отсутствием в УК РФ нормы, которая описывала бы все содеянное как единое преступление. Если такой нормы нет — мы имеем дело с идеальной или реальной совокупностью. Если такая норма есть — с единым сложным преступлением в виде учтенной совокупности. Учтенной может быть как реальная, так и идеальная совокупность. В части 1 ст. 17 УК РФ говорится именно об этом: совокупность преступлений перестает быть совокупностью в узком смыс-

ле слова и становится единым сложным преступлением. Сама уголовно-правовая норма сформулирована вполне корректно и из ее буквального содержания нельзя сделать тех выводов, которые мы встречаем как в судебной практике по конкретным делам, так и в постановлениях Пленума ВС РФ. В данном случае мы имеем дело с проблемой, обозначенной выше как неверное толкование судами норм УК РФ. Об этом писалось уже не один раз, в том числе и учеными кафедры уголовного права МГЮА³¹. Поэтому суть проблемы изложим кратко.

В части 2 ст. 105 УК РФ закреплено несколько квалифицированных составов убийства, в которых в качестве квалифицирующего признака предусмотрена его сопряженность с другим преступлением (разбоем, вымогательством, бандитизмом, изнасилованием, похищением человека). По всей видимости, это можно было бы считать частным случаем закрепленного в ч. 1 ст. 17 УК РФ правила: если «совершение двух или более преступлений предусмотрено статьями Особенной части настоящего Кодекса в качестве обстоятельства, влекущего более строгое наказание», это не совокупность. Однако, как известно, Верховный Суд РФ предлагает квалифицировать все убийства, сопряженные с другим преступлением, по совокупности. И можно было бы уже и не обращаться в который раз к этой проблеме, если бы не одно сравнительно новое обстоятельство: не так давно в УК РФ появились квалифицированные составы таких преступлений, как террористический акт (ст. 205), захват заложников (ст. 206), диверсия (ст. 281), в которых усиление ответственности связывается с фактом умышленного причинения смерти³². В пункте 9 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.02.2012 № 1 «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности» в связи с этим говорится следующее: «в случае, если террористический акт повлек умышленное причинение смерти человеку (либо двум и более лицам), содеянное охватывается пунктом “б” части 3 статьи

205 УК РФ и дополнительной квалификации по статье 105 УК РФ не требует». Верховный Суд не обозначает свою позицию в отношении квалификации преступлений, предусмотренных ст. 206 и 281 УК РФ при наличии аналогичного квалифицирующего обстоятельства, однако логично было бы предположить, что квалификация должна быть такая же — без совокупности. В то же время в п. 7, 11 и 13 постановления Пленума ВС РФ от 27.01.1999 № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» по-прежнему предлагается квалифицировать убийство, сопряженное с одним из преступлений, перечисленных в пунктах «в», «з» и «к», «в совокупности со статьями УК РФ, предусматривающими ответственность» за совершение соответствующих преступлений, перечисленных в этих пунктах.

Наиболее ярко будет видно, что Верховный Суд РФ демонстрирует диаметрально противоположный подход к квалификации преступлений при наличии одинаковых фактических обстоятельств, на примере квалификации убийства потерпевшего, сопряженного с его похищением, и убийства заложника, сопряженного с его захватом. Захват заложника (ст. 206 УК РФ) и похищение человека (ст. 126 УК РФ) — преступления, очень схожие по объективной стороне. Наиболее простой критерий их разграничения (предусмотренный законодателем) — такой признак субъективной стороны, как цель. Однако на практике этим критерием зачастую пренебрегают. Таким образом, практически идентичные по фактическим обстоятельствам преступления могут быть квалифицированы по разным статьям. Например, похищение человека с предъявлением требования выкупа к его родственникам будет квалифицировано по ст. 126 УК РФ, а похищение человека с предъявлением требования к органам государственной власти о выполнении тех или иных действий скорее всего будет квалифицировано по ст. 206 УК РФ. Однако дальнейшие действия преступника по умышленному лишению жизни потерпевшего получают разную уголовно-правовую оценку:

³¹ См., например: Корнеева А. В. Теоретические основы квалификации преступлений : учеб. пособие / под ред. А. И. Рарога. М. : Велби, Проспект, 2008. С. 131.

³² Новые составы преступлений включены в УК РФ на основании Федерального закона от 30.12.2008 № 321-ФЗ.

в первом случае и по п. «в» ч. 2 ст. 105, и по ст. 126 УК РФ (с повторным учетом факта похищения), а во втором случае — лишь по ч. 4 ст. 206 УК РФ (без повторного учета и квалификации по совокупности).

Решить, в каком случае нарушается воля законодателя, достаточно трудно. Если исходить из буквального содержания ст. 17 УК РФ, то в первом случае: когда дается квалификация убийства, сопряженного с похищением, по совокупности с похищением человека. Однако учитывая многолетнюю историю такой судебной практики (с самого начала действия УК РФ) и полное безразличие законодателя, не пытающегося эту практику изменить вследствие названного выше отсутствия отработанного механизма для оперативного изменения закона на основе анализа практики его применения, может сложиться впечатление, что и высший судебный орган, и законодатель просто не видят особой проблемы в том, что одинаковые по фактическим обстоятельствам преступления (сопряженные друг с другом) получают принципиально разную оценку при квалификации: в одном случае как единичное преступление, а в другом — как совокупность.

Возможных выходов два:

- 1) квалификация по статье УК РФ, в которой квалифицирующим признаком является сопряженность с другим преступлением, должна исключать возможность квалификации по совокупности;
- 2) исключить из Особенной части УК РФ квалифицирующие признаки, указывающие на сопряженность нескольких преступлений, и квалифицировать все содеянное по совокупности. Первый вариант представляется более предпочтительным, поскольку в этом случае есть возможность и оценить реальную опасность такой учтенной совокупности, повышая верхний и нижний пределы санкции (функция законодателя), и не нарушать принцип справедливости (ч. 2 ст. 6 УК РФ) при квалификации.

Вторая проблема, связанная с квалификацией, касается идеальной совокупности преступлений. В части 2 ст. 17 УК РФ идеальная совокупность определена как «одно действие (бездействие), содержащее признаки преступлений, предусмотренных *двумя или более статьями* настоящего Кодекса». Смысл такого определения понятен: конструируя составы

преступления, находящиеся в соотношении «основной — квалифицированный — особо квалифицированный», законодатель должен оценивать тяжесть более опасного преступления с учетом того, что это преступление может быть совершено при обстоятельствах, указанных в тех частях статьи, где предусмотрена ответственность за менее опасное преступление этого вида. Но следовать этому правилу законодателю не всегда удастся. Квалифицированный или особо квалифицированный состав может быть сконструирован без учета всей возможной совокупности обстоятельств, указанных, например, в основном составе преступления.

Именно так сконструирована ст. 264 УК РФ. В части 1 установлена ответственность за нарушение Правил дорожного движения, повлекшее по неосторожности причинение тяжкого вреда здоровью, а ч. 3 устанавливает ответственность за те же действия, повлекшие более тяжкие последствия — смерть. Очевидно, что ч. 3 учитывает обстоятельства, указанные в ч. 1, поскольку, устанавливая градацию возможного вреда человеку, следует признать, что смерть — вред максимального объема, а следовательно, включение таких последствий в конструкцию состава должно предполагать, что объем ответственности за причинение такого вреда является достаточным для поглощения ответственности за меньший вред. Но это утверждение оказывается справедливым лишь в том случае, если речь идет об одном потерпевшем. Как только появляется два потерпевших, одному из которых причинена смерть, а другому — тяжкий вред здоровью, утверждение, что ч. 3 ст. 264 УК РФ учитывает менее тяжкие последствия, чем смерть, перестает быть истинным. Поскольку максимальный объем вреда, установленный диспозицией ч. 3 ст. 264 УК РФ, — смерть одного человека, причинение тяжкого вреда здоровью другому потерпевшему не может охватываться квалификацией по ч. 3 ст. 264 УК РФ. Тем не менее, как известно, Пленум ВС РФ предлагает в таких случаях буквально следовать положениям ч. 2 ст. 17 УК РФ, не квалифицируя содеянное как совокупность преступлений, а применяя ч. 3 ст. 264 УК РФ. Точно такую же квалификацию придется дать, если смерть причинена одному потерпевшему, а тяжкий вред здоровью, например, пятерым.

Похожая проблема возникает в тех случаях, когда в статьях Особенной части УК РФ устанавливается ответственность за причинение того или иного вреда здоровью или за причинение смерти и при этом нет квалифицированных составов, устанавливающих ответственность за причинение вреда здоровью или смерти нескольким потерпевшим. Если имела место реальная совокупность — проблем в квалификации нет. Но если вред двум и более потерпевшим был причинен одним действием, то, в соответствии с буквальным толкованием ч. 2 ст. 17 УК РФ, совокупности преступлений не будет. Должно ли это означать, например, что причинение смерти пяти сотрудникам правоохранительных органов (ст. 317 УК РФ) одним действием (взрывом) должно квалифицироваться точно так же, как и причинение смерти одному, — один раз по ст. 317 УК РФ? Не думаю. Но если следовать логике рассуждений Верховного Суда РФ, обозначенной в п. 9 постановления Пленума ВС РФ от 09.12.2008 № 25 (главное содержание которых — ч. 2 ст. 17 должна толковаться буквально), то нужно квалифицировать это как одно преступление. Вряд ли это верное решение.

Смысл ч. 2 ст. 17 УК РФ не в том, чтобы установить формальные ограничения возможных сочетаний преступлений, входящих в идеальную совокупность, а в том, чтобы исключить возможность двойного вменения (ч. 2 ст. 6 УК РФ), вследствие того, что части одной статьи обычно конструируются по тем правилам, которые обозначены выше. Если же по каким-либо причинам конструкции составов преступлений не учитывают специфики конкретных жизненных ситуаций, не следует буквально применять положения ч. 2 ст. 17 УК РФ, а необходимо давать уголовно-правовую оценку исходя из реальной степени общественной опасности и особенностей конкретной нормы УК РФ.

Последняя проблема, о которой можно сказать в рамках того объема, который определен для данного исследования, — отграничение совокупности от конкуренции уголовно-правовых норм (ч. 3 ст. 17 УК РФ). В теории уголовного

права выделяются различные виды конкуренции уголовно-правовых норм, которые могут возникать на этапе квалификации³³. В части 3 ст. 17 УК РФ говорится всего об одном виде конкуренции: о конкуренции общей и специальной норм. Вместе с тем актуальной проблемой является отграничение совокупности преступлений от такого вида конкуренции, как конкуренция нормы-части и нормы-целого. Частично эта проблема была рассмотрена нами выше, при анализе проблем квалификации убийств, сопряженных с другими преступлениями. Однако все дело в том, что положения ч. 1 ст. 17 УК РФ, исключающие из совокупности преступлений случаи, «когда совершение двух или более преступлений предусмотрено статьями Особенной части... в качестве» квалифицирующего признака, не охватывают всех случаев конкуренции части и целого. Это связано с тем, например, что в норме, которая рассматривается как целое, может быть не названо прямо³⁴ преступление, закрепленное нормой-частью. В этих случаях норма-часть выявляется на основе толкования нормы-целого, в том числе и с учетом сложившихся подходов в судебной практике и в доктрине уголовного права. Как норму-целое и в доктрине, и в практике применения УК РФ принято считать, например, норму, устанавливающую ответственность за совершение насильственного преступления. Имеются в виду не те насильственные преступления, которые описаны в законе с указанием конкретных последствий их совершения (вреда здоровью или смерти), поскольку такие нормы прямо отсылают к иным нормам УК РФ, устанавливающим ответственность за причинение таких последствий, а те, в которых конструктивным признаком состава выступает способ совершения: «с применением насилия или угрозой его применения» либо «с применением насилия, опасного для жизни или здоровья, или угрозой применения такого насилия». Буквальное толкование таких норм позволяет сделать вывод, что возможный в результате такого насилия вред здоровью находится за пределами квалификации по той статье, где установлена

³³ См., например: *Иногамова-Хегай Л. В.* Концептуальные основы конкуренции уголовно-правовых норм. М.: Норма: Инфра-М, 2015. С. 94—198.

³⁴ В отличие от норм, где такое прямое указание есть. Например, в ч. 2 ст. 105, в п. «в» ч. 4 ст. 162, в п. «в» ч. 2 ст. 333, в п. «д» ч. 2 ст. 335 и во многих иных нормах УК РФ.

ответственность за насильственное преступление, и требует дополнительной квалификации по соответствующей статье. Однако и в теории, и в практике вполне обоснованно считается, что дополнительная квалификация нужна лишь в том случае, если ответственность за причиненный вред здоровью выше, чем ответственность за само насильственное преступление. Рекомендации с такими правилами квалификации содержатся в том числе и в ряде постановлений Пленума ВС РФ³⁵.

Но несмотря на признание в теории такого правила квалификации, оно не имеет ни законодательного закрепления, ни общего рекомендательного характера на уровне Пленума

ВС РФ применительно к любым насильственным преступлениям, а потому у любого суда сохраняется право (при отсутствии рекомендаций Пленума ВС РФ по квалификации соответствующих преступлений) применить лишь одну норму (норму-целое) или применить несколько норм, поскольку формально есть все основания говорить о совокупности преступлений.

На основании проведенного исследования можно сделать вывод, что множественность преступлений по-прежнему остается весьма актуальной темой исследования как в науке уголовного права в целом, так и среди научных работников кафедры уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бузынова С. П. Множественность преступлений и ее виды (уголовно-правовое исследование) : учебное пособие. — М., 1988.
2. Бузынова С. П. Рецидив преступлений. — М., 1980.
3. Бузынова С. П. Уголовно-правовое понятие рецидива и его виды // Проблемы уголовно-правовой борьбы с преступностью. — М. : ВЮЗИ, 1989.
4. Горелик А. С. Назначение наказания по совокупности. — Красноярск, 1975.
5. Дагель П. С. Множественность преступлений. — Владивосток, 1969.
6. Иногамова-Хегай Л. В. Конкуренция норм уголовного права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1999. — 44 с.
7. Иногамова-Хегай Л. В. Концептуальные основы конкуренции уголовно-правовых норм. — М. : Норма : Инфра-М, 2015.
8. Караулов В. Ф., Ткаченко В. И. Квалификация преступлений со сложным составом // Актуальные проблемы уголовно-правовой борьбы с преступностью. — М. : ВЮЗИ, 1988.
9. Колоколов Г. Е., Познышев С. В. Уголовное право. — М., 1909.
10. Корнеева А. В. Теоретические основы квалификации преступлений : учеб. пособие / под ред. А. И. Раброга. — М. : Велби, Проспект, 2008.
11. Красиков Ю. А. Множественность преступлений: социальная сущность и проблемы уголовной ответственности : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1989. — 47 с.
12. Красиков Ю. А. Множественность преступлений (понятие, виды, наказуемость) : учеб. пособие. — М., 1988.
13. Криволапов Г. Г. Множественность преступлений по советскому уголовному праву. — М., 1974.
14. Кудрявцев В. Н. Теоретические основы квалификации преступлений. — М., 1963.
15. Малков В. П. Множественность преступлений и ее формы по советскому уголовному праву. — Казань, 1982.
16. Малков В. П. Совокупность преступлений. — Казань, 1974.
17. Молчанов Д. М. Совокупность преступлений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2000. — 35 с.
18. Никифоров А. С. Совокупность преступлений. — М., 1974.
19. Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть Общая. — СПб., 1905.
20. Стручков Н. А., Назначение наказания по совокупности преступлений. — М., 1957.

³⁵ См., например: постановление Пленума ВС РФ от 04.12.2014 № 16 «О судебной практике по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности». П. 12.

21. Таганцев Н. С. Курс русского уголовного права. Часть общая. — СПб., 1880.
22. Таганцев Н. С. О повторении преступлений. — СПб., 1867.
23. Ткаченко В. И. Повторность преступлений // Задачи и средства уголовной охраны социалистических общественных отношений : сб. науч. тр. — М., 1983.
24. Ткаченко В. И. Повторность преступления и его совершение в группе как уголовно-правовые категории // Актуальные проблемы уголовно-правовой борьбы с преступностью. — М. : ВЮЗИ, 1988.
25. Христианович С. Практика сената по применению закона 3 февраля 1892 года о повторении и совокупности преступлений // Журнал гражданского и уголовного права. — 1893. — Кн. 3.

Материал поступил в редакцию 1 ноября 2015 г.

MULTIPLE OFFENCES: CURRENT PROBLEMS AND THEORETICAL EXPERIENCE OF RESEARCH CONDUCTED BY SCHOLARS OF THE DEPARTMENT OF CRIMINAL LAW, MSAL

MOLCHANOV Dmitriy Mikhailovich — PhD in Law, Associate Professor at the Department of Criminal Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
9700608@list.ru
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. *The urgency of researching the concept of multiple offenses is determined by the following reasons: a) the imperfection of the legislation (as a result of: 1. inaccurate reflection of the possible factual circumstances in norms and rules, 2. the content of the norms of the multiplicity does not always take into account the specificity of certain criminal law rules); b) incorrect interpretation of criminal law by an enforcer; c) weak link between the legislative process and theoretical experience gained by lawyers; d) the absence of developed mechanisms for rapid changes in the law on the basis of the analysis of its practical application). The research of multiplicity issues has been carried out at the Department of Criminal Law (MSAL) for more than 25 years. In the present study we consider four issues relating to multiple offenses. 1. The series of the crimes may not always be detected in a timely manner. If a person is sentenced to probation for one of the crimes comprising the series, and later other offenses committed prior to conviction are revealed, probation, in accordance with the Criminal Code of the Russian Federation and the recommendations of the Plenum of the RF Armed Forces can not be canceled. This contradicts the conceptual framework of series of crimes and probation. 2. The practice of classification of murders coupled with other offenses contradicts the provisions of Art. 17 part 1 of the Criminal Code of the Russian Federation, which regulates the legal status of recorded offences, and Art. 6 part 2 of the Criminal Code of the Russian Federation (principle of justice). 3. The concurrent offences, in some cases, may be formed out of a number of crimes provided by one and the same article of the Criminal Code, which is not taken into account in the law and requires adjustment in legal practice. 4. Practical and theoretical criteria for distinguishing multiple offenses from the collision of criminal law are wider than legally enshrined ones and, thus, require their reflecting as a general rule in the resolution of the Plenum of the RF Armed Forces.*

Keywords: *multiple offenses, multiple counts, series of offences, concurrent offences, reported offences, probation revocation, connected, collision of norms, collision of the part and the whole.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Buzynova S. P. Mnozhestvennost' prestuplenij i ee vidy (ugolovno-pravovoe issledovanie) : uchebnoe posobie. — М., 1988.
2. Buzynova S. P. Recidiv prestuplenij. — М., 1980.
3. Buzynova S. P. Ugolovno-pravovoe ponjatie recidiva i ego vidy // Problemy ugolovno-pravovoj bor'by s prestupnost'ju. — М. : VJuZI, 1989.
4. Gorelik A. S. Naznachenie nakazaniya po sovokupnosti. — Krasnojarsk, 1975.
5. Dageľ P. S. Mnozhestvennost' prestuplenij. — Vladivostok, 1969.

6. *Inogatova-Hegaj L. V.* Konkurencija norm ugovnogno prava : avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk. — M., 1999. — 44 s.
7. *Inogatova-Hegaj L. V.* Konceptual'nye osnovy konkurencii ugovno-pravovyh norm. — M. : Norma : Infra-M, 2015.
8. *Karaulov V. F., Tkachenko V. I.* Kvalifikacija prestuplenij so slozhnym sostavom // Aktual'nye problemy ugovno-pravovoj bor'by s prestupnost'ju. — M. : VJuZI, 1988.
9. *Kolokolov G. E., Poznyshev S. V.* Ugolovnoe pravo. — M., 1909.
10. *Korneeva A. V.* Teoreticheskie osnovy kvalifikacii prestuplenij : ucheb. posobie / pod red. A. I. Raroga. — M. : Velbi, Prospekt, 2008.
11. *Krasikov Ju. A.* Mnozhestvennost' prestuplenii: social'naja sushhnost' i problemy ugovnoj otvetstvennosti : avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk. — M., 1989. — 47 s.
12. *Krasikov Ju. A.* Mnozhestvennost' prestuplenij (ponjatje, vidy, nakazuemost') : ucheb. posobie. — M., 1988.
13. *Krivolapov G. G.* Mnozhestvennost' prestuplenij po sovetскому ugovnomu pravu. — M., 1974.
14. *Kudrjavcev V. N.* Teoreticheskie osnovy kvalifikacii prestuplenij. — M., 1963.
15. *Malkov V. P.* Mnozhestvennost' prestuplenij i ee formy po sovetскому ugovnomu pravu. — Kazan', 1982.
16. *Malkov V. P.* Sovokupnost' prestuplenij. — Kazan', 1974.
17. *Molchanov D. M.* Sovokupnost' prestuplenij : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2000. — 35 s.
18. *Nikiforov A. S.* Sovokupnost' prestuplenij. — M., 1974.
19. *Sergeevskij N. D.* Russkoe ugovnoe pravo. Posobie k lekcijam. Chast' Obshhaja. — SPb., 1905.
20. *Struchkov N. A.* Naznachenie nakazaniya po sovokupnosti prestuplenij. — M., 1957.
21. *Tagancev N. S.* Kurs russkogo ugovnogno prava. Chast' obshhaja. — SPb., 1880.
22. *Tagancev N. S.* O povtoreнии prestuplenij. — SPb., 1867.
23. *Tkachenko V. I.* Povtornost' prestuplenij // Zadachi i sredstva ugovnoj ohrany socialisticheskij obshhestvennyh otnoshenij : sb. nauch. tr. — M., 1983.
24. *Tkachenko V. I.* Povtornost' prestuplenija i ego sovershenie v gruppe kak ugovno-pravovye kategorii // Aktual'nye problemy ugovno-pravovoj bor'by s prestupnost'ju. — M. : VJuZI, 1988.
25. *Hristianovich S.* Praktika senata po primeneniju zakona 3 fevralja 1892 goda o povtoreнии i sovokupnosti prestuplenij // Zhurnal grazhdanskogo i ugovnogno prava. — 1893. — Kn. 3.

ОБЪЕКТИВНЫЕ ПРИЗНАКИ НЕЗАКОННОГО ПРОИЗВОДСТВА ЛЕКАРСТВЕННЫХ СРЕДСТВ И МЕДИЦИНСКИХ ИЗДЕЛИЙ (ст. 235.1 УК РФ)

Аннотация. В результате исследования объективных признаков незаконного производства лекарственных средств и медицинских изделий (ст. 235.1 УК РФ) автор приходит к выводу, что основным непосредственным объектом преступления, изложенного в ст. 235.1 УК РФ, выступают общественные отношения, характеризующие законный порядок производства лекарственных средств или медицинских изделий как необходимого условия обеспечения безопасности здоровья населения. Дополнительный непосредственный объект отсутствует.

Предмет — зарегистрированные качественные лекарственные средства и медицинские изделия.

Незаконность производства качественных, не фальсифицированных и зарегистрированных лекарственных средств или медицинских изделий, обусловлена отсутствием специального разрешения (лицензии).

Диспозицией нормы ст. 235.1 УК РФ охватывается, наряду с производством, хранение и реализация лекарственных средств.

Аптечное изготовление лекарственных средств без специального разрешения (лицензии) влечет уголовную ответственность только в случае причинения вреда здоровью человека по ст. 235 УК РФ.

Ключевые слова: уголовно-правовая характеристика незаконного производства лекарственных средств и медицинских изделий, незаконное предпринимательство, лицензирование.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.119-129

Незаконное производство лекарственных средств и медицинских изделий предусмотрено в главе 25 УК РФ — о преступлениях против здоровья населения и общественной нравственности, находящейся в разделе IX «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка». В науке принято считать, что название раздела указывает на родовый объект преступлений, входящих в него. Вместе с тем на сегодняшний день в уго-

ловном законе России не осталось ни одного преступления, посягающего на общественный порядок в узком смысле.

Таким образом, в главе 25 УК РФ в качестве родового объекта может выступать только общественная безопасность.

Начиная с УК РСФСР 1922 г. понятие общественной безопасности используется в законодательстве России. Однако до сих пор в уголовном праве не выработана ее однозначная

© Фирсов И. В., 2016

* Фирсов Илья Владимирович, аспирант кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

iliatash@mail.ru

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

трактовка. В. И. Ткаченко под общественной безопасностью понимал «совокупность общественных отношений, обеспечивающих безопасное использование источников повышенной опасности, безопасное проведение разработки недр земли, строительства, безопасное и надлежащее пользование оружием, боеприпасами и взрывчатыми веществами»¹.

Приведенная дефиниция, как и определения, предложенные, например, П. И. Гришаевым², П. С. Матышевским³, М. С. Гринбергом⁴, вряд ли могут быть признаны оптимальными. Они либо не соответствуют сущности рассматриваемого понятия, либо значительно заужены, либо не отвечают современным представлениям об общественной безопасности, либо фактически ведут речь о конкретном виде общественной безопасности.

На сегодняшний день уяснению содержания «общественная безопасность» способствует обращение к законодательству Российской Федерации, в котором дается определение либо безопасности вообще, либо ее конкретного вида. Согласно ст. 1 Закона РФ от 5 марта 1992 г. «О безопасности»⁵ она определяется как состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз⁶. В приведенной дефиниции дано понятие безопасности общего характера, а отдельные ее виды раскрываются в других нормативных правовых актах⁷.

Опираясь на буквальное толкование общественной безопасности как безопасности общества, обусловленной ее внутренними свойствами и состояниями, А. И. Ролик в качестве родового объекта преступлений, предусмотренных в разделе X УК РФ, определяет общественную безопасность «как совокупность общественных отношений, выражающих состояние общества при функционировании источников повышенной опасности, безопасное для жизни и здоровья его членов, их жизнедеятельности, для сохранности материальных и духовных ценностей»⁸.

Думается, автор излишне сузил круг общественных отношений, охватываемых родовым объектом, за счет указания на источники повышенной опасности.

Родовой объект преступлений, входящих в раздел X УК РФ, можно определить как совокупность общественных отношений, характеризующих состояние защищенности общества, жизни и здоровья его членов, их жизнедеятельности, сохранности материальных и духовных ценностей личности и государства, в том числе при функционировании источников повышенной опасности.

Проблемы определения видового объекта обусловлены названием главы 25 УК РФ и сущностью охватываемых ею преступлений. Во-первых, в названии данной главы, в отличие от названия соответствующего раздела, не содержится указания на безопасность, а гово-

¹ Уголовное право. Особенная часть / под ред. Б. В. Здравомыслова. М., 1995. С. 506.

² См.: Гришаев П. И. Преступления против порядка управления, общественной безопасности и общественного порядка. М., 1957. С. 57; Советское уголовное право. Часть Особенная. М., 1959. С. 4.

³ См.: Матышевский П. С. Ответственность за преступления против общественной безопасности, общественного порядка и здоровья населения. М., 1964. С. 8.

⁴ См.: Гринберг М. С. Преступления против общественной безопасности. Свердловск, 1974. С. 35; Он же. Преступления в сфере взаимодействия человека и техники. Омск, 2008. С. 140—146.

⁵ Закон утратил силу.

⁶ Ведомости Верховного Совета РФ. 1992. № 15. Ст. 769.

⁷ См., например: Указ Президента РФ от 17 декабря 1997 г. «Об утверждении Концепции национальной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 1997. № 52. Ст. 5909; Федеральный закон от 21 декабря 1994 г. «О пожарной безопасности» // СЗ РФ. 1994. № 35. Ст. 36499; Федеральный закон от 15 ноября 1995 г. «О безопасности дорожного движения» // СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4837; Федеральный закон от 9 января 1996 г. «О радиационной безопасности населения» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 141; Федеральный закон от 19 июля 1997 г. «О безопасном обращении с пестицидами и агрохимикатами» // СЗ РФ. 1997. № 29. Ст. 3510.

⁸ Ролик А. И. Наркопреступления: проблемы законодательства и правоприменения / науч. ред. А. И. Коробеев. Владивосток, 2013. С. 73.

рится о здоровье населения и общественной нравственности, на которые посягают деяния. Во-вторых, вместе сгруппированы, по сути, два разных вида посягательств, в связи с чем в литературе высказывается сомнение в целесообразности избранного законодателем решения⁹.

В формулировании видового объекта деяний, объединенных главой 25 УК РФ, наметилось два подхода¹⁰. Одни авторы полагают, что деяния посягают на здоровье населения и общественную нравственность, другие — на безопасность здоровья и общественную нравственность¹¹. Р. Г. Гунарис считает, что этот вопрос решен законодателем в названии главы 25 УК РФ¹². А. И. Чучаев и А. А. Ашин пишут, что видовым объектом рассматриваемых преступлений выступают здоровье населения и общественная нравственность¹³.

Понимание видового объекта рассматриваемого состава преступления как здоровья населения представляется недопустимым, так как в этом случае он будет вступать в противоречие с родовым объектом. Видовой объект рассматриваемых деяний должен лежать в плоскости родового объекта и определяться как соответствующий вид безопасности¹⁴.

Формулируя видовой объект преступлений, необходимо также учитывать, что здоровье населения складывается из здоровья его индивидуумов. Вместе с тем не следует забывать, что входящие в главу 25 УК РФ преступления, как правило, имеют формальный состав. В таком случае говорить о том, что ими причиняется

вред здоровью населения, не приходится. Более того, ни одна статья, входящая в гл. 25, не предусматривает ответственности за умышленное причинение вреда здоровью.

Устав Всемирной организации здравоохранения определяет здоровье как «состояние полного физического, душевного и социального благополучия, а не только отсутствие болезней или физических дефектов». Эта дефиниция имеет биологическое и социально-политическое значение. Об этом свидетельствует указание на социальное благополучие, которое оказывает влияние на здоровье населения, выступая по отношению к нему хотя и существенным, но внешним фактором, т.е. не входит в исследуемое понятие.

В этой связи, основываясь на приведенных дефинициях, проблематично раскрыть искомое понятие.

Видится верным понятие здоровья, сформулированное А. И. Роликом, который трактует его как «общественные отношения, отражающие состояние организма индивидуума, характеризующееся единством его свойств, соответствующее его позитивным биологическим началам, являющееся основой жизни и ее воспроизводства»¹⁵. В свою очередь, под населением (народонаселением) вообще понимается непрерывно возобновляющаяся в процессе воспроизводства совокупность людей, живущих на Земле в целом или стране (группе стран)¹⁶.

Общественная нравственность определяется в нескольких аспектах:

⁹ См., например: *Турлубеков Б. С.* Проблемы совершенствования уголовно-правовой борьбы с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ по уголовному законодательству Российской Федерации и Республики Казахстан (сравнительно-правовое исследование). Челябинск, 2000. С. 52.

¹⁰ Подробнее об этом см.: *Ролик А. И.* Указ. соч. С. 76.

¹¹ См., например: *Иванцова Н. В.* Уголовно-правовая и криминологическая характеристика преступлений, совершенных лицами, ответственными за соблюдение специальных правил в сфере оборота наркотических средств и психотропных веществ : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001. С. 63—64.

¹² См.: *Гунарис Р. Г.* Незаконный оборот наркотических средств: уголовно-правовой и криминологический аспекты : дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2002. С. 48.

¹³ См.: *Чучаев А. И., Ашин А. А.* Преступления против здоровья населения и общественной нравственности. Владимир, 2006. С. 6.

¹⁴ Подробнее об этом см.: *Ратникова Е. А.* Уголовно-правовое обеспечение права на информацию (сравнительно-правовое исследование) : дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2006. С. 104—105.

¹⁵ *Ролик А. И.* Указ. соч. С. 86.

¹⁶ См.: *Советский энциклопедический словарь.* М., 1980. С. 872.

- а) как один из основных способов нормативной регуляции действий человека в обществе;
- б) как особая форма общественного сознания и вид общественных отношений.

Она охватывает выработанные человечеством и являющиеся господствующими в стране систему норм и правил поведения, идей, традиций, обычаев, представлений о справедливости, долге, чести и достоинстве¹⁷. В масштабах социума, подчеркивает Е. В. Кобзева, это своего рода духовный остов составляющих общественную жизнь отношений и процессов¹⁸.

В этой связи под *видовым объектом* преступлений, входящих в гл. 25 УК РФ, следует понимать безопасность общественных отношений, отражающих: с одной стороны, состояние организма проживающего в России неперсонифицированного круга лиц, характеризующееся единством его свойств, соответствующее позитивным биологическим началам, являющееся основой жизни и ее воспроизводства; а с другой стороны, выработанную человечеством и являющуюся господствующей в стране систему норм и правил поведения, идей, традиций, обычаев, представлений о справедливости, долге, чести и достоинстве.

При определении непосредственного объекта преступлений, входящих в данную главу уголовного закона (ст. 228—239 УК РФ), встречаются несколько подходов. Некоторые признают им здоровье населения¹⁹. Критика этой позиции уже дана ранее. Другие авторы, правильно определяя общественную опасность данных преступлений как посягательства, нарушающих безопасность здоровья населения, признают безопасностью основным непосредственным объектом, выделяя при этом еще и дополнительный непосредственный объект — установленный государством порядок законного оборота наркотических средств и психотропных веществ (ст. 228—229 УК РФ)²⁰.

Дополнительным объектом преступления могут выступать только те отношения, которые не находятся в одной плоскости с непосредственным объектом²¹, а в данной ситуации именно так и происходит. Деяния, предусмотренные ст. 228—229 УК РФ, исходя из их сущности, посягают на разные стороны (элементы) здоровья населения. Таким элементом в этом случае выступает определенный законом порядок оборота наркотических средств и психотропных веществ.

Основываясь на изложенном, можно определить *основной непосредственный объект* преступления, описанного в ст. 235.1 УК РФ, как общественные отношения, характеризующие законный порядок производства лекарственных средств или медицинских изделий в качестве необходимого условия обеспечения безопасности здоровья населения.

Выделение легального порядка производства лекарственных средств или медицинских изделий в качестве дополнительного непосредственного объекта данного преступления размывало бы содержание непосредственного объекта вообще и не учитывало бы механизма посягательства на рассматриваемый объект.

Предложенное определение основного непосредственного объекта подчеркивает правильность размещения нормы о незаконном производстве лекарственных средств или медицинских изделий (ст. 235.1 УК РФ) в главе 25, а не в главе 22 УК РФ. Такое решение законодателя обусловлено тем, что общественная опасность исследуемого преступления определяется не отсутствием лицензии (разрешения) на производство лекарственных средств или медицинских изделий как таковое, а тем, что государство обеспечивает безопасность здоровья населения в процессе производства лекарственных средств или медицинских изделий. Норма, сформулированная в ст. 235.1 УК РФ, является специальной по отношению к незаконному предпринимательству (ст. 171 УК РФ).

¹⁷ См.: Чучаев А. И., Ашин А. А. Указ. соч. С. 6.

¹⁸ См.: Кобзева Е. В. Преступления против здоровья населения и общественной нравственности: учебное пособие. М., 2014. С. 7.

¹⁹ См., например: Лосев С. Г. Преступления, связанные с незаконным оборотом наркотиков. Конструкция составов, квалификация, карательная практика : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2002. С. 143 ; Уголовное право России. Части Общая и Особенная / отв. ред. А. И. Рарог. М., 2013. С. 384.

²⁰ См.: Российское уголовное право : в 2 т. / под ред. А. И. Рарога. М., 2005. Т. 2 : Особенная часть. С. 492.

²¹ См.: Российское уголовное право. С. 110.

Обязательным признаком объекта как элемента состава преступления выступает предмет преступления. Им в данном преступлении являются зарегистрированные лекарственные средства²² или медицинские изделия²³.

Лекарственные препараты вводятся в обращение в Российской Федерации (имеются в виду в том числе производство, изготовление, хранение, перевозка, ввоз в Российскую Федерацию, вывоз из Российской Федерации, реклама, отпуск, реализация, передача, применение, уничтожение), если они зарегистрированы соответствующим уполномоченным федеральным органом исполнительной власти.

На территории Российской Федерации разрешается обращение медицинских изделий, зарегистрированных в порядке, установленном Правительством РФ, уполномоченным им федеральным органом исполнительной власти²⁴.

Анализ ст. 9 Правил государственной регистрации медицинских изделий свидетельствует о том, что заявителем может быть только юридическое лицо или индивидуальный предприниматель. Частное лицо не может осуществить государственную регистрацию медицинских изделий.

Объективная сторона рассматриваемого состава преступления характеризуется только одним общественно опасным деянием (в форме действия) — производством лекарственных средств или медицинских изделий без специального разрешения (лицензии), если такое разрешение (такая лицензия) обязательно (обязательна). Диспозиция нормы бланкетная, поэтому для уяснения ее содержания требуется обращаться к отраслевому законодательству.

Согласно п. 31 ст. 4 Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств», под производством лекар-

ственных средств понимается «деятельность по производству лекарственных средств организациями — производителями лекарственных средств на одной стадии, нескольких или всех стадиях технологического процесса, а также по хранению и реализации произведенных лекарственных средств».

Основываясь на приведенном определении, можно сделать вывод, что ст. 235.1 УК РФ охватывает и хранение, и реализацию подобных лекарственных средств.

Запрещается производство:

- 1) лекарственных средств, не включенных в государственный реестр;
- 2) фальсифицированных лекарственных средств;
- 3) лекарственных средств без лицензии на их производство;
- 4) лекарственных средств с нарушением правил организации и контроля качества лекарственных средств²⁵.

Некоторые авторы полагают, что производство лекарственных средств подразделяется на промышленное и аптечное²⁶, основывая свою точку зрения на понятии «фармацевтическая деятельность», которое включает в себя торговлю лекарственными средствами, их хранение, перевозку и (или) розничную торговлю лекарственными препаратами, их отпуск, хранение, перевозку, изготовление²⁷.

Думается, с таким утверждением нельзя согласиться по следующим причинам.

Во-первых, применительно к фармацевтической деятельности законодатель говорит об изготовлении лекарственных препаратов, а в ст. 235.1 УК РФ об их производстве. Производство — это всегда массовое, серийное изготовление чего-либо, а изготовление предполагает штучное, единичное создание предметов.

²² См.: Федеральный закон от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств». П. 1 ст. 4 // СПС «КонсультантПлюс».

²³ См.: Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации». Ст. 38 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁴ См.: постановление Правительства РФ от 27.12.2012 № 1416 «Об утверждении Правил государственной регистрации медицинских изделий» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ Федеральный закон от 12 апреля 2010 г. № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств».

²⁶ См.: Ерохина А. В., Ларичев В. Д. Уголовно-правовые и криминологические меры противодействия производству и обороту фальсифицированных лекарственных средств : монография. М., 2013. С. 62.

²⁷ Федеральный закон от 12 апреля 2010 г. № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» (в ред. Федерального закона от 29.11.2010 № 313-ФЗ).

Такое толкование рассматриваемых терминов используется и в судебной практике. Так, под «незаконным изготовлением наркотических средств... следует понимать совершенные... умышленные действия, в результате которых... получено одно или несколько готовых к использованию и потреблению наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов»²⁸. В свою очередь, под «незаконным производством наркотических средств... следует понимать... умышленные действия, направленные на серийное получение таких средств...»²⁹. Общественная опасность изготовления лекарственных средств значительно меньше, чем их производства.

Во-вторых, не подлежат государственной регистрации лекарственные препараты, изготовленные аптечными организациями, что подтверждает меньшую степень общественной опасности подобных деяний по сравнению с их производством.

И, наконец, ст. 235 УК РФ устанавливает ответственность за осуществление медицинской деятельности или фармацевтической деятельности лицом, не имеющим лицензии на данный вид деятельности, при условии, что такая лицензия обязательна, если это повлекло по неосторожности причинение вреда здоровью человека.

Изготовление лекарственных средств, как уже ранее отмечалось, является разновидностью фармацевтической деятельности, уголовная ответственность за осуществление которой без специального разрешения (лицензии) наступает по ч. 1 ст. 235 УК РФ. Кроме того справедливо, что уголовная ответственность за ее осуществление в связи с меньшей общественной опасностью наступает только в случае причинения по неосторожности таким деянием вреда здоровью человека. Максимальное наказание за такое преступление составляет три

года лишения свободы. Состав преступления, описанный в ч. 1 ст. 235.1 УК РФ, — формальный, т.е. не предусматривает в качестве конструктивного признака общественно опасных последствий, что свидетельствует о большей степени общественной опасности по сравнению с деянием, изложенным в ст. 235 УК РФ. Максимальное наказание — 5 лет лишения свободы с дополнительным факультативным видом наказания в виде штрафа в размере от 500 тыс. до 2 млн руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от 6 месяцев до 2 лет.

Лицензирование деятельности по производству лекарственных средств для медицинского применения осуществляет Министерство промышленности и торговли Российской Федерации, для ветеринарного применения — Федеральная служба по ветеринарному и фитосанитарному надзору³⁰.

Право осуществлять деятельность, на занятие которой необходимо получение специального разрешения (лицензии), возникает с момента получения разрешения (лицензии) или в указанный в нем срок и прекращается по истечении срока его действия (если не предусмотрено иное), а также в случаях приостановления или аннулирования разрешения (лицензии) (п. 3 ст. 49 ГК РФ)³¹.

Незаконное производство лекарств и медицинских изделий (ст. 235.1 УК РФ) выступает специальной нормой по отношению к незаконному предпринимательству (ст. 171 УК РФ), поэтому до принятия ст. 235.1 и 238.1 УК РФ ряд деяний квалифицировался по ст. 171 УК РФ. Так, в частности, незаконным предпринимательством считались:

— осуществление деятельности без регистрации в качестве предпринимательской, например, производство фальсифицированных лекарственных средств в «подпольных» цехах;

²⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 (ред. от 30.06.2015) «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами». П. 9 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14. П. 12.

³⁰ См.: Федеральный закон от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»; постановление Правительства РФ от 06.07.2012 № 686 «Об утверждении Положения о лицензировании производства лекарственных средств» // СПС «КонсультантПлюс».

³¹ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 18.11.2004 № 23 (ред. от 07.07.2015) «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве». П. 4 // СПС «КонсультантПлюс».

— осуществление производства и оборота лекарственных средств без специального разрешения (лицензии), например, производство фармподделок в «подпольных» цехах, оптовая и розничная реализация фальшивых медикаментов³².

Свою позицию следователи основывали на ст. 2 Гражданского кодекса РФ, которая к предметам предпринимательской деятельности относит товары, работы, услуги, при реализации которых предприниматель стремится извлечь прибыль и удовлетворить потребительский спрос. Реализуемые на рынке предметы должны отвечать требованиям товара, работы, услуги, предъявляемым к ним в соответствии с положениями Федерального закона от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей», т.е. быть качественными и соответствовать стандартам безопасности. Товары, работы, услуги, не отвечающие данным требованиям, к предмету предпринимательской деятельности, по мнению следователей, не относятся, соответственно, их изготовление и реализация будут незаконными³³ и действия лица по этому основанию будут квалифицироваться как незаконная предпринимательская деятельность.

А. В. Ерохина и В. Д. Ларичев подобную практику оценивают отрицательно. «Однако предметом преступного посягательства по ст. 171 УК РФ являются свидетельство о регистрации лица в качестве предпринимателя и лицензия, вернее, их отсутствие. В связи с этим следует признать ошибочным рассмотрение в качестве предмета незаконной предпринимательской деятельности фальсифицированных лекарственных средств»³⁴.

Соглашаясь с тем, что оборот фальсифицированных лекарственных средств, в том числе и производство, не должен влечь ответственности по ст. 171 УК РФ, обосновать свою позицию хотелось бы несколько другим доводом. Статья 171 УК РФ предусматривает ответствен-

ность за такую деятельность, которая, с одной стороны, соответствует признакам ст. 2 ГК РФ, а с другой стороны, могла быть зарегистрирована в качестве предпринимательской как соответствующая таковой, но не зарегистрирована или же зарегистрирована, но осуществляется без специального разрешения (лицензии). Таким образом, в ст. 171 УК РФ незаконность связывается с отсутствием либо регистрации, либо специального разрешения (лицензии)³⁵.

В связи с принятием Федерального закона от 31.12.2014 № 532-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части противодействия обороту фальсифицированных, контрафактных, недоброкачественных и незарегистрированных лекарственных средств, медицинских изделий и фальсифицированных биологически активных добавок»³⁶ оборот фальсифицированных лекарственных средств должен влечь ответственность по ст. 238.1 УК РФ, а по ст. 235.1 УК РФ — производство качественных, не фальсифицированных и зарегистрированных лекарственных средств или медицинских изделий, незаконность которого обусловлена отсутствием специального разрешения (лицензии).

Введение законодателем ст. 238.1 наряду со ст. 235.1 УК РФ подтверждает правильность предложенного толкования ст. 171 УК РФ, в противном случае он должен был ограничиться принятием только ст. 235.1 УК РФ.

Необходимым условием привлечения к уголовной ответственности за незаконное предпринимательство является причинение крупного ущерба гражданам, организациям или государству либо сопряжение совершаемого деяния с извлечением дохода в крупном размере³⁷. Исследование практики применения ст. 171 УК РФ выявило сложности установления такого признака, как доход в крупном размере, поскольку финансовые документы, отражающие факт производства и оборота поддельных

³² См.: Ерохина А. В., Ларичев В. Д. Указ. соч. С. 64.

³³ Указ. соч. С. 67.

³⁴ Указ. соч. С. 67.

³⁵ Несколько иная позиция изложена в абз. 2 п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 8.11.2004 № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве».

³⁶ СПС «КонсультантПлюс».

³⁷ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Ю. В. Грачева, Г. А. Есаков, А. К. Князькина [и др.]. 4-е изд. М. : Проспект, 2013. С. 234.

лекарств (объемы, количество произведенной и реализованной продукции), а также полученных денежных средств как на легальном заводе, так и в условиях подпольного производства отсутствуют.

Так, в г. Санкт-Петербурге в 2010 г. возбуждено уголовное дело по признакам состава преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 171 УК РФ, в отношении директора фармацевтической компании гражданина У., который, не имея специального разрешения, осуществлял предпринимательскую деятельность по оптовой торговле лекарственными средствами. Уголовное дело и уголовное преследование были прекращены, так как установить доход от занятия данной деятельностью не представилось возможным, поскольку отсутствовала необходимая документальная отчетность³⁸.

Сложности у судов возникали и с определением содержания понятия «доход». В одних случаях правоприменители исключали из сумм, полученных в результате незаконной предпринимательской деятельности, накладные расходы, оплату труда работников и т.п.

Так, в отношении Ч. было возбуждено уголовное дело по ч. 1 ст. 171 УК РФ. Ч., являясь директором фармацевтического предприятия ОАО «Садко», обвинялся в незаконной предпринимательской деятельности. Савеловский межмуниципальный суд САО г. Москвы при определении полученного Ч. дохода как обязательного признака состава преступления сначала установил полученную им прибыль, а затем вычел из нее накладные расходы, указав, что «доход не может отождествляться с валовой прибылью без учета накладных расходов». Ч. был освобожден от уголовной ответственности в связи с отсутствием в его действиях состава преступления, так как размер полученного дохода, за вычетом расходов, не превышал 1,5 млн руб.³⁹

В других случаях под доходом понималась вся полученная выручка от незаконной предпринимательской деятельности, без каких бы то ни было вычетов. Именно такой подход был применен районным судом г. Архангельска при определении дохода, полученного гражданкой Б., зарегистрированной в качестве индивидуального предпринимателя, которая, не имея лицензии, занималась оптовой реализацией лекарственных средств. Б. осуждена по ч. 1 ст. 171 УК РФ⁴⁰.

При установлении данного признака необходимо исходить из положений постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве». В соответствии с п. 12 названного постановления под доходом понимается выручка от реализации товаров (работ, услуг) за период осуществления незаконной предпринимательской деятельности без вычета произведенных лицом расходов, связанных с осуществлением незаконной предпринимательской деятельности⁴¹. Поэтому в первом примере суд неверно квалифицировал действия виновного лица.

В этой связи следует поддержать позицию законодателя, который, формулируя диспозицию ст. 235.1 УК РФ, использовал конструкцию формального состава и не предусмотрел в качестве конструктивного признака каких-либо общественно опасных последствий.

Если производство лекарственных средств или медицинских изделий осуществлялось без лицензии (разрешения) и не влекло последствий в виде крупного ущерба или не было сопряжено с извлечением дохода в крупном размере, то ответственность наступала по ч. 2 ст. 14.1 КоАП РФ.

Так, в результате проверки деятельности ООО «Фирма ОЛЕЗИН» на предмет соблюдения требований действующего законодательства

³⁸ Уголовное дело № 46172. Материал из архива ГСУ при МВД по Республике Мордовия // Ерохина А. В., Ларичев В. Д. Указ. соч. С. 65.

³⁹ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 6 октября 2004 г. «Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за второй квартал 2004 года» // Сборник постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации по уголовным делам / сост. С. Г. Ласточкина, Н. Н. Хохлова. 5-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Проспект, 2008.

⁴⁰ Уголовное дело № 1-26733/06. Материал из архива районного суда г. Архангельска // Ерохина А. В., Ларичев В. Д. Указ. соч. С. 66.

⁴¹ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве» // СПС «КонсультантПлюс».

в сфере лицензирования при обороте лекарственных средств для ветеринарного применения составлен акт внеплановой выездной проверки, согласно которому выявлен факт производства лекарственного средства для ветеринарного применения «Мелакрил-Э» в отсутствие лицензии. Составлен протокол об административном правонарушении по ч. 2 ст. 14.1 КоАП РФ (осуществление предпринимательской деятельности без специального разрешения (лицензии), если такое разрешение (такая лицензия) обязательно (обязательна)). Из материалов дела видно, что «Мелакрил-Э» является лекарственным средством. В материалах дела имеются документы, подтверждающие государственную регистрацию лекарственного препарата для ветеринарного применения, номер регистрации. Факт производства лекарствен-

ного средства для ветеринарного применения подтверждается материалами административного дела, а именно актом о списании сырья и материалов на производство «Мелакрила-Э», а также накладными на отпуск лекарственного препарата «Мелакрил-Э». При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции пришел к выводу о доказанности в деянии ООО «Фирма ОЛЕЗИН» состава вменяемого правонарушения и о наличии оснований для привлечения его к административной ответственности по ч. 2 ст. 14.1 КоАП РФ⁴². Состав *формальный*, преступление окончено в момент начала совершения умышленных действий, направленных на серийное получение зарегистрированных лекарственных средств или медицинских изделий без разрешения (лицензии), когда такое разрешение (лицензия) обязательно (обязательна).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Гринберг М. С. Преступления в сфере взаимодействия человека и техники. — Омск, 2008.
2. Гринберг М. С. Преступления против общественной безопасности. — Свердловск, 1974.
3. Гришаев П. И. Преступления против порядка управления, общественной безопасности и общественного порядка. — М., 1957.
4. Гунарис Р. Г. Незаконный оборот наркотических средств: уголовно-правовой и криминологический аспекты : дис. ... канд. юрид. наук. — Ставрополь, 2002.
5. Ерохина А. В., Ларичев В. Д. Уголовно-правовые и криминологические меры противодействия производству и обороту фальсифицированных лекарственных средств : монография. — М., 2013.
6. Иванцова Н. В. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика преступлений, совершенных лицами, ответственными за соблюдение специальных правил в сфере оборота наркотических средств и психотропных веществ : дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2001.
7. Кобзева Е. В. Преступления против здоровья населения и общественной нравственности : учебное пособие. — М., 2014.
8. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Ю. В. Грачева, Г. А. Есаков, А. К. Князькина [и др.]. — 4-е изд. — М. : Проспект, 2013. — С. 234.
9. Лосев С. Г. Преступления, связанные с незаконным оборотом наркотиков. Конструкция составов, квалификация, карательная практика : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Тюмень, 2002.
10. Матышевский П. С. Ответственность за преступления против общественной безопасности, общественного порядка и здоровья населения. — М., 1964.
11. Ратникова Е. А. Уголовно-правовое обеспечение права на информацию (сравнительно-правовое исследование) : дис. ... канд. юрид. наук. — Владимир, 2006.
12. Ролик А. И. Наркопреступления: проблемы законодательства и правоприменения / науч. ред. А. И. Коробеев. — Владивосток, 2013.
13. Российское уголовное право : в 2 т. / под ред. А. И. Рарога. — М., 2004. — Т. 1 : Общая часть.
14. Российское уголовное право : в 2 т. / под ред. А. И. Рарога. — М., 2005. — Т. 2 : Особенная часть.

⁴² См.: постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 15 декабря 2014 г. по делу № А41-54777/2014 // URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/63006947> (дата обращения: 1 сентября 2015 г.).

15. Советский энциклопедический словарь. — М., 1980.
16. Советское уголовное право. Часть Особенная. — М., 1959.
17. Турлубеков Б. С. Проблемы совершенствования уголовно-правовой борьбы с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ по уголовному законодательству Российской Федерации и Республики Казахстан (сравнительно-правовое исследование). — Челябинск, 2000. — С. 52.
18. Уголовное право России. Части Общая и Особенная / отв. ред. А. И. Рапог. — М., 2013.
19. Уголовное право. Особенная часть / под ред. Б. В. Здравомыслова. — М., 1995.
20. Чучаев А. И., Ашин А. А. Преступления против здоровья населения и общественной нравственности. — Владимир, 2006.

Материал поступил в редакцию 15 октября 2015 г.

OBJECTIVE EVIDENCE OF THE ILLEGAL PRODUCTION OF PHARMACEUTICALS AND MEDICAL PRODUCTS (ART. 2351 OF THE CRIMINAL CODE)

FIRSOV Iliya Vladimirovich — post-graduate at the Department of Criminal Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
iliatash@mail.ru
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. *Having studied the objective evidence of the illegal production of pharmaceuticals and medical products (Art. 2351 of the Criminal Code), the author concludes that the main direct object of the offense, as set out in Art. 2351 of the Criminal Code, is the social relationships that characterize the legal order of the production of pharmaceuticals or medical products as a necessary condition for the safety of public health. Additional direct object is missing.*

The subject of the research is registered quality pharmaceuticals and medical products.

Illegal production of high-quality, not adulterated and registered pharmaceuticals or medical products is determined by the absence of a special permit (license).

The disposition of the rule set out in Art. 2351 of the Criminal Code, is covered along with the production storage and sale of pharmaceuticals.

Pharmaceutical manufacturing of drugs without a special permit (license) shall entail criminal liability only in case of harm to human health under Art. 235 of the Criminal Code.

Keywords: *criminal and legal characteristics of illegal production of pharmaceuticals and medical products, illegal enterprise, licensing*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Grinberg M. S. Prestuplenija v sfere vzaimodejstvija cheloveka i tehniki. — Omsk, 2008.
2. Grinberg M. S. Prestuplenija protiv obshhestvennoj bezopasnosti. — Sverdlovsk, 1974.
3. Grishaev P. I. Prestuplenija protiv porjadka upravlenija, obshhestvennoj bezopasnosti i obshhestvennogo porjadka. — М., 1957.
4. Gunaris R. G. Nezakonnij oborot narkoticheskikh sredstv: ugovolno-pravovoj i kriminologicheskij aspekty : dis. ... kand. jurid. nauk. — Stavropol', 2002.
5. Erohina A. V., Larichev V. D. Ugolovno-pravovye i kriminologicheskie mery protivodejstvija proizvodstvu i obrotu fal'sificirovannykh lekarstvennykh sredstv : monografija. — М., 2013.
6. Ivancova N. V. Ugolovno-pravovaja i kriminologicheskaja harakteristika prestuplenij, sovershennykh licami, otvetstvennymi za sobljudenie special'nykh pravil v sfere oborota narkoticheskikh sredstv i psihotropnykh veshhestv : dis. ... kand. jurid. nauk. — SPb., 2001.
7. Kobzeva E. V. Prestuplenija protiv zdorov'ja naselenija i obshhestvennoj nrvstvennosti : uchebnoe posobie — М., 2014.
8. Kommentarij k Ugolovnomu kodeksu Rossijskoj Federacii (postatejnyj) / Ju. V. Gracheva, G. A. Esakov, A. K. Knjaz'kina [i dr.]. — 4-e izd. — М. : Prospekt, 2013. — S. 234.

9. Losev S. G. Prestuplenija, svjazannye s nezakonnym oborotom narkotikov. Konstrukcija sostavov, kvalifikacija, karatel'naja praktika : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — Tjumen', 2002.
10. Matyshevskij P. S. Otvetstvennost' za prestuplenija protiv obshhestvennoj bezopasnosti, obshhestvennogo porjadka i zdorov'ja naselenija. — M., 1964.
11. Ratnikova E. A. Ugolovno-pravovoe obespechenie prava na informaciju (sravnitel'no-pravovoe issledovanie) : dis. ... kand. jurid. nauk. — Vladimir, 2006.
12. Rolik A. I. Narkoprestuplenija: problemy zakonotvorchestva i pravoprimenenija / nauch. red. A. I. Korobeev. — Vladivostok, 2013.
13. Rossijskoe ugovnoe pravo : v 2 t. / pod red. A. I. Raroga. — M., 2004. — T. 1 : Obshhaja chast'.
14. Rossijskoe ugovnoe pravo : v 2 t. / pod red. A. I. Raroga. — M., 2005. — T. 2 : Osobennaja chast'.
15. Sovetskij jenciklopedicheskij slovar'. — M., 1980.
16. Sovetskoe ugovnoe pravo. Chast' Osobennaja. — M., 1959.
17. Turlubekov B. S. Problemy sovershenstvovaniya ugovno-pravovoj bor'by s nezakonnym oborotom narkoticheskikh sredstv i psihotropnyh veshhestv po ugovnomu zakonodatel'stvu Rossijskoj Federacii i Respubliki Kazahstan (sravnitel'no-pravovoe issledovanie). — Cheljabinsk, 2000. — S. 52.
18. Ugovnoe pravo Rossii. Chasti Obshhaja i Osobennaja / otv. red. A. I. Rarog. — M., 2013.
19. Ugovnoe pravo. Osobennaja chast' / pod red. B. V. Zdravomyslova. — M., 1995.
20. Chuchaev A. I., Ashin A. A. Prestuplenija protiv zdorov'ja naselenija i obshhestvennoj npravstvennosti. — Vladimir, 2006.

К вопросу о праве на апелляционное обжалование и сущности российской апелляции по уголовным делам

Аннотация. С 1 января 2013 года вступили в силу изменения уголовно-процессуального законодательства РФ, распространившие апелляционный порядок пересмотра на все судебные решения, а не только на решения мировых судей. Говоря о российской апелляции по уголовным делам, прежде всего необходимо определить ее сущностные характеристики. В юридической литературе принято выделять полную и неполную апелляции. Автор полагает, что важнейшим критерием, позволяющим определить вид российской апелляции, является предмет судебного разбирательства. При полной апелляции предметом судебного разбирательства является законность и обоснованность предъявленного обвинения, при неполной — законность, обоснованность и справедливость принятого судом первой инстанции решения. Таким образом, формулируется вывод, что российская апелляция по уголовным делам должна быть классифицирована как неполная. Автором обосновывается предложение о введении института полной апелляции для лиц, признанных виновными в совершении особо тяжкого преступления.

Кроме этого, в статье анализируются предусмотренные УПК РФ ограничения права на обжалование судебных решений. УПК РФ предусматривает несколько ограничений права на обжалование итоговых судебных решений по уголовным делам. Некоторые из этих ограничений являются полностью обоснованными, другие хотя и вписываются в модель неполной апелляции, но не являются безупречными.

Ключевые слова: апелляция по уголовным делам, полная апелляция, неполная апелляция, право на апелляционное обжалование, ограничения права на обжалование, уголовное судопроизводство, пересмотр приговоров.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.130-139

С 1 января 2013 года вступили в силу изменения уголовно-процессуального законодательства РФ, распространившие апелляционный порядок пересмотра на все судебные решения, а не только на решения мировых судей. Как правильно указывается исследователями, именно с распространением апелляционного производства на все виды решений в российском уголовном процессе впервые осуществлена попытка устранения дубли-

© Валеев А. Т., 2016

* Валеев Артем Тахирович, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики Северо-Западного института (филиала) Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

art35404@gmail.com

160000, Россия, г. Вологда, ул. Мира, 32

рования между апелляционной, кассационной и надзорной формами проверки. Каждая инстанция получила свой круг задач по проверке, выявлению и исправлению ошибок¹.

Говоря о российской апелляции по уголовным делам, прежде всего необходимо определить ее сущностные характеристики. В юридической литературе принято выделять следующие типы апелляции: полную или неполную (частичную); неограниченную или ограниченную; чистую или смешанную².

При полной апелляции проверка происходит путем повторного рассмотрения дела по существу судом вышестоящей инстанции. Стороны правомочны представлять новые доказательства и ссылаться на новые обстоятельства без каких-либо ограничений. Юридическими последствиями полного апелляционного пересмотра является вынесение судом апелляционной инстанции нового приговора, заменяющего собой приговор первой инстанции³. Как отмечает Л. А. Терехова, сущность полной апелляции — не только проверка правильности решения суда первой инстанции, но и разрешение дела на тех же началах, что и в первой инстанции⁴.

Такой подход исследователи констатируют в законодательстве Великобритании, Италии, Франции, в российском дореволюционном уголовном судопроизводстве⁵.

При неполной апелляции по общему правилу запрещено ссылаться на новые фактические обстоятельства, которые не были предметом рассмотрения в суде первой инстанции, и представлять новые доказательства, ранее не исследованные судом первой инстанции. Апелляционная инстанция проверяет и исправляет ошибки суда, допущенные при рассмотрении

уголовного дела, а в случае невозможности их исправить решение подлежит отмене и дело направляется на новое рассмотрение в суд первой инстанции⁶. Такой подход реализован, например, в законодательстве ФРГ.

Для определения того, к какому виду апелляции необходимо отнести российское апелляционное производство, считаем необходимым определить основные критерии, позволяющие разграничить полную и неполную апелляцию. Исследователями в качестве таковых указываются следующие⁷:

- 1) наличие или отсутствие полномочий суда апелляционной инстанции принимать решения, которые разрешают все уголовное дело по существу;
- 2) возможность и объем предоставления новых доказательств в суд апелляционной инстанции;
- 3) наличие или отсутствие полномочия суда апелляционной инстанции по возвращению дела в суд первой инстанции для его нового рассмотрения;
- 4) порядок исследования доказательств в суде апелляционной инстанции.

При реализации идеи полной апелляции общим правилом является непосредственное исследование судом апелляционной инстанции всех доказательств (как исследованных, так и не исследованных судом первой инстанции). При реализации неполной апелляции доказательства воспринимаются судом апелляционной инстанции глазами суда первой инстанции.

Учитывая, что российская апелляция имеет как признаки полной апелляции (право вынесения апелляционного приговора, возмож-

¹ См.: *Воскобитова Л. А.* Конституционные основы апелляции в уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 12 (37). С. 1620.

² См.: *Тришина Н. Т.* Юридикто-фактическая проверка приговора в апелляционном производстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2012. С. 11.

³ См.: *Рукавишникова (Плашевская) А. А.* Апелляционный порядок проверки итоговых судебных решений по УПК РФ: полная или неполная апелляция // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 4 (10). С. 108.

⁴ *Терехова Л. А.* Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. М., 2010. С. 99.

⁵ См.: *Кононенко В. И.* Апелляция по уголовным делам в зарубежных странах // Российское правосудие. 2013. № 10 (90). С. 89—95.

⁶ См.: *Рукавишникова (Плашевская) А. А.* Указ. соч. С. 108.

⁷ См., например: *Соловьева Н. А., Тришина Н. Т.* Виды решений суда апелляционной инстанции // Вестник Волгоград. гос. ун-та. Сер. 5 : Юриспруденция. 2012. № 1 (16). С. 145—146.

ность непосредственного исследования доказательств, в том числе новых), так и неполной (возможность возвращения дела в суд первой инстанции, возможность рассмотреть дело и без непосредственного исследования доказательств), исследователями делается вывод о смешанном характере российской апелляции.

Вместе с тем авторы расходятся во мнении относительно дальнейших тенденций развития апелляции. Одни полагают, что российская апелляция тяготеет к полной апелляции⁸, другие — что к неполной, отмечая, что в России начинает складываться апелляция по типу советской кассации⁹.

Представляется, что вышеуказанные критерии не в полной мере определяют вид апелляции. Мы полагаем, что важнейшим критерием, позволяющим определить вид российской апелляции, является предмет судебного разбирательства. В соответствии со ст. 389.9 УПК РФ суд апелляционной инстанции проверяет законность, обоснованность и справедливость приговора, законность и обоснованность иного решения суда первой инстанции. По нашему мнению, такой предмет апелляционного разбирательства может иметь место только для неполной апелляции. При полной апелляции предметом судебного разбирательства является законность и обоснованность предъявленного обвинения; в то время как законность, обоснованность и справедливость решения суда первой инстанции по большому счету значения не имеют и не подлежат проверке.

При такой формулировке предмета апелляционного разбирательства в УПК РФ мы вынуждены согласиться с Л. А. Воскобитовой, которая указывает, что апелляционная инстанция не является судом, рассматривающим дело по существу. Это вышестоящая и проверяющая инстанция. Она осуществляет функцию судебного контроля правосудности решений ниже-

стоящего суда. И эта ее природа не меняется даже тогда, когда она отменяет приговор первой инстанции и выносит апелляционный приговор. Решение апелляционной инстанции — это всегда оценка правосудности решения, принятого судом первой инстанции¹⁰.

Важным правовым последствием такой формулировки предмета апелляционного разбирательства является также то, что суд апелляционной инстанции вправе отменить или изменить приговор только в случае его незаконности, необоснованности или несправедливости.

Необходимо отметить, что значительное число сторонников имеет и иная точка зрения. Согласно ей, формулируя положения ст. 389.9 УПК РФ, законодатель не учитывал, что с течением времени обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела, могут измениться; в свою очередь, суд апелляционной инстанции, являясь столь же независимым, как и суд первой инстанции, и будучи вправе и обязан давать самостоятельную оценку этим обстоятельствам, окажется в ситуации, когда приговор, являвшийся законным, обоснованным и справедливым на момент его постановления, будет подлежать отмене или изменению постольку, поскольку на момент апелляционного рассмотрения он указанным требованиям не отвечает¹¹.

Отметим, что концептуально данная точка зрения нам близка. Мы полагаем, что именно в этом направлении и должно идти отечественное уголовно-процессуальное законодательство. Однако мы вынуждены констатировать, что первая точка зрения в большей степени соответствует действующему уголовно-процессуальному законодательству.

Вместе с тем считаем необходимым обратить внимание на следующее: идея полной апелляции несет в себе, помимо прочего, важную гуманистическую ценность. Это не просто проверка законности, обоснованности и справед-

⁸ См.: *Аширбекова М. Т.* Полная апелляция по Уставу уголовного судопроизводства 1864 года и ее рецепция современным уголовно-процессуальным законодательством // *Актуальные проблемы российского права.* 2014. № 4. С. 734—737; *Тришина Н. Т.* Указ. соч. С. 12.

⁹ См.: *Рукавишников А. А.* Указ. соч. С. 114.

¹⁰ *Воскобитова Л. А.* Апелляция — принципиально новый институт в уголовном судопроизводстве // *Апелляция: реалии, тенденции и перспективы: материалы Всерос. межведомств. науч.-практ. конференции к 75-летию Нижегород. обл. суда (г. Н. Новгород, 24—25 октября 2013 г.).* М., 2013. С. 37—38.

¹¹ *Аниканов А. К.* К вопросу об определении предмета апелляционного рассмотрения // *Апелляция: реалии, тенденции и перспективы.* С. 18.

ливости приговора суда первой инстанции, это своего рода «право на второй шанс» для лица, признанного виновным в совершении преступления. Шанс на то, что более компетентный суд по-новому и независимо от предыдущего суда взглянет на предъявленное ему обвинение. Выбрав модель неполной апелляции, российское законодательство эту гуманистическую идею отвергает. Мы полагаем, что такое «право на второй шанс» должно быть предоставлено. Безусловно, введение полной апелляции для всех уголовных дел приведет фактически к коллапсу системы апелляционного производства. Вместе с тем для уголовных дел, при рассмотрении которых решается вся дальнейшая судьба человека, а возможно и его жизнь, такое право должно быть предоставлено.

В этой связи считаем возможным закрепить в УПК РФ институт полной апелляции для лиц, признанных виновными в совершении особо тяжких преступлений. В соответствии с данным институтом таким лицам должно быть предоставлено право потребовать пересмотра их уголовных дел в вышестоящем суде в соответствии с правилами производства в суде первой инстанции. При таком пересмотре суд апелляционной инстанции никак не связан с приговором суда первой инстанции и выносит свое собственное решение, которое может предусматривать и более тяжкое наказание, чем предусмотренное в приговоре суда первой инстанции.

В этом случае сторона защиты сможет сама выбрать, по правилам полной или неполной апелляции будет осуществляться пересмотр.

Российское уголовно-процессуальное законодательство в совокупности с разъяснениями Пленума Верховного Суда РФ в постановлении от 27 ноября 2012 г. № 26¹² закрепляет самый широкий перечень участников уголовного судопро-

изводства, обладающих правом обжалования судебных решений, не вступивших в законную силу. Сторона обвинения по российскому законодательству, в отличие от законодательства некоторых европейских государств, также не ограничена в праве обжалования. Кроме этого, в России не предусмотрен институт получения согласия суда на подачу апелляции. В этой связи Конституционный Суд РФ указал, что «право осужденного на пересмотр приговора предполагает предоставление ему возможности по своей воле и своими собственными действиями возбуждать производство по проверке законности и обоснованности приговора, не дожидаясь чьего бы то ни было разрешения или санкции на начало такого пересмотра. Это право, по смыслу статьи 50 (часть 3) Конституции Российской Федерации, носит абсолютный характер, и федеральный законодатель не вправе ограничивать его ни по кругу лиц, ни по видам судебных приговоров, подлежащих пересмотру, ни по каким иным обстоятельствам»¹³.

Вместе с тем, как правильно отмечается исследователями, в российском законодательстве данному праву, абсолютному по характеру, не чужды некоторые исключения¹⁴. В частности, в юридической литературе указывается на несколько ограничений права на обжалование итоговых судебных решений по уголовным делам.

Первое ограничение связано с тем, что лица, перечисленные в ст. 389.1 УПК РФ, вправе обжаловать решение только в том случае, если оно затрагивает их права и законные интересы. Мы согласны с той точкой зрения, что закон строго ограничивает пределы жалобы интересами субъекта обжалования. При поступлении жалобы на решение, которое не затрагивает права и законные интересы заявителя, еще на стадии

¹² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 ноября 2012 г. № 26 «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде апелляционной инстанции» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 1.

¹³ Постановление Конституционного Суда РФ от 06.07.1998 № 21-П «По делу о проверке конституционности части пятой статьи 325 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В. В. Шаглия» // URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30266.pdf>.

¹⁴ См.: *Шугуров М. В.* Международно-правовые стандарты и реализация права на апелляцию по уголовным делам в российском уголовном процессе: доктринально-правовая оценка соответствия // *Международное уголовное право и международная юстиция.* 2009. № 3. С. 8—16; *Лютынский А. М.* Некоторые проблемы апелляционного производства в российском уголовном процессе // *Человек: преступление и наказание.* 2014. № 4. С. 115—116.

назначения судебного заседания необходимо выносить постановление о возвращении жалобы в силу ее неприемлемости¹⁵. В этой связи, например, потерпевший не вправе обжаловать и требовать в апелляционной жалобе улучшения участи осужденного, поскольку это не составляет предмет его нарушенного интереса¹⁶.

Второе ограничение связано с невозможностью обжаловать по фактическим основаниям итоговые решения суда, постановленные по первой инстанции судом с участием коллегии присяжных заседателей. В соответствии со ст. 389.27 УПК РФ основаниями отмены, изменения таких решений являются исключительно основания, предусмотренные п. 2—4 ст. 389.15 УПК РФ. Таким образом, как отмечается в литературе, они могут быть проверены апелляционным судом по основанию несоответствия выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом первой инстанции (п. 1 ст. 389.15 УПК РФ)¹⁷.

В основе данного положения лежит идея народного суверенитета в области уголовного правосудия, которая состоит в наделении коллегии присяжных заседателей исключительными полномочиями по установлению фактических обстоятельств дела и вынесению вердикта о виновности или невиновности подсудимого, а также в освобождении присяжных от обязанности мотивировать свой вердикт. По отношению к самому вердикту присяжных действует презумпция его безошибочности¹⁸.

В этой связи А. А. Тарасов указывает, что полный пересмотр уголовного дела судом апелляционной инстанции, действующим в со-

ставе коллегии профессиональных судей, будет означать вторжение в исключительную компетенцию присяжных заседателей, правомочных устанавливать фактические обстоятельства дела и виновность подсудимого. Очевидно также и то, что суд апелляционной инстанции не вправе вынести то же решение, что и суд присяжных, например вердикт¹⁹.

В российской юридической литературе традиционно негативно относятся к возможности апелляционного пересмотра по фактическим основаниям приговоров, постановленных судом с участием присяжных заседателей. Так, еще В. К. Случевский указывал, что поскольку «приговоры присяжных не мотивируются, поэтому приговоры их едва ли подведены под действие апелляционного порядка обжалования»²⁰. А. В. Тарасов отмечает недопустимость контролирования процессов убеждения и взаимоубеждения внутри коллегии непрофессиональных судей со стороны профессиональных юристов. Отказ от этого, по его мнению, означал бы отказ от классического суда присяжных как такового²¹.

Считаем необходимым высказать несколько критических замечаний в отношении данной точки зрения. Во-первых, полагаем, что идея безошибочности вердикта коллегии присяжных заседателей далека от совершенства. Представляется, что коллегия присяжных также может ошибаться. Например, согласно проведенному в США опросу судей, имевших опыт разбирательства дел с участием присяжных, установлено, что доверять можно только чуть более 66 % вердиктов²². Российское же уголовно-процессуальное законодательство, в отличие, на-

¹⁵ См.: *Смирнов В. П., Кудрявцева А. В.* Широта и свобода обжалования как общее условие апелляционного производства в уголовном процессе России // *Вестник ЮУрГУ. Серия: Право.* 2013. Т. 13. № 3. С. 30.

¹⁶ См.: *Александров А. С., Ковтун Н. Н.* Апелляционное производство в уголовном процессе // *Правоведение.* 2001. № 5. С. 153.

¹⁷ См., например: *Шарапова Д. В.* Основания апелляционного обжалования приговора, постановленного судом с участием присяжных заседателей // *Актуальные проблемы российского права.* 2014. № 10. С. 2317; *Тарасов А. А.* Об апелляционном пересмотре решения суда присяжных // *Уголовное судопроизводство.* 2011. № 3. С. 18—20.

¹⁸ См.: *Филимонов Б. А.* Основы уголовного процесса Германии. М., 1994. С. 89.

¹⁹ *Тарасов А. В.* Указ. соч. С. 19.

²⁰ *Случевский В.* Учебник русского уголовного процесса. СПб., 1913. С. 625.

²¹ *Тарасов А. В.* Указ. соч. С. 19.

²² См.: *Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесс западных государств. М., 2002. С. 267.

пример, от законодательства США²³, не требует единогласного решения коллегии присяжных заседателей. В этой ситуации вопрос о виновности может быть решен семью голосами против пяти. Поэтому вердикт не может не вызывать сомнений в своей правильности, и идея его безошибочности не безупречна.

Во-вторых, мысль, что отказ от запрета на возможность обжалования решения суда присяжных по фактическим основаниям означал бы отказ от классического суда присяжных как такового, тоже неоднозначна. Суд присяжных не является продуктом российской правовой идеи. Суд присяжных зародился в Великобритании. Анализ действующего уголовно-процессуального права Великобритании показывает, что в этом государстве решения суда присяжных могут быть обжалованы и по фактическим основаниям²⁴. В этой ситуации выглядит несколько странным, что в государстве, в котором данный институт был основан, не считают необходимым придерживаться его классического вида. Полагаем, что любой правовой институт должен развиваться.

В законодательстве европейских государств можно выделить две формы пересмотра по фактическим основаниям в апелляционном порядке приговоров, постановленных с участием присяжных заседателей:

- 1) новое рассмотрение уголовного дела судом с участием другой коллегии присяжных заседателей (французская модель «горизонтальной» апелляции);
- 2) пересмотр приговора в апелляционном порядке по вопросам факта и права коллегией профессиональных судей (английская модель «полной» апелляции)²⁵.

Вместе с тем мы должны констатировать, что избранная в российском уголовно-процессуальном законодательстве модель неполной апелляции не позволяет пересмотреть реше-

ния суда присяжных заседателей по фактическим основаниям. Такой пересмотр можно осуществить только в рамках полной апелляции. Следовательно, пересмотр решений суда присяжных заседателей по фактическим основаниям может быть введен в российское законодательство в рамках предложенного нами института полной апелляции для лиц, признанных виновными в совершении особо тяжкого преступления.

Третье ограничение закреплено в той же ст. 389.27 УПК РФ и связано с невозможностью обжалования по фактическим основаниям судебных решений, вынесенных в порядке, предусмотренном гл. 40 (особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением) и гл. 40.1 (особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве) УПК РФ.

С критикой данного ограничения выступает Н. Н. Ковтун. Как он отмечает, причины такого подхода — в легальной процессуальной фикции. Суть последней заключается в том, что фактические обстоятельства уголовного дела, рассмотренного в указанных процессуальных порядках, презюмируются установленными полно и достоверно; соответственно, они не могут быть предметом возражений со стороны защиты. Между тем правомерность данной конструкции может быть поставлена под сомнение. И в первую очередь с позиции обеспечения конституционного права на судебную защиту нарушенных интересов и прав. Указанные в законе ограничения фактически нивелируют апелляцию как форму отправления правосудия в вышестоящем, более опытном и компетентном суде, ставят под сомнение сам факт судебной защиты²⁶. Свою точку зрения автор подтверждает правовыми позициями ЕСПЧ: «Право на правосудие

²³ См.: Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А. Указ. соч. С. 276.

²⁴ Сидорова Н. В. Апелляция в уголовном процессе Великобритании и США // Международное уголовное право и международная юстиция. 2008. № 3. С. 24.

²⁵ См. подробнее, например: Насонов С. А. Модели пересмотра не вступивших в законную силу приговоров, постановленных на основании вердикта присяжных заседателей, в России и зарубежных странах // Lex Russica. 2013. № 4. С. 382—384.

²⁶ Ковтун Н. Н. Апелляционное, кассационное и надзорное производство по уголовным делам в контексте соответствия международно-правовому стандарту // Международное уголовное право и международная юстиция. 2012. № 3. С. 4.

слишком значимо, чтобы оно могло считаться утраченным единственно по той причине, что лицо оказалось стороной в процедуре, носящей согласительный характер... Такая же требовательность необходима, когда тот, кому ранее было предъявлено уголовное обвинение, оспаривает затем согласительную процедуру, которая явилась препятствием для осуществления права на правосудие»²⁷. На основании указанного Н. Н. Ковтун делает вывод, что если апелляция касается фактической стороны приговора, значит, сторона отказывается от согласительной процедуры и настаивает на новом, полном и всестороннем рассмотрении дела по существу.

С этой точкой зрения можно согласиться лишь отчасти. Во-первых, в своих решениях ЕСПЧ неоднократно указывал, что государствам предоставлена широкая свобода усмотрения при определении того, как право обжалования будет осуществляться. В соответствии с Конвенцией государствам предоставляется возможность ограничивать право обжалования несколькими способами: в одних случаях право обжалования может ограничиваться только вопросами права, в других случаях лицо, желающее обратиться в вышестоящий суд, должно получить разрешение на апелляцию²⁸.

В этой связи представленная правовая позиция ЕСПЧ означает, что судебное решение, принятое по итогам согласительной процедуры, в принципе может быть обжаловано, но основания обжалования определяются национальным законодательством. Если национальным законодательством предусмотрено, что такие решения могут быть обжалованы только по вопросам права или справедливости, ЕСПЧ относится к этому лояльно.

Во-вторых, в решении по жалобе Нацвлишвили и Тогонидзе против Грузии было подтверждено ограничение права осужденного на обжалование приговора, вынесенного по

результатам сделки со стороны обвинения. Европейский Суд нашел разумным ограничение права на обжалование с учетом сделки с обвинением. Соглашаясь на сделку, лицо отказывается от своего права на ординарное обжалование²⁹.

Если в отношении приговора, вынесенного в соответствии с гл. 40 при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением, нельзя говорить о наличии такой сделки, то в отношении приговора, вынесенного в соответствии с гл. 40.1 при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве, такой вывод не является однозначным. В этой связи в отношении приговора, вынесенного в соответствии с гл. 40.1, можно говорить как о случае «подразумеваемого отказа от права на апелляцию»³⁰.

В-третьих, пересмотр по фактическим основаниям приговора, вынесенного в соответствии с гл. 40 или 40.1, возможен только в рамках полной апелляции, которая, как нами уже было отмечено, УПК РФ не предусмотрена.

Вместе с тем в концептуальном плане в отношении приговоров, вынесенных при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением, мы полностью поддерживаем Н. Н. Ковтуна и полагаем, что таким лицам должна быть предоставлена возможность полной апелляции.

Таким образом, считаем необходимым сформулировать несколько выводов:

1. Важнейшим критерием, позволяющим определить вид российской апелляции, является предмет судебного разбирательства. При полной апелляции предметом судебного разбирательства является законность и обоснованность предъявленного обвинения, при неполной — законность, обоснованность и справедливость принятого решения. Таким образом, мы полагаем, что российская апелляция по уголовным делам должна быть классифицирована как неполная.

²⁷ См.: п. 49 Judgment ECHR of case Deweer v Belgium, appl. № 6903/75, 27 February 1980 // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100648>.

²⁸ См.: Decision ECHR of case Hans Richard Nielsen v Denmark, appl. № 19028/91, 9 September 1992 // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-1371> (на англ. яз.; перевод авт.).

²⁹ См.: п. 96—98 Judgment ECHR of case Natsvlishvili and Togonidze v Georgia, appl. № 9043/05, 29 April 2014 // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142672> (на англ. яз.).

³⁰ См.: Справедливое судебное разбирательство в международном праве: юридический сборник. Варшава : БДИПЧ ОБСЕ, 2013. С. 236.

2. Идея полной апелляции несет в себе, помимо прочего, важную гуманистическую ценность. Выбрав модель неполной апелляции, российское законодательство эту ценность отвергает. В этой связи считаем возможным внести предложение о закреплении в УПК РФ института полной апелляции для лиц, признанных виновными в совершении особо тяжких преступлений. В соответствии с данным институтом такому лицу должно быть предоставлено право потребовать пересмотра его уголовного дела в вышестоящем суде в соответствии с правилами производства в суде первой инстанции. В этом случае сторона защиты сможет сама выбрать, по правилам полной или неполной апелляции будет осуществляться пересмотр.
3. УПК РФ предусматривает несколько ограничений права на обжалование итоговых судебных решений по уголовным делам. Некоторые из этих ограничений являются полностью обоснованными, другие хотя и вписываются в модель неполной апелляции, но не являются безупречными.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Александров А. С., Ковтун Н. Н. Апелляционное производство в уголовном процессе // Правоведение. — 2001. — № 5. — С. 153—161.
2. Аниканов А. К. К вопросу об определении предмета апелляционного рассмотрения // Апелляция: реалии, тенденции и перспективы : материалы Всероссийской межведомственной научно-практической конференции к 75-летию Нижегородского областного суда (г. Нижний Новгород, 24—25 октября 2013 г.). — М., 2013. — С. 13—20.
3. Аширбекова М. Т. Полная апелляция по Уставу уголовного судопроизводства 1864 года и ее рецепция современным уголовно-процессуальным законодательством // Актуальные проблемы российского права. — 2014. — № 4 (41). — С. 733—739.
4. Воскобитова Л. А. Апелляция — принципиально новый институт в уголовном судопроизводстве // Апелляция: реалии, тенденции и перспективы : материалы Всероссийской межведомственной научно-практической конференции к 75-летию Нижегородского областного суда (г. Нижний Новгород, 24—25 октября 2013 г.). — М., 2013. — С. 35—42.
5. Воскобитова Л. А. Конституционные основы апелляции в уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы российского права. — 2013. — № 12 (37). — С. 1619—1624.
6. Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А. Уголовный процесс западных государств — М., 2002. — 528 с.
7. Ковтун Н. Н. Апелляционное, кассационное и надзорное производство по уголовным делам в контексте соответствия международно-правовому стандарту // Международное уголовное право и международная юстиция. — 2012. — № 3. — С. 3—9.
8. Кононенко В. И. Апелляция по уголовным делам в зарубежных странах // Российское правосудие. — 2013. — № 10 (90). — С. 89—95.
9. Лютынский А. М. Некоторые проблемы апелляционного производства в российском уголовном процессе // Человек: преступление и наказание. — 2014. — № 4. — С. 114—20.
10. Насонов С. А. Модели пересмотра не вступивших в законную силу приговоров, постановленных на основании вердикта присяжных заседателей, в России и зарубежных странах // Lex Russica. — 2013. — № 4. — С. 379—390.
11. Рукавишников (Плашевская) А. А. Апелляционный порядок проверки итоговых судебных решений по УПК РФ: полная или неполная апелляция // Вестник Томского государственного университета. — Право. — 2013. — № 4 (10). — С. 108—114.
12. Сидорова Н. В. Апелляция в уголовном процессе Великобритании и США // Международное уголовное право и международная юстиция. — 2008. — № 3. — С. 23—30.
13. Случевский В. Учебник русского уголовного процесса. — СПб., 1913. — 670 с.
14. Смирнов В. П., Кудрявцева А. В. Широта и свобода обжалования как общее условие апелляционного производства в уголовном процессе России // Вестник ЮУрГУ. — Серия : Право. — 2013. — Т. 13. — № 3. — С. 28—37.

15. Соловьева Н. А., Тришина Н. Т. Виды решений суда апелляционной инстанции // Вестник Волгоградского гос. ун-та. — Сер. 5 : Юриспруденция. — 2012. — № 1 (16). — С. 143—147.
16. Справедливое судебное разбирательство в международном праве: юридический сборник. — Варшава : БДИПЧ ОБСЕ, 2013. — 279 с.
17. Тарасов А. А. Об апелляционном пересмотре решения суда присяжных // Уголовное судопроизводство. — 2011. — № 3. — С. 18—20.
18. Терехова Л. А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. — М., 2010. — 320 с.
19. Тришина Н. Т. Юридико-фактическая проверка приговора в апелляционном производстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2012. — 31 с.
20. Филимонов Б. А. Основы уголовного процесса Германии. — М., 1994. — 104 с.
21. Шарапова Д. В. Основания апелляционного обжалования приговора, постановленного судом с участием присяжных заседателей // Актуальные проблемы российского права. — 2014. — № 10 (47). — С. 2316—2319.
22. Шугуров М. В. Международно-правовые стандарты и реализация права на апелляцию по уголовным делам в российском уголовном процессе: доктринально-правовая оценка соответствия // Международное уголовное право и международная юстиция. — 2009. — № 3. — С. 8—16.

Материал поступил в редакцию 14 сентября 2015 г.

ON THE RIGHT TO APPEAL AND THE ESSENCE OF RUSSIAN APPEAL IN CRIMINAL MATTERS

VALEEV Artem Takhirovich — PhD in Law, Associate Professor, Head of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics at the North-Western Institute (Branch) of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
art35404@gmail.com
160000, Russia, Vologda, Mira Street, 32

Review. *On January 1, 2013 the amendments to the criminal procedure legislation of the Russian Federation came into force and extended the appellate procedure of review not only over the decisions of magistrates, but also over all judicial decisions. Speaking of the Russian appeal in criminal cases, first it is necessary to determine its basic essential characteristics. Legal literature is common to highlight complete and incomplete types of appeal. The author believes that the most important criterion allowing us to define the form of the Russian appeal is the subject of litigation. In case of complete appeal, the subject of the proceedings is the legality and validity of the charges; in case of incomplete - legality, validity and fairness of the decision rendered by the first instance court. Thus, the conclusion is made that the Russian appeal in criminal cases should be classified as incomplete. The author substantiates the proposal to introduce the institute of complete appeal for persons convicted of a particularly serious crime. In addition, the article analyzes the Criminal Procedural Code providing restrictions on the right to appeal court decisions. The Criminal Procedure Code provides several restrictions of the right to appeal against the outcome of judicial decisions in criminal matters. Some of these restrictions are fully justified, while others, although they fit into the model of incomplete appeal, are not perfect.*

Keywords: *Criminal appeal, complete appeal, incomplete appeal, right to appeal, restriction of rights to appeal, criminal proceedings, resentence*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Aleksandrov A. S., Kovtun N. N. Apelljacionnoe proizvodstvo v ugovnom processe // Pravovedenie. — 2001. — № 5. — С. 153—161.
2. Anikanov A. K. K voprosu ob opredelenii predmeta apelljacionnogo rassmotrenija // Apelljacija: realii, tendencii i perspektivy : materialy Vserossijskoj mezhdvdomstvennoj nauchno-prakticheskoj konferencii k 75-letiju Nizhegorodskogo oblastnogo suda (g. Nizhnij Novgorod, 24—25 oktjabrja 2013 g.). — М., 2013. — С. 13—20.

3. *Ashirbekova M. T.* Polnaja apelljacija po Ustavu ugovolnogo sudoproizvodstva 1864 goda i ee recepcija sovremennym ugovolno-processual'nym zakonodatel'stvom // Aktual'nye problemy rossijskogo prava. — 2014. — № 4 (41). — С. 733—739.
4. *Voskobitova L. A.* Apelljacija — principjal'no novyj institut v ugovolnom sudoproizvodstve // Apelljacija: realii, tendencii i perspektivy : materialy Vserossijskoj mezhdedomstvennoj nauchno-prakticheskoj konferencii k 75-letiju Nizhegorodskogo oblastnogo suda (g. Nizhnij Novgorod, 24—25 oktjabrja 2013 g.). — M., 2013. — С. 35—42.
5. *Voskobitova L. A.* Konstitucionnye osnovy apelljicii v ugovolnom sudoproizvodstve. // Aktual'nye problemy rossijskogo prava. — 2013. — № 12 (37). — С. 1619—1624.
6. *Gucenko K. F., Golovko L. V., Filimonov B. A.* Ugolovnyj process zapadnyh gosudarstv. — M., 2002. — 528 s.
7. *Kovtun N. N.* Apelljacionnoe, kassacionnoe i nadzornoe proizvodstvo po ugovolnym delam v kontekste sootvetstvija mezhdunarodno-pravovomu standartu // Mezhdunarodnoe ugovolnoe pravo i mezhdunarodnaja justicija. — 2012. — № 3. — С. 3—9.
8. *Kononenko V. I.* Apelljacija po ugovolnym delam v zarubezhnyh stranah // Rossijskoe pravosudie. — 2013. — № 10 (90). — С. 89—95.
9. *Ljutynskij A. M.* Nekotorye problemy apelljacionnogo proizvodstva v rossijskom ugovolnom processe // Chelovek: prestuplenie i nakazanie. — 2014. — № 4. — С. 114—20.
10. *Nasonov S. A.* Modeli peresmotra ne vstupivshih v zakonnuju silu prigovorov, postanovlennyh na osnovanii verdikta prisjazhnyh zasedatelej, v Rossii i zarubezhnyh stranah // Lex Russica. — 2013. — № 4. — С. 379—390.
11. *Rukavishnikova (Plashevskaja) A. A.* Apelljacionnyj porjadok proverki itogovyh sudebnyh reshenij po UPK RF: polnaja ili nepolnaja apelljacija // Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. — Pravo. — 2013. — № 4 (10). — С. 108—114.
12. *Sidorova N. V.* Apelljacija v ugovolnom processe Velikobritanii i SShA // Mezhdunarodnoe ugovolnoe pravo i mezhdunarodnaja justicija. — 2008. — № 3. — С. 23—30.
13. *Sluchevskij V.* Uchebnik russkogo ugovolnogo processa. — SPb., 1913. — 670 s.
14. *Smirnov V. P., Kudrjavceva A. V.* Shirota i svoboda obzhalovanija kak obshhee uslovie apelljacionnogo proizvodstva v ugovolnom processe Rossii // Vestnik JuUrGU. — Serija : Pravo. — 2013. — T. 13. — № 3. — С. 28—37.
15. *Solov'eva N. A., Trishina N. T.* Vidy reshenij suda apelljacionnoj instancii // Vestnik Volgogradskogo gos. un-ta. — Ser. 5 : Jurisprudencija. — 2012. — № 1 (16). — С. 143—147.
16. Spravedlivoe sudebnoe razbiratel'stvo v mezhdunarodnom prave: juridicheskij sbornik. — Varshava : BDIPCh OBSE, 2013. — 279 s.
17. *Tarasov A. A.* Ob apelljacionnom peresmotre reshenija suda prisjazhnyh // Ugolovnoe sudoproizvodstvo. — 2011. — № 3. — С. 18—20.
18. *Terehova L. A.* Sistema peresmotra sudebnyh aktov v mehanizme sudebnoj zashhity. — M., 2010. — 320 s.
19. *Trishina N. T.* Juridiko-fakticheskaja proverka prigovora v apelljacionnom proizvodstve : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — Saratov, 2012. — 31 s.
20. *Filimonov B. A.* Osnovy ugovolnogo processa Germanii. — M., 1994. — 104 s.
21. *Sharapova D. V.* Osnovaniya apelljacionnogo obzhalovanija prigovora, postanovlennogo sudom s uchastiem prisjazhnyh zasedatelej // Aktual'nye problemy rossijskogo prava. — 2014. — № 10 (47). — С. 2316—2319.
22. *Shugurov M. V.* Mezhdunarodno-pravovye standarty i realizacija prava na apelljaciju po ugovolnym delam v rossijskom ugovolnom processe: doktrinal'no-pravovaja ocenka sootvetstvija // Mezhdunarodnoe ugovolnoe pravo i mezhdunarodnaja justicija. — 2009. — № 3. — С. 8—16.

Система следственных действий стадии возбуждения уголовного дела: признаки и структура

Аннотация. В статье исследуются признаки системы следственных действий, производимых на стадии возбуждения уголовного дела; анализируются особенности их производства в ходе проверки сообщения о преступлении; выявляются проблемы правового регулирования исследуемых действий; обосновывается система следственных действий указанной стадии; приводится классификация средств проверки сообщения о преступлении; рассматривается место системы следственных действий стадии возбуждения уголовного дела в системе следственных действий стадии предварительного расследования. Исследование основывается на диалектическом методе познания общественно-правовых явлений, единстве их социального содержания и юридической формы, обеспечивающей научный, комплексный, организационно-функциональный и деятельностный подходы к изучению системы следственных действий стадии возбуждения уголовного дела. В процессе исследования автором использовались правовые, социологические и иные методы научного познания: логический, сравнительно-правовой, системного анализа и моделирования, позволившие обосновать систему следственных действий, проводимых по поступившему сообщению о преступлении. Научная новизна статьи находит свое выражение в полученных результатах: претерпев структурную эволюцию, стадия возбуждения уголовного дела получила целый комплекс средств проверки сообщений о преступлениях; анализ признаков, характеризующих группу исследуемых нами следственных действий, свидетельствует о формировании законодателем системы следственных действий анализируемой стадии; система следственных действий стадии возбуждения уголовного дела является составной частью более общей системы — следственных действий стадии предварительного расследования.

Ключевые слова: стадия возбуждения уголовного дела, система следственных действий, признаки системы следственных действий, средства проверки сообщения о преступлении, проблемы правовой регламентации.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.140-146

Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина является обязанностью государства и проявляется во всех сферах жизнедеятельности общества, в том числе и в сфере уголовного судопроизводства, назначение которого состоит в охране прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, и в защите личности от незаконного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. Обеспечение прав личности и интересов государства в уголовном процессе начинается

© Калюжный А. Н., 2016

* Калюжный Александр Николаевич, кандидат юридических наук, доцент, сотрудник Академии ФСО России

kaluzniy-a-n@yandex.ru

302010, Россия, г. Орел, ул. Планерная, д. 29, кв. 45

с реагирования правоохранительных органов на сообщения о преступлениях, результативность деятельности правоохранителей зависит от своевременности, тактической и процессуальной грамотности производства процессуальных и следственных действий, допустимых до возбуждения уголовного дела.

Анализ процедуры рассмотрения сообщений о преступлениях свидетельствует о ее неоднократном изменении законодателем — с учетом потребностей правоохранительных органов в расширении средств предварительной проверки с целью обеспечения правомерности и объективности принятия решений в порядке ст. 145 УПК РФ, а также гарантированности прав и свобод личности и организаций от незаконного привлечения к уголовной ответственности.

В советском уголовном процессе априори признавалась невозможность производства следственных действий на стадии возбуждения уголовного дела, кроме одного-единственного — осмотра места происшествия. Эта тенденция была характерна и для российской уголовно-процессуальной доктрины начала XXI в., допускавшей в ходе проверки сообщения о преступлении проведение осмотра места происшествия, освидетельствование и производство судебной экспертизы (два последних допускались законодателем, но отвергались судебно-следственной практикой и на стадии возбуждения уголовного дела не проводились)¹. Признав возможность изменения незыблемого правила, запрещающего производство следственных действий на стадии возбуждения уголовного дела, законодатель создал плодотворную почву для научно-прак-

тических дискуссий, участники которых ратовали за расширение перечня средств проверки сообщений о преступлениях² исходя из потребностей практики или, наоборот, отстаивали безусловность догмы о невозможности производства следственных действий на данной стадии³, гарантирующей минимальное ограничение прав и свобод личности.

В настоящее время неоднократные изменения средств проверки сообщений о преступлениях привели к формированию целого комплекса действий, допустимых для производства на стадии возбуждения уголовного дела, которые классифицируют на следующие группы:

- а) следственные действия (осмотр места происшествия, предметов, документов; осмотр трупа; освидетельствование; производство судебной экспертизы; получение образцов для сравнительного исследования);
- б) процессуальные действия (получение объяснений; истребование предметов и документов; производство документальных проверок, ревизий; производство исследований документов, предметов, трупов; письменные поручения о производстве оперативно-розыскных мероприятий; требования (запросы) о передаче документов или материалов);
- в) административные полномочия сотрудников органа дознания (досмотр, исследование веществ и объектов и другие);
- г) оперативно-розыскные мероприятия⁴.

Проблематика нашего исследования требует анализа существенно выросшего количества следственных действий, разрешенных действующим уголовно-процессуальным за-

¹ Приказ МВД РФ от 29 июня 2005 г. № 511 «Вопросы организации и производства экспертиз в экспертно-криминалистических подразделениях органов внутренних дел РФ» // Российская газета. 30 июня 2005; *Томин В. Т., Попов А. П., Зинченко И. А.* Уголовный процесс России. Проблемные лекции: учебное пособие. Пятигорск, 2014. С. 231.

² Например: *Александров А. С., Лапатников М. В.* Сокращенное дознание: устаревшее новшество // Уголовный процесс. 2013. № 4. С. 15—16; *Ряполова Я. П.* Процессуальные действия, проводимые в стадии возбуждения уголовного дела: правовые, теоретические и организационные основы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Курск, 2012. С. 11.

³ Например: *Дронова Е. В., Коньшина Я. А.* Назначение экспертизы и задержание в ходе проверки сообщения о преступлении // Альманах современной науки и образование. 2012. № 10 (65). С. 59; *Артамонова Е. А.* Стадия возбуждения уголовного дела: не все то лучшее, что новое // Уголовно-процессуальные и криминалистические средства обеспечения эффективности уголовного судопроизводства: материалы междунар. науч.-практ. конференции. Иркутск, 2014. С. 16—17.

⁴ *Томин В. Т., Попов А. П., Зинченко И. А.* Указ. соч. С. 232.

конодательством для производства по поступившему сообщению о преступлении. Догмат советской уголовно-процессуальной науки изжил себя, предоставив возможность формирования целой системы следственных действий, производимых без возбуждения уголовного дела. Допустив осмотр места происшествия, документов, предметов и трупов, производство судебной экспертизы, освидетельствование и изъятие образцов для сравнительного исследования, законодатель создал такую систему.

Обоснование содержания системы следственных действий стадии возбуждения уголовного дела невозможно без исследования сущности понятия «система» и ее признаков. Система представляет собой определенный порядок в расположении и связи действий, единство закономерно расположенных и взаимосвязанных частей⁵, продуманный план деятельности, установленный порядок деятельности⁶, совокупность приемов, правил, методов осуществления чего-либо⁷. Не ставя перед собой цель определения понятия системы следственных действий, отметим, что, как и любая другая система, совокупность следственных действий на стадии возбуждения уголовного дела обладает определенными признаками, характеризующими их как систему.

А. В работах многих исследователей совокупность следственных действий рассматривается как целостность взаимосвязанных элементов, образующих систему⁸, в которой каждое следственное действие выступает необходимым элементом системы. Взаимосвязанность следственных действий, допустимых производством на стадии возбуждения уголовного дела, является несомненным признаком их системы. Как справедливо указывал С. А. Шейфер, несмотря на своеобразие следственных

действий, все они имеют одинаковую юридическую конструкцию и образуют процессуальные институты с общей для всех действий структурой⁹.

Взаимосвязь данных следственных действий находит свое выражение и в особенностях обнаружения и изъятия следов преступной деятельности, каждое из которых либо усиливает остальные, либо предназначено для обеспечения реализации другого (например, осмотр предметов или документов, ранее изъятых в ходе осмотра места происшествия; производство судебной экспертизы по ранее полученным образцам для сравнительного исследования).

Б. Единство системы следственных действий, возможных на стадии возбуждения уголовного дела, обеспечивается и наличием у них общей цели. Анализ главы 19 УПК РФ позволяет утверждать, что целью стадии возбуждения уголовного дела является установление факта отсутствия или наличия достаточных данных, указывающих на признаки состава преступления, и при выявлении таковых — определение подследственности. Данная цель достигается путем реализации средств проверки сообщения о преступлении, задачи которых сводятся к выявлению, изъятию и фиксации следов предполагаемой преступной деятельности.

Расширение перечня следственных действий, проводимых в ходе разрешения сообщения о преступлении, свидетельствует о переносе законодателем процесса доказывания и на стадию возбуждения уголовного дела, направлено на оптимизацию процессуальной деятельности, исключение дублирования данных действий на стадии предварительного расследования и полностью согласуется с целью и задачами, возлагаемыми на данную стадию.

⁵ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка : 80 000 слов и фразеологических выражений. 4-е изд. доп. М. : Темп, 2006. С. 719.

⁶ Дмитриев Д. В. Толковый словарь русского языка. М. : АСТ, 2003. С. 1207.

⁷ Ефремова Т. Ф. Современный толковый словарь русского языка : в 3 т. М. : АСТ, 2006. Т. 3. С. 276.

⁸ Например: Еникеев М. И., Образцов В. А., Эминов В. Е. Следственные действия: психология, тактика, технология : учеб. пособие. М. : ТК Велби, Проспект, 2008. С. 9 ; Баев О. Я. Производство следственных действий. Криминалистический анализ УПК России. Практика, рекомендации : практич. пособие. М., 2010. С. 5—10.

⁹ Шейфер С. А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. Самара, 2004. С. 42.

Таким образом, современная сущность стадии возбуждения уголовного дела состоит не только в установлении наличия или отсутствия достаточных данных, указывающих на признаки преступления, но и в фиксации этих признаков в процессуальной форме и придании им доказательственного значения. На это отчетливо указывают положения ч. 1.2 ст. 144 УПК РФ, закрепляющие возможность использования полученных сведений в качестве доказательств.

В. Следственные действия, проводимые на стадии возбуждения уголовного дела, составляют единый блок средств предварительной проверки сообщения о преступлении, основанных на общих для них методах, отличительным признаком которых является отсутствие принуждения или его минимальная возможность. Несмотря на отступление от догмата советской уголовно-процессуальной науки о запрете производства следственных действий на стадии возбуждения уголовного дела, законодатель попытался ограничить их возможные последствия. Как правило, все рассматриваемые следственные действия практически не обладают принудительным воздействием на физических лиц¹⁰. Наиболее проблематичны с точки зрения принудительного воздействия на лиц освидетельствование и получение образцов для сравнительного исследования, если лица, в отношении которых они проводятся, возражают против них. В то же время законодатель допустил возможность их производства до возбуждения уголовного дела не для скорейшего получения доказательств, а для более эффективного решения задач данной стадии. Полагаем, что объем принуждения на стадии возбуждения уголовного дела при производстве данных следственных действий должен быть минимальным, иначе возникает возможность нецелесообразного и неправомерного ограничения конституционного права на неприкосновенность личности.

Г. Для рассматриваемых нами следственных действий характерен определенный круг субъектов, обладающих правом их производства. В отличие от следственных действий на стадии предварительного расследования, которые вправе осуществлять лицо, принявшее произ-

водство по делу, лица, входящие в состав следственно-оперативной группы, и иные субъекты по поручению названных лиц, круг субъектов предварительной проверки сообщения о преступлении значительно шире и включает в себя: дознавателя, орган дознания, следователя и руководителя следственного органа. Но, закрепив возможность производства данных следственных действий, уголовно-процессуальный закон должен был обратить внимание и на процессуальный статус лиц, их производящих, однако не делает этого.

Так, например, на стадии возбуждения уголовного дела еще нет тех участников уголовно-процессуальной деятельности, которые появляются в ходе предварительного расследования: подозреваемого, обвиняемого, свидетеля, потерпевшего, эксперта и т.п. Лицо, в отношении которого ведется проверка, и лицо, пострадавшее от преступления, почти полностью лишены того комплекса прав, которые у них появятся после возбуждения уголовного дела. Порядок производства данных следственных действий в ходе проверки сообщения о преступлении не имеет конкретики и практически не регламентирован. Доказательственное значение результатов некоторых из них (получения образцов для сравнительного исследования, освидетельствования) весьма спорно, так как ни процессуальный порядок их производства, ни процессуальный статус их участников на данной стадии законодателем не определены.

Д. Одним из признаков, характеризующих особенности рассматриваемых нами следственных действий, является среда, в которой они проводятся, — стадия возбуждения уголовного дела. Исследование процессуальных норм, регламентирующих порядок производства указанных следственных действий, а также правоотношений, ими вызываемых, указывает на несовершенство правовых конструкций, содержащихся в главе 19 УПК РФ, вызванное механическим перенесением следственных действий, допустимых на стадии возбуждения уголовного дела, со стадии предварительного расследования. Индивидуализировав участников процессуальных отношений, законодатель так и не персонифицировал их

¹⁰ Цховребова И. А. Обновленное правовое регулирование проверки сообщений о преступлениях // Публичное и частное право. 2013. № 4. С. 152.

права и обязанности, оставив неразрешенной массу вопросов: от возможности заявления ходатайств и введения в процесс защитника, коль речь идет о принуждении, до степени такого принуждения (например, лицо не желает подвергаться освидетельствованию или давать образцы для исследования).

Анализ содержания следственных действий, допустимых до возбуждения уголовного дела, свидетельствует, что три из них (освидетельствование, получение образцов для сравнительного исследования и производство судебной экспертизы) не отвечают критериям четкости регламентации порядка их производства, допустимости принятия в качестве доказательств процессуальной формы, в которую они облечены, и полноты урегулированности правоотношений, возникающих при их производстве¹¹. Перенос данных следственных действий со стадии предварительного расследования в стадию возбуждения уголовного дела показал их полную деструкцию в рамках возникающих правоотношений, совершенную неадаптивность к условиям проверки сообщений о преступлениях.

Поддержим мнение уважаемого профессора В. В. Кальницкого, указавшего: «Неполнота регламентации порядка производства следственных действий в стадии возбуждения уголовного дела столь существенна, что фактически близка к пробельности закона в этой части»¹².

Е. Каждое следственное действие представляет собой самостоятельный правовой институт, выступающий неотъемлемой частью единой системы процессуальных средств, с помощью которых решаются задачи стадии возбуждения уголовного дела и уголовного судопроизводства в целом. Как мы указывали выше, институты следственных действий на стадии возбуждения уголовного дела хотя и представляют собой устойчивую группу правовых норм, но норм слабо адаптированных к рассматриваемой стадии.

Трансформировав «исключительность» института следственных действий на стадии возбуждения уголовного дела и взяв за основу общность цели, взаимосвязанность друг с другом, регламентировав субъектов и определив порядок производства действий, законодатель сформировал их систему, состоящую из осмотра места происшествия, осмотра предметов, документов, осмотра трупов, освидетельствования, получения образцов для сравнительного исследования и производства судебной экспертизы.

Ряд авторов, используя широкую трактовку и допущенную законодателем некорректность положений ч. 1 ст. 144 УПК РФ («... истребовать документы и предметы, изымать их в порядке, установленном настоящим Кодексом...»), считают возможным производство на стадии возбуждения уголовного дела и таких следственных действий, как выемка и обыск¹³. Проанализировав признаки, присущие следственным действиям на стадии возбуждения уголовного дела, а также содержание норм главы 19 УПК РФ, полагаем недопустимым производство обыска и выемки на стадии возбуждения уголовного дела и невозможным включение их в систему следственных действий рассматриваемой стадии.

Таким образом, подводя итоги изложенному, отметим, что претерпев структурную эволюцию, стадия возбуждения уголовного дела получила целый комплекс средств проверки сообщений о преступлениях, в числе которых и ряд следственных действий. Анализ признаков, характеризующих группу следственных действий, допустимых на стадии возбуждения уголовного дела, свидетельствует о наличии между ними тесной связи, неразрывного единства с целью и задачами данной стадии, о существовании целостной группы правовых норм, действующих в рамках определенной правовой среды (стадии возбуждения уголовного дела), реализуемых определенными законом субъектами, совокупность которых

¹¹ Марковичева Е. В., Васюков В. Ф. Проблемные вопросы возбуждения уголовных дел на современном этапе : монография. М. : Проспект, 2016. С. 32.

¹² Кальницкий В. В. О следственных действиях в стадии возбуждения уголовного дела // Законодательство и практика. 2015. № 1. С. 65.

¹³ Майоров В. И. К вопросу о порядке рассмотрения сообщений о преступлениях // Вестник ЮУрГУ. Серия : Право. 2013. Т. 13. № 2. С. 31—33 ; Каретников А. С., Коретников С. А. Следственные действия как способы проверки сообщения о преступлении // Законность. 2014. № 7. С. 40.

указывает на формирование законодателем системы следственных действий, проводимых на данной стадии. Система следственных действий, допустимых на стадии возбуждения уголовного дела, является составной частью более

общей системы — следственных действий стадии предварительного расследования, холистически составляя систему правовых средств установления и доказывания обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Александров А. С., Лапатников М. В. Сокращенное дознание: устаревшее новшество // Уголовный процесс. — 2013. — № 4. — С. 12—19.
2. Артамонова Е. А. Стадия возбуждения уголовного дела: не все то лучшее, что новое // Уголовно-процессуальные и криминалистические средства обеспечения эффективности уголовного судопроизводства : материалы международной научно-практической конференции. — Иркутск, 2014. — С. 14—20.
3. Баев О. Я. Производство следственных действий. Криминалистический анализ УПК России. Практика, рекомендации : практическое пособие. — М., 2010. — 240 с.
4. Дмитриев Д. В. Толковый словарь русского языка. — М. : АСТ, 2003. — 1584 с.
5. Дронова Е. В., Коньшина Я. А. Назначение экспертизы и задержание в ходе проверки сообщения о преступлении // Альманах современной науки и образование. — 2012. — № 10 (65). — С. 59—61.
6. Еникеев М. И., Образцов В. А., Эминов В. Е. Следственные действия: психология, тактика, технология : учебное пособие. — М. : ТК Велби, Проспект, 2008. — 212 с.
7. Кальницкий В. В. О следственных действиях в стадии возбуждения уголовного дела // Законодательство и практика. — 2015. — № 1. — С. 65—71.
8. Каретников А. С., Коретников С. А. Следственные действия как способы проверки сообщения о преступлении // Законность. — 2014. — № 7. — С. 37—42.
9. Майоров В. И. К вопросу о порядке рассмотрения сообщений о преступлениях // Вестник ЮУрГУ. — Серия : Право. — 2013. — Т. 13. — № 2. — С. 31—33.
10. Марковичева Е. В., Васюков В. Ф. Проблемные вопросы возбуждения уголовных дел на современном этапе : монография. — М. : Проспект, 2016. — 80 с.
11. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка : 80 000 слов и фразеологических выражений. — 4-е изд. доп. — М. : Темп, 2006. — 944 с.
12. Ряполова Я. П. Процессуальные действия, проводимые в стадии возбуждения уголовного дела: правовые, теоретические и организационные основы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Курск, 2012. — 28 с.
13. Томин В. Т., Попов А. П., Зинченко И. А. Уголовный процесс России. Проблемные лекции : учебное пособие. — Пятигорск, 2014. — С. 231.
14. Цховребова И. А. Обновленное правовое регулирование проверки сообщений о преступлениях // Публичное и частное право. — 2013. — № 4. — С. 149—156.
15. Шейфер С. А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. — Самара, 2004. — 228 с.

Материал поступил в редакцию 20 октября 2015 г.

SYSTEM OF INVESTIGATIVE ACTIVITIES AT THE STAGE OF INITIATION OF A CRIMINAL CASE: FEATURES AND STRUCTURE

KALYUZHNIY Aleksandr Nikolaevich — PhD in Law, Associate Professor, Officer at the Academy of Federal Guard Service of the Russian Federation
kaluzniy-a-n@yandex.ru
302010, Russia, Orel, Planernaya Street, 29, apt. 45.

Review. *The article examines the features of the system of investigative actions performed at the stage of initiation of a criminal case. The author analyzes the characteristics of investigative activities in the audit reports of the crime, identifies the problems of legal regulation of the activities under research; justifies the system of*

investigative activities at this stage. The author also provides his classification of means of verification of a crime report and discusses the place of system of investigative activities at the stage of initiation of a criminal case in the system of investigative activities at the stage of preliminary investigation. The methodological basis for the study is grounded on the dialectical method of knowledge of social and legal phenomena, the unity of their social content and legal form, providing a scientific, comprehensive, functional and organizational-activity approach to the study of systems at the investigation stage of criminal proceedings. The author used legal, sociological and other methods of scientific knowledge: logical, comparative legal, system analysis and simulation, allowing him to justify a system of investigative actions conducted following the crime report. Scientific novelty of the article is reflected in the results: undergoing structural evolution, the stage of initiation of a criminal case received a whole range of means of crime reports verification; the analysis of the features that characterize the group of investigative activities indicates the formation of a system of investigative activities of the analyzed stage by the legislator. The system of investigative activities at the stage of initiation of a criminal case is part of a general system of investigative activities at the stage of preliminary investigation.

Keywords: *initiation of a criminal case, system of investigative activities, features of system of investigative activities, means of verification of crime report, problems of legal regulation*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Aleksandrov A. S., Lapatnikov M. V. Sokrashhennoe doznanie: ustarevshee novshestvo // Uголовный процесс. — 2013. — № 4. — С. 12—19.
2. Artamonova E. A. Stadija возбуждения уголовного дела: не все то лучшее, что новое // Уголовно-процессуальные и криминалистические средства обеспечения эффективности уголовного судопроизводства : материалы международной научно-практической конференции. — Иркутск, 2014. — С. 14—20.
3. Baev O. Ja. Proizvodstvo sledstvennyh dejstvij. Kriminalisticheskij analiz UPK Rossii. Praktika, rekomendacii : prakticheskoe posobie. — M., 2010. — 240 s.
4. Dmitriev D. V. Tolkovij slovar' russkogo jazyka. — M. : AST, 2003. — 1584 s.
5. Dronova E. V., Kon'shina Ja. A. Naznachenie jekspertizy i zaderzhanie v hode proverki soobshhenija o prestuplenii // Al'manah sovremennoj nauki i obrazovanie. — 2012. — № 10 (65). — С. 59—61.
6. Enikeev M. I., Obrazcov V. A., Jeminov V. E. Sledstvennye dejstvija: psihologija, taktika, tehnologija : uchebnoe posobie. — M. : TK Velbi, Prospekt, 2008. — 212 s.
7. Kal'nickij V. V. O sledstvennyh dejstvijah v stadii возбуждения уголовного дела // Zakonodatel'stvo i praktika. — 2015. — № 1. — С. 65—71.
8. Karetnikov A. S., Koretnikov S. A. Sledstvennye dejstvija kak sposoby proverki soobshhenija o prestuplenii // Zakonnost'. — 2014. — № 7. — С. 37—42.
9. Majorov V. I. K voprosu o porjadke rassmotrenija soobshhenij o prestuplenijah // Vestnik JuUrGU. — Serija : Pravo. — 2013. — T. 13. — № 2. — С. 31—33.
10. Markovicheva E. V., Vasjukov V. F. Problemnye voprosy возбуждения уголовных дел на современном этапе : monografija. — M. : Prospekt, 2016. — 80 s.
11. Ozhegov S. I., Shvedova N. Ju. Tolkovij slovar' russkogo jazyka : 80 000 slov i frazeologicheskikh vyrazhenij. — 4-e izd. dop. — M. : Temp, 2006. — 944 s.
12. Rjapolova Ja. P. Processual'nye dejstvija, provodimye v stadii возбуждения уголовного дела: pravovye, teoreticheskie i organizacionnye osnovy : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — Kursk, 2012. — 28 s.
13. Tomin V. T., Popov A. P., Zinchenko I. A. Uголовный процесс России. Problemnye lekcii : uchebnoe posobie. — Pjatigorsk, 2014. — С. 231.
14. Chovrebova I. A. Obnovlennoe pravovoe regulirovanie proverki soobshhenij o prestuplenijah // Publichnoe i chastnoe pravo. — 2013. — № 4. — С. 149—156.
15. Shejfer S. A. Sledstvennye dejstvija. Osnovaniya, processual'nyj porjadok i dokazatel'stvennoe znachenie. — Samara, 2004. — 228 s.

КРИМИНАЛИСТИКА И КРИМИНОЛОГИЯ. СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

В. Е. Эминов*

Сексуальные преступники: криминологическо-психологический характер

Аннотация. В статье на основе собственных эмпирических исследований, а также изучения ранее полученных данных представлена личность сексуального преступника с учетом криминологических и психологических данных¹. Важным является установление факторов, обуславливающих возрастные различия в общественно опасном социальном поведении мужчин. Основная их доля приходится на возраст до 32 лет. В отличие от других, сексуальных преступников выделяют своеобразные особенности. Несмотря на достаточно хорошую освещенность рассматриваемого вопроса в специальной литературе, многие проблемы, связанные с личностью сексуального преступника, мотивами и механизмами сексуального преступного поведения, требуют дополнительного изучения и анализа.

Ключевые слова: сексуальные преступники, статистические исследования, насилие, возраст, изучение изнасилований, сексуальный маньяк, латентность, криминолог, зарубежный эксперт, Интернет.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.147-153

С учетом высокой латентности ежегодно регистрируется примерно равное количество изнасилований, за исключением последних лет:

Год	Количество преступлений
1997	9 307
1998	9 014
1999	8 346
2000	7 901
2001	8 196
2002	8 117
2003	8 085

2004	8 795
2005	9 222
2006	8 871
2007	7 038
2008	6 208
2009	5 398
2010	4 907
2011	4 801
2012	4 486
2013	4 246
2014	4 163

¹ См. подробно: Антонян Ю. М., Эминов В. Е. Личность преступника: криминологическо-психологическое исследование. М. : Норма, 2010.

© Эминов В. Е., 2016

* Эминов Владимир Евгеньевич, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки России
KUIP@msal.ru
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Как показывают статистические исследования, лица в возрасте до 21 года включительно составляют среди насильников примерно 2/3. Наиболее высока преступная активность несовершеннолетних в возрасте 16—17 лет². На лиц же в возрасте 32 лет и старше приходится менее 1/10 от общего числа выявленных насильников. Приведенные данные указывают на одну из основных проблем изучения изнасилований. Она состоит в установлении факторов, обуславливающих возрастные различия в общественно опасном социальном поведении мужчин. Эти особенности касаются не только криминальной активности, но и других показателей совершения изнасилований, например характера применяемого насилия, совершения их в группе или в одиночку, выбора жертвы.

Сексуальные преступники отличаются большим своеобразием, которое выделяет их среди всех преступников. Особенно сильно это проявляется в мотивации сексуальных преступлений, и хотя в настоящее время имеется значительное число содержательных научных исследований личности сексуального преступника, мотивов и механизмов сексуального преступного поведения, многие проблемы требуют дополнительного изучения и анализа.

Чем моложе преступники, тем чаще они совершают изнасилования в группе. Редко встречаются устойчивые группы, специально сложившиеся для совершения рассматриваемых преступлений. Умысел на совершение группового изнасилования вызревает, как правило, в ходе совместного проведения досуга знакомыми лицами. Если же группа устойчива, то она состоит большей частью из несовершеннолетних, объединившихся в процессе совершения различных по характеру преступлений и иных правонарушений. Доля групповых изнасилований среди всех изнасилований значительно превышает долю совершения группой лиц умышленных убийств или тяжких телесных повреждений.

Изнасилования ранее судимыми лицами совершаются реже, чем ранее несудимыми. Рецидивисты чаще совершают убийства и наносят тяжкий вред здоровью.

Во многих работах отмечается низкий образовательный и культурный уровень насильников, который тем не менее выше, чем среди тех, кто виновен в совершении убийств и причинении тяжкого вреда здоровью. Среди насильников отмечается также наличие отрицательных привычек поведения. Так, по выборочным данным неоднократные нарушения общественного порядка и пьянство характерны для более чем 2/3 данного контингента. Среди нравственно-психологических свойств лиц, совершающих изнасилования, выделяется эгоцентризм, при котором собственные желания и чувства рассматриваются как единственно значимые для выбора варианта поведения и подлежащие безусловному удовлетворению. Этим лицам свойственно неуважение к женщинам, примитивизм и цинизм во взглядах на половые отношения.

В связи с этим не могут не привлечь внимания полученные нами при опросе осужденных за изнасилования следующие данные: 36 % опрошенных указали, что при сходных обстоятельствах они всегда применяли насилие по отношению к женщинам. Следовательно, такой образ действий становится для них стереотипом, отражая в то же время отношение к женщинам в целом.

По результатам ранее проведенных исследований можно выделить следующие нравственно-психологические характеристики сексуальных преступников, и в первую очередь насильников:

- 1) грубость, зачастую переходящая в жестокость, цинизм, отсутствие чувства стыда, неуважение к людям, эгоизм, потребительское отношение к окружающим;
- 2) крайний примитивизм во взглядах на взаимоотношения полов, сводящий их к физиологическому акту;
- 3) взгляд на женщину как на низшее существо, призванное служить мужчине орудием полового наслаждения;
- 4) разнузданность, не признающая никаких преград на пути к удовлетворению полового влечения;
- 5) моральная распущенность, рассматриваемая некоторыми из насильников как достоинство.

² Ежегодно более 100 тыс. несовершеннолетних становятся потерпевшими от преступлений, сопряженных с насильственными действиями.

Западногерманский криминолог Г. Кайзер приводит следующие данные о виновных в изнасилованиях. Среди них, как и вообще в «классической» преступности, больше представителей низшего социального слоя и низших групп среднего социального слоя, а также лиц с дефектами социализации. У преступников-насильников встречаются значительно чаще, чем у других половых преступников, ненормальные семейные условия, нарушения поведения в детстве и пребывание в доме для трудновоспитуемых. Давая более осторожную формулировку, можно сказать, что органами социального контроля регистрируются, прибегая к помощи жертв, и подвергаются санкциям со стороны органов юстиции прежде всего преступники с такими признаками. Для осужденных половых насильников характерны чаще всего нарушенные семейные связи, трудности и неуспехи в школе и на работе, а также отклоняющиеся ценностные ориентации.

Для осуществления воспитательной работы в процессе следствия, суда и исполнения наказания важно поведение подозреваемых (обвиняемых, подсудимых, осужденных), их отношение к собственным преступным действиям, та позиция, которую они занимают в ходе расследования.

В начале предварительного следствия полностью признавали свою вину и подробно рассказывали о содеянном обвиняемые лишь по 59 % уголовных дел.

Все разнообразие защитительных позиций, занимаемых обвиняемыми, можно разделить на семь групп:

- 1) большая группа обвиняемых (45 % дел) утверждала, что половой акт был добровольным;
- 2) по 20 % дел обвиняемые, отрицая совершение полового акта, пытались иначе объяснить повреждения, имевшиеся на потерпевшей и ее одежде;
- 3) по 14 % дел допрашиваемые, признавая встречу с потерпевшей во время, близкое к моменту преступления, отрицали совершение в отношении ее каких-либо сексуально окрашенных действий;
- 4) по 7 % дел обвиняемые соглашались с тем, что предлагали потерпевшим совершить половой акт, приставали к ним, но потом отказались от этого намерения;

5) по 5 % дел обвиняемые признавали, что были на месте происшествия, но утверждали, что не общались с потерпевшими;

6) по 7 % дел обвиняемые выдвигали алиби;

7) по 2 % дел обвиняемые вообще не вступали в контакт со следователями либо отказывались давать показания по существу дела.

Специальное исследование показало, что на момент отбывания наказания около 60 % осужденных за изнасилования не признавали себя виновными. Особенно это характерно для тех мужчин зрелого возраста, которые изнасиловали несовершеннолетних, почти для всех случаев изнасилования малолетних девочек, дочерей и женщин преклонного возраста. На наш взгляд, подобное отношение к содеянному обусловлено не только боязнью резко отрицательных оценок других осужденных, весьма возможных унижений, отвержения с их стороны, но и потребностью насильника выглядеть в собственных глазах лучше, чем он есть на самом деле. Такая самооценка постепенно (а они обычно отбывают длительные сроки наказания) становится устойчивым образованием, прочно закрепляется в психике, выполняя субъективно-защитные функции. Данное образование тем стабильнее, чем раньше оно сформировалось, например в начале предварительного расследования.

У многих насильников, как свидетельствуют беседы с ними, появляется почти искренняя уверенность в том, что, в сущности, они ни в чем не виноваты или их вина невелика. Всю вину они переносят на внешние обстоятельства и на самих потерпевших. Именно поведение последних выступает в рассказах многих осужденных за изнасилования основной причиной их преступных действий: если бы жертвы вели себя иначе, ничего бы не произошло. При этом виновность потерпевших усматривается и тогда, когда объектом сексуального посягательства были девочки 10—14 лет.

Разумеется, такое отношение к собственному преступному поведению существенно затрудняет исправление и перевоспитание подобных лиц, повышает вероятность повторения насильственных сексуальных действий.

Криминологи часто и обоснованно обращают внимание на то, что среди насильников заметна доля тех, кто имеет психические расстройства (в рамках вменяемости). Как правило, этим расстройствам дается адекват-

ная криминологическая оценка. На практике очень часто изнасилования, в первую очередь в особенно извращенной, жестокой, наиболее циничной форме, а также сексуальные покушения на малолетних и женщин преклонного возраста, пытаются объяснить именно наличием психических аномалий («изнасиловал потому, что психопат», «мозги замкнуло», «заклинило»).

В этом отношении научный интерес представляет, например, уголовное дело в отношении сексуального маньяка. На вопрос о том, что подвигло его на гнусное преступление в отношении малолетней девочки, которую он зверски изнасиловал и задушил, он пояснил следующее: «Сидя днем за рюмкой водки у телевизора, я спокойно смотрел передачу “Алло, мы ищем таланты”, где под руководством известного телеведущего маленькие девочки, одетые как взрослые “модели”, танцевали, с азартом имитируя сексуальные телодвижения, подражая взрослым девицам-танцовщицам. Это зрелище вызвало у меня непреодолимое желание, что-то в голове “замкнуло”, и я, ничего не соображая, помчался в ближайшие дворы на поиски объекта сексуального “удовлетворения”»³.

Такие выводы о психогенных аномалиях представляются принципиально неверными. Прежде всего отметим, что психические отклонения — это лишь медицинский диагноз, сам по себе не объясняющий поведение полностью, поскольку не содержит указания на его мотивацию. Следовательно, необходимо психологическое объяснение, психологический анализ субъективных причин поступков с обязательным учетом нарушенной психики. Известно, что множество людей с такой психикой не совершают никаких противоправных действий, и уже одно это свидетельствует о нефатальном характере психических аномалий.

Тем не менее для совершенствования работы по предупреждению изнасилований, для правильного распределения сил и средств,

применения адекватных мер воздействия нужно знать, какова среди насильников доля лиц с психическими аномалиями, каков характер этих аномалий. По полученным нами выборочным данным, 61,0 % виновных в изнасилованиях психически здоровы. Среди остальных основную массу составляют: психопаты — 15,8 %, хронические алкоголики — 9,0 %, олигофрены — 6,8 %, лица с остаточными явлениями травм черепа — 2,8 %. Обращает на себя внимание тот факт, что олигофренов среди насильников вдвое больше, чем среди убийц, воров, грабителей и разбойников. Если всех олигофренов, обнаруженных нами среди преступников, принять за 100 %, то их распределение будет таково: осужденные за умышленные убийства — 6,3 %, за нанесение тяжких телесных повреждений — 6,3 %, за изнасилования — 25,0 %, за разбой или грабежи — 14,6 %, за кражи — 18,8 %, за хулиганство — 20,8 %, по совокупности из числа названных с другими преступлениями — 8,2 %.

Высокий удельный вес олигофренов среди насильников объясняется тем, что интеллектуальные расстройства мешают им устанавливать контакты с женщинами, в том числе в целях сексуального сближения. Дефекты речи, ограниченный запас слов и их неправильное употребление и произношение, замедленность движений, угловатость, однообразие и бедность мимики и пантомимики, тупое маскообразное лицо, нарушения строения черепа, наружного уха и т.д. в сочетании с неопрятностью и неряшливостью — все это с детских лет затрудняет олигофренам взаимоотношения с людьми, вызывает в них озлобление и замкнутость.

В целом изнасилования имеют существенную криминологическую специфику, несмотря на ряд общих моментов, объединяющих их с другими насильственными преступлениями, в первую очередь с такими, как убийства и нанесение тяжких телесных повреждений. Относится это и к самим насильникам. Поэто-

³ Примечательно, что ярыми «трубадурами» сексуальной вседозволенности, моральной распущенности, порнографии сегодня открыто являются многие известные представители культуры, искусства, включая подчас высоких должностных лиц, популярных общественных деятелей, депутатов. Ныне они самозабвенно «воют с ханжеством», цензурой, малейшим вмешательством в свободу СМИ, Интернета, поощряя и сея вопиющую антинравственность и увеличивая тем самым насильственную и сексуальную преступность.

му следует признать обоснованным мнение о том, что хотя убийство и изнасилование объединены одним специальным объектом, поскольку направлены против личности, и хотя оба эти преступления имеют, безусловно, насильственный характер, однако лица, их совершающие, во многом и существенно различаются между собой.

Как представляется, такие различия могут быть обнаружены скорее не в социально-демографических характеристиках насильников и, например, убийц. Если здесь различия и имеются, то они вряд ли столь существенны для объяснения преступного поведения. Очевидно, важнее найти отличительные признаки в причинах этих преступлений, способствующих им условиям, мотивации. Гораздо сложнее установить выделяющиеся черты в действиях и личности тех, кто совершил убийства или нанес тяжкие телесные повреждения, и тех, кто совершил изнасилование, а затем убил потерпевшую или нанес ей тяжкие телесные повреждения. Очень возможно, что подобные черты вообще не существуют.

Исследование латентности изнасилований показало, что **учтенные изнасилования соотносятся с изнасилованиями латентными как 1 : 3**. Чаще всего о совершенном в отношении них сексуальном посягательстве (по понятным причинам) не сообщают замужние женщины. Чаще заявляют о подобных преступлениях лица, которые были не только изнасилованы, но которым к тому же были нанесены телесные повреждения и (или) у них было похищено имущество.

Можно выделить следующие наиболее **типичные группы изнасилований** по их внешним, объективным признакам:

1. Внезапные нападения на женщин, в том числе на малолетних девочек и несовершеннолетних, лиц преклонного возраста, а также случаи, когда потерпевшие находятся с мужчинами. Жертвами могут быть и те женщины, которых насильники знали раньше.
2. Изнасилования, связанные с совместным свободным времяпрепровождением в малых группах. Это наиболее характерно для несовершеннолетних и молодых взрослых

преступников, часто принимает форму группового изнасилования.

3. Изнасилования, совершаемые в результате контактов (обычно досуговых) между мужчиной и женщиной, причем знакомство их часто бывает коротким по времени.
4. Изнасилования женщин, находящихся в родственных и семейных связях с преступниками, а также являющихся соседями или товарищами по работе.
5. Иные случаи изнасилований.

Ненадлежащее поведение потерпевшей может наблюдаться во всех выделенных группах, но чаще всего во второй и в третьей. Неосторожное, неосмотрительное поведение может встречаться и в рамках первой группы.

Осуществленное Ю. М. Антоняном, В. П. Голубевым и Ю. Н. Кудряковым исследование изнасилований и виновных в их совершении лиц позволило выявить следующие **типы насильников**:

- 1) охотящийся (внезапно нападающий в целях изнасилования на незнакомых женщин);
- 2) регрессивный (совершающий изнасилования девочек-подростков 7—14 лет);
- 3) тотально самоутверждающийся (совершающий изнасилования женщин и в то же время убийство находящихся с ними мужчин или наносящий им телесные повреждения);
- 4) конформный (совершающий изнасилования под влиянием группы);
- 5) аффективный (совершающий изнасилования малолетних девочек (до 7 лет) и женщин преклонного возраста);
- 6) импульсивный, или ситуативный (совершающий изнасилования в ситуациях, субъективно оцениваемых как благоприятные);
- 7) отвергаемый (человек с умственной недостаточностью и другими физическими и психическими аномалиями. Из-за этих недостатков он не может удовлетворить свои половые потребности обычным путем, поэтому прибегает к насилию);
- 8) пассивно-игровой (совершающий изнасилования в связи с сексуально провокационным поведением женщин и собственным неумением найти выход из создавшейся ситуации)⁴.

⁴ См.: Антонян Ю. М., Голубев В. П., Кудряков Ю. Н. Изнасилования: причины и предупреждение. М., 1991.

Это не исчерпывающий перечень типов насильников, возможны и другие.

Внимание общественности и правоохранительных органов не только России, но и всего мира привлекают в последние годы преступления, тесно примыкающие к тем, которые выделены в уголовном законе в группу деяний против половой неприкосновенности и половой свободы личности. Это вовлечение в занятие проституцией (ст. 240 УК РФ), организация и содержание притонов для занятий проституцией (ст. 241 УК РФ), незаконное распространение порнографических материалов или предметов (ст. 242 УК РФ). Такие преступления особенно опасны, если в их орбиту вовлечены несовершеннолетние. За последние 5 лет число уголовных дел, возбужденных по ст. 240—242 УК РФ, увеличилось почти вдвое.

В последние годы сотрудниками органов внутренних дел была предотвращена деятельность нескольких организованных преступных групп, изготавливавших и распространявших

через Интернет и международные почтовые компании порнографические материалы с участием российских детей, а также занимавшихся похищением несовершеннолетних и принуждением их к занятию проституцией. Названные преступные группы действовали в пяти областях европейской части страны. Только по одному уголовному делу во время обысков были изъяты магнитные и иные носители, содержащие более 30 тыс. порнографических изображений с участием детей.

В России отмечается растущий поток девушек, в том числе несовершеннолетних, которые направляются для занятия проституцией практически в любой регион мира.

Очень активно используется Интернет как эффективный канал распространения порно и другой сексуально ориентированной продукции, размещения рекламных сведений о ней и ее производителях. По оценкам зарубежных экспертов, раскрученный порносайт приносит доход до 3 млн долл. в год⁵.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Антонян Ю. М., Эминов В. Е.* Личность преступника: криминологическое исследование. — М.: Норма, 2010.
2. *Варданыан А. В.* Особенности формирования преступной мотивации у лиц, имеющих психические расстройства, не исключающие вменяемости, при совершении ими преступлений против жизни и здоровья личности на сексуальной почве // Вестник Волгоградской академии МВД России. — 2014. — № 3 (30).
3. *Стешич Е. С.* Критерии оценки деятельности органов внутренних дел и предупреждение насильственных преступлений // Вестник Северо-Кавказского гуманитарного института. — 2014. — № 1 (9).
4. *Антонян Е. А.* Деятельность правоохранительных органов, направленная на профилактику и предупреждение сексуальных преступлений // Правоохранительная деятельность: теория и практика: сборник статей. — М.: Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2015.
5. *Антонян Ю. М., Голубев В. П., Кудряков Ю. Н.* Изнасилования: причины и предупреждение. — М., 1991.

Материал поступил в редакцию 9 февраля 2016 г.

⁵ В 2002 г. в Перми была арестована преступная группа из семи человек, которая совершала половые сношения, развратные и иные насильственные действия сексуального характера в отношении несовершеннолетних из неблагополучных семей, занималась изготовлением и распространением детской порнографической продукции в сети Интернет. При обыске у них было обнаружено около 2 тыс. порнографических фотоснимков с детьми.

A SEXUAL OFFENDER: CRIMINOLOGICAL AND PSYCHOLOGICAL PROFILING

EMINOV Vladimir Evgenevich — Ph.D. in Law, Professor of the Department of Criminology and Penal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honored Worker of Science of the RF
KUIP@msal.ru
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Review. *The article analyzes the identity of a sexual offender with due account for criminological and psychological findings on the basis of empirical examination held by the author and earlier findings⁶. It is essential to determine the factors that determine age differences in social behavior of males that is injurious to the public. Their main share falls on the age up to 32 years. As opposed to others, sexual offenders are characterized by certain specific features. Despite the fact that the problem at issue is well highlighted in professional literature, a lot of newly arising issues connected with the personality of a sexual offender require further study and analysis.*

Keywords: *sexual offenders, statistical inquiry, violence, age, rape examination, sex maniac, latency, criminologist, foreign expert, the Internet.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Antonjan Ju. M., Jeminov V. E. Lichnost' prestupnika: kriminologo-psihologicheskoe issledovanie. — M. : Norma, 2010.
2. Vardanjan A. V. Osobennosti formirovaniya prestupnoj motivacii u lic, imejushhих psihicheskie rasstrojstva, ne iskljuchajushhie vmenjaemosti, pri sovershenii imi prestuplenij protiv zhizni i zdorov'ja lichnosti na seksual'noj pochve // Vestnik Volgogradskoj akademii MVD Rossii. — 2014. — № 3 (30).
3. Steshich E. S. Kriterii ocenki dejatel'nosti organov vnutrennih del i preduprezhdenie nasil'stvennyh prestuplenij // Vestnik Severo-Kavkazskogo gumanitarnogo instituta. — 2014. — № 1 (9).
4. Antonjan E. A. Dejatel'nost' pravoohranitel'nyh organov, napravlennaja na profilaktiku i preduprezhdenie seksual'nyh prestuplenij // Pravoohranitel'naja dejatel'nost': teorija i praktika : sbornik statej. — M. : Izdatel'skij centr Universiteta imeni O.E. Kutafina (MGJuA), 2015.
5. Antonjan Ju. M., Golubev V. P., Kudrjakov Ju. N. Iznasilovanija: prichiny i preduprezhdenie. — M., 1991.

⁶ See: Antoyan Y. M., Eminov, V. E. Identity of a Criminal: criminological and psychological inquiry. M.: Norma, 2010.

Модификации пула взаимного страхования при трансграничной морской перевозке опасных грузов

Аннотация. Взаимному страхованию предшествует бескомпромиссность убытков, когда покрытие ущерба явно затруднено. Расходы на страховые выплаты порождают немало вопросов, если исполнение обязательств противопоставляется приемам, способам возложения потерь. Однако родовые признаки товарной партии сами нередко указывают на отыскание показателей максимального убытка. Сообщества взаимных страховщиков, страхователей (клубы P & I) буквально удостоверяют многообразие рисков. Складывается благоприятная почва для широкой модернизации, когда интересы страхователя заключаются в придании неизменного положения именно потенциально возможной прибыли. Клубы взаимного страхования начинают воздерживаться от простого поддержания страхового фонда, занимают более активную позицию на стадии прекращения договора как длящегося обязательства. Страховая сумма полнее декларирует обязательность покрытия, пусть увеличение стоимости страхуемого имущества при этом не просто остановить. Сохранение портфеля собственного страхового удержания оборачивается уменьшением стоимости страхования, а презумпция надлежащего исполнения обязательства преподносится как один из неразрывно презюмируемых результатов. Так формируется тот своеобразный центр притяжения для сообществ взаимных страховщиков, где воплощение коллизионного принципа характерного исполнения договора рассматривается в аспекте предсказуемости страхового риска.

Ключевые слова: страховой тариф, клубы взаимного страхования, договор перестрахования, суточная стоимость страхового продукта, экспортная сделка, капиталоемкость страховой премии, первоначальная страховая сумма, предвидимость риска, капитал-нетто.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.154-161

Исполнение обязательств из договора взаимного страхования в сфере трансграничной морской перевозки опасных грузов непреложно сопровождается бескомпромиссностью убытков, на фоне которых тщетны иной раз любые усилия, направленные на покрытие ущерба.

Технология взаимного страхования складывается между тем весьма проблематично: картина страхового случая, возможно, и прозрачна, но кумуляция свободных активов все равно просматривается непросто. Целенаправленное правовое воздействие на страховые отношения оказывается эффективным, разве

© Скачков Н. Г., 2016

* Скачков Никита Геннадьевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) skanic@mail.ru
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

что против монолитных групп рисков. Так зарождается лишь минимальный уровень защиты, преимущественно слабой стороны в правоотношениях, где ключевые различия между гражданской и договорной ответственностью безостановочно корреспондируют от реального ущерба к упущенной выгоде.

Как следствие, альтернативные источники погашения компенсации, скорее всего, элементарно отсутствуют. В то же время превышение размеров выплат, прежде оставляемых на собственном удержании страхователя, ожидаемо предпрешено. Правда, все ближе и операционные затраты, где предпосылки к наступлению безубыточности интерпретируются уже как можно более широко.

Расходы на страхование порождают немало вопросов, хотя, как представляется, они без остатка инкорпорируются в сферу рискообразующих факторов. Но о глобализации здесь пока не приходится говорить, выгодоприобретателя подвигают выплачивать в разы больше, чем нужно на самом деле. Его позиция оказывается поколеблена изначально, настолько, насколько содержательные нормы того или иного внутригосударственного правового акта воспринимают прогностику риска.

Непосредственно физические свойства тех или иных опасных материалов — всего лишь оболочка, свидетельствующая о безусловности обязательств из закрепления страхового покрытия. Как подчеркивается в Конвенции ООН о договорах полностью или частично морской перевозки грузов (заключена 11 декабря 2008 г.), стоит лишь отчасти исчерпать некий первичный уровень заботливости, как операционные риски неизбежно затронут и риски кредитных групп. Тем самым устанавливается, какие родовые признаки специфической товарной партии нуждаются в отыскании показателей максимального убытка. Между тем предопределенность страховой премии по-прежнему предвосхищает всю полноту восполнения затрат. Вот только упрочение риска вряд ли прельстит взаимного страховщика, а тем более понравится страхова-

телю. Подразумеваемое, если угодно, ассигнование ответственности просто так не составит основу стоимости страхового продукта.

Как следует из Международного кодекса по управлению безопасностью (ISM Code) в редакции от 1 июня 2010 г., складывается подлинная многоаспектность рискообразующих факторов, где ставки тарифа апеллируют к капиталоемкости страхового депозита. Последней присуща и доля коварства, поскольку интенсифицируется наступление такого страхового случая, все модификации его тем не менее вряд ли возможно предугадать¹.

Сообщества взаимных страховщиков, страхователей (клубы P & I) вынуждены буквально удостоверять характер партии опасных грузов, причем на стадии образования факторов риска. По мысли М. Фарахани, подобная практика не конструирует способы обеспечения исполнения обязательств, всего лишь актуализирует прочное возложение потерь².

Все же несколько усомнимся, предваряется ли много ни мало расширительное толкование такого внеправового понятия, как рискогенные компоненты опасного груза, что уже прямо указывает на автономизацию страховой функции, ее независимость от предвидимости потерь. В окончательном своем итоге возмещение убытков всего лишь слепок имущественных затрат, заложенных в той же Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте (действует с изменениями и дополнениями от 21 декабря 1979 г.). Тогда как предпосылки образования рисков исходят из очевидной опасности страхового случая.

Клубы, сообщества взаимного страхования, бесспорно, отрицают предугадываемую в этом ключе риторику о всепроникающей роковой неизбежности. Однако и взвешенная оценка общесистемного характера страховых выплат тоже, как оказывается, невозвратно далека от сколь-нибудь благожелательных сентенций. Так, Сообществу Gard P & I (Bermuda) A. S. LTD чужда даже мысль об оптимистической оценке убытков. Клуб взаимного страхования при-

¹ Подробнее см.: Скачков Н. Г. Управление рисками трансграничной перевозки продуктов переработки нефти; эволюция методов начисления компенсации (на примере деятельности IOPC FUND's) // Lex Russica. 2012. № 3.

² Farahani M. M. Liability and Compensation Regime for Oil Pollution Damage under International Conventions // The Faculty of Law. Lund University. Lund, 2011. P. 16.

тязает лишь на некую разновидность компенсации, влияние многообразия видов рисков видится здесь детализирующим фактором. Как подчеркивается в Циркуляре № 19/2013 (действует с изменениями, а также дополнениями от 20 февраля 2014 г.), страховая сумма декларирует лишь обязательность покрытия, однако возмещение опосредуется исходя из предстоящего перерасчета³.

Реальная страховая стоимость определенно избавлена от существенных модификаций. Не случайно в Циркуляре того же клуба P & I № 11/12/2015 «Об индексации рисков разной степени классности взаимными страховщиками и их корреспондентами в период 2015—2016 гг.» от 13 мая 2015 г. констатируется уже привнесение статичного риска, когда интересы страхователя заключаются в придании неизменного положения именно потенциально возможной прибыли. Пусть увеличение стоимости страхуемого имущества при этом и осуществляется целенаправленно, поступательно.

Соответственно, лишь при своевременном характере внесения страховой суммы позволительно определять, какая из выплат предназначена к скорейшему восполнению активов, а какая отводится погашению издержек либо, предположим, долгов⁴.

Некая новация между тем все же прослеживается достаточно прочно, обуславливая при этом капиталоемкость страховой премии. Если одна из слагающих ее сумм, по сути, детерминирует степень риска, то другая все чаще служит преодолению неравенства при исчислении объемов страхового покрытия. Сохранение размеров собственного удержания, включая целевые портфели страхового фонда, оборачивается тогда неожиданным эффектом — уменьшением стоимости страхования. Любая из обеспечительных гарантий, вплоть до стандартизации полисных правил, тогда обременительна. При исчислении показателей страхового тарифа приходится оперировать лишь усреднениями из размеров убытка по отношению к вероятной страховой сумме.

Клубы взаимного страхования P & I не пренебрегают вполне обоснованной в этой связи предосторожностью. Как подчеркивается в Циркуляре клуба The Steam Ship Insurance Association Limited; Britannia P & I № 25/06/2015 от 25 июня 2015 г., именно таким способом страховщик опровергает, наконец, довлеющие над ним риски. Неразрывный, казалось бы, фатальный характер последствий заменяется куда более активной позицией, которая и удостоверяет, в каких количественных, а также качественных пределах опосредуется столь пагубное прекращение договора как длящегося обязательства⁵.

Однако и страхователь никогда не удовлетворится коннотациями того же, скажем, Международного кодекса морской перевозки навалочных грузов (IMSBC Code), где предостережения от ошибок при совершении транспортной операции удостоиваются весьма критических сентенций. Фактор невозвратности потерь ощущается между тем достаточно остро. Так складывается та логическая взаимосвязь, что прослеживается между безусловностью покрытия по полису и составом сопутствующего тому правоотношения на фоне избыточного страхового возмещения. Стратегия, какую ни выбери, скорее всего, окажется шаткой, страховые компании обрекаются на самую широкую квалификацию одних видов страхования, противопоставляя их другим. Таким образом, пусть отчасти, но удастся компенсировать растущую убыточность, хотя интересы страхователя едва ли здесь до конца соблюдены (он стремится к покрытию максимума рисков именно по минимальной цене).

Между тем вполне предвидима не менее яркая полемика об участии предотвращенного риска, насколько он приближает появление так называемого исключенного риска. Но вне зависимости от того, освобождается ли при этом страховщик от необходимости перечисления страховой суммы, структурирование оплаты по-прежнему непрочны. Скажем, в парадигме клуба The North of England Protecting &

³ Covering Risks and Preventing Losses. Amendments to the Rules for Ships 2014 // To the insurer of P & I Gard (Bermuda) A. S. LTD. 2014. Part II. P. 36.

⁴ Covering Risks and Preventing Losses. Amendments to the Rules for Ships 2015 // To the insurer of P & I Gard (Bermuda) A. S. LTD. 2015. Part IV. P. 9.

⁵ To All Members: The Britannia P & I Correspondence // Amendments to the IMSBC Code. 2015. P. 19.

Indemnity Association Limited, а статут ее слагает Книга о наставлениях, правилах и рекомендациях от 20 февраля 2014 г., формирование консолидированного покрытия еще приветствуется, чем и заслуживает покровительство ассоциации взаимных страховщиков.

Однако, спустя лишь год, как следует из Наставлений для корреспондентов P & I Сообщества, от подобной категоричности мало что остается. Особо в этом ключе обращает на себя внимание так называемое Правило 22, датированное 20 февраля 2015 г. Там содержится нехитрое условие об ограничении величины страховой премии комбинаторикой обязательств, каждое из которых служит идентификации природы страхового случая. Вместе с тем страховая сумма все же дифференцируется от той, что представляет собой обязательство страховщика применительно к совершенно точно последовавшему страховому событию⁶.

Как подчеркивает в этой связи М. Гэскелл, оплата долгов начинает тогда предшествовать начислению компенсации, но от многообразия интерпретаций понесенного ущерба тоже избавиться непросто. Страховой случай уже состоялся, одним этим зримо перечеркиваются надежды на возрождение того правового режима, что одно время неопровержимо свидетельствовал в пользу кредитора⁷.

Свобода выбора риска, как представляется, здесь не менее очевидна. Тем не менее тщетно апеллировать к солидарной ей безусловности контракта: она сомнительна ровно настолько, насколько неотвратимо усложнение юридического состава всего ландшафта рисков в целом.

Означает ли это, что внешне структурированная стоимостная оценка начинает изобиловать весьма обременительными условностями? Да, пожалуй. Алгоритмизация убытков, если расходы опосредуются наличием гражданско-правового договора, и вовсе бывает очень даже затруднена. Хорошо еще, если страховые выплаты оказываются, что называ-

ется, заложенными изначально, составляют весомую часть контрактных условий. Совершение платежей не побуждает к изменению сущности другого, более близкого обязательства: презумпция надлежащего его исполнения интегрируется впоследствии просто как один из ожидаемых результатов.

В этом аспекте правоотношения отличаются известной сложностью, хотя, как находит Ш. Босма, взаимообразующие контракты, в сущности, релевантны. Но те же, предположим, операционные соглашения чаще всего почему-либо отвечают за одноименный им риск. Они исходят из преимущественного заключения сервисных договоров, где предусматривается своего рода полисистемность принципов *characteristic performance* по отношению к наиболее тесной связи⁸.

Подобное сочетание гибких коллизионных норм призвано, несомненно, оставить свой след. Именно так и формируется тот своеобразный центр притяжения для сообществ взаимных страховщиков, где последовательность воплощения принципа характерного исполнения договора рассматривается в аспекте его предсказуемости. Данные факторы означают уверенное преобладание корректирующих оговорок в действующих контрактах, чем видоизменяют сущностные объемы покрытия исходя из максимизации ущерба. Стоит заметить, что корректирующая оговорка скорее напоминает о расщеплении договорного статута с последующим определением права, подлежащего применению, для каждого элемента договора в отдельности. Право той страны, с которой этот договор связан наиболее тесно, видится настоящей находкой, однако академизм устоявшихся подходов чаще всего указывает на пагубную коллизию между стоимостью, с одной стороны, и расходами — с другой.

Сообщество The American Steamship Owners Mutual P & I Association — The American Club, что называется, задавало здесь тон. Любую

⁶ To All Members: The North of England Protection and Indemnity Association Limited // Conditions, Exclusions, Limitations and Warranties. 2015. P. 22.

⁷ Gaskell N., Forrest G. Marine Pollution Damage: Implementing the Bunker Oil Convention 2001 and the Supplementary Fund Protocol 2003 // University of Queensland. Brisbane, 2008. P. 104.

⁸ Bosma Sh. The Regulation of Marine Pollution Arising from Offshore Oil and Gas Facilities — An Evaluation of the Adequacy of Current Regulatory Regimes and the Responsibility of States to Implement a New Liability Regime // The Metropolitan University Edition. London, 2011. P. 90.

детализацию угроз, насколько упоминается в Циркуляре № 15/14 от 16 мая 2014 г. «Об актуализации исполнения правонадлительных актов Международной группы клубов взаимного страхования», следовало бы воспринимать должным образом негативно. На этом фоне расходам, увы, предстояло скорее уподобиться выкупной цене против фактически малоэффективного резервирования убытков, прежде заявленных к оплате. Изъятия страхового покрытия тогда заметны, в то время как обязательство одного страховщика по выплате обеспечивается гарантиями других, достаточно им предопределить формирование расходов на покрытие. Хотя относительно небольшие размеры выплат приводят, вполне вероятно, к утрате той безусловной точности нетто-ставок текущего тарифа, сопровождающей компенсацию расходов⁹.

Конечно, стóит исчерпывающе точно представлять себе, какие элементы страховой суммы начисляются строго на дату инцидента, чтобы минимизировать убытки, а то и просто свести их к нулю. Тем не менее детализирующую функцию компетентной юрисдикции при совершении платежей тоже нелегко опровергать. В Циркуляре того же Сообщества взаимных страховщиков, страхователей № 04/15 от 14 января 2015 г. «О процедуре возобновления общих убытков при перестраховании потерь» роль правонадлительных актов Международной группы клубов взаимного страхования оговаривается уже особо¹⁰.

Отсюда открыто прослеживаются отблески грядущей метаморфозы возмещения, если перестрахование неотвратимо для каждого отдельного риска либо перерастает в заведомо беспроигрышное привнесение оговорки *stop-loss*, чем нивелируются самые стойкие погрешности в исчислении понесенных потерь.

Правда, правоприменительный орган чаще вынужден разрешать куда более нетривиальные, прикладные задачи: предполагается оты-

скание той коллизионной привязки, исходом которой становится предоставление именно совершенного правового режима. Взаимный страхователь, а также страховщик поэтому постоянно возвращаются к постулату наиболее тесной связи, удостоверяются в том, что соотношение его с категорией характерного исполнения полной мерой отражает всю эластичность двух данных правовых начал.

Подобный подход, впрочем, имеет свою предысторию: в Регламенте (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»), предусматриваются ограничения на применение коллизионного принципа характерного исполнения, если дилемма выбора права, компетентного для квалификации риска и одновременно права той страны, где лишь посредством заключения договора страхования разумно этот риск погасить, воспринимается с предощущением состоявшегося результата. Исходом тому станет растущая тенденция к выделению риска неполучения ожидаемых доходов. Страхуемые риски преподносятся тогда в аспекте безоговорочного признания контрагентами категории безвиновной гражданско-правовой ответственности. Виновность, напротив, призывается подчеркнуть, отводится ли опосредованное место имущественному интересу как предпосылке погашения выплат, начисляемых по страховке.

Между тем, мыслит Т. Никэки, *characteristic perfomance* вряд ли уготовано разделить подобный удел. Данная формула прикрепления обрекается на незавидную участь отыскания заведомо приоритетного начала в длинной цепи рискообразующих качеств товарной партии. Выгодоприобретателю не отводится что-либо принципиально иное, новаторское, кроме как по-прежнему безукоризненно корректно стремиться к получению выплат на страховое покрытие¹¹.

⁹ The American Steamship Owners Mutual P & I Association — The American Club // To All Members, Circular № 15/14 — The International Group of P & I Clubs: 2013/14 Annual Review. P. 7.

¹⁰ To Members of the Association: International Group Reinsurance Arrangements For 2015 // Excess of loss contract renewal: general. P. 3.

¹¹ *Nikaki T.* A New International Regime for Carriage of Goods by Sea: Contemporary, Certain, I inclusive AND Efficient, or Just Another One for the Shelves? // *Berkeley Journal of International law.* Vol. 30. Issue 2. Art. 2. 2012. P. 309.

Все же, сложно отделаться от мысли о предстоящей утрате цельности рисков, что, признаться, чревато уже имплементацией liability insurance как таковой. Предвидимые внеплановые затраты полнее интегрируются в страховой тариф, но взаимосвязь с покрытием вытекающей отсюда разницы не утрачивается. В то же время можно говорить о некоей дискретности страхового продукта, безусловность страхового события приобретает глубоко вторичный характер. Как следствие, самостоятельное значение реализуемого риска банально теряется на фоне трагической палитры различных его составов.

Клубы взаимного страхования P & I едва ли переосмысливают все грани приближения опасности при перевозке специфической товарной партии, где одному риску суждено буквально приблизить другой. Вместе с тем флуктуации страхового цикла ощущаются не менее твердо: на вершине пирамиды эксцедента убытка все чаще обосновываются слабо прослеживаемые пока затраты, которые и проложат впоследствии русло для грядущего обновления всего спектра рискообразующих факторов.

Дело лишь отчасти заключается в известной правовой эквилибристике: неочевидность рисков вряд ли когда-либо перестанет преломляться через призму катастрофически крупных потерь. При этом сообщество взаимного страхования North of England P & I с завидным постоянством притязает именно на предотвращение затрат. Еще в Циркуляре № 2012/028 от 24 августа 2012 г. (с изменениями, а также дополнениями от 15 марта 2014 г.) провозглашалась полнейшая несостоятельность той прогрессии, с какой обычно отождествляется первоначальная стадия накопления резервов на покрытие. Но и сегодня, как подчеркивается в Циркуляре № 2015/16 от 20 марта 2015 г., привлечение капитала-нетто предусматривается исключительно как признак достаточного характера платежей, преодоления той избыточности, которой не принято обходиться. Пре-

обладание собственных средств над платежеспособностью, случись при перевозке опасных грузов какое-либо из рискообразующих событий, вряд ли будет поколеблено принципиально остро¹².

Напротив, клубу взаимного страхования P & I Hellenic Mutual суждено привнести сюда неукоснительность индексации, как подчеркивается в Своде правил сообщества от 27 февраля 2015 г., выстраиваемые композиции выплат представляют собой произведение возможных убытков (согласно суточной ставке) к близкой вероятности наступления страхового случая. Предвидимость риска живо напоминает о дополнительных затратах, хотя исчисляются они в зависимости от того, насколько исполнение того либо иного обязательства оказывается затруднено. Последующие издержки не оттеняют и презюмируемой выгоды для участников оборота, но проявления должной заботливости слабо отчуждаемы от cost & benefit analysis, поскольку понятие цены преподносится там, скажем так, в сущностном своем контексте¹³.

По мысли В. Хэнлинга, начисления страховой стоимости должны в этом плане несколько оптимизироваться, пребывание опасного груза на борту судна придает тому новый импульс. Однако присутствие перестраховщиков-посредников все равно выливается в опустошающую дороговизну услуг¹⁴.

Тем не менее даже отыскание дополнительных ресурсов означает преимущественно модернизацию договора перестрахования. В сущности, ничего экстраординарного не происходит. С точки зрения К. Бинера, ключевая функция данного контракта служит надежной поручкой неизменности его правовой природы. Основной принцип заключается в предотвращении самой возможности поступиться платежеспособностью со стороны страховщика. Допущения при исчислении потерь при этом столь же вредоносны, сколь и узость подходов к исчислению чрезмерных затрат, а также трудно компенсируемых убытков. Ключевые их показатели достоверно не определены, однако

¹² To All Members. North of England P & I Manuals. Legal Interpretation of the Risks Covered. Classification of Rule 19 // Circulars of Statutory Payments. 2015. P. 22.

¹³ Hellenic Mutual P & I Club: Private Company Information. Plan for P & I gaining shipowner support. 2015. P. 19.

¹⁴ Hanling W. The New International Regime of Liability and Compensation for Oil Pollution Damage: Status and Trends. Malmö, 2013. P. 16.

многократно перекрывают всю экспозицию рисков, поскольку переадресация третьему лицу (на покрытие) уже произошла¹⁵.

Стоит заметить, что завышение страховой суммы, по сравнению с действительной стоимостью страхового случая, когда картина показателей по первоначальной страховой сумме основательно размыта, лишь отчасти подвигает взаимного страховщика инкорпорироваться в сферу управления рисками. Усилия, направленные на преодоление колебаний по первоначальной стоимости, тоже не безусловны. Законодателю удастся лишь подвести их к некой точке равновесия: пропорциональности между принимаемой к страхованию суммой и увеличением совокупности покрываемых рисков.

Катастрофическая убыль в активах указывает на сложности стоимостной оценки экспортной сделки, одно заключение которой символизирует способность страхового случая к оказанию опосредованного воздействия на стоимостное выражение цены исполнения договора. Однако, как следует из Циркуляра № 6/15 сообщества взаимных страховщиков Ship Owners' Liability Insurance UK P & I Club от 11 мая 2015 г. «Об открытой стратегии планирования деятельности ассоциации взаимных страховщиков, а также страхователей», падение страховой суммы ниже установленных пределов тоже уподобляется грозному предостережению, когда повторное страхование у другого страховщика не менее реально¹⁶.

Во многом именно поэтому, согласно новым оговоркам о страховании грузов Института лондонских страховщиков (ICC-Institute Cargo Clauses) от 1 января 2009 г., даже малейшие изменения в риске рассматриваются с непреложным обособлением их от основного договора. Значение отмены правил held covered тоже трудно переоценить. Иначе любое условие страхования при желании преподносится толь-

ко как субсидиарное. Какая судьба предназначается тогда размерам страховой премии, сложно в одночасье и установить.

Бесспорно, сомнительно, чтобы вторичное распределение риска посулило сколь-либо устойчивую рентабельность страховых операций. Вместе с тем страховой портфель явно выводится из-под влияния подлинно тяжелых страховых случаев. Любое внесистемное перераспределение авансовых поступлений, достаточно ему начаться, клубам P & I, похоже, претит. Оно означает утрату самой возможности распорядиться картой своих расходов. Клубы взаимного страхования, конечно, резервируют многообразные исключения из страхового покрытия, но страховая премия в любом случае обременяется встречным удовлетворением обязательств. Тогда приходится едва ли не перманентно преодолевать известный водораздел сумм между большими, а также малыми ставками страховых платежей.

Трудно в этой связи исключить и своеобразие защитной реакции, когда лишь участие в том или ином сложном юридическом составе правоотношений подвигает к признанию несбыточности ограничений при установлении юридической ответственности. Опасения из преобладания высоких ставок страховых платежей предопределяют в этом ключе толерантность ценовой составляющей страхового или транспортного контрактов, которая позволит прийти, наконец, к полномасштабной ревизии ущерба. Но к этому времени потерпевшая сторона успевает уже «включиться в игру» — заявить в порядке регресса о нарушениях своих объективных прав. Клубы взаимного страхования научились поэтому не опасаться переуступки кредита по обязательству, чем могут весьма убедительно свидетельствовать в пользу суброгации, хотя неотчуждаемость регрессных требований вряд ли удастся целиком и полностью сохранить.

Материал поступил в редакцию 2 декабря 2015 г.

¹⁵ Biener C. Insurability in Microinsurance Markets: An Analysis of Problems and Potential Solutions. The Institute of Insurance Science Papers // The University of Ulm. 2012. P. 80.

¹⁶ The UK P & I Club Manuals. 2015. P. 11.

MODIFICATIONS OF MUTUAL INSURANCE POOLS IN CROSS-BORDER MARITIME CARRIAGE OF GOODS

SKACHKOV Nikita Gennadievich — PhD in Law, Associate Professor at the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

skanic@mail.ru

123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. *Mutual insurance precedes uncompromising losses when the coating of damage is clearly difficult. Expenditure on insurance benefits generates a lot of questions if the fulfillment of the obligations is opposed to techniques and methods of imposing losses. However, the generic features of a consignment themselves, often point to the determination of the maximum performance loss. Protection and Indemnity Clubs (Clubs P & I) literally certify the variety of risks. One gets the fertile ground for a broad modernization when the interests of the insured aim at giving constant position to potentially possible profit. Protection and Indemnity Clubs start to refrain from simple maintenance of the insurance fund, and take a more proactive stance on the stage termination of the contract as a lasting commitment. The sum insured is fully declares mandatory coverage, though the increase in the value of the insured property at the same time is not easy to stop. Saving your own portfolio of insurance retention turns out to be a decrease in the cost of insurance, and the presumption of proper fulfillment of the obligation is presented as one of the intrinsically presumed result. Thus, a unique center of attraction for the community of mutual insurers is formed, which embodies the principle of conflict of common performance of the contract and considers it as an aspect of foreseeability of insurance risk.*

Keywords: *insurance rates, Protection and Indemnity Club, reinsurance agreement, daily fee of insurance product, export transaction, capital capacity of insurance premium, initial insurance coverage, risk foreseeability, net capital.*

Некоторые проблемные аспекты трансграничной деятельности юридических лиц

Аннотация. Изучение правового регулирования деятельности юридических лиц в международной сфере представляет особый интерес, так как состоит из частноправовых и публичных аспектов. Предметом исследования являются злоупотребления международными соглашениями со стороны юридических лиц в международной налоговой и инвестиционной сфере, а также меры борьбы с подобными явлениями.

Особое внимание уделяется зарубежным доктринальным разработкам, ввиду отсутствия подробного анализа рассматриваемых вопросов в отечественной доктрине.

Автором анализируются изменения в отечественном законодательстве, затрагивающие различные аспекты трансграничной деятельности юридических лиц.

Ключевые слова: инвестиционная деятельность, «национальность», соглашения о защите капиталовложений, соглашения об избежании двойного налогообложения.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.162-168

В настоящее время юридические лица активно участвуют в трансграничном обороте, в связи с чем возникают вопросы их правового регулирования. В особенности наблюдается ряд проблемных аспектов при осуществлении юридическими лицами инвестиционной деятельности.

Следует отметить, что объект интересов иностранного юридического лица всегда находится в юрисдикции государства-реципиента, а правовой режим иностранного юридического лица устанавливается государством-реципиентом при помощи национального законодательства, в частности посредством заключения международных договоров, реализация кото-

рых осуществляется на внутригосударственном уровне¹.

В современной практике получили распространение как универсальные и региональные многосторонние договоры, регулирующие порядок осуществления иностранных инвестиций, так и двусторонние международные договоры о взаимной защите и поощрении иностранных капиталовложений. В литературе отмечается ряд преимуществ, которые получает инвестор из соглашений о защите и о поощрении иностранных инвестиций². Особо среди приобретаемых инвестором гарантий выделяют гарантию разрешения инвестиционного спора в международном арбитраже³.

¹ См.: Касенова М. Б. Соотношение публичных и частных начал в российском инвестиционном праве // Адвокат. 2006. № 8. С. 77—84.

² См. подробнее: Гармоза А. П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М.: Инфотропик Медиа, 2012.

³ См.: Магомедов М. Понятие «иностранной инвестор» и компании-оболочки // Правовые аспекты инвестиционных договоров: сборник статей. М.: Норма, 2012. С. 127—147.

© Юсифова Р. Т., 2016

* Юсифова Рена Теймуровна, аспирантка кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

rena_mari@mail.ru

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

С одной стороны, международный арбитраж является эффективным инструментом защиты и поощрения трансграничной инвестиционной деятельности. Однако, с другой стороны, современные инвесторы анализируют международные договоры, заключенные государством—реципиентом инвестиций, и намеренно «структурируют» инвестиционную деятельность, создавая условия, при которых инвестор обходит «неудобные» международные договоры того или иного государства. Ярким примером такой манипуляции является ситуация, когда инвестор учреждает компанию в государстве, которая впоследствии выступает только как посредник в процессе инвестирования капиталов (так называемые *shell companies*). Э. Азиано описывает следующую смоделированную ситуацию: Иран и Нигерия подписали Соглашение о защите инвестиций, в то время как Соединенное Королевство и Иран его не подписывали. Британский инвестор, который хочет вложить инвестиции в Иран, может приобрести защиту, предусмотренную Соглашением, в Иране, направляя инвестиции через Нигерию или другую страну, которая подписала Соглашение с Ираном. Британский инвестор, таким образом, структурирует свою деятельность, чтобы получить защиту, и может направлять инвестиции двумя способами: либо инкорпорировать юридическое лицо в Нигерии, направляя инвестиции непосредственно через это предприятие, либо сделать это косвенно, при помощи любого юридического лица, которое принадлежит Нигерии и передает инвестиции в Иран⁴.

В настоящее время достаточно часто происходят подобные ситуации, ввиду чего распро-

странение получили понятия: *treaty shopping*⁵ (покупка соглашения), *corporate nationality planning*⁶ (планирование резидентства или национальности⁷), которые можно объединить термином «злоупотребление международными соглашениями». Указанные понятия используются, когда происходит искусственное учреждение компаний с целью получения преимуществ и льгот из международных соглашений. Как правило, о «покупке соглашения» идет речь в том случае, если: бенефициарный владелец предприятия не является резидентом государства, где юридическое лицо создается; юридическое лицо не ведет или осуществляет минимальную хозяйственную деятельность в государстве учреждения; доход компании облагается минимальным налогом⁸.

Учитывая злоупотребление юридическими лицами правами, которые содержатся в межгосударственных соглашениях, Комитет экспертов по международному налоговому сотрудничеству ООН отметил, что злоупотребление международными налоговыми соглашениями, заключенными государствами, представляет собой «неправильное применение соглашений, но не обязательно связанное с неправомерными действиями или формальными нарушениями условий соглашений»⁹.

Помимо «покупки соглашения» выделяют проблему планирования резидентства. Вопрос о допустимости и границах такого планирования является дискуссионным. Так, Кристоф Шроер подчеркивает, что «планирование резидентства стало таким же элементом тщательного управления, как налоговое планирование»¹⁰. Одной из причин, по которой государства ведут полити-

⁴ *Azaino E. U. Nationality/Treaty Shopping: Can Host Countries Sift the Wheat from the Chaff? // Cepmlp Annual Review (CAR). January 31. 2012. P. 7.*

⁵ См. подробнее: *Skinner M., Miles C. A. and Luttrell S. Access and Advantage in Investor-State Arbitration: the Law and Practice of Treaty Shopping // The Journal of World Energy Law & Business. 2010. Vol. 3. Issue 3. P. 260—261.*

⁶ См. подробнее: *Feldman M. Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration // ICSID Review: Foreign Investment Law Journal. Dec 2012. Vol. 27. Issue 2. P. 281—302.*

⁷ См. подробнее о термине «национальность»: *Дмитриева Г. К. Международное частное право : учебник. 3-е изд. М. : Проспект, 2012. С. 190.*

⁸ См.: *Vern Krishna, CM, QC, LL.D, FCGA Borden Ladner Gervais LLP Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties, 2009. P. 132.*

⁹ См.: *Treaty Abuse and Treaty Shopping» Economic and Social Council United Nations Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Second session. Geneva, 30 October — 3 November 2006. P. 5.*

¹⁰ *Schreuer C. Nationality Planning Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation // The Fordham Papers. 2012. P. 19.*

ку против планирования резидентства, является борьба с ситуацией, когда резидент государства реализации инвестиционного проекта учреждает компанию в иностранном государстве с целью приобретения статуса иностранного инвестора. В результате национальный капитал инвестируется через компанию, которая, по сути, является лишь посредником. Возвращаясь в национальное государство, но уже в качестве иностранного, капитал подпадает под защиту международных договоров. При этом у инвестора возникает право на арбитражное разбирательство против государства, чьей «национальностью» он обладает, что противоречит природе соглашений о защите капиталовложений. Во избежание подобной ситуации государства прибегают к внедрению в тексты международных договоров о взаимной защите и поощрении капиталовложений специальных оговорок, препятствующих искусственному подпаданию под необходимую «национальность», препятствуя тем самым планированию резидентства.

Разрешение международных инвестиционных споров в арбитраже происходит в силу согласия сторон (государств и иностранных инвесторов) на компетенцию таких арбитражей при рассмотрении споров. Положения соглашений, предусматривающие разрешение инвестиционных споров в международном арбитраже, рассматриваются в литературе как своего рода оферта государства, которое является реципиентом инвестиций¹¹. «Оферта», о которой идет речь, предусматривает разрешение определенного круга споров, которые обозначаются в самом соглашении. Для установления компетенции на рассмотрение спора между лицом, выступающим истцом, и принимающим инвестиции государством (ответчиком) состав арбитража в первую очередь рассматривает содержание предъявляемых к инвестору требований, закрепленных в тексте соглашения, в том числе требования о «национальности» инвестора.

Стоит отметить, что из-за отсутствия законодательного закрепления термина «национальность» в российском законодательстве в ст. 2 Федерального закона от 09.07.1999 № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»¹² понятие «иностраный инвестор» раскрывается как «иностранное юридическое лицо, гражданская правоспособность которого определяется в соответствии с законодательством государства, в котором оно учреждено и которое вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации». Представляется, что определение «иностранного» через «иностранное» не совсем удачно, но происходит так, по всей видимости, ввиду отсутствия легального закрепления термина «национальность». Примечательно, что Вашингтонская конвенция для определения инвестора в статье 25.9 использует формулировку: «National of another Contracting State», определяя его, если перевести дословно, как раз через термин «национальность» (any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute)¹³.

Действия юридических лиц, которые в последнее время именуются покупкой соглашения, планированием резидентства, на практике вызывают ряд вопросов, в связи с чем многие государства борются с подобными явлениями.

В США такая борьба ведется при помощи заключения соглашений с государствами, которые содержат «anti treaty shopping provisions или limitation on benefits or LOB provisions»¹⁴, например такое положение содержится в договоре США с Нидерландами¹⁵.

В Российской Федерации в Основных направлениях налоговой политики обращено внимание на то, что уже разработано несколько дорожных карт, каждая из которых содержит конкретный комплекс мероприятий, направленных на улучшение инвестиционного

¹¹ См.: Гармоза А. П. Указ. соч.

¹² Российская газета. 14.07.1999.

¹³ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States — International Centre for Settlement Of Investment Disputes, Washington 1965.

¹⁴ URL: http://intltax.typepad.com/intltax_blog/2008/05/treaty-shopping.html (дата обращения: 20.02.2015).

¹⁵ URL: <https://www.irs.gov/Businesses/International-Businesses/Netherlands---Tax-Treaty-Documents> (дата обращения: 20.02.2015).

климата в РФ, к примеру, на упрощение правил ведения бухгалтерского и налогового учета и повышение прозрачности правоприменения законодательства РФ о налогах и сборах¹⁶.

В последнее время особо остро стоит вопрос о налоговом резидентстве юридических лиц. Так, можно отметить появление в Налоговом кодексе Российской Федерации¹⁷ ст. 246.2, которая ввела признаки налогового резидентства для юридических лиц. Согласно п. 1 указанной статьи налоговыми резидентами РФ признаются российские организации; иностранные организации, признаваемые налоговыми резидентами Российской Федерации в соответствии с международным договором Российской Федерации по вопросам налогообложения (для целей применения этого международного договора); иностранные организации, местом управления которыми является Российская Федерация, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации по вопросам налогообложения. Таким образом, теперь налоговыми резидентами РФ, помимо юридических лиц, образованных в соответствии с законодательством РФ, признаются и организации, местом управления которых является РФ. Целью введения ст. 246.2 НК РФ является борьба со злоупотреблениями со стороны юридических лиц, которые стремятся лишь к получению экономической выгоды, подставляя под удар при этом экономику РФ. Рассматриваемое нововведение было принято как одна из мер в рамках реализации Послания Президента РФ, в котором указывается, что «нужно добиваться прозрачности офшоров, раскрытия налоговой информации, как это делают многие страны в ходе переговорного процесса с офшорными зонами, и подписания соответствующих соглашений»¹⁸.

В качестве примеров незаконных и недобросовестных целей использования офшоров или иностранных компаний и правовых конструкций А. С. Захаров приводит: «уклонение от налогообложения; аккумулятивное безналоговое доходов вне фискальной юрисдикции государства налогового резидентства; выдача себя за иностранное лицо для совершения мошеннических действий или нарушения прав третьих лиц»¹⁹. В доктрине отмечаются меры, направленные на борьбу с подобным явлением: увеличение объема информационного обмена между странами; введение офшорного сбора, при котором любые перечисления офшорным компаниям автоматически облагаются сбором; правила определения налогового резидентства компании не только по месту регистрации, но и по месту управления²⁰. Наряду с обозначенными мерами в Основных направлениях налоговой политики на 2015–2017 гг.²¹ было предложено дополнить НК РФ механизмом налогообложения нераспределенной прибыли иностранных компаний, в которых участвует налоговый резидент РФ, что нашло свое отражение в ст. 25.13-1 «Освобождение от налогообложения прибыли контролируемой иностранной компании».

Для регулирования вопросов, возникающих при осуществлении юридическими лицами трансграничной деятельности, в судебной практике давно используется прием «снятие корпоративной вуали». «В случае если юридическое лицо создано лишь для видимости (номинальное, операционное юридическое лицо, созданное не для самостоятельной деятельности, а для обслуживания другого юридического лица), в целях уклонения от ответственности, то по иску кредиторов должен отвечать реальный владелец бизнеса, если у должника отсутствует имущество, достаточное для погашения долга»²².

¹⁶ Лермонтов Ю. М. Комментарий к Основным направлениям налоговой политики на 2015–2017 гг. и последующим изменениям налогового законодательства // Финансовые и бухгалтерские консультации. 2015. № 2. С. 20–26.

¹⁷ СЗ РФ. 2000. № 32. Ст. 3340.

¹⁸ Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 12.12.2012 // Российская газета. 13.12.2012.

¹⁹ Захаров А. С. Деофшоризация: российский контекст // Legal Insight. 2013. № 5 (21). С. 65.

²⁰ См.: Щекин Д. М. Антиофшорные меры в российском налоговом праве: перспективы судебной практики // Закон. 2013. № 4. С. 34–35.

²¹ URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_126727/ (дата обращения: 23.06.2015).

²² Подшивалов Т. П. Коллизионный аспект применения доктрины «снятия корпоративной вуали» // Международное публичное и частное право. 2015. № 4. С. 21–24.

Снятие «корпоративных покровов» нашло свое применение в ряде громких дел, однако органы, рассматривающие спор, крайне неохотно применяют эту практику. Этот прием использовался в ряде дел, где права и обязательства компании рассматривались исходя из гражданства акционеров (владельцев). Так, например, в деле *Loewen v. United States of America*²³, где арбитраж открыл корпоративную завесу, чтобы найти «настоящих» истцов. Однако в ряде дел трибуналы настаивают на том, что применять снятие «корпоративных покровов» необходимо только в случае предотвращения мошенничества или «злонамеренного использования»²⁴. В деле *Tokios Tokelès v. Ukraine*²⁵ ответчик утверждал, что трибунал должен снять корпоративную завесу, чтобы подтвердить, что настоящие владельцы инвестиций — украинские граждане. Трибунал не согласился, мотивируя тем, что доктрина проникновения в завесу могла использоваться только для того, чтобы предотвратить «злонамеренное употребление привилегий юридического лица».

Следует еще раз подчеркнуть, что, заключая международные соглашения, где содержится то или иное определение инвестора, государство тем самым соглашается с ним, принимая на себя обязательства. Как отмечает Герман Бранч: «У государств есть полномочия определить, согласны ли они с практикой планирования резидентства (национальности). Ситуация, когда в соглашении содержатся достаточно широкие определения инвестиций и инвестора, свидетельствует о том, что они не возражают против подобной практики»²⁶.

Стоит отметить шаги, которые предпринимаются отечественным законодателем в сфере регулирования трансграничной деятельности юридических лиц. После изменений, внесенных Федеральным законом № 260-ФЗ²⁷, п. 4 ст. 1202 Гражданского кодекса РФ устанавливает, что «если лицо, учрежденное за границей,

осуществляет предпринимательскую деятельность преимущественно на территории РФ, то его кредитор имеет возможность выбрать, право какого государства будет применяться к требованиям об ответственности по обязательствам юридического лица, его учредителей, участников, других лиц, которые имеют право давать указания или иным образом имеют возможность определять его действия. В этом случае применяется российское право либо, по выбору кредитора, личный закон такого юридического лица». Следовательно, можно говорить, что п. 4 ст. 1202 ГК РФ, закрепив право кредитора на выбор применимого права (право РФ либо личный закон), предоставил тем самым возможность «снятия корпоративной вуали» с организации, которая, например будучи зарегистрированной в иностранном государстве (если там применяется критерий инкорпорации), осуществляет свою деятельность преимущественно в РФ.

Учитывая распространенность в российском правовом порядке спроса на использование офшорных компаний для скрытия информации о личности выгодоприобретателя, стоит отметить, что судебная практика выработала способ борьбы с этим явлением: «Когда вопрос о применении положений российского законодательства, защищающих третьих лиц, ставится в отношении офшорной компании, бремя доказывания наличия либо отсутствия обстоятельств, защищающих офшорную компанию как самостоятельного субъекта в ее взаимоотношениях с третьими лицами, должно возлагаться на офшорную компанию. Такое доказывание осуществляется прежде всего путем раскрытия информации о том, кто в действительности стоит за компанией, то есть раскрытия информации о ее конечном выгодоприобретателе»²⁸.

Рассмотрев некоторые аспекты регулирования трансграничной деятельности юридических лиц, можно прийти к выводу, что в настоящее

²³ *Loewen Group, Inc. and Raymond R. Loewen v. United States of America*. Case No. ARB /AF/98/3, Award of 26 June 2003.

²⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970.

²⁵ *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.

²⁶ См.: *Christoph B. The Determination of the Nationality of Investors Under Investment Protection Treaties*. Halle : Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2011. P. 72.

²⁷ Федеральный закон от 30.09.2013 № 260-ФЗ // Российская газета. 04.10.2013.

²⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 26.03.2013 № 14828/12 по делу № А40-82045/11-64-444.

время этот вопрос имеет особую значимость. В РФ актуальность поднятой проблемы подтверждается рядом изменений, которые были внесены в отечественное законодательство (их эффективность покажет практика). Актуальность этой темы для международного сообщества в целом подтверждается неоднородной практикой, складывающейся при определении правового положения юридических лиц, где один состав не снимает «корпоративную завесу» и закрывает глаза на злоупотребления юридическими лицами в трансграничной сфере; в других же случаях, как в деле Phoenix Action,

Ltd. v. The Czech Republic, выражает свое отрицательное отношение к действиям подобного рода. Для внесения правовой определенности и повышения предсказуемости решений по аналогичным вопросам необходим продуманный подход со стороны государств при заключении соглашений о защите капиталовложений, а также договоров об избежании двойного налогообложения. Для реализации этого нужно включить в обозначенные выше государственные соглашения положения, препятствующие юридическим лицам получать преимущества через искусственно учрежденные компании.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Гармоза А. П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. — М. : Инфотропик Медиа, 2012.
2. Дмитриева Г. К. Международное частное право : учебник. — 3-е изд. — М. : Проспект, 2012. — С. 190.
3. Захаров А. С. Деофшоризация: российский контекст // Legal Insight. — 2013. — № 5 (21). — С. 65.
4. Касенова М. Б. Соотношение публичных и частных начал в российском инвестиционном праве // Адвокат. — 2006. — № 8. — С. 77—84.
5. Лермонтов Ю. М. Комментарий к Основным направлениям налоговой политики на 2015—2017 годы и последующим изменениям налогового законодательства // Финансовые и бухгалтерские консультации. — 2015. — № 2. — С. 20—26.
6. Магомедов М. Понятие «иностранный инвестор» и компании-оболочки // Правовые аспекты инвестиционных договоров : сборник статей. — М. : Норма, 2012. — С. 127—147.
7. Подшивалов Т. П. Коллизионный аспект применения доктрины «снятия корпоративной вуали» // Международное публичное и частное право. — 2015. — № 4. — С. 21—24.
8. Щекин Д. М. Антиофшорные меры в российском налоговом праве: перспективы судебной практики // Закон. — 2013. — № 4. — С. 34—35.
9. Christoph B. The Determination of the Nationality of Investors Under Investment Protection Treaties. — Halle : Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2011. — P. 72.
10. Schreuer C. Nationality Planning Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation // The Fordham Papers. — 2012. — P. 19.
11. Azaino E. U. Nationality/Treaty Shopping: Can Host Countries Sift the Wheat from the Chaff? // Cepmlp Annual Review (CAR). — January 31. — 2012. — P. 7.
12. Feldman M. Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration // ICSID Review: Foreign Investment Law Journal. — Dec 2012. — Vol. 27. — Issue 2. — P. 281—302.
13. Skinner M., Miles C. A. and Luttrell S. Access and Advantage in Investor-State Arbitration: the Law and Practice of Treaty Shopping // The Journal of World Energy Law & Business. — 2010. — Vol. 3. — Issue 3. — P. 260—261.
14. Vern Krishna, CM, QC, LL.D, FCGA Borden Ladner Gervais LLP Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties, 2009. P. 132.

Материал поступил в редакцию 4 апреля 2015 г.

SOME PROBLEMATIC ASPECTS OF CROSS-BORDER ACTIVITIES OF LEGAL ENTITIES

YUSIFOVA Rena Teimurovna — post-graduate at the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
rena_mari@mail.ru
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9.

Review. *The study of the legal regulation of activities of legal entities in the international sphere is of particular interest, as it consists of both private law and public law aspects. The subject of the research is the abuse of international agreements on the part of legal entities in international tax and investment spheres, as well as measures to combat such phenomena.*

Particular attention is given to foreign doctrinal developments, as a detailed analysis of the issues involved is absent in the domestic doctrine.

The author analyzes the changes in the domestic legislation, affecting various aspects of cross-border activities of legal entities.

Keywords: *Investment activity, "nationality", investment protection agreements, double taxation agreements.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Garmoza A. P. Arbitrazh na osnovanii mezhdunarodnyh investicionnyh soglashenij: voprosy kompetencii.* — M. : Infotropik Media, 2012.
2. *Dmitrieva G. K. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo : uchebnik.* — 3-e izd. — M. : Prospekt, 2012. — S. 190.
3. *Zaharov A. S. Deofshorizacija: rossijskij kontekst // Legal Insight.* — 2013. — № 5 (21). — S. 65.
4. *Kasenova M. B. Sootnoshenie publicnyh i chastnyh nachal v rossijskom investicionnom prave // Advokat.* — 2006. — № 8. — S. 77—84.
5. *Lermontov Ju. M. Kommentarij k Osnovnym napravlenijam nalogovoj politiki na 2015—2017 gody i posledujushhim izmenenijam nalogovogo zakonodatel'stva // Finansovye i buhgalterskie konsul'tacii.* — 2015. — № 2. — S. 20—26.
6. *Magomedov M. Ponjatie «inostrannyj investor» i kompanii-obolochki // Pravovye aspekty investicionnyh dogovorov : sbornik statej.* — M. : Norma, 2012. — S. 127—147.
7. *Podshivalov T. P. Kollizionnyj aspekt primenenija doktriny «snjatija korporativnoj vuali» // Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo.* — 2015. — № 4. — S. 21—24.
8. *Shhekin D. M. Antiofshornye mery v rossijskom nalogovom prave: perspektivy sudebnoj praktiki // Zakon.* — 2013. — № 4. — S. 34—35.

Актуальные проблемы правового регулирования государственной помощи при проведении государственных закупок в ЕС

***Аннотация.** В настоящей статье рассматривается правовое регулирование государственной помощи при проведении государственных закупок в Европейском Союзе. В статье раскрываются основные понятия права Европейского Союза о государственных закупках, а именно понятия государственного контракта и заказчика. Кроме того, в статье анализируются четыре условия, при одновременном соблюдении которых государственная помощь признается несовместимой с внутренним рынком Европейского Союза, а также случаи, когда государственная помощь реализуется в ходе государственных закупок. Особое внимание в статье уделяется обстоятельствам, при которых государственная помощь является совместимой с внутренним рынком или может являться таковой, а также «минимальной помощи» (*de minimis aid*) и групповым изъятиям (*block exemptions*).*

***Ключевые слова:** Европейский Союз, государственные закупки, государственная помощь.*

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.169-176

Введение

На сегодняшний день в большинстве стран мира сложилась рыночная система экономики, характеризующаяся среди прочего наличием конкуренции и ограниченным вмешательством государства. Однако ограниченное вмешательство вовсе не означает полного его отсутствия. Даже в мощнейших в экономическом плане державах государство использует множество рычагов для воздействия на экономические процессы. В то же время не только сама природа рыночных отношений, но и членство в международных организациях, таких как Всемирная торговая организация или Европейский Союз, ограничивает использование государством механизмов влияния на экономику. Одним из таких механизмов является государ-

ственная помощь, которая специально регламентирована европейским законодательством и по общему правилу запрещена.

Особый интерес представляет регулирование государственной помощи при проведении государственных закупок, поскольку значительная (и возрастающая) часть валового внутреннего продукта современных государств создается в ходе выполнения хозяйствующими субъектами контрактов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для общественных нужд — на основании договоров (контрактов), заключаемых с органами публичной власти. Кроме того, в условиях становления Евразийского Союза, а также учитывая то, что многие положения российских законов в сфере государственных закупок (в частности, Федерального закона от

© Камалян А. М., 2016

* Камалян Артур Михайлович, аспирант Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

arthur.kamalyan@gmail.com

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

21 июля 2005 года № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд» и Федерального закона от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд») были заимствованы из директив Европейского Союза, представляется полезным проанализировать опыт западных соседей.

I. Понятие государственного контракта в Европейском Союзе

Перед тем как рассмотреть правовое регулирование государственной помощи при проведении государственных закупок в Европейском Союзе, представляется целесообразным раскрыть такие базовые категории права Европейского Союза о государственных закупках, как государственный контракт и заказчик.

Согласно Директиве 2004/18/ЕС¹, которая пока является действующей², под государственным контрактом³ понимается соглашение за денежное вознаграждение, заключенное в письменной форме между одним или более хозяйствующим субъектом и одной или более организацией, заключающей контракт (далее — заказчик)⁴.

По смыслу той же Директивы 2004/18/ЕС заказчиком может выступать государство, муниципальные образования, органы, деятельность которых регулируется публичным правом, объединения, созданные одним или несколькими такими образованиями или одним или несколькими органами, деятельность которых регулируется публичным правом. Что касается последних, то под органами, деятельность которых регулируется публичным правом, понимают органы, во-первых, созданные с целью

удовлетворения потребностей общественного интереса иного, чем промышленного и торгового, характера; во-вторых, наделенные правовым статусом; и, в-третьих, финансируемые в основном государством, муниципальными образованияами или другими органами, деятельность которых регулируется публичным правом, или подлежащие контролю со стороны этих органов, или имеющие административный орган управления или контроля, больше чем на половину состоящий из лиц, назначенных государством, органами муниципальной власти или другими органами, чья деятельность подчинена публичному праву⁵.

Таким образом, по праву Европейского Союза понятие «заказчик» в государственных закупках следует понимать в широком смысле, включая в него не только органы государства, региона или муниципалитета, но и власти и иные образования, которые находятся в прямой зависимости от государства.

Объектом государственных контрактов являются поставка товаров, выполнение работ или оказание услуг. При этом необходимо заметить, что Директива 2004/18/ЕС дает отдельные определения для каждого из вышеперечисленных видов контракта.

Итак, государственный контракт — это заключенный государственной властью (правительством, органами местного самоуправления и зависящими от них иными органами) в письменной форме договор на поставку товара, выполнение работ или оказание услуг.

II. Государственная помощь в Европейском Союзе

Помощь, которую государство, обладающее огромными финансовыми ресурсами и регулятивными рычагами, может предоставлять определенным предприятиям, представляет

¹ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts // OJ L 134. 30.04.2004. P. 1.

² Срок для имплементации Директивы 2014/24/ЕС, заменяющей Директиву 2004/18/ЕС, заканчивается 18 апреля 2016 года, и тогда же нормы первой начнут действовать в полной мере.

³ В английской, испанской и португальской версиях Директивы употребляется термин «публичные контракты» (public contracts — в английской, los contratos públicos — в испанской и португальской), в то время как во французской и в итальянской версиях используются термин «публичные сделки» (les marchés publics и gli appalti pubblici соответственно).

⁴ Директива 2004/18/ЕС. Ст. 1 (2) (a).

⁵ Директива 2004/18/ЕС. Ст. 1 (9).

наибольшую угрозу для свободной конкуренции⁶. Именно поэтому Европейский Союз осуществил подавление экономического протекционизма и учредил правила конкуренции, регулирующие не только частную экономическую деятельность, но и вмешательство государства в рыночные отношения⁷.

Государственной помощи в Европейском Союзе посвящены статьи 107—109 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС). Статья 107 ДФЕС не дает определения понятия государственной помощи, однако закрепляет своего рода тест для ее выявления. Согласно этой статье «является несовместимой с внутренним рынком в той мере, в какой она затрагивает торговлю между государствами-членами, помощь, предоставляемая в любой форме государствами или за счет государственных ресурсов, которая искажает или угрожает исказить конкуренцию путем создания преимуществ для отдельных предприятий или производств»⁸. Ввиду отсутствия определения и Европейская комиссия, и Суд Европейского Союза придерживаются широкого понимания государственной помощи. Комиссия выработала перечень видов помощи, причем не исчерпывающий, а скорее пояснительный. В этот перечень входят прямые субсидии, налоговые вычеты, вычеты из сборов, льготная ставка по кредиту, благоприятные гарантии по займам, предоставление земельного участка или здания на особых условиях, гарантии от убытков, отсрочка по налоговым или социальным выплатам, гарантии по дивидендам⁹. Особо следует обратить внимание на то, что Европейская комиссия признает государственной помощью и благоприятные

условия государственных закупок. Ключевым фактором при определении государственной помощи является не форма, а содержание¹⁰, выражающееся в прямом или косвенном предоставлении преимущества предприятию за счет государственных средств¹¹. Иными словами, выдвижение на тендер условий, которые заведомо благоприятствуют одному из участников, будет считаться государственной помощью. При этом помощь может оказываться как государственным компаниям, так и частным¹².

И в доктрине, и на практике выделяются четыре элемента, одновременное наличие которых свидетельствует о государственной помощи. Однако эти элементы не всегда были одинаковыми.

Изначально в своих докладах о политике в области конкуренции Комиссия установила следующие критерии государственной помощи:

- мера должна быть определенного, а не общего характера (направлена в пользу одной или нескольких предприятий);
- мера должна предоставлять предприятию преимущество;
- мера должна исходить из государственных средств;
- преимущество должно подрывать конкуренцию и влиять на торговые отношения между государствами-членами¹³.

Такого же взгляда на государственную помощь придерживается и Марианн Дони¹⁴.

Суд ЕС в деле Altmark¹⁵ выделил несколько иные критерии государственной помощи. Во-первых, необходимо вмешательство государственных ресурсов или за их счет. Во-вторых, вмешательство должно оказать влияние на

⁶ Право Европейского Союза : в 2 т. / под ред. С. Ю. Кашкина. М. : Юрайт, 2013. Т. 2 : Особенная часть. С. 110.

⁷ Право Европейского Союза : учебник для вузов / под ред. А. Я. Капустина. М. : Юрайт, 2015. С. 199.

⁸ ОJ C 326. 26.10.2012. P. 47—390.

⁹ Steiner J., Woods L. and Twigg-Flesner C. EU Law. 9th ed. OUP, 2006. Chapter 30, p. 650.

¹⁰ Craig P., de Búrca G. The Evolution of EU Law. 2nd ed. OUP, 2010. Chapter 29, p. 1088.

¹¹ Steiner J., Woods L. and Twigg-Flesner C. Op. cit. Chapter 30, p. 650.

¹² См., например: дело C-387/92 Banco di Credito Industrial SA (Banco Exterior de Espana SA) v Ayuntamiento de Valencia [ECLI:EU:C:1994:100] ; дело T-106/95 Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA) v Commission [ECLI:EU:T:1997:23].

¹³ Steiner J. Woods L. and Twigg-Flesner C. Op. cit. Chapter 30, p. 650.

¹⁴ Dony M. Droit de l'Union Européenne. 3ème éd. Editions de l'Université de Bruxelles, 2010. P. 417—418.

¹⁵ Case C-280/00 Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht [ECLI:EU:C:2003:415].

торговлю между государствами-членами. В-третьих, оно должно предоставить преимущество получателю. В-четвертых, оно подрывает конкуренцию или существует такая угроза. Позже данная позиция была подтверждена в деле *Pearle*¹⁶. Такие же критерии государственной помощи выделяет и английский юрист Пол Крейг¹⁷.

Рассмотрим теперь элементы по отдельности.

Государственная помощь имеет место тогда, когда принимающее предприятие получает выгоду. Как уже отмечалось выше, неважно, в какой форме помощь была оказана, главное — предоставление преимущества. То есть предприятие оказывается в более выгодном положении по сравнению с конкурентами, в том числе из других государств-членов, не за счет своей рыночной эффективности, а за счет предоставленных государственных ресурсов¹⁸. Причем как пояснил Суд ЕС в деле *Syndicat Français de l'Express International v La Poste*¹⁹, преимущество может выражаться в освобождении от уплаты расходов, которые предприятие несет в рамках обычной экономической деятельности. Примером может служить невыплата гарантийной премии, если гарантом выступает государство. Кроме того, Суд ЕС признает в качестве помощи предоставление преимущества без встречного удовлетворения или встречной выгоды²⁰, а также государственную поддержку без объективного коммерческого обоснования. Наличие или отсутствие такого обоснования подтверждается так называемым тестом потенциального инвестора: поступил бы нормальный инвестор в условиях рыночной экономики таким же образом при тех же обстоятельствах?²¹

Непосредственно связанное с предоставлением преимущества условие заключается в том, что рассматриваемая мера носит селективный характер, то есть направлена на одно или несколько предприятий. Общие меры не будут признаваться государственной помощью (например, уменьшение налога для всех предприятий). Как отметил Суд ЕС, для того, чтобы определить, что мера носила селективный характер, необходимо проверить, что в рамках определенной правовой системы мера дает преимущество определенным предприятиям по сравнению с другими, которые находятся в схожих правовых и фактических обстоятельствах²².

Следующий критерий государственной помощи — происхождение ресурсов. Преимущество должно предоставляться государством или за счет государственных ресурсов, напрямую или косвенно. Однако необязательно должна быть «передача ресурсов», ведь помощь может заключаться в неполучении государством каких-то средств (налогов, сборов, иных денежных выплат) от предприятия. При этом под государством (и, следовательно, государственными ресурсами) понимается не только центральное правительство, но также региональное и местное²³. Кроме того, помощь может оказываться компаниями, которые созданы и/или управляются государством²⁴.

Что касается подрыва конкуренции и влияния на торговлю между государствами-членами, то презюмируется их наличие, когда мера носит селективный характер, то есть когда положение получателя помощи улучшилось по сравнению с его конкурентами за счет такой помощи²⁵. Кроме того, местный или региональ-

¹⁶ Case C-345/02 *Pearle BV, Hans Prijs Optiek Franchise BV, Rinck Opticiëns BV v Hoofdbedrijfschap Ambachten* [ECLI:EU:C:2004:448].

¹⁷ *Craig P., de Búrca G.* Op. cit. Chapter 29, p. 1088, 1091—1093.

¹⁸ Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека / под ред. Л. М. Энтина. М.: Норма, Инфра-М, 2013. С. 944—945.

¹⁹ Case C-39/94 *Syndicat Français de l'Express International v La Poste* [ECLI:EU:C:1996:285].

²⁰ Case C-61/79 *Amministrazione delle finanze dello stato v Denkavit* [ECLI:EU:C:1980:100].

²¹ *Steiner J., Woods L. and Twigg-Flesner C.* Op. cit. Chapter 30, p. 652; *Craig P., de Búrca G.* Op. cit. Chapter 29, p. 1090.

²² Case C-88/03 *Commission v Portugal* [ECLI:EU:C:2006:511].

²³ Case C-323/82 *Intermills v Commission* [ECLI:EU:C:1984:345].

²⁴ Case C-78/76 *Steinike und Weinlig v Germany* [ECLI:EU:C:1977:52].

²⁵ Case C-173/73 *Italy v Commission (AG Warner's Opinion)* [ECLI:EU:C:1974:52]; Case C-730/79 *Philip Morris Holland BV v Commission (AG Capotorti's Opinion)* [ECLI:EU:C:1980:160].

ный характер услуги или масштабы затронутой области деятельности не означают, что влияние на торговлю между государствами-членами не оказано²⁶. Основная идея заключается в том, что оказание государственной помощи усложняет допуск на внутренний рынок предприятия из другого государства-члена.

Итак, наличие этих элементов позволяет сделать вывод о наличии государственной помощи, противоречащей внутреннему рынку. Однако из всякого правила есть исключения. Согласно пункту 2 статьи 107 ДФЕС, совместимой с внутренним рынком является:

- a) помощь социального характера, выделяемая индивидуальным потребителям, при условии, что она предоставляется без дискриминации по месту происхождения продукции;
- b) помощь, предназначенная для устранения ущерба, причиненного стихийными бедствиями или другими чрезвычайными происшествиями;
- c) помощь, выделяемая хозяйству некоторых земель Федеративной Республики Германия, пострадавших от разделения Германии, в какой мере она необходима для компенсации неблагоприятных экономических последствий, вызванных данным разделением.

Однако действие последнего исключения ограничено во времени — через 5 лет после вступления в силу Лиссабонского договора, то есть 1 декабря 2014 года, Совет по предложению Комиссии может принять решение об отмене данного положения и о признании такой помощи несовместимой с внутренним рынком. В то же время следует подчеркнуть, что до сих пор данное положение действует, поскольку решения об отмене нет.

Кроме того, в соответствии с пунктом 3 статьи 107 ДФЕС может быть признана совместимой с внутренним рынком:

- a) помощь, призванная способствовать экономическому развитию регионов, в которых

уровень жизни является ненормально низким или которые испытывают серьезную нехватку рабочих мест, а также регионов, указанных в статье 349 (речь идет о заморских территориях государств-членов — Канарских островах, об островах Мадейре, Мартинике, о Французской Гвиане и ряде других территорий), с учетом их структурной, экономической и социальной ситуации;

- b) помощь, призванная содействовать реализации важного проекта, имеющего общий европейский интерес, или исправить серьезное расстройство экономики какого-либо государства-члена;
- c) помощь, призванная способствовать развитию отдельных видов хозяйственной деятельности или отдельных экономических регионов, когда она не изменяет условия торговли в такой степени, какая противоречила бы общим интересам;
- d) помощь, призванная содействовать культуре и сохранению исторического наследия, когда она не изменяет условия торговли и конкуренции в Союзе в такой степени, какая противоречила бы общим интересам;
- e) иные категории помощи, определяемые решением Совета по предложению Комиссии.

Совместимой с внутренним рынком также признается так называемая минимальная помощь (*de minimis aid*), которая не превышает сумму 200 000 евро за трехлетний период, а обеспеченная государственной гарантией часть кредита не превышает 1 500 000 евро²⁷. Такая помощь не оказывает ввиду своей малозначительности серьезного влияния на внутренний рынок Европейского Союза и поэтому допускается. Также не подпадают под государственную помощь меры в сферах групповых изъятий (защита окружающей среды, поддержка малого и среднего бизнеса, исследования и развитие, занятость и профессиональное обучение)²⁸. Обозначенные сферы представляют особый интерес для всего Союза в целом,

²⁶ Case C-280/00 Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht [ECLI:EU:C:2003:415].

²⁷ Commission Regulation (EU) № 1407/2013 of 18 December 2013 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to *de minimis aid* Text with EEA relevance // OJ L 352. 24.12.2013. P. 1—8.

²⁸ Council Regulation (EC) № 994/98 of 7 May 1998 on the application of Articles 92 and 93 of the Treaty establishing the European Community to certain categories of horizontal State aid // OJ L 142. 14.5.1998. P. 1—4.

поэтому государственное финансирование по данным направлениям не только не карается, но и, наоборот, поощряется.

Таким образом, под государственной помощью в праве Европейского Союза можно понимать противоречащие внутреннему рынку меры, направленные на предоставление государством или за счет государственных средств преимущества одному или нескольким предприятиям, подрывающие конкуренцию или создающие такую угрозу и влияющие на торговлю между государствами-членами. Однако не считается государственной помощью поддержка государства отдельных, установленных нормативными актами, направлений, а также минимальная помощь предприятию.

III. Государственные закупки как механизм реализации государственной помощи

Нередко на практике возникает вопрос, не является ли присуждение контракта при проведении государственных закупок государственной помощью по смыслу статьи 107 ДФЕС. Ведь в процедурах государственных закупок многие критерии несовместимой с внутренним рынком государственной помощи видны невооруженным взглядом²⁹. Например, любой государственный контракт так или иначе финансируется за счет государственных ресурсов, а понятие «заказчик» в праве Европейского Союза о государственных закупках, по сути, тождественно широкому понятию «государство» в контексте статьи 107 ДФЕС. Кроме того, присуждение государственного контракта по своей природе является селективной мерой, поскольку оно благосклонно только к одному участнику процедуры закупок или к группе участников. Учитывая стоимость контрактов,

особенно подпадающих под регулирование Директивы³⁰, влияние на торговлю между государствами-членами также легко оценить. Следовательно, остается только один критерий, который и является основным предметом споров при определении того, является ли присуждение контракта в рамках государственных закупок государственной помощью или нет. Речь идет о предоставлении экономического преимущества, которое победитель закупок не смог бы получить при нормальных рыночных условиях. Иными словами, необходимо в каждом случае понять, является ли деятельность государства по закупке нормальной с точки зрения рынка, то есть принял бы любой потенциальный покупатель на рынке такое же решение, как и заказчик. В доктрине права Европейского Союза данный подход именуется тестом потенциального покупателя на рынке³¹, который схож с уже упомянутым выше тестом потенциального инвестора.

В связи с этим Европейская комиссия в своей практике установила своего рода презумпцию, что государственные закупки не будут являться государственной помощью, несовместимой с внутренним рынком, если одновременно соблюдаются два условия: во-первых, присуждение контракта является в чистом виде государственной закупкой, и, во-вторых, процедура проведения закупок соответствует положениям Директивы и в особенности направлена на соблюдение оптимального соотношения цены и качества³².

Однако при проведении государственных закупок возможны ситуации, когда оказание государственной помощи налицо. Во-первых, когда тендер проводится без надобности. В этом случае можно вести речь о банальной передаче

²⁹ *Graells A. S. Distortions of Competition Generated by the Public (Power) Buyer: A Perceived Gap in EC Competition Law and Proposals to Bridge It // Oxford CCLP (L) 23. 2009. P. 19.*

³⁰ Директива 2004/18/ЕС применяется к контрактам, стоимость которых составляет не менее 162 000 евро на поставку товаров и оказание услуг, если заказчиком являются наиболее центральные органы власти (их перечень дается в приложении IV к Директиве), и 249 000 евро для иных заказчиков, а на выполнение работ — 6 242 000 евро. Новая Директива 2014/24/ЕС устанавливает более низкий порог, тем самым расширив действие наднационального регулирования: 134 000 евро на поставку товаров или оказания услуг, если заказчиком являются наиболее центральные органы власти, и 207 000 евро для иных заказчиков; 5 186 000 евро на выполнение работ.

³¹ *Craig P., de Búrca G. Op. cit. Chapter 29, p. 1090/*

³² Например, заключение Европейской комиссии по делу № 46/2007 Welsh Public Sector Network Scheme — UK от 30 мая 2007 года // OJ C 157. 10.7.2007. P. 2—5.

средств предприятию, а тендер используется как прикрытие, лишь для обхода прямого запрета. Сюда же можно отнести ситуацию, когда сама закупка обоснованна и необходима, однако критерии оценки победителя не связаны с предметом закупок. Также государственной помощью следует считать создание условий тендера под конкретного участника. Во-вторых, когда цена контракта необоснованно завышена и процедура закупок не обеспечивает уплату государством рыночной стоимости приобретаемых ею товаров или услуг. В-третьих, когда государство приобретает товары или услуги для третьего лица. Учитывая объем рынка государственных закупок в Европейском Союзе, который составляет около 2,4 трлн евро (примерно 19 % внутреннего валового продукта Европейского Союза)³³, практика оказания государственной помощи путем проведения государственных закупок является очень серьезной угрозой для надлежащего функционирования внутреннего рынка Союза.

В то же время наднациональное регулирование государственных закупок в Европейском Союзе предусматривает дополнительный механизм для борьбы с государственной помощью (помимо традиционного обращения в Европейскую комиссию). Так, в соответствии со ст. 55 Директивы 2004/18/ЕС (ст. 69 Директивы 2014/24/ЕС, заменяющей с 18 апреля 2016 года Директиву 2004/18/ЕС), если цена заявки аномально низкая благодаря оказанной помощи со стороны государства, организатор конкурса вправе не рассматривать заявку.

Заключение

Таким образом, в связи с тем, что государственная помощь по общему правилу запрещена, механизм государственных закупок нередко используется для того, чтобы эту государственную помощь прикрыть. Это может выражаться и в закупке ненужных товаров или услуг, и в завышенной цене контракта, и в создании условий конкурса под конкретного участника. Такое положение вещей может не влиять на работу Европейской комиссии, которая является главным институтом Европейского Союза по надзору за соблюдением правил конкуренции, в том числе за оказанием государственной помощи и проведением государственных закупок. Комиссия выработала специальный тест для того, чтобы выяснить, является ли государственная закупка лишь завесой, за которой кроется государственная помощь, или нет. Данный тест известен в доктрине права Европейского Союза как тест потенциального покупателя или потенциального инвестора. Кроме того, Директива о государственных закупках предоставляет заказчику возможность не рассматривать заявку на конкурс, если ее стоимость аномально низкая за счет оказанной помощи со стороны государства. О такой заявке заказчик должен сообщить в Европейскую комиссию, которая проведет соответствующее расследование. Ведь государственная помощь в чистом виде и тем более в форме проведения государственных закупок несет в себе угрозу для внутреннего рынка Европейского Союза.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Steiner J., Woods L. and Twigg-Flesner C. EU Law. — 9th ed. — OUP, 2006.
2. Bovis C. H. EU Public Procurement Law. — Elgar European Law, 2007.
3. Graells A. S. Distortions of Competition Generated by the Public (Power) Buyer: A Perceived Gap in EC Competition Law and Proposals to Bridge It // Oxford CCLP (L) 23. — 2009.
4. Craig P., de Búrca G. The Evolution of EU Law. — 2nd ed. — OUP, 2010.
5. Dony M. Droit de l'Union Européenne. — 3ème éd. — Editions de l'Université de Bruxelles, 2010.
6. Право Европейского Союза : в 2 т. / под ред. С. Ю. Кашкина. — М. : Юрайт, 2013. — Т. 2 : Особенная часть.

³³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «Upgrading the Single Market: more opportunities for people and business»; COM(2015) 550final, p. 13.

7. Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека / под ред. Л. М. Энтина. — М. : Норма, Инфра-М, 2013.
8. Право Европейского Союза : учебник для вузов / под ред. А. Я. Капустина. — М. : Юрайт, 2015.

Материал поступил в редакцию 4 апреля 2015 г.

CURRENT ISSUES OF LEGAL REGULATION OF STATE AID IN PUBLIC PROCUREMENT IN THE EU

KAMALYAN Artur Mikhailovich — post-graduate at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
arthur.kamalyan@gmail.com
Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. *The article deals with legal regulation of state aid in public procurement in the European Union. The article describes the basic concepts of European Union law on public procurement, namely the concept of "public contract" and "customer". In addition, the paper analyzes the four conditions, which being followed concurrently, lead to the recognition of state aid as incompatible with the internal market of the European Union, as well as cases in which state aid is implemented in the course of state procurement. Special attention is given to the circumstances in which state aid is compatible with the internal market or may be such, as well as the "minimal assistance» (de minimis aid) and group exemptions (Block exemptions).*

Keywords: *European Union, state procurement, state aid*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Pravo evropejskogo sojuza : v 2 t. / pod red. S. Ju. Kashkina. — М. : Jurajt, 2013. — Т. 2 : Osobennaja chast'.
2. Evropejskoe pravo. Pravo Evropejskogo Sojuza i pravovoe obespechenie zashhity prav cheloveka / pod red. L. M. Jentina. — М. : Norma, Infra-M, 2013.
3. Pravo Evropejskogo Sojuza : uchebnik dlja vuzov / pod red. A. Ja. Kapustina. — М. : Jurajt, 2015.

Правовые основы и проекты законодательства ЕС о европейской прокуратуре

Аннотация. В статье будут рассмотрены правовые основы эволюция компетенции Европейского Союза в сфере уголовного преследования за финансовые преступления против интересов ЕС и полномочия по созданию Европейской прокуратуры и установления принципов ее функционирования.

Ключевые слова: Европейский Союз; Европейская прокуратура, пространство свободы, безопасности и правосудия; уголовно-процессуальное законодательство; Европол; Евроюст; правовая помощь; сотрудничество по уголовным делам.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.177-182

При осуществлении международного сотрудничества по уголовным делам государства подчас сталкиваются с рядом проблем. Каждое уголовное дело, требующее сотрудничества со стороны властей другого государства, создает национальным правоохранительным органам дополнительные сложности из-за вероятных задержек в связи с международными запросами, трудностей в общении и понимании другого языка. При международном сотрудничестве по уголовным делам возникают также проблемы, связанные с различиями в правовых системах государств, с допустимостью в национальных судах доказательств, полученных вне государства¹.

На протяжении длительного времени международное сотрудничество по уголовным делам осуществлялось посредством международных конвенций или заключаемых государствами двухсторонних или многосторонних договоров. Что не всегда было эффективным и простым способом улучшения борьбы с преступностью.

Для современного мира характерны экономические объединения государств. Однако в ходе интеграционных процессов международные объединения государств сталкиваются с проблемами транснациональной преступности.

Активное вступление в состав Европейского Союза новых государств, отмена паспортного и таможенного контроля на внутренних границах государств — членов ЕС вследствие принятия Шенгенских соглашений² привели к росту преступности, переросшей из национальной в наднациональную, что послужило созданию единой системы действий и решений на наднациональном европейском уровне.

Европейское сообщество, правопреемником которого стал Европейский Союз, создавалось в целях экономической интеграции, в этой связи экономические и финансовые интересы Союза и по сей день являются ключевым фактором для ЕС и его интеграционных процессов.

¹ *Bachmaier L.* Winter Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law // *Utrecht Law Review*. 2013. Vol. 9. Issue 4. P. 127—146.

² Шенгенские соглашения / под ред. С. Ю. Кашкина. М. : Профобразование, 2000.

© Сорокина Е. М., 2016

* Сорокина Елизавета Михайловна, аспирантка кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Sorokina-liza@yandex.ru

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

До вступления в силу Лиссабонского договора европейское уголовное право и уголовный процесс можно было охарактеризовать как очень фрагментарные, поскольку Союз не обладал широкими полномочиями в области уголовного права и процесса, которые долгое время оставались в сфере только национальной компетенции государств — членов Европейского Союза.

С исторической точки зрения важным этапом развития европейского уголовного права и процесса стало подписание в городе Маастрихте 7 февраля 1992 г. Договора о Европейском Союзе³.

Хотя Договор о Европейском Союзе не предоставлял ЕС полномочий по созданию европейского наднационального органа в области уголовного преследования, именно с его вступлением в силу совместная борьба государств-членов с преступностью становится официально частью компетенции Европейского Союза.

Сотрудничество в области правосудия и внутренних дел являлось самостоятельным элементом в структуре Европейского Союза, до вступления в силу Лиссабонского договора в 2007 г. разделенного на три опоры.

Раздел VI Договора о Европейском Союзе выделил следующие направления сотрудничества: предоставление убежища, порядок пересечения внешних границ государств-членов и пограничный контроль, таможенное сотрудничество, иммиграционная политика, оказание правовой помощи по уголовным делам, полицейское сотрудничество.

Договор о Европейском Союзе наделил Союз компетенцией по координации государств-членов в сфере пространства свободы, безопасности и правосудия, частью которого является сотрудничество государств — членов ЕС по уголовным делам. Но компетенция институтов ЕС в данной сфере была весьма ограничена ввиду нежелания государств — членов ЕС ограничивать свою компетенцию в указанной сфере и передавать ее наднациональным органам ЕС.

Кроме того, Договор о Европейском Союзе не наделил Европейский Союз компетенцией по изданию нормативных правовых актов в области сотрудничества по уголовным делам, которые имели бы юридически обязательный характер для государств — членов Европейского Союза.

Единственным европейским институтом, к компетенции которого относилось издание нормативных актов в форме общих позиций, определяющих единый подход государств — членов ЕС в сфере борьбы с преступностью, был Совет Европейского Союза.

Государства — члены ЕС в целях борьбы с преступностью по-прежнему принимали совместные конвенции и заключали международные договоры, которые были более эффективным инструментом сотрудничества.

На следующем этапе развития сотрудничества по уголовным делам государств — членов ЕС, связанным с принятием Амстердамского договора 1997 г. (вступил в силу 1 мая 1999 г.)⁴, который создал концепцию пространства «свободы, безопасности и правосудия», третья опора ЕС приобрела исключительно уголовно-правовой характер и стала именоваться сотрудничеством полиции и судебных органов в уголовно-правовой сфере (СПСО).

Как отмечали П. А. Калинин и С. А. Михайлова, «в целях реализации идеи построения “европейского пространства свободы, безопасности и правосудия” Амстердамский договор 1997 г. предусмотрел усиление сотрудничества государств — членов ЕС в рамках “третьей опоры”, а также частичную ее “коммунитаризацию”, то есть вынесение ряда положений внутренних дел и правосудия на наднациональный уровень путем переноса данных положений в Римский договор»⁵.

В области пространства свободы, безопасности и правосудия нормативные акты издавались в форме рамочных решений. Важно подчеркнуть, что рамочные решения не обладали прямым действием на территории государств — членов ЕС, в связи с чем они не могли

³ Treaty of European Union // O.J. C 191, 29 July 1992.

⁴ Treaty of Amsterdam amending the Treaty of European Union, the Treaties establishing the European Communities and related acts // O.J. C. 340.

⁵ Калинин П. А., Михайлова С. А. Эволюция норм и стандартов ЕС в сфере признания и исполнения решений по гражданским делам // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 1. С. 125—136.

издаваться в целях гармонизации уголовно-процессуального законодательства государств-членов. Кроме того, в случае неисполнения рамочных решений государства — члены ЕС не могли привлекаться Судом Европейского Союза к ответственности.

Таким образом, ЕС не только не обладал полномочиями в сфере создания наднационального органа уголовного преследования, но и любые издаваемые нормативные акты в уголовной и уголовно-процессуальной сфере лишь определяли общий подход государств-членов в борьбе с преступными деяниями. Кроме того, любое государство — член ЕС при принятии нормативного акта в сфере сотрудничества по уголовным делам обладало правом вето.

Тем не менее отсутствие достаточной компетенции институтов ЕС не препятствовало подчеркивать важность совместной защиты финансовых интересов ЕС как государствами-членами, так и институтами ЕС, так как ежегодные финансовые убытки наносили вред и ЕС в целом, и его членам.

Предложения о защите финансовых интересов Союза выдвигались Комиссией в ряде программных документов. Одним из них стала опубликованная Комиссией 26 января 2000 года Программа улучшения функционирования институционального механизма ЕС в рамках статьи 48 Договора о Европейском Союзе⁶. В одном из параграфов документа Комиссия подчеркивала, что ЕС следует обеспечить себя эффективным средством борьбы с мошенничеством и защитой финансовых интересов Сообщества.

Такой вид преступного посягательства, как мошенничество, часто не ограничивается территорией одного государства, пересекает границы, в то время как национальные полицейские и судебные органы вправе действовать только в пределах территории своего государства, имеют ограниченную юрисдикцию.

Кроме того, традиционные механизмы сотрудничества между полицией и судебными органами государств — членов ЕС слишком тяжеловесны и громоздки и плохо подходят для эффективной борьбы с трансграничными формами мошенничества.

Комиссией ЕС были высказаны предложения в целях защиты финансовых интересов ЕС о создании Европейской прокуратуры.

Принятие решений по трансграничным случаям мошенничества потребует от государств-членов тесной координации, эффективного расследования и судебного преследования на европейском уровне. Европейская комиссия отмечала, что действующие правила обмена информацией и координации между правоохранительными органами государств — членов ЕС недостаточны для достижения цели совместной борьбы с преступлениями против финансовых интересов ЕС, несмотря на активизацию усилий союзных учреждений, таких как Евроюст, Европол и Европейское бюро по борьбе с мошенничеством (OLAF).

Координация, сотрудничество и обмен информацией сталкиваются с многочисленными проблемами и ограничениями из-за распределения зон ответственности между правоохранительными органами, принадлежащими к различным территориальным юрисдикциям.

Европейская комиссия также подчеркивала, что отсутствие взаимодействия между судебными органами государств-членов является препятствием для эффективного расследования и судебного преследования преступлений, затрагивающих финансовые интересы Союза.

Отмеченные проблемы в координации правоохранительных и судебных органов в ходе расследования и уголовного преследования за преступления против финансовых интересов ЕС учитывались при разработке положений Конституции Европейского Союза.

В 2002 году при разработке положений будущей Конституции в области пространства свободы безопасности и правосудия рассматривалась возможность создания европейской прокуратуры на базе Евроюста. Позже положения, разработанные для непринятой Конституции, были включены в Лиссабонский договор, который внес изменения в учредительные договоры ЕС.

Таким образом, на сегодня законодательство ЕС в области создания прокуратуры на территории ЕС основывается на статье 86 ДФЕС

⁶ Adapting the Institutions to make a success of enlargement — Commission opinion in accordance with Article 48 of the Treaty on European Union on the calling of a Conference of Representatives of the Governments of the Member States to amend the Treaties (COM/2000/0034 final).

в редакции Лиссабонского договора⁷, который является первичной нормой, предусматривающей компетенцию Европейского Союза по созданию европейской прокуратуры.

Параграф 1 статьи 86 ДФЕС закрепляет, что для борьбы с преступными деяниями, посягающими на финансовые интересы Союза, Совет, постановляя посредством регламентов в соответствии со специальной законодательной процедурой, может учредить Европейскую прокуратуру на основе Евроюста⁸. Совет постановляет единогласно после одобрения Европейского парламента.

Параграф 2 названной статьи наделяет Европейскую прокуратуру при необходимости во взаимодействии с Европолом⁹ полномочиями осуществлять расследование, уголовное преследование и предание суду в отношении исполнителей и соучастников преступных деяний, посягающих на финансовые интересы ЕС. Европейская прокуратура осуществляет перед компетентными судами государств-членов поддержание обвинения в связи с этими преступными деяниями.

Внимания заслуживает следующая особенность Европейского Союза в области совместной работы по уголовным делам. Так, сотрудничество государств — членов ЕС в уголовно-процессуальной сфере осуществляется не только национальными правоохранительными органами следствия, прокуратуры и суда, но и посредством специально созданных европейских учреждений, таких как Европейское полицейское ведомство — Европол, Евроюст, Европейское ведомство по борьбе с мошенничеством — ОЛАФ. Данные учреждения Европейского Союза в институциональной системе не носят характера наднациональных правоохранительных органов. Они создавались в целях сотрудничества в борьбе с преступностью в Европейском Союзе.

Европейское полицейское ведомство было создано Конвенцией о Европоле 1995 года, вступившей в силу 1 октября 1998 года. Впоследствии вместо Конвенции о Европоле в 2009 году вступило в силу Решение 2009/371/ПВД Совета от 6 апреля 2009 года о создании Европейского полицейского ведомства (Европол (Europol))¹⁰.

Европол осуществляет определение общих задач и направлений полицейского сотрудничества национальных полиций государств — членов Европейского Союза. В задачи Европола входит оказание правовой помощи полицейским ведомствам государств — членов ЕС в сфере предотвращения преступлений, расследования их тяжких и особо тяжких форм, имеющих трансграничный характер.

Евроюст (Eurojust) — орган Европейского Союза, создан решением Совета ЕС «О создании Евроюста в целях усиления борьбы с тяжкой преступностью» 2002/187/ПВД от 28 февраля 2002 г.¹¹ (частично измененный решением от 16 декабря 2009 г.) в целях координации работы национальных прокуратур и иных ведомств, к компетенции которых отнесено уголовное преследование и расследование уголовных дел в государствах — членах ЕС.

К компетенции Евроюста относится содействие в проведении следственных действий на территории государств — членов ЕС.

При наличии механизмов и учреждений, осуществляющих сотрудничество в сфере расследования уголовных дел трансграничного характера в ЕС, тем не менее уголовное преследование лиц в судебном процессе, совершивших преступления против финансовых интересов Европейского Союза, относится к компетенции национальных прокуратур.

В соответствии со статьей 86 ДФЕС Европейская комиссия 13 июля 2013 г. опубликовала проект Регламента о Европейской прокуратуре¹² (далее — проект).

⁷ Treaty on the Functioning of the European Union // OJ. 2010. С. 83

⁸ Council Decision 2002/187/JHA of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime // O.J. L. 63

⁹ Council Decision 2009/371/JHA of 6 April 2009 establishing the European Police Office (Europol) // O.J. L. 121/37

¹⁰ Council Decision 2009/371/JHA of 6 April 2009 establishing the European Police Office (Europol) // O.J. L. 121/37.

¹¹ Council Decision 2002/187/JHA of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime // O.J. L. 63.

¹² Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office // Brussels. 17.7.2013 COM(2013) 534 final 2013/0255 (APP).

В преамбуле проекта подчеркивается, что Союз и государства-члены обязаны защищать финансовые интересы Союза в борьбе против уголовных преступлений, приносящих значительные финансовые убытки Европейскому Союзу каждый год. Однако подобные преступления в настоящее время недостаточно исследованы и преследуются лишь национальными органами уголовного преследования.

Согласно статье 1 проекта, Регламент учреждает Европейскую прокуратуру и устанавливает правила ее функционирования.

Европейская прокуратура по своей организационной форме станет одним из учреждений ЕС. К учреждениям Союза относятся инстанции, которые получают специальные полномочия в определенных сферах и приобретают статус юридического лица¹³. Наделение прокуратуры статусом юридического лица также оговорено в статьях проекта Реглаamenta.

Предполагается, что в своей деятельности Европейская прокуратура должна будет тесно сотрудничать с Европолом, который будет оказывать прокуратуре информационную поддержку.

К основным задачам Европейской прокуратуры проект относит борьбу с уголовными преступлениями, затрагивающими финансовые интересы Союза.

В случае принятия Реглаamenta Европейская прокуратура станет европейским учреждением, которое приобретет полномочия по направлению хода и контролированию уголовного расследования в отношении финансовых преступлений против интересов ЕС.

Важной новеллой станет и наделение Европейской прокуратуры функциями прокурора (исполнение функции уголовного преследования) в компетентных судах государств — членов ЕС в отношении преступлений, относимых к ее компетенции.

Одним из ключевых принципов функционирования будущего учреждения ЕС в области уголовного преследования, согласно проекту Реглаamenta, является независимость прокуратуры.

Таким образом, Европейский Союз за десятилетия прошел путь от практически полного отсутствия компетенции в области уголовного права и процесса ввиду нежелания государств — членов ЕС передавать свои полномочия в вышеназванной сфере на наднациональный уровень до разработки Реглаamenta об учреждении Европейской прокуратуры, к компетенции которой будет отнесено уголовное преследование в национальных судах за преступления против финансовых интересов Союза.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Шенгенские соглашения / под ред. С. Ю. Кашкина. — М. : Профобразование, 2000.
2. Право Европейского Союза : в 2 т. / под ред. С. Ю. Кашкина. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2013. — Т. 1 : Особенная часть. Основные отрасли и сферы регулирования права Европейского Союза.
3. Калиниченко П. А., Михайлова С. А. Эволюция норм и стандартов ЕС в сфере признания и исполнения решений по гражданским делам // Актуальные проблемы российского права. — 2014. — № 1. — С. 125—136.
4. Трикоз Е. Н. Формирование уголовно-правовой системы Европейского союза // Журнал российского права. — 2007. — № 10. — С. 89—107.
5. Winter L. B. Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law // Utrecht Law R.

Материал поступил в редакцию 22 октября 2015 г.

¹³ Право Европейского Союза : в 2 т. / под ред. С. Ю. Кашкина. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2013. Т. 1 : Особенная часть. Основные отрасли и сферы регулирования права Европейского Союза. С. 335.

LEGAL BASES AND PROJECTS OF THE EU LEGISLATION ON THE EUROPEAN PUBLIC PROSECUTION SERVICE

SOROKINA Elizaveta Mikhailovna — Post-graduate at the Department of European Union Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
Sorokina-liza@yandex.ru
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Review. *The article examines the evolution of legal framework of the European Union's competence in the field of criminal prosecution for crimes against financial interests of the EU and legal powers to establish the European Public Prosecution Service and the principles of its functioning.*

Keywords: *European Union, European prosecution service, space for freedom, safety and justice, criminal procedure legislation, Europol, Eurojust, legal assistance, cooperation against crime.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Shengenskie soglasheniya / pod red. S. Ju. Kashkina. — M. : Profobrazovanie, 2000.
2. Pravo Evropejskogo Sojuza : v 2 t. / pod red. S. Ju. Kashkina. — 4-e izd., pererab. i dop. — M. : Jurajt, 2013. — T. 1 : Osobennaja chast'. Osnovnye otrasli i sfery regulirovanija prava Evropejskogo Sojuza.
3. Kalinichenko P. A., Mihajlova S. A. Jevoljucija norm i standartov ES v sfere priznanija i ispolnenija reshenij po grazhdanskim delam // Aktual'nye problemy rossijskogo prava. — 2014. — № 1. — S. 125—136.
4. Trikoz E. N. Formirovanie ugolovno-pravovoj sistemy Evropejskogo sojuza // Zhurnal rossijskogo prava.— 2007. — № 10. — S. 89—107.

Концепция встречного предоставления в англосаксонской правовой семье: правила и исключения

Аннотация. В статье представлены основные положения концепции встречного предоставления, а также исключения из правил применения данной концепции. В частности, рассматриваются понятие и признаки встречного предоставления, критерии-правила состоятельности встречного предоставления, а также те договоры и соглашения, к которым концепция встречного предоставления не применяется. Представлен авторский подход к делению критериев-правил состоятельности встречного предоставления, а также в определении соотношения принципа свободы договора и концепции встречного предоставления. Кроме того, автором выделена специальная группа легитимированных обязательств, к которым концепция встречного предоставления не применяется, поскольку данная концепция не применяется к договорам, порождающим такие обязательства. В работе представлены различные доктринальные позиции относительно понятия и признаков встречного предоставления. Также проанализированы материалы судебной практики применительно к критериям состоятельности встречного предоставления. Базируясь на общенаучных и частнонаучных методах научного познания, автор пришел к ряду выводов, которые могут найти свое применение в цивилистической науке и правоприменительной практике.

Ключевые слова. Договор, соглашение, встречное предоставление, правила-критерии, исключения, состоятельность, достаточность, эстоппель обещания, домашние соглашения, опционный договор.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.183-190

Российские цивилисты в своих работах неоднократно обращались к концепции встречного предоставления, в ряде случаев трактуя данный термин не как встречное предоставление, а как встречное удовлетворение¹.

Однако, исходя из самой англосаксонской концепции consideration, речь идет именно о встречном предоставлении, а не о встречном удовлетворении. Рассмотрим более подробно основные правила данной концепции.

¹ См., например: Сравнительное правоведение: национальные правовые системы / В. Ю. Артемов, Н. М. Бевеликова, Р. Г. Газизова [и др.] ; под ред. В. И. Лафитского. М. : ИЗИСП, Контракт, 2013. Т. 3 : Правовые системы Азии ; Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. А. С. Комарова. М. : Статут, 2013.

© Подузова Е. Б., 2016

* Подузова Екатерина Борисовна, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) ekaterinacivil@gmail.com
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Обещание без встречного предоставления не может быть принудительно исполнено в суде, встречное предоставление представляет собой прежде всего обмен ценностями². Встречное предоставление относится к определенным расходам должника и определенным доходам (выгодам) кредитора³. Встречное предоставление базируется на принципе взаимного обмена (*reciprocity*). Следовательно, под встречным предоставлением понимаются как совершение действий по обмену материальными благами или действий, имеющих материальный интерес для стороны, так и обещание совершить указанные действия. Встречное предоставление должно быть взаимосвязано с целью, намерением сторон⁴, должно отражать намерение сторон договора, а также соответствовать этому намерению⁵.

Необходимо указать, что вопрос о наличии или об отсутствии встречного предоставления имеет значение лишь для договоров, подлежащих исполнению в будущем (*executory contract*), а не в момент их заключения⁶.

В системе общего права были разработаны критерии состоятельности встречного предоставления.

Первый критерий состоятельности — встречное предоставление является объективной категорией и не тождественно мотиву сторон⁷.

Также критерием состоятельности встречного предоставления выступает соразмерность

встречного предоставления: встречное предоставление должно быть достаточным, но не обязательно равным, эквивалентным⁸.

Согласно современной интерпретации концепции встречного предоставления, суды квалифицируют в качестве такового различные вещи, не имеющие существенной ценности и не составляющие на момент заключения договора в полном смысле этого слова имущественные потери для должника или имущественные выгоды для кредитора (например, в так называемых договорах успеха⁹). В доктрине такое встречное предоставление обозначается термином *trivial consideration*.

В настоящее время ключевое значение для концепции *consideration* и практики ее реализации приобрел иной критерий состоятельности встречного предоставления — критерий его достаточности.

Судебной практикой были выработаны правила-критерии достаточности встречного предоставления, которые, по нашему мнению, возможно разделить на субъективные и объективные.

К объективным критериям-правилам относятся следующие:

1. Исполнение общественного долга не является достаточным встречным предоставлением¹⁰, если только лицо, исполняющее этот долг, не исполнит его в большем объеме, чем предписано¹¹.

² См.: *Parsons T. The law of contracts*. Boston : Little, Brown and Company, 1857. V. 1. P. 353. Необходимо отметить, что данный автор проводит параллель встречного предоставления с каузой сделки, разработанной в романо-германской системе права.

³ См.: *O'Sullivan J. & Hilliard J. The Law of Contract*. New York, 2008. P. 94.

⁴ См.: *Buckland W., McNair A. Roman Law and Common Law*. New York : Cambridge University Press, 1936. P. 212.

⁵ См.: *O'Sullivan J. & Hilliard J. Op. cit.* P. 94—98 ; *McKendrick E. Contract law*. New York : Palgrave Macmillan, 2013. P. 68—71 ; *Chandler A., Brown I. Law of Contract. Questions and Answers*. Hampshire, 2013. P. 34—56.

⁶ См. об этом также: *Карпетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы* : в 2 т. М. : Статут, 2012. Т. 2 : Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве.

⁷ См.: *Thomas v. Thomas* (1842) 2 Q.B. 851, 114 E.R. 330 // URL: <http://www.lawnix.com/cases/thomas-thomas.html> (дата обращения: 13 февраля 2015 г.) ; *Gamage D., Kedem A. Commodification and Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations* // *The University of Chicago Law Review*. 2006. 73: 1299. P. 1325 ; *McKendrick E. Op. cit.* P. 96.

⁸ См.: *Chandler A., Brown I. Op. cit.* P. 35.

⁹ См.: *Chandler A., Brown I. Op. cit.* P. 35 ; *O'Sullivan J. & Hilliard J. Op. cit.* P. 94.

¹⁰ См.: *Collins v Godefroy* (1831) 1 B & Ad 950 // URL: <http://docslide.net/documents/collins-v-godefroy.html> (дата обращения: 19 февраля 2015 г.).

¹¹ См.: *Ward v Byham* (1956) 1 WLR 496 // URL: <http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Ward-v-Byham.php> (дата обращения: 19 февраля 2015 г.).

2. Исполнение уже существующей договорной обязанности не может по общему правилу составлять достаточное встречное предоставление для требования дополнительной оплаты, если только обязанное лицо не исполнит эту обязанность в большей мере, чем это предусмотрено договором¹².
3. Встречное предоставление от третьей стороны по отношению к договору является достаточным, если только встречное предоставление совершается в целях исполнения стороной договора предусмотренной договором обязанности¹³.

Группу **субъективных** критериев-правил, в частности, составляют:

1. Практическая выгода для кредитора от исполнения должником существующей договорной обязанности является достаточным встречным предоставлением в целях получения для должника дополнительной платы. Это правило неприменимо, если данное исполнение совершено в результате физического или психологического воздействия кредитора на должника¹⁴.
2. Прекращение первоначального обязательства новацией является достаточным встречным предоставлением, поскольку первоначальное обязательство возникло, а новое обязательство прекратилось по свободному волеизъявлению, а значит, к выгоде обеих сторон¹⁵.
3. Частичная выплата долга не является достаточным встречным предоставлением¹⁶.

Необходимо отметить, что согласно доктрине и прецедентной системе общего права, соглашение (agreement) и договор (contract)¹⁷ могут использоваться как равнозначные понятия в том случае, когда не ставится вопрос о возможности принудительного исполнения договора в судебном порядке. Когда речь идет о договоре (соглашении), который не может быть исполнен принудительно в судебном порядке, используется термин «соглашение» (agreement), а не «договор» (contract).

В российской цивилистической науке справедливо указывается на нетождественность понятий «соглашение» и «договор»: понятие «соглашение» шире, чем понятие «договор», договор, в отличие от соглашения, всегда является основанием возникновения обязательственных правоотношений¹⁸. Следовательно, в российской доктрине критерием отграничения договора от соглашения является возникновение нового обязательства.

Итак, отсутствие встречного предоставления, согласно концепции consideration, превращает договор в необязательное для исполнения соглашение сторон. На современном этапе развития концепции встречного предоставления из этого правила существует ряд исключений.

Во-первых, если договор содержит эстопель обещания (promissory estoppel), то к данному договору тест на наличие встречного предоставления не применяется¹⁹ и данный договор порождает определенные правовые последствия²⁰. Концепция эстопели означает, что если одна сторона договора побуждает

¹² См.: *Stilk v Myrick* (1809) EWHC KB J58 // URL: <http://www.e-lawresources.co.uk/Stilk-v-Myrick.php> (дата обращения: 19 февраля 2015 г.).

¹³ См.: *Scotson v Pegg* [1861] EWHC Exch J2 // URL: <http://www.e-lawresources.co.uk/Scotson-v-Pegg.php> (дата обращения: 19 февраля 2015 г.).

¹⁴ См.: *Williams v Roffey Bros* [1990] 2 WLR 1153 // URL: <http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Williams-v-Roffey-Bros.php> (дата обращения: 19 февраля 2015 г.).

¹⁵ Цит. по: *Chandler A., Brown I.* Op. cit. P. 54.

¹⁶ См.: *Foakes v Beer* (1883–84) LR 9 App Cas 605 House of Lords // URL: <http://www.e-lawresources.co.uk/Foakes-v-Beer.php> (дата обращения: 19 февраля 2015 г.).

¹⁷ См.: *O'Sullivan J. & Hilliard J.* Op. cit. P. 11–129; *McKendrick E.* Op. cit. P. 17–111; *Chandler A., Brown I.* Op. cit. P. 1–75.

¹⁸ См. об этом подробнее: *Василевская Л. Ю.* Правовая природа соглашения об отступном: проблемы определения и толкования // Закон. 2009. № 3. С. 161–169.

¹⁹ См.: *O'Sullivan J. & Hilliard J.* Op. cit. P. 118–119; *Chandler A., Brown I.* Op. cit. P. 37.

²⁰ См.: *Slawson W. D.* Binding Promises. The Late 20-th Century Reformation of Contract Law. Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1996 ; *McKendrick E.* Op. cit. P. 90.

другую сторону договора действовать определенным образом и вторая сторона добровольно дала обещание действовать таким определенным образом, то первая сторона в дальнейшем не может отрицать либо оспаривать этот факт в целях доказывания невозможности принудительного исполнения обязательства, возникшего из данного договора²¹.

В современной доктрине англо-американского права существует мнение, согласно которому соглашение об изменении договора, которое может быть принудительно исполнено, должно пройти тест на наличие встречного предоставления²². Однако, согласно концепции эстоппеля, в том случае, когда изменение договора выгодно только одной стороне, а другая сторона согласна с таким изменением, первая сторона договора не может в дальнейшем в одностороннем порядке отказаться от такого изменения, сославшись на отсутствие встречного предоставления, поскольку другая сторона договора дала обещание действовать определенным образом, несмотря на связанные с этим убытки²³.

Судебной практикой были выработаны определенные критерии состоятельности эстоппеля обещания. К ним относятся:

- наличие ясного, однозначного добровольного обещания посредством словесного или конклюдентного выражения²⁴;
- действия лица, которому дано обещание, в соответствии с данным обещанием²⁵;
- несправедливость отзыва своего обещания лицом, которому также другое обещание адресатом первоначального обещания²⁶.

Во-вторых, в силу положений § 45 и 87 Акта о втором пересмотре положений договорного права США (United States Restatement (Second), Contracts) наличие встречного предоставления требуется для опционного договора (контракта)²⁷ только в том случае, когда опционный договор содержит условие о будущем исполнении (в п. 1-а § 87 указано, что оферта имеет силу опционного договора, если совершена в письменной форме, подписана оферентом, содержит предполагаемое встречное предоставление за совершение оферты и предполагает взаимный обмен на справедливых условиях в разумный срок либо если согласно п. 1-б § 87 оферта является безотзывной в силу закона).

А в двух других случаях для признания опционного соглашения договором наличие встречного предоставления не требуется. Так, на основании § 45 Акта о втором пересмотре положений договорного права США в качестве заключенного опционного договора признается оферта, предполагающая исполнение, а не обещание исполнения, опционный договор считается заключенным в тот момент, когда акцептант совершил исполнение либо начал его совершать. Обязанность оферента по опционному договору является условной и квалифицируется в качестве таковой по результатам исполнения в соответствии с условиями оферты. В силу п. 2 § 87 Акта оферент разумно может рассчитывать на понуждение акцептанта совершить действие либо воздержаться от совершения действия, имеющего существенный характер, до акцепта оферты, и такая оферта

²¹ См.: *Chandler A., Brown I.* Op. cit. P. 37 ; *McKendrick E.* Op. cit. P. 90.

²² См.: *Chandler A., Brown I.* Op. cit. P. 37.

²³ См., например, об этом судебную практику: *Hughes v Metropolitan Ry* (1877) 2 App Cas 439 // URL: <http://www.e-lawresources.co.uk/Hughes-v-Metropolitan-Railway.php> (дата обращения: 13 марта 2015 г.) ; *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd* [1947] KB 130 // URL: <http://www.e-lawresources.co.uk/Central-London-Property-Trust-v-High-Trees-House.php> (дата обращения: 13 марта 2015 г.).

²⁴ См.: *Scandinavian Trading Tanker Co. AB v Flota Petrolera Ecuatoriana (The Scaptrade)* [1983] QB 529 // URL: <http://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=12671> (дата обращения: 13 марта 2015 г.).

²⁵ См.: *Ajayi v RT Briscoe (Nigeria) Ltd* [1964] 1 WLR 1326 // URL: <http://www.bitsoflaw.org/contract/formation/study-note/degree/consideration-estoppel> (дата обращения: 13 марта 2015 г.) ; *Chandler A., Brown I.* Op. cit. P. 37.

²⁶ См.: *D & C Builders Ltd v Rees* [1966] 2 QB 617 // URL: <http://swarb.co.uk/d-c-builders-ltd-v-rees-ca-1966> (дата обращения: 13 марта 2015 г.) ; *Chandler A., Brown I.* Op. cit. P. 37.

²⁷ В юридической литературе опционный договор квалифицируется в качестве разновидности безотзывной оферты. См. об этом: *Grosskopf O., Medina B.* Regulating Contract Formation: Precontractual Reliance, Sunk Costs, and Market Structure // *Connecticut Law Review*. 2007. Vol. 39. № 5. P. 1980.

понуждает к совершению такого действия или к воздержанию от совершения действия и связывает стороны как опционный договор²⁸.

К исключениям из правил концепции встречного предоставления также можно отнести ряд обязательств. Представляется, что к данным обязательствам можно применить термин «легитимированные обязательства без встречного предоставления». Среди них можно выделить следующие:

1. *Обязательство, возникшее из договоров, которые должны быть заключены с соблюдением строго определенной формы.* В законодательстве стран общего права существуют требования к форме договора, порождающего обязательства. В Статуте о мошенничестве 1677 г.²⁹ были выделены отдельные виды договоров, которые должны были быть заключены в письменной форме и подписаны каждой из сторон либо уполномоченным на то лицом (см., например, раздел IV Статута), однако к середине XX века требования к форме договора в значительной мере перестали быть существенным требованием для его действительности. В то же время договор аренды на срок более чем три года должен быть заключен в форме документа (см. разделы 52 и 54 (2) Закона о праве собственности 1925³⁰). Согласно подразделам 1 и 2 раздела 1 Закона о дополнительных положениях о праве собственности 1989 г.³¹ требования к оформлению договора посредством особого документа за печатью были отменены. Однако для того, чтобы признать договор действительным документом, необходимо соблюдение комплекса правил о намерении, исполнении, а также составлении и подписании договора сторонами. Но в тех странах англосаксонской правовой семьи, где по-прежнему применяется Статут о мошенничестве 1677 г.³² (например, в Канаде, Австра-

лии), существуют достаточно жесткие требования к форме любого договора. Таким образом, соглашения без встречного предоставления, заключенные с соблюдением требований к их форме, порождают обязательства без встречного предоставления, которые, однако, могут быть принудительно исполнены посредством обращения стороны обязательства в суд, поскольку соблюденные требования к форме основания возникновения обязательства, согласно правилам англосаксонской системы права, компенсируют отсутствие в таком основании встречного предоставления.

2. *Обязательство, возникшее в результате изменения ранее существующего обязательства, основание возникновения которого не прошло тест на наличие встречного предоставления.* Как отмечается в доктрине, требование к наличию достаточного встречного предоставления имеет значение лишь для заключения договора, но не для его изменения. Кроме того, согласно правилам ст. 2-209 (1) Единообразного торгового кодекса США, наличие встречного предоставления не является обязательным требованием для принудительного исполнения соглашений об изменении договора. Однако в судебной практике подтверждается необходимость применения концепции встречного предоставления к соглашению об изменении договора³³. В то же время в англо-американском праве наблюдается тенденция к отступлению от концепции consideration при изменении договорного обязательства³⁴. Таким образом, основание изменения обязательства без встречного предоставления порождает новое обязательство без встречного предоставления, которое, в зависимости от места совершения и судебного усмотрения, может быть принудительно исполнено посредством обращения стороны обязательства в суд.

²⁸ См. об этом также: *Gamage D., Kedem A.* Op. cit. P. 1318.

²⁹ См.: Statute of Frauds 1677 // URL: <http://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/29/3/section/IV> (дата обращения: 2 февраля 2015 г.).

³⁰ См.: Law of Property Act. 1925 // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/20/contents> (дата обращения: 15 февраля 2015 г.).

³¹ См.: Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act. 1989 // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/34/section/1>.

³² См. об этом: *McKendrick E.* Op. cit., 2013. P. 63.

³³ См.: *McKendrick E.* Op. cit. P. 83.

³⁴ См.: *Coote B.* Consideration and Variations: A Different Solution // Law Quarterly Review. 120. P. 19.

3. *Обязательство, возникшее из договора, содержащего эстоппель обещания.* Как уже было рассмотрено выше, согласно содержанию данного обязательства с эстоппелем обещания, одна его сторона имеет право требования к другой стороне действовать определенным образом, при этом вторая сторона добровольно приняла на себя обязанность действовать таким определенным образом. В этом случае первая сторона в дальнейшем не может отрицать либо оспаривать данный факт в целях доказывания невозможности принудительного исполнения обязательства, возникшего из договора с эстоппелем обещания.

4. *Обязательство, порожденное опционным договором (контрактом).* Как было указано выше, в том случае, если в силу положений § 45 и 87 Акта о втором пересмотре положений договорного права США (United States Restatement (Second), Contracts) в качестве заключенного опционного договора признается оферта, предполагающая исполнение, а не обещание исполнения, а также оферта, понуждающая к совершению исполнения посредством активных или пассивных действий³⁵.

5. *Обязательство, возникшее из договора с открытым условием о цене.* В ст. 8 английского Закона о продаже товаров 1979 г.³⁶ указывается, что в договоре купли-продажи условие о цене может быть оставлено для дальнейшего согласования определенным в договоре способом или может быть установлено в ходе вза-

имоотношений сторон. Согласно § 2-305 Единообразного Торгового кодекса США стороны могут заключить договор купли-продажи с открытым условием о цене, которое может быть как оставлено для дальнейшего согласования сторонами, так и может подлежать установлению третьим лицом.

6. *Обязательство, имеющие своим основанием возникновения договор (соглашение) об организации совместной деятельности.* К таким соглашениям относятся: согласно ст. 8 английского Акта о компаниях³⁷ 2006 г. меморандум об объединении (memorandum of association), соглашение о партнерстве (partnership agreement), партнерское соглашение.

Подводя итоги рассмотрения правил и исключений в отношении концепции встречного предоставления, необходимо отметить также, что применительно к основополагающему принципу гражданского права — принципу свободы договора, концепция встречного предоставления в англосаксонской правовой системе занимает определенное положение. Принцип свободы договора и встречное предоставление находятся в разных понятийных плоскостях, применяя правила-критерии концепции встречного предоставления для квалификации договора, правоприменитель ограничивает принцип свободы договора³⁸. Исключения из правил концепции встречного предоставления, наоборот, не ограничивают принцип свободы договора, являются одним из средств его реализации.

³⁵ См. об этом также: *Game D., Kedem A.* Op. cit. P. 1318.

³⁶ Закон о продаже товаров (Sale of Goods Act) 6 декабря 1979 г. // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/contents> (дата обращения: 9 декабря 2015 г.). Необходимо отметить, что ряд положений Закона о продаже товаров был изменен Законом о правах потребителей (Consumer Rights Act) 26 марта 2015 г. (URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/introduction> (дата обращения: 15 декабря 2015 г.)).

³⁷ Companies Act, 2006 // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/29> (дата обращения: 28 ноября 2015 г.).

³⁸ См. об этом подробно: *Подузова Е. Б.* Особенности реализации принципа свободы договора в предпринимательской деятельности в российской и англосаксонской правовых системах: проблемы и противоречия // Проблемы реализации принципов права в предпринимательской деятельности : монография / отв. ред. В. А. Вайпан, М. А. Егорова. — М. : Юстицинформ, 2016. С. 218—226.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Василевская Л. Ю. Правовая природа соглашения об отступном: проблемы определения и толкования // Закон. — 2009. — № 3. — С. 161—169.
2. Карапетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы : в 2 т. — М. : Статут, 2012. — Т. 2 : Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве.
3. Подузова Е. Б. Особенности реализации принципа свободы договора в предпринимательской деятельности в российской и англосаксонской правовых системах: проблемы и противоречия // Проблемы реализации принципов права в предпринимательской деятельности : монография / отв. ред. В. А. Вайпан, М. А. Егорова. — М. : Юстицинформ, 2016. — С. 218 — 226.
4. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. А. С. Комарова. — М. : Статут, 2013.
5. Сравнительное правоведение: национальные правовые системы / В. Ю. Артемов, Н. М. Бевеликова, Р. Г. Газизова [и др.] ; под ред. В. И. Лафитского. — М. : ИЗиСП, Контракт, 2013. — Т. 3 : Правовые системы Азии.
6. Buckland W., McNair A. Roman Law and Common Law. — New York : Cambridge University Press, 1936.
7. Chandler A., Brown I. Law of Contract. Questions and Answers. — Hampshire, 2013.
8. Coote. B. Consideration and Variations: A Different Solution // Law Quarterly Review. — 120.
9. Gamage D., Kedem A. Commodification and Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations // The University of Chicago Law Review. — 2006. — 73:1299. — P. 1325.
10. Grosskopf O., Medina B. Regulating Contract Formation: Precontractual Reliance, Sunk Costs, and Market Structure // Connecticut Law Review. — 2007. — Vol. 39. — № 5.
11. McKendrick E. Contract law. — New York : Palgrave Macmillan, 2013.
12. O'Sullivan J. & Hilliard J. The Law of Contract. — New York, 2008.
13. Parsons T. The law of contracts. — Boston : Little, Brown and Company, 1857. — V. 1.
14. Slawson W. D. Binding Promises. The Late 20-th Century Reformation of Contract Law. — Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1996.

Материал поступил в редакцию 22 декабря 2015 г.

THE CONCEPT OF CONSIDERATION IN THE ANGLO-SAXON LEGAL FAMILY: RULES AND EXCEPTIONS

PODUZOVA Ekaterina Borisovna — Ph.D. in Law, Senior Lecturer of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law Academy (MSAL).
ekaterinacivil@gmail.com
123995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Review. *The article considers different provisions of the concept of consideration and exceptions to the rules of application of this concept. In particular, the author considers the definition and features of consideration, rules of its consistency, and contracts and agreements to which the concept of consideration is not applicable. The article provides the author's approach to the division of criteria of consideration consistency and to the determination of interrelation between the principle of contractual freedom and the concept of consideration. In addition, the author defines a special group of legitimated obligations to which the concept of consideration is not applicable because this concept is not applicable to contracts that give rise to such obligations. The article contains different doctrinal positions concerning the definition and features of consideration. Moreover, it makes an analysis of judicial practice with regard to the criteria of consideration consistency. Based on the general scientific and specific scientific methods of scientific cognition, the author came to a number of conclusions that may find their application in civil law science and law enforcement practice.*

Keywords: *Contract, agreement, consideration, rules-criteria, exceptions, consistency, adequacy, promissory estoppels, domestic agreement, option contract.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. *Vasilevskaja L. Ju.* Pravovaja priroda soglashenija ob otstupnom: problemy opredelenija i tolkovanija // *Zakon*. — 2009. — № 3. — S. 161—169.
2. *Karapetov A. G., Savel'ev A. I.* Svoboda dogovora i ee predely : v 2 t. — M. : Statut, 2012. — T. 2 : Predely svobody opredelenija uslovij dogovora v zarubezhnom i rossijskom prave.
3. *Poduzova E. B.* Osobennosti realizacii principa svobody dogovora v predprinimatel'skoj dejatel'nosti v rossijskoj i anglosaksonskoj pravovyh sistemah: problemy i protivorechija // *Problemy realizacii principov prava v predprinimatel'skoj dejatel'nosti : monografija / otv. red. V. A. Vajpan, M. A. Egorova*. — M. : Justicinform, 2016. — S. 218 — 226.
4. *Principy mezhdunarodnyh kommercheskih dogovorov UNIDRUA 2010 / per. s angl. A. S. Komarova*. — M. : Statut, 2013.
5. *Sravnitel'noe pravovedenie: nacional'nye pravovye sistemy / V. Ju. Artemov, N. M. Bevelikova, R. G. Gazizova [i dr.] ; pod red. V. I. Lafitskogo*. — M. : IZISP, Kontrakt, 2013. — T. 3 : Pravovye sistemy Azii.

Правовое положение мэра и главы местной администрации в системе местного самоуправления (сравнительный опыт Канады и России)

Аннотация. В статье в сравнительном аспекте рассматривается правовое положение глав муниципальных образований (мэров) и глав местных администраций в Канаде и России. Делается вывод о динамике статусов соответствующих должностных лиц в обоих государствах и о сложностях в их четком определении в силу как управленческих, так и политических факторов.

Ключевые слова: глава муниципального образования, глава местной администрации, правовой статус, опыт России и Канады.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.191-197

Согласно законодательству провинций и территорий Канады, мэр является высшим должностным лицом муниципалитета. Данная должность, как правило, является выборной, однако существуют и исключения. Например, согласно ст. 150 Акта о местном самоуправлении провинции Альберта (Municipal Government Act (Alberta))¹, высшее должностное лицо города (city or town) избирается населением непосредственно, за исключением случаев, когда муниципальным актом предусматривается его назначение из числа членов совета. Мэры сельских поселений (villages)

и муниципальных округов (municipal districts), наоборот, по умолчанию назначаются из числа членов совета, если муниципальным актом не предусматриваются прямые выборы.

Роль мэра как председателя муниципально-го совета в Канаде неоднозначна. На первый взгляд законодательство провинций и территорий не предоставляет мэрам серьезных полномочий и реальной управленческой самостоятельности. Так, например, согласно ст. 225 Муниципального акта Онтарио (Ontario Municipal Act, 2001)² глава совета председательствует на его заседаниях, предоставляет совету

¹ Qp.Alberta.ca; Municipal Government Act (Alberta) // URL: <http://www.qp.alberta.ca/documents/Acts/m26.pdf> (дата обращения: 3 октября 2015 г.).

² ServiceOntario; Municipal Act // URL: http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_01m25_e.htm#BK6 (дата обращения: 5 октября 2015 г.).

© Ларичев А. А., 2016

* Ларичев Александр Алексеевич, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Карельского филиала РАНХиГС при Президенте РФ
alexander.larichev@gmail.com
185033, Россия, г. Петрозаводск, Антонова, 2-90

необходимую информацию и дает рекомендации для принятия решений, а также представляет муниципалитет в отношениях с другими публичными и частными субъектами.

В статье 226 Акта делается попытка разъяснить статус главы совета как «высшего исполнительного лица» муниципального образования, который «содействует в реализации целей муниципального управления, поощряет вовлечение общественности в решение вопросов местного значения, представляет интересы муниципалитета на местном, национальном и международном уровне, а также участвует в мероприятиях по улучшению экономической ситуации, социальных условий и экологической обстановки в муниципальном образовании».

Следует согласиться с мнением³ о том, что данная формулировка слишком туманна, практических же полномочий глава совета для реализации вышеуказанных функций не получает, во всяком случае — на территории действия Муниципального акта Онтарио, в крупнейшей по численности населения провинции Канады.

Вместе с тем некоторые провинции все же пытаются усилить позицию мэра путем введения в законодательство специальных прав и полномочий. Так, в соответствии с ч.2 ст. 154 Акта о местном самоуправлении Альберты, мэр, в отличие от обычных членов совета, может по должности входить в состав всех комитетов и иных органов, назначаемых советом, если решением совета не предусмотрено иное.

Довольно распространенными являются полномочия мэра по ограниченному вето решений совета. Так, например, в провинциях Манитоба, Британская Колумбия и Квебек глава совета имеет право вернуть любой вопрос на повторное рассмотрение советом. Две последних провинции, а также Саскачеван также предоставляют мэру право отстранить любого

чиновника местной администрации от исполнения обязанностей до рассмотрения его дела муниципальным советом⁴.

Наиболее сильны полномочия главы совета в г. Виннипеге (столице провинции Манитоба), где в соответствии с городской Хартией⁵ мэр возглавляет специальный исполнительный совет, в полномочия которого входит контроль за действиями местной администрации (ст. 61—62). Глава совета может отстранить главу администрации от исполнения обязанностей на срок до трех дней (ч. 1 ст. 98), а также наложить отлагательное вето на любое решение совета либо принятый советом муниципальный правовой акт (ст. 60).

В научной литературе отмечается, что несмотря на недостаток формальной власти мэры канадских муниципалитетов играют значительную роль в системе муниципального управления, поскольку выступают связующим звеном не только между советом и структурными элементами местной администрации, но и благодаря своей роли местного лидера между муниципальными органами и местным сообществом в целом⁶.

Следует полагать, что и в российской практике, в том случае если глава муниципального образования является председателем представительного органа, его положение схоже с положением канадского коллеги. По мнению А. Н. Кокотова, при такой модели глава в определенном смысле противопоставляется исполнительному аппарату местной власти — он взаимодействует с администрацией как официальный представитель жителей и представительного органа⁷.

Сильная сторона данной модели заключается в попытке организационного объединения лидерских начал в управлении и гарантий от необоснованной концентрации всей власти в одних руках. Однако силовые возможности главы муниципального образования резко ограничены, он отодвинут от непосредствен-

³ *Tindal R., Tindal S. Local Government in Canada. 7th ed. Toronto : Thomson Nelson, 2009. P. 252.*

⁴ *Tindal R., Tindal S. Op. cit.*

⁵ Province of Manitoba; The City of Winnipeg Charter Act // URL: <http://web2.gov.mb.ca/laws/statutes/2002/c03902e.php> (дата обращения: 2 октября 2015 г.).

⁶ *Sancton A. Mayors as political leaders // Leaders and Leadership in Canada / M. Mansuco, R. Price, R. Wagenberg, eds. Toronto, 1994. Pp. 179—180.*

⁷ Муниципальное право России / под ред. А. Н. Кокотова. М., 2014. С. 353.

ных рычагов экономической власти и исполнительного аппарата. Не случайно, как показывает практика, многие главы муниципальных образований, применяющих данную схему, начинают ратовать за переход к модели, при которой избираемый населением глава муниципального образования возглавляет местную администрацию⁸.

На сегодняшний день в России в этой сфере наблюдаются разнонаправленные тенденции. С одной стороны, имеет место увеличение доли применения модели «совет — менеджер» при организации местной власти. В 2014 г., в соответствии с изменениями в федеральном законодательстве⁹, субъекты РФ получили право определять круг применения закрепленных федеральным законодательством моделей системы органов местного самоуправления в отношении муниципальных образований в границах субъектов РФ. В Республике Карелия, например, это привело к переходу на организационную модель с избираемым из состава представительного органа главой муниципального образования во всех муниципальных районах республики¹⁰.

Заинтересованность в применении данной модели со стороны органов государственной власти субъекта РФ вполне понятна, поскольку в ее рамках государственные органы (и прежде всего высшее должностное лицо субъекта РФ) получают возможность участвовать в назначении и контролировать деятельность главы местной администрации, обладающего серьезными публично-властными полномочиями и осуществляющего координацию решения вопросов местного значения.

Организационная модель со «слабым мэром» получила распространение также в отношении нового типа муниципального образо-

вания — городского округа с внутригородским делением. Хотя она не является обязательной к применению, на практике при создании двухуровневых городских округов подразумевается и принимается именно этот вариант организации местной власти на общегородском уровне¹¹.

С другой стороны, с начала 2015 года по России прокатилась волна внедрений законодателями субъектов РФ новой модели «совет — мэр (менеджер)», причем по большей части в городских муниципалитетах. Данная гибридная форма предполагает присутствие в системе муниципальной власти «сильного мэра», который, однако, избирается не всенародно, но представительным органом, при участии специально формируемой конкурсной комиссии.

Популярность новой модели, позволяющая одновременно и получить «сильного мэра», и поставить его, в силу особенностей формирования соответствующей конкурсной комиссии, в зависимость от органов государственной власти (точнее, высших должностных лиц) субъектов РФ показывает существующее недоверие либо неудовлетворенность моделью «совет — менеджер», которая, возможно, широко использовалась лишь для пресловутого расширения влияния органов государственной власти субъектов РФ на управленческие процессы в муниципалитетах.

В Канаде появление института «сильного мэра» не стоит в повестке дня и вероятность его развития незначительна из-за доминирующей роли совета в системе органов местного самоуправления. Это не мешает отдельным ярким личностям из числа мэров оказывать существенное влияние на управление муниципальными образованиями, используя

⁸ Муниципальное право России. С. 353—354.

⁹ Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ (ред. от 29.06.2015) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

¹⁰ Закон Республики Карелия от 30.09.2014 № 1835-ЗРК «О порядке формирования представительных органов муниципальных районов и избрания глав муниципальных образований и о сроках полномочий органов местного самоуправления в Республике Карелия». Ст. 1, 3 // Карелия. 2014. № 81.

¹¹ См.: Закон Челябинской области от 10.06.2014 № 703-ЗО «Об осуществлении местного самоуправления в Челябинском городском округе». Ст. 3, 4 // Южноуральская панорама. 2014. № 87. 14 июня (спецвыпуск № 24). См. также: Ларичев А. А. Реформирование местного самоуправления в Российской Федерации: обоснованность планируемых изменений и учет зарубежного опыта (на примере Канады) // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 8. С. 1603—1608.

личные связи и умелое манипулирование общественным мнением¹². Однако институционально положение мэров в системе муниципальной власти сохраняется в неизменном виде.

Базовой единицей в структуре организационных основ местного самоуправления муниципалитетов Канады является совет. Согласно положениям комплексных законов о местном самоуправлении провинций и территорий Канады, именно совет, являясь высшим органом власти в муниципалитетах, призван обеспечивать решение вопросов местного значения, находящихся в сфере компетенции муниципальных образований¹³.

Несмотря на главенствующую роль муниципального совета в системе органов местного самоуправления в Канаде, текущая работа по решению вопросов местного значения осуществляется исполнительными органами местного самоуправления и (или) назначаемыми должностными лицами.

Структура местной администрации и количество муниципальных служащих варьируются в зависимости от размеров муниципалитета, требований законодательства соответствующих провинций и территорий, а также ряда иных факторов и условий, в которых осуществляется местное самоуправление. Р. и С. Тиндалы приводят примеры небольших муниципалитетов, где советом может быть назначен всего один чиновник, выполняющий целый спектр исполнительных и правоприменительных функций — от казначея до ловца бродячих собак¹⁴.

В отличие от российского законодательства, закрепившего наличие исполнительного органа — местной администрации в качестве обязательного в структуре органов местного самоуправления, законодательство не во всех

провинциях Канады содержит жесткие требования о наличии и составе таких органов.

Понятие «местная администрация» в Канаде используется скорее в значении «муниципальное управление», но не в качестве обозначения специального органа муниципальной власти. В провинции Онтарио, например, в статье 227 Муниципального акта, озаглавленной «Местная администрация», определяется содержание деятельности служащих муниципалитета, которое заключается в реализации решений совета и разработке соответствующих административных процедур, а также в анализе и консультировании совета по муниципальной политике и программам.

В некоторых провинциях тем не менее базовое законодательство содержит информацию о «департаментах», которые фактически такую администрацию составляют. Например, согласно ст. 63 Акта о муниципалитетах провинции Ньюфаундленд и Лабрадор (Municipalities Act)¹⁵ указывается, что совет *может* создавать департаменты, назначать их руководителей и определять их обязанности и полномочия.

При этом одной из наиболее распространенных моделей управления деятельностью администрации является модель «совет — менеджер» (city manager system), схожая с закрепленной в российском законодательстве моделью структуры органов местного самоуправления, при которой глава администрации назначается конкурсной комиссией и подотчетен представительному органу.

Модель с наемным главой администрации (сити-менеджером) не является единственной из возможных к применению канадскими муниципалитетами. Законодательство большинства провинций определяет должность

¹² В литературе приводится, например, история г-жи Хезел МакКаллион, которая более 30 лет являлась мэром и возглавляла совет г. Миссиссаги (пригород Торонто), фактически контролировав проводимую им политику. См.: *Urbaniak T. Her Worship: Hazel McCallion and the Development of Mississauga. Toronto: University of Toronto Press, 2009.*

¹³ См., например: ч. 2 ст. 6 Хартии общин Британской Колумбии: BCLaws; BC Community Charter // URL: [http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/--%20C%20--/41_Community%20Charter%20\[SBC%202003\]%20c.%2026/00_Act/03026_02.xml#section6](http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/--%20C%20--/41_Community%20Charter%20[SBC%202003]%20c.%2026/00_Act/03026_02.xml#section6) (дата обращения: 4 октября 2015 г.).

¹⁴ *Tindal R., Tindal S. Op. cit. P. 255.*

¹⁵ General Assembly of Newfoundland and Labrador; Municipalities Act // URL: <http://www.assembly.nl.ca/legislation/sr/statutes/m24.htm#63> (дата обращения: 5 октября 2015 г.).

сити-менеджера (chief administrative/executive officer, в Квебеке — directeur général) как факультативную¹⁶.

Вместе с тем с момента первого появления в этой должности на местном уровне в США в г. Стаутон, штат Вирджиния, в 1908 г. и в Канаде в 1913 г. (г. Вестмаунт, Квебек)¹⁷, институт сити-менеджера получил широкое распространение в Северной Америке, и прежде всего в Канаде. В настоящее время довольно серьезное влияние в Канаде в сфере профессионального муниципального менеджмента имеет Международная ассоциация муниципального менеджмента (ICMA), созданная в качестве профессионального союза сити-менеджеров еще в 1914 г.¹⁸

Популярность этого института объясняется удобством модели взаимодействия муниципального совета и администрации, при котором совету достаточно контролировать деятельность одного чиновника, чем вмешиваться в деятельность всех подразделений администрации и решать рутинные управленческие вопросы.

Глава администрации назначается и освобождается от должности советом. В законодательстве ряда провинций особо оговаривается, что совет не может делегировать другому органу либо должностному лицу право назначать сити-менеджера¹⁹.

Эволюция института сити-менеджера во многих муниципалитетах включала переходный период, когда набор функций сити-менеджера не отличался от секретаря (клерка) совета и он не имел реальных рычагов управления всеми подразделениями администрации, но получал возможность анализа деятельности

администрации в целом. С течением времени должность усилилась до статуса полноценного главы администрации²⁰.

В настоящее время отмечается изменение положений законодательства о местном самоуправлении провинций в сторону увеличения объема регулирования института главы администрации. Так, согласно принятым в 2015 году поправкам²¹ в Акт о местном самоуправлении провинции Альберта уточняются обязанности главы администрации (ст. 208). Кроме того, глава администрации получил возможность делегировать свои полномочия другим должностным лицам муниципалитета (ст. 209).

Особенностью сити-менеджерской модели в Канаде является сохранение прямого контроля и взаимодействия совета с руководителями подразделений администрации. Вряд ли мнение главы администрации не учитывается при решении соответствующих вопросов, но у него нет полного карт-бланш для того, чтобы замкнуть их решение на себе.

По мнению канадских исследователей местного самоуправления, перед главой местной администрации стоят довольно сложные задачи. Речь идет не только о необходимости выполнения сложной текущей работы по управлению администрацией и решению вопросов местного значения, но и о выстраивании отношений с муниципальным советом, который, в отличие от представительного органа в парламентской системе, может не иметь выраженного большинства, определяющего политику, а состоять из членов, занимающих различные, нередко и противоположные позиции по разным вопросам. В этих условиях главе

¹⁶ За рядом исключений. В частности, согласно последним изменениям в законодательстве провинции Альберта должность главы администрации должна создаваться советом в обязательном порядке (ст. 205 Акта о местном самоуправлении провинции Альберта).

¹⁷ Siegel D. Leaders in the shadows: the leadership qualities of municipal chief administrative officers. Toronto : University of Toronto Press, 2015. P. 5.

¹⁸ Information on ICMA // URL: <http://icma.org/en/icma/about/anniversary/home> (дата обращения: 5 октября 2015 г.).

¹⁹ См., например: ст. 85.2 Муниципального акта Манитобы: Province of Manitoba; The Municipal Act // URL: https://web2.gov.mb.ca/laws/statutes/ccsm/m225_2ei.php (дата обращения: 3 октября 2015 г.).

²⁰ Siegel D. Op. cit. P. 6.

²¹ Legislative Assembly of Alberta; Municipal Government Amendment Act 2015 // URL: http://www.assembly.ab.ca/ISYS/LADDAR_files/docs/bills/bill/legislature_28/session_3/20141117_bill-020.pdf (дата обращения: 5 октября 2015 г.).

администрации необходимо иметь дипломатические навыки, чтобы не только сохранять должность, но и добиваться от совета нужных решений²².

В российской практике осуществления местного самоуправления институт главы местной администрации получил широкое распространение после принятия Федерального закона № 131-ФЗ. До сих пор сохраняется ряд проблем и правовых пробелов, связанных со статусом данного лица в системе муниципальной власти. В отличие от главы муниципального образования, глава местного самоуправления, по мнению большинства авторов, является не самостоятельным органом²³, но должностным лицом местного самоуправления.

При этом в целях урегулирования вопросов ответственности должностных лиц муниципального уровня, включая главу местной администрации, в Федеральном законе № 131-ФЗ предлагается конкретизировать определение должностного лица в соответствии с трактов-

кой, используемой в административном и уголовном законодательстве²⁴.

Среди других проблем в отечественной литературе выделяются порядок взаимодействия главы местной администрации с представительным органом местного самоуправления и срок полномочий главы администрации²⁵.

Так, по мнению И. И. Макарова, недостаточно ясно сформулированные принципы соотношения срока контракта с наемным главой местной администрации и срока полномочий представительного органа муниципального образования служат причиной неоднозначного толкования законодательства и влекут возникновение спорных ситуаций²⁶.

Как указывалось выше, в России модель «совет — менеджер» воспринимается неоднозначно, во многих источниках указывается ее неэффективность в российских условиях²⁷. Однако, как и в Канаде, институт сити-менеджеров не только сохраняется, но и получает свое дальнейшее развитие.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ларичев А. А. Реформирование местного самоуправления в Российской Федерации: обоснованность планируемых изменений и учет зарубежного опыта (на примере Канады) // Актуальные проблемы российского права. — 2014. — № 8. — С. 1603—1608.
2. Макаров И. И. О соотношении срока полномочий представительного органа муниципального образования и срока контракта с главой местной администрации // Конституционное и муниципальное право. — 2013. — № 5. — С. 64—68.
3. Муниципальное право России / под ред. А. Н. Кокотова. — М., 2014. — 567 с.
4. Шугрина Е. С. Судебная защита местного самоуправления. — М.: Норма, Инфра-М, 2010. — 336 с.
5. Якубович В. И. Глава местной администрации как должностное лицо местного самоуправления // Конституционное и муниципальное право. — 2014. — № 2. — С. 57—61.
6. Sancton A. Mayors as political leaders // Leaders and Leadership in Canada / M. Mansuco, R. Price, R. Wagenberg, eds. — Toronto, 1994.
7. Siegel D. Leaders in the shadows: the leadership qualities of municipal chief administrative officers. — Toronto : University of Toronto Press, 2015. — 324 p.

²² Sancton A. Op. cit., P. 244 ; Siegel D. Op. cit. P. 19.

²³ См., например: Якубович В. И. Глава местной администрации как должностное лицо местного самоуправления // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 2. С. 57—61.

²⁴ Якубович В. И. Указ. соч.

²⁵ См.: Шугрина Е. С. Судебная защита местного самоуправления. М.: Норма, Инфра-М, 2010. 336 с.

²⁶ Макаров И. И. О соотношении срока полномочий представительного органа муниципального образования и срока контракта с главой местной администрации // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 5. С. 64—68.

²⁷ См., например: Минрегион признал институт сити-менеджеров неэффективным // Kommersant.ru. URL: <http://www.kommersant.ru/doc/1684721> (дата обращения: 5 октября 2015 г.).

8. Tindal R., Tindal S. Local Government in Canada. — 7th ed. — Toronto : Thomson Nelson, 2009.
9. Urbaniak T. Her Worship: Hazel McCallion and the Development of Mississauga. — Toronto : University of Toronto Press, 2009.

Материал поступил в редакцию 6 декабря 2015 г.

THE LEGAL STATUS OF THE MAYOR AND THE HEAD OF THE LOCAL ADMINISTRATION IN THE SYSTEM OF LOCAL GOVERNMENT (THE COMPARATIVE EXPERIENCE OF CANADA AND RUSSIA)

LARICHEV Aleksander Alekseevich — PhD in Law, Associate Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Karelian branch of the RANEPА
alexander.larichev@gmail.com
185033, Russia, Petrozavodsk, Antonova str., 2-90

Review. *The article considers the legal status of heads of municipalities (mayors) and the heads of local administration in Canada and Russia in the comparative aspect. The authors make some conclusions about the dynamics of the statuses of the relevant officials in these countries and the difficulties in their precise definition, by virtue of both managerial and political factors.*

Keywords: *head of the municipality, head of the local administration, legal status, the experience of Russia and Canada*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Larichev A. A. Reformirovanie mestnogo samoupravlenija v Rossijskoj Federacii: obosnovannost' planiruemyh izmenenij i uchet zarubezhnogo opyta (na primere Kanady) // Aktual'nye problemy rossijskogo prava. — 2014. — № 8. — S. 1603—1608.
2. Makarov I. I. O sootnoshenii sroka polnomochij predstavitel'nogo organa municipal'nogo obrazovanija i sroka kontrakta s glavoj mestnoj administracii // Konstitucionnoe i municipal'noe pravo. — 2013. — № 5. — S. 64—68.
3. Municipal'noe pravo Rossii / pod red. A. N. Kokotova. — M., 2014. — 567 s.
4. Shugrina E. S. Sudebnaja zashhita mestnogo samoupravlenija. — M. : Norma, Infra-M, 2010. — 336 s.
5. Jakubovich V. I. Glava mestnoj administracii kak dolzhnostnoe lico mestnogo samoupravlenija // Konstitucionnoe i municipal'noe pravo. — 2014. — № 2. — S. 57—61.

КОНФЕРЕНЦИИ

А. И. Рарог*,

А. А. Бимбинов**

XIII Международная научно-практическая конференция «Уголовное право: стратегия развития в XXI веке»: взгляд изнутри

Аннотация. Статья представляет собой обзор XIII Международной научно-практической конференции «Уголовное право: стратегия развития в XXI веке», проходившей в стенах Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) 28—29 января 2016 года. Данное мероприятие, организованное кафедрой уголовного права Университета, собрало более 240 участников, среди которых были ученые из самых разных регионов России и из других стран (Германии, Финляндии, Словении, Латвии, Казахстана, Украины, Белоруссии, Таджикистана и др.). В ходе конференции свои позиции по актуальным проблемам уголовного, уголовно-исполнительного права и криминологии смогли высказать как члены научного сообщества, так и представители Государственной Думы РФ, Верховного Суда РФ, Следственного комитета РФ, Генеральной прокуратуры РФ, МВД РФ, а также адвокатских объединений. В статье приводятся выдержки из наиболее ярких и содержательных выступлений участников конференции.

Ключевые слова: конференция, уголовное право, МГЮА, Университет имени О.Е. Кутафина, январь, стратегия развития в XXI веке, кафедра уголовного права, уголовно-правовые амбиции, актуальные проблемы, преступления против несовершеннолетних.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.198-206

28—29 января 2016 года в Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоялась XIII Международная научно-практическая конференция «Уголовное право: стратегия развития в XXI веке», которая собрала для обсуждения актуальных проблем уголовного права не только ведущих ученых России и зарубежных государств, но и представителей законодательной власти, судебной системы, правоохранительных органов и адвокатуры.

© Рарог А. И., Бимбинов А. А., 2016

* Рарог Алексей Иванович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ

alek.rarog@yandex.ru

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

** Бимбинов Арсений Александрович, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

bimbinov@yandex.ru

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

Конференция собрала более 240 участников, среди которых были ученые из самых разных регионов России и из стран ближнего и дальнего зарубежья (Германии, Финляндии, Словении, Латвии, Казахстана, Украины, Белоруссии, Таджикистана и др.).

Основными темами для обсуждения стали:

- Проблемы формирования современной уголовной политики.
- Качество уголовного закона и пути его повышения.
- Состояние и тенденции развития уголовного законодательства России.
- Уголовное законодательство в системе национального права.
- Эволюция российского уголовного законодательства и законодательная техника.
- Социальные вызовы и уголовное право.
- Уголовно-правовые средства обеспечения безопасности и противодействия терроризму.
- Уголовно-правовая охрана интересов несовершеннолетних.
- Уголовно-правовая охрана здоровья человека и здоровья населения.
- Актуальные проблемы уголовного права зарубежных стран.

Первый день работы конференции начался с приветственного слова ректора Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), председателя Ассоциации юристов России, заслуженного юриста РФ, кандидата юридических наук, профессора **Виктора Владимировича Блажеева**. Он отметил большую значимость таких собраний, как конференция «Уголовное право: стратегия развития в XXI веке», для науки в целом и для Университета в частности, от имени Университета и Ассоциации юристов выразил готовность к всевозможной поддержке исследований в области уголовного права. Сделав акцент на высокий вклад кафедры уголовного права в научную работу Университета, ректор поблагодарил Алексея Ивановича Рарога и всех участников конференции за их благородное дело и пожелал плодотворной работы.

Затем модератор конференции, в качестве которого выступил профессор кафедры уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук, профессор **Валерий Филиппович Цепелев**, объявил о начале выступлений докладчиков.

Традиционно открывал конструктивную часть работы конференции ее председатель — заслуженный деятель науки РФ, кавалер ордена Почета, почетный юрист города Москвы, почетный профессор Потсдамского университета (Германия), доктор юридических наук, профессор **Алексей Иванович Рарог**. В докладе на тему «Уголовно-правовые амбиции российского законодателя» Алексей Иванович отметил, что в последнее время уголовно-правовая политика начала все чаще отступать от постулатов общегосударственной политики. Так, активная деятельность депутатского корпуса по изменению уголовного закона привела к частичному отказу от конституционного принципа равной защиты всех форм собственности, а отдельные предложения депутатов и вовсе посягают на фундаментальные основы уголовного права, к числу которых, в частности, относится попытка расшатать институт давности, воплощающий одно из наиболее существенных демократических завоеваний уголовно-правовой мысли и признанный нормами международного права.

Следующим к трибуне поднялся заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия), хабилитированный доктор права, профессор **Уве Хелльманн**. В выступлении на тему «Дуракам закон не писан?» он поднял вопрос о том, как «глупость или неведение» человека влияют на уголовно-правовую оценку совершаемых им общественно опасных деяний. Профессор Хелльманн отметил, что в этом аспекте положения уголовного закона имеют общие черты со многими библейскими заповедями.

Затем модератор предоставил слово судье Верховного Суда РФ, доктору юридических наук, профессору **Олегу Кимовичу Зателепину**. Его доклад «Некоторые системные проблемы теории и практики применения уголовного закона» касался наиболее актуальных проблем легальной и доктринальной квалификации преступлений. В частности, затрагивался вопрос о необходимости квалифицировать по совокупности преступлений убийства, сопряженные с изнасилованием, разбоем, вымогательством или похищением человека.

Далее к участникам конференции обратилась депутат Государственной Думы РФ, заместитель председателя Комитета по делам

СНГ, евразийской интеграции и связям с соотечественниками, доктор юридических наук, доктор философских наук, профессор **Татьяна Николаевна Москалькова**. В докладе «Тенденции развития принципов уголовной политики на современном этапе» Татьяна Николаевна обозначила пять основных принципов, отражающих реальные процессы в уголовном праве. Это декриминализация преступлений небольшой и средней тяжести и перевод их в разряд административных правонарушений; введение уголовно-правовых норм с административной преюдицией; увеличение размера хищений, с которого начинается уголовная ответственность; освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением сторон; расширение оснований освобождения от уголовной ответственности.

Рассуждения об уголовной политике продолжил профессор кафедры уголовного права и процесса Современной гуманитарной академии, заслуженный деятель науки РФ, доктор юридических наук, профессор **Эдуард Филиппович Побегайло**. Он охарактеризовал основные взгляды в науке на концепцию уголовной политики в России, изложил собственную точку зрения о политике в области борьбы с насильственной преступностью.

Затем слово для выступления было предоставлено главному научному сотруднику кафедры уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия), доктору права, ассессору права **Павлу Головненкову**. Поставив вопрос: «Нуждается ли корпоративное уголовное законодательство Германии в реформе?», — он отметил, что в немецкой уголовно-правовой системе введение уголовно-правовых наказаний против предприятий нецелесообразно. Вместо этого следует поставить размер корпоративного административного денежного взыскания в зависимость от дохода предприятия или предпринимательского объединения, при этом верхняя граница взыскания не должна превышать 10 % дохода, полученного за прошлый финансовый год.

Заведующий кафедрой уголовного права юридического факультета Российского государственного педагогического университета имени А.И. Герцена, доктор юридических наук, профессор **Яков Ильич Гилинский** в докладе на тему «Некоторые проблемы формирования со-

временной российской уголовной политики» назвал основные постулаты, которым должна соответствовать уголовная политика в России. Во-первых, необходима «глобализация» уголовной политики, деятельности правоохранительных органов, учет происходящих глобальных процессов, нравятся они нам или нет. Во-вторых, необходимо изучение киберпреступности и выработка мер ее предупреждения. В-третьих, при формировании уголовной политики необходимо исходить из понимания криминогенности (и виктимогенности) социально-экономического неравенства и выработки общесоциальных мер противодействия этому. В-четвертых, при формировании уголовной политики нужно трезвое восприятие научных концепций, их взаимодополнительности. В-пятых, уголовная политика не должна исходить из иллюзий «ликвидации преступности», успехов «борьбы» с нею уголовно-правовыми методами. В-шестых, одной из важнейших составляющих уголовной политики должно быть противодействие насилию. В-седьмых, уголовная политика должна учитывать всеобщее состояние неопределенности, хаотичности мыслей и действий, реалистически, осторожно, шаг за шагом формируя свои принципы и средства их реализации. В-восьмых, уголовная политика должна учитывать поливариантность моральных и правовых взглядов и оценок, избегая излишней криминализации деяний и репрессивности в их оценке. В-девятых, при формировании уголовной политики необходимо исходить из объективной потребности людей в благополучной, зажиточной жизни и содействовать некриминальным способам повышения благосостояния. И в-десятых, уголовная политика должна искать адекватные современные меры уголовно-правового воздействия, наказания (запрет смертной казни, минимизация лишения свободы и расширение альтернативных мер наказания, гуманизация условий отбывания наказания и др.).

После недолгого перерыва трибуну в зале конференции заняла доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин юридического факультета Латвийского университета, доктор юридических наук, доцент **Диана Хамкова**. В выступлении, посвященном актуальным проблемам латвийского уголовного права, она отметила, что их причиной является изобилие интегрированных составов в Уголовном законе Латвии, поэтому

для решения указанных проблем необходим пересмотр порядка формирования уголовно-правовых норм Особенной части.

Научный сотрудник кафедры уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия) доктор права **Диана Штаге** в докладе «Актуальная дискуссия о реформе уголовного законодательства Германии в области преступных деяний против жизни» рассказала про работу экспертной группы по реформированию уголовного законодательства ФРГ. С удовлетворением докладчик отметила, что эксперты высказались против сохранения безальтернативного назначения пожизненного лишения свободы за совершение тяжкого убийства.

Выступление заведующего кафедрой уголовного права и криминологии юридического факультета Гродненского государственного университета имени Янки Купалы, кандидата юридических наук, доцента Вадима Владимировича Хилюты традиционно было посвящено проблемам преступлений в сфере экономики. Вадим Владимирович отметил, что в главе о преступлениях против собственности целесообразно выделить специальную уголовно-правовую норму, которая бы предусматривала ответственность за противоправное завладение или отчуждение чужого имущества при отсутствии цели обогащения (статья 217 «Противоправное отчуждение или завладение чужим имуществом» УК Беларуси: «Противоправное безвозмездное отчуждение или завладение в значительном размере чужим имуществом, при отсутствии корыстных побуждений»).

Затем слово было предоставлено профессору кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета Ярославского государственного университета имени П.Г. Демидова, доктору юридических наук, профессору **Евгению Владимировичу Благову**. В выступлении «О понятии и видах освобождения от уголовной ответственности» профессор Благов постарался довести до сведения собравшихся свое видение сущности освобождения от уголовной ответственности. Он отметил, что освобождение от уголовной ответственности — это избавление лица, совершившего преступление, от назначения наказания; соответственно, сущность освобождения от уголовной ответственности проявляется в том, что лицу дается возможность не подвергаться наказанию.

Следующим было выступление заведующего кафедрой уголовного права и процесса Северо-Кавказского федерального университета, доктора юридических наук, профессора **Алексея Григорьевича Кибальника**, посвященное юридической оценке возможных военных преступлений на Украине. Алексей Григорьевич отметил, что, по его мнению, особое значение для юридической оценки возможных военных преступлений, совершенных на востоке Украины, имеют решения международных трибуналов ad hoc, и в первую очередь — Международного трибунала по бывшей Югославии, так как именно решения этих трибуналов обладают характером официального толкования соответствующих норм международного права и служат отправной точкой для их применения в национальной юрисдикции. Что касается определения военных преступлений, совершенных в отношении гражданского населения на востоке Украины, докладчик выделил следующие: умышленное нападение на гражданские объекты; умышленное причинение сильных страданий или серьезных телесных повреждений или ущерба здоровью; умышленное нападение на гражданское население как таковое, а также на отдельных гражданских лиц, не принимающих непосредственного участия в военных действиях; пытки, жестокое или бесчеловечное обращение; убийство гражданского населения.

Докторант Ростовского юридического института МВД России, кандидат юридических наук, доцент **Елена Сергеевна Стешич** в докладе на тему «Дорожно-транспортное происшествие или убийство?» раскрыла свою точку зрения относительно психологического отношения лица, совершившего дорожно-транспортное преступление, к своему деянию и наступившим последствиям.

Далее модератор конференции пригласил к трибуне старшего консультанта Верховного Суда Республики Абхазия, кандидата юридических наук **Мадину Беслановну Колбая**. Ее выступление на тему «Уголовное законодательство об ответственности за убийство в системе национального права Абхазии» было посвящено развитию абхазского законодательства об уголовной ответственности за умышленное причинение смерти. Докладчик отметила, что действующая редакция нормы, предусматривающей ответственность за убийство, нуждается в совершенствовании.

Завершило первый день работы конференции выступление доцента кафедры уголовно-правовых дисциплин Южно-Российского института Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, кандидата юридических наук, доцента **Нatalьи Анатольевны Нырковой**. Начав с определения законодательных границ уголовно наказуемого деяния в государствах — членах Евразийского экономического союза, она подчеркнула близость подходов государств — членов ЕАЭС к законодательным границам уголовно наказуемого деяния. Это обусловлено двумя обстоятельствами: общим историческим (в том числе правовым) прошлым и влиянием Модельного уголовного кодекса для государств — участников СНГ, обобщившим как лучший опыт советского уголовного права, так и новые достижения уголовно-правовой доктрины.

Второй день работы конференции начался с выступления заместителя заведующего кафедрой «Анализ рисков и экономическая безопасность» Финансового университета при Правительстве РФ, доктора юридических наук, профессора **Юрия Владимировича Трунцевского**. Озаглавив выступление «О систематизации мер уголовно-правового воздействия», он отметил, что меры уголовно-правового воздействия нельзя отождествлять исключительно с мерами уголовной ответственности и мерами принуждения, так как уголовный закон содержит меры:

- уголовно-предупредительного воздействия (добровольный отказ);
- уголовно-профилактического воздействия (адаптация, предупреждение);
- уголовно-восстановительного воздействия (возмещение вреда, деятельное раскаяние); уголовно-исправительного воздействия (в части испытаний);
- обеспечения реализации уголовной ответственности (квалификация, выдача);
- единичной нереабилитирующей декриминализации (амнистия);
- уголовно-лечебного воздействия (принудительные меры медицинского характера).

Затем слово для выступления было предоставлено ведущему научному сотруднику Научно-исследовательского института ФСИН России, кандидату юридических наук, доценту **Александру Михайловичу Смирнову**, который в рамках обозначенной им темы «Неправовые обще-

ственно опасные формы защиты прав и свобод личности — явление, порожденное временем» рассказал участникам конференции о своих исследованиях в данной области.

Далее перед аудиторией выступил декан факультета права Хельсинкского университета (Финляндия), доктор права, профессор **Киммо Нуотио**. В докладе на тему «Роль уголовного права в борьбе с такими современными социальными явлениями, как сексуальные домогательства, преследование и домашнее насилие» профессор Нуотио рассказал, что сексуальное домогательство является социологической категорией. С превращением его в правовую категорию, категорию уголовного права, оно должно быть соответствующе адаптировано и перефразировано. Если уголовное законодательство не будет приспособлено к растущим потребностям охраны, оно потеряет свою легитимность в умах людей. Неправовые категории могут быть использованы в уголовном праве, но лишь разумным и тщательно продуманным способом.

Заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Оренбургского института (филиала) Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, доцент **Александр Иванович Плотников** посвятил свое выступление вопросам соучастия. Он отметил, что исполнитель, организатор, подстрекатель и пособник выражают разновидности связанных друг с другом, но самостоятельных деяний, не обладающих внутренним единством, представленным в законе через признак совместности. Чтобы не смешивать эти разрозненные деяния с действительной совместной деятельностью, которая характерна лишь для групповых проявлений, Александр Иванович предлагает объединить их в отдельный вид преступлений, хотя и характеризующихся связью, но не обладающих признаком совместности, назвав его причастностью к преступлению. Наряду с неосторожным сопричинением, прикосновенностью и собственно соучастием как групповым деянием, действующий институт соучастия, по мнению докладчика, целесообразно реорганизовать в более широкий институт, обозначив его термином «стечение преступников», известным еще дореволюционной науке. Такая систематизация норм, как считает профессор Плотников, способна отразить известную общность деяний и вместе с тем различие в степени их объективной и субъективной свя-

зи, что позволит учесть опасность конкретной формы при квалификации и дифференциации ответственности виновных лиц.

Следующим выступил директор института уголовной юстиции и безопасности Мариборского университета (Словения), доктор права, профессор **Горазд Мешко** на тему «Развитие социального предупреждения преступности в Европе». Он рассказал, что в политике социального предупреждения преступности подавляющее большинство европейских стран в качестве приоритета избирают борьбу с анти-социальным поведением и общественными беспорядками. Данная политика включает меры, направленные на снижение индивидуальных мотивов нарушить закон с помощью институтов социализации, сконцентрированных на городах, районах и социальных сетях. Этот неоклассический и неопозитивистский подход к социальному предупреждению преступности связан с позитивистским восприятием личности, который был распространен во второй половине XIX века.

Далее модератор конференции предоставил слово заведующему кафедрой уголовного права и криминологии Красноярского государственного аграрного университета, кандидату юридических наук, доценту **Василию Александровичу Тирранену**. В докладе, посвященном уголовно-правовой характеристике преступлений в сфере компьютерной информации, был сделан акцент на повышенную общественную опасность указанных преступлений из-за наличия дополнительного объекта уголовно-правовой охраны — общественных отношений по обеспечению нормального режима хранения, обработки и передачи компьютерной информации (нормального обращения компьютерной информации). В этой связи, считает доцент Тирранен, целесообразно рассмотреть возможность введения в ряд составов дополнительного квалифицирующего признака — «совершение преступления с использованием вредоносных компьютерных программ, а равно сопряженное с уничтожением, блокированием, модификацией либо копированием компьютерной информации».

После этого к участникам конференции обратилась профессор кафедры уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор **Татьяна Григорьевна Понятовская**. В докладе на тему

«Медицинская и социальная реабилитация как цель уголовно-правового воздействия: благие намерения или меры безопасности?» Татьяна Григорьевна высказала идею о том, что принудительные меры медицинского характера в рамках раздела VI УК РФ необходимо преобразовать в систему норм о принуждении к медицинской и социальной реабилитации лиц, страдающих психическими расстройствами, алкоголизмом и наркоманией. Такое преобразование, по мнению профессора Понятовской, вполне возможно, поскольку российским уголовным правом уже накоплен необходимый нормативный материал, доктринальная база и практический опыт.

Затем трибуна конференции была предоставлена главному научному сотруднику факультета права Хельсинкского университета (Финляндия), доктору права, доценту **Сакари Меландеру**. Рассуждая о том, каким должно быть уголовное право в XXI веке, доцент Меландер отметил, что уголовное право постепенно начинает регулировать нежелательное поведение с помощью превентивных мер. Система уголовного законодательства в последнее время формируется в результате процесса активной борьбы с терроризмом и организованной преступностью. Такое законодательство можно назвать чрезвычайным, оно не основано в полной мере на разумном и тщательно выверенном подходе. В этой связи важную роль приобретают условия, которые в случае необходимости могут сбалансировать ситуацию. По мнению Сакари Меландера, эти условия должны исходить из решений органов конституционного контроля, в которых особое значение придается фундаментальным правам человека.

Доцент кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета Кубанского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент **Максим Викторович Феоктистов** посвятил свое выступление проблемам международно-правового регулирования борьбы с рецидивом преступлений. Он указал, что дифференциация рецидива преступлений в Модельном УК стран СНГ, в отличие от УК РФ, носит более глубокий характер. В частности, опасный рецидив имеет место в случаях:

- а) совершения нового умышленного преступления лицом, ранее дважды осуждавшимся к лишению свободы;

- б) совершения тяжкого преступления лицом, ранее осуждавшимся к лишению свободы за тяжкое или особо тяжкое преступление;
 - в) совершения особо тяжкого преступления лицом, ранее осуждавшимся к лишению свободы за тяжкое преступление.
- Особо опасный рецидив образуют случаи:
- а) осуждения к лишению свободы за совершение нового умышленного преступления лица, ранее не менее трех раз в любой последовательности осуждавшегося к лишению свободы за умышленное преступление средней тяжести, тяжкое или особо тяжкое;
 - б) осуждения к лишению свободы за совершение тяжкого преступления лица, ранее дважды осуждавшегося к лишению свободы за совершение тяжкого или особо тяжкого преступления;
 - в) совершения особо тяжкого преступления лицом, ранее осуждавшимся за особо тяжкое или дважды осуждавшимся за тяжкое преступление.

Докторант факультета права Хельсинкского университета (Финляндия), магистр права **Кэтино Минашвили** в докладе на тему: «Уголовное право в делах Европейского Суда по правам человека о защите свободы слова» рассказала участникам конференции о наиболее громких решениях Европейского Суда по правам человека, в которых дается юридическая оценка преступлениям против свободы слова.

Следующим выступил декан юридического факультета Самарского государственного аэрокосмического университета имени академика С. П. Королева, доктор юридических наук, профессор **Артур Геннадьевич Безверхов**. Его выступление на тему «Об “общеопасных” видах хищения» было посвящено вопросам разграничения таких правовых категорий, как хищение чужого имущества, хищение оружия, хищение наркотических средств и т.д. Эти понятия, по мнению профессора, имеют далеко не одинаковый смысл и, соответственно, юридическое значение. Они различаются по признакам объекта и объективной стороны состава преступления как в самом уголовном законодательстве, так и в доктрине, а равно в судебной практике.

Далее слово взял профессор кафедры уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук,

профессор **Эдуард Николаевич Жевлаков**. В выступлении на тему «О предмете незаконной охоты» он объяснил собравшимся, что в связи с конкуренцией между нормами ст. 258 и 258.1 УК РФ пункт «в» ч. 1 ст. 258 необходимо исключить, а примечание 3 к ст. 226.1 УК РФ изложить следующим образом: «Особо ценные виды диких животных, включая относящихся к водным биологическим ресурсам, перечислены в Красной книге РФ, Красных книгах ее субъектов и нормах международных договоров Российской Федерации».

Следующим оратором был профессор кафедры уголовного права Российского государственного университета правосудия, доктор юридических наук, профессор **Михаил Александрович Кауфман**, выступление которого было посвящено определению способа устранения неопределенности уголовного законодательства. Михаил Александрович отметил, что важнейшим инструментом для достижения указанной цели является конкретизация понятий. Развитием этой тенденции могло бы быть и создание в УК РФ специального раздела (или примечания), где были бы сгруппированы определения понятий (разъяснения терминов). Данный прием законодательной техники, как заметил профессор Кауфман, широко используется в мировой практике, в частности в уголовных кодексах Австрии, Польши, ФРГ, Швейцарии, Болгарии, Китая, Беларуси, Казахстана и Узбекистана.

Затем модератор конференции предоставил слово профессору кафедры уголовного права, уголовного процесса и криминалистики, доктору юридических наук, доценту **Элине Леонидовне Сидоренко**. В выступлении на тему «Проблемы адаптивности международных антикоррупционных стандартов в российском уголовном праве» она подвела первые итоги имплементации международных норм о противодействии коррупции в российское уголовное законодательство и выявила основные проблемы, которые препятствовали этому процессу.

Далее выступил заместитель директора по научной работе Оренбургского института (филиала) Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, доцент **Андрей Владимирович Шнитенков**, доклад которого был посвящен новациям в определении должностного лица в уголовном законе.

Докладчик отметил, что анализ правового положения деятельности народных дружинников свидетельствует о том, что фактически они выполняют функции представителей власти, но юридически не обладают таким статусом, поскольку входят в состав общественного объединения. Данное противоречие в регламентации правового положения представителей общественности, привлекаемых к охране общественного порядка, между УК РФ и нормативными правовыми актами иной отраслевой принадлежности должно быть устранено.

Затем профессор кафедры уголовного права и судопроизводства Российского университета кооперации (Чебоксарский кооперативный институт), доктор юридических наук, профессор **Александр Павлович Кузнецов** представил свой доклад «Коррупционные преступления: проблемы юридико-технического конструирования». Профессор обозначил в нем основные проблемы, связанные с конструированием составов указанных преступлений, и наметил пути их решения. В частности, предложил установить в законе конкретный перечень коррупционных преступлений, изменить законодательное определение коррупции и переформулировать примечания к статьям 201 и 285 УК РФ для распространения их действия на все статьи УК РФ.

Второй день работы конференции завершился докладом модератора конференции, профессора **В. Ф. Цепелева**. Выступив на тему «Уголовное право и уголовная политика: соотношение и взаимодействие», Валерий Филиппович обратил внимание на то, что уголовная

политика первична по отношению к уголовному праву, именно она определяет задачи, стоящие перед ним, и в значительной степени реализуется через уголовное право. Уголовное же право, являясь надстроечной категорией, не всегда соответствует быстро меняющимся условиям общественной жизни. Уголовная политика мобильнее, она быстрее реагирует на изменения в социальной жизни. Это особенно заметно в период происходящих в стране преобразований.

Итоги XIII Международной научно-практической конференции «Уголовное право: стратегия развития в XXI веке» подвел ее председатель **А. И. Рарог**. Поблагодарив докладчиков за выступления, он отметил, что сегодня все проблемы уголовного права связаны в первую очередь с нежеланием законодателя прислушиваться к мнению научного сообщества. Как бы ни проходил процесс законодательных преобразований, главное, по мнению А. И. Рарога, — это создание условий, при которых реформирование будет проходить с участием представителей науки уголовного права и непосредственных правоприменителей.

До начала конференции был издан сборник «Уголовное право: стратегия развития в XXI в.», в который включены актуальные материалы, подготовленные учеными и практическими работниками Российской Федерации, стран СНГ и дальнего зарубежья. Материалы конференции охватывают проблемы истории уголовного права, уголовной политики, законодательной техники, российского, международного, зарубежного и сравнительного уголовного права.

Материал поступил в редакцию 1 февраля 2016 г.

XIII INTERNATIONAL SCIENTIFIC AND PRACTICAL CONFERENCE "CRIMINAL LAW: DEVELOPMENT STRATEGY IN THE XXI CENTURY": LOOK INSIDE

RAROG Aleksey Ivanovich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State University (MSAL), Honored Worker of Science of the RF.
alek.rarog@yandex.ru
123995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

BIMBINOV Arseniy Aleksandrovich — Ph.D. of Law, Lecturer of the Department of Criminal Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
bimbino@yandex.ru
123995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

Review. *The article presents a review of the XIII International Scientific and Practical Conference "Criminal Law: Development Strategy in the XXI Century" that was held at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL) on*

January 28-29, 2016. The event organized by the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University hosted more than 240 participants among whom there were scientists not only from various regions of Russia, but also from other countries (Germany, Finland, Slovenia, Latvia, Kazakhstan, Ukraine, Belarus, Tajikistan and others). During the Conference both representatives of the academic community and representatives of the State Duma of the RF, the Supreme Court of the RF, The Investigative Committee of the RF, The Prosecutor's General Office, The Ministry of the Internal Affairs of the RF and law societies had the chance to air their views with regard to the topical issues of criminal law, penal law and criminology. The article provides the excerpts of the most brilliant and informative reports of the conference participants.

Keywords: *Conference, criminal law, MSAL, Kutafin State Law University, January, Development Strategy in the XXI century, the Department of Criminal Law, criminal law ambitions, topical issues, crimes against minors*

Л. И. Захарова*,
О. И. Ильинская**

Будущее международного гуманитарного права и особенности его преподавания в юридических вузах России, Беларуси и Молдовы

(работа секции международного права на IX Кутафинских чтениях)

Аннотация. В Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) 25 ноября 2015 г. в рамках IX Кутафинских чтений проходила Международная конференция «Будущее международного гуманитарного права и особенности его преподавания в юридических вузах России, Беларуси и Молдовы». Конференция была организована Университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА), МГУ и Региональной делегацией МККК в Российской Федерации, Беларуси и Молдове.

Ключевые слова: международное гуманитарное право, Международный комитет Красного Креста, секция международного публичного права.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.66.5.207-215

В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) 25 ноября 2015 г. в рамках работы секции международного права на IX Кутафинских чтениях состоялась Международная конференция «Будущее международного гуманитарного права и особенности его преподавания в юридических вузах России, Беларуси и Молдовы». Руководителями секции являлись заведующий кафедрой международного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), д. ю. н., профессор К. А. Бекяшев и заведующий кафедрой международного права юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова, к. ю. н., доцент А. С. Исполинов. В этом году организаторами данного научного мероприятия являлись

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), МГУ и Региональная делегация Международного комитета Красного Креста (МККК) в Российской Федерации, Беларуси и Молдове.

Открывая работу конференции, с приветственным словом к присутствующим обратился **К. А. Бекяшев**. Он напомнил, что сотрудничество Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) с Региональной делегацией Международного комитета Красного Креста (МККК) началось в 2008 году, с подписания Меморандума о сотрудничестве. Камиль Абдулович рассказал о научных достижениях кафедры за прошедший год. Вниманию участников были представлены работы, выпущенные в 2015 г.:

© Захарова Л. И., Ильинская О. И., 2016

* Захарова Лариса Ивановна, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

larissa_zakharova@yahoo.com

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

** Ильинская Ольга Игоревна, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

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

- 1) выпуск 6 «Альманаха кафедры международного права *Ceteris Paribus*»¹, в этом году альманах посвящен памяти М. Е. Волосова;
- 2) учебное пособие К. А. Бекашева, Е. Г. Моисеева «Право Евразийского экономического союза»²;
- 3) второе, переработанное и дополненное, издание монографии Л. И. Захаровой «“О спорт, ты — мир!”. Роль международного права, *lex sportiva* и *lex olympica* в регулировании международных спортивных отношений»³;
- 4) учебное пособие И. Н. Лебединец «Международное уголовное право»⁴;
- 5) монография Д. К. Бекашева и К. А. Бекашева «Международно-правовые проблемы борьбы с незаконным рыболовством»⁵;
- 6) монография А. С. Гуласаряна «Международно-правовая имплементация норм об ответственности международных организаций»⁶;
- 7) шестой выпуск «Вестника Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)», посвященный международному праву.

Далее слово для приветствия было передано А. С. Исполинову, после которого выступил глава Региональной делегации МККК в РФ, Беларуси и Молдове **Паскаль Кютта**. Г-н Кютта тепло приветствовал всех собравшихся от имени МККК. Он обратил внимание на то, что для сохранения международным гуманитарным правом (МГП) защитной функции оно должно реагировать на новые вызовы. Что касается вопросов преподавания МГП, г-н Кютта подчеркнул, что изучение норм этой отрасли является неотъемлемой частью профессионального становления будущего юриста, а преподавание соответствующих курсов вносит вклад в выполнение обязанности государства распространять знания об этих нормах.

После завершения приветственных выступлений начала работу секция 1 «Актуальные проблемы МГП», модератором которой являлся К. А. Бекашев.

Первой свой доклад на тему «32-я Конференция Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца: вопросы, связанные с развитием МГП» представила **А. С. Кушлейко**, региональный советник МККК по правовым вопросам в Восточной Европе и Центральной Азии. Тема выступления — «32-я Конференция Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца: вопросы, связанные с развитием МГП». Повестку дня предстоящей конференции составляют три темы:

- 1) предотвращение насилия и принятие мер по борьбе с ним;
- 2) гарантии безопасности и доступ к гуманитарной помощи и услугам;
- 3) снижение рисков бедствий, катастроф, укрепление жизнестойкости. Далее А. С. Кушлейко осветила вопросы, которые предполагается обсудить.

В рамках первой темы внимание будет сосредоточено на вопросах усиления правовой защиты жертв вооруженных конфликтов и лиц, лишенных свободы в связи с вооруженными конфликтами немеждународного характера, и др. В рамках второй темы будут рассмотрены вопросы защиты сотрудников МККК, меры по усилению защиты раненых и больных. В рамках третьей темы речь пойдет о рисках, связанных с урбанизацией и изменением климата.

Далее слово было передано профессору кафедры международного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), к. ю. н. **В. А. Батырю**, который представил доклад на тему «Будущее МГП». По мнению докладчика, в будущем МГП вновь станет правом цивилизованных

¹ Альманах кафедры международного права *Ceteris Paribus*. Выпуск 6. М. : Проспект, 2016.

² *Бекашев К. А., Моисеев Е. Г.* Право Евразийского экономического союза : учебное пособие / отв. ред. Е. Г. Моисеев. М. : Проспект, 2015.

³ *Захарова Л. И.* «О спорт, ты — мир!» Роль международного права, *lex sportiva* и *lex olympica* в регулировании международных спортивных отношений : монография. 2-е изд., перераб. и доп. Saarbrücken : LAP, 2015.

⁴ *Лебединец И. Н.* Международное уголовное право : учебное пособие. М. : Проспект, 2015.

⁵ *Бекашев Д. К., Бекашев К. А.* Международно-правовые проблемы борьбы с незаконным рыболовством : монография. М. : Проспект, 2015.

⁶ *Гуласарян А. С.* Международно-правовая имплементация норм об ответственности международных организаций : монография. М. : Статут, 2015.

народов. Сегодня же не может не беспокоить стремление малых государств укрываться под «зонтиком» международных организаций. Что касается соблюдения норм этой отрасли, то решающая роль здесь будет принадлежать инструментам контроля. Также было указано на необходимость легализации (путем заключения конвенции) использования государством своих вооруженных сил в случае террористической угрозы. Было высказано мнение и о необходимости усиления принуждения к соблюдению норм МГП.

Доклад на тему «МГП перед лицом новых военных угроз» представила заведующая кафедрой международного права Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, д. ю. н., профессор **Т. Д. Матвеева**. По ее мнению, главными угрозами человечеству являются война, фактическая легализация применения ядерного оружия в вооруженных конфликтах, а также терроризм. Кроме того, докладчица высказала сожаление относительно того, что в рамках КМП ООН не ведется работа по развитию МГП. Также Т. Д. Матвеева указала на необходимость выдвижения нашей страной миротворческих инициатив в ООН. Затронув вопрос о деятельности МККК, докладчица подчеркнула важность сотрудничества с ООН.

Профессор кафедры международного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), д. ю. н. **Н. А. Соколова** выступила с докладом на тему «Международно-правовое регулирование ведения военных действий в городских условиях». В случае ведения военных действий в городских условиях возникают трудноразрешимые проблемы, в числе которых — проблема точного определения военного объекта. Отсутствие четкого определения военного объекта, в свою очередь, увеличивает вероятность неизбирательных нападений. Что касается последствий нападений, то для их прогнозирования должна приниматься во внимание вся имеющаяся информация, которая должна учитывать и побочные эффекты от нападения. Таким образом, в случае ведения военных действий в городе необходима специальная интерпретация принципов пропорциональности и проведения различия.

Затем слово было предоставлено доценту кафедры международного и европейского права юридического факультета Казанского

(Приволжского) федерального университета, к. ю. н. **У. Ю. Маммадову**, выступившему на тему «Тенденция к усилению защиты природной среды в связи с вооруженными конфликтами». Докладчик поставил два вопроса:

- 1) является ли защита окружающей среды, предоставляемая нормами МГП, удовлетворительной;
- 2) могут ли существующие нормы других отраслей международного права обеспечить такую защиту?

Отвечая на первый вопрос, У. Ю. Маммадов назвал нормы МГП, цель которых — защита окружающей среды. Это нормы, содержащиеся в ст. 35 и 55 Дополнительного протокола I (ДП I) 1977 г. к Женевским конвенциям о защите жертв войны 1949 г. (ЖК 1949 г.), и нормы Конвенции о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду 1977 г. (Конвенция ЭНМОД). Однако, как полагает докладчик, упомянутые положения ДП I не совсем эффективны ввиду весьма высокого порога применимости содержащихся здесь норм. В Конвенции ЭНМОД природная среда рассматривается лишь как пространство для ведения военных действий. На второй вопрос докладчик также дал отрицательный ответ. Например, нормы международного права окружающей среды нацелены на защиту окружающей среды в мирное время. Обратившись к международному уголовному праву, У. Ю. Маммадов указал на то, что нормы природоохранной направленности, содержащиеся в Римском статуте МУС, применимы лишь в случае международного вооруженного конфликта. Кроме того, здесь также установлен высокий порог их применимости. Проведенный анализ позволил докладчику сделать вывод о необходимости кодификации норм в исследованной им области, а также внесения изменений в Римский статут.

С докладом на тему «Ответственность организованных вооруженных групп за соблюдение международного права прав человека в условиях вооруженных конфликтов» выступила старший юрист Региональной делегации МККК в РФ, Беларуси и Молдове **М. С. Гаврилова**. Докладчица обратила внимание присутствующих на актуальность этого вопроса, обусловленную такими факторами, как состав участников современных вооруженных конфликтов, продолжительность последних, наличие failed states,

а также таких организованных вооруженных групп (ОВГ), как ХАМАС, Талибан (деятельность запрещена в России), ИГИЛ (деятельность запрещена в России) и др. Относительно обязательств ОВГ по соблюдению МГП было указано на необходимость соблюдения такими группами ст. 3 ЖК 1949 года, а также обычных норм МГП. При этом значительное внимание было уделено правовому обоснованию подобных обязательств. Далее М. С. Гаврилова рассмотрела вопрос об особенностях международного права прав человека по сравнению с МГП. Была освещена и существующая практика по данному вопросу. Так, обязательства ОВГ соблюдать нормы МГП не раз констатировались различными международными органами.

Доклад на тему «Проблемы международно-правового регулирования положения интернированных лиц» представила к. ю. н., доцент кафедры международного публичного и частного права, первый заместитель декана факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» **В. Н. Русинова**. По мнению докладчика, одной из проблем в указанной области является пробельность в международно-правовом регулировании интернирования в ситуации вооруженного конфликта немеждународного характера. Далее В. Н. Русинова обратилась к решениям ЕСПЧ, в которых затрагивался вопрос об осуществлении интернирования. Ею были проанализированы два решения, которые привлекают внимание тем, что в них сформулированы весьма противоречивые выводы, — это решение Большой Палаты по делу «Аль-Джедда против Соединенного Королевства» (2011 г.) и решение по делу «Хасан против Великобритании» (2014 г.).

Докладчица обозначила следующие возможные пути развития нормативного регулирования в рассматриваемой сфере:

- 1) дополнение существующих договорных норм;
- 2) принятие акта «мягкого» права, который регулировал бы положение интернированных лиц в ситуации вооруженного конфликта немеждународного характера;
- 3) разработка модельного кодекса по этому вопросу.

Доклад на тему «Укрепление верховенства права путем обеспечения доступа к правосудию в ситуации вооруженного конфликта

немеждународного характера» представил к. ю. н., доцент кафедры конституционного и международного права, заместитель директора Юридического института по учебной работе Северо-Кавказского федерального университета **А. С. Гондаренко**. Государства, столкнувшиеся с вооруженными конфликтами немеждународного характера, не отказываются от осуществления правосудия на территориях, где произошел конфликт. Это можно видеть на примере Чеченской Республики, где с 1995 года в составе незаконных вооруженных формирований стали создаваться шариатские суды, судьями которых становились ваххабиты. Деятельность судебных органов на этой территории начала восстанавливаться после 1999 года. Далее докладчик указал на проблему, существующую в государствах, где происходят вооруженные конфликты немеждународного характера: на территориях, контролируемых антиправительственными силами, создаются органы власти, в том числе судебные, рассматривающие дела гражданского характера, что порождает вопрос: является ли такая деятельность *правосудием*? Иначе говоря, проблема обеспечения правосудия на таких территориях стоит очень остро.

Доцент кафедры международного и европейского права Казанского (Приволжского) федерального университета, к. ю. н., **М. В. Кешнер**, выступила с докладом «Имплементации ответственности государств за нарушения международного гуманитарного права». В своем выступлении она указала на необходимость реализации принципа ответственности за международно-противоправные деяния, закрепленного в главе 1 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 года. Комиссия международного права ООН выразила мнение о том, что принудительные меры (например, санкции со стороны международных организаций в отношении Сомали, Эритреи, Конго, Судана и других) и контрмеры — это меры имплементации международной ответственности. Для квалификации событий нужно беспристрастное и объективное расследование. Кто способен его осуществить? По смыслу ст. 90 ДП I 1977 г. эта роль отводится Международной гуманитарной комиссии по установлению фактов, однако до сих пор мандат Комиссии не был использован.

Доцент Пермского государственного национального исследовательского университета, к. ю. н. **Н. А. Чернядьева** в своем выступлении охарактеризовала основные тенденции криминализации терроризма в судах международной уголовной юрисдикции с помощью норм международного гуманитарного права. Терроризм до сих пор является «серой зоной». Кроме того, нынешнее положение дел усугубляют несколько факторов:

- 1) многие государства не являются участниками Женевских конвенций о защите жертв войны 1949 г. и Дополнительных протоколов к ним, применимых при регулировании данной ситуации;
- 2) вызывает споры статус негосударственных образований (например, каков статус ИГИЛ (деятельность запрещена в России)? Это повстанческая группировка, но не национально-освободительное движение, значит, общая ст. 3 ЖК 1949 г. неприменима).

Н. А. Чернядьева обозначила три возможных варианта развития постконфликтной ситуации в Сирии:

- 1) поведение ИГИЛ может быть рассмотрено как поведение комбатанта в рамках Лиги арабских государств или Организации «Исламская конференция»;
- 2) представителей ИГИЛ можно привлечь к ответственности как военных преступников;
- 3) ИГИЛ — террористы, подлежащие суду либо в национальных государствах, либо в международном трибунале *ad hoc*. Международный уголовный суд не может привлечь к ответственности террористов, т.к. он руководствуется принципом территориальной юрисдикции (инициирует то государство, на территории которого произошло преступление, или прокурор Международного уголовного суда).

Руководитель академических программ МККК **Этьен Кустер** выступил с докладом, в котором призвал разграничивать *jus ad bellum* и *jus in bello*. МГП должно быть применимо и в международных вооруженных конфликтах, и в вооруженных конфликтах немеждународного характера. Статья 51 ДП I запрещает терроризм, акты террора среди гражданского населения. Посягательства на правительственные помещения, объекты правительственной инфраструктуры возможны в МГП, но могут быть запрещены национальным контртеррористи-

ческим законодательством. К. А. Бекашев задал вопрос о том, какие нормы применимы в отношении ИГИЛ? Это государство террористов, они там живут семьями, там есть объекты инфраструктуры. Можно ли их атаковать? Э. Кустер ответил, что необходимо уточнить понятия вооруженного конфликта и его сторон. Он высказал свое личное мнение о том, что нападения террористов в Париже являются нападением ИГИЛ на Францию. ИГИЛ — это организованная вооруженная группа негосударственного типа. Значит, Конвенция Монтевидео о правах и обязанностях государств 1933 г. не применима и конфликт невозможно квалифицировать как межгосударственный. Однако по-прежнему применимы нормы общего МГП.

Ассистент кафедры международного права МГУ имени М.В. Ломоносова **Е. В. Машкова** представила доклад на тему «Международно-правовая квалификация вооруженного конфликта: актуальные проблемы судебной практики». Свое выступление она начала с краткого обзора решений, вынесенных Верховным Судом США. В решении по делу Ясера Хамди Верховный Суд США указал на то, что размещение на базе в Гуантанамо лиц, захваченных в Афганистане и заподозренных в причастности к деятельности Талибана (деятельность запрещена в России), имеет юридические последствия. Однако определяющих факторов как минимум два:

- 1) они являлись вражескими комбатантами;
- 2) некоторые из них имели гражданство США и обладали правом на петицию *habeas corpus* — судебный приказ о передаче арестованного в суд, что делало применимым нормы национального (американского) права прав человека.

Вследствие этого американский гражданин Я. Хамди в 2004 г. был освобожден из-под стражи Министерством юстиции США. Е. В. Машкова обратилась к практике ЕСПЧ. 29 июля 2014 г. была коммуницирована межгосударственная жалоба Украины против России по Крыму, в которой было заявлено, что Россия осуществляет эффективный контроль над ДНР и ЛНР. Докладчица обратила внимание присутствующих на то, что ЕСПЧ установил дополнительные критерии осуществления эффективного контроля в постановлении, вынесенном в июле 2015 г. по делу «Чигаров против Армении».

Соискатель кафедры международного права МГУ имени М.В. Ломоносова **Ш. М. Алиев** посвятил свое выступление анализу института державы-покровительницы — его правовому статусу и практике применения. Этот институт получил развитие во время франко-прусской войны в XIX веке, затем — в Третьей ЖК 1949 г. Однако Конвенция распространяла действие института только в отношении военнопленных. Вместе с тем держава-покровительница упоминается и в Четвертой ЖК о защите гражданского населения во время войны 1949 г., положения которой и подверг анализу Ш. М. Алиев. В соответствии со ст. 5 ДП I 1977 г., если стороны, находящиеся в конфликте, не придут к общему мнению в решении вопроса о державе-покровительнице, то они могут обратиться с просьбой выступить в качестве субститута к любой беспристрастной гуманитарной организации — например, к МККК.

Доцент кафедры международного права МГУ имени М.В.Ломоносова, к. ю. н. **С. В. Глотова** представила доклад на тему «Jus ad bellum и jus in bello: вопросы конвергенции и дивергенции». По ее мнению, намечается тенденция конвергенции МГП и права неприменения силы или угрозы силой. Право на самооборону возникает только в случае вооруженного нападения — необходимость защиты прав человека в качестве повода для вмешательства не была признана легитимным основанием в Международном суде ООН в 1986 г. при рассмотрении дела «Никарагуа против США». Жесткое деление jus ad bellum и jus in bello нуждается в пересмотре. Наблюдается взаимопроникновение норм: 1) в обоих случаях соблюдается запрет применения силы или угрозы силой; 2) их роднит институционный аспект — главным контрольным механизмом выступает СБ ООН, который осуществляет контроль, требует представления докладов и осуждения нарушителей МГП, создает трибуналы, передает материалы в Международный уголовный суд (МУС), если государство не является участником Римского статута МУС, как в случае Ливии. Все действия, реализующие концепцию «ответственности по защите», также принимаются под эгидой СБ ООН — в качестве примера можно указать на Резолюцию 1973 г. СБ ООН по Ливии.

В рамках работы *секции II «Перспективы преподавания МГП в высших учебных заведениях»* (модератор — А. С. Кушлейко) первым выступил руководитель академических программ МККК Форума по развитию МГП (Женева) **Этьен Кустер**. Тема доклада — «Программа МККК по распространению знаний об МГП в академических учреждениях: новые технологии в преподавании». Г-н Кустер отметил, что 90 % региональных делегаций МККК имеют контакты с учебными заведениями. Взаимодействие направлено в первую очередь на совершенствование методик преподавания МГП. Кроме того, организуются многочисленные совместные образовательные мероприятия — Мартенсовские чтения, конкурсы (в частности, конкурс имени Ж. Пикте), конференции по МГП и др.

Доклад г-на Кустера сопровождался электронными презентациями новейших разработок МККК и подробной информацией по использованию соответствующих ресурсов. Так, экспертами МККК разработан ряд онлайн-курсов, помогающих в том числе преподавателям из тех стран, где нет региональных делегаций МККК. Например, на сайте МККК создана платформа «Как право защищает во время войны?» (How does law protect in war?) на французском, английском, испанском языках⁷. Ее разработчиками являются Марко Сассоли, Антуан Бувье, Анн Квентен. Она разбита на модули. В начале каждого модуля изложены цели и предложен тест, предшествующий изучению модуля. В рамках каждого модуля обозначены четыре раздела — право, правоприменительная практика, педагогические ресурсы, а также терминологический словарь.

Заведующий кафедрой международного права Санкт-Петербургского государственного университета, к. ю. н. **В. С. Иваненко**, стоявший у истоков российской науки МГП, в своем докладе охарактеризовал особенности преподавания МГП в вузах России. Виталий Семенович показал 30 рабочих программ по МГП по учебникам и учебным пособиям, используемым в России. С 1999 г. СПбГУ преподает МГП, сейчас там имеется магистерская программа по МГП из 10 предметов.

Первая проблема, которую обозначил выступающий, заключается в том, что преподавать.

⁷ Международный комитет Красного Креста. URL: www.icrc.org/casebook (дата обращения: 05.01.2016).

Сторонники широкого подхода О. И. Тиунов, В. В. Пустогаров, А. Я. Капустин призывают к необходимости изучения положений, обеспечивающих защиту прав личности как в мирное время, так и в период вооруженного конфликта. Сторонниками военно-гуманитарного подхода выступают МККК и сам В. С. Иваненко. Третий возможный подход в изучении МГП заключается в изучении международно-правовой защиты прав человека в мирное время, а также методов и средств ведения военных действий. Вторая проблема, которую отметил выступающий, — это проблема с преподавательскими кадрами. По мнению В. С. Иваненко, необходимо создать и вести курсы для молодых преподавателей в области МГП.

Ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН, д. ю. н. **И. З. Фархутдинов** привлек внимание аудитории к особенностям преподавания МГП в условиях новых угроз миру и человечеству, сосредоточившись на международно-правовом анализе вооруженного конфликта в Сирии. Участие коалиции ряда государств, борющихся против ИГИЛ, придает конфликту международный характер. Выступающий напомнил присутствующим, что продолжает действовать Соглашение между СССР и Сирийской арабской республикой 1980 г. — действия России по оказанию военной помощи Сирии соответствуют обязательствам, зафиксированным в нем. И. З. Фархутдинов высказал сомнения относительно того, что нормы МГП являются общепризнанными, «святыми», по его выражению. Так, например, у США есть своя доктрина МГП и они руководствуются в первую очередь именно ею. Эти факторы не могут не осложнять развитие и изучение МГП на современном этапе.

Генеральный секретарь Ассоциации международного права Беларуси, член Совета директоров Международного общества права войны и военного права (Брюссель), к. ю. н. **А. Л. Козик** указал на необходимость должной мотивации изучения МГП, которая была образно названа «локомотивом развития его преподавания». Девять лет опыта работы в качестве декана и первого проректора одного из крупнейших белорусских вузов позволили докладчику обозначить следующие проблемы:

- 1) изучение МГП не всегда эффективно;
- 2) налицо проблема сокращения количества студентов, изучающих МГП.

Доцент кафедры публичного права, директор школы докторантуры Свободного международного университета Молдовы, к. ю. н. **В. В. Гамурарь** выступил с докладом на тему «МГП в образовательных программах юридических факультетов Республики Молдова в контексте обязательств по международному праву и в свете положений Договора об ассоциации с Европейским Союзом». В 1998 г. в соответствии с рекомендациями МККК курс по МГП был включен в учебную программу Свободного международного университета Молдовы. Это не спецкурс, а обязательная учебная дисциплина для студентов всех юридических вузов. В 2008 г. в учебный план также было включено «Право беженцев» в качестве факультативного курса. Свободный международный университет Молдовы регулярно проводит конкурсы по МГП и праву беженцев. В рамках каждого из упомянутых выше курсов преподаватели и студенты подвергают анализу постановления ЕСПЧ, в которых Суд ссылается на нарушения МГП.

Ю. С. Безбородов, доцент кафедры международного и европейского права Уральского государственного юридического университета, к. ю. н. рассказал об особенностях преподавания МГП в УрГЮУ (ранее УрГЮА). В вузе читается курс МГП, причем студентам не только юридического факультета, но и факультета журналистики и международных отношений. При изучении курса по международному публичному праву, рассчитанного на 28 акад. часов, бакалавры в течение 4 акад. часов изучают МГП. Кроме того, в УрГЮУ успешно реализуется учебная программа ООН по защите прав человека.

Ассистент кафедры международного права Российского университета дружбы народов **А. Е. Конева** в своем выступлении на тему «Учебная сессия “Модель Генеральной Ассамблеи Международной федерации обществ Красного Креста и Красного Полумесяца”» сообщила о том, каким образом преподается МГП в РУДН, и охарактеризовала перспективы преподавания МГП на пространстве СНГ. Курс МГП в РУДН читается на русском и английском языках. Впервые в 2014 г. там была проведена учебная сессия «Модель Генеральной Ассамблеи Международной федерации обществ Красного Креста и Красного Полумесяца» (Model IFRC General Assembly 2014), позволяющая реализовывать практико-ориентированный подход в процессе обучения.

По итогам обсуждения, состоявшегося в ходе работы секции международного права IX Кутафинских чтений, были выработаны рекомендации по улучшению преподавания МГП в вузах. Их озвучила одна из организаторов конференции — профессор Н. А. Соколова. Рекомендации были переданы оргкомитетом конференции Региональной делегации МККК в Российской Федерации, Беларуси и Молдове.

В заключительном слове ко всем участникам международной конференции К. А. Бекашев

предложил отказаться от терминов «военно-гуманитарное право», что, по его мнению, звучит несколько устрашающе, и «международное гуманитарное право», что демонстрирует слишком широкий подход к предмету. В процессе преподавания для бакалавров эта дисциплина должна называться «Законы и обычаи войны». Камиль Абдулович поблагодарил всех собравшихся за плодотворную работу и выразил надежду, что обсуждение проблем развития и преподавания МГП будет продолжено.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Альманах кафедры международного права *Ceteris Paribus*. — Выпуск 6. — М. : Проспект, 2016.
2. Бекашев Д. К., Бекашев К. А. Международно-правовые проблемы борьбы с незаконным рыболовством : монография. — М. : Проспект, 2015.
3. Бекашев К. А., Моисеев Е. Г. Право Евразийского экономического союза : учебное пособие / отв. ред. Е. Г. Моисеев. — М. : Проспект, 2015.
4. Гуласарян А. С. Международно-правовая имплементация норм об ответственности международных организаций : монография. — М. : Статут, 2015.
5. Захарова Л. И. «О спорт, ты — мир!» Роль международного права, *lex sportiva* и *lex olympica* в регулировании международных спортивных отношений : монография. — 2-е изд., перераб. и доп. — Saarbrücken : LAP, 2015.
6. Лебединец И. Н. Международное уголовное право : учебное пособие. — М. : Проспект, 2015.

Материал поступил в редакцию 8 января 2016 г.

THE FUTURE OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND THE PECULIARITIES OF ITS TEACHING IN LAW SCHOOLS OF RUSSIA, BELARUS AND MOLDOVA (THE WORK OF INTERNATIONAL LAW SECTION AT THE IX KUTAFIN READINGS)

ZAKHAROVA Larisa Ivanovna — PhD in Law, Associate Professor at the Department of International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
larissa_zakharova@yahoo.com
123995, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Iľinskaya Olga Igorevna — PhD in Law, Senior Lecturer at the Department of International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
123995, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. *On the 25th of November 2015 Kutafin Moscow State Law University held an International Conference "The future of international humanitarian law and the peculiarities of its teaching in law schools of Russia, Belarus and Moldova" within the framework of IX Kutafin Readings. The conference was organized by the Kutafin Moscow State Law University, Moscow State University and the regional delegation of the ICRC in the Russian Federation, Belarus and Moldova.*

Keywords: *international humanitarian law, International Committee of Red Cross, Public International Law section*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Al'manah kafedry mezhdunarodnogo prava Ceteris Paribus. — Vypusk 6. — M. : Prospekt, 2016.
2. *Bekyashev D. K., Bekyashev K. A.* Mezhdunarodno-pravovye problemy bor'by s nezakonnym rybolovstvom : monografiya. — M. : Prospekt, 2015.
3. *Bekyashev K. A., Moiseev E. G.* Pravo Evrazijskogo ehkonomicheskogo soyuza : uchebnoe posobie / otv. red. E. G. Moiseev. — M. : Prospekt, 2015.
4. *Gulasaryan A. S.* Mezhdunarodno-pravovaya implementaciya norm ob otvetstvennosti mezhdunarodnyh organizacij : monografiya. — M. : Statut, 2015.
5. *Zaharova L. I.* «O sport, ty — mir!» Rol' mezhdunarodnogo prava, lex sportiva i lex olympica v regulirovanii mezhdunarodnyh sportivnyh otnoshenij : monografiya. — 2-e izd., pererab. i dop. — Saarbrücken : LAP, 2015.
6. *Lebedinec I. N.* Mezhdunarodnoe ugovnoe pravo : uchebnoe posobie. — M. : Prospekt, 2015.

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала: arpr-msal.ru

1. В журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются авторы — ведущие специалисты, ученые и практики. При прочих равных условиях преимущественное право на опубликование имеют:
 - профессорско-преподавательский состав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) — перед сотрудниками иных вузов и научных учреждений;
 - лица, имеющие ученые степени, — перед аспирантами и соискателями.
3. Один автор может опубликовать в течение года не более трех своих статей. Все исключения необходимо заранее согласовывать с редакцией.
4. Направление автором статьи для опубликования в журнале считается акцептом, т.е. согласием автора на заключение Лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Актуальные проблемы российского права». Содержание договора опубликовано на сайте журнала, в разделе «Авторам».
5. Автор направляет в редакцию журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
6. Требования к содержанию и объему статьи:
 - объем статьи должен составлять от 15 до 25 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 10–15 страниц А4 (шрифт — Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полуторный, абзацный отступ — 1,25 см, поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с редакцией журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;
 - в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал, содержащийся в статье, не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых содержит воспроизведение нормативного материала, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования.
7. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
8. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например, с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный. Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Ссылки на иностранные источники следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке.

Ссылки на электронные ресурсы следует оформлять в соответствии с библиографическим ГОСТом 7.82–2001. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, полный адрес местонахождения ресурса и в круглых скобках дату последнего посещения веб-страницы.
9. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.1-2003. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

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 верстка: *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 31.05.2016 г. Объем: 25,34 усл.печ.л., формат 60x84/8.

Тираж 250 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная.

Отпечатано в Издательском центре Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)