

**Министерство образования и науки Российской Федерации  
Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего  
профессионального образования «Московский государственный юридический  
университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»**

## **АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА № 6, 2014**

**Ежемесячный научный журнал  
Издается с января 2004 г.**

### **Председатель редакционного совета журнала**

**ГРАЧЕВА Елена Юрьевна** – доктор юридических наук, профессор, заведующая 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**

**ШУГРИНА Екатерина Сергеевна** – доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права, председатель Редакционно-издательского совета Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

*Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.*

### **Ответственный секретарь**

**СЕМИСОРОВА Ксения Николаевна** – начальник Отдела научно-издательской политики Управления организации научной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

*Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.*

**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.*

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА**

**ВОСКОБИТОВА Лидия Алексеевна** – доктор юридических наук, профессор, заведующая 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 Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).

*Почтовый адрес: 92001, Франция, г. Нантер, авеню Республики, 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, заведующая 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, заведующий кафедрой теории и истории государства и права, проректор по учебной работе Курского государственного университета.

*Почтовый адрес: 305000, Россия, г. Курск, ул. Радищева, 33.*

**КАШКИН Сергей Юрьевич** – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой права Европейского Союза Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ, профессор кафедры Жана Монне (Европейский Союз).

*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 площадь, д. 1.*

**КОРНЕВ Аркадий Владимирович** – доктор юридических наук, профессор, заместитель заведующего кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

*Почтовый адрес: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.*

**КУЧЕРЯВЕНКО Николай Петрович** – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», академик Национальной академии правовых наук Украины, заслуженный деятель науки и техники Украины.

*Почтовый адрес: 61024, Украина, г. Харьков, ул. Пушкинская, д. 77.*

**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, ул. Виа Карло Поерио, д. 15.*

**МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович** – доктор юридических наук, профессор кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права, проректор по научной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, председатель 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 Федерального арбитражного суда Уральского округа, заслуженный юрист РФ, почетный работник судебной системы.

*Почтовый адрес: 620075, Россия, г. Екатеринбург, просп. Ленина, 32/27.*

**РОССИНСКАЯ Елена Рафаиловна** – доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой судебных экспертиз Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Президент Ассоциации образовательных учреждений «Судебная экспертиза», академик РАЕН, заслуженный деятель науки 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, абон. ящик № 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, судья Верховного Суда Российской Федерации, член-корреспондент Международной академии психологических наук.

*Почтовый адрес: 121260, Россия, г. Москва, ул. Поварская, д. 15.*

**ЯСКЕРНЯ Ежи** – доктор юридических наук, ректор Института экономики и управления Университета имени Яна Кохановского в г. Кельц (Польша).

*Почтовый адрес: 25369, Польша, г. Кельц, ул. Зеромскиго, д. 5.*

*Ministry of Education and Science of the Russian Federation  
Federal State Budgetary Education Institution of Higher Professional Education  
«Kutafin Moscow State Law University»*

## **ACTUAL PROBLEMS OF RUSSIAN LA W № 6, 2014**

*Monthly scientific journal  
Published since January of 2004*

### *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.*

### *Editor-in-Chief*

**SHUGRINA, Ekaterina Sergeevna** – Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law, Head of the Editorial Advisory Board of the Kutafin Moscow State Law University.  
*Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.*

### *Executive Editor*

**SEMISOROVA, Ksenia Nikolaevna** – Head of the Division for the Scientific and Publishing Policy of the Department for the Organization of Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University.  
*Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.*

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

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

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

*The Journal is included in the largest international database of periodicals Ulrich's Periodicals Directory.  
Materials included in the journal Russian Science Citation Index*

**CHERNYSHEVA, Olga Sergeevna** – PhD in Law, Head of the Department of the Secretariat 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 Ouest-Nanterre-La Defense (France).

*Mailing address: Université Paris Ouest – Nanterre – La Défense, 200 avenue de la République, 92001 Nanterre, 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.

*Contact information: Str. Żeromskiego 5, Kielce, Poland 25369.*

**KASHKIN, Sergey Yurievich** – Doctor of Law, Professor, Head of the Department of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, the Professor of the Department named after Jean Monnet (the EU).

*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, abon. yashik 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 ploschad, dom 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.*

**KUCHERYAVENKO, Nikolay Petrovich** – Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law of the National University Legal Academy of Ukraine named after Yaroslav the Wise, Academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, the Merited Specialist in Science and Technology of Ukraine.

*Mailing address: 61024, Ukraine, Kharkiv, ul. Pushkinskaya, d. 77.*

**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, Vice-Rector on Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Chairman of the Expert Council of the Higher Professional Licensing Board of the Russian Federation.

*Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.*

**PANAGIOTOPOULOS, Dimitrios** – Assoc. Prof, 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 Federal 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, Michael Slavovich** – Doctor of Law, Professor, Judge of the Supreme Court of the Russian Federation, a member of the International Academy of Psychological Science

*Mailing address: 121260, Russia, Moscow, ul. Cook, 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, Member of the Department of Theory and History of State and Law, Vice-Rector on Educational Work of the Kursk State University.

*Mailing address: 305000, Russia, Kursk, Radischeva, 33.*



# СОДЕРЖАНИЕ

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

*Осьмакова О.Н.*

Формирование материальной базы миссионерской деятельности РПЦ в Китае в середине XVIII – начале XIX века: проблемы и способы нормативного обеспечения ..... 1025

*Золотова О.И.*

Реформирование гражданского судопроизводства в России в конце XIX века: признаки социализации процесса ..... 1031

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

*Матевосова Е.К.*

Доктрина правового нигилизма ..... 1037

*Осипов М.Ю.*

Философия права В.С. Нерсисянца в контексте русской и советской философии права ..... 1044

*Соколова М.А.*

К вопросу о понятии дефекта юридического документа ..... 1054

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

*Комкова Г.Н.*

Правовые позиции Конституционного Суда РФ в сфере обеспечения экономической стабильности российского государства ..... 1061

*Безруков А.В., Кондрашев А.А.*

Российские конституционно-политические контр-реформы 2012–2013 годов: реализация в законодательстве и перспективы правпоримимения ..... 1067

*Макарцев А.А.*

Принцип пропорциональности в судебных решениях по избирательным спорам как адекватная форма защиты активного и пассивного избирательного права ..... 1077

*Кокотова М.А.*

Государственный совет Франции как орган конституционного контроля ..... 1084

*Кабышев С.В.*

Модель централизованного оказания юридических услуг (канадские уроки для России) ..... 1090

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДЕБНОГО ПРОЦЕССА

*Нарутто С.В.*

Место Конституционного Суда Российской Федерации в системе органов государственной власти ..... 1096

*Савоськин А.В., Казанцев А.О.*

Возможно ли упразднение конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации? ... 1108

*Лобанов И.В.*

Формы взаимодействия Конституционного Суда РФ с конституционными (уставными) судами субъектов РФ ..... 1115

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА И ПРОЦЕССА

*Таева Н.Е.*

Направления совершенствования системы государственной и муниципальной службы в сфере оказания государственных и муниципальных услуг (нормативное регулирование) ..... 1121

*Пиунова В.И.*

Теоретические и организационные основания институализации административной юстиции в Российской Федерации ..... 1129

*Быкова М.С.*

Проблемные вопросы применения норм международного права при осуществлении прокурорского надзора за исполнением законов о техническом регулировании в сфере оборота продуктов детского питания ..... 1136

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

*Уразова А.А.*

Отказ от корпоративных прав ..... 1143

*Ляхова М.А.*

Проблемы исполнения обязательств по инвестиционным договорам в строительной деятельности ..... 1149

*Греков М.Н.*

Проблемы правовой квалификации деривативного обязательства ..... 1157

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТРУДОВОГО ПРАВА

*Князева Н.А.*

Сфера применения процедуры медиации в трудовом праве ..... 1167

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СЕМЕЙНОГО ПРАВА

*Усачева Е.А.*

Юридическая природа соглашения об уплате алиментов ..... 1173

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

*Васичкин К.А.*

Регулирование деятельности информационных посредников в целях охраны интеллектуальных прав в сети «Интернет» по законодательству России, США и ЕС ..... 1180



# СОДЕРЖАНИЕ

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО ПРАВА

*Хасан Х.А.Х.*

Уголовный кодекс Республики Ирак:  
характеристика Общей части ..... 1185

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

*Смирнова И.Г.*

К вопросу об обвинительном уклоне  
в российском уголовном судопроизводстве:  
через призму общественного мнения ..... 1189

*Селина Е.В.*

Свобода оценки доказательств в отечественном  
уголовном судопроизводстве ..... 1197

*Бедняков И.Л.*

Проблемы правового регулирования залога  
в уголовном судопроизводстве: исторический  
опыт и современное состояние ..... 1202

*Таболкина К.А.*

О недостаточности полномочий прокурора  
для обеспечения эффективного надзора  
в стадии возбуждения уголовного дела ..... 1208

*Насонов С.А.*

Актуальные проблемы судебного следствия  
в суде присяжных и подходы к их разрешению ..... 1215

*Развейкина Н.А.*

К вопросу о подсудности суда присяжных  
по Уставу уголовного судопроизводства  
и Уголовно-процессуальному кодексу РФ ..... 1222

*Халиуллин А.И.*

Электронная подпись в уголовном  
процессе России ..... 1228

*Одношвин И.А.*

Понятие «жилище» и его значение  
для уголовно-процессуальной  
и оперативно-розыскной деятельности ..... 1232

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

*Минина А.И.*

Понятие и содержание субъективной  
арбитрабельности ..... 1240

*Тер-Овакимян А.А.*

Международный договор франчайзинга  
и договор коммерческой концессии ..... 1248

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

*Молчанов Н.А., Трубачева К.И.*

Подходы к применению принципов международного  
права в новых геополитических условиях ..... 1254

## СОБЫТИЯ В ЮРИДИЧЕСКОМ МИРЕ

*Михайлов С.М., Громошина Н.А.*

Проблемы гражданского судопроизводства  
в трудах и деятельности М.С. Шакарян (итоги работы  
Международной научно-практической конференции,  
посвященной памяти и 90-летию со дня рождения  
доктора юридических наук, профессора  
Марии Сумбатовны Шакарян) ..... 1262

*Орешкина Т.Ю.*

Работа секции уголовного права  
и криминологии на VI Кутафинских чтениях ..... 1266

*Макаров С.Ю.*

Работа секции адвокатуры и нотариата  
на VI Кутафинских чтениях ..... 1270

**ABOUT THE AUTHORS,  
ANNOTATIONS AND KEYWORDS** ..... 1275

**УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ  
К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ  
МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ** ..... 1292



# CONTENTS

## ACTUAL PROBLEMS OF HISTORY OF STATE AND LAW

- Osmakova, O.N.*  
Formation of the material basis for the missionary work of the Russian Orthodox Church in China in the middle of XVIII – early XIX centuries: problems and means of normative guarantees ..... 1025
- Zolotova, O.I.*  
Reforming the civil judicial proceedings in Russia in late XIX century: characteristic features of making the procedure social ..... 1031

## ACTUAL PROBLEMS OF THEORY OF STATE AND LAW

- Matevosova, E.K.*  
Legal nihilism doctrine ..... 1037
- Osipov, M.Y.*  
Philosophy of law of V.S. Nersesyants within the context of Russian and Soviet philosophy of law ..... 1044
- Sokolova, M.A.*  
On the issue of understanding defect of a legal document ..... 1054

## ACTUAL PROBLEMS OF CONSTITUTIONAL LAW OF RUSSIA AND FOREIGN STATES

- Komkova, G.N.*  
Legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation in the sphere of economic stability guarantees of the Russian state ..... 1061
- Bezrukov, A.V., Kondrashev, A.A.*  
Russian constitutional political counter-reforms of 2012–2013: legislative implementation and legal practical perspectives ..... 1067
- Makartsev, A.A.*  
The proportionality principle in the judicial decisions on election disputes as an adequate form of protection of active and passive election right ..... 1077
- Kokotova, M.A.*  
State Council of France as a constitutional control body ..... 1084
- Kabyshev, S.V.*  
Model for the centralized provision of legal services (Canadian lessons for Russia) ..... 1090

## TOPICAL PROBLEMS OF CONSTITUTIONAL JUDICIAL PROCESS

- Narutto, S.V.*  
Place of the Constitutional Court of the Russian Federation within the system of state government bodies ..... 1096
- Savoskin, A.V., Kazantsev, A.O.*  
Is it possible to abolish a Constitutional (Statutory) Court of the constituent subject of the Russian Federation? ..... 1108

- Lobanov, I.V.*  
Forms of interaction between the Constitutional Court of the Russian Federation and the Constitutional (Statutory) Courts of the constituent subjects of the Russian Federation ..... 1115

## ACTUAL PROBLEMS OF ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS

- Taeva, N.E.*  
Directions for the improvement of the system of state and municipal service in the sphere of provision of state and municipal services (normative regulation) ..... 1121
- Piunova, V.I.*  
Theoretical and organizational fundamentals for the institutionalization of the administrative justice in the Russian Federation ..... 1129
- Bykova, M.S.*  
Topical issues of application of international law norms in prosecutor supervision over compliance with the technical regulation laws in the sphere of turnover of baby food products ..... 1136

## ACTUAL PROBLEMS OF ENTREPRENEURIAL LAW

- Urazova, A.A.*  
Renouncement of the equity rights ..... 1143
- Lyahova, M.A.*  
Problems of performing an obligation on investment contracts in construction activities ..... 1149
- Grekov, M.N.*  
Problems of legal qualification of derivative obligation ..... 1157

## ACTUAL PROBLEMS OF LABOR LAW

- Knyazeva, N.A.*  
Sphere of application of medication procedure in the labor law ..... 1167

## ACTUAL PROBLEMS OF FAMILY LAW

- Usacheva, E.A.*  
Legal nature of alimony treaty ..... 1173

## ACTUAL PROBLEMS OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW

- Vasichkin, K.A.*  
Regulation of the activities of information brokers for the purpose of copyright protection in the Internet according to the legislations of Russia, the USA and the EU ..... 1180

## ACTUAL PROBLEMS OF CRIMINAL LAW

- Hasan, H.A.H.*  
Criminal Code of the Republic of Iraq: general provisions ..... 1185



# CONTENTS

## ACTUAL PROBLEMS OF CRIMINAL PROCESS

- Smirnova, I.G.*  
On the issue of accusatory inclination in the Russian criminal judicial proceedings: through the prism of the public opinion ..... 1189
- Selina, E.V.*  
Freedom of evaluation of evidence in the Russian criminal judicial proceedings ..... 1197
- Bednyakov, I.L.*  
Problems of legal regulation of bail in criminal judicial proceedings: the historical experience and the current situation ..... 1202
- Tabolina, K.A.*  
On the insufficiency of the competence of the prosecutor for the guarantees of efficient supervision at the stage of initiation of a criminal case ..... 1208
- Nasonov, S.A.*  
Topical problems of judicial inquiry in trial by jury and approaches towards their resolution ..... 1215
- Razveikina, N.A.*  
On the issue of court competence of trial by jury according to the Charter of Criminal Judicial Proceedings and the Criminal Procedural Code of the Russian Federation ..... 1222
- Haliullin, A.I.*  
Electronic signature in the criminal process in Russia ... 1228
- Odnoshevin, I.A.*  
Definition of "dwelling" and its value for the criminal procedural and operative investigation activities ..... 1232

## ACTUAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW

- Minina, A.I.*  
Definition and contents of subjective arbitrability ..... 1240
- Ter-Ovakimyan, A.A.*  
International franchise contracts and the commercial concession contract ..... 1248

## ACTUAL PROBLEMS OF THE EUROPEAN UNION LAW

- Molchanov, N.A., Trubacheva, K.I.*  
Approaches towards application of the principles of international law in the novel geopolitical conditions ... 1254

## EVENTS OF THE LEGAL WORLD

- Mihailov, S.M., Gromoshina, N.A.*  
Problems of civil judicial proceedings in works and activities of M.S. Shakaryan (results of the work of the international scientific and practical conference, which was devoted to the 90th anniversary since the birth of Doctor of Law, Professor Maria Sumbatovna Shakaryan) ..... 1262
- Oreshkina, T.Y.*  
Work of the section of criminal law and criminology at the VI Kutafin Readings ..... 1266

*Makarov, S.Y.*

- Work of the section of advocacy and notariate at the VI Kutafin readings ..... 1270

**ABOUT THE AUTHORS,  
ANNOTATIONS AND KEYWORDS** ..... 1275

**PUBLISHING CONDITIONS AND THE  
REQUIREMENTS TO THE MATERIALS  
FOR THE JOURNAL** ..... 1292



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

О.Н. Осьмакова\*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

## ФОРМИРОВАНИЕ МАТЕРИАЛЬНОЙ БАЗЫ МИССИОНЕРСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ РПЦ В КИТАЕ В СЕРЕДИНЕ XVIII – НАЧАЛЕ XIX ВЕКА: ПРОБЛЕМЫ И СПОСОБЫ НОРМАТИВНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

**Аннотация:** Предметом исследования стало правовое регулирование миссионерской деятельности Русской Православной Церкви в середине XVIII – начале XIX века. Цель работы заключалась в раскрытии особенностей правового регулирования миссионерской деятельности Русской Православной Церкви в Китае на основе нормативно-правовых, архивных и опубликованных документальных материалов. В статье рассматривается процесс создания нормативной базы, регулирующей Русскую духовную миссию в Пекине, которая провела масштабную работу по созданию условий для развития российско-китайского диалога. Методологическую основу исследования составили: принцип объективности, системности научного анализа, комплексного использования источников. Принцип историзма, предполагающий рассмотрение всех факторов и исследуемых процессов в широком конкретно-историческом развитии и их динамике позволил соблюсти точность передаваемых фактов во взаимной и временной связи. В соответствии с этим принципом в работе использовались комплексный подход в изучении нормативной правовой базы, архивных источников. Принцип системности при изучении правового регулирования миссионерской деятельности Русской Православной Церкви способствовал структурированию имеющихся источников по различным историческим периодам и воссозданию обобщенной картины событий. Результаты работы позволяют использовать в научных исследованиях новые нормативно-правовые источники, связанные с историей миссионерской деятельности в Российской империи. В данном исследовании впервые ставится задача на основе репрезентативной документальной базы дать комплексное видение правового регулирования миссионерской деятельности Русской Православной Церкви в Пекине. Автором доказано, что начиная с середины XVIII в. государство стремилось к кодификации правовых норм, прямо или косвенно влияющих на миссионерскую деятельность Русской Православной Церкви в Китае, с целью соблюдения интересов государства и во избежание злоупотреблений и нарушений со стороны миссионеров.

**Ключевые слова:** материальная база, Русская Православная Церковь, Китай, Русская духовная миссия, нормативное обеспечение, инструкция, Святейший Правительствующий Синод, миссионер, обязательства, катехизация.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10377

© Осьмакова Ольга Николаевна

\* Аспирант кафедры теории и истории государства и права, Белгородский университет кооперации, экономики и права

[stroninka@yandex.ru]

308023, Россия, г. Белгород, Садовая, 116, каб. 511.



В российской истории на протяжении длительного времени Русская Православная Церковь играла одну из ключевых ролей в установлении международных отношений России с другими государствами. Так, российско-китайские отношения были созданы и развивались благодаря деятельности Русской духовной миссии в Пекине, которая помимо миссионерских функций исполняла роль дипломатического представительства России в Китае. Во избежание конфликтных ситуаций, их мирного разрешения, государство, церковь создавали нормативно-правовую базу, которая определяла формы, методы религиозной активности, сохранившиеся до настоящего времени. На примере нормативной базы, регулировавшей деятельность Русской духовной миссии в Пекине, можно проследить возросший интерес государства и церкви к установлению дружественных отношений между Россией и Китаем.

Важным документом в этом отношении была изданная Синодом инструкция – «Изложение этапов работы членов миссии в Бейцзине»<sup>1</sup>. Данный документ определял основную цель деятельности миссионеров, а именно создание системной миссионерской работы на различных уровнях китайского общества. Для реализации поставленной инструкцией цели члены миссии выделили три основных направления работы: знакомство с особенностями православия пекинских чиновников, катехизация среднего класса и социальная работа с бедным населением города и его окрестностей.

Знакомство местных чиновников с особенностями вероучения проходило во время участия членов миссии в китайских церемониях, куда приглашалась элита китайского общества, а также дипломатические представители различных стран. Зачастую начальник миссии устраивал ответные чаепития, куда приглашались некоторые чиновники императорского двора<sup>2</sup>.

Инструкция налагала в данном направлении на начальника миссии ряд обязанностей. Так, следуя названному документу, начальнику миссии вменялось в обязанность, создание годового плана миссионерских мероприятий, в которых требовалось присутствие пекинских чиновников и заблаговременное приглашение их. Во время проведения таких мероприятий он осуществлял строгий контроль над деятельностью членов миссии, а также составлял

отчет о проведенных совместных с пекинскими чиновниками встречах к своему ежегодному отчету. Описывая мероприятие, начальник миссии должен был сделать анализ всех этапов встречи. Во время подготовки к таким мероприятиям начальник миссии заблаговременно распределял обязанности по созданию необходимых для проведения встречи условий между членами миссии. Составление годового плана было необходимо для формирования фонда материальной поддержки миссии, осуществляемое Синодом. Немаловажным было изучение китайских традиций для проведения мероприятий на высоком уровне. Для создания комфортных для местных чиновников условий начальник миссии обязан был получать консультации у компетентных в данном вопросе православных пекинцев<sup>3</sup>.

Таким образом, регулярное, с периодичностью раз в месяц, проведение данных мероприятий было важнейшей составляющей деятельности членов миссии. На устраиваемых в подворье церемониях начальник миссии получал разрешение властей для проведения миссий в различных социальных сферах и устанавливал контакты для дальнейшего развития миссионерской деятельности.

Другим направлением работы миссии была катехизация среднего класса жителей Пекина. Для успешной ее реализации, согласно инструкции, начальник миссии формировал группу из четырех членов миссии. Назначенные миссионеры планировали и проводили необходимые мероприятия. Местные власти в 1758 г. потребовали от начальника пятой миссии архимандрита Амвросия (Юматова) согласовывать проведение мероприятий, число участников которых составляло более 100 человек<sup>4</sup>. Но в период деятельности данной миссии, начальнику миссии делать это не потребовалось, так как на проводимые миссионерами мероприятия не приходило более тридцати человек<sup>5</sup>.

Относительно работы с китайскими крестьянами, проживавшими в окрестностях города, и нищими пекинцами инструкция передавала ее всей православной общине. Документ отмечал, что наиболее успешно работа в данном направлении проходила после вовлечения в нее обращенных в православие пекинцев. Инструкция предписывала начальнику миссии

<sup>1</sup> Российский государственный исторический архив. Фонд. 797. Опись. 71138. Дело. 6. Лист. 2.

<sup>2</sup> Сношения России с Востоком по делам церковным. Т. 1. (1787) / под ред. Демьянова А.Е. СПб., 1858. – С. 301.

<sup>3</sup> РГИА. Ф. 797. Оп. 71138. Д. 6. Л. 3.

<sup>4</sup> Указание на способы организации и проведения совместных русско-китайских встреч. <<http://www.fmprc.gov.cn/text819.html>> (последнее посещение – 1 апреля 2013 г.)

<sup>5</sup> РГИА. Ф. 797. Оп. 82299. Д. 70. Л. 24.



предоставить определенную свободу в работе членам миссии по оказанию нуждающимся пекинцам духовной и материальной помощи. Документ отмечал, что «хорошо, когда начальник миссии участвует во всех мероприятиях, а еще лучше, когда он умеет организовать для миссионерских целей свою общину»<sup>6</sup>.

Здесь же отмечалось, что при составлении отчета за 1757 г. и далее ежегодно начальник миссии обязывался прилагать сведения об уровне вовлеченности православной пекинской общины в деятельность миссионерского подворья. При их активном участии в сфере социального служения (помощь нищим, инвалидам, одиноким матерям, детям-сиротам, больным), в работе с иноверцами, содействие в осуществлении переводов и катехизаторской работе начальнику миссии дополнительно выделялось 1300 рублей на поощрение членов общины<sup>7</sup>.

Таким образом, инструкция 1757 г. определила этапы осуществления миссионерской деятельности. Она стала важнейшим нормативно-правовым документом XVIII века, так как в ней закреплялись права и обязанности не только членов миссии, но и созданной из местных жителей православной общины.

Усиление роли Русской духовной миссии в Пекине с 70-х гг. XVIII века расширило нормативно-правовую базу, регулировавшую миссионерскую деятельность. Все имеющиеся источники были разделены на группы. К первой группе относились документы «императорского церковного законодательства» – Высочайшие повеления, именные указы по духовному ведомству, высочайше утвержденные доклады синодального обер-прокурора<sup>8</sup>. Ко второй группе принадлежали указы, инструкции, постановления Синода. К третьей – «государственное о церкви законодательство» – определения Сената, Государственного Совета, Кабинета министров<sup>9</sup>. Стоит отметить, что государственное законодательство Российской империи, в том числе императорские указы, касающиеся вопросов миссионерской деятельности, утратили свою силу, в то время как указы и постановления Синода, независимо от своего утверждения Высочайшей властью, сохранили свою силу до настоящего времени, если, конечно, они не были отменены или заменены впоследствии.

Указанные нормативно-правовые акты регулировали в первую очередь состав и устройство миссии в Пекине. Так, Высочайшим повелением императрицы Екатерины II в составе миссии, помимо начальника миссии – архимандрита, должны были находиться два монаха любого чина, для того чтобы «являть иноверцам добродетели целомудрия, нестяжания, послушания»<sup>10</sup>. В указанном документе также отмечалось, что для увеличения эффективности работы членов миссии штат миссии должен был определяться тремя степенями иерархического служения: начальник миссии – архимандрит, его заместитель, ответственный за духовное благополучие миссии – протоиерей, а также диакон – помощник начальника миссии и протоиерея в исполнении их миссионерского служения. Согласно Инструкции Синода от 1771 года «пресвитеры и диаконы без воли начальника миссии ничего да не совершают, ибо ему вверено управление миссией, и он несет ответственность за нее»<sup>11</sup>.

Данная инструкция также определяла требования к начальнику миссии. В ней указывалось, что начальник миссии является руководителем миссии и духовным наставником православной общины китайцев. Поэтому он должен отличаться глубиной и крепостью веры, высокими нравственными качествами, безупречной репутацией<sup>12</sup>.

В документе отмечались ситуации, при которых начальник миссии мог лишиться своей должности. Под ними подразумевались «преступления или такие деяния начальника миссии, которые, если не с точки зрения уголовного, то с точки зрения канонического права, должны быть признаны преступлениями»<sup>13</sup>. Сюда относились: отпадение от веры, ересь и все так называемые плотские грехи<sup>14</sup>. Виновный или уличенный в каком-либо из указанных преступлений подвергался публичному покаянию. Человек, раз подвергшийся публичному церковному покаянию, согласно инструкции, не мог занимать должность начальника миссии<sup>15</sup>.

В 1773 году было издано постановление «О требованиях к кандидату на должность начальника миссии», которое имело сферу применения в пекинской миссии и давало

<sup>6</sup> РГИА. Ф. 797. Оп. 71138. Д. 6. Л. 4.

<sup>7</sup> Там же. Л. 5.

<sup>8</sup> Материалы по истории Российской духовной миссии в Пекине. Т. 1. (1771–1781) / под ред. Н.И. Веселовского. СПб., 1905. – С. 54.

<sup>9</sup> Там же. – С. 58.

<sup>10</sup> С. 122.

<sup>11</sup> РГИА. Ф. 797. Оп. 93210. Д. 712. Л. 3.

<sup>12</sup> Там же. Л. 4.

<sup>13</sup> Л. 13.

<sup>14</sup> Л. 14.

<sup>15</sup> Л. 15.



классификацию препятствий к занятию указанной должности. Так, препятствия физического характера были связаны с возрастом, состоянием здоровья или телесными недостатками ставленника. В связи с тем, что для занятия должности начальника миссии были необходимы зрелость ума, твердость убеждений, известный жизненный опыт, которые предполагали достижение определенного возраста, то назначение происходило в возрасте не моложе 40 лет, при наличии у него сана архимандрита и высшего духовного образования<sup>16</sup>.

Физические недостатки и недуги сами по себе не являлись препятствием к занятию должности, но условия проживания в миссионерском подворье, резкая смена климата и отсутствие высококвалифицированной медицинской помощи могли затруднять деятельность такого начальника миссии. Вопрос о назначении кандидата, подверженного болезням или имевшего физические недостатки, рассматривался обер-прокурором Синода<sup>17</sup>.

Другим препятствием к занятию должности начальника миссии, согласно постановлению, было отсутствие у кандидата необходимого образования или наличие у него нравственных пороков (убийство, кража, блуд)<sup>18</sup>. Так, отмечалось, что вера у кандидата на должность начальника миссии должна быть «строго православной, глубокой, твердой, деятельной»<sup>19</sup>. Также от него требовались способности к учительству и наставлению, знание псалтыри, Священного Писания, канонов, китайского языка. Стоит отметить, что с конца XVIII века ставленниками на должность начальника Русской духовной миссии в Пекине были кандидаты богословия.

Таким образом, данный нормативно-правовой документ четко определил круг кандидатов на должность начальника миссии. Также обширные требования к кандидату показывали значимость должности в деле развития миссии.

В дополнение к постановлению в 1774 году вышла инструкция «О требованиях к кандидатам, желающим быть причисленным к составу пекинской миссии и уже действительных ее членах»<sup>20</sup>. Они касались семейного положения членов формируемой миссии, их обязанностей перед государством и частными лицами, профессии и репутации.

Инструкция предъявляла строгие требования к браку миссионеров: «Взехший в супружество вдову, или отверженную от супружества, или блудницу, или актрису не может состоять в миссионерских списках»<sup>21</sup>. Также для члена миссии недопустима пассивная бигамия. 10 пункт инструкции гласил: «Аще жена некоего мирянина, прелюбодействовав, обличена будет в том явно, то он не может прийти в проповедническое служение. Аще же по отбытию мужа в составе миссии впадет в прелюбодейство, то он должен развестись с нею. Аще же сожительствует, не может касаться служения ему порученного»<sup>22</sup>.

Помимо этого, будущий член миссии должен быть освобожден от исполнения таких обязанностей перед государством, которые несовместимы с миссионерской деятельностью. Согласно инструкции членам миссии запрещалось занятие государственных и общественных должностей и военная служба. Запрет распространялся и на исполнение членами миссии текущих административных обязанностей. В то же время инструкция не возбраняла участие миссионеров в коллегиальных органах власти<sup>23</sup>.

В документе также определялись обязанности и права членов миссии. Так, обязанности миссионеров в первую очередь вытекали из их должностей. Помимо этого отмечалось общее правило для всех участников миссии: члены миссии должны быть высоконравственными лицами. Инструкция запрещала им пьянство и азартные игры, участие в праздниках, требовавших переодевание мужчин в женские одежды и одевание масок. Им запрещалось поднимать руку на человека, даже провинившегося. Также членом миссии не мог стать крепостной, ростовщик, актер, содержатель игорных домов<sup>24</sup>.

Инструкция касалась и внешнего вида членов миссии, их одежды. В 11 пункте инструкции говорилось: «Никто из числящихся в составе миссии да не одевается в неприличную одежду, ни пребывая в граде, ни находясь в пути. Аще же кто учинит сие, на едину седмицу да будет извергнут из состава миссии»<sup>25</sup>.

Принятые в состав миссии лица должны были исполнять свои обязанности до конца пребывания миссии в Пекине, то есть в течение десяти лет. В 1777 году Указом Синода впервые было дозволено просить о снятии с себя мисси-

<sup>16</sup> РГИА. Ф. 797. Оп. 93311. Д. 42. Л. 19.

<sup>17</sup> Там же. Л. 28.

<sup>18</sup> Л. 31.

<sup>19</sup> Там же.

<sup>20</sup> РГИА. Ф. 797. Оп. 10142. Д. 5. Л. 4.

<sup>21</sup> РГИА. Ф. 797. Оп. 10142. Д. 5. Л. 5.

<sup>22</sup> Там же. Л. 6.

<sup>23</sup> Л. 8.

<sup>24</sup> РГИА. Ф. 797. Оп. 10142. Д. 5. Л. 10.

<sup>25</sup> Там же. Л. 11.



онерских обязанностей и отчисления из состава миссии в исключительных обстоятельствах, особенно по вдовству в молодых годах. Такие лица, отчисленные из состава миссии по прошению, могли приниматься на государственную службу через год и через десять лет исполнять церковные обязанности<sup>26</sup>.

В период деятельности седьмой Русской духовной миссии в Пекине (1781–1794 гг.) вышел «Высочайший указ на имя начальника миссии архимандрита Иоакима (Шишковского) об утверждении прав и привилегий членов миссий, имеющих священнический сан над ее мирскими членами»<sup>27</sup>. В нем отмечалось, что рукоположение в священники членов миссии наделяло принявших его не только особыми благодатными дарами, но и некоторыми отличиями от других миссионеров пекинского подворья в церковно-правовом отношении.

Первая привилегия призывала членов миссии, облеченных в духовный сан, окружать особым почтением со стороны других членов миссии. Также оскорбление духовного лица или монаха влекло за собой увольнение из штата<sup>28</sup>.

Вторая привилегия, согласно Указу, – привилегированная подсудность. Она гарантировала право членов миссии, имевших священнический сан, по основной части гражданских дел быть подсудными церковному суду, за исключением совершения особо тяжких преступлений (убийства). В последнем случае член миссии в первую очередь лишался сана и увольнялся из состава миссии, а потом отдавался в руки светской власти для уголовного наказания<sup>29</sup>.

Третья привилегия – освобождение от некоторых финансовых обязанностей (выплаты части жалования в пользу миссии), которые возлагались на прочих членов миссионерского подворья. А также первоочередность в получении государственных наград, почетных званий<sup>30</sup>.

Таким образом, Указ на государственном уровне закрепил привилегии членов миссии, имевших священнический сан, над другими членами миссии. Также в нем впервые была

официально представлена иерархия должностей членов миссионерского подворья.

Другой документ этого времени – Постановление Синода от 12.09. 1794 г., которое нормативно закрепляло статус пекинского миссионерского подворья<sup>31</sup>. В нем отмечалось, что миссионерское подворье, созданное в Пекине, являлось центром православного просвещения среди китайцев, а также главным очагом православной духовной жизни. По своему устройству оно не отличалось от православного монастыря. Жизнь в подворье строилась на началах общежития<sup>32</sup>.

В соответствии с «Постановлением» начальник миссии по-прежнему утверждался обер-прокурором Синода. В свою очередь, начальник миссии назначал казначея, ризничего и эконома из состава миссии<sup>33</sup>.

Важнейшей заботой членов миссии должно было стать устройство в храме при подворье уставного богослужения. «Постановление» также предписывало всем членам миссии нести трудовое послушание.

В 1800 году синодальный Указ дополняет «Постановление» 1794 г. и в 12 пункте определяет пекинское миссионерское подворье как «церковное православное учреждение, в котором проживают и осуществляют свою деятельность члены миссии и православная пекинская община, состоящая из православных китайцев, добровольно принявших крещение для духовного и нравственного совершенствования и совместного исповедования православной веры»<sup>34</sup>.

Таким образом, с середины XVIII в. государство стремится к кодификации правовых норм, прямо или косвенно влияющих на миссионерскую деятельность Русской духовной миссии в Пекине и способствующих установлению дружественных отношений России и Китая. Это было вызвано тем, что на данном этапе православная миссия пользовалась авторитетом среди местного китайского населения. С целью соблюдения интересов государства и во избежание злоупотреблений и нарушений со стороны миссионеров их деятельность ставилась под контроль и регламентировалась.

<sup>26</sup> РГИА. Ф. 797. Оп. 11266. Д. 72. Л. 2.

<sup>27</sup> Сборник документов о православных пекинских миссиях и деятельности Православного миссионерского общества. Т.1. (1782) / под ред. Дьякова Э.Ю. М., 1872. – С. 139.

<sup>28</sup> Сборник документов о православных пекинских миссиях и деятельности Православного миссионерского общества. Т.1. (1782) / под ред. Дьякова Э.Ю. М., 1872. – С. 141.

<sup>29</sup> Там же. – С. 145.

<sup>30</sup> Там же. – С. 146.

<sup>31</sup> РГИА. Ф. 797. Оп. 12127. Д. 3. Л. 1.

<sup>32</sup> Там же. Л. 2.

<sup>33</sup> РГИА. Ф. 797. Оп. 12127. Д. 3. Л. 1.

<sup>34</sup> РГИА. Ф. 797. Оп. 12481. Д. 53. Л. 19.



**Библиография:**

1. Сношения России с Востоком по делам церковным. Т. 1. (1787) / под ред. А.Е. Демьянова. СПб., 1858.
2. Материалы по истории российской духовной миссии в Пекине. Т. 1 (1771–1781) / под ред. Н.И. Веселовского. СПб., 1905.

**References:**

1. Snosheniya Rossii s Vostokom po delam tserkovnym. T. 1. (1787) / pod red. A.E. Dem'yanova. SPb. 1858.
2. Materialy po istorii rossiiskoi dukhovnoi missii v Pekine. T. 1 (1771–1781) / pod red. N.I. Veselovskogo. SPb. 1905.

*Материал поступил в редакцию 2 декабря 2013 г.*



# РЕФОРМИРОВАНИЕ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В РОССИИ В КОНЦЕ XIX ВЕКА: ПРИЗНАКИ СОЦИАЛИЗАЦИИ ПРОЦЕССА

**Аннотация:** Историческое развитие гражданского процесса в России и Европе, модели и типы гражданского процесса, развитие гражданского судопроизводства в России в конце XIX века, влияние западно-европейского гражданско-процессуального законодательства на российское гражданско-процессуальное законодательство; принципы гражданского процесса, их влияние на формирование моделей и типов судопроизводства; условия возрождения состязательной модели процесса и ее эволюция, проходившая путем складывания сначала либерального, а затем социального ее типов. Признаки либерального и социального типов состязательной модели процесса; порядок применения упрощенных форм: понудительного исполнения и упрощенного гражданского судопроизводства диалектический, исторический методы, системный, сравнительно-правовой методы, анализ, синтез, дедукция, индукция, метод толкования, описание, обобщение, компаративного анализа УГС 1864 года кардинально изменил гражданское судопроизводство в России, возвратив в него состязательное начало, что, в свою очередь, привело к смене модели процесса. Исторически гражданский процесс пережил к 1864 году два цикла: состязательная модель, затем господство следственной (инквизиционной) модели и восстановление состязательной в 1864 году. Однако состязательная модель к концу XIX века в своем развитии также прошла два этапа: этап либерального типа состязательной модели и этап социального типа состязательной модели. Первый этап – 1864 года по 1889 год, который связан с пониманием процесса как борьбы независимых сторон, каждая из которых должна была доказать свою позицию, исход дела во многом зависел от них самих. Второй этап – с 1889 года по начало XX века, когда произошло изменение понимания сущности самого процесса, законодатель стал также обращать внимание на социальную роль процесса, помогающего развитию общества и экономики, поэтому многие институты и элементы процесса были упразднены или пересмотрены.

**Ключевые слова:** гражданский процесс, модели процессуальных систем, состязательный процесс, понудительное исполнение, упрощенное судопроизводство, виды производств, либеральный тип судопроизводства, социальный тип судопроизводства, типы состязательной модели, гражданско-процессуальная политика.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.6.11086

Эволюция гражданского судопроизводства связана с развитием его моделей: следственной (инквизиционной) и состязательной. Исторически первым сформировался состязательный процесс. И.В. Решетникова указывает, что состязательная система судопроизводства возникла в Великобритании<sup>1</sup>. На наш взгляд, такой подход представляется спорным. Состязательность применялась не только в Ве-

ликобритании, но и в других странах, поскольку не требовала на заре государственности от власти больших затрат, возлагая основные обязанности по защите прав на сами стороны, и устраняла публичную власть максимально от вмешательства в процесс. Источники древнерусского права указывают именно на данную модель процесса, определяя правовое положение и роль сторон в процессе. Согласно Русской Правде охрана прав – это, прежде всего, дело самозащиты и самоуправления. Гражданско-правовое разбирательство возбуждалось по инициативе заинтересованного лица подачей иска или поклепа, причем истец должен был знать

<sup>1</sup> Решетникова И.В. Судебные реформы XIX и XXI вв. в области гражданского судопроизводства // Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. М. 2008. С. 307.



лицо, к которому предъявлял требование, а также обеспечивал его явку в суд<sup>2</sup>. Стороны занимали равное положение в процессе. Они самостоятельно определяли предмет доказывания и доказательства, подтверждающие их требования и возражения. Установление фактических обстоятельств дела полностью возлагалось на них. Суд занимал нейтральную позицию и выносил решение по тому, чьи доводы в процессе были убедительнее.

Таким образом, основные принципы состязательной модели гражданского судопроизводства были выработаны еще в этот период истории государства и права и представляли собой такие начала, как диспозитивность, то есть право распоряжения сторон в процессе объектом процесса и средствами защиты, равноправие сторон, состязательность. Эти принципы эволюционировали, перечень их дополнялся, однако именно эти три основания являются столпами состязательной модели гражданского процесса.

Следующим этапом в развитии гражданского судопроизводства стало закрепление в нем следственной (инквизиционной) модели отправления правосудия. Основной его особенностью явилось закрепление возможности начала судопроизводства по инициативе самого суда. Как отмечал К. И. Малышев, «судебная власть приступает к исследованию юридических фактов и отношений по собственной инициативе или по донесениям других властей, в интересах общественного порядка и безопасности, и в самом исследовании старается раскрыть материальную истину всеми возможными способами, не стесняясь произволом и показаниями заинтересованных сторон»<sup>3</sup>. Равноправие сторон и состязательность были вытеснены. Основной задачей гражданского судопроизводства стало выяснение истины по делу, что привело к замедлению процесса разрешения споров. Кроме того, в этот период судебная власть слилась, во многом, с административной.

XIX век стал переломным моментом в истории гражданского процесса континентальной Европы и России, поскольку в этот период формировались теоретические подходы и взгляды на процедуру отправления правосудия по гражданским делам, и сейчас влияющие на нее. Кроме того, этот период связан с процессом кодификации гражданского процесса.

В этом столетии в гражданском процессе произошел ренессанс состязательной модели

процесса как наиболее верного базиса для разрешения гражданско-правовых конфликтов. Возрождение состязательной модели гражданского процесса было подготовлено исторически. Как отмечал И.Г. Щегловитов, крушение прежнего судоустройства и инквизиционного процесса произошло во времена Французской революции<sup>4</sup>. Поэтому неудивительно, что именно во Франции был принят гражданско-процессуальный кодекс нового образца, закрепивший в основе судопроизводства состязательность, диспозитивность, независимость суда, минимизацию его роли в процессе. Французский кодекс стал эталоном гражданско-процессуального закона на долгое время для многих государств. Как отмечают некоторые зарубежные исследователи, его популярность была обусловлена тем фактом, что он отвечал потребностям XIX века и заключил в себе достаточно много общеевропейских традиций<sup>5</sup>.

Развитие идей субъективного права привело к появлению вопроса о пределах его осуществления и наилучших механизмах защиты, к появлению в гражданском процессе серьезной дискуссии между представителями «либеральной» и «социальной» моделей гражданского процесса<sup>6</sup>. Эта дискуссия породила внутри состязательной модели два течения, преобразовавшихся в два типа: либеральный подход или либеральный тип, отраженный в французском гражданском процессуальном кодексе (Code de procédure civile 1806г.), и социальный подход или социальный тип, закрепившийся в австрийском гражданском процессуальном кодексе (Austrian Zivilprozessordnung 1895г.).

Россию этот процесс также не обошел стороной. Коренное преобразование гражданского судопроизводства в нашей стране связано с принятием Устава гражданского судопроизводства 1864 года (далее – УГС)<sup>7</sup>. В ходе его разработки был изучен опыт многих стран. Однако Франция с конца XVIII века и большую часть следующего столетия была законодательницей моды не только на наряды, но и на законодательство. Стоит заметить, что ее гражданский процессуальный кодекс оставался одним из

<sup>2</sup> Фокина М.А. Состязательный гражданский процесс в феодальной России // Правоведение. 1999. № 1. С. 106.

<sup>3</sup> Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. 2-е изд. СПб., 1876. Т. 1. С. 207–210.

<sup>4</sup> Щегловитов И.Г. Влияние иностранных законодательств на составление Судебных уставов 20 ноября 1864 года. Петроград, 1915. С.16.

<sup>5</sup> R.C. van Caenegem History of European Civil Procedure//International Encyclopedia of Comparative Law (Volume XVI: Civil Procedure, Chapter 2). 1973. P. 91.

<sup>6</sup> Аболдин В.О. О развитии гражданского процесса через смену основной парадигмы (начало) // Арбитражный и гражданский процесс. 2012. №11. С. 42.

<sup>7</sup> Свод законов Российской империи. Книга пятая. Том XVI. Устав гражданского судопроизводства. С.-Петербург, 1912.



лучших актов своего времени. Поэтому неудивительно, что «при реформе гражданского процесса взяли за образец наиболее рациональную систему – французскую...»<sup>8</sup>. Приняв французскую систему, Россия приняла и либеральный тип состязательной модели процесса. Однако в дальнейшем в процессе реформирования гражданского судопроизводства в конце XIX века и принятием законов о введении понудительного исполнения и упрощенного судопроизводства российский гражданский процесс приобрел черты, свойственные уже социальному типу, что отразило общемировую тенденцию развития гражданского судопроизводства.

Таким образом, история гражданского судопроизводства может быть разделена на три этапа: состязательный процесс, следственный (инквизиционный) процесс, затем с XIX века состязательный процесс, который эволюционно разделен на два типа: либеральный и социальный.

В российской историко-правовой и гражданско-процессуальной науке вопрос либерального и социального процесса практически не изучен, поэтому при выделении основных признаков этих типов стоит обращаться к работам зарубежных исследователей, которые выделяют такие черты социального типа, как: расширение полномочий суда в процессе (case-management); отказ от обязательного ответа на иск; запрет совершать процессуальные действия после истечения отведенного на них срока; выделение письменной подготовительной и устной основной частей в судопроизводстве<sup>9</sup>. На наш взгляд, стоит остановиться только на двух характеристиках социального процесса: расширение полномочий суда в процессе (case-management); отказ от обязательного ответа на иск.

Относительно запрета совершать процессуальные действия после истечения отведенного на них срока стоит сказать, что этот принцип является частью положений о полномочиях суда, поскольку если суд контролирует ход процесса и следит за всеми сроками, следовательно, то ему предоставляется возможность указать сторонам на их пропуск и отказать на этом основании в удовлетворении их ходатайств. Если же стороны преимущественно «ведут» процесс, то и за соблюдением сроков следят они сами.

Выделение устной и письменной частей уже нашло свое отражение в общих принципах ренессанса состязательной модели процесса в целом, и

нельзя сказать, что это положение определяет особенность социального процесса как такового.

Кроме того, из характеристик социального типа можно также выделить и критерии для сравнения его с либеральным типом, а именно: полномочия суда в процессе; предварительная защита ответчика; уведомление сторон о переданных в суд документах.

Либеральный тип состязательной модели исходит из понимания гражданского процесса как борьбы независимых граждан, которые самостоятельно выбирают путь решения их конфликта<sup>10</sup>. Этим постулатом обуславливается и место суда как независимого и беспристрастного арбитра. Суду предоставляются минимальные полномочия в процессе. Соответственно, его главными героями являются стороны.

Внимание социального типа состязательной модели концентрируется на понимании социальной функции (Sozialfunktion) процесса, а именно, что разрешение конкретного гражданского дела не является единственной целью гражданского судопроизводства, он также должен служить общему благу<sup>11</sup>. Государство выступает как представитель интересов всего социума и создает необходимые механизмы для удовлетворения потребностей в предоставлении судебной защиты прав и законных интересов. Посредством разрешения конкретного конфликта суд удовлетворяет потребности не только спорящих субъектов, но и общества, заинтересованного в отсутствии конфликтов как таковых.

Таким образом, из различного понимания сущности гражданского процесса вытекает главный критерий разграничения либерального и социального типов: полномочия суда в процессе. Данный параметр можно рассмотреть с двух позиций: полномочия по участию в подготовке дела и обмену процессуальными бумагами; полномочия по контролю за процессуальными сроками.

Особенностью либерального типа является устранение суда от участия в стадии подготовки дела. Главными героями здесь являются стороны. Французский кодекс гражданского судопроизводства закреплял, что «приготовление дела совершается посредством бумаг, сообщаемых взаимно защитниками тяжущихся через судебных приставов, без всякого участия суда»<sup>12</sup>. А. Оскольский поддерживал данную

<sup>10</sup> С.Н. van Rhee *European Traditions in Civil Procedure*. Antwerp: Intersentia, 2005. P. 6.

<sup>11</sup> Там же.

<sup>12</sup> Оскольский А. Состязательный процесс в Уставе гражданского судопроизводства 20 ноября 1864 года // Журнал гражданского и уголовного права. 1880. Кн. III. С. 29.

<sup>8</sup> Васильковский Е.В. Учебник гражданского процесса. 2-е изд., перераб. М., 1917. С. 162.

<sup>9</sup> Kralik W.. Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozessordnung von 1895. in: Hofmeister (ed.), o.s. P. 94–95.



позицию и указывал, что посредничество суда отвлекает самих судей от их главной обязанности, то есть решения дел<sup>13</sup>. Ему возражали проф. Малышев и проф. Анненков, которые разделяли позицию, что движение процесса должно совершаться в законных формах и на суде должна лежать обязанность по наблюдению за их законностью, суд не должен ждать указаний на их совершение или понуждения к ним от сторон<sup>14</sup>. Суд как орган власти должен санкционировать стороны на совершение действий, а не на оборот. Таким образом, этот подход исследователей соответствует социальной концепции гражданского процесса.

УГС в статьях 305 и 308 допускал два порядка обмена состязательными бумагами: через суд и самостоятельно. То есть сами стороны избирали путь процессуального «общения», это позволяет заключить, что возникновение полномочий суда как субъекта подготовительной стадии зависело здесь от воли самих тяжущихся, что отражает либеральный подход.

Рассмотренные положения УГС, регламентирующие полномочия суда в гражданском судопроизводстве, являются отражением принятого либерального типа состязательной модели. Действия суда как субъекта управления процессом подчинены воле сторон.

В упрощенном порядке согласно статье 365.7 УГС суд, признав дело подлежащим разрешению в этом порядке, вызывал ответчика к разбору дела. Как таковая стадия подготовки дела в этом порядке именно повесткой о вызове и ограничивалась. Обмена процессуальными бумагами не было, что обуславливалось бесспорным характером дел.

Дела в упрощенном порядке разрешались судьей единолично. Полномочия суда здесь шире, чем в обычном разбирательстве. На суд возлагалась обязанность признать дело, подлежащим разбирательству в упрощенном порядке. Однако поскольку данная процедура могла быть применена только по ходатайству истца, то ее введение в гражданский процесс не нарушает общих принципов состязательности, но выходит за рамки либерального типа данной модели. Полномочия суда по ее санкционированию можно назвать контрольными, призванными обеспечить защиту интересов сторон и общества в целом. Кроме того, во избежание злоупотреблений со стороны истца перед судом стоит задача проверить факт отсутствия спора о праве, поскольку

этот вопрос является ключевым для выбора процедуры разрешения дела. Некоторые бесспорные на первый взгляд дела при более детальном изучении оказываются обремененными спором о праве.

Понудительное исполнение, так же как и упрощенное производство, являлись изъятиями из общего порядка, предусмотренного УГС. Оно инициировалось взыскателем. Суд или земский начальник согласно ст. 149 УГС без вызова ответчика делал санкционирующую надпись на самом ходатайстве. Далее согласно статье 151 от взыскателя зависело обратиться этот акт к исполнению или нет. Таким образом, в этой процедуре наличествует диспозитивность заявителя как основа состязательной модели гражданского судопроизводства. Однако имеются и особенности этого производства, ставящие его особняком в гражданском процессе. Прежде всего, это отсутствие ответчика в процессе. Производство проходило без его участия, но обуславливалось особым характером дела: отсутствие спора о праве и наличие актов, подтверждающих неисполнение обязательств. Кроме того, суть этого производства заключалась, по справедливому замечанию Т.М. Яблочкова, в том, что суд дает «*exequatur*», то есть снабжает акт исполнительной силой. Суд выступает как орган государства, выполняющий, прежде всего, функции защиты взыскателя от неисполнения ответчиком обязательств. Как видно, роль его в данной процедуре не в разрешении конфликта, а именно в социальной защите через принуждение недобросовестной стороны.

Оценки этих процедур современниками были достаточно сдержанными. Е.В. Васьковский отмечал, что «те порядки, которые называются изъятиями из общего порядка, имеют, безусловно, обязательное значение, так что подлежащие им дела ни в каком случае не могут быть разбираемы в общем порядке. Напротив, понудительный и исполнительный порядки – факультативны»<sup>15</sup>. В настоящее время, в начале XXI века В.В. Захаров делает вывод о том, что «цель данных преобразований состояла в обретении оптимального соотношения в судебном процессе между результатом и способом его достижения»<sup>16</sup>. На наш взгляд, новые виды производств основывались на общих принципах состязательной модели, но полномочия суда распределялись в них по-иному, суд в них выполнял уже роль не только и не столь-

<sup>13</sup> Указ. соч. С. 34.

<sup>14</sup> Анненков К. Усмотрение суда в гражданском процессе // Журнал гражданского и уголовного права. 1889. Кн. III – IV. С. 69.

<sup>15</sup> Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 213.

<sup>16</sup> Захаров В.В. Реформирование отечественного гражданского судопроизводства в конце XIX в. // История государства и права. 2012. № 15. С. 22.



ко арбитра, сколько государственного органа, защищающего интересы общества.

При либеральном типе за соблюдением сроков следят сами стороны. Гражданско-процессуальный закон устанавливает, безусловно, процессуальные сроки, но следят за их соблюдением сами истцы и ответчики. Это приводит к тому, что сам по себе пропуск срока не является основанием для суда не производить дальнейших действий по движению процесса, если противная сторона не заявит об этом пропуске<sup>17</sup>. УГС устанавливал сроки совершения процессуальных действий по подготовке дела, в частности, срок явки в суд и представление к этому сроку состязательных бумаг. В статьях 320 и 321 УГС устанавливалось, что с пропуском стороной срока на представление объяснения другая сторона может просить председателя суда о назначении слушания дела, а также если срок на представление опровержения истек, то любая сторона может обратиться к председателю о назначении слушания. Эти положения указывают, что в общем порядке суд был устранен от контроля за сроками совершения процессуальных действий.

Исключение составлял сокращенный порядок, где суд наделялся правом устанавливать для сторон сроки для явки в суд, что затем распространилось на упрощенный порядок с дополнением, что срок этот должен быть самым кратким. При понудительном исполнении суд, признав дело подлежащим рассмотрению в этом порядке, сразу совершал необходимые действия. Таким образом, в отличие от общего порядка, соответствующего либеральному типу, упрощенный и понудительный порядки предоставляли суду полномочия по назначению сроков и их контролю, что внесло изменения в сложившуюся систему и привело к проникновению социального типа в судопроизводство.

Как уже было отмечено, обязательным элементом либерального типа состязательной модели является обязанность ответчика представить ответ на иск. Это положение нашло закрепление в статье 313 УГС, по которой ответчик обязан был представить ответ

на иск. В процедуре понудительного исполнения должника вовсе не привлекали в процесс, соответственно, отзывая он не представлял. Упрощенное производство также отказалось от этой обязанности ответчика, что было связано с сокращением процессуальных сроков в этой процедуре, а предоставление ответчиком ответа на иск сопряжено с дополнительными временными затратами в процессе. Здесь стоит отметить, что и понудительное исполнение и упрощенное производство были реакцией на возросший экономический оборот, ввиду чего увеличилось количество несложных бесспорных дел, разбирательство по которым только тормозило его.

Таким образом, введенные процедуры не предусматривали обязанности ответчика представить ответ на иск, что указывает на проникновение в гражданское судопроизводство элементов социального типа состязательной модели.

Обобщая изложенное выше, можно сделать вывод о том, что УГС 1864 года кардинально изменил гражданское судопроизводство в России, возвратив в него состязательное начало, что, в свою очередь, привело к смене модели процесса. Исторически гражданский процесс пережил к 1864 году два цикла: состязательная модель, затем господство следственной (инквизиционной) модели и восстановление состязательной в 1864 году. Однако состязательная модель к концу XIX века в своем развитии также прошла два этапа: этап либерального типа состязательной модели и этап социального типа состязательной модели. Первый этап – 1864 года по 1889 год, который связан с пониманием процесса как борьбы независимых сторон, каждая из которых должна была доказать свою позицию, исход дела во многом зависел от них самих. Второй этап – с 1889 года по начало XX века, когда произошло изменение понимания сущности самого процесса, законодатель стал также обращать внимание на социальную роль процесса, помогающего развитию общества и экономики, поэтому многие институты и элементы процесса были упразднены или пересмотрены.

### Библиография:

1. Решетникова И.В. Судебные реформы XIX и XXI вв. в области гражданского судопроизводства // Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. М., 2008.
2. Фокина М.А. Состязательный гражданский процесс в феодальной России // Правоведение. 1999. № 1.
3. Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. 2-е изд. СПб., 1876. Т. 1.
4. Щегловитов И.Г. Влияние иностранных законодательств на составление Судебных уставов 20 ноября 1864 года. Петроград, 1915.

<sup>17</sup> Оскольский А. Указ соч. С. 36.



5. R.C. van Caenegem History of European Civil Procedure // International Encyclopedia of Comparative Law (Volume XVI: Civil Procedure, Chapter 2). 1973.
6. Аболдин В.О. О развитии гражданского процесса через смену основной парадигмы (начало) // Арбитражный и гражданский процесс. 2012. № 11.
7. Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. 2-е изд., перераб. М., 1917.
8. Kralik W.. Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozessordnung von 1895. in: Hofmeister (ed.), o.c.
9. C.H. van Rhee European Traditions in Civil Procedure. Antwerp: Intersentia, 2005..
10. Оскольский А. Состязательный процесс в Уставе гражданского судопроизводства 20 ноября 1864 года // Журнал гражданского и уголовного права. 1880. Кн. III.
11. Анненков К. Усмотрение суда в гражданском процессе // Журнал гражданского и уголовного права. 1889. Кн. III–IV.
12. Захаров В.В. Реформирование отечественного гражданского судопроизводства в конце XIX в. // История государства и права. 2012. № 15.

**References:**

1. Reshetnikova I.V. Sudebnye reformy KhIKh i KhKhI vv. v oblasti grazhdanskogo sudoproizvodstva // Kodifikatsiya rossiiskogo chastnogo prava/ Pod red. D.A. Medvedeva. M. 2008.
2. Fokina M.A. Sostyazatel'nyi grazhdanskii protsess v feodal'noi Rossii // Pravovedenie. 1999. № 1.
3. Malyshev K.I. Kurs grazhdanskogo sudoproizvodstva. 2-e izd. SPb., 1876. T. 1.
4. Shcheglovitov I.G. Vliyanie inostrannykh zakonodatel'stv na sostavlenie Sudebnykh ustavov 20 noyabrya 1864 goda. Petrograd. 1915.
5. R.C. van Caenegem History of European Civil Procedure // International Encyclopedia of Comparative Law (Volume XVI: Civil Procedure, Chapter 2). 1973.
6. Aboldin V.O. O razvitii grazhdanskogo protsessa cherez smenu osnovnoi paradigmy (nachalo) // Arbitrazhnyi i grazhdanskii protsess. 2012. №11.
7. Vas'kovskii E.V. Uchebnik grazhdanskogo protsessa. 2-e izd., pererab. M., 1917.
8. Kralik W.. Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozessordnung von 1895. in: Hofmeister (ed.), o.c.
9. C.H. van Rhee European Traditions in Civil Procedure. Antwerp: Intersentia, 2005..
10. Oskol'skii A. Sostyazatel'nyi protsess v Ustave grazhdanskogo sudoproizvodstva 20 noyabrya 1864 goda // Zhurnal grazhdanskogo i ugovolnogo prava. 1880. Kn. III.
11. Annenkov K. Usmotrenie suda v grazhdanskom protsesse // Zhurnal grazhdanskogo i ugovolnogo prava. 1889. Kn. III–IV.
12. Zakharov V.V. Reformirovanie otechestvennogo grazhdanskogo sudoproizvodstva v kontse XIX v. // Istoriya gosudarstva i prava. 2012. № 15.

*Материал поступил в редакцию 26 февраля 2014 г.*



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Е.К. Матевосова\*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

## ДОКТРИНА ПРАВОВОГО НИГИЛИЗМА

**Аннотация:** В настоящей статье исследуется такой социальный феномен современного российской общества, как правовой нигилизм, в особенности его теоретическая (доктринальная) форма. Краткий экскурс в историю формирования и распространения основных мировоззренческих взглядов на государство и право, оформившиеся в научные теории и общественно-политические течения, позволяет произвести своеобразную реконструкцию общей картины доктрины правового нигилизма. Сегодня становится очевидным, что обозначение и исследование наравне с практической формой правового нигилизма также его теоретической (доктринальной) формы позволяет ответить на целый ряд вопросов, столь важных для эффективной борьбы с ним на современном этапе развития России. Постановка научной проблемы в настоящей статье предопределила комплексное использование целого ряда философских, общенаучных и частнонаучных методов познания. Под доктриной правового нигилизма предлагается понимать «слепок» всех известных истории теорий и течений, имеющих в своём основании неизменные константы противоборства существующему правому и государственному порядку. Обосновывается вывод о том, что в современной России доктринальная (теоретическая) форма правового нигилизма не является оформленным идеологическим течением или учением, но, в условиях возрастания общественно-политической активности граждан и усиления их протестных настроений, может получить соответствующее консолидирующее нигилистические силы идейное выражение.

**Ключевые слова:** общественное мнение, государство, ценность права, российское общество, правовая невменяемость, идеология, правосознание, правовая политика, правовой нигилизм, государство, право.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10982

Имманентным свойством правового нигилизма как сознательного негативно-го отношения человека (социальной группы, общества) к праву является отрицание ценности права для общества в целом и каждого его члена в отдельности, оправдываемом убеждением в объективной неспособности права выполнять роль действенного социального регулятора. Отрицание есть главная характеристика данного феномена, определение содержания которого – условие его объективного анализа. В то же время субъективные установки исследователя нередко позволяют

открыть новые грани правового нигилизма, суть которого, несмотря на многообразные позиции учёных, остаётся неизменной. Абсолютно очевидным является то, что правовой нигилизм – это реально существующее социальное явление. Юридическая наука знает множество категорий, имеющих важное методологическое назначение, но не связанных с действительностью и в ней не воплощённых, а, следовательно, существующих в предполагаемой (гипотетической) форме. Правовой нигилизм же, несмотря на кажущуюся теоретическую мифологичность, к таким категориям не отно-

© Матевосова Елена Константиновна

\* Кандидат юридических наук, преподаватель кафедры теории государства и права, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) [EllenMatevosova@gmail.com]

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



сится, а потому его исследование усложняется в большей степени.

Следует отметить, что правовой нигилизм является одним из тех немногих социальных феноменов, «жизнь» которого возможна не только в реальности, но и в теоретических постулатах. Однако весьма сложен вопрос о том, что первично – правовой нигилизм «в действии» или «в теории». Представляется, что однозначного ответа на него быть не может, поскольку необходимо говорить о существовании не какой-либо последовательной зависимости, а процентном соотношении тех практических проявлений правового нигилизма, которым предшествуют определённые концептуальные идеи, делающие возможным (в том числе провоцирующие) его реальное оформление, и наоборот.

Широкий спектр тех социальных проблем и вопросов, которые в конечном счёте и составляют основу правового нигилизма, находят своё выражение в политической и правовой мысли, а также философских идеях и учениях на протяжении всей истории человечества.

О сущности и ценности права ещё в глубокой древности рассуждали такие величайшие мыслители античности, как Сократ, Зенон, Антисфен, Платон, Аристотель, Эпикур и другие.

Идеи правового нигилизма в той или иной доктринальной форме, степени и категоричности отрицания ценности права содержатся в леворадикальных общественно-политических (в частности – анархизм) и философских (к примеру, конфуцианство) учениях.

Конфуцианство как религиозно-философское учение Древнего Востока, названное по имени своего основателя Конфуция (VI в. до н.э.), базовая основа традиций и ценностей которого сохранилась до наших дней, разрешая вопрос о соотношении справедливости, этики, морали и закона, устанавливает их верховенство и безусловный приоритет над законом. Однако следует отметить, что данное учение, несмотря на свой нигилистический подтекст, не содержит постулатов правового нигилизма в их «разрушающем» виде, поскольку отказ от всеобщности и непреложности закона предполагает высокие моральные и нравственные устои общества.

Наиболее ярчайшими представителями различных течений и ответвлений российского и западного анархизма были М. Штирнер, П.-Ж. Прудон, М.А. Бакунин, Л.И. Мечников, П.А. Кропоткин и другие.

Многие из концептуальных идей анархизма, сформировавшегося в середине XIX века (абсолютизация личной свободы, отрицание основ социальной организации общества, традиционных норм общезжития, действительности и

ценности права и др.) являются неотъемлемой частью современных анархистских и иных протестных движений.

Как считал русский философ и революционер М.А. Бакунин, рассуждая о необходимости государственной организации общества, «государство должно раствориться в обществе, свободно организованном на началах справедливости»<sup>1</sup>, находя этому следующее объяснение: «Если есть государство, то непременно есть господство, следовательно, и рабство; государство без рабства, открытого или маскированного, немыслимо – вот почему мы враги государства»<sup>2</sup>.

Французский анархист П.-Ж. Прудон, выражая своё отношение к юриспруденции, писал, что «... наши юристы заслужили только один упрёк, они чересчур почтительно относятся к законам, созданным произволом»<sup>3</sup>.

Феномен нигилизма в целом как особого явления социальной и духовной жизни общества являлся объектом внимания представителей западноевропейской философской мысли – Ф. Ницше, М. Хайдеггера, О. Шпенглера, труды которых оказали большое влияние на постановку проблемы нигилизма и правовых ценностей отечественными философами и правоведами – Н.А. Бердяев, С.Н. Булгаков, Б.А. Кистяковский, П.Б. Струве, С.Л. Франк, Л.И. Шестов и др. Однако нигилизм как реальное явление и его философско-онтологическое понимание в России имеет множество особенностей, которые придают правовому нигилизму некий специфический и характерный «русский характер», проявляющийся прежде всего в том, что нигилизм принимается либо как непреодолимый природный изъян, на который обречён российский народ, либо же наоборот, как преобразующая сила, без которой невозможно прогрессивное развитие общества.

Русский философ С.Л. Франк понимал под нигилизмом «отрицание или непризнание абсолютных (объективных) ценностей»<sup>4</sup>. По его мнению, существо мировоззрения, основную и глубочайшую черту «духовной физиономии» русского интеллигента образует нигилистический морализм – своеобразное, рационально непостижимое и вместе с тем жизненно-крепкое слияние антагонистических мотивов в могучую психическую силу.

<sup>1</sup> Бакунин М.А. Государственность и анархия. М., 1989. С. 41.

<sup>2</sup> Там же. С. 482.

<sup>3</sup> Прудон П.Ж. Что такое собственность? Или исследование о принципе права и власти. М., 1998. С. 8.

<sup>4</sup> См.: Франк С.Л. Этика нигилизма // Вехи. Из глубины. М., 1991. С. 167–199.



Ф. Ницше рассматривал нигилизм как естественное состояние общества, которому предшествует пессимизм. На вопрос «Что обозначает нигилизм?», немецкий философ отвечает: «То, что высшие ценности теряют свою ценность. Нет цели. Нет ответа на вопрос „зачем?“»<sup>5</sup>. По мнению Ф. Ницше, нигилистический вывод (вера в отсутствие ценностей) есть следствие нашей моральной оценки, и причиной нигилизма является вера в категории разума – «мы измеряли ценность мира категориями, которые относятся к чисто вымышленному миру»<sup>6</sup>.

Особое место в работах М. Хайдеггера занимает глубокое критическое осмысление наследия Ф. Ницше, размышляющего, по его мнению, метафизически, в колее истории метафизики, т.е. в ядре западной философии, в которой ценностная идея выходит на передний план. М. Хайдеггер рассматривал нигилизм как не просто некое современное явление, а как «историческое движение, приходящее задолго до нас и размахнувшееся далеко за пределы нашего времени»<sup>7</sup>.

О. Шпенглер писал, что восхождение нигилизма в его понимании Ф. Ницше не чуждо ни одной из больших культур, и внутренняя исчерпанность обитателя мирового города и провинциала наступила для античности в римскую эпоху, а в нашем случае срок её отведён после 2000 года. По утверждению О. Шпенглера, «каждой культуре присущ свой особый способ душевного угасания», «со вчерашними идеалами, религиозными, художественными, государственными формами, созревшими в веках, покончено, и только этот последний акт культуры, её самоотрицание, ещё раз выражает прасимвол всего её существования»<sup>8</sup>.

Далеко неоднозначное отношение русского народа к своему историческому прошлому, а в особенности – советскому, является причиной неоправданных обвинений коммунистического учения и провозглашённого на его основе социалистического строя в официальной «идеологизации» правового нигилизма. Утверждение о принижении роли права в жизни социалистического общества, как следствия провозглашённого курса на постепенное «отмирание» государства и права<sup>9</sup>, несостоя-

тельно с точки зрения не только юридической науки, но и фактического материала, отражающего действительную картину состояния и всестороннего реформирования советского государства. Более того, следует признать, что именно на данном историческом этапе была сформирована и достаточно успешно функционировала централизованная система правового воспитания, прообраз которой и планируется восстановить в современной России. Как отмечал А.И. Новиков, «в современной марксистско-ленинской литературе и социалистической общественной практике термин „нигилизм“ используется для характеристики определённых идеологических и социально-психологических тенденций чисто негативного отношения к социальным и культурным ценностям и завоеваниям общества»<sup>10</sup>.

Обращение к художественным произведениям, выполняющим роль общественной трибуны, для объяснения причин возникновения и распространения российского правового нигилизма следует считать не совсем удачным. Великие русские писатели, создавая собирательные образы героев-нигилистов либо рассуждая о ценности права в целом, его «уместности и полезности» в жизни людей, использовали известные литературные приёмы, которые, надо признать, претендуют на высокую оценку с точки зрения художественного творчества, а не научного познания. Отражение общественно-политического устройства общества, его социального уклада на определённом историческом отрезке времени в произведениях Н.А. Некрасова, М.Е. Салтыкова-Щедрина, Л.Н. Толстого, И.С. Тургенева, Н.Г. Чернышевского и других писателей, имеет, несомненно, большое значение для исследования вопроса правового нигилизма в России в его глубинном философском измерении, однако далеко не исчерпывает всей задачи по объективному анализу данной проблематики. Это в равной степени относится и к фольклорному творчеству (поговоркам, пословицам и т.д.).

Как представляется, истории неизвестны какие-либо учения или теории, построенные исключительно на отрицании ценности права, которые не предлагали бы взамен иного устройства общественного бытия и альтернативных праву социальных регуляторов. Следовательно, теорий правового нигилизма в чистом виде не существует. Вместе с тем в большей части теорий, так или иначе затра-

обществе будет носить лишь пережиточный характер – «родимые пятна капитализма». См.: Ленин В.И. Государство и революция // Полное собрание сочинений. М., 1975. Т. 33. С. 86–102.

<sup>10</sup> Новиков А.И. Нигилизм и нигилисты : опыт критической характеристики. Л., 1972. С. 9.

<sup>5</sup> Ницше Ф. Воля к власти. Опыт переоценки всех ценностей / пер. с нем. Е. Герцк и др. М., 2005. С. 31.

<sup>6</sup> Там же. С. 32, 35.

<sup>7</sup> Хайдеггер М. Время и бытие: Статьи и выступления / пер. с нем. М., 1993. С. 95.

<sup>8</sup> Шпенглер О. Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории / пер. с нем., вступ. ст. и примеч. К.А. Свасьяна. М., 1998. С. 538–544.

<sup>9</sup> В 1917 году В.И. Ленин, ссылаясь на К. Маркса, отмечал, что при социализме отомрут основные причины преступности, что преступность в социалистическом



гивающих вопросы государства и права, содержатся своего рода «ростки» правового нигилизма, его отдельные «элементные» положения (идеи). Это можно объяснить следующим – постулаты с нигилистическим уклоном есть следствие сомнения (как научного, так и ненаучного), прежде всего, в ценности права, а сомнение, в свою очередь, есть первопричина отрицания. Разумеется, не всякое сомнение переходит в отрицание, но всякое отрицание возникает из сомнения. Несмотря на то, что именно сомнение в чём-либо признаётся двигателем мыследеятельности человека, оно способно привести к категоричным суждениям, составляющим основу правового нигилизма. И, как писал М. Хайдеггер, «отрицание, отказ, запрет, негация есть противоположность утверждению... Ничто как результат отрицания имеет „логическое“ происхождение»<sup>11</sup>.

Таким образом, одной из форм борьбы с правовым нигилизмом следует считать опровержение доктрины правового нигилизма. Резкая, но конструктивная, научнообоснованная критика такой доктрины должна представлять собой не просто набор очевидных суждений, как то – «отрицание отрицания», а такие концептуальные положения, которые могли бы прийти на смену нигилистическому мировоззрению, так как разрушение одних идей возможно при наличии других идей, по своей силе значительно превышающих первые. Взамен отрицанию необходимо предложить то, что не просто привело бы к отказу от противоборства праву, но и убедило бы «сомневающимися» в его подлинной ценности.

Распространённое мнение о том, что правовой нигилизм и есть правовая безграмотность, более чем ошибочно. Принципиально важным представляется вопрос о разграничении понятий «правовой нигилизм» и «правовая безграмотность», смешение которых обусловлено, прежде всего, тем, что оба этих явления (состояния) социальной жизни связаны с определёнными негативными последствиями. В своем монументальном труде «О сущности правосознания» И.А. Ильин использует такое оригинальное и до настоящего времени неразработанное отечественной юридической наукой понятие, как «правовая невменяемость». Определение его смыслового содержания, которое вкладывал в него великий русский философ и которое может иметь современное прочтение, представляется немаловажным. И.А. Ильин, утверждая, что одно знание положительного права, верное созна-

вание его – не гарантирует еще наличности нормального правосознания, всё же признавал его необходимость. «Народ, не знающий „законов“ своей страны, ведет внеправовую жизнь или довольствуется самодельными и неустойчивыми зачатками права... люди, не знающие своих запретностей, легко забывают всякий удерж и дисциплину или оказываются обречёнными на правовую невменяемость.... Люди пребывают в состоянии животных или вещей, до которых не доходит голос, взыскующий о том, что „можно“, что „должно“ и чего „нельзя“, однако им запрещено „отзываться неведением закона“, и, невменяемые, они не могут даже претендовать на унизительную для человека невменяемость»<sup>12</sup>.

Отсутствие правовых знаний в сочетании с неспособностью субъекта к их восприятию способно ввести его в состояние «правовой невменяемости». Подобное состояние во многом схоже с правовой безграмотностью, но полностью отлично от правового нигилизма.

В современной России в условиях политического плюрализма, свободы слова и выражения собственного мнения, являющихся признанными достижениями мировой демократии и её прогрессивными началами, правовой нигилизм проявляется намного ярче и распространяется значительно быстрее обычного. Условия, которые должны бы способствовать большей свободе граждан, являются одновременно условиями, при которых правовой нигилизм облекается в одно из проявлений этой свободы, и как минимум – свободы в отрицании ценности права.

История уже не раз демонстрировала, что неспособность правящих элит осознать историческую реальность и действовать оптимально в такой реальности приводит к историческим трагедиям, что в XX в. подтверждено опытом и России, и других стран<sup>13</sup>. И в XXI веке на фоне противоречий, существующих в настоящее время во взаимоотношениях между государствами на мировой арене, приводящим к политической, экономической и социальной дестабилизации, причём как на национальном, так и на международном уровне, во многих странах, в том числе и в России, отмечается активизация тех сил, руководящие идеи и наличные действия которых имеют нигилистический окрас – отрицается ценность не только права, но и многих других общепризнанных данностей.

<sup>11</sup> Хайдеггер М. Указ. соч. С. 73.

<sup>12</sup> Ильин И.А. Теория права и государства. 2-е изд., доп. / под ред. и с биограф. очерком В.А. Томсинова. М., 2008. С. 318–319.

<sup>13</sup> Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике : междунар. кол. монография / Е.В. Новикова и др. М., 2009. С.10.



В современной России, несмотря на существование реального практического правового нигилизма во всевозможных его проявлениях, отсутствуют нигилистические учения или доктрины, равно как и нигилисты-теоретики и идеологи. Вероятнее всего это связано с тем, что за массовостью российского нигилизма любые попытки облечь его в «руководящую и будоражащую народ» теорию остаются просто незаметными, в том числе и потому, что правовой нигилизм XXI века при всей своей катастрофичной очевидности не нуждается в каком-либо учении или идейном вдохновителе. Для тех, кто отрицает ценность права и призывает к всеобщему неподчинению и противостоянию, обращаясь к известным догмам вышеназванных и многих других теорий, нет необходимости в сотворении чего-то нового и ранее неизвестного, поскольку независимо от времени своего происхождения догмы нигилизма без труда приживаются в мировоззрении людей и сознании современного общества в целом. Кроме того, довольно сложно спорить с тем, что «нигилизм нельзя даже назвать учением, потому что к нигилизму способен каждый ничего не понимающий, но имеющий руки для дела разрушения – а оно очень легко... Происхождение его объясняется очень просто, а именно дурными сторонами человеческой природы»<sup>14</sup>.

Публикации и выступления российских политиков, юристов, деятелей культуры и искусства, а также представителей различных религиозных конфессий, которые содержат критику действующей власти (осторожную и резкую, провокационную и обличающую), правовой системы (качества и эффективности законодательного процесса, работы правоохранительных органов, прокуратуры и суда), сомнения в целесообразности следования законодательным требованиям, не совпадающим с интересами отдельных субъектов или социальных групп, – это своеобразный источник идеологизирования правового нигилизма.

Сегодня о правовом нигилизме считает нужным высказываться каждый, и даже тот, кто не имеет толком представления о том, что такое право и нигилизм. Надо признать, что крайне сложно бороться с правовым нигилизмом общества, значительная часть членов которого подразумевает под ним то, что выходит за рамки их представлений о возможном и должном.

Идейный правовой нигилизм современной России имеет неразрывную связь не с религией, философией или наукой, а с реальной

политикой. Правовой нигилизм, не теряя своей первозданной негативной сущности, наполняется сегодня политическим содержанием, определяемым предвыборными и иными агитационными программами многочисленных политических партий – основных игроков в борьбе за власть и другими общественными объединениями, деятельность которых имеет политическую направленность.

В последние годы интерес российских граждан к политической жизни страны резко возрастает. Однако в большей степени это объясняется не столько повышением уровня политического или правового сознания, сколько формированием некой общественно-политической группы, не имеющей реального доступа к действующей власти и выступающей в её противовес, что, в свою очередь, способно привести к открытой конфронтации с выдвижением тех лозунгов и требований, которые, несмотря на целый ряд системных недоработок в социальной, экономической и иных сферах, не согласуются с общепризнанными представлениями об участии граждан правового государства в принятии государственно важных, в том числе политических, решений. Усиление общественно-политических протестных настроений (Манежная площадь, Болотная, Кудринская и другие площади, мосты, проспекты и проезды), отсутствие конкретной программной цели и невнятность выдвигаемых требований «ни с чем не согласных» есть пример правового нигилизма в его формационном (теоретическом и практическом) сочетании.

Американский исследователь И. Анденес отмечает, что «...неверие в честность политического руководства и правоприменительных органов, уроки того, что правительство продажно, беззаконие – путь к богатству, честность – заблуждение, а нравственность – капкан для простаков – вот основа отсутствия уважения к праву и склонности к общественно опасным действиям»<sup>15</sup>. Но все же подозрения в бесчестности, продажности и беззаконии могут быть вполне основательны, хотя отрицать, что такие подозрения и неверие не служат основой для возникновения правового нигилизма, бессмысленно. Крайний субъективизм может быть присущ определённому субъекту или немногочисленным социальным группам, но формирование общественного мнения, выражающего позицию и отношение большинства членов общества, происходит совсем не случайно, что вполне может сигнализировать о политических, правовых, нравственных или иных проблемах

<sup>14</sup> Клеванов А.С. Три современных вопроса: О воспитании – социализм, коммунизм и нигилизм – о дворянстве по поводу столетия дворянской грамоты. Киев, 1885. Тип. Петра Барокаго. С. 38.

<sup>15</sup> Анденес И. Наказание и предупреждение преступлений. М., 1979. С. 186.



общества, вызывающих наибольшие подозрения. Однако, как писал известный философ и учёный П.А. Флоренский, «мудрость государственного управления – не в истреблении тех или других данностей и даже не в подавлении их, а в умелом направлении, так чтобы своеобразия и противоречия давали в целом государственной жизни нужный эффект»<sup>16</sup>.

Вместе с тем следует согласиться с оценкой состояния политического протеста, данной С.А. Авакьяном, который исходит из того, что протестные отношения имеют право на существование и реально могут конструктивно способствовать совершенствованию конституционного строя страны. Исследуя протестные отношения современной России, учёный выделяет основные организационно-правовые средства выражения таких отношений: 1) лично-спонтанный путь, т.е. проявление протеста как публичного самовыражения человека, его

позиции; 2) право на обращение; 3) действия групп людей, т.е. коллективные действия; 4) использование права на свободу информации; 5) право на создание объединений; 6) выражение своей позиции в ходе выборов, референдумов, публичного обсуждения проектов законов и иных важных общегосударственных, региональных и местных решений; 7) использование парламентских форм для легального и демократического выражений протестных отношений; 8) судебное оспаривание правовых актов и действий<sup>17</sup>.

Обращение общества к доктринальной (теоретической) форме правового нигилизма связано со множеством внешних и внутренних факторов, но особую остроту этот вопрос приобретает в период кризисного состояния общества, когда решается его дальнейшая судьба, а следовательно, существует возможность выбора альтернативных путей его развития.

#### Библиография:

1. Авакьян С.А. Демократия протестных отношений: конституционно-правовое измерение // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 1.
2. Анденес И. Наказание и предупреждение преступлений. М., 1979.
3. Бакунин М.А. Государственность и анархия. М., 1989.
4. Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике : международн. кол. монография / Е.В. Новикова и др. М., 2009.
5. Ильин И.А. Теория права и государства. 2-е изд., доп. М., 2008.
6. Клеванов А.С. Три современных вопроса: О воспитании-социализм, коммунизм и нигилизм-о дворянстве по поводу столетия дворянской грамоты. Киев, 1885. Тип. Петра Барокаго.
7. Ленин В.И. Государство и революция. Полное собрание сочинений. М., 1975. Т. 33.
8. Ницше Ф. Воля к власти. Опыт переоценки всех ценностей / пер. с нем. Е. Герцык и др. М., 2005.
9. Новиков А.И. Нигилизм и нигилисты: опыт критической характеристики. Л., 1972.
10. Прудон П.-Ж. Что такое собственность? Или исследование о принципе права и власти. М., 1998.
11. Флоренский П.А. Предполагаемое государственное устройство в будущем // Собр. соч.: В 4 т. М., 1995. Т. 2.
12. Франк С.Л. Этика нигилизма // Вехи. Из глубины. М., 1991.
13. Хайдеггер М. Время и бытие: Статьи и выступления / пер. с нем. М., 1993.
14. Шпенглер О. Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории / пер. с нем., вступ. ст. и примеч. К.А. Свасьяна. М., 1998.

#### References:

1. Avak'yan S.A. Demokratiya protestnykh otnoshenii: konstitutsionno-pravovoe izmerenie // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. 2012. № 1.
2. Andenes I. Nakazanie i preduprezhdenie prestuplenii. M., 1979.
3. Bakunin M.A. Gosudarstvennost' i anarkhiya. M., 1989.
4. Verkhovenstvo prava i problemy ego obespecheniya v pravoprimenitel'noi praktike : mezhdunar. kol.monografiya / E.V. Novikova i dr. M., 2009.
5. Il'in I.A. Teoriya prava i gosudarstva. 2-e izd., dop. M., 2008.

<sup>16</sup> Флоренский П.А. Предполагаемое государственное устройство в будущем // Собр. соч.: В 4 т. М., 1995. Т. 2. С. 647.

<sup>17</sup> См.: Авакьян С.А. Демократия протестных отношений: конституционно-правовое измерение // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 1. С. 3–17.



6. Klevanov A.S. Tri sovremennykh voprosa: O vospitanii-sotsializm, kommunizm i nigelizm-o dvoryanstve po povodu stoletiya dvoryanskoi gramoty. Kiev, 1885. Tip. Petra Barokago.
7. Lenin V.I. Gosudarstvo i revolyutsiya. Polnoe sobranie sochinenii. M., 1975. T. 33.
8. Nitshe F.Volya k vlasti. Opyt pereotsenki vseh tsennostei / per.s nem. E. Gertsyk i dr. M., 2005.
9. Novikov A.I. Nigilizm i nigilisty: opyt kriticheskoi kharakteristiki. L., 1972.
10. Prudon P.-Zh. Chto takoe sobstvennost'? Ili issledovanie o printsipe prava i vlasti. M., 1998.
11. Florenskii P.A. Predpolagaemoe gosudarstvennoe ustroistvo v budushchem // Sobr. soch: V 4 t. M., 1995. T. 2.
12. Frank S.L. Etika nigilizma // Vekhi. Iz glubiny. M., 1991.
13. Khaidegger M. Vremya i bytie: Stat'i i vystupleniya / per. s nem. M., 1993.
14. Shpengler O. Zakat Evropy. Ocherki morfologii mirovoi istorii / per. s nem., vstup. st. i primech. K.A. Svas'yana. M., 1998.

*Материал поступил в редакцию 8 февраля 2014 г.*

# ФИЛОСОФИЯ ПРАВА В.С. НЕРСЕЯНЦА В КОНТЕКСТЕ РУССКОЙ И СОВЕТСКОЙ ФИЛОСОФИИ ПРАВА

**Аннотация:** Предметом исследования в настоящей статье является философско-правовое учение В.С. Нерсеянца в контексте русской и советской философии права. В настоящей статье рассмотрена точка зрения В.С. Нерсеянца, а также русских и советских философов права на следующие основные проблемы философии права: проблему соотношения права и нравственности, проблему естественного права, проблему сущности права, проблему постсоциализма. В статье были проанализированы также взгляды иных русских философов права на данные проблемы, таких как: М.А. Бакунин, К.П. Победоносцев, Б.Н. Чичерин, Н.М. Коркунов, Е.Н. Трубецкой, Л.И. Петражицкий и ряд других представителей русской философии права. В качестве метода исследования был выбран компаративистский подход, использование которого позволило установить место учения В.С. Нерсеянца в контексте русской и советской философии права. Научная новизна исследования, по мнению автора, состоит в том, что проведенный сравнительный анализ учения В.С. Нерсеянца позволил прийти к выводу о том, что В.С. Нерсеянец, вопреки мнениям многих ученых юристов, является одним из крупных представителей русской философии права, поскольку он: а) дал свое оригинальное понятие сущности права; б) переформатировал во многом задачи философии права; в) разработал теорию цивилизма, чего, к сожалению, не сделали ни Кант, ни Гегель, ни иные представители русской философии права. И в этом смысле его можно прировнять только к Марксу. В силу этих причин «Философия права» В.С. Нерсеянца имеет достаточно высокое значение в истории политико-правовой мысли, а сам В.С. Нерсеянец должен занять достойное место среди патриархов русской философии права.

**Ключевые слова:** философия, В.С. Нерсеянец, право, сущность, естественное право, формальное равенство, свобода, легизм, цивилизм, социализм.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11317

Одним из выдающихся русских философов права XX века является Владик Сумбатович Нерсеянец – автор теории цивилизма и оригинальной философии права. Но прежде чем говорить об его философии необходимо сказать несколько слов о В.С. Нерсеянце как об ученом и человеке.

Владик Сумбатович Нерсеянец (1938 – 2005), родился в городе Степанакерте Нагорно-Карабахской автономной области Азербайджанской ССР. В 1961 г. окончил юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова. В 1965 г. он защитил кандидатскую диссертацию на тему «Марксова критика гегелевской философии права в период перехода К. Маркса к материализму и коммунизму». В 1975 г. он защитил докторскую диссертацию на тему «Политико-правовая теория Гегеля и ее интерпретация».

Как ученый В.С. Нерсеянец опубликовал очень много научных работ, среди которых «Гегелевская философия права: история и сов-

ременность» (1974 г.), «Политические учения Древней Греции» (1979 г.), «Гегель» (1979 г.), «Личность и государство в политико-правовой мысли» (1980 г.), «Право и закон» (1983 г.), «Платон» (1984 г.), «Право в системе социальной регуляции» (1986 г.), «На перекрестках безвременья» (1990 г.), «Наш путь к праву от социализма к цивилизму», (1992 г.), «История идей правовой государственности» (1993 г.) «Сократ» (1996 г.), «Право – математика свободы» (1996 г.). В 1985–1995 г. В.С. Нерсеянец выступал в качестве соавтора и ответственного редактора многотомного труда «История политических и правовых учений». В 1998 г. В.С. Нерсеянец выпустил свой главный труд «Философия права», который обессмертил его имя и который является объектом нашего исследования.

Целями данного исследования являются выявление особенностей философии права В.С. Нерсеянца, показать сущность его учения,

© Осипов Михаил Юрьевич

\* Кандидат юридических наук, старший научный сотрудник, Институт законовещения и управления Всероссийской полицейской ассоциации [osipov11789@yandex.ru] 300039, Россия, г. Тула, ул. Сурикова, д. 2.





обозначить место и роль его философии права в контексте русской и советской философии права и разоблачить некоторые мифы, связанные с его концепцией постсоциалистического развития России.

Каково же место философии права В.С. Нерсесянца в истории философии права в России? Для того чтобы ответить на данный вопрос, необходимо проанализировать особенности и основные проблемы русской философии права.

Философия права в России всегда носила весьма своеобразный характер.

Основная проблема философии права, господствовавшая в России на протяжении 2-й половины XIX, первого десятилетия XX века, а в среде русской эмиграции и позднее – это проблема соотношения права и других социальных регуляторов, в частности соотношения права и нравственности.

Необходимо отметить, что спектр философско-правовых взглядов по этому вопросу был очень широким.

Наиболее ярким представителем правового нигилизма в России был Бакунин Михаил Александрович, который рассматривал право государственное, уголовное, гражданское, наследственную собственность, военное насилие (армию государств) в качестве «исторического хлама, являющиеся темным порождением религии»<sup>1</sup>. Отвечая на данный выпад против религии, сделанный М.А. Бакуниным, необходимо отметить, что, как говорится, по нужде даже дьявол признает иногда несомненную истину. Истина же заключается в том, что практически для русского духовного сознания государство, право, семья, базировались на религиозных основах. Для русского сознания было немыслимым себе представить, что право и государство, семья совершенно оторваны от религиозных корней, которыми они и живут.

Как отмечал другой выдающийся философ права России конца XIX века, Константин Петрович Победоносцев, «как бы ни была громадна власть государственная, она утверждается ни на чем ином, как на единстве духовного самосознания между народом и правительством»<sup>2</sup>. По мнению К.П. Победоносцева, цель Церкви «научите вся языки»<sup>3</sup>. Задача Церкви, по мнению К.П. Победоносцева, состоит в том, что «ей предстоит образовывать на земле людей для того, чтобы люди среди земного града и земной семьи соделались не совсем недостой-

ными вступать в Град Небесный и Небесное общине»<sup>4</sup>. Также на Церковь возложено «внушать уважение к закону и властям, внушить власти уважение к свободе человеческой»<sup>5</sup>.

Поэтому в русской философии права в качестве аксиомы или основного положения была идея нравственности в праве.

Крупнейший русский философ права Б.Н. Чичерин писал об этом так: «Это слово (право), как известно, понимается в двояком значении: субъективном и объективном. Субъективное право определяется как нравственная возможность или иначе как законная свобода что-либо делать или требовать. Объективное право – есть самый закон, определяющий эту свободу. Соединение обоих смыслов дает нам общее определение право есть свобода, определяемая законом»<sup>6</sup>. Вместе с тем, по мнению Б.Н. Чичерина, «право и нравственность имеют общий корень – духовную природу человека, они действуют на одном и том же поприще человеческих отношений: внешние действия и внутренние побуждения тесно связаны друг с другом, а потому тут необходимо оказывается взаимодействие двух начал, а вместе и потребность привести их к соглашению»<sup>7</sup>. «Это требование относится в особенности к праву, ибо нравственный закон не имеет принудительного характера, а право может вынуждать свои повеления. Основное правило, которым определяются эти отношения, состоит в том, что юридический закон не должен вторгаться в область внутренней свободы и определять то, что по существу своему не подлежит его действию»<sup>8</sup>.

Вообще же проблема разграничения нравственности и права волновала многих представителей российской юридической и философско-правовой мысли XIX и XX столетия. Так, Н.М. Коркунов считал нормы права – этически нормами, поскольку соблюдение норм права, в отличие от технических норм, не ведет к непосредственному осуществлению никакой материальной цели»<sup>9</sup>. Основное же отличие нравственных и юридических норм, по мнению Н.М. Коркунова, состоит в том, что «нормы нравственности дают мерил оценки интересов с точки зрения добра и зла, нормы же права устанавливают принципы разграниче-

<sup>4</sup> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 215.

<sup>5</sup> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 215.

<sup>6</sup> Чичерин Б.Н. Философия права СПб., 1998. С. 80.

<sup>7</sup> Чичерин Б.Н. Указ. соч. С. 86.

<sup>8</sup> Чичерин Б.Н. Указ. соч. С. 86.

<sup>9</sup> Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права СПб., 1894. С. 35.

<sup>1</sup> Бакунин М.А. Философия, социология, политика. М., 1989. С. 127.

<sup>2</sup> Победоносцев К.П. Великая ложь нашего времени. М., 1993. С. 204.

<sup>3</sup> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 215.



ния наших интересов»<sup>10</sup>. Вообще же, по мнению Н.М. Коркунова, соотношение между правом и нравственностью носит подвижный (динамический) характер. Кроме того, по мнению Н.М. Коркунова, соотношение между правом и нравственностью определяется представлениями людей о том, как осуществляется разграничение интересов совершенно независимо от нравственной оценки или, напротив, и самое разграничение определяется тем, какая нравственная оценка будет признана за каждым из сталкивающихся между собой интересов»<sup>11</sup>. На важность проблемы разграничения и соотношения права и нравственности обращал внимание и Г.Ф. Шершеневич – представитель классического юридического позитивизма в России, рассматривая эту проблему как одну из задач философии права<sup>12</sup>. По мнению В.С. Соловьева, право – «есть принудительное требование реализации определенного требования реализации определенного минимального добра, не допускающего известных проявлений зла»<sup>13</sup>.

По мнению Е.Н. Трубецкого, «основное соотношение между правом и нравственностью может быть выражено таким образом: содержанием права является исключительно внешняя свобода лица. Содержанием же нравственности является добро или благо, причем требования добра могут касаться как внутренних, так и внешних проявлений нашей свободы, как действий лица, так и его настроения»<sup>14</sup>. Он полагал, что «нравственность и право в их взаимных отношениях могут быть сравнены с двумя пересекающимися окружностями: у них есть, с одной стороны, общая сфера – сфера пересечения, в которой содержание их предписаний совпадает, и вместе с тем две отдельные области, в коих их требования не сходятся между собой, частью даже противоречат друг другу»<sup>15</sup>.

По мнению Л.И. Петражицкого, разграничение между правом и нравственностью состоит в наличии следующих критериев:

1. Отношение права и нравственности к исполнению обязанностей посторонними лицами вместо самих обязанных. Право

допускает такую возможность, нравственность нет.

2. Отношение права и нравственности и представительству. Право допускает представительство. Нравственность нет.
3. Отношение права и нравственности к принудительному исполнению. Исполнение правовых обязанностей может быть обеспечено принудительно. Исполнение же нравственных обязанностей – дело добровольное.
4. Отношение права и нравственности к намерениям обязанных в области исполнения обязанностей. Право относится, как правило, к намерениям безразлично: лишь бы обязанность была бы исполнена. Для нравственности же требуется, чтобы и мотив поступка соответствовал нормам нравственности<sup>16</sup>.

По мнению С.Н. Булгакова, «право как таковое имеет собственное содержание, не отождествляемое с содержанием нравственности. Право относится к совокупности, а не к личности. Оно относительно в своем содержании. Самое большее, что можно сказать, это то, что существующее право отражает на себе современное состояние нравственности, или лучше сказать правовое. Посему право не безнравственно или противонравственно, а подлежит порядку и суду нравственности»<sup>17</sup>.

По мнению Ф.В. Тарановского, «сущность норм нравственности заключается в одном велении (impereage), сущность же юридических норм не исчерпывается велением; к велению присоединяется еще и воздаяние (attributer). Право представляет собой совокупность норм императивно-атрибутивных»<sup>18</sup>.

Каково же мнения по данному вопросу придерживался В.С. Нерсесянц?

По его мнению, «право – это нормативная форма выражения свободы посредством принципа формального равенства в регулируемых им отношениях»<sup>19</sup>. «Понятие же равенство» представляет собой определенную абстракцию, то есть является результатом сознательного мыслительного абстрагирования от тех различий, которые присущи уравниваемым объектам»<sup>20</sup>. Применительно к праву ситуация по В.С. Нерсесянцу выглядит следующим образом. «Исходные фактические различия между

<sup>10</sup> Коркунов Н.М. Указ. соч. С. 38.

<sup>11</sup> Коркунов Н.М. Указ. соч. С. 38.

<sup>12</sup> Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 15–36.

<sup>13</sup> Соловьев В.С. Оправдание добра. Нравственная философия// Соб. соч. в 2-х т./ Состав. общ. ред. и вступительной статьи А.Ф. Лосев и А.В. Гулыга. Прим. С.Л. Кравц и др. М., 1990. Т.1. С. 450.

<sup>14</sup> Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. М., 1908. С. 31–61.

<sup>15</sup> Трубецкой Е.Н. Указ. соч.

<sup>16</sup> Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности СПб., 1909. Т. 1.

<sup>17</sup> Булгаков С.Н. Труды по социологии и теологии: в 2-х т. Т. 2. М., 1997.

<sup>18</sup> Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. Юрьев. 1917. С. 69–107.

<sup>19</sup> Тарановский Ф.В. Указ.соч. С. 20.

<sup>20</sup> Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1998. С. 22.



людьми, рассмотренные и регулированные с точки зрения абстрактно-всеобщего правового принципа равенства (равной меры) предстают в итоге в виде неравенства в уже приобретенных правах (неравных по их структуре, содержанию и объему прав различных индивидов – субъектов права). Право как форма отношений по принципу равенства, конечно, не уничтожает (и не может уничтожить) исходных различий между равными индивидами, но лишь формализует, упорядочивает эти различия по единому основанию, трансформирует неопределенные фактические различия в формально-определенные неравные права свободных, независимых друг от друга равных личностей. В этом, по мнению В.С. Нерсесянца, состоят специфика и смысл, границы и ограниченность, и ценность правовой формы опосредования, регуляции и упорядочения общественных отношений. В силу этого свобода, равенство и справедливость, по его мнению, – есть объективные сущностные свойства именно права, а не морали, нравственности и т.д.<sup>21</sup> При этом отличительная особенность морали, по мнению В.С. Нерсесянца, состоит в том, что она выражает внутреннюю позицию индивидов, их свободное и самосознательное решение того, что есть добро и зло, долг и совесть в человеческих поступках, взаимоотношениях и делах»<sup>22</sup>. При этом в этических явлениях присущи два момента: 1) личностный момент (внутренняя свобода индивида и самосознательная мотивация им правил морального поведения и моральных оценок; 2) объективный (внеличностный момент (сложившиеся в данной культуре, социальной группе общности нравственные воззрения, ценности, нравы, формы и нормы человеческих отношений). Первый из отмеченных моментов относится к характеристики морали, второй – нравственности»<sup>23</sup>. При этом В.С. Нерсесянец особо подчеркивает то, что свобода, равенство и справедливость есть атрибуты права, а не морали или какой-либо иной социального регулятора, а, следовательно, право отличается от других социальных регуляторов наличием трех атрибутов права: свободы, формального равенства и справедливости<sup>24</sup>. Более того, «в условиях самостоятельности и отдифференцированности друг от друга различных видов социальных норм именно правовой принцип согласования их совместно бытия и действия способен придать этому разнообразию социальных норм и регулято-

ров определенное единство»<sup>25</sup>. Таким образом, В.С. Нерсесянец дал весьма оригинальное решение проблемы соотношения права и других социальных регуляторов.

Следующая проблема, которая рассматривалась в русской философией права, является проблема так называемого «естественного права».

Анализ высказываний по этому поводу представителей русской философии права показывает, что по этому вопросу существовали различные точки зрения. По мнению Е.Н. Трубецкого, «право прежде всего явление психическое. Первоначальным источником права всегда и везде выступает наше сознание. Поэтому сила и действительность всякого позитивного права обуславливаются теми неписанными правовыми нормами, которые обитают в глубине нашего сознания, его внутренними велениями. Веления государственной власти равно как веления обычая могут иметь значение и силу права только до тех пор, пока в обществе есть убеждение в необходимости подчиняться власти, пока обычай служит выражением убеждения»<sup>26</sup>. По мнению Е.Н. Трубецкого, «естественное право – то же что и правда: оно обнимает в себе всю совокупность тех нравственных требований, в силу которых мы подчиняемся или не подчиняемся тому или иному внешнему правовому авторитету; оно заключает в себе всю совокупность тех нравственных норм, в коих всякий авторитет, всякая человеческая власть и всякое позитивное право находят себе оправдание или осуждение»<sup>27</sup>. Сходные высказывания были характерны для других представителей русской философско-правовой мысли. Так, по мнению П. Новгородцева, естественное право – синоним нравственно должного в праве. Иными словами естественное право – это право, которое соответствует требованиям нравственности<sup>28</sup>.

Подобная позиция противопоставления естественного права и позитивного права (так называемый правовой дуализм) подвергалась резкой критике со стороны иных представителей философско-правовой мысли. По мнению А.С. Яценко, «право естественное и право положительное суть лишь две различные точки зрения на один и тот же объект – на действительное право»<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Нерсесянец В.С. Указ. соч. С.83.

<sup>26</sup> Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. М., 1908. С. 31–61.

<sup>27</sup> Трубецкой Е.Н. Указ. соч. С. 31–61.

<sup>28</sup> Новгородцев П.И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания. СПб., 2000 С. 352.

<sup>29</sup> Яценко А.С. Философия права В.С. Соловьева. Теория федерализма. СПб., 1999. С. 109–128.

<sup>21</sup> Нерсесянец В.С. Указ. соч. С.80.

<sup>22</sup> Нерсесянец В.С. Указ. соч. С.80.

<sup>23</sup> Нерсесянец В.С. Философия права. М., 1998. С. 80.

<sup>24</sup> Нерсесянец В.С. Указ. соч. С.80.



По его мнению, «естественное право есть только общий разум или смысл (ratio) всякого права как такового. При этом теория естественного права – есть философия действительного права, излагающая первые принципы права, постигаемые разумом и отвлекаемые им от природы конкретных юридических отношений, соединяющих людей между собой»<sup>30</sup>. Иными словами естественное право есть некая идея права, получаемая в результате анализа положительного права<sup>31</sup>. В данном случае А.С. Яценко разделяет учение В.С. Соловьева о естественном праве, согласно которому «естественное право – это та отвлеченная алгебраическая формула, под которую история подставляет различные величины положительного права»<sup>32</sup>.

Однако встречались и другие точки зрения на проблему естественного права.

Так, например, Г.Ф. Шершеневич отрицал возможность существования естественного права, поскольку существование естественного права, понимаемое не как идеал права, а как право, должно непременно оказаться в противоречии с действительностью, ибо начала естественного права вечны и неизменны, тогда как положительное право находится в состоянии постоянного изменения»<sup>33</sup>. Возникает вопрос, каким образом соотносятся данные понятия? Для Г.Ф. Шершеневича нет ответа на данный вопрос.

Какой же точки зрения на данную проблематику придерживался В.С. Нерсесянц?

По мнению В.С. Нерсесянца, «естественное право как воплощение объективных свойств и ценностей “настоящего права” выступает в виде должного образца, цели и критерия для оценки позитивного права и соответствующей правоустанавливающей власти (Законодателя, государства в целом). При этом естественное право как в доктринах юснатурализма, так и в философских интерпретациях естественного права понимается как уже по своей природе нравственное (религиозное, моральное) явление и исходно наделяется соответствующей абсолютной ценностью»<sup>34</sup>. При этом, по мнению В.С. Нерсесянца, для естественно-правового подхода характерно смешение права и мора-

ли (нравственности, религии и т.д.) сочетается и усугубляется смешением формального и фактического, должного и сущего, нормы и фактического содержания, идеального и материального, принципа и эмпирического явления»<sup>35</sup>.

По его мнению, задача философии права состоит вовсе не в том, чтобы показать, как соотносятся между собой естественное и положительное право, а в том, как соотносятся между собой право и закон. Для него это основная проблема философии права. Вместе с тем он не разрывает правовую традицию, когда пишет о том, что философия права занимается исследованиями смысла права, его сущности и понятия, его оснований и места в мире, его ценности и значимости, его роли в жизни человека, общества и государства, в судьбах народов и человечества»<sup>36</sup>. По его мнению, «правовая тематика изучается всей юридической наукой, предметом которой выступает так называемое “положительное право”. При этом для традиционных юридических дисциплин (от теории государства и права до отраслевых наук официально – властная данность выступает в качестве высшего авторитета в вопросе о том, что есть право в данное время и в данном месте»<sup>37</sup>.

Однако, «по своей разумной природе человек живет и действует (пусть и ошибаясь) в определенным образом осознаваемом и “пропущенном через сознание” и осмысленном мире, и это относится к числу фундаментальных свойств человеческого бытия, ориентации и деятельности в мире. Человеческий способ бытия включает в себя уразумение, осмысление, понимание этого бытия, себя и всего остального мира, себя в мире и мира в себе»<sup>38</sup>. По его мнению, «также в принципе обстоит дело во взаимоотношениях человека с миром права. Он подвергает все правовые данности, в том числе и официально-властную данность позитивного права, сомнениям, проверкам суждениям и оценкам своего разума – обыденного, теоретического, философского»<sup>39</sup>. В качестве цели философии права он называет «поиск истины о праве», поскольку «цель разума – истина»<sup>40</sup>.

Вместе с тем, в отличие от всех других представителей философии права в России центральной темой его философско-правовых изысканий является не проблема соотношения

<sup>30</sup> Яценко А.С. Указ. соч. С. 109–128.

<sup>31</sup> Яценко А.С. Там же.

<sup>32</sup> Соловьев В.С. Оправдание добра. Нравственная философия // Соб. соч. в 2-х т. / Состав. общ. ред. и вступительной статьи А.Ф. Лосев и А.В. Гулыга. Прим. С.Л. Кравц и др. М., 1990. Т. 1. С 450; Яценко А.С. Философия права В.С. Соловьева. Теория федерализма. СПб., 1999. С. 109–128.

<sup>33</sup> Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып 1. М., 1910. С. 15–36.

<sup>34</sup> Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1998. С.7.

<sup>35</sup> Нерсесянц В.С. Указ. соч. С.7.

<sup>36</sup> Нерсесянц В.С. Там же.

<sup>37</sup> Нерсесянц В.С. Там же.

<sup>38</sup> Нерсесянц В.С. Там же. С.8.

<sup>39</sup> Нерсесянц В.С. Там же.

<sup>40</sup> Нерсесянц В.С. Там же.



«естественного и положительного права», как у большинства российских, да и зарубежных философов права, но как проблема **«различия и соотношения права и закона»**, которое имеет определяющее значение для любого теоретически последовательного правопонимания и обозначает предметную область философии права»<sup>41</sup>.

Следующей проблемой, которая рассматривалась В.С. Нерсисянцем, является проблема сущности права.

Необходимо отметить, что в русской философии права существовали несколько направлений и школ, раскрывающих проблему сущности права.

Так, по мнению Б.Н. Чичерина, сущность права состоит в том, что «право есть внешняя свобода человека, определяемая общим законом»<sup>42</sup>. Согласно концепции Е.Н. Трубецкого, право – есть внешняя свобода, предоставленная и ограниченная нормой. Или, что то же самое: право есть совокупность норм, с одной стороны предоставляющих свободу лиц в их взаимных отношениях<sup>43</sup>.

По мнению В.С. Соловьева, право – «есть принудительное требование реализации определенного требования реализации определенного минимального добра, не допускающего известных проявлений зла»<sup>44</sup>.

По мнению С.А. Муромцева, «вместо совокупности юридических норм под правом разумеется совокупность юридических отношений (правовой порядок)»<sup>45</sup>.

Далее С.А. Муромцев писал, что «юридически организованная защита составляет основное отличительное свойство права, своим существованием обуславливающее и вызывающее другие характеристические свойства его»<sup>46</sup>.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, право (в объективном смысле) есть: а) норма, б) определяющая отношение человека к человеку; в) угрозой на случай ее нарушения страданием; г) причиняемым органами государства<sup>47</sup>.

По мнению В.М. Хвостова, право – это те нормы поведения, которые взяты под защиту государственной властью и в силу ее авторитета претендуют на господство над членами союза, независимо от их желания подчиняться этим велениям<sup>48</sup>.

По мнению Л.И. Петражицкого, право представляет собой сложный феномен, представляющий собой систему императивно-атрибутивных переживаний<sup>49</sup>.

И.А. Покровский отмечал, что «право – есть некая социально-психологическая сила, регулирующая поведение людей; оно есть некое состояние общественного сознания и общественной воли, заключающее в себе психическое принуждение индивида к известному поведению»<sup>50</sup>.

По мнению С.Н. Булгакова, «право имеет два признака: во-первых формальная сторона (санкция или принуждение). Государство стоит на охране права, которое нельзя не исполнять. Во-вторых, право есть совокупность норм или законов. Право имеет абстрактный и общий характер. Личности могут быть субъектами прав, но не на основании личных свойств, а на основании права»<sup>51</sup>.

После революции и победы большевиков в России на долгие годы возобладала трактовка, данная Марксом, согласно которому «буржуазное право всего лишь возведенная в закон воля господствующего класса, воля, содержание которой обусловлено материальными условиями жизни класса буржуазии»<sup>52</sup>. При этом в 20 годы XX века существовали различные дискуссии о существовании так называемого пролетарского права: является ли оно буржуазным, будет ли оно отмирать и т.д.<sup>53</sup>. Всем дискуссиям положило конец совещание 1938 г., на котором в официальном порядке было принято следующее определение права: «право – совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законода-

<sup>48</sup> Хвостов В.М. Общая теория права. Элементарный очерк. 6-е изд. испр. и доп. М., 1914. С.55–56.

<sup>49</sup> Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. 2-е изд., перераб и доп. СПб., 1909–1910.

<sup>50</sup> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 60.

<sup>51</sup> Булгаков С.Н. Труды по социологии и теологии: в 2-х т. Т. 2. М., 1997.

<sup>52</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Манифест коммунистической партии М., 1989. С. 42.

<sup>53</sup> См. об этом: Стучка П.И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964; Курский Д.И. Избранные статьи и речи М., 1948; Паушканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980.

<sup>41</sup> Нерсисянц В.С. Философия права. М., 1998. С.8.

<sup>42</sup> Чичерин Б.Н. Философия права. СПб., 1998. С. 80.

<sup>43</sup> Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998. С. 21.

<sup>44</sup> Соловьев В.С. Оправдание добра. Нравственная философия. Соб. соч. в 2-х т./ Состав. общ. ред. и вступительной статьи А.Ф. Лосев и А.В. Гулыга. Прим. С.Л. Кравц и др. М., 1990. Т. 1. С. 450.

<sup>45</sup> Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., 1879. С. 47–48.

<sup>46</sup> Муромцев С.А. Указ. соч. С. 122.

<sup>47</sup> Шершеневич Г.Ф. Общая теория права в 4 выпусках. М., 1910–1912, вып. 2. С. 290.



тельном порядке, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений, выгодных и угодных господствующему классу»<sup>54</sup>. Согласно определению совещания 1938 г. «советское право – есть совокупность правил поведения, установленных в законодательном порядке властью трудящихся, выражающих их волю и применение которых обеспечивается всей принудительной силой социалистического государства, в целях защиты, закрепления и развития отношений и порядков, выгодных и угодных трудящимся, полного и окончательного уничтожения капитализма и его пережитков в экономике, быту и сознании людей, построении коммунистического общества»<sup>55</sup>.

После смерти И.В. Сталина в 70–80, а особенно в 90-е годы XX века стало возможно обсуждение иных подходов к праву, что позволило В.С. Нерсесянцу изложить свой подход к сущности права. В чем же данный подход состоял?

По мнению В.С. Нерсесянца, «право – это нормативная форма выражения свободы посредством принципа формального равенства в регулируемых им отношениях»<sup>56</sup>. «Понятие же “равенство” представляет собой определенную абстракцию, то есть является результатом сознательного мыслительного абстрагирования от тех различий, которые присущи уравниваемым объектам»<sup>57</sup>. Применительно к праву ситуация, по В.С. Нерсесянцу, выглядит следующим образом. «Исходные фактические различия между людьми, рассмотренные и регулированные с точки зрения абстрактно-всеобщего правового принципа равенства (равной меры), предстают в итоге в виде неравенства в уже приобретенных правах (неравных по их структуре, содержанию и объему прав различных индивидов – субъектов права). Право как форма отношений по принципу равенства, конечно, не уничтожает (и не может уничтожить) исходных различий между равными индивидами, но лишь формализует, упорядочивает эти различия по единому основанию, трансформирует неопределенные фактические различия в формально определенные неравные права свободных, независимых друг от друга равных личностей. В этом, по мнению В.С. Нерсесянца,

состоят специфика и смысл, границы и ограниченность, и ценность правовой формы опосредования, регуляции и упорядочения общественных отношений.

«В условиях же социализма, при отсутствии частной собственности на средства производства нет ни прав – привилегий (как в докапиталистической ситуации), когда право частной собственности на средства производства могли приобрести лишь некоторые, ни различий в правах на соответствующие объекты, поскольку в отношении к этим объектам как средствам производства никто вообще не имеет права (ни правоспособности, ни тем более реально приобретенного права на индивидуальную собственность. Здесь, следовательно, в рассматриваемом отношении вообще отсутствует принцип правового равенства и свободы индивидуума, и общество в данной ситуации не конкретизируется на индивидов – субъектов права. Общественные (хозяйственные отношения) регулируются здесь иными (неправовыми средствами и формами)»<sup>58</sup>.

Это положение В.С. Нерсесянца подвергалось и подвергается острой критике.

Так, по мнению В.М. Сырых, «утверждением В.С. Нерсесянца об отсутствии какого-либо права при социализме противоречит значительная часть институтов советского права. Во-первых это институты семейного права, которые впервые признали равноправие женщины в области семейных отношений, то самое формальное равенство, а также и свободу, без которой автор либеральной теории не мыслит право, его суть и смысл»<sup>59</sup>. «Был отменен также гнусный многовековой порядок, закрепляющий неравноправие детей, родившихся вне брака, с детьми, родившимися в законном браке»<sup>60</sup>.

«Во-вторых, в СССР в полной мере сохранялись и действовали частноправовые отношения, связанные с актами владения, пользования и распоряжения имуществом, принадлежащих индивидам на правах личной (потребительной) собственности»<sup>61</sup>.

На данный выпад можно ответить следующим возражением. Безусловно, при социализме, конечно же, имелась потребительная собственность, однако объем данной потребительной собственности был обусловлен не наличием частной собственности на средства производства, а совсем иными критериями:

<sup>54</sup> Вышинский А. Основные задачи науки советского социалистического права. М., 1938. С.8.

<sup>55</sup> Вышинский А. Указ. соч. С.8.

<sup>56</sup> Вышинский А. Основные задачи науки советского социалистического права. М., 1938 С.8. С. 20.

<sup>57</sup> Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1998. С.22.

<sup>58</sup> Нерсесянц В.С. Указ. соч. С.22.

<sup>59</sup> Сырых В.М. О праве социализма на собственное право по версии академика В.С. Нерсесянца// Ленинградский юридический журнал. 2009. № 4. С.17.

<sup>60</sup> Сырых В.М. Указ. соч. С.17.

<sup>61</sup> Сырых В.М. Указ. соч. С.17.



близостью к лицам, принимающим решения о распределении данной потребительной собственности. Ярким тому примером служила талонная и карточная система в начале 90-х годов XX века.

Говорить о наличии частноправовых отношений в области потребительной собственности невозможно уже в силу того, что первоначальным собственником объектов, могущих находиться в личной (потребительной) собственности, очевидно, выступает собственник средства производства, который их произвел и который их реализует населению в соответствии с рыночными законами. Если нет собственника на средства производства, какие же частноправовые отношения возможны? Следовательно, в этих условиях распределение предметов потребления осуществляется не на основе рыночных законов по свободным ценам, а на основе других критериев, в частности на основе близости лица или группы лиц к лицам, действительно принимающим решения о распределении предметов потребления между гражданами. При этом данная форма распределения может быть более мягкой в форме покупки товара в государственных магазинах, причем не какого угодно товара, а лишь такого, который выставлен на полку, причем в ограниченном количестве (наличие пустых прилавков в магазинах и невероятные очереди в магазины). Все это очень напоминает рабовладельческий строй, когда хозяин бросает рабам, скопившимся в кучу, предметы первой необходимости, причем естественно в ограниченных количествах, чтобы не зажирили. Что касается сохранения при социализме конструкции юридического лица<sup>62</sup>, то необходимо отметить следующее. Во-первых, все юридические лица при социализме создаются не независимыми и свободными индивидуумами, а государством, которое по сути дела монополизирует сферу экономики в части производства и распределения материальных благ, в силу того, что оно выступает как представитель (агент) собственника средства производства. В силу этого любое расширение прав юридического лица возможно только за счет прав государства как агента собственника средств производства. Из истории известно, что собственник средств производства крайне неохотно расстается с объектом своей собственности (средства производства), поскольку оно (средство производства) выступает источником его дохода, причем единственным.

Собственник средств производства, естественно, прямо заинтересован в том, чтобы со-

хранить свою власть над средством производства, и уступать свои права не намерен никому.

Также собственник средств производства, не очень-то любит конкурентов, поскольку они сокращают его возможный доход. Отсюда вытекают все бесплодные попытки увеличить самостоятельность юридических лиц в СССР.

Юридические лица, как и граждане, в СССР не являлись собственниками средств производства, хотя и формально владели ими. В силу вышеобозначенных причин юридические лица не могли вступать в частноправовой оборот, ибо, не будучи собственником, каким образом ты можешь продать вещь, которая тебе не принадлежит, без согласия на то собственника? Очевидно никак. В силу этих причин цены на продукцию промышленных предприятий устанавливало государство, оно же определяло, куда поставить данную продукцию. О каких же частных правовых отношениях может идти в данном случае речь? Как писал В.И. Ленин, «все общество будет одной конторой и одной фабрикой с равенством труда и с равенством заработной платы»<sup>63</sup>. «Все граждане превращаются здесь в служащих по найму у государства, каковыми являются вооруженные рабочие»<sup>64</sup>.

Но при таком способе, как справедливо замечает В.С. Нерсесянц, «в ситуации всеобщей трудовой повинности не остается места для самостоятельного индивида и его свободного выбора – для действительного найма на работу и тем более для договорно-правового определения условий труда и его оплаты»<sup>65</sup>.

Подобная критическая оценка коммунизма характерна не только для В.С. Нерсесянца, но и для других представителей русской философии права, в частности, для Б.Н. Чичерина, И.А. Ильина, Б.П. Вышеславцева и других.

В чем же тогда состоит оригинальность учения В.С. Нерсесянца? По мнению В.С. Нерсесянца, «социалистический мавр сделал свою черновую работу истории, и он должен уйти. Социализм должен быть преодолен»<sup>66</sup>.

Но каким образом он должен быть преодолен, путем возврата к капитализму? По мнению В.С. Нерсесянца, этого сделать нельзя, не оказавшись в неофеодальной ситуации. Он предлагает другой путь трансформации социализма в цивилизм, который выражается в следующих положениях:

1. Вся бывшая социалистическая собственность в РФ бесплатно индивидуализиру-

<sup>63</sup> Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Т.33. С.101.

<sup>64</sup> Ленин В.И. Указ. соч. С.101.

<sup>65</sup> Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1998. С.337.

<sup>66</sup> Нерсесянц В.С. Указ. соч. С.328.

<sup>62</sup> Сырых В.М. Указ. соч. С.22.



- ется в пользу всех граждан по принципу равного права каждого гражданина на гражданскую собственность – одинаковую долю от всей преобразуемой социалистической собственности.
2. Все объекты социалистической собственности становятся объектами общей собственности всех граждан как равных собственников – владельцев равной индивидуализированных долей собственности в рамках данной общей собственности.
  3. Гражданская собственность у всех без исключения граждан одинакова. Арифметически размер доли каждого гражданина собственника в общей собственности всех граждан с учетом числа граждан в РФ, тенденций в динамике народонаселения и необходимости резервного фонда гражданской собственности устанавливается в размере 1/160 000 000 000 доли общей собственности всех граждан.
  4. Юридический статус и титул каждого гражданина в качестве субъекта гражданской собственности официально удостоверяется надлежащим правовым документом о праве собственности.
  5. Право на гражданскую собственность носит личный, пожизненный и неотчуждаемый характер. Ни один гражданин не может быть лишен права на гражданскую собственность. Гражданская собственность отдельных граждан не подлежит изъятию из общей собственности всех граждан. Право на гражданскую собственность не может быть передано другому лицу
  6. Для каждого гражданина открывается личный счет гражданской собственности, на который в централизованном порядке поступает равная доля от всех доходов,

получаемых от общей собственности всех граждан.

7. За государством признается право на налоги, но не на доходы от объектов гражданской собственности<sup>67</sup>.

Подобная концепция отражает особенности менталитета российских граждан<sup>68</sup>.

Поскольку такого положения нет ни при капитализме, ни при социализме, то нельзя утверждать, что В.С. Нерсесянц «предстает идеологом буржуазного права, ратующим за восстановление в России рыночной экономики вопреки материалистической доктрине, на которой был воспитан, и ходу исторического развития человеческого общества»<sup>69</sup>. Напротив, В.С. Нерсесянц своим незаурядным умом и талантом предложил вполне реальный путь выхода РФ из социализма, при этом избежав ситуации, в которой Россия находится теперь с вероятным новым повторением мук реального социализма.

Таким образом, анализ философии права В.С. Нерсесянца позволяет сделать вывод о том, что В.С. Нерсесянц, вопреки мнениям многих ученых юристов, является одним из крупных представителей русской философии права, поскольку он: а) дал свое оригинальное понятие сущности права; б) переформатировал во-многом задачи философии права; в) разработал теорию цивилизма, чего, к сожалению, не сделали ни Кант, ни Гегель, ни иные представители русской философии права, в этом смысле его можно прировнять только к Марксу. В силу этих причин «Философия права» В.С. Нерсесянца имеет достаточно высокое значение в истории политико-правовой мысли, а сам В.С. Нерсесянц должен занять достойное место среди патриархов русской философии права.

#### Библиография:

1. Бабин Б.В. Право собственности народов: международное и национальное измерения // Вопросы права и политики. – 2013. № 10. – С. 12–34.
2. Бакунин М.А. Философия, социология, политика. – М., 1989.
3. Булгаков С.Н. Труды по социологии и теологии: в 2-х т. Т.2. – М., 1997.
4. Вышинский А. Основные задачи науки советского социалистического права. – М., 1938.
5. Гуляихин В.Н. Правовой менталитет российских граждан // Вопросы права и политики. – 2012. № 4. – С. 108–133.

<sup>67</sup> Нерсесянц В.С. Указ. соч. С. 328.

<sup>68</sup> Гуляихин В.Н. Правовой менталитет российских граждан // Вопросы права и политики. 2012. № 4. С. 108–133; Бабин Б.В. Право собственности народов: международное и национальное измерения // Вопросы права и политики. 2013. № 10. С. 12–34.

<sup>69</sup> Сырых В.М. О праве социализма на собственное право по версии академика В.С. Нерсесянца // Ленинградский юридический журнал. 2009. № 4. С. 27.



6. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1894.
7. Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1948.
8. Ленин В.И. Полное собрание сочинений Т.33.
9. Маркс К., Энгельс Ф. Манифест коммунистической партии. М., 1989.
10. Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., 1879.
11. Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1998.
12. Новгородцев П.И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания. СПб., 2000.
13. Паушканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980.
14. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. 2-е изд. перераб и доп. СПб., 1909–1910.
15. Победоносцев К.П. Великая ложь нашего времени. М., 1993.
16. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права М., 1998.
17. Соловьев В.С. Оправдание добра. Нравственная философия // Соб. соч. в 2-х т./ Состав. общ. ред. и вступительной статьи А.Ф. Лосев и А.В. Гулыга. Прим. С.Л. Кравц и др. М., 1990, Т. 1.
18. Стучка П.И. Избранные произведения по марсистско-ленинской теории права. Рига, 1964.
19. Сырых В.М. О праве социализма на собственное право по версии академика В.С. Нерсесянца// Ленинградский юридический журнал. 2009. № 4.
20. Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. Юрьев., 1917.
21. Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998.
22. Чичерин Б.Н. Философия права. СПб., 1998.
23. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права в 4 выпусках. М., 1910–1912, вып.2.
24. Яценко А.С. Философия права В.С. Соловьева. Теория федерализма. СПб., 1999.

**References:**

1. Babin V.V. Pravo sobstvennosti narodov: mezhdunarodnoe i natsional'noe izmereniya // Voprosy prava i politiki. 2013. № 10. – С. 12–34.
2. Bakunin M.A. Filosofiya, sotsiologiya, politika. М., 1989.
3. Bulgakov S.N. Trudy po sotsiologii i teologii: v 2-kh t. Т. 2. М., 1997.
4. Vyshinskii A. Osnovnye zadachi nauki sovetskogo sotsialisticheskogo prava. М. 1938.
5. Gulyaikhin V.N. Pravovoi mentalitet rossiiskikh grazhdan // Voprosy prava i politiki. – 2012. № 4. – С. 108–133.
6. Korkunov N.M. Lektsii po obshchei teorii prava. SPb., 1894.
7. Kurskii D.I. Izbrannye stat'i i rechi. М., 1948.
8. Lenin V.I. Polnoe sobranie sochinenii Т. 33.
9. Marks K., Engel's F. Manifest kommunisticheskoi partii. М., 1989.
10. Muromtsev S.A. Opredelenie i osnovnoe razdelenie prava. М., 1879.
11. Nersesyants V.S. Filosofiya prava. М., 1998.
12. Novgorodtsev P.I. Vvedenie v filosofiyu prava. Krizis sovremennogo pravosoznaniya. SPb., 2000.
13. Paushkanis E.B. Izbrannye proizvedeniya po obshchei teorii prava i gosudarstva. М., 1980.
14. Petrazhitskii L.I. Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriei нравственности. 2-е изд. перераб и доп. SPb., 1909–1910.
15. Pobedonostsev K.P. Velikaya lozh' nashego vremeni. М., 1993.
16. Pokrovskii I.A. Osnovnye problemy grazhdanskogo prava М., 1998.
17. Solov'ev V.S. Opravdanie dobra. Nравstvennaya filosofiya// Sob soch v 2-kh t./ Sostav. obshch. red. i vstupitel'noi stat'i A.F. Losev i A.V. Gulyga. Prim. S.L. Kravts i dr. М., 1990, Т. 1.
18. Stuchka P.I. Izbrannye proizvedeniya po marsistsko-leninskoi teorii prava. Riga, 1964.
19. Syrykh V.M. O prave sotsializma na sobstvennoe pravo po versii akademika V.S. Nersesyantsa// Leningradskii yuridicheskii zhurnal. 2009. № 4.
20. Taranovskii F.V. Uchebnik. entsiklopedii prava. Yur'ev. 1917.
21. Trubetskoi E.N. Entsiklopediya prava. SPb., 1998.
22. Chicherin B.N. Filosofiya prava. SPb., 1998.
23. Shershenevich G.F. Obshchaya teoriya prava v 4 vypuskakh. М., 1910–1912, вып.2.
24. Yashchenko A.S. Filosofiya prava V.S. Solov'eva. Teoriya federalizma. SPb, 1999.

*Материал поступил в редакцию 18 апреля 2014 г.*

М.А. Соколова\*

## К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ ДЕФЕКТА ЮРИДИЧЕСКОГО ДОКУМЕНТА

**Аннотация:** В современном мире роль документооборота существенно возросла, в том числе в нашей стране. С переходом к рыночной экономике юридические лица, индивидуальные предприниматели, иные субъекты стали полноправными участниками гражданско-правовых отношений, сопровождающихся различными правовыми документами. Также идет активный процесс развития новых сфер общественных отношений, нуждающихся в правовом регулировании. Однако, несмотря на позитивную тенденцию развития права, многие юридические документы содержат те или иные дефекты, что препятствует должной реализации прав и свобод человека, создает затруднения для развития общества и государства. С целью формулирования качественного определения категории «дефект юридического документа» были проанализированы признаки данного явления. В ходе исследования использовались философский, логический, грамматический и сравнительно-правовой методы. Несмотря на актуальность рассматриваемой темы, на сегодняшний день не существует комплексного исследования, касающегося выявления сущности дефекта юридического документа. Однако невозможно решить частную проблему, не обращаясь к ее фундаментальному основанию. В статье анализируются признаки дефекта юридического документа и формулируется определение данной категории. Это способствует очерчиванию границ проблемы, дальнейшей разработке теоретических и практических механизмов выявления, устранения, предотвращения дефектов юридического документа, а также причин и условий, способствующих их возникновению.

**Ключевые слова:** дефект юридического документа, качество, юридическая техника, правовое регулирование, изъян, деятельность, юридическая ошибка, содержание, форма, потребности  
DOI: 10.7256/1994-1471.2014.6.11547

Дефект юридического документа – одна из важнейших категорий юридической техники и юридического документоведения. Понятие качества юридического документа обеспечивает правильное представление о состоянии отраженных в юридическом документе правоотношений<sup>1</sup>. Понятие дефекта юридического документа охватывает различные отклонения содержания и формы юридического документа от норм действующего законодательства, а также от объективного развития общественных отношений.

Данная тема актуальна, так как на сегодняшний день многие юридические документы содержат дефекты, препятствуя реализации прав граждан. Некоторые из дефектов на первый взгляд кажутся незначительными, однако при возникновении конкретных ситуаций могут существенно затруднить или сделать невозможной реализацию прав и свобод. Например, множество проблем может доставить

неверное написание фамилии гражданина, отсутствие того или иного реквизита документа.

Слово «дефект» происходит от латинского «defectus», что в переводе означает «недостаток»<sup>2</sup>. В русский язык данный термин пришел либо из голландского, либо из немецкого языка в начале XVIII века<sup>3</sup>. В «Толковом словаре русского языка» С.И. Ожегова дается следующее определение: «дефект – изъян, недостаток, недочет»<sup>4</sup>.

На сегодняшний день большинство объектов материального мира является продуктом человеческой деятельности. Многие из них содержат изъяны, обусловленные теми или иными нарушениями, допущенными в ходе осуществления деятельности по их созданию, изменению и переработке.

<sup>1</sup> Соколова М. А. Качество юридических документов как условие их правовой состоятельности // Право и государство: теория и практика. 2013. № 2. С. 40–43.

<sup>2</sup> Латинский словарь онлайн <<http://www.latin.slovaronline.com/D/DE/2004-DEFECTUS>> (последнее посещение – 6 января 2014 г.).

<sup>3</sup> Семенов А. В. Этимологический словарь русского языка. <[http://evartist.narod.ru/text15/008.htm#%D0%B7\\_13](http://evartist.narod.ru/text15/008.htm#%D0%B7_13)> (последнее посещение – 6 января 2014 г.).

<sup>4</sup> Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. М., 1999. С. 163.

© Соколова Мария Анатольевна

\* Преподаватель, кафедры конституционного и административного права, Нижегородская правовая академия  
[ma.sockolowa@yandex.ru]

603134, Россия, г. Нижний Новгород, ул. Костина, д. 2, литер Б.





Под дефектом человеческой деятельности следует понимать изъяс, допущенный намеренно или без умысла в процессе осуществления данного вида человеческой деятельности, приведший к созданию некачественного результата (продукта) человеческой деятельности, а также изъяс, возникший намеренно или без умысла в процессе последующего использования продукта человеческой деятельности. Таким образом, в зависимости от стадии осуществления деятельности можно выделить два вида дефектов:

- дефекты, заложенные изначально (в процессе создания результата человеческой деятельности);
- дефекты, возникшие в процессе использования продукта человеческой деятельности.

Юридические документы, в свою очередь, являются результатом одной из разновидностей человеческой деятельности. Примером дефекта, заложенного изначально, может служить часть 1 статьи 48 Конституции Российской Федерации<sup>5</sup>. Провозглашая право на квалифицированную юридическую помощь, ни данная норма, ни обеспечивающие ее нормы федерального законодательства не уточняют, какие именно субъекты вправе оказывать данную помощь. Это приводит к нарушению прав граждан: оказанию юридической помощи лицами, не имеющими высшего юридического образования, ограниченно дееспособными и т.п.

К дефектам, возникшим в процессе использования продукта человеческой деятельности, можно отнести необеспеченность правовой нормы экономическими, организационными и иными ресурсами. В данном случае текст самой нормы не содержит в себе каких-либо изъянов, но ее реализация затруднена либо невозможна. Примером может служить статья 8 Федерального закона «О дополнительных гарантиях по социальной поддержке детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей»: право на благоустроенное жилое помещение в законе закреплено<sup>6</sup>, но на практике существует много трудностей,

связанных с его реализацией, в первую очередь они обусловлены нехваткой жилого фонда.

Рассмотрев общее понятие дефекта, остановимся на правовой категории «дефект в праве». С.И. Цыбуляк рассматривает данное понятие в широком и узком значениях. В широком смысле под дефектом в праве автор понимает такое состояние правовых норм, при котором регулирование общественных отношений нарушает оптимальный баланс интересов личности, общества, государства. В узком смысле под правовым дефектом, по мнению С.И. Цыбуляка, следует понимать низкое качество правового регулирования, в силу которого затрудняется применение правовых норм, порождаются негативные политические и социально-экономические явления, ущемляются личные и общественные интересы<sup>7</sup>.

Мы считаем, что оба определения не лишены недостатков. Первое – слишком абстрактно и субъективно: автор не конкретизирует, о каких именно интересах идет речь; понимание оптимального баланса интересов личности и государства также не единообразно и в первую очередь зависит от политического режима. Второе определение содержит в себе оценочную категорию – что понимать под «низким качеством»? И можно ли говорить о качестве вообще при наличии тех или иных дефектов?

Суслова Н.В., изучая сущность дефектов в праве, отмечает, что дефект права прежде всего есть следствие дефектов мышления, так как текст любого источника права есть внешняя форма воплощения юридического мышления его создателя<sup>8</sup>. С этим безусловно следует согласиться.

Вопрос о причинах возникновения дефектов в праве получил свое развитие в работах Г.Р. Сибгатуллиной. В статье «Дефекты права: причины и механизмы их устранения» она отмечает несколько важных положений. Во-первых, автор отграничивает понятие «дефект в праве» от понятия «юридическая ошибка», считая юридическую ошибку разновидностью дефекта, так как дефекты могут быть допущены не только по неосторожности (ввиду невнимательности, низкой квалификации законодателя), но и умышленно<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ) // Российская газета. 25.12.1993. № 237; 21.01.2009. № 7; Собрание законодательства РФ. 03.03.2014. № 9. Ст. 851.

<sup>6</sup> Федеральный закон от 21.12.1996 № 159-ФЗ «О дополнительных гарантиях по социальной поддержке детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей» // Российская газета. 27.12.1996. № 248; 11.02.1998. № 26; 11.08.2000. № 155; 10.04.2002. № 64; 14.01.2003. № 4; 31.08.2004. № 188; 22.12.2009. № 246; 21.11.2011. № 261; 23.11.2011. № 263; 02.03.2012. № 46; 05.07.2013. № 145; 10.07.2013. № 148; 27.11.2013. № 267.

<sup>7</sup> Цыбуляк С. И. Дефекты конституционно-правового регулирования избирательных отношений в Российской Федерации: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2010. С. 7–8.

<sup>8</sup> Суслова Н. В. Дефекты права. Причины образования // Проблемы права. 2013. № 1. С. 126–131.

<sup>9</sup> Сибгатуллина Г. Р. Дефекты права: причины и механизмы их устранения // URL: <http://old.tisbi.org/science/vestnik/2010/issue3/Low/Sibgatullina.html> (Дата обращения: 01.02.2014).



Мы считаем, что данное разграничение целесообразно, особенно применительно к вопросу о способах предупреждения и устранения дефектов, так как методы противодействия какому-либо явлению тесно связаны с причинами его возникновения. Под юридической ошибкой следует понимать изъяны, допущенные в ходе осуществления правовой деятельности, а также в продукте правовой деятельности ввиду добросовестного заблуждения субъекта, ее осуществляющего. Во-вторых, анализирует причины возникновения дефектов в праве.

Муругина В.В. изучала проблему дефектности юридических фактов. В своей работе автор формулирует определение понятия «дефектный юридический факт», понимая под ним особый вид юридических фактов, имеющий в своем юридическом составе дефект и (или) несоответствие реальному отражаемому действию (событию) и, как следствие, вызывающий правовые последствия в виде недействительности и восстановления нарушенного права<sup>10</sup>.

Мы считаем, что данное определение нуждается в некоторой корректировке. Во-первых, в нем отсутствует указание на единое основание классификации юридических фактов. Во-вторых, предпринимается попытка определения понятия через определяемое слово, значение которого также не расшифровывается. Что понимать под дефектом в данном контексте? В-третьих, несоответствие факта реальному отражаемому действию представляет собой одну из разновидностей дефекта, следовательно, должно включаться в содержание данного понятия.

Власенко Н.А. предлагает определение дефектов системы права: дефект системы права – это нарушение, деформация логико-структурного построения и развития системы права и её элементов, в том числе нормативных актов<sup>11</sup>.

Многие ученые рассматривали дефекты конкретных правовых актов. Для нас данные работы представляют интерес с точки зрения выявления существенных признаков более крупной (с точки зрения логического объема) правовой категории – дефект юридического документа.

Зуев О.М. формулирует определение категории «юридически дефектный нормативный правовой акт», понимая под ним «...письменный официальный документ, принятый субъектом

правотворчества в нарушение его компетенции либо с нарушением содержательных и (или) процедурно-процессуальных требований, и (или) несоответствующий закону или нормативному правовому акту более высокой юридической силы»<sup>12</sup>. На наш взгляд, данное определение является достаточно полным, так как отражает основные признаки определяемого понятия. Единственно, возникает сомнение насчет необходимости выделения в отдельный признак несоответствия принимаемого нормативно-правового акта закону или иному нормативному правовому акту. По нашему мнению, представляется наиболее целесообразным включить данный вид дефектов в дефекты содержания.

Кисличенко Е.И. рассматривает понятие «дефект законодательства». В теории права термин «законодательство» имеет два значения. Такие ученые, как Р.З. Лившиц<sup>13</sup>, Ю.А. Тихомиров<sup>14</sup>, считают, что под законодательством следует понимать только совокупность законов. С.В. Поленина<sup>15</sup>, О.А. Красавчиков<sup>16</sup>, С.С. Алексеев<sup>17</sup> включают в понятие законодательства не только законы, но и иные нормативные правовые акты. Отсюда вытекает, что и дефекты законодательства могут пониматься в широком и узком значениях.

В широком смысле под дефектом законодательства Е.И. Кисличенко понимает «такое состояние законов, а, как следствие, и других нормативных правовых актов, при котором правовое регулирование общественных отношений нарушает оптимальный баланс интересов человека, общества и государства, порождаются негативные политические и социально-экономические явления, необоснованно ущемляются личные и общественные интересы». На наш взгляд, данное определение не совершенно. Что понимать под балансом интересов? Как уже отмечалось, данная формулировка весьма неоднозначна. Из логического анализа определения вытекает, что обоснованное ущемление интересов допустимо. Возникает вопрос: какие обстоятельства могут повлечь обоснованное ущемле-

<sup>10</sup> Муругина В. В. Дефектность юридических фактов как негативная черта правовой системы: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2010.

<sup>11</sup> Власенко Н. А. Логико-структурные дефекты системы советского права // Правоведение. 1991. № 3. С. 21–26.

<sup>12</sup> Зуев О. М. Юридически дефектные нормативно-правовые акты в системе источников права: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2011. С. 17–18.

<sup>13</sup> Лившиц Р. З. Теория права. М., 1994. С. 111.

<sup>14</sup> Тихомиров Ю. А. Юридическая коллизия. М., 1994. С. 33.

<sup>15</sup> Поленина С. В. Российское законодательство: проблемы и перспективы. М., 1995. С. 4–5.

<sup>16</sup> Красавчиков О. А. Система права и система законодательства (гражданско-правовой аспект) // Правоведение. 1975. № 2. С. 68.

<sup>17</sup> Алексеев С. С. Право: азбука, теория, философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 83.



ние? В определении они не упомянуты. В узком смысле дефект законодательства – это «низкое качество закона, в силу которого затрудняется формирование системы правового регулирования, возникают проблемы реализации соответствующих правовых норм»<sup>18</sup>.

Многие авторы формулировали определение дефекта права применительно к конкретным отраслям. В частности, С.А. Авакьян занимался выявлением сущности дефектов конституционного права. Анализируя конституционные нормы, автор пришел к выводу, что все дефекты права есть не что иное, как результат изъянов идей, в последующем нашедших свое закрепление в законодательстве, в том числе конституционном<sup>19</sup>. Мы разделяем позицию автора: законодательство создается людьми, изъяны мышления проецируются в юридические тексты.

Жильцов М.А. фундаментально исследовал дефекты трудового права, понимая под ними «недостатки, противоречия, несовершенство трудовых правовых норм и конструкций, которые приводят к проблемам правоприменения, нарушению трудовых прав и законных интересов субъектов трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений»<sup>20</sup>.

Андреев Д.С. формулирует определение дефектного административно-правового акта. По его мнению, дефектный административно-правовой акт – это акт, соответствующий признакам административно-правовых актов, но не соответствующий предъявляемым к ним требованиям законности<sup>21</sup>. На наш взгляд, данное определение алогично: определяемое понятие шире предлагаемого определения. Под требованиями законности понимаются императивные предписания закона, направленные на практическую реализацию принципов права. Безусловно, административно-правовой акт, противоречащий закону, будет считаться дефектным, однако, дефектность административно-правовых актов не исчерпывается нарушением требований законности, включая логические, лингвистические, организационные и иные изъяны.

Помимо дефектов актов правотворчества в научной литературе также рассматривались дефекты правоприменительных актов. В частности, О.В. Хусаинова анализирует причины и условия возникновения дефектов в правоприменительных актах. Она отмечает, что дефектные акты правоприменения возникает не только вследствие нарушений правил юридической техники, но и ввиду выбора ненадлежащих средств достижения поставленной цели, несоблюдения принципов права, отсутствия критериев качества правоприменительной деятельности как таковой<sup>22</sup>. На проблему взаимосвязи качества законодательной техники и правоприменения обратил внимание Н.Н. Ковтун<sup>23</sup>. На примере анализа уголовно-процессуальных норм (выявления многочисленных коллизий и неоднозначности формулировок) он показывает: как данные дефекты закона препятствуют принятию качественных правоприменительных документов, а также затрудняют реализацию уже принятых.

На наш взгляд, под дефектом акта правоприменения следует понимать изъян в содержании и (или) форме правоприменительного документа, возникший ввиду умышленной или ошибочной деятельности правоприменителя, а также ввиду наличия изъяна в нормах нормативного правового акта, на основании которого создан правоприменительный документ.

Каргин К.В. предлагает определение дефекта в юридическом документе. Он пишет: «Дефект в юридическом документе – это изъян, недостаток, допущенный участником правовых отношений, непосредственно разрабатывающим данный юридический документ или имеющим возможность воздействовать на его разработку, который влечет или может повлечь за собой нежелательные правовые или иные последствия»<sup>24</sup>.

Проанализировав различные определения понятия «дефект», рассмотрим основные признаки дефекта юридического документа.

Во-первых, **дефект юридического документа – это изъян**. Наряду с понятием «изъян» в литературе часто используются такие синонимы, как недостаток, погрешность, недо-

<sup>18</sup> Кисличенко Е. И. Дефекты законодательства субъектов Российской Федерации в сфере местного самоуправления: на примере республики Марий-Эл: автореферат дисс. ... канд. юрид. наук Казань, 2012.

<sup>19</sup> Авакьян С. А. Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 8. С. 3–12.

<sup>20</sup> Жильцов М. А. Дефекты трудового права и способы их преодоления: автореферат дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011.

<sup>21</sup> Андреев Д. С. Дефектные административно-правовые акты: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011.

<sup>22</sup> Хусаинова О. В. Правоприменительная деятельность органов государственной власти: оценка эффективности, основные направления совершенствования (теоретико-правовой аспект): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2009.

<sup>23</sup> Ковтун Н. Н. Дефекты законодательной техники вызывают трудности в правоприменении // Российская юстиция. 2001. № 8. С. 39–40.

<sup>24</sup> Каргин К. В. Юридические документы. Монография. М.: Юрист, 2007. С. 160.



чет<sup>25</sup>. Однако, на наш взгляд, понятие «изъян» является наиболее точным. Одним из однокоренных слов понятия «недостаток» является глагол «недостаёт» (в значении «не хватает»), следовательно, под недостатком (в одном из значений данного слова) понимается отсутствие чего-либо нужного. Но дефект юридического документа может быть обусловлен не только отсутствием чего-либо, например необходимых реквизитов, но и излишеством, например, дублированием правовых положений, наличием лишних реквизитов. Понятие «погрешность» также является более узким по значению, чем понятие «изъян» (с точки зрения формальной логики, они находятся в отношении подчинения). В словаре С. Ожегова погрешность определяется как «ошибка, промах»<sup>26</sup>. Иначе говоря, погрешность, в том числе в юридическом документе, продукт неумышленной деятельности лица, в то время как дефект юридического документа может быть допущен и умышленно, например, с целью незаконного получения прав, освобождения от возложенных на лицо обязанностей. Наконец понятие недочет также не отражает полноты содержания понятия «дефект», так как касается только несущественных дефектов, допущенных неумышленно.

Во-вторых, данный изъян состоит в **несоответствии оформления, содержания, структуры юридического документа нормам законодательства, а также потребностям правового регулирования общественных отношений**. Прежде всего необходимо отметить, что несоответствие может касаться как одного элемента, так и нескольких из них или всех. Что касается оснований несоответствия, то таковыми могут быть как нормы законодательства, так как они являются основой всей правовой материи и задают определенные стандарты как для нижестоящих нормативных актов, так и для актов применения, иных актов, так и объективные потребности общества и государства, обусловленные развитием экономических, политических, социальных, культурных и иных общественных отношений. Теоретически объективные потребности в правовом регулировании должны находить свое отражение в принципах права, однако на практике данная модель является идеалистической и не соответствует реальности. Закре-

пленные принципы права также продукт деятельности законодателя, следовательно, они могут быть навязаны обществу и проводить в жизнь интересы отдельных групп либо просто декларироваться с целью внешнего соответствия права международным стандартам. Таким образом, потребности общества и принципы права могут не совпадать между собой. В выделяемом нами признаке понятия «дефект юридического документа» речь идет именно о потребностях общества, так как только в этом случае мы сможем обеспечить эффективность принимаемых актов.

В-третьих, дефект юридического документа **возникает в результате деятельности лиц, создающих, принимающих, изменяющих юридические документы**<sup>27</sup>. Иными словами, между деятельностью лиц, создающих, принимающих, изменяющих юридические документы, и качеством последних существует тесная детерминистическая (причинно-следственная) связь. Дефект юридического документа – результат умышленных или ошибочных (непреднамеренных) действий создателей (в широком смысле этого слова), а также иных лиц, изменяющих, дополняющих, применяющих юридический документ.

В-четвертых, дефект юридического документа **влечет за собой ухудшение качества юридического документа**, так как юридический документ, как уже отмечалось, перестает соответствовать требованиям законодательства, а также потребностям общества и государства в соответствующем регулировании общественных отношений. Стоит отметить, что дефект влечет именно ухудшение качества, а не его снижение. Понятие «низкое качество» является оценочным. Следовательно, по мнению одного лица, документ может быть низкого качества, по мнению другого – среднего и т.д. Понятие «ухудшение» не несет в себе оценочной окраски. Под ухудшением в данном контексте понимается такое изменение качества, которое ведет к частичному или полному несоблюдению требований, предъявляемых к юридическому документу законодательством, а также частичному или полному несоответствию юридического документа потребностям человека, общества и государства.

Таким образом, мы можем сформулировать следующее определение дефекта юридического документа: **дефект юридического документа** – это изъян, состоящий в несоответствии формы, содержания, структу-

<sup>25</sup> Например, см.: Сибгатуллина Г. Р. Дефекты права: причины и механизм устранения // URL: <http://old.tisbi.org/science/vestnik/2010/issue3/Low/Sibgatullina.html> (Дата обращения: 01.02.2014).

<sup>26</sup> Словарь Ожегова. Толковый словарь русского языка // < <http://www.ozhegov.org/words/23973.shtml> > (последнее посещение – 10 февраля 2014 г.).

<sup>27</sup> Каргин К. В. Юридические документы. Монография. М.: Юрист, 2007. С. 161.



ры юридического документа нормам законодательства, а также потребностям правового регулирования общественных отношений, возникающий в результате умышленной или ошибочной деятельности лиц, создающих, принимающих, перерабатывающих юридические документы, и влекущий за собой ухудшение качества юридического документа.

### Библиография:

1. Авакьян С. А. Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения // Конституционное и муниципальное право. – 2007. – № 8. – С. 3–12.
2. Алексеев С. С. Право: азбука, теория, философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. – 169 с.
3. Андреев Д. С. Дефектные административно-правовые акты: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011.
4. Власенко Н. А. Логико-структурные дефекты системы советского права // Правоведение. – 1991. – № 3. – С. 21–26.
5. Жильцов М. А. Дефекты трудового права и способы их преодоления: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011.
6. Зуев О. М. Юридически дефектные нормативно-правовые акты в системе источников права: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2011. – 193 с.
7. Каргин К. В. Юридические документы. Монография. М.: Юрист, 2008. – 191 с.
8. Кисличенко Е. И. Дефекты законодательства субъектов Российской Федерации в сфере местного самоуправления: на примере республики Марий-Эл: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2012.
9. Ковтун Н. Н. Дефекты законодательной техники вызывают трудности в правоприменении // Российская юстиция. – 2001. – № 8. – С. 39–40.
10. Красавчиков О. А. Система права и система законодательства (гражданско-правовой аспект) // Правоведение. – 1975. – № 2. – С. 62–71.
11. Лившиц Р. З. Теория права. М., 1994. – 224 с.
12. Муругина В. В. Дефектность юридических фактов как негативная черта правовой системы: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Саратов, 2010.
13. Поленина С. В. Российское законодательство: проблемы и перспективы. М., 1995. – 478 с.
14. Сибгатуллина Г. Р. Дефекты права: причины и механизмы их устранения // URL: <http://old.tisbi.org/science/vestnik/2010/issue3/Low/Sibgatullina.html> (Дата обращения: 01.02.2014).
15. Соколова М. А. Качество юридических документов как условие их правовой состоятельности // Право и государство: теория и практика. – 2013. – № 2. – С. 40–43.
16. Сулова Н. В. Дефекты права. Причины образования // Проблемы права. – 2013. – № 1. – С. 126–131.
17. Тихомиров Ю. А. Юридическая коллизия. М., 1994. – 230 с.
18. Хусаинова О. В. Правоприменительная деятельность органов государственной власти: оценка эффективности, основные направления совершенствования (теоретико-правовой аспект): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2009.
19. Цыбуляк С. И. Дефекты конституционно-правового регулирования избирательных отношений в Российской Федерации: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2010. – 22 с.

### References:

1. Avak'yan S. A. Probely i defekty v konstitutsionnom prave i puti ikh ustraneniya // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. – 2007. – № 8. – S. 3–12.
2. Alekseev S. S. Pravo: azbuka, teoriya, filosofiya: opyt kompleksnogo issledovaniya. M., 1999. – 169 s.
3. Andreev D. S. Defektnye administrativno-pravovye акты: avtoref. diss. ... kand. yurid. nauk. M., 2011.
4. Vlasenko N. A. Logiko-strukturnye defekty sistemy sovetskogo prava // Pravovedenie. – 1991. – № 3. – S. 21–26.
5. Zhil'tsov M. A. Defekty trudovogo prava i sposoby ikh preodoleniya: Avtoref. diss. ... kand. yurid. nauk. Ekaterinburg, 2011.
6. Zuev O. M. Yuridicheski defektnye normativno-pravovye акты v sisteme istochnikov prava: diss. ... kand. yurid. nauk. – Moskva, 2011. – 193 s.
7. Kargin K. V. Yuridicheskie dokumenty. Monografiya. M.: Yurist, 2008. – 191 s.
8. Kislichenko E. I. Defekty zakonodatel'stva sub'ektov Rossiiskoi Federatsii v sfere mestnogo samoupravleniya: na primere respublikii Marii-El: avtoref. diss. ... kand. yurid. nauk. Kazan', 2012.



9. Kovtun N. N. Defekty zakonodatel'noi tekhniki vyzyvayut trudnosti v pravoprimenении // Rossiiskaya yustitsiya. – 2001. – № 8. – S. 39–40.
10. Krasavchikov O. A. Sistema prava i sistema zakonodatel'stva (grazhdansko-pravovoi aspekt) // Pravovedenie. – 1975. – № 2. – S. 62–71.
11. Livshits R. Z. Teoriya prava. – M., 1994. – 224 s.
12. Murugina V. V. Defektnost' yuridicheskikh faktov kak negativnaya cherta pravovoi sistemy: Avtoref. diss. ...kand. yurid. nauk. Saratov, 2010.
13. Polenina S. V. Rossiiskoe zakonodatel'stvo: problemy i perspektivy. M., 1995. – 478 s.
14. Sibgatullina G. R. Defekty prava: prichiny i mekhanizmy ikh ustraneniya. //URL: <http://old.tisbi.org/science/vestnik/2010/issue3/Low/Sibgatullina.html> (Data obrashcheniya: 01.02.2014).
15. Sokolova M. A. Kachestvo yuridicheskikh dokumentov kak uslovie ikh pravovoi sostoyatel'nosti // Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika. – 2013. – № 2. – S. 40–43.
16. Suslova N. V. Defekty prava. Prichiny obrazovaniya // Problemy prava. – 2013. – № 1. – S. 126–131.
17. Tikhomirov Yu. A. Yuridicheskaya kolliziya. M., 1994. – 230 s.
18. Khusainova O. V. Pravoprimenitel'naya deyatelnost' organov gosudarstvennoi vlasti: otsenka effektivnosti, osnovnye napravleniya sovershenstvovaniya (teoretiko-pravovoi aspekt): Avtoref. diss. ... kand. yurid. nauk. Kazan', 2009.
19. Tsybulyak S. I. Defekty konstitutsionno-pravovogo regulirovaniya izbiratel'nykh otnoshenii v Rossiiskoi Federatsii: avtoref. diss. ... kand. yurid. nauk. Tyumen', 2010. – 22 s.

*Материал поступил в редакцию 20 марта 2014 г.*



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Г.Н. Комкова\*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

## ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ В СФЕРЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СТАБИЛЬНОСТИ РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА

**Аннотация:** Статья посвящена анализу понятия «экономическая стабильность государства» в контексте его роли в обеспечении стабильности конституционного строя России. Рассматриваются два важнейших аспекта экономической стабильности российского государства: единство экономического пространства и налоговая централизация. Указывается на значительную роль государства, его органов в обеспечении экономической стабильности. Гарантами стабильности российской экономики выступают как глава государства, так и органы законодательной, исполнительной и судебной власти, деятельность которых призвана обеспечить незыблемость принципов, по которым ведется экономическая деятельность. Отмечается важность правового регулирования экономической стабильности как одного из государственных регуляторов рыночной экономики, роль судебной практики рассмотрения дел в данной сфере. Подчеркивается, что деятельность Конституционного Суда Российской Федерации способствует эффективной защите основных элементов экономической стабильности: единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. Однако при рассмотрении ряда решений Конституционного Суда РФ в экономической сфере отмечается ряд противоречий, не позволяющих в полной мере говорить о неизменности его позиций по ключевым вопросам развития экономики в стране.

**Ключевые слова:** экономическая стабильность, Конституционный Суд РФ, единство экономического пространства, налоговая централизация, федеративное устройство, налоговые льготы, позиции Конституционного Суда, защита экономической стабильности, социальное государство, баланс интересов.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11763

**С**табильность – это важнейший показатель любой действующей системы, который характеризует её состояние в плане постоянства, сохранения свойств и параметров в любых обстоятельствах. Эконо-

мическая стабильность государства – одна из важнейших гарантий стабильности конституционного строя. Именно поэтому так важно не допустить её разрушения. Ведь стабильность экономики означает, что она может разви-

© Комкова Галина Николаевна

\* Доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой конституционного и муниципального права, Саратовский государственный университет им. Н.Г. Чернышевского [komkova\_galina@mail.ru]

410026, Россия, г. Саратов, ул. Московская, д. 155.



ваться в сторону устойчивого состояния с помощью государства.

По устоявшимся представлениям экономическая стабильность – это рост курса национальной валюты, сокращение бюджетных расходов государства, постоянное повышение показателей внутреннего валового продукта страны. Россия как одно из крупнейших государств мира имеет все условия для обеспечения своей экономической стабильности. Ведь она занимает седьмое место в мире по численности населения. Земельно-ресурсный потенциал России составляет 12,5% мировой территории. На территории России сосредоточено 55% черноземных почв мира, 50% запасов пресной воды и 60% запасов древесины хвойных пород, что в сумме оценивается в 30 трлн долл. США. Разведанные запасы энергоносителей, которые находятся в земле России, составляют 30% мировых запасов и оцениваются по существующим мировым ценам в 35 трлн долл. США<sup>1</sup>. Однако не только показатели самого государства влияют на его экономическую стабильность, но и внешние факторы: мировой экономический кризис, колебания цен на энергоносители, внешнеполитические факторы. Задача органов государства в этой связи состоит в том, чтобы вести продуманную экономическую политику, минимизирующую отрицательное воздействие внешних обстоятельств на обеспечение стабильности экономического строя страны. Ведь в экономически нестабильном государстве наступают неблагоприятные последствия как для граждан, вынужденных приспосабливаться к постоянно изменяющимся условиям их жизни, так и для органов власти, по отношению к которым население утрачивает доверие в их способности вести продуманную социальную политику, а потому есть вероятность политической нестабильности и смены власти. При этом нельзя забывать, что стабильная экономика отнюдь не отвергает процесс экономического развития страны, при котором могут динамично развиваться определенные секторы экономики, использоваться различные современные технологии и методики и получать приоритетное развитие те отрасли экономики, которые важны для государства именно в данный период. Стабильность также означает, что государство должно осуществлять экономическую политику предсказуемо, в соответствии с целью поддержания высокого и устойчивого уровня экономического роста и занятости населения.

При кратковременном дестабилизирующем воздействии либо изнутри, либо извне на экономическую систему должен обеспечиваться возврат к стабильному состоянию. Справедливо в этой связи замечание И.П. Воробьевой: «Как представитель интересов общества в целом государство заинтересовано в устойчивом, сбалансированном развитии всех своих подсистем, а значит, в том, чтобы возможные негативные тенденции в развитии экономики не привели к разрушительным последствиям. Основной целью регулирования экономики должна быть экономическая и социальная стабильность. Именно государственные меры воздействия на экономику повышают степень устойчивости системы»<sup>2</sup>. Ведь экономика, как показали события в мире последних лет, сама по себе не в состоянии ни предотвратить, ни содействовать преодолению последствий кризисов. Это возможно осуществить только путем специального правового регулирования. Не только в России, но и во многих других странах мира сейчас идет процесс усиления правового воздействия на экономические отношения.

Роль российского государства в рыночной экономике существенно изменилась по сравнению с ранее существовавшей централизованной административно-командной системой. «Эта роль, – по мнению В.А. Рахмиловича, – в настоящее время сводится, в основном к осуществлению двух функций:

- установлению того, что принято называть правилами экономической игры, то есть изданию законов, определяющих правила поведения субъектов экономической, хозяйственной деятельности, распространяющиеся на всех участников соответствующих отношений;
- контролю за соблюдением установленных правил и защите всех возникающих в соответствии с этими правилами отношений и их участников от любых противоправных нарушений с чьей бы то ни было стороны – как контрагентов и иных подобных субъектов, так и органов и должностных лиц государства»<sup>3</sup>.

При этом роль права нельзя недооценивать. «Право – это средство установления определенности и порядка в экономических отношениях. Оно стабилизирует экономические отношения и обеспечивает устойчивое, эволюционное

<sup>1</sup> Российский статистический ежегодник. 2010: Стат. сб. М.: Росстат, 2010. С. 179–180.

<sup>2</sup> Воробьева И.П. Устойчивость экономики и проблемы ее обеспечения в современной России // Вестник Томского государственного университета. 2012. № 1(17). С. 23.

<sup>3</sup> Рахмилович В.А. Экономические основы государства // Право и экономика. 1998. № 1. С. 28.



развитие экономики»<sup>4</sup>. Для федеративного государства, которым является Россия, важным фактором является единство экономического регулирования на всей её территории.

Гарантами стабильности российской экономики выступают как глава государства, так и органы законодательной и исполнительной власти, деятельность которых призвана обеспечить незыблемость принципов, по которым ведется экономическая деятельность, недопустимость отказа от важнейших основ проведения государственной экономической политики, защита в случае посягательств на них как со стороны внешних факторов, так и внутренних. Одним из важнейших государственных органов, стоящих на защите основ конституционного строя, выступает Конституционный Суд Российской Федерации. В последние годы ряд решений Конституционного Суда направлен на защиту экономической стабильности российского государства, обеспечение экономических основ конституционного строя России.

В части 1 статьи 8 Конституции Российской Федерации говорится о том, что в Российской Федерации гарантируется единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. В этой связи, Конституционный Суд РФ в своих позициях указывает, что законодательство в сфере экономики в целях обеспечения экономической стабильности должно предусматривать общеобязательные правила функционирования рынка, признание их на всей территории России, защиту и охрану всех форм и субъектов экономической деятельности, единое финансовое, валютное, кредитное и таможенное регулирование.

Основой экономической стабильности Российского федеративного государства выступает единство экономического пространства. Конкретизируя обязанность государства по гарантированию единства экономического пространства Конституционный Суд РФ указал, что «Конституция (п. «ж» ст. 71) относит установление правовых основ единого рынка к ведению Российской Федерации, поскольку без обеспечения приоритетного, прямого действия законов, закрепляющих эти правовые основы (ГК, законы в области антимонопольной политики и защиты конкуренции, ценообразования, финансового, валютного, кредитного, таможенного регулирования и т.п.), на территории всего государства свобода экономической деятельности не может быть

реализована»<sup>5</sup>. В другом Постановлении высшего органа конституционного контроля отмечается, что закрепленный в Конституции РФ (ст.8 и 71) принцип единства экономического пространства предопределяет проведение единой финансовой политики и, соответственно, наличие единой финансовой системы, включая бюджетную и налоговую; при этом органы государственной власти субъектов РФ участвуют в финансовых, валютных и кредитных отношениях, имеющих общедоказательное значение, в той мере и постольку, в какой и поскольку это предусмотрено и допускается федеральными законами, иными правовыми актами федеральных органов государственной власти; однако отнесение финансового, валютного, кредитного регулирования к ведению Российской Федерации не препятствует органам государственной власти субъекта РФ в пределах своих полномочий осуществлять меры по мобилизации и расходованию собственных финансовых ресурсов<sup>6</sup>.

Важнейшей составляющей единства экономического пространства является так называемая «налоговая централизация», которая, по мнению Конституционного Суда РФ, представляет собой необходимость обеспечения исключительной компетенции Российской Федерации в налоговой сфере, включающей в себя единую налоговую политику, единство налоговой системы, равное налоговое бремя и установление налоговых изъятий только на основании закона<sup>7</sup>. Единство экономического пространства и, следовательно, единство налоговой системы также обеспечиваются единой системой федеральных налоговых органов. Это означает, что и органы государственной власти субъектов Федерации и органы местного самоуправления не вправе устанавливать дополнительные налоги и сборы, не предусмотренные федеральным законом, а также льготы по их уплате.

Как отмечается в одном из решений Конституционного Суда РФ... «не допускается установление налогов, нарушающее единство экономического пространства Российской Фе-

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 04.03.1997 № 4-П «По делу о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона от 18 июля 1995 года «О рекламе»» // СЗ РФ. 1997. № 11. Ст. 1372.

<sup>6</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 10.12.1997 № 19-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного закона) Тамбовской области» // СЗ РФ. 1997. № 51. Ст. 5877.

<sup>7</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 21.03.1997 № 5-П «По делу о проверке конституционности положений абзаца второго пункта 2 статьи 18 и статьи 20 Закона Российской Федерации от 27 декабря 1991 года «Об основах налоговой системы в Российской Федерации»» // СЗ РФ. 1997. № 13. Ст. 1602.

<sup>4</sup> Яковлев В.Ф. Правовое государство: вопросы формирования. М.: Статут, 2012. С. 5.



дерации..., недопустимо как введение региональных налогов, которое может прямо или косвенно ограничивать свободное перемещение товаров, услуг, финансовых средств в пределах единого экономического пространства, так и введение региональных налогов, которое позволяет формировать бюджеты одних территорий за счет налоговых доходов других территорий либо переносить уплату налогов на налогоплательщиков других регионов»<sup>8</sup>. Здесь видно, что категория экономической стабильности всего государства тесно связана с экономической стабильностью её регионов, поскольку нарушение экономического равновесия, устойчивости в одном из субъектов РФ обязательно скажется на стабильности всей системы. Именно поэтому решения федерального Конституционного Суда важны не только для обеспечения конституционной законности на всей территории России, но и в качестве фактора предотвращения нарушения экономической стабильности для всех участников экономического процесса.

Однако при защите экономической стабильности необходимо соблюдать баланс интересов, имея в виду не только интересы государства, но граждан, которые проживают в нем. Теория баланса интересов является важнейшей в конституционном праве, а Конституционный Суд дает в этом смысле практический материал для её изучения. В этой связи показательным является так называемое «челябинское дело»<sup>9</sup>. Суть дела в том, что пунктом 2 статьи 4 Закона Челябинской области от 28 ноября 2002 года № 114-ЗО «О транспортном налоге» пенсионерам и многодетным семьям, в собственности которых находятся транспортные средства любой мощности, была предоставлена налоговая льгота по транспортному налогу в виде значительно сниженной (по сравнению с обычной) налоговой ставки.

Закон Челябинской области от 30 сентября 2008 года № 312-ЗО «О внесении изменений

в статьи 2 и 4 Закона Челябинской области «О транспортном налоге» ограничил круг лиц, которым предоставляется данная налоговая льгота, теми налогоплательщиками, чьи легковые автомобили имеют мощность двигателя до 150 лошадиных сил включительно. Она представляет собой уплату данного налога по минимальной ставке 1 рубль с каждой лошадиной силы только в отношении одного транспортного средства по выбору налогоплательщика.

Обращение пенсионерки Н.П. Андреевой в Челябинский областной суд и Судебную коллегия по административным делам Верховного Суда Российской Федерации по поводу обжалования данного Закона Челябинской области как, по её мнению, устанавливающего дискриминационное разделение льготной категории граждан (пенсионеров) в зависимости от мощности двигателя легкового автомобиля, находящегося в их собственности, без учета фактической способности налогоплательщика к уплате налога, не было удовлетворено на том основании, что «оспариваемые законоположения не противоречат федеральному закону».

Уставный суд Челябинской области, рассмотрев по жалобе Н.П. Андреевой дело о проверке соответствия тех же положений Закона Челябинской области «О транспортном налоге» Уставу (Основному Закону) Челябинской области, пришел к выводу, что отмена соответствующей налоговой льготы для определенной категории пенсионеров представляет собой отказ Челябинской области от взятых ею на себя обязательств по обеспечению условий для социальной поддержки и социального обслуживания населения Челябинской области, и постановлением от 12 февраля 2013 года признал пункт 2 статьи 4 названного Закона не соответствующим статьям 2 (часть 1) и 69 (часть 1) Устава (Основного Закона) Челябинской области в той мере, в какой им ограничивается право данной категории пенсионеров на налоговую льготу. Однако Законодательное Собрание Челябинской области, не согласившись с данным решением, обратилось в Конституционный Суд РФ, который вынес противоположное решение. Он указал: «Осуществленное законодателем Челябинской области в пределах его дискреционных полномочий изменение правового регулирования отношений по льготному налогообложению не может расцениваться и как снижающее конституционно обусловленный уровень социальной защиты пенсионеров и нарушающее их имущественные права. Соответственно, указанное законоположение не противоречит Конституции Российской Федерации и как таковое сохраняет юридическую силу и подлежит применению судами, другими органами и должностными

<sup>8</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 22.07.2002 № 14-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона «О реструктуризации кредитных организаций», пунктов 5 и 6 статьи 120 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобами граждан, жалобой региональной общественной организации «Ассоциация защиты прав акционеров и вкладчиков» и жалобой ОАО «Воронежское конструкторское бюро антенно-фидерных устройств» // СЗ РФ. 2002. № 31. Ст. 3161.

<sup>9</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 02.12.2013 № 26-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 4 Закона Челябинской области «О транспортном налоге» в связи с запросом Законодательного Собрания Челябинской области» // СЗ РФ. 2013. № 50. Ст. 6669.



лицами»<sup>10</sup>. Таким образом, в данном случае Конституционный Суд РФ вынес решение, разрешающее региональным законодателям снижать уровень социальной защиты граждан в связи с изменившимися обстоятельствами. Так как похожие процессы отказа региональных органов государственной власти от своих социальных обязательств в связи с отсутствием достаточных финансовых средств наблюдаются практически во всех субъектах Российской Федерации, данное решение позволяет всем региональным органам власти, не нарушая Конституцию РФ, тем не менее изменять свои социальные обязательства в сторону их уменьшения. Однако, на наш взгляд, это противоречит части 2 ст. 55 Конституции РФ: «В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина». Снижение уровня социальной защиты – это и есть умаление прав граждан, которые сначала имели льготы по уплате транспортного налога, а потом их утратили. На это указывает и судья Конституционного Суда РФ Г.А. Гаджиев в Особом мнении по данному делу: «Постановление Уставного суда Челябинской области имеет очень важное превентивное значение, особенно в преддверии введения регионального налога на недвижимость. Оно предупреждает регионального законодателя о том, что в налоговой политике нельзя руководствоваться исключительно фискальными соображениями, что законодатель ограничен конституционными принципами, и прежде всего принципом равенства, предполагая, что каждое нормативное решение должно носить конституционно-обоснованный характер»<sup>11</sup>. Ведь Уставный суд Челябинской области, вынося свое решение, в том числе исходил из того, что Законодательным Собранием Челябинской области не предоставлено доказательств того, что оно руководствовалось конституционными принципами равенства и справедливости при внесении изменений в правовое регулирование об изменении в Закон о транспортном налоге. Ведь в другом своем решении Конституционный Суд РФ совершенно справедливо указывал: «Изменение

законодателем ранее установленных условий должно осуществляться таким образом, чтобы соблюдался принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, который предполагает сохранение разумной стабильности правового регулирования и недопустимость внесения произвольных изменений в действующую систему норм, а также – в случае необходимости – предоставление гражданам возможности (в частности посредством установления временного регулирования) в течение некоторого переходного периода адаптироваться к вносимым изменениям. С этим связаны законные ожидания граждан, что приобретенное ими на основе действующего законодательства право будет уважаться властями и будет реализовано»<sup>12</sup>.

Решения Конституционного Суда РФ в целях обеспечения экономической стабильности в стране должны защищать устойчивость экономической системы, в том числе и путем нахождения справедливого баланса между конституционно значимыми ценностями. Как отмечает судья Конституционного Суда РФ Н.С. Бондарь: «Конституционный суд не только призван обеспечивать достижение баланса конституционных ценностей, создавать условия для конституционно-правовой оптимизации публичной власти, с одной стороны, и для эффективной защиты прав и свобод человека и гражданина – с другой, но Суд играет активную роль в формировании новых доктринальных подходов к институтам конституционного строя и механизмам их обеспечения, а в конечном счете, и в утверждении приоритетов конституционных ценностей, в разработке, уточнении, развитии критериев оптимального баланса между ними»<sup>13</sup>. Именно поэтому так важны решения Конституционного Суда РФ в определении пределов государственного вмешательства в экономику, реализации экономических свобод, а также льгот и преференций в экономической сфере. Стабильность решений самого Конституционного Суда РФ, неизменность его позиций, в том числе и по вопросам

<sup>12</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 29.01.2004 № 2-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 30 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» в связи с запросами групп депутатов Государственной Думы, а также Государственного Собрания (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия), Думы Чукотского автономного округа и жалобами ряда граждан» // СЗ РФ. 2004. № 6. Ст. 450.

<sup>13</sup> Бондарь Н.С. Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практике конституционного правосудия. Серия «Библиотечка судебного конституционализма». Вып. 2. М.: Юрист, 2013. С. 38.

<sup>10</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 02.12.2013 № 26-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 4 Закона Челябинской области «О транспортном налоге» в связи с запросом Законодательного Собрания Челябинской области» // СЗ РФ. 2013. № 50. Ст. 6669.

<sup>11</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 02.12.2013 № 26-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 4 Закона Челябинской области «О транспортном налоге» в связи с запросом Законодательного Собрания Челябинской области» // СЗ РФ. 2013. № 50. Ст. 6669.



экономического развития государства, является важным фактором обеспечения стабильности конституционного строя России, а значит, и благополучия её жителей. Правовые позиции Конституционного Суда РФ в сфере обеспече-

ния экономической стабильности Российского государства должны быть основаны на балансе интересов рыночной экономики и социального государства, что сложно осуществимо в современных реалиях.

#### Библиография:

1. Бондарь Н.С. Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практике конституционного правосудия. Серия «Библиотечка судебного конституционализма». Вып. 2. М., 2013. – 176 с.
2. Воробьева И.П. Устойчивость экономики и проблемы ее обеспечения в современной России // Вестник Томского государственного университета. 2012. № 1(17). – С. 23.
3. Рахмилович В.А. Экономические основы государства // Право и экономика. 1998. № 1. – С. 28.
4. Яковлев В.Ф. Правовое государство: вопросы формирования. М., 2012. – 488 с.
5. Ломакина С.В. Роль правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации в развитии трудового законодательства // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2011. № 4. – С. 159–167.
6. Борисенков А.А. Современная российская Конституция о власти // Вопросы права и политики. – 2014. № 1. – С. 19–44.
7. Безруков А.В. Роль Президента России в механизме реализации конституционных принципов федерализма, единства государственной власти и разделения властей // Политика и Общество. – 2013. № 3. – С. 263–269.
8. Шахрай С.М. Роль решений Конституционного Суда Российской Федерации в становлении конституционной модели российского федерализма // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2012. № 2. – С. 27–36.

#### References:

1. Bondar' N.S. Aksiologiya sudebnogo konstitutsionalizma: konstitutsionnye tsennosti v teorii i praktike konstitutsionnogo pravosudiva. Seriya «Bibliotekha sudebnogo konstitutsionalizma». Vyp. 2. M., 2013. – 176 s.
2. Vorob'eva I.P. Ustoichivost' ekonomiki i problemy ee obespecheniya v sovremennoi Rossii // Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. 2012. № 1(17). – S. 23.
3. Rakhmilovich V.A. Ekonomicheskie osnovy gosudarstva // Pravo i ekonomika. 1998. № 1. – S. 28.
4. Yakovlev V.F. Pravovoe gosudarstvo: voprosy formirovaniya. M., 2012. – 488 s.
5. S.V. Lomakina Rol' pravovykh pozitsii Konstitutsionnogo suda Rossiiskoi Federatsii v razvitii trudovogo zakonodatel'stva // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya. – 2011. № 4. – С. 159–167.
6. Borisenkov A.A. Sovremennaya rossiiskaya konstitutsiya o vlasti // Voprosy prava i politiki. – 2014. № 1. – С. 19–44.
7. Bezrukov A.V. Rol' Prezidenta Rossii v mekhanizme realizatsii konstitutsionnykh printsipov federalizma, edinstva gosudarstvennoi vlasti i razdeleniya vlastei // Politika i Obschestvo. – 2013. № 3. – С. 263–269.
8. Shakhrai S.M. Rol' reshenii Konstitutsionnogo Suda Rossiiskoi Federatsii v stanovlenii konstitutsionnoi modeli rossiiskogo federalizma // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya. – 2012. № 2. – С. 27–36.

*Материал поступил в редакцию 6 апреля 2014 г.*



А.В. Безруков\*, А.А. Кондрашев\*\*

# РОССИЙСКИЕ КОНСТИТУЦИОННО-ПОЛИТИЧЕСКИЕ КОНТРЕФОРМЫ 2012–2013 ГОДОВ: РЕАЛИЗАЦИЯ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

**Аннотация:** В статье исследуются изменения российского законодательства в части порядка формирования палат российского парламента, порядка замещения должности главы субъекта Российской Федерации, а также конституционно-политические преобразования в сфере реализации конституционных прав граждан. Авторы, на основе обобщения действующего законодательства и практики, современных примеров и основных направлений федеративных преобразований и избирательной системы, проводят системный анализ законодательных ограничений прав граждан на свободу манифестаций, мысли и слова, пассивного избирательного права. Исследовательская работа построена на применении методов анализа и синтеза, историко-правового, формально-юридического, сравнительно-правового, научного абстрагирования, а также законов формальной логики. Используемые методы позволили определить поставленные в работе задачи и предложить конструктивные пути их решения, авторское решение. С учетом анализа основных направлений конституционно-политических преобразований авторы формулируют предложения по совершенствованию законодательства и практики, прогнозируют возможные пути развития современной политической системы России, обращают внимание на проведение политических преобразований в рамках Конституции РФ и при условии обеспечения конституционных прав и свобод граждан.

**Ключевые слова:** федеративные реформы, федерализм, парламент, конституционные права граждан, манифестации, свобода слова, Президент, Конституция РФ, политическая система, законодательство.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11388

Многие современные российские конституционные преобразования, включая федеративные реформы, продолжают осуществляться с различной периодичностью, охватывая вопросы обеспечения конституционных прав граждан, укрепления властной вертикали, разграничения федеральных и региональных полномочий, избирательные правоотношения и пр. При этом важное значение законодатель уделяет поиску оптимальной модели формирования органов государственной власти, что выразилось в систематическом

изменении порядка формирования палат российского парламента, порядка замещения должности глав субъектов РФ.

После неоднократного реформирования избирательной системы в течение 2005–2008 годов (отмена порога явки, графы «против всех», пропорционализации депутатских выборов на всех уровнях публичной власти) произошла очередная модернизация формирования Совета Федерации. После перехода от должностного к представительному способу формирования палаты, законодателем был уточнен порядок

© Безруков Андрей Викторович

\* Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного, административного и муниципального права, Сибирский федеральный университет [abezrukov@bk.ru]

660018, Россия, г. Красноярск, ул. Маерчака, д. 6.

© Кондрашев Андрей Александрович

\*\* Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного, административного и муниципального права, Сибирский федеральный университет [legis75@mail.ru]

660018, Россия, г. Красноярск, ул. Маерчака, д. 6.

Статья подготовлена при финансовой поддержке  
Российского гуманитарного научного фонда, проект № 13-13-24005.



формирования Совета Федерации, который с 1 января 2011 г. стал формироваться только из числа депутатов региональных и местных представительных органов<sup>1</sup>. Впоследствии такое право было предоставлено и депутатам Государственной Думы (входивших в соответствующую региональную группу федерального списка соответствующей партии)<sup>2</sup>.

Однако позднее парламентом принят Федеральный закон от 03 декабря 2012 года № 229-ФЗ «О порядке формирования Совета Федерации»<sup>3</sup>, который скорректировал процедуру его формирования. Кандидаты от парламента субъекта РФ выдвигаются только из числа депутатов соответствующего регионального законодательного органа, причем выдвинуть кандидата может спикер, фракция или объединение депутатов числом не меньше одной пятой от общего количества депутатов. Кандидаты от главы субъекта РФ должны будут пройти процедуру выборов вместе с ним списком в составе трех претендентов на пост сенатора. Избиратель, отдав предпочтение тому или иному кандидату в губернаторы, должен будет также выбрать одного из трех предложенных им кандидатов в Совет Федерации. Первоначально в законопроекте предполагалось, что кто из тройки кандидатов наберет наибольшее количество голосов избирателей, тот и будет представлен в верхнюю палату российского парламента. Однако в конечном счете законодатель оставил окончательный выбор своего представителя за главой субъекта РФ, что, по сути, не позволяет определить смысл участия избирателей в процедуре отбора кандидатов и фактически делает его фиктивным. Законодателем также ужесточены требования к кандидату в члены Совета Федерации. Среди них – безупречная репутация, проживание в соответствующем субъекте РФ не менее 5 лет.

Очевидно, что такие преобразования только частично демократизировали процедуру формирования верхней палаты. Во-первых, теперь это представители от регионов и его населения, знакомые с проблемами региона и уже прошедшие процедуру выборов, получив

мандат доверия от избирателей. Во-вторых, такой шаг, по сути, позволяет нам вернуть систему многостепенных выборов, имеющую свои сильные стороны, и не требует в этой части изменения Конституции РФ. В-третьих, качественный состав верхней палаты представлен более разнообразными политическими формированиями, что создает определенную платформу для конструктивной работы различных политических групп в парламенте.

Тем не менее, стремясь смоделировать оптимальный вариант формирования верхней палаты, правильным, по нашему мнению, будет окончательный выбор кандидата от главы региона оставить именно за избирателем. В дальнейшей перспективе оптимальным представляется переход к прямым выборам членов Совета Федерации, что ощутимо расширит возможности реализации избирательных прав граждан и укрепит демократическую основу российского парламента, что уже неоднократно предлагалось российскими учеными-конституционалистами<sup>4</sup>.

После установления пропорциональной системы, а затем введения преференциального голосования, Президент РФ в Послании парламента России в декабре 2012 года предложил вернуться к прежней схеме избрания депутатов Государственной Думы по смешанной мажоритарно-пропорциональной избирательной системе<sup>5</sup>.

В соответствии с Федеральным законом от 22 февраля 2014 года «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»<sup>6</sup> выборы депутатов Госдумы вновь проводятся на основе смешанной избирательной системы, предусматривающей, что половина депутатов избирается по одномандатным избирательным округам, другая половина – по федеральному избирательному округу пропорционально числу голосов избирателей, поданных за федеральные списки кандидатов.

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон от 14.02.2009 № 21-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с изменением порядка формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 7. Ст. 789.

<sup>2</sup> См: Федеральный закон от 05.10.2011 № 264-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О порядке формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации»» // СЗ РФ. 2011. № 41 (ч. 1). Ст. 5629.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2012. № 50 (часть 4). Ст. 6952.

<sup>4</sup> См. напр.: Кабышев В.Т., Заметина Т.В. Совет Федерации: модернизация или консервация (размышления) // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 3. С. 35–36; Юсубов Э.С. К вопросу о прямых выборах членов Совета Федерации в контексте реформы избирательного законодательства // Избирательное законодательство: проблемы и пути совершенствования: материалы VII Международной научно-практической конференции. Томск, 2013. С. 75–77.

<sup>5</sup> Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ 12 декабря 2012 года // Российская газета. 2012. 13 декабря. С. 2–3.

<sup>6</sup> Федеральный закон от 22 февраля 2014 года «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // Российская газета. 2014. 26 февраля. С. 5–8.



Такой подход вовсе не является архаизмом или шагом назад. Возврат к смешанной избирательной системе выборов депутатов Думы неоднократно предлагался многими учеными-конституционалистами и практиками, поскольку такая избирательная система представляется наиболее оптимальной, балансирует достоинства и недостатки мажоритарной и пропорциональной избирательных систем, создает более демократичную платформу для выборов депутатов Думы, учитывает как политические (партийные), так и индивидуальные предпочтения избирателей.

Что касается возврата к прямым выборам глав регионов, то однозначно он заслуживает одобрение, хоть реставрирован и в усложненном порядке (при наличии не менее 2-х т.н. «фильтров» – муниципального и президентского<sup>7</sup>), и в рамках существования альтернативной возможности избрания главы субъекта РФ депутатами регионального парламента с участием политических партий по представлению Президента РФ (такой порядок уже закрепили в своих учредительных документах Дагестан, Ингушетия, Северная Осетия)<sup>8</sup>. Такая альтернативная возможность избрания руководителя региона парламентом субъекта РФ не вполне отвечает принципам российского федерализма (равноправия субъектов РФ, единства государственной власти) и создаст условия для ограничения избирательных прав граждан, следовательно, решение о парламентском способе избрания главы региона должно приниматься населением непосредственно, а не через депутатов.

Обратимся предметно к анализу конституционно-политических преобразований в сфере реализации конституционных прав граждан, в частности, обеспечения права на манифестации. После прошедших в декабре 2011 – январе 2012 года митингов в Москве, когда сотни тысяч российских граждан вышли на улицы столицы с требованиями к властям об отмене результатов выборов в Государственную Думу, которые, по их мнению, были явно фальсифицированы в пользу т.н. «правящей» партии, и архитекторам «суверенной демократии» стало

сложно говорить о «всенародной» поддержке «Единой России» и политики т.н. «тандема». Такого не было в новейшей истории России, ведь даже гражданские протесты против путча ГКЧП в августе 1991 года и митинги вокруг Белого дома в октябре 1993 года собрали меньше людей, чем зимние протесты 2011–2012 годов.

После вынужденной либерализации политической системы, когда нынешний Председатель правительства, а тогда третий президент Д.А. Медведев выдвинул ряд прогрессивных инициатив (возвращение губернаторских выборов, введение упрощенной регистрации политических партий посредством снижения их численности и облегчения процедурных требований – с 40 000 членов до 500, отказ от сбора подписей на выборах в ГД, возврат к смешанной системе на выборах в ГД), постепенно начался очевидный «откат» от политики продолжения реформы конституционного законодательства.

Избранный в марте 2012 года на шестилетний срок Президент В.В. Путин (после четырехгодичного перерыва) взял курс на «ужесточение» правового регулирования институтов гражданского общества и ограничение политических прав граждан. Основной причиной своего рода законодательного «термидора» стало резкое усиление гражданской активности и повышение градуса политического протеста в России через использование таких ранее неизвестных форм, как социальные сети и массовые публичные акции (митинги, шествия, пикеты). В условиях, когда, с одной стороны, парламентские политические партии находятся под полным или частичным контролем президентской администрации<sup>9</sup>, а создающиеся партии, не обладают даже минимальной известностью среди различных социальных слоев российского общества, особую роль в аккумуляции протестов приобрели общественные деятели т.н. «внесистемной» оппозиции, неконтролируемые властью (в частности, блоггеры, журналисты, писатели). В этой связи действующими властными институтами был взят курс на дискредитацию в обществе активных деятелей внесистемной оппозиции и подерживающих их общественных организаций.

<sup>7</sup> Вискулова В.В. Первый опыт применения нового порядка избрания губернаторов в пяти областях Российской Федерации: проблемы и дефекты. Точка зрения практика // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 6. С. 87–95; Полатов З.Т. Новый порядок наделения полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2012. № 8. С. 9–12.

<sup>8</sup> См. подробнее: Безруков А.В. Федеративные преобразования: шаги назад или оптимизация порядка формирования органов государственной власти? // Современное право. 2013. № 9.

<sup>9</sup> Согласно открытым данным, проанализированных экспертами одного ведущего периодического издания, специализирующегося на политической тематике, Управление внутренней политики администрации президента, состоящее из 11 (!) департаментов в составе 140 человек, а также Управление по общественным проектам (более 50 человек) практически тотально контролируют деятельность парламентских партий, НКО и религиозных объединений. См.: Сурначева Е. Центр управления демократией // Коммерсантъ-Власть. 2013. № 15 (1020).



И главным аргументом власти в проведении этой политики явилось принятие Федерального закона от 20.07.2012 № 121-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента»<sup>10</sup>. Основной причиной его принятия стало стремление артикулировать позицию, согласно которой критики действующей власти (среди некоммерческих организаций) – это агенты иностранных государств, т.е. фактически шпионские организации, или, иначе говоря, враги российской государственности. Как обоснованно замечает И.А. Купина<sup>11</sup>, в русском языке понятие «агент» имеет три смысловых значения, и при этом два из них имеют идеологическое наполнение в сочетаниях «иностраный агент», «агент буржуазии или империализма»<sup>12</sup> или «шпион», секретный сотрудник какого-либо государства<sup>13</sup>.

Но принятие этого закона стало не просто политическим «жестом», показывающим российским гражданам, что критика режима ведется врагами страны, которых финансируют иностранные государства, а ввело уникальные не только для нашей страны, но и для всего мира требования, обращенные к субъектам гражданского общества. Рассмотрим же его положения более детально.

Во-первых, иностранными агентами признаются некоммерческие организации, получающие денежные средства или имущество от иностранных государств и участвующие в «политической деятельности» (ст. 2 Закона). Но при этом в Законе понятие «политическая деятельность» вообще не раскрыто, что дает возможность считать потенциально любую деятельность таковой. В тексте Закона есть лишь крайне спорные положения, которые даже оценочными понятиями считать сложно. Так, согласно нормам закона, «некоммерческая организация, за исключением политической партии, признается участвующей в политической деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации, если независимо от целей и задач, указанных в ее учредительных документах, она участвует (в том числе путем финансирования) в организации и проведе-

нии политических акций в целях воздействия на принятие государственными органами решений, направленных на изменение проводимой ими государственной политики, а также в формировании общественного мнения в указанных целях» (ст. 2 Закона). Но ведь любая общественная организация посредством проведения своих акций, в том числе и публичных, может ставить целью воздействовать на общественное мнение и изменение государственной политики в соответствующей сфере (например, некоммерческая организация, объединяющая многодетных родителей, выступает за предоставление дополнительных государственных льгот этим семьям)!

Во-вторых, эти организации могут подвергаться в любое время внеплановым проверкам, если имеются заявления граждан, сообщения в СМИ о неких «признаках экстремизма» (причем что это за признаки Закон не уточняет!), а также если в уполномоченный орган поступила информация от государственных органов, органов местного самоуправления о нарушении некоммерческой организацией, выполняющей функции иностранного агента, законодательства Российской Федерации в сфере ее деятельности. Иными словами, сняты всякие ограничения для вмешательства в деятельность некоммерческих организаций, названных иностранными агентами, когда на основании любого сообщения деятельность любого НКО может быть парализована проверкой прокуратуры или Минюста по надуманным поводам.

В-третьих, установление уголовно-правовых санкций в отношении граждан за злостное уклонение от представления документов о включении НКО в реестр иностранных агентов (ст. 330.1 УК РФ) также служит цели запугивания гражданских активистов, особенно в условиях, когда вообще непонятно, какого рода деятельность НКО подпадает под определение «политической».

Обычно апологеты этого закона ссылаются на опыт США, где первый соответствующий закон был принят в 1938 году под названием «Акт о регистрации иностранных агентов» (en:Foreign Agents Registration Act, FARA<sup>14</sup>), который и ввел понятие иностранного агента в законодательство. Акт о регистрации иностранных агентов содержит следующие требования к их деятельности. Во-первых, они должны регистрироваться с указанием их имени, адреса и иностранного клиента, в интересах которого они действуют. Во-вто-

<sup>10</sup> СЗ РФ. 2012. № 30. Ст. 4172.

<sup>11</sup> Купина Н.А. Идеологема «иностраный агент»: три дня в июле 2012 года // Политическая лингвистика. 2012. № 3 (41). С. 43.

<sup>12</sup> См.: Словарь русского языка: в 4 т. / гл. ред. А.П. Евгеньева. М., 1981. Т.1. С. 24.

<sup>13</sup> Словарь синонимов русского языка: в 2 т. / гл. ред. А.П. Евгеньева. Л., 1971. Т.2. с. 331.

<sup>14</sup> URL: <http://www.fara.gov>. Официальный сайт Департамента юстиции США.



рых, любая литература или иная информация, распространяемая иностранными агентами, должна отмечаться в качестве таковой. В-третьих, закон обязывает предоставлять подробный отчет о своей деятельности, в который должны быть включены сведения о всех лоббистских контактах с представителями власти, сумме полученного вознаграждения и израсходованных средствах, вопросах, обсуждаемых с законодателями<sup>15</sup>.

Но при этом авторы российского закона об иностранных агентах забывают уведомить россиян о том, что этот закон в США фактически не применяется к организациям, получающим иностранное финансирование (с точки зрения использования уголовно-правовых мер) уже более пятидесяти лет по нескольким причинам. Во-первых, данный акт был принят в целях борьбы с организациями, пропагандирующими фашизм и коммунизм, и после разгрома нацизма, а впоследствии и крушения социалистической системы, потерял всякую актуальность. После же принятия в США законодательства о лоббизме 1995 года действие закона было еще более сужено и касается теперь организаций, отстаивающих политические интересы иностранных правительств, тогда как экономические лоббисты регистрируются в соответствии с законом о лоббизме. Во-вторых, даже если пытаться его применять, то это крайне сложно, так как нормы закона требуют, чтобы для регистрации в качестве иностранного агента было доказано, что организация получает не иностранное финансирование, а инструкции из-за рубежа, определяющие ее деятельность на территории США. В-третьих, американский закон «О регистрации иностранных агентов» не затрагивает общественные организации. Действие FARA не распространяется на структуры, «чья деятельность носит... религиозный, академический, научный или художественный характер», а также на те, чья «деятельность служит главным образом не иностранным интересам».

В российской практике применение данного закона вызвало многочисленные проблемы. В течение почти года после его принятия Минюст не смог выявить ни одного «иностранного агента». И лишь после того, как Президент В.В. Путин публично призвал инициировать проверки в отношении НКО<sup>16</sup>,

прокуратура совместно с Минюстом приняла требовать от некоммерческих организаций объявлять себя иностранными агентами. И это повлекло множество проблем. Весной 2013 года в ряде некоммерческих организаций начались проверки. Прокуроры приходили в офисы Human Rights Watch, Московской Хельсинкской группы, Amnesty International и сотен иных некоммерческих организаций. Принять статус «иностранного агента» было предписано ассоциациям «Голос» и «Агора», Комитету солдатских матерей и благотворительной организации «Помощь больным муковисцидозом»<sup>17</sup>.

Другой формой ограничения протестной активности стало принятие Федерального закона от 8 июня 2012 года № 65-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»<sup>18</sup>, размер штрафов, налагаемых на граждан за правонарушения, связанные с публичными мероприятиями, увеличился с нескольких тысяч до 300 тысяч. По конкретным составам административных правонарушений произошли следующие изменения (для граждан):

- статья 5.38 КоАП РФ – размер штрафа увеличился со 100 рублей до 30 тысяч (т.е. в 300 раз);
- статья 20.2 КоАП РФ – размер штрафа увеличился с 1 – 2 тысяч рублей до 300 тысяч рублей (т.е. в 300 раз);
- статья 20.2.2 КоАП РФ – статья впервые введена; размер штрафа составляет до 300 тысяч рублей;
- статья 20.18 КоАП РФ – размер штрафа увеличился с 2 – 2,5 тысяч рублей до 100 тысяч (т.е. в 50 раз).

При этом увеличения размера штрафа по смежным составам административных правонарушений не произошло. Так, размер штрафа за мелкое хулиганство составляет до 1 – 2,5 тысяч рублей; за неповиновение законному распоряжению или требованию сотрудника полиции – до 1 тысячи рублей; за пропаганду

новлен порядок деятельности НКО в России, в том числе это касается их финансирования из-за границы. Любое прямое или косвенное вмешательство в наши внутренние дела, любые формы давления на Россию, на наших союзников и партнеров – недопустимо», – сказал глава государства // Путин поговорил с ФСБ. URL:<http://www.interfax.ru/russia/txt.asp?id=290530>.

<sup>17</sup> В конце июня 2013 года первой зарегистрированной организацией стало некоммерческое партнерство «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ». См.: У Минюста есть один иностранный агент // Коммерсантъ-Online. 2013. 28 июня.

<sup>18</sup> СЗ РФ. 2012. № 24. Ст. 3082.

<sup>15</sup> См.: Жуков М.В. История регулирования лоббизма в США // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 11. С. 67–68.

<sup>16</sup> Так, выступая на коллегии ФСБ 14 февраля 2013 года, Президент России В.В. Путин отметил недопустимость вмешательства в государственные дела России через НКО и попросил проследить и за этим. «Сегодня уста-



и публичное демонстрирование нацистской атрибутики или символики – до 1 – 2 тысяч рублей. Иными словами, у авторов закона не было реальной цели создать адекватный механизм правового регулирования обеспечения общественного порядка и безопасности; комплексное правовое регулирование отсутствует. Как совершенно справедливо отмечается специалистами, «точечное регулирование отдельных вопросов обеспечения безопасности и общественного порядка представляется чрезмерным»<sup>19</sup>.

Более того, ряд административных штрафов за нарушение законодательства о митингах превышает размер штрафов за уголовные преступления, по своей степени общественной опасности сходные с указанными административными проступками. Так, например за вандализм (т. 214 УК РФ) установлена санкция в виде штрафа в 40 000 рублей или обязательные работы до 360 часов, а за нарушение порядка проведения публичного мероприятия, повлекшего причинение вреда имуществу, установлен штраф в размере от 150 до 300 тысяч рублей (ч. 6 ст. 20.2. КоАП РФ). Согласно ст. 167 УК РФ за умышленное уничтожение или повреждение имущества устанавливается штраф в размере до сорока тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до трех месяцев, либо обязательными работами на срок до трехсот шестидесяти часов (а также иные санкции), а согласно ст. 20.2.2. КоАП РФ организаторы и участники несанкционированных публичных мероприятий, если участие в них повлекло причинение вреда имуществу, отвечают в виде наложения административного штрафа в размере от ста пятидесяти тысяч до трехсот тысяч рублей или обязательных работ на срок до двухсот часов.

Третьим видом борьбы с повышением гражданского самосознания и критики действующей власти стала попытка ограничить свободу слова и одновременно уголовная криминализация такого правонарушения, как клевета, буквально за год до этого декриминализованного и ставшего административным проступком.

28 июля 2012 года<sup>20</sup> в Уголовный кодекс России вернулась статья об ответственности

за клевету. Причем редакция статьи 128.1 УК РФ дает гораздо больше возможностей для произвольного применения в целях преследования за критику. Несмотря на формальное смягчение по сравнению с прежней редакцией статьи 129 УК РФ, предусматривавшей наказание в виде лишения свободы, санкция в виде штрафа до 5 млн рублей фактически является более строгой. Ранее, в случае привлечения к уголовной ответственности за клевету, особенно впервые, обвиняемый, как правило, мог рассчитывать на условное наказание. В настоящее время по ч. 5 ст. 128.1 УК РФ может быть назначен максимально возможный по уголовному законодательству штраф, при том, что все иные негативные правовые последствия для осужденного сохраняются.

Особенно ярко в 2012–2013 годах проявилась и еще одна тенденция – это использование властными структурами правоохранительных и судебных органов для «судебной» расправы над оппозиционными активистами, или даже над серьезными учеными, посмеянными поставив под сомнение решения, вынесенные российскими судами по т.н. «политическим делам». Причем адресатом этих явно «заказных» уголовных преследований выступают несколько субъектов.

Во-первых, это простые граждане, позволившие себе не согласиться с незаконными требованиями правоохранительных органов, которые имели место в ходе массового мероприятия 6 мая 2012 года – т.н. «Марша миллионов», жестко разогнанного органами внутренних дел. Одностороннее изменение маршрута акции по инициативе полиции привело к акциям неповиновения незаконным требованиям о прекращении публичного мероприятия, а впоследствии и применению избыточных насильственных мер для разгона мирного шествия. И возбуждение уголовного дела по ст. 212 УК РФ («массовые беспорядки») должно служить суровым «уроком» для граждан, которые посмели оказать сопротивление даже незаконным действиям власти. По этому делу проходят уже 27 человек<sup>21</sup>. При этом

<sup>19</sup> Шугрина Е.С. Новые правила организации и проведения публичных мероприятий: что скажет Конституционный Суд РФ? // Муниципальное право. 2012. № 3. С. 5.

<sup>20</sup> Федеральный закон от 28.07.2012 № 141-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» //СЗ РФ. 2012. № 31. Ст. 4330.

<sup>21</sup> В настоящее время по делу о беспорядках на Болотной площади 9 человек приговорены к реальным срокам заключения, ещё 1 – к условному наказанию, 1 – признан невменяемым и отправлен на принудительное лечение, 5 – амнистированы, а остальные находятся под арестом или под подпиской о невыезде. В качестве свидетелей допрошено более 1,3 тыс. человек, подавляющее большинство из них – сотрудники правоохранительных органов. Потерпевших более 50, гражданских активистов среди них нет. К работе по делу привлечено около 200 следователей. Более шестидесяти участников шествия обратились к врачам, где были зафиксированы телесные повреждения, вплоть до переломов. Но ни од-



следует иметь в виду, что в подавляющем большинстве случаев ущерб здоровью сотрудников полиции был минимален, ограничивался легкими телесными повреждениями (синяки, ссадины и проч.). Один из обвиняемых был осужден к условному сроку, девять участников шествия получили реальные сроки заключения (от 2,6 до 4,5 лет заключения) за такие действия, как: захват дубинки у полицейского, бросание неустановленного предмета, кидание куска асфальта, схватил полицейского за руку и т.д.

Во-вторых, репрессии с привлечением сотрудников Следственного комитета РФ коснулись ученых, посмеявшихся выразить несогласие со «вступившими в законную силу приговорами» в отношении основателей компании ЮКОС М.Ходорковского и П.Лебедева посредством проведения общественной экспертизы по т.н. «второму делу» ЮКОСА<sup>22</sup>. Следственные действия в отношении экспертов проводятся в рамках уголовного дела №18/41-03, возбужденного еще в 2003 году (т.н. «первое дело ЮКОСА»). По делу допрошены или прошли обыски у всех шести экспертов, участвовавших в проведении независимой общественной экспертизы по второму делу ЮКОСА (А. Тедеев, М. Субботин, С. Гуриев, А. Наумов, О. Олейник, А. Прошляков). В российской практике еще не было прецедентов привлечения к уголовной ответственности экспертов, которые проводили «общественную экспертизу» по результатам уже вступившего в законную силу приговора суда и не имевшие возможностей изменения судебного решения.

В-третьих, началось адресное преследование деятелей «внесистемной» оппозиции по «экономическим статьям» УК РФ. Вынесен приговор в отношении наиболее яркого представителя оппозиции А.Навального, причем его неправосудность очевидна даже неспециалистам. Фактически гражданско-правовая сделка с участием посредника (получившего при этом доход в размере 15% и заплатившего все налоги) признается уголовным преступлением, не говоря уже о том, что подсудимый вообще не имел возможности принимать каких-либо решений о передаче имущества, так как не являлся должностным лицом. Все

обвинительное заключение, как и приговор суда, строится на показаниях 3-х лиц, имевших основания для оговора А.Навального (а один из них уже был осужден за хищения), а в проведении экспертизы, которая бы смогла установить – нанесен ли был действиями обвиняемых ущерб предприятию, защите вообще было отказано!

Еще одним способом ограничения деятельности внесистемной оппозиции совместно с использованием правоохранительных и судебных органов для расправ с политическими деятелями стало введение специального пожизненного «криминального ценза» для лиц, совершивших тяжкие или особо тяжкие уголовные преступления, препятствующие их участию в любых выборах на территории РФ. Но Конституционный Суд РФ признал введенный запрет не соответствующим Конституции РФ, так как «нелимитированное по времени ограничение федеральным законом пассивного избирательного права не может быть оправдано одним фактом судимости как его единственным обоснованием – такое ограничение не может быть необратимым, по смыслу статей 32 (часть 3) и 55 (части 2 и 3) Конституции Российской Федерации оно допустимо лишь как временная мера»<sup>23</sup>. Но при этом Конституционный Суд открыл возможность для законодателя устанавливать, исходя из повышенной степени их общественной опасности, ограничения пассивного избирательного права и на более продолжительные сроки, чем те же сроки судимости. И Государственная Дума оперативно воспользовалась этой возможностью, приняв закон, по которому осужденные к лишению свободы за совершение тяжких преступлений лишаются права баллотироваться в течение 10 лет со дня снятия или погашения судимости, а совершившие особо тяжкие преступления – в течение 15 лет<sup>24</sup>. Таким образом, любой оппонент действующей власти, осужденный за совершение тяжкого преступления (более 5 лет лишения свободы), будет лишен возможности

ного уголовного дела в отношении сотрудников полиции не было возбуждено // Болотное дело/ URL: <http://tru.wikipedia.org/wiki>.

<sup>22</sup> Доклад о результатах общественной правовой экспертизы по делу М.Б. Ходорковского и П.Л. Лебедева (так называемое «второе дело ЮКОСА») 21.12.2011 // URL: [http://www.presidentsovet.ru/structure/group\\_6/materials/doklad\\_o\\_rezultatakh\\_ekspertizy\\_po\\_delu\\_khodorkovskogo\\_i\\_lebedeva\\_t.php](http://www.presidentsovet.ru/structure/group_6/materials/doklad_o_rezultatakh_ekspertizy_po_delu_khodorkovskogo_i_lebedeva_t.php).

<sup>23</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 10.10.2013 № 20-П «По делу о проверке конституционности подпункта “а” пункта 3.2 статьи 4 Федерального закона “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации”, части первой статьи 10 и части шестой статьи 86 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Г.Б. Егорова, А.Л. Казакова, И.Ю. Кравцова, А.В. Куприянова, А.С. Латыпова и В.Ю. Синькова» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 43. Ст. 5622.

<sup>24</sup> Федеральный закон от 21.02.2014 № 19-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. 2014. 25 февраля.



легально участвовать в публичной политике на 15 лет минимум.

**Краткие итоги.** Следует подчеркнуть, что в целом состояние современных федеративных преобразований в рамках совершенствования системы избирательных институтов приобрело несколько более демократичный характер, расширив возможности реализации конституционных принципов федерализма и демократического государства, способствуя осуществлению избирательных прав граждан РФ в части возвращения к прямым выборам глав регионов и установления смешанной системы выборов депутатов Государственной Думы. Поэтому следует в целом концептуально поддерживать основные направления таких преобразований при условии их окончательности и завершенности. Между тем в дальнейшем законодателю предстоит вернуться к завершению порядка формирования Совета Федерации, усилив роль избирателей при отборе кандидатов от главы субъекта РФ, а возможно и разработать механизм прямых выборов членов Совета Федерации в рамках положений действующей Конституции РФ.

Что касается последующих рассмотренных преобразований политической системы, то, к сожалению, следует констатировать, что контр-реформы будут продолжаться и незначительная либерализация политической системы неизбежно сменится иными законодательными инициативами по ограничению политических прав граждан. Авторитарный российский политический режим будет терять легитимность со временем, и потеря популярности в обществе будет компенсироваться поиском внешних врагов (что явно показывает военное вмешательство России в дела суверенной Украины) и попытками снизить критику режима со стороны субъектов гражданского общества за счет репрессий по отношению к оппозиционным деятелям и организациям. Скорее всего, стоит ожидать новых законодательных мер по ограничению свободы слова в Интернете, активизации уголовных преследований в отношении ряда деятелей внесистемной оппозиции и использования различных способов манипулирования общественным мнением в угоду оправдания все новых инициатив, направленных на ограничение базовых личных и политических прав граждан<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> В рамках этой концепции поиска внешних врагов укладывается и принятие Федерального закона (т.н. закона Димы Яковлева), запретившего гражданам США усыновлять российских детей. См.: Федеральный закон от 28.12.2012 № 272-ФЗ «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской

Если же говорить о потенциально возможных демократических реформах нашей политической системы, то в первую очередь необходима глубокая и даже кардинальная конституционная реформа, которая должна в первую очередь коснуться изменения формы правления (отказа от существующей модели суперпрезидентской республики и перехода к классической президентской модели), существенного сокращения избыточных полномочий главы государства, перераспределения ряда властных функций между Президентом РФ и российским парламентом, выстраивания независимой от главы государства прокурорской системы и формирования на иных принципах органов судебной власти, прежде всего с использованием прямого народного волеизъявления и участия в этой процедуре внутренних органов самоуправления (не менее чем на 50% сформированных не из числа судей), перераспределения полномочий между федерацией и субъектами, а также между субъектами федерации и органами местного самоуправления. Кроме того, назрела необходимость в установлении ограничений на занятие всех выборных должностей от Президента России до глав муниципальных образований не более чем двумя сроками. Причем положительный пример в российском законодательстве уже есть, поскольку Федеральным законом «О Счетной Палате Российской Федерации» (ст.7), принятым в апреле 2013 года<sup>26</sup>, был введен запрет на занятие должности председателя Счетной Палаты более двух сроков. Конституция РФ также не должна быть «священной коровой»<sup>27</sup>, не подлежащей пересмотру и изменениям, это правовой акт, который должен корректироваться, реагируя на изменившиеся социальные условия, и прежде всего на запросы ведущих социальных групп общества. Тем более, что нынешняя Конституция страны, принятая фактически в условиях государственного переворота, явно испыты-

Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7597. В эту же логику укладывается и принятие изменений в Уголовный кодекс РФ (т.н. закона «о защите чувств верующих»), установившего явно непропорциональные степени общественной опасности и принципам применения уголовных наказаний штрафы за «явное неуважение к обществу и совершенные в целях оскорбления религиозных чувств верующих» (500 000 рублей) или лишение свободы до 1 года.

<sup>26</sup> Федеральный закон от 05.04.2013 № 41-ФЗ «О Счетной палате Российской Федерации» // СЗ РФ. 08.04.2013. № 14. Ст. 1649.

<sup>27</sup> При этом, как показывает российская практика, поправки в Конституцию РФ вносились в кратчайшие сроки в 2008 и 2014 гг. См.: Российская газета. 2009. 19 января, 2014. 07 февраля.



вает дефицит легитимности и по содержанию противоречива и пробельна<sup>28</sup>.

Председатель Конституционного Суда России В.Д. Зорькин отметил, что «сегодня оппозиция наращивает недоверие к власти. Завтра власть ответит тем же самым и начнет наращивать недоверие к оппозиции»<sup>29</sup>. Фактически власть сосредоточилась именно на таких методах противостояния с оппозиционными активистами, которые не хотят вступать в диалог с властными структурами (а фактически быть подконтрольными власти). Но это очень опасный путь, ведущий к расколу общества, к разделению людей на «наших» и «не наших», «своих» и «чужих», где-то даже друзей и врагов.

Расколотовое общество не способно к проведению качественных и продуктивных реформ в различных сферах, к внедрению новых правовых и политических практик, особенно если такую политику провозглашает и реализует государственная власть... Главную опасность для нынешней российской власти представляют не организованные протестные акции или деятельность неподконтрольных власти оппозиционных активистов, а стихийный бунт, который может стать реакцией на малозначимые события даже в масштабах страны. Акции протеста в европейских странах против последствий экономического кризиса (Греция,

Испания) или в той же Бразилии (против повышения цен на транспортные услуги) проходили в целом мирно, но в нашей стране, и уроки истории это наглядно показывают, любое действие властей (от несправедливого приговора до отмены каких-либо льгот) может привести к неорганизованным и неконтролируемым вспышкам насилия и уличным беспорядкам, погасить которые становится все сложнее. И события на Украине, когда действия максимум 20 тысяч общественных активистов привели к падению режима В. Януковича, которого вряд ли можно было отнести к классическим диктаторам, доказывают правильность данного тезиса. Именно поэтому власти необходимо вступать в диалог со всеми легитимными оппозиционными формированиями и радикально изменять нашу политическую систему, настроенную на «вождистскую» модель управления, когда все зависит от действий одного лица, а именно главы государства. И чем скорее «гарант Конституции» осознает, что политическая конкуренция, сменяемость власти и свобода деятельности некоммерческих организаций и являются фундаментом строительства правового и демократического государства, тем быстрее граждане смогут более эффективно реализовывать и защищать свои конституционные права.

#### Библиография:

1. Безруков А.В. Федеративные преобразования: шаги назад или оптимизация порядка формирования органов государственной власти? // Современное право. 2013. № 9.
2. Вискулова В.В. Первый опыт применения нового порядка избрания губернаторов в пяти областях Российской Федерации: проблемы и дефекты. Точка зрения практика // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 6.
3. Жуков М.В. История регулирования лоббизма в США // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 11.
4. Кабышев В.Т., Заметина Т.В. Совет Федерации: модернизация или консервация (размышления) // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 3.
5. Лукьянова Е.А. Дефекты Конституции как фактор риска законодательства (несколько тезисов о медико-юридической диагностике) // Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения/под ред. проф. С.А. Авакьяна. М., 2008.
6. Зорькин В.Д. Доверие и право // Российская газета. 2013. 29 апреля.
7. Полатов З.Т. Новый порядок наделения полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2012. № 8.
8. Словарь русского языка: в 4 т. / гл. ред. А.П. Евгеньева. М., 1981. Т. 1.
9. Словарь синонимов русского языка: в 2 т. / гл. ред. А.П. Евгеньева. Л., 1971. Т. 2.
10. Шугрина Е.С. Новые правила организации и проведения публичных мероприятий: что скажет Конституционный Суд РФ? // Муниципальное право. 2012. № 3.

<sup>28</sup> Лукьянова Е.А. Дефекты Конституции как фактор риска законодательства (несколько тезисов о медико-юридической диагностике) // Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения/под ред. проф. С.А. Авакьяна. М., 2008. С. 96–100.

<sup>29</sup> Зорькин В.Д. Доверие и право // Российская газета. 2013. 29 апреля.



11. Юсубов Э.С. К вопросу о прямых выборах членов Совета Федерации в контексте реформы избирательного законодательства // Избирательное законодательство: проблемы и пути совершенствования: материалы VII Международной научно-практической конференции. Томск, 2013.

**References:**

1. Bezrukov A.V. Federativnye preobrazovaniya: shagi nazad ili optimizatsiya poryadka formirovaniya organov gosudarstvennoi vlasti? // Sovremennoe pravo. 2013. № 9.
2. Viskulova V.V. Pervyi opyt primeneniya novogo poryadka izbraniya gubernatorov v pyati oblastiakh Rossiiskoi Federatsii: problemy i defekty. Tochka zreniya praktika // Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie. 2012. № 6.
3. Zhukov M.V. Istoriya regulirovaniya lobbizma v SShA // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. 2012. № 11.
4. Kabyshev V.T., Zametina T.V. Sovet Federatsii: modernizatsiya ili konservatsiya (razmyshleniya) // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. 2012. № 3.
5. Luk'yanova E.A. Defekty Konstitutsii kak faktor riska zakonodatel'stva (neskol'ko tezisov o mediko-yuridicheskoi diagnostike) // Probely i defekty v konstitutsionnom prave i puti ikh ustraneniya / pod red.prof. S.A. Avak'yana. M., 2008.
6. Zor'kin V.D. Doverie i pravo // Rossiiskaya gazeta. 2013. 29 aprelya.
7. Polatov Z.T. Novyi poryadok nadeleniya polnomochiyami vysshego dolzhnostnogo litsa sub'ekta Rossiiskoi Federatsii // Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie. 2012. № 8.
8. Slovar' russkogo yazyka: v 4 t. / Gl. red. A.P. Evgen'eva. M., 1981. T. 1.
9. Slovar' sinonimov russkogo yazyka: v 2 t. / Gl.red. A.P. Evgen'eva. L., 1971. T. 2.
10. Shugrina E.S. Novye pravila organizatsii i provedeniya publichnykh meropriyatii: chto skazhet Konstitutsionnyi Sud RF? // Munitsipal'noe pravo. 2012. № 3.
11. Yusubov E.S. K voprosu o pryamykh vyborakh chlenov Soveta Federatsii v kontekste reformy izbiratel'nogo zakonodatel'stva // Izbiratel'noe zakonodatel'stvo: problemy i puti sovershenstvovaniya: materialy VII Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii. Tomsk, 2013.

*Материал поступил в редакцию 9 марта 2014 г.*



# ПРИНЦИП ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ В СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЯХ ПО ИЗБИРАТЕЛЬНЫМ СПОРАМ КАК АДЕКВАТНАЯ ФОРМА ЗАЩИТЫ АКТИВНОГО И ПАССИВНОГО ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ПРАВА

**Аннотация:** В статье на основе анализа решений Европейского суда по правам человека и российских судебных органов рассматривается процесс применения при разрешении избирательных споров принципа пропорциональности, который можно рассматривать в качестве одного из правовых средств, позволяющих гарантировать реализацию публичного интереса в условиях демократического государства, отразить в процессе правоприменения баланс интересов различных его участников. Использование принципа пропорциональности позволяет понять логику правоприменителя, которая находит отражение в принятом им решении. В ходе исследования соотносятся позиции Европейского суда по правам человека с решениями Конституционного Суда Российской Федерации, проводится анализ решений иных судебных органов Российской Федерации, при принятии которых, по мнению автора, нашел реализацию принцип пропорциональности. Автором предлагается закрепить в нормативных правовых актах, регулирующих избирательные правоотношения, цели их принятия. Это предоставит правоприменителю возможность правильно определить для себя цель правового регулирования, на основе которой будет осуществляться толкование нормативных положений. Данное требование должно найти отражение в актах, определяющих порядок принятия и содержания нормативных правовых актов как федеральных, так и региональных и местных уровней.

**Ключевые слова:** выборы, Конституционный Суд РФ, пропорциональность, избирательное право, избирательная кампания, кандидат, подкуп избирателей, закон, подписной лист, депутат.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10755

В избирательном процессе, как и в любой другой деятельности, возникают ситуации, когда цель, заложенная в нормативном акте при его принятии, и цель, реализуемая отдельным участником избирательной кампании, могут противоречить друг другу. В этом случае правоприменителю следует выбрать наиболее значимую из них в конкретных правоотношениях. Это может быть достигнуто посредством использования принципа пропорциональности, применение которого характерно для правовых систем европейских государств. В правовой литературе его возникновение часто связывается с традициями германского конституционализма, а его истоки усматриваются в доктрине прусского адми-

нистративного права<sup>1</sup>. Этот принцип, включающий в себя три элемента – адекватность, необходимость, соразмерность, иногда понимаемых как степени контроля, выводится судебной практикой из положений конституции и применяется главным образом в сфере защиты прав человека.

Современное содержание принципа пропорциональности во многом сформировалось под влиянием практики Европейского суда по правам человека, решения которого обя-

<sup>1</sup> Шерстобоев О.Н. Принцип пропорциональности как необходимое условие высылки иностранных граждан за пределы государства их пребывания: пределы правоограничения // Российский юридический журнал. 2011. № 6 (81). С. 52.



зательны как для стран континентальной правовой семьи, так и для Великобритании. В литературе отмечается, что в США рассматриваемый принцип в европейском смысле не используется, но американские суды исследуют баланс цели правового регулирования и средства её достижения, в том числе и в сфере избирательных отношений, а ученые посредством его применения определяют направления дальнейшего развития законодательства<sup>2</sup>. Так, по мнению американских правоведов, проблема определения равновесия в финансировании избирательных кампаний между партиями и кандидатами, с одной стороны, и частными корпорациями – с другой, является актуальной в современной американской политической и правовой практике. Согласно их предположению, государство должно выбрать своей приоритетной целью финансирование избирательных кампаний за счет финансовых средств политических партий и кандидатов. В случае участия в финансировании избирательных кампаний крупных негосударственных корпораций выборы теряют свою сущность, и превращаются в борьбу «денежных мешков»<sup>3</sup>.

Применению принципа пропорциональности судебными органами Российской Федерации способствовало признание Российской Федерацией решений Европейского суда по правам человека, в которых он получил наибольшее развитие в качестве средства обоснования решения, в том числе и по делам, связанным с защитой избирательных прав. Европейский суд по правам человека не только разрешает дело, но и предпринимает попытки определить цели, преследуемые правоприменителем при разрешении конкретного дела, выявить его мотивы. Так, им было удовлетворено заявление Ю. И. Скуратова, которому было отказано в регистрации в качестве кандидата в депутаты Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации четвертого созыва на основании того, что в качестве места работы, должности им была указана «должность исполняющего обязанности заведующего кафедрой конституционного, административного и международного права» одного из московских вузов, но при этом не был указан статус профессора кафедры. В действующем на тот момент избирательном

законодательстве было закреплено положение, согласно которому основанием для отказа в регистрации могла быть недостоверность сведений, представляемых кандидатом для регистрации, и отсутствие необходимых документов. По мнению Европейского суда по правам человека, выводы правоприменительных органов Российской Федерации не были основаны на нормах Закона или практике его толкования: «Нельзя серьезно утверждать, что различие между должностью профессора кафедры и исполняющего обязанности заведующего этой же кафедрой могло бы ввести избирателей в заблуждение»<sup>4</sup>.

Европейский суд по правам человека, мотивировав свою правовую позицию положением ст. 3 Протокола № 1 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.)<sup>5</sup>, попытался определить «законность цели», к которой стремились российские власти при принятии решения об отстранении Ю. И. Скуратова от участия в выборах. Как отмечается в литературе, фактически при рассмотрении этого дела Европейский суд по правам человека определял не соответствие принятого решения нормам материального Закона, применяемого к данным правоотношениям, а попытался определить и дать оценку мотивам и умыслу принятого решения<sup>6</sup>.

Принцип пропорциональности использовался Европейским судом по правам человека и при рассмотрении жалобы, которая касалась запрета на участие в выборах лиц, содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда, закрепленного ч. 3 ст. 32 Конституции Российской Федерации. Заявители по делу, российские граждане Сергей Анчугов и Владимир Гладков, в силу этого запрета не смогли принять участие в парламентских и президентских выборах. Предпринималась попытка оспорить этот запрет в Конституционном Суде Российской Федерации. Однако в рассмотрении жалобы отказывалось, поскольку разрешение поставленного в ней вопроса Конституционному Суду Российской Федерации было

<sup>2</sup> Cohen-Eliya M., Stopler G. Probability Thresholds as Deontological in Global Constitutionalism // Columbia Journal of Transnational Law. 2011. Vol. 24. № 1. – P. 77.

<sup>3</sup> Restoring electoral equilibrium in the wake of constitutionalized campaign finance // Harvard Law Review. 2011. Vol. 124. № 6. // [http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124\\_restoring\\_electoral\\_equilibrium.pdf](http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124_restoring_electoral_equilibrium.pdf) (последнее посещение 25 декабря 2013 г.).

<sup>4</sup> Постановление ЕСПЧ от 19 июля 2007 г. Дело «Краснов и Скуратов (Krasnov and Skuratov) против Российской Федерации» (жалоба № 17864/04 и 21396/04) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2008. № 4.

<sup>5</sup> Международные избирательные стандарты. Сборник документов / отв. ред. А.А. Вешняков. М.: Издательство ВЕСЬ МИР, 2004. С. 536.

<sup>6</sup> Борисов И.Б., Ивайловский Д.А. Соотношение отдельных позиций Европейского суда по правам человека с национальным избирательным законодательством // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 3. С. 27.



неподведомственно<sup>7</sup>. Поданные С. Анчуговым и В. Гладковым в суды общей юрисдикции жалобы на действия (бездействия) избирательных комиссий, как отмечается в решении Европейского суда по правам человека, либо возвращались по формальным причинам, либо не удовлетворялись.

Европейский суд по правам человека согласился, что государство имеет широкое усмотрение в ограничении избирательного права, однако оно должно быть соразмерным. Лишение права на голосование при заключении на любой срок таковым не является. В своем решении по делу № № 11157/04 и 15162/05 «Анчугов и Гладков против России» (Anchugov and Gladkov v. Russi) Суд отметил, что участие в выборах в современном обществе является не привилегией, а презюмируемым правом. ЕСПЧ посчитал, что запрет, предусмотренный ст. 32 Конституции Российской Федерации, нарушает ст. 3 Протокола № 1 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Решение о лишении избирательных прав должно приниматься судьей, с учетом всех конкретных обстоятельств<sup>8</sup>.

С одной стороны, можно согласиться с положениями, обосновывающими решение Европейского суда по правам человека: фактически лишение избирательных прав лиц, находящихся в местах лишения свободы по приговору суда за совершение преступлений любой тяжести, является не предусмотренной Уголовным кодексом Российской Федерации санкцией. Подход, связывающий возможность ограничения избирательных прав со сроками судимостей, нашел отражение в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 10 октября 2013 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности подпункта “а” пункта 3.2 статьи 4 Федерального закона “Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации”, части первой статьи 10 и части шестой статьи 86 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Г. Б. Егорова, А. Л. Казакова, И. Ю. Кравцова, А. В. Куприянова, А. С. Латыпова и В. Ю. Синькова». Конституционный Суд Российской Федерации отметил, что сроки вводимых федеральным законом ограничений пассивного избирательного права,

по общему правилу, должны устанавливаться соответственно дифференциации сроков судимости, предусмотренных Уголовным кодексом Российской Федерации<sup>9</sup>. Необходимо отметить, что упомянутое Постановление Конституционного Суда Российской Федерации принято в рамках другого решения Европейского суда по правам человека от 8 апреля 2010 г. «Фродль против Австрии»<sup>10</sup>, в соответствии с которым обстоятельства, при которых возможно лишение права на участие в голосовании, должны быть подробно изложены в законе, который должен регламентировать их применение в зависимости от такого фактора, как тяжесть совершенного преступления. Государства могли бы относить пропорциональность меры ограничения избирательных прав заключенных на усмотрение судов или включать в законодательство положения, определяющие обстоятельства, при которых применяется такая мера. В последнем случае сам законодатель должен сопоставить конкурирующие интересы в целях избежать любого общего, автоматического и неизбирательного ограничения.

С другой стороны, при рассмотрении дела «Анчугов и Гладков против России» необходимо было принимать во внимание, что подход, связанный с ограничением избирательных прав лиц, находящихся в местах лишения свободы по решению суда, является традиционным не только для российского законодательства, но и для российской правовой науки. Еще в начале XX в. В.М. Гессен писал о необходимости ограничения избирательных прав лиц, которые «осуждены по суду за позорящие преступления»<sup>11</sup>. Также можно согласиться с В. Д. Зорькиным, который отмечает, что «Конституция Российской Федерации в ст. 15 устанавливает приоритет международного договора над положением закона, но не над положениями Конституции. Монополия на истолкование Конституции и выявление конституционного смысла закона принадлежит Конституционному Суду. И поэтому истолкование Конституции, данное высшим судебным органом государства, не может быть преодолено путем истолкования Конвенции, поскольку ее юридическая сила все-таки юридическую силу Конституции не превосходит»<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Рос. газ. 2013. № 238.

<sup>10</sup> Постановление ЕСПЧ от 8 апреля от 8 апреля 2010 г. «Фродль против Австрии» (Frodi v. Austria), жалоба № 20201/04 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>11</sup> Гессен В.М. Русское Учредительное собрание и выборы в него // Политические институты, избирательное право и процесс в трудах российских мыслителей XIX–XX вв. Хрестоматия. М.: «Весь Мир», 2003. С. 610.

<sup>12</sup> Зорькин В.Д. Предел уступчивости // Российская газета. 2010. № 5325 (246).

<sup>7</sup> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 27.05.2004 № 177-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Гладкова Владимира Михайловича на нарушение его конституционных прав статьей 32 (часть 3) Конституции Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>8</sup> Anchugov and Gladkov v. Russi (№ № 11157/04 и 15162/05) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2013. № 8.



Несмотря на это, в своем решении Европейский суд по правам человека отметил, что государство несет ответственность по ст. 1 Конвенции о защите прав человека и основных свобод независимо от вида акта, нарушающего права, предусмотренные Конвенцией и Протоколами к ней. Суд не принял во внимание аргумент Российской Федерации о сложности процедуры изменения второй главы Конституции Российской Федерации, обосновав это тем, что его роль заключается в оценке соответствия запрета требованиям Конвенции. По мнению Суда, российские власти могут избрать любой доступный им способ устранить нарушение: например, толкование Конституционным Судом Российской Федерации конституционных положений таким образом, чтобы последние не противоречили Конвенции. Необходимо отметить, что аналогичное решение по вопросу запрета участвовать в выборах лицам, находящимся в местах лишения свободы по приговору суда, было принято Комитетом по правам человека ООН по делу «Денис Евдокимов и Артем Резанов против Российской Федерации». Комитет признал этот запрет не соответствующим требованиям Международного пакта о гражданских и политических правах. По его мнению, если основанием для временного лишения права голоса является осуждение в связи с совершенным преступлением, то срок, на который действие этого права приостановлено, должен быть соразмерным тяжести преступления и вынесенному приговору<sup>13</sup>.

Проводя анализ решения Европейского суда по правам человека по делу «Анчугов и Гладков против России», следует отметить, что позиция, которая в нем выражена, не является исключительным подходом Суда в определении рамок реализации субъективного избирательного права только в отношении правового регулирования в Российской Федерации. Аналогичный подход нашел отражение в решении Европейского суда по правам человека по делу «Хёрст (Hirst) против Соединенного Королевства», в котором обращалось внимание на «отсутствие рационального объяснения существования нормы закона, направленной на лишение лиц избирательных прав, осужденных за совершение преступления»<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Решение Комитета ООН по правам человека № 1410/2005 по заявлению Дениса Евдокимова и Артема Резанова против Российской Федерации // <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/hrcommittee/Rview1410sess101.html> (дата доступа 25 декабря 2013 г.).

<sup>14</sup> Постановление ЕСПЧ от 6 октября 2005 г. «Дело «Херст (Hirst) против Соединенного Королевства (№ 2)» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2006. № 4.

Принцип пропорциональности подразумевает необходимость тщательного анализа правоприменителями всех обстоятельств избирательного спора. Проблема осложняется тем, что им часто приходится полагаться на собственное усмотрение. Отсутствие в нормативном правовом акте четко закрепленных целей его реализации приводит к тому, что недостаточно компетентный правоприменитель неправильно его понимает. Довольно ярко, по нашему мнению, это проявилось в решении Молчановского районного суда Томской области от 19 февраля 2008 г. № 33-576/08 о признании результатов выборов главы Молчановского района, проведенных 2 декабря 2007 г., недействительными. Судом при рассмотрении дела было установлено, что в ходе проведения оспариваемых выборов имели место нарушения законодательства: за избирателей голосовали другие лица, не соблюдались правила голосования вне помещения для голосования, осуществлялся подкуп избирателей. В судебном решении обращалось внимание на то, что установить действительную волю четырнадцати избирателей не представляется возможным, а воля одного избирателя была учтена избирательной комиссией незаконно, так как он не обладал активным избирательным правом (в судебном решении не нашло отражение, за кого он голосовал). Голоса избирателей, содержание волеизъявления которых установить было невозможно, суд отнял от общего количества голосов, полученных победителем – кандидатом С. В итоге С. получил менее пятидесяти процентов голосов избирателей, что привело к признанию судом результатов выборов недействительными. Это решение нашло подтверждение в Судебной коллегии по гражданским делам Томского областного суда<sup>15</sup>. По нашему мнению, у суда была возможность, разделив недействительные голоса между всеми кандидатами, признать выборы состоявшимися. Но поставленная судом цель установления действительной воли избирателей отодвинула на второй план необходимость установления итогов голосования.

Применение пропорциональности чаще всего характерно для избирательных споров, связанных с отменой регистрации кандидата, когда судья оценивает правонарушение, совершенное кандидатом (избирательным объединением) и его возможное влияние на результаты голосования. В этом отношении интересно дело, связанное с выборами главы Каргатского района Новосибирской области. Муниципаль-

<sup>15</sup> Кассационное определение от 9 апреля 2008 г. Судебной коллегии по гражданским делам Томского областного суда. С. 9.



ная избирательная комиссия Каргатского района Новосибирской области обратилась в суд с заявлением об отмене регистрации кандидата на должность главы Каргатского района Новосибирской области П., ссылаясь на то, что последний в ходе избирательной кампании осуществлял подкуп избирателей: 29 ноября 2008 г. во время проведения публичного предвыборного мероприятия в селе Маршанское в сельском доме культуры П. лично бесплатно раздавал цветы и конфеты, сопровождая эти действия призывами прийти на выборы и голосовать за него. Суд Каргатского района удовлетворил требование муниципальной избирательной комиссии.

Новосибирский областной суд с выводами суда первой инстанции не согласился. В кассационном решении отмечалось, что в судебном заседании не был установлен факт именно подкупа избирателей. Допрошенные судом свидетели показали, что П. дарил цветы и конфеты не всем избирателям, а только некоторым многодетным матерям, поздравляя их с Днем матери<sup>16</sup>. Решение кассационной инстанции фактически расширило содержание п. 2 ст. 58 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации». В соответствии с ним кандидатам, избирательным объединениям, их доверенным лицам и уполномоченным представителям, а также иным лицам и организациям при проведении предвыборной агитации запрещается осуществлять подкуп избирателей, в том числе и вручать им денежные средства, подарки и иные материальные ценности. По мнению суда, по общему правилу кандидат не обладает правом вручать подарки, но исключения составляют праздники, на которых кандидаты могут в качестве поздравления вручать подарки и иные материальные ценности. Фактически суд вывел данные отношения за рамки избирательной кампании. Принимая решение об отсутствии в действиях кандидата подкупа, суд фактически признал, что совершенное кандидатом действие не могло существенно повлиять на результаты голосования в конкретной избирательной кампании.

При этом за рамками судебного решения осталась проблема финансирования деятельности, связанной с вручением подарков. В случае если они приобретаются из средств избирательного фонда, то вручение подарков является составной частью избирательной

кампании кандидата, так как в соответствии с п. 2 ст. 59 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» средства избирательных фондов могут использоваться кандидатами, избирательными объединениями только на покрытие расходов, связанных с проведением своей избирательной кампании. Если подарки приобретались не из средств избирательного фонда, то фактически мы выводим деятельность, связанную с их вручением кандидатом в период избирательной кампании и направленную на формирование позитивного мнения о кандидате, за рамки избирательной кампании.

Российская избирательная практика показывает, что использование принципа пропорциональности позволяет в ходе процесса правоприменения не только выявить основную цель правовой нормы, но и избежать её подмены второстепенной или промежуточной. Так, решением Новосибирского областного суда от 20 ноября 2001 г. от 20 ноября 2001 г. № 1-32-2001 была удовлетворена жалоба на решение окружной избирательной комиссии по выборам депутатов Новосибирского областного Совета депутатов. Избирательная комиссия отказала в регистрации кандидату на основании того, что была нарушена форма подписного листа, установленная законом. Нарушение заключалось в отсутствии в нем «Примечания», в котором указывается информация о судимости кандидата, наличии у него депутатского мандата. По мнению суда, отсутствие «Примечания» не является основанием отказа в регистрации кандидата. Подобный подход нашел отражение и в решениях вышестоящих инстанций. Так, согласно Определению Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда России от 26 ноября 2003 г. № 67-Г03-21 об отказе в удовлетворении заявления об отмене регистрации кандидата в депутаты Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации<sup>17</sup>, отсутствие «Примечания» не является основанием для отказа в регистрации, так как это нельзя рассматривать как нарушение закона. В отличие от остальной части подписного листа, которая должна в обязательном порядке содержать сведения, предусмотренные Федеральным законом «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», информация, содержащаяся в «Примечании № 1», является дополнительной и вносится в подписной лист только в том случае, если она в действительности имеет место.

<sup>16</sup> Кассационное определение Новосибирского областного суда от 16 декабря 2008 г.

<sup>17</sup> СПС КонсультантПлюс.



В первом случае избирательная комиссия приняла решение, исходя из формальных признаков подписного листа: отсутствие необходимых структурных элементов. Но судебные органы в обоих случаях исходили из основной цели подписного листа: отразить волю избирателя по поводу поддержки в выдвижении того или иного кандидата. Необходимость правильного оформления подписного листа, соблюдение его формы, по мнению судебных органов, хотя и является важным средством процесса регистрации, но не замещает цели выражения волеизъявления избирателей о поддержке кандидатов (списков кандидатов).

С нарушением правил оформления подписного листа связано дело, возникшее в ходе избирательной кампании по выборам депутатов Законодательного Собрания Иркутской области. Кандидат по одномандатному округу № 11 К. в заявлении о самовыдвижении, поданным в избирательную комиссию 17 июля 2013 г., указал о принадлежности к одной из политических партий. С 19 июля его членство в политической партии было прекращено. Проводя проверку представленных 24 июля подписных листов, избирательная комиссия установило нарушение, заключающееся в несоответствии сведений в заявлении о согласии баллотироваться и подписными листами: в подписных листах отсутствовало указание на членство в политической партии. Это обстоятельство, наряду с другими, стало основанием для принятия избирательной комиссией решения об отказе в регистрации, которое было обжаловано К. в суд.

Оценивая обстоятельства дела, суд отметил, что сообщение об изменении ранее представленных сведений, которое носит заявительный характер и осуществляется по инициативе кандидата, в установленные законом сроки в избирательную комиссию от К. не поступало. Поскольку заявитель заведомо знал о прекращении своего членства в политической партии, суд находит несостоятельным довод, что сначала кандидат должен был узнать от избирательной комиссии о возникшем несоответствии между заявлением о согласии баллотироваться и подписными листами, а потом сообщить в комиссию о причинах такого несоответствия.

Возникшее в данном случае несоответствие между заявлением о согласии баллотироваться и подписными листами в части указания на партийную принадлежность имеет

существенное правовое значение. Уже после поступления в избирательную комиссию заявления кандидата о согласии баллотироваться избирательными комиссиями осуществляется информирование избирателей о выдвинутых кандидатах. Это информирование как обязательный элемент включает сведения о принадлежности кандидата к политической партии. Следовательно, содержание заявления кандидата о согласии баллотироваться, в части принадлежности к политической партии, могло повлиять на волю избирателя при внесении им подписи в подписной лист в поддержку выдвижения кандидата. В связи с этим суд отказал К. в удовлетворении заявления<sup>18</sup>.

Делая выводы, необходимо отметить, что в контексте разрешения избирательных споров принцип пропорциональности можно рассматривать в качестве одного из правовых средств, позволяющих гарантировать реализацию публичного интереса в условиях демократического государства, отразить в процессе правоприменения баланс интересов различных его участников. Применение принципа пропорциональности позволяет понять логику правоприменителя, которая находит отражение в принятом им решении. Взвесив все обстоятельства дела, правоприменитель выбирает основную, социально значимую цель. По нашему мнению, в избирательных отношениях такой целью служит формирование органов публичной власти на основе демократичных, справедливых выборов, позволяющих учесть мнение большинства избирателей, принявших участие в голосовании. При этом интересы отдельных субъектов избирательного права, проявляясь в процессе достижения основной цели, могут не совпадать, а иногда и противоречить ей.

В связи с этим появляется необходимость закрепления в нормативных правовых актах, регулирующих избирательные правоотношения, цели их принятия. Это предоставит правоприменителю возможность правильно определить для себя цель правового регулирования, на основе которой будет осуществляться толкование нормативных положений. Данное требование должно найти отражение в актах, определяющих порядок принятия и содержания нормативных правовых актов как федеральных, так и региональных и местных уровней.

<sup>18</sup> Решение Иркутского областного суда от 16 августа 2013 г.


**Библиография:**

1. Безруков А.В., Казанцев А.О. О необходимости создания конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации и совершенствования их компетенции // Современное право. 2012. № 7. – С. 106–111.
2. Борисов И.Б., Ивайловский Д.А. Соотношение отдельных позиций Европейского суда по правам человека с национальным избирательным законодательством // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 3. – С. 25–29.
3. Гессен В.М. Русское Учредительное собрание и выборы в него // Политические институты, избирательное право и процесс в трудах российских мыслителей XIX–XX вв. Хрестоматия. М.: «Весь Мир», 2003. – С. 607–624.
4. Кальяк А.М. Отдельные вопросы исполнения решений Конституционного Суда РФ в правоприменительной практике // Российская юстиция. 2013. № 9. – С. 36–38.
5. Международные избирательные стандарты. Сборник документов / отв. ред. А.А. Вешняков. М.: Издательство ВЕСЬ МИР, 2004. – 1152 с.
6. Чиркин В. К вопросу о ценности российской Конституции 1993 г. / Актуальные проблемы российского права. 2013. № 12. – С. 1517–1522.
7. Шерстобоев О.Н. Принцип пропорциональности как необходимое условие высылки иностранных граждан за пределы государства их пребывания: пределы правоограничения // Российский юридический журнал. 2011. № 6 (81). – С. 51–59.
8. Эбзеев Б.С. Конституция, власть и свобода в России: опыт синтетического исследования. М.: Проспект, 2014. – 336 с.
9. Cohen-Eliya M., Stopler G. Probability Thresholds as Deontological in Global Constitutionalism // Columbia Journal of Transnational Law. 2011. Vol. 24. № 1. – P. 76–113.
10. Restoring electoral equilibrium in the wake of constitutionalized campaign finance // Harvard Law Review. 2011. Vol. 124. № 6. // [http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124\\_restoring\\_electoral\\_equilibrium.pdf](http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124_restoring_electoral_equilibrium.pdf) (последнее посещение – 25 декабря 2013 г.).
11. Гаврилова Л.В., Игнатенко В.В., Петров А.А., Подшивалов В.Е., Суркова И.С. О проверке конституционности в целом Федерального закона от 8 июня 2012 года №65-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и п // Актуальные проблемы российского права. – 2013. – 4. – С. 389–410.

**References:**

1. Bezrukov A.V., Kazantsev A.O. O neobkhodimosti sozdaniya konstitutsionnykh (ustavnykh) sudov sub'ektov Rossiiskoi Federatsii i sovershenstvovaniya ikh kompetentsii // Sovremennoe pravo. 2012. № 7. – S. 106–111.
2. Borisov I.B., Ivailovskii D.A. Sootnoshenie otdel'nykh pozitsii Evropeiskogo suda po pravam cheloveka s natsional'nym izbiratel'nym zakonodatel'stvom // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. 2009. № 3. – S. 25–29.
3. Gessen V.M. Russkoe Uchreditel'noe sobranie i vybory v nego // Politicheskie instituty, izbiratel'noe pravo i protsess v trudakh rossiiskikh myslitelei KhIKh –KhKh vv. Khrestomatiya. M.: «Ves' Mir», 2003. – S. 607–624.
4. Kal'yak A.M. Otdel'nye voprosy ispolneniya reshenii Konstitutsionnogo Suda RF v pravoprimeritel'noi praktike // Rossiiskaya yustitsiya. 2013. № 9. – S. 36–38.
5. Mezhdunarodnye izbiratel'nye standarty. Sbornik dokumentov / отв. red. A.A. Veshnyakov. M.: Izdatel'stvo VES' MIR, 2004. – 1152 s.
6. Chirkin V. K voprosu o tsennosti rossiiskoi Konstitutsii 1993 g. / Aktual'nye problemy rossiiskogo prava. 2013. № 12. – S. 1517–1522.
7. Sherstoboev O.N. Printsip proporsional'nosti kak neobkhodimoe uslovie vysylki inostrannykh grazhdan za predely gosudarstva ikh prebyvaniya: predely pravoogranicheniya // Rossiiskii yuridicheskii zhurnal. 2011. № 6 (81). – S. 51–59.
8. Ebzeev B.S. Konstitutsiya, vlast' i svoboda v Rossii: opyt sinteticheskogo issledovaniya. M.: Prospekt, 2014. – 336 s.
9. Cohen-Eliya M., Stopler G. Probability Thresholds as Deontological in Global Constitutionalism // Columbia Journal of Transnational Law. 2011. Vol. 24. № 1. – P. 76–113.
10. Restoring electoral equilibrium in the wake of constitutionalized campaign finance // Harvard Law Review. 2011. Vol. 124. № 6. // [http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124\\_restoring\\_electoral\\_equilibrium.pdf](http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124_restoring_electoral_equilibrium.pdf) (poslednee poseshchenie – 25 dekabrya 2013 g.).
11. Gavrilova L.V., Ignatenko V.V., Petrov A.A., Podshivalov V.E., Surkova I.S. O proverke konstitutsionnosti v tselom Federal'nogo zakona ot 8 iyunya 2012 goda №65-FZ «O vnesenii izmenenii v Kodeks Rossiiskoi Federatsii ob administrativnykh pravonarusheniyakh i Federal'nyi zakon «O sobraniyakh, mitingakh, demonstratsiyakh, shestviyakh i p // Aktual'nye problemy rossiiskogo prava. – 2013. – 4. – С. 389–410.

Материал поступил в редакцию 19 января 2014 г.



М.А. Кокотова\*

## ГОСУДАРСТВЕННЫЙ СОВЕТ ФРАНЦИИ КАК ОРГАН КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ

**Аннотация:** Предметом рассмотрения данной статьи является место Государственного совета в системе французского конституционного контроля и его компетенция в данной сфере. Показано значение Государственного совета для формирования современной системы конституционного контроля, предполагающей осуществление названного контроля параллельно несколькими органами, наделенными различным объемом полномочий. Очерчена история появления и развития Государственного совета, влияние на его назначение и компетенцию доктринальных представлений различных периодов истории Франции, связанных с пониманием принципа разделения властей. Автор основывается на диалектическом подходе. В качестве специальных методов исследования права применяются институциональный, историко-правовой и формально-юридический методы познания. Делается вывод о том, что учреждение Государственного совета задолго до появления во Франции конституционного контроля и создания Конституционного совета, ставшее следствием широкого распространения доктрины парламентского суверенитета, предопределило создание во Франции современной системы, при которой конституционный контроль за законами и актами органов исполнительной власти осуществляется разными органами. Этот пример демонстрирует влияние, оказываемое на практику государства даже тех идей, от которых уже отказалась доктрина.

**Ключевые слова:** Государственный совет, Конституционный совет, конституционный контроль, административная юстиция, общая воля, суверенитет парламента, верховенство законов, принцип разделения властей, контроль конституционности законов, контроль регламентарных актов.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11440

Современная организация конституционного контроля во Франции представляет результат соединения доктринальных воззрений различных периодов французской истории и практической необходимости. Хотя Франция принадлежит к романо-германской модели конституционного контроля, в ней реализован не самый распространенный ее вариант, предполагающий осуществление такого контроля несколькими органами, наделенными различным объемом полномочий (в их числе помимо Конституционного совета называют Государственный совет, Кассационный суд и подчиненные им суды). Распределение полномочий между ними сложилось исторически и поэтому представляет собой довольно сложную схему. Основным полномочием Государственного совета в этой системе является проверка конституционности актов органов исполнительной власти.

Государственный совет был образован не просто задолго до Конституционного совета, а в то время, когда создание органа, проверяющего конституционность законов, казалось

немыслимым. Причиной такого отношения является доктрина парламентаризма, согласно которой принятие властью решений должно основываться на общей воле народа, выражаемой через его представителей. Как отмечает И. Мадью: «здесь сказывается влияние Жан-Жака Руссо, для которого закон не мог быть ни ошибкой, ни орудием угнетения<sup>1</sup>». Парламент, состоящий из представителей различных социальных групп, является в этой концепции выразителем воли народа и способом осуществления народом своей власти. Предполагалось, что представители народа всегда будут действовать в его интересах, а следовательно, их решения всегда будут разумны и справедливы.

Из понимания Парламента как выразителя народного суверенитета логично следует идея невозможности ограничения его власти, в том числе путем проверки его решений. В то же время контроль за актами органов исполнительной власти, не избираемыми народом,

<sup>1</sup> Madiot Y. Institutions politiques de la France. P. 1995. P. 56.

© Кокотова Мария Александровна

\* Аспирантка кафедры конституционного права, Уральская государственная юридическая академия [km231089@yandex.ru]  
620137, Россия, г. Екатеринбург, ул. Комсомольская, д. 21.



считался не только возможным, но и необходимым. В силу этого конституционный контроль законов во Франции появился достаточно поздно. В то же время контроль за органами исполнительной власти возник вскоре после Великой Французской революции.

Для осуществления этого контроля на восьмом году Республики, то есть Конституцией 1800 года, был создан Государственный совет, а «свою сегодняшнюю форму он приобрел в конце XVIII и в начале XIX века по Конституции VIII года Республики, то есть при Бонапарте»<sup>2</sup>.

Государственный совет является высшей инстанцией в таком специфическом образовании, как система административной юстиции. Возникновение административной юстиции является следствием реализации на практике принципа разделения властей так, как он понимался в конце XVIII – начале XIX века. Предполагалось, что разделение властей должно обеспечивать их максимальную независимость друг от друга, а этому противоречила возможность судебного контроля иных ветвей власти. Независимость исполнительной власти от судебной должен был обеспечить отказ от судебного контроля за органами исполнительной власти и передачу полномочий по этому контролю самим органам исполнительной власти. Административная юстиция была создана как система специализированных органов исполнительной власти, уполномоченных контролировать остальные органы.

В настоящее время административная юстиция уже является скорее подсистемой судебной власти со специфической компетенцией<sup>3</sup>. Соответственно, изменилось и положение Государственного совета. Он был создан прежде всего как советник правительства<sup>4</sup> и затем как высшая инстанция в системе административных судов<sup>5</sup>. Хотя вначале «вторая функция была развита менее, чем первая»<sup>6</sup>, с течением време-

ни она приобретала все большее значение. За время своего существования Государственный совет существенно укрепил свое положение и расширил полномочия. В его развитии выделяют следующие ключевые моменты:

1806 г. – появление у Совета судебной функции и, соответственно, последующего конституционного контроля<sup>7</sup>.

1872 г. – достижение широкого практического освоения судебной функции, «золотой век административного правосудия»<sup>8</sup>.

1963 г. – реформа, в результате которой была создана современная структура Государственного совета<sup>9</sup>.

Специфика осуществления Государственным советом конституционного контроля связана с особенностями правовой природы этого органа. Государственный совет, возникший еще до распространения идей Кельзена о создании специализированных органов, осуществляющих конституционный контроль, конечно, не был образован как такой орган. Безусловно, контроль законности актов органов исполнительной власти, осуществляемый Государственным советом, предполагает, в том числе, проверку их конституционности, и в настоящее время Государственный совет активно осуществляет такую проверку. Однако о возникновении конституционного контроля во Франции уже в 1800 г. можно говорить с большой долей условности.

По первоначальному замыслу вряд ли вообще предполагалась возможность какого-либо контроля за нормотворчеством. Ведь допуская возможность контроля за актами исполнительной власти, революционеры-создатели Конституции одновременно старались лишить эту власть регламентарных полномочий<sup>10</sup>, предоставив эти полномочия свободно от контроля Парламенту. Впрочем, когда «эта прекрасная абстракция столкнулась с конкретной реальностью»<sup>11</sup>, правительство получило возможность принимать нормативные правовые акты, а Государственный совет – возможность проверять эти акты с точки зрения их законности.

Однако в любом случае создание Государственного совета предопределило разделение компетенции в существующей в настоящее время системе контроля конституционности правовых актов.

<sup>2</sup> Брэбан Г. Французское административное право: Пер. с фр. М., 1988. С. 400.

<sup>3</sup> Про административную юстицию см., например: Sauvé J. – M. La justice administrative à l'aube de la décennie 2010 : quels enjeux ? quels défis ? Intervention sur la conférence nationale des présidents des juridictions administratives < //http://www.conseil-constitutionnel.fr // Documentation // Contributions et discours > (последнее посещение – 9 марта 2014 г.)

<sup>4</sup> Stirn B. Le Conseil d'Etat: son rôle, sa jurisprudence. P., 1991. P. 39.

<sup>5</sup> Во Франции действует Кодекс административной юстиции, составной частью которого является книга первая – Государственный совет, книга вторая – Административный трибунал и административные апелляционные суды и т. д.

<sup>6</sup> Debbasch C., Ricci J. – C. Contentieux administratifs. P., 2001. P. 58.

<sup>7</sup> Morand-Deville J. Droit administratif. P., 2011. P. 23.

<sup>8</sup> Chevallier V. Science administratif. P., 1986. P. 29.

<sup>9</sup> Chapus R. Droit du contentieux administratif. P., 1995. P. 56.

<sup>10</sup> Morand-Deville J. Op. cit. P. 317.

<sup>11</sup> Ibid P. 317.



Данная система возникла в результате преодоления доктрины суверенитета парламента. Разумеется, эта доктрина никогда не воспринималась буквально, и уже в XVIII веке выдвигались концепции ограничения законодательной власти. Такой концепцией было предоставление королю права вето, как способ контроля за резолюциями парламентариев<sup>12</sup>. Ограничение власти парламента предполагает идея Монтескье о разделении властей, которое выступает как «самая сильная гарантия, которая может существовать», в той мере, в какой она была задумана как механизм, и заставляющий власти конкурировать, и провоцирующий, как следствие, стратегии защиты в их сфере, которые должны привести ... к соблюдению Конституции<sup>13</sup>.

Однако эти концепции не предполагали создание самостоятельного органа, уполномоченного осуществлять контроль конституционности законов. Только в XX веке распространение концепций конституционного контроля в Европе и соображения внутренней политики руководства Франции в совокупности с очевидной неадекватностью идеи верховенства закона действительности потребовали введения института конституционного контроля законов. Поэтому ныне действующая Конституция Франции, принятая в 1958 г., предусмотрела создание Конституционного совета – органа, уполномоченного контролировать конституционность законов до их вступления в силу. Тем самым практика произвела в доктрине «коренной перелом, освободившись от легисцентристской концепции, унаследованной от Руссо<sup>14</sup>».

Таким образом, во Франции возникла система конституционного контроля, осуществляемого параллельно двумя независимыми органами.

Разграничение компетенции между Конституционным и Государственным советами было проведено по кругу рассматриваемых актов. Государственный совет вправе осуществлять конституционный контроль в отношении регламентарных актов (т. е. актов органов исполнительной власти), Конституционный совет – в отношении законов. В настоящее время такое разграничение является не совсем точным, так как Государственный совет, как указывают исследователи, непосредственно связан не только с исполнением,

но и «с подготовкой, принятием<sup>15</sup>» законов и, в том числе, участвует и в проверке их конституционности.

Во-первых, Государственный совет дает заключения на проекты законов, вносимые правительством, причем их предоставление на рассмотрение Государственного совета является обязательным<sup>16</sup>. Впрочем, проект рассматривается Государственным советом на стадии внесения законодательной инициативы, а после принятия закона парламентом он рассматривается еще раз Конституционным советом. Поэтому мнение Государственного совета «не является «страховкой от всех рисков», ведь может случиться, что Конституционный совет выскажется иначе по вопросу о конституционности закона<sup>17</sup>». К тому же, они «даются правительству, а не общественному мнению<sup>18</sup>» и потому не подлежат опубликованию.

Во-вторых, Государственный совет участвует в контроле конституционности вступивших в силу законов, проверяя допустимость жалоб, направленных в Конституционный совет через подчиненные ему административные суды или представленные ему непосредственно.

Это дает исследователям основание писать о контроле конституционности законов, осуществляемом Государственным советом<sup>19</sup>, хотя, конечно, участие Государственного совета в этом контроле является довольно опосредованным. При этом сам Государственный совет в своих решениях указывал, что такой контроль не входит в его полномочия<sup>20</sup>.

Роль Государственного совета в развитии конституционного контроля не ограничивается осуществлением предоставленных ему в данной сфере полномочий. Поскольку Госу-

<sup>12</sup> Rousseau D. Droit du contentieux constitutionnel. P., 2010. P. 12.

<sup>13</sup> Ibid P. 12.

<sup>14</sup> Morabito M. Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours. P., 2010. P. 437.

<sup>15</sup> Пилипенко А. Н. Принципы юридической безопасности во французском праве // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2013. № 4. С. 647.

<sup>16</sup> Code de justice administrative < <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933&dateTexte=20140310> > (последнее посещение – 10 марта 2014 г.)

<sup>17</sup> Там же С. 39.

<sup>18</sup> Debbasch C. Science administratif. P., 1989. P. 703.

<sup>19</sup> См., например, Sauvé J. – M. L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État Journée d'étude organisée au Conseil d'État par le Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne Vendredi 1er avril 2011 < [http://www.conseil-d-etat.fr//Documentation//Contributions et discours](http://www.conseil-d-etat.fr//Documentation//Contributions%20et%20discours) > (последнее посещение – 9 марта 2014 г.)

<sup>20</sup> CE, 5 janvier 2005, № 257341, recueil Lebon < <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008235854&fastReqId=1736161534&fastPos=3> > (последнее посещение – 13 марта 2014 г.)



дарственный совет возник значительно раньше Конституционного совета, многие разработанные им конструкции были восприняты Конституционным советом. Прежде всего Государственным советом разработано понятие общего принципа права<sup>21</sup>. Позиция о возможности признания неконституционным пробела в праве также была впервые сформулирована Государственным советом<sup>22</sup>.

Интересно и то, что Конституционный совет в некоторых аспектах повторил историю развития Государственного совета. Во-первых, как Государственный, так и Конституционный советы первоначально осуществляли только предварительный контроль, к которому впоследствии прибавился последующий. Во-вторых, оба эти органа, формально осуществляя лишь контроль, фактически активно занимались нормотворчеством<sup>23</sup>. В-третьих, и Государственный и Конституционный советы по мере своего существования становились все более значимыми органами, причем их компетенция была существенно дополнена их собственной практикой<sup>24</sup>, что, впрочем, является проявлением общей тенденции «усиления роли судебной власти»<sup>25</sup>.

Система конституционного контроля Франции демонстрирует то, как идеи, от которых уже отказалась доктрина, продолжают жить в практике в силу сложившейся традиции и того,

что отказ от них потребовал бы радикального изменения практики. Ведь сейчас необходимость строгого соблюдения принципа разделения властей, не допускающего какого-либо взаимодействия между ветвями власти, уже не признается, как и то, что деятельность органов исполнительной власти не может контролироваться другими ветвями власти. Однако разделение двух видов конституционного контроля осталось и в настоящее время оно обосновано с организационной точки зрения. Поэтому вполне логично предоставление полномочий по контролю конституционности актов органов исполнительной власти Государственному совету, который уже осуществляет контроль законности этих актов и их соответствия международным нормам. К тому же споры о конституционности акта органически связаны со спорами о применении этих актов, которые рассматриваются органами административной юстиции, поэтому удобнее не передавать вопрос о конституционности в другой орган, а оставить его на рассмотрение того, кто разрешает основной спор.

Кроме этого, Конституционный совет на сегодняшний день не имеет ресурсов для проверки всех правовых актов, и французский законодатель не высказывает желания реформировать данный орган. В соответствии со статьей 56 Конституции Франции<sup>26</sup> Конституционный совет состоит всего из 9 назначаемых членов, к которым прибавляются члены по праву, к которым относятся бывшие президенты Республики (в этом качестве они остаются членами Совета пожизненно). В Конституционном совете нет палат, секций или иных структурных подразделений, все дела рассматриваются на совместном заседании, что также уменьшает число дел, которые могут быть рассмотрены Конституционным советом за ограниченный промежуток времени.

У Государственного совета, напротив, есть достаточный для осуществления такого масштабного контроля кадровый и административный ресурс. В отличие от Конституционного совета, Государственный совет имеет сложную структуру: он возглавляется вице-председателем и состоит из секций, каждая из которых имеет собственный круг полномочий: секция, рассматривающая судебные споры, секция и пять секций, осуществляющих консультирование правительства. Помимо этого, Кодекс административной юстиции предусматривает множество различных форм принятия решений Государственным советом: коллегиальное

<sup>21</sup> Sauvé J. – M. Szafran C. Introduction historique au contrôle de l'administration en droit français Séminaire «Internationalisation du droit» franco-chinois Pékin 6–8 octobre 2008 <http://www.conseil-constitutionnel.fr//Documentation//Contributions-et-discours>(последнее посещение – 9 марта .2014 г.)

<sup>22</sup> Sauvé J. – M., Szafran C. Intervention à la conférence sur « La réforme de la justice administrative Faculté de droit de Poitiers Vendredi 28 novembre 2008 <http://www.conseil-constitutionnel.fr//Documentation//Contributions-et-discours> (последнее посещение – 9 марта 2014 г.)

<sup>23</sup> О роли нормотворчества Государственного совета см., например: Pourhiet A. – M. Droit constitutionnel. P., 2012. P. 68.; Lochak D. La justice administrative. P., 1998. P. 114.

<sup>24</sup> Конечно, существуют и различия. Возникнув в разное время, конституционный контроль законов и конституционный контроль регламентарных актов обладают в силу этого разными характеристиками. Конституционный контроль законов изначально был только предварительным, конституционный контроль регламентарных актов возник сразу как последующий. Контроль законов осуществляется специально созданным для этого органом в порядке специализированного конституционного процесса, а контроль регламентарных актов – судом, в рамках административного судопроизводства.

<sup>25</sup> Карпенко К. В. Институт последующего (конкретного) конституционного контроля во Франции // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2013. № 5. С. 781.

<sup>26</sup> Конституция Французской Республики от 4 октября 1958 г. // Конституции зарубежных государств. М., 2009. С. 74.



принятие решений на пленарном собрании или на секции, причем состав присутствующих может варьироваться в зависимости от дела, и единоличное принятие решений<sup>27</sup>. Передача конституционного контроля актов органов

исполнительной власти Конституционному совету потребовала бы его реформирования, тогда как сохранение этого полномочия за Государственным советом позволит обойтись без организационных изменений.

#### Библиография:

1. Брэбан Г. Французское административное право. – Пер. с фр. – М.: Прогресс, – 1988.
2. Chapus R. Droit du contentieux administratif. – P: Montchrestien Editions, E.J.A., 1995. – 1121 p.
3. Chevallier V. Science administratif. – P: Presses Universitaires Françaises, 1986. – 592 p.
4. Debbasch C. Science administratif. – P: Editions dalloz, 1989. – 815 p.
5. Rousseau D. Droit du contentieux constitutionnel. – Paris: Montchrestien., Lextenso éditions, 2010. – 586 p.
6. Sauvé J. – M. La justice administrative à l'aube de la décennie 2010 : quels enjeux ? quels défis ? < <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=2136> > (последнее посещение – 9 марта 2014 г.)
7. Sauvé J. – M. L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État (последнее посещение – 9 марта 2014 г.)
8. Sauvé J. – M. Szafran C. Introduction historique au contrôle de l'administration en droit français < <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=332> > (последнее посещение – 9 марта 2014 г.)
9. Sauvé J. – M., Szafran C. Intervention à la conférence sur «La réforme de la justice administrative» < <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=339> > (последнее посещение – 9 марта 2014 г.)
10. Lochak D. La justice administrative. – P: Editions Montchrestien, E. J. A., 1998. – 531 p.
11. Madiot Y. Institutions politiques de la France. – Paris: Editions Dalloz, 1995. – 143 p.
12. Morabito M. Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours. – P: Montchrestien., Lextenso éditions, 2010. – 543 p.
13. Morand-Deville J. Droit administratif. – P: Montchrestien., Lextenso éditions, 2011. – 776 p.
14. Pourhiet A. – M. Droit constitutionnel. – Paris: Editions economica, 2012. – 531 p.
15. Stirn B. Le Conseil d'Etat: son rôle, sa jurisprudence. – Paris: Editions Nanches, 1991. – 145 p.
16. Карпенко К.В. Институт последующего (конкретного) конституционного контроля во Франции // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2013. № 5. – С. 780–790.
17. Пилипенко А.Н. Принцип юридической безопасности во французском праве // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2013. № 4. – С. 646–652.

#### References:

1. Breban G. Frantsuzskoe administrativnoe pravo. – Per. s fr. – M.: Progress, – 1988.
2. Chapus R. Droit du contentieux administratif. – P: Montchrestien Editions, E.J.A., 1995. – 1121 p.
3. Chevallier V. Science administratif. – P: Presses Universitaires Françaises, 1986. – 592 p.
4. Debbasch C. Science administratif. – P: Editions dalloz, 1989. – 815 p.
5. Rousseau D. Droit du contentieux constitutionnel. – Paris: Montchrestien., Lextenso éditions, 2010. – 586 p.
6. Sauvé J. – M. La justice administrative à l'aube de la décennie 2010 : quels enjeux ? quels défis ? < <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=2136> > (poslednee poseshchenie – 9 marta 2014 g.)
7. Sauvé J. – M. L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État (poslednee poseshchenie – 9 marta 2014 g.)
8. Sauvé J. – M. Szafran C. Introduction historique au contrôle de l'administration en droit français < <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=332> > (poslednee poseshchenie – 9 marta 2014 g.)
9. Sauvé J. – M., Szafran C. Intervention à la conférence sur « La réforme de la justice administrative» < <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=339> > (poslednee poseshchenie – 9 marta 2014 g.)
10. Lochak D. La justice administrative. – P: Editions Montchrestien, E. J. A., 1998. – 531 p.
11. Madiot Y. Institutions politiques de la France. – Paris: Editions Dalloz, 1995. – 143 p.

<sup>27</sup> Code de justice administrative < <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933&dateTexte=20140310> > (последнее посещение – 10 марта 2014 г.)



12. Morabito M. Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours. – P: Montchrestien, Lextenso éditions, 2010. – 543 r.
13. Morand-Deville J. Droit administratif. – P: Montchrestien, Lextenso éditions, 2011. – 776 r.
14. Pourhiet A. – M. Droit constitutionnel. – Paris: Editions economica, 2012. – 531 p.
15. Stirn B. Le Conseil d'Etat: son rôle, sa jurisprudence. – Paris: Editions Naches, 1991. – 145 r.
16. Karpenko K.V. Institut posleduyushchego (konkretnogo) konstitutsionnogo kontrolya vo Frantsii // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya. – 2013. № 5. – С. 780–790.
17. Pilipenko A.N. Printsip yuridicheskoi bezopasnosti vo frantsuzskom prave // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya. – 2013. № 4. – С. 646–652.

*Материал поступил в редакцию 13 марта 2014 г.*



С.В. Кабышев\*

## МОДЕЛЬ ЦЕНТРАЛИЗОВАННОГО ОКАЗАНИЯ ЮРИДИЧЕСКИХ УСЛУГ (КАНАДСКИЕ УРОКИ ДЛЯ РОССИИ)

**Аннотация:** Статья посвящена особенностям организации и функционирования Министерства юстиции Канады. Рассматриваются его функции, стандарты качества оказания юридических услуг и консультаций, механизмы управления правовыми рисками в правительстве Канады. Выявляются преимущества такой модели, доказавшей свою эффективность на протяжении более 50 лет, для системы государственного управления в Канаде. Анализируется опыт проведения в 2006 – 2013 гг. в администрации Липецкой области эксперимента по адаптации в его деятельности канадской модели централизованного предоставления юридических услуг. На основе проведенного автором социологического исследования и статистических данных деятельности правового управления администрации Липецкой области делается вывод об успешности данного эксперимента. По мнению автора, целесообразно изучить возможность введения подобной модели в других субъектах Российской Федерации и в деятельности Правительства Российской Федерации. Для этого необходимо разработать индикаторы (показатели) качества юридических услуг и консультаций в системе государственного управления Российской Федерации, создать механизмы измерения эффективности работы юристов-государственных служащих.

**Ключевые слова:** Министерство юстиции Канады, единая правовая позиция, эффективность государственных услуг, оценка качества, централизация, адаптация зарубежного опыта, эксперимент, объективность, профессионализм, критерии удовлетворенности.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11206

В декабре 2013 года Председатель Правительства Российской Федерации Дмитрий Медведев обратил внимание на обострившуюся проблему эффективности юридического управления. По его мнению, сейчас «важнейший вопрос: как избежать в результате прохождения правовым актом многоступенчатых процедур «юридического искажения» его политического, экономического или социального содержания и, что более важно, его конституционного смысла?.. Таким образом, ключевой задачей сегодня становится модификация юридических технологий в системе федеральной исполнительной власти – от подготовки инициативы по принятию правового акта до мониторинга его применения... При этом важно сочетать централизацию и децентрализацию юридического управления (выделено мной – С.К.)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Медведев Д. А. 20 лет: путь к осознанию права // Российская газета. 2013. 11 декабря. Федеральный выпуск – 6255 (279).

Rg.ru; <<http://www.rg.ru/2013/12/10/medvedev.html>> (последнее посещение – 10.02.2014).

В этой связи стоит обратить внимание на положительный опыт такого управления, который есть в других странах.

Министерство юстиции Канады было образовано в 1868 году. Его основной обязанностью было предоставление юридических услуг правительству Канады<sup>2</sup>. С развитием государства и общества появлялись новые вызовы, которые требовали правовой оценки. Так, различные министерства и ведомства правительства Канады постепенно создали свои собственные юридические службы либо обращались к услугам частных юристов. В сентябре 1960 года оказалось, что значительное количество правовой работы для федеральных ведомств осуществляется без прямого участия Министерства юстиции. Была создана королевская комиссия

<sup>2</sup> An Act respecting the Department of Justice, adopted during the first session of the Parliament of the Dominion of Canada and assented to on 22 May 1868 (31 Vic., c.39). Archivescanada.ca; <[http://www.archivescanada.ca/english/search/ItemDisplay.asp?sessionKey=1143825756048\\_206\\_191\\_57\\_199&l=0&lvl=0&v=0&coll=0&itm=257613&rt=1&ill=1](http://www.archivescanada.ca/english/search/ItemDisplay.asp?sessionKey=1143825756048_206_191_57_199&l=0&lvl=0&v=0&coll=0&itm=257613&rt=1&ill=1)> (последнее посещение – 10.02.2014).

© Кабышев Сергей Владимирович

\* Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) [svkabyshev@gmail.com]  
123995, Россия, г. Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9.



(Glassco Commission), которой было поручено проанализировать работу правительства Канады и сделать предложения по повышению его эффективности и улучшению качества предоставляемых обществу услуг. Комиссия, рассмотрев эти вопросы, пришла к выводу, что система организации государственной юридической службы неэффективна, более чем 85 процентов юридических услуг, оказываемых правительством Канады, не находятся в компетенции Министерства юстиции. Небольшие группы юристов (иногда это был вообще один юрист), имевшие обязательства перед своими клиентами-министерствами как работодателями, не обладали достаточной степенью независимости и профессионального кругозора. Это приводило к долгим межведомственным спорам. Было предложено, чтобы все юридические услуги (с некоторыми исключениями<sup>3</sup>) были сгруппированы в Министерстве юстиции, с тем чтобы обеспечить проведение единой правовой политики<sup>4</sup>. Предложения комиссии Гласко были одобрены правительством и начали реализовываться<sup>5</sup>.

Интеграция всех юристов, находящихся на государственной службе<sup>6</sup> в Министерстве юстиции Канады, произошла в 1966 году. В период с 1961 года по настоящее время количество сотрудников Министерства юстиции Канады возросло с 42-х до 5000.

Такая интеграция позволила:

- повысить качество и своевременность правовых услуг;
- обеспечить объективность и независимость (юристы принимаются на службу министром юстиции и не зависят карьерно от министров, с которыми они работают);
- создать возможности карьерного роста для юристов (предоставить более интересную многоплановую работу, более высокую заработную плату);
- ослабить тенденцию к выдаче заключений, носивших излишне академический характер, поскольку постоянная ротация

обеспечивала крепкую связь с реальным положением дел (как правило, юрист работает в отраслевом министерстве не более трех лет);

- добиться последовательности и согласованности всех юридических заключений различных государственных органов;
- оптимизировать затраты.

Монополия государственной юридической службы позволяет Министерству юстиции «говорить одним голосом» со всеми органами государственной власти и их подразделениями по всей стране. При этом подавляющее большинство юристов, работающих в Министерстве юстиции, находятся вовсе не в здании Минюста. Их рабочие места непосредственно в отраслевых министерствах-клиентах. Кроме того, в региональных представительствах Министерства работают около 2000 человек, которые оказывают правовые услуги чиновникам федеральных министерств за пределами столицы. Центральный аппарат Министерства юстиции состоит из нескольких подразделений, среди которых департаменты: Хартии прав и свобод, административного права, конституционного права, международного права, права коренных народностей, официальных языков, вопросов защиты информации и неприкосновенности личной сферы жизни и др.<sup>7</sup>

Содержательным преимуществом централизации юридической службы является то обстоятельство, что создаются условия для формирования аргументированной правовой позиции. Известно, что где два юриста, там три мнения. Позиции отдельных юристов могут не совпадать. Однако весьма непродуктивно, когда министры приходят на заседания Кабинета с заключениями юристов, противоречащих друг другу. Министр юстиции должен до заседания снять все вопросы, выступив арбитром в возникшем споре, и представить Кабинету единую согласованную правовую позицию.

В конституционно-правовой системе Канады министр юстиции выступает в роли советника по юридическим вопросам всего правительства.

Министр юстиции осуществляет контроль за тем, чтобы государственное управление осуществлялось в соответствии с Конституцией Канады, а также за соответствием разрабатываемых законопроектов и положений Канадской Хартии прав и свобод<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Исключения связаны с вопросами государственной тайны в деятельности Министерств обороны, внутренних и иностранных дел. В настоящее время юристы Министерства юстиции Канады работают в 50 отраслевых министерствах и ведомствах федерального правительства, включая государственные (королевские) корпорации.

<sup>4</sup> Report of the Royal Commission on Government Organization, Volume I: Management of the Public Service. Ottawa: Queen's Printer, 1962. P. 19.

<sup>5</sup> McLeod T. H. Glassco Commission Report // Canadian Public Administration. 1963. Volume 6, Issue 4. P. 386-406.

<sup>6</sup> Важно отметить, что юристы парламента не являются государственными служащими. В Канаде парламентская служба самостоятельна.

<sup>7</sup> Justice.gc.ca; Organization of the Department of Justice <<http://www.justice.gc.ca/eng/abt-apd/org.html>> (последнее посещение – 10.02.2014).

<sup>8</sup> Laws-lois.justice.gc.ca; Department of Justice Act, s.4 (R.S.C., 1985, c. J-2) <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/J-2/>> (последнее посещение – 10.02.2014).



Заслуживает внимания организация законопроектной деятельности в Канаде. Все инициативы, которые исходят от исполнительной власти любого уровня, оформляются в виде текста законопроекта сотрудниками Министерства юстиции Канады. В Министерстве юстиции создан отдел разработчиков законопроектов (около 100 человек), которые вместе с юристами, работающими в отраслевых министерствах, осуществляют подготовку законопроектов. Разработчики законопроектов вне политики, они профессионалы и должны составлять документы на двух государственных языках Канады, на основе правил юридической техники, содержащихся в разработанных Министерством юстиции Канады руководствах по составлению законопроектов и актов делегированного законодательства<sup>9</sup>. Министерство юстиции Канады организовало внутреннюю базовую программу подготовки по составлению законопроектов для своих сотрудников. Она ориентирована на развитие профессиональных навыков разработчиков законопроектов<sup>10</sup>. Таким образом, происходит профессионализация законодательного процесса, что позволяет значительно повысить качество принимаемых законов и подзаконных актов, а также избежать противоречий при их применении<sup>11</sup>.

Канадская система государственного управления отличается высокой степенью профессионализации и независимости от политических процессов. Только министр является политической фигурой, назначаемой лидером победившей на выборах партии. Остальные сотрудники Министерства являются карьерными профессиональными работниками, которые не уходят в отставку вместе с членами правительства. Руководит работой Министерства заместитель министра. Он и несет ответственность за эффективность работы всех сотрудников<sup>12</sup>. Были разработаны стандарты

качества предоставления юридических услуг (доступность, ясность, отзывчивость, своевременность, полезность и т.п.) правительству<sup>13</sup>. Заместитель министра юстиции с их помощью планирует и управляет работой своих сотрудников<sup>14</sup>, используя механизмы обратной связи. Для этого проводятся исследования степени удовлетворенности клиентов оказанными юридическими услугами министерством, которые размещаются на WEB-сайте Минюста Канады и учитываются при служебной аттестации сотрудников<sup>15</sup>.

Исследования степени удовлетворенности клиентов являются ключевым элементом измерения эффективности работы государственных служащих Канады, позволяя определить направления совершенствования качества услуг<sup>16</sup>.

Организационные преимущества такой модели позволяют использовать единые стандарты подбора и повышения квалификации кадров, большую прозрачность и справедливость при оплате услуг юристов. Необходимо пояснить, что министерство-клиент направляет в Совет Казначейства Канады и Минюст данные о трудозатратах юристов, которые его обслуживают. Эти данные проверяет Минюст и либо подтверждает их, либо нет, что-то корректируя. Совет Казначейства регулярно проверяет обоснованность оплаты труда юристов, работающих в министерствах<sup>17</sup>.

Канадский опыт уникален. Начавшись в 60-е годы прошлого века как эксперимент, он уже 50 лет подтверждает правоту его инициаторов, что централизация юридических услуг в рамках Министерства юстиции наиболее эф-

<sup>9</sup> Законотворчество в Канаде / отв. ред. С. В. Кабышев. М., 2006. С. 3–223.

<sup>10</sup> Кабышев С. В. Обучение юридической технике в Канаде // Юридическая техника. 2009. № 3. С. 175–177.

<sup>11</sup> По среднестатистическим данным 95% законопроектов, подготовленных министерством юстиции Канады и внесенных в парламент правительством, становятся законами. Оставшиеся 5% законопроектов, предложенные оппозиционной партией либо независимыми депутатами, дорабатываются парламентскими юристами. Parl.gc.ca; <<http://www.parl.gc.ca/LEGISinfo/LAAG.aspx?Language=E&Mode=1>> (последнее посещение – 10.02.2014).

<sup>12</sup> Bourgault J., Dunn C. Deputy Ministers in Canada: Comparative and Jurisdictional Perspectives. University of Toronto Press, 2014. P. 426–428.

<sup>13</sup> Canada.justice.gc.ca; Service Standards for the Provision of Legal Services in Government <<http://canada.justice.gc.ca/eng/dept-min/service.html>> (последнее посещение – 10.02.2014).

<sup>14</sup> Tbs-sct.gc.ca; Policy on Legal Assistance and Indemnification <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?section=text&id=13937>> (последнее посещение – 10.02.2014).

<sup>15</sup> Justice.gc.ca; Department of Justice Canada Client Feedback Survey <<http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cp-rpm/dpr-rr/2012/sur/toc-tdm.html>> (последнее посещение – 10.02.2014).

<sup>16</sup> Paul G. Thomas. Performance Measurement and Management in the Public Sector // Optimum: The Journal of Public Sector Management. University of Ottawa. Vol. 35, Issue 2, July 2005, Page 16. Optimumonline.ca; <<http://www.optimumonline.ca/article.phtml?e=fjtcgvty&id=225>> (последнее посещение – 10.02.2014).

<sup>17</sup> Laws-lois.justice.gc.ca; Financial Administration Act (R.S.C., 1985, c. F-11) <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/F-11/index.html>> (последнее посещение – 10.02.2014).



фективный способ обеспечения деятельности канадского правительства<sup>18</sup>.

В 2005 – 2009 годах в рамках реализации российско-канадской программы «Содействие реформированию государственного управления в Российской Федерации» представители Министерства юстиции Канады провели обучающие семинары для сотрудников правовых управлений как федеральных министерств и ведомств, так и администраций всех субъектов Российской Федерации, и организовали для них стажировки в Канаде для изучения опыта организации юридической службы<sup>19</sup>.

Автором в 2005 г. было проведено социологическое исследование путем анкетирования руководителей исполнительных органов специальной компетенции, юристов правового управления субъектов Российской Федерации (всего 460 человек) для выявления мнения практических работников о путях повышения эффективности своей работы.

Было установлено, что организация юридических служб в субъектах РФ имеет общие принципы: наличие правовых управлений, обеспечивающих деятельность власти, а также юристов в органах или структурных подразделениях, сформированных по отраслевому принципу.

При этом на юристов правовых управлений ложится основная тяжесть ведения этой работы.

По данным Тамбовской области, из 1,5 тысяч поступивших в правовое управление из органов специальной компетенции проектов постановлений администрации в 2005 г. каждый второй документ возвращается на доработку в органы специальной компетенции (подразделения). По среднестатистическим данным Липецкой области, один юрист правового управления в день принимает участие в двух судебных заседаниях, проводит экспертизу восьми документов, принимает участие в трех заседаниях различных рабочих групп, комиссий, комитетов.

Анкетлируемые выделяют общие негативные черты существующей организации юридических служб:

1. Превалирование принципа субъективной целесообразности над принципом законности: руководители органов (подразделений), стремясь в первую очередь решить

поставленную задачу, не всегда выбирают для ее решения в полной мере соответствующий законодательству путь, не прислушиваются в должной мере к мнению юристов.

2. Служебная зависимость юристов органов специальной компетенции (подразделений) от руководителей этих органов приводит к тому, что юристы, опасаясь неприятностей по службе, не настаивают в должной степени на соответствии документов законодательству.
3. Недостаточное качество юридической подготовки документов юристами органов специальной компетенции (подразделений), их расчет на то, что необходимая работа будет проведена юристами правовых управлений, на которое и ляжет ответственность за качество документа.
4. Дублирование правового анализа одних и тех же документов юристами, находящимися в органах специальной компетенции (подразделениях) и правовых управлениях.
5. Нечеткое разделение обязанностей между юристами органов специальной компетенции (подразделений) и правовых управлений, что во многом и приводит к указанным выше недостаткам в юридическом обеспечении работы исполнительной власти в целом.

Проведенный анализ позволяет сделать вывод о том, что многие из указанных негативных явлений представляют собой следствие отсутствия единого подхода к организации и деятельности правовых служб.

Большинство опрошенных (83%) выразили заинтересованность в адаптации канадской модели централизации в практике правового обеспечения своей деятельности. Но только начальник правового управления администрации Липецкой области Галина Алексеевна Пивовар убедила своего руководителя отжаться на такой эксперимент.

30 октября 2006 года Глава администрации Липецкой области издал постановление № 1051-р «О централизации правового обеспечения главы администрации области, администрации области, органов исполнительной власти Липецкой области»<sup>20</sup>, согласно которому создана единая юридическая служба путем объединения в структуре правового управления администрации области всех существующих юридических служб исполнительных органов власти специальной компетенции.

<sup>18</sup> Oag-bvg.gc.ca; Доклад Генерального аудитора Канады «Об эффективности предоставления юридических услуг Министерством юстиции Канады» <[http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/parl\\_oag\\_200705\\_05\\_e\\_17480.html](http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/parl_oag_200705_05_e_17480.html)> (последнее посещение – 10.02.2014).

<sup>19</sup> Formulaprava.ru; Сайт программы <[www.formulaprava.ru](http://www.formulaprava.ru)> (последнее посещение – 10.02.2014).

<sup>20</sup> Admlip.ru; Администрация Липецкой области <<http://admlip.ru/blind/authorities/struktury/pravovoe-upravlenie-administratsii-oblasti/>> (последнее посещение – 10.02.2014).



Было предусмотрено, что при создании новых отраслевых исполнительных органов единицы юристов вводятся в штат правового управления администрации области.

Штатная численность правового управления администрации области составила 53 человека, было создано 8 отделов:

- отдел правового обеспечения главы администрации области и администрации области, судебной и договорной работы;
- отдел законотворческой деятельности;
- отдел по ведению Регистра муниципальных нормативных правовых актов;
- отдел правового обеспечения в социальной сфере;
- отдел правового обеспечения в сфере финансов, дорог, транспорта, энергетики, тарифов и ЖКХ;
- отдел правового обеспечения в сфере сельского хозяйства, ветеринарии, экологии;
- отдел правового обеспечения в сфере госзаказа и контрольных органов;
- отдел правового обеспечения в сфере имущественных, земельных отношений и строительства.

Были утверждены должностные регламенты государственных гражданских служащих Липецкой области, замещающих соответствующие должности в правовом управлении администрации Липецкой области, в соответствии с которыми избрана схема работы, заключающаяся в том, что юристы, находясь в штате правового управления, непосредственно осуществляют правовое обеспечение исполнительных органов власти специальной компетенции в самом органе. Фактическое место работы и их функциональные обязанности остались неизменными. При этом они вышли из подчинения руководителя исполнительного органа власти специальной компетенции. Так, часть сотрудников управления была закреплена за следующими исполнительными органами государственной власти Липецкой области:

- Управлением образования и науки – 1 единица;
- Управлением энергетики, тарифов и жилищно-коммунального хозяйства – 2 единицы;
- Управлением потребительского рынка, управлением по ценам и контролю в сфере размещения государственных заказов – 3 единицы;
- Управлением имущественных и земельных отношений – 4 единицы;
- Управлением экологии и природных ресурсов – 1 единица;
- Управлением по размещению госзаказа Липецкой области – 2 единицы;
- Управлением дорог и транспорта – 1 единица;

- Управлением ветеринарии – 1 единица;
- Управлением здравоохранения – 1 единица;
- Управлением сельского хозяйства – 3 единицы;
- Управлением социальной защиты населения – 2 единицы;
- Управлением финансов – 2 единицы;
- Управлением строительства и архитектуры – 1 единица;
- Инспекцией государственного строительного надзора – 1 единица;
- Государственной жилищной инспекцией – 2 единицы.

Семилетний опыт реализации канадской модели организации и функционирования правового управления администрации Липецкой области и социологические исследования автора по результатам эксперимента (в 2013 г.) позволяют сделать следующие выводы:

Юристы, занимающиеся правовым обеспечением деятельности отраслевых органов исполнительной власти, почувствовали независимость, в результате чего:

- их юридические заключения стали более качественными и объективными;
- они вовлечены в процесс разработки правовых актов с первых дней, что положительно сказалось на соблюдении установленных сроков и выполнении плана нормотворческой деятельности;
- они получили возможность повышать свою квалификацию на должном уровне, использовать правовой опыт других в результате обмена им на проводимых конференциях, совещаниях, тренингах.

Появились реальные возможности:

- карьерного роста;
- более эффективного перераспределения функций между сотрудниками юридической службы;
- формирования единой правовой позиции;
- эффективного обобщения судебной практики.

Это способствовало тому, что, например, в 2008 – 2012 годах ни один нормативный правовой акт администрации Липецкой области не был оспорен в суде. По итогам работы за эти годы прокуратурой Липецкой области ни на один нормативный правовой акт администрации Липецкой области не было внесено протестов или представлений.

Все участники социологического исследования отмечают еще один существенный результат внедрения канадской модели – повышение престижа профессии юриста, уважительное отношение руководства к мнению эксперта – правоведа, невозможность принятия управленческого решения без положительного мнения юриста.



По их мнению, нельзя утверждать, что за этот период работа доведена до совершенства, но каждый год работы подтверждает, что централизация юридической службы позволяет обеспечивать правовые услуги высокого качества и организовать работу юридической службы как единый, четкий, отлаженный механизм.

Возможность адаптации элементов канадской модели централизованного юридического управления изучается в других субъектах Российской Федерации<sup>21</sup>.

По нашему мнению, целесообразно обратить внимание на канадскую модель централизованного юридического управления и на федеральном уровне.

#### Библиография:

1. Кабышев С. В. Обучение юридической технике в Канаде // Юридическая техника. №3. С. 175–177.
2. Законотворчество в Канаде / отв. ред. С. В. Кабышев. М., 2006.
3. Медведев Д. А. 20 лет: путь к осознанию права // Российская газета. 2013. 11 декабря. Федеральный выпуск – 6255 (279).
4. Савин В. И. Механизмы координации деятельности юридических служб субъектов РФ // Права и свободы человека и гражданина: Актуальные проблемы науки и практики: сборник материалов I Международной научно-практической конференции. – Орел: ОРАГС, 2009. – С. 125–129.
5. Bourgault J., Dunn C. Deputy Ministers in Canada: Comparative and Jurisdictional Perspectives. University of Toronto Press, 2014. P. 426–428.
6. McLeod T. H. Glassco Commission Report // Canadian Public Administration. 1963. Volume 6, Issue 4. P. 386–406.
7. Paul G. Thomas. Performance Measurement and Management in the Public Sector // Optimum: The Journal of Public Sector Management. University of Ottawa. Vol. 35, Issue 2, July 2005, Page 16. References (transliteration).

#### References:

1. Kabyshev S. V. Obuchenie yuridicheskoi tekhnike v Kanade // Yuridicheskaya tekhnika. №3. С. 175–177.
2. Zakonotvorchestvo v Kanade / отв. red. S. V. Kabyshev. M., 2006.
3. Medvedev D. A. 20 let: put' k osoznaniyu prava // Rossiiskaya gazeta. 2013. 11 dekabrya. Federal'nyi vypusk – 6255 (279).
4. Savin V. I. Mekhanizmy koordinatsii deyatel'nosti yuridicheskikh sluzhb sub'ektov RF // Prava i svobody cheloveka i grazhdanina: Aktual'nye problemy nauki i praktiki: sbornik materialov I Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii. – Орел: ОРАГС, 2009. – С. 125–129.
5. Bourgault J., Dunn C. Deputy Ministers in Canada: Comparative and Jurisdictional Perspectives. University of Toronto Press, 2014. P. 426–428.
6. McLeod T. H. Glassco Commission Report // Canadian Public Administration. 1963. Volume 6, Issue 4. P. 386–406.
7. Paul G. Thomas. Performance Measurement and Management in the Public Sector // Optimum: The Journal of Public Sector Management. University of Ottawa. Vol. 35, Issue 2, July 2005, Page 16. References (transliteration).

*Материал поступил в редакцию 27 февраля 2014 г.*

<sup>21</sup> Савин В. И. Механизмы координации деятельности юридических служб субъектов РФ // Права и свободы человека и гражданина: Актуальные проблемы науки и практики: сборник материалов I Международной научно-практической конференции. – Орел: ОРАГС, 2009. С. 125–129.



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДЕБНОГО ПРОЦЕССА

С.В. Нарутто\*

## МЕСТО КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В СИСТЕМЕ ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

**Аннотация:** Статья посвящена определению места Конституционного Суда Российской Федерации в системе органов государственной власти. Автор указывает признаки, присущие Конституционному Суду Российской Федерации как органу государственной власти федерального уровня. Конституционный Суд РФ является судом, входящим в единую судебную систему России. Автором делается вывод о том, что Конституционный Суд как судебный орган реализует многие функции, но основной из них является осуществление правосудия. Анализируются отношения Конституционного Суда с иными органами государственной власти. На примерах из судебной практики анализируется степень судебной дискреции Конституционного Суда РФ. Методологическую основу исследования составили фундаментальные категории и принципы современной материалистической диалектики. При проведении исследования о месте Конституционного Суда в системе государственной власти автор стремился обеспечить системный подход к анализируемому материалу. Использовались системно-научный, сравнительно-правовой, формально-юридический, формально-логический, юридико-технический методы исследования. Применение методологических подходов к изучению нормативных правовых актов, материалов судебной практики и правовой литературы способствовало решению поставленных задач в рамках избранной темы исследования. Выдвигается проблема реализации Конституционным Судом Российской Федерации правотворческой функции. Автор исследует различные точки зрения ученых на проблему восполнения законодательных пробелов Конституционным Судом Российской Федерации, подмену им Федерального Собрания. Указывается, что активное осуществление Конституционным Судом РФ правотворческой функции политизирует судебный орган. Обращается внимание, что Конституционный Суд РФ осуществляет правотворческую функцию в целях оперативного пресечения нарушений прав и свобод человека и гражданина.

**Ключевые слова:** конституционный, суд, компетенция, государственный, власть, контроль, правотворчество, решение, законодатель, правосудие.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11307

© Нарутто Светлана Васильевна

\* Доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права России, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) [svetanarutto@yandex.ru]

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

Публикация подготовлена при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ «Роль судебной практики в модернизации российского федерализма и местного самоуправления» (проект № 12-03-00369) с использованием СПС КонсультантПлюс.



Конституционный Суд РФ является федеральным органом государственной власти. Как любому органу государственной власти федерального уровня Конституционному Суду РФ присущи следующие признаки: создается и действует от имени государства; порядок его создания и деятельности определяется Конституцией Российской Федерации и федеральным законодательным актом; обладает собственной компетенцией; характеризуется организационной обособленностью и самостоятельностью; является составной частью (звеном) государственного аппарата, единой системы органов государственной власти Российской Федерации; наделен властными полномочиями, то есть принимает обязательные к исполнению решения, которые при необходимости подкрепляются принудительной силой государства.

В качестве органа государственной власти Конституционный Суд представляет собой часть организационно-правового механизма формирования и выражения воли народа, так как в соответствии с ч. 2 ст. 3 Конституции Российской Федерации народ осуществляет свою власть не только непосредственно, но и через органы государственной власти. По мнению Г.А. Гаджиева и В.А. Кряжкова, Конституционный Суд РФ, в известном смысле, обеспечивая верховенство Конституции – акта, принятого всенародным голосованием, является выразителем и носителем власти народа<sup>1</sup>.

В России советского периода специального федерального суда с правами конституционного хранителя не существовало, поскольку отвергалась возможность судебной проверки конституционности нормативных правовых актов. Конституционный контроль, по смыслу Конституции РСФСР 1918 г., возлагался на Всероссийский съезд Советов и ВЦИК, а впоследствии в определенной мере и на Президиум ВЦИК. В соответствии со ст. 115 Конституции РСФСР 1978 г. Президиум Верховного Совета РСФСР осуществлял контроль за соблюдением Конституции РСФСР; обеспечивал соответствие конституций и законов автономных республик Конституции и законам РСФСР. Конституционный Суд РФ был учрежден в декабре 1990 г.<sup>2</sup>

Конституционный Суд РФ является судом, входящим в единую судебную систему России и олицетворяющим судебную власть – одну из ветвей государственной власти, осуществляющей именем Российской Федерации основную функцию – правосудие. Судебную власть осуществляют исключительно суды посредством конституционного, административного, гражданского и уголовного судопроизводства в установленном законом процессуальном порядке.

Органы судебной власти реализуют следующие функции: осуществление правосудия; осуществление судебного контроля; толкование; удостоверение фактов, имеющих юридическое значение; разъяснение законодательства на основе изучения и обобщения судебной практики; осуществление права законодательной инициативы. Выделяют и другие функции судебной власти – судебный надзор (исправление судебных ошибок вышестоящими судами), ведение судебной статистики, судебное управление (руководство деятельностью судов), санкционирование ограничения основных прав граждан (при аресте, обыске, заключении под стражу, прослушивании телефонных разговоров и т.д.), нормообразование (восполнение законодательных пробелов) и др.

Осуществление правосудия – основная функция судебной власти, связанная с защитой конституционного строя, нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов граждан, их объединений, других участников правоотношений, укреплением законности и правопорядка, предупреждением правонарушений, обеспечением социальной справедливости. Под правосудием понимается совершаемая в процессуальном порядке правоприменительная деятельность суда по рассмотрению и разрешению конституционно-правовых, экономических, гражданских, административных и уголовных дел. Деятельность суда по отправлению правосудия связана с установлением достоверности фактов, применением законов и вынесением судебных актов, обязательных для граждан и других органов власти. В Постановлении Конституционного Суда РФ от 28 ноября 1996 г. № 19-П отмечается, что, с одной стороны, никакой иной орган не может принимать на себя функцию отправления правосудия, а с другой – что на суд не может быть возложено выполнение каких бы то ни было функций, не согласующихся с его положением органа правосудия<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.: Комментарий к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» (постатейный) / под ред. Г.А. Гаджиева. М.: Норма, Инфра-М, 2012. С. 38.

<sup>2</sup> См.: Конституция Российской Федерации. Постатейный научно-практический комментарий коллектива ученых Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина / под ред. Е.И. Козловой. М., 2009. С. 311.

<sup>3</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 28 ноября 1996 г. № 19-П по делу о проверке конституционности статьи 418 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края // СЗ РФ. 1996. № 50. Ст. 5679.



Конституционное правосудие представляет собой наивысшую форму судебной защиты, поскольку Конституционный Суд РФ обеспечивает верховенство Конституции Российской Федерации на всей территории России и единство правотворческой и правоприменительной, в том числе судебной практики.

Особое место Конституционного Суда РФ в системе государственной власти обусловлено его компетенцией. Конституционный Суд является специализированным судебным органом, осуществляющим конституционный судебный контроль, в особой процедуре признавая законы и некоторые иные акты соответствующими или не соответствующими Конституции РФ. Как справедливо указывает С.Э. Несмеянова, конституционный контроль предполагает осуществление квалифицированных проверок правотворческой деятельности государственных органов и должностных лиц с целью установления ее полного соответствия закрепленным в основном законе нормам. Играя важную роль в укреплении конституционной законности, он является средством предупреждения нарушений Конституции Российской Федерации. Конституционный контроль как самостоятельная форма государственной деятельности является важным звеном в становлении правового государства в России<sup>4</sup>.

Конституционный контроль направлен на обеспечение конституционной законности, поддержание единства федеративного государства, гарантирование прав и свобод личности, развитие политических, экономических, социальных и духовных основ российского конституционного государства. Контроль за соблюдением Конституции Российской Федерации осуществляют в той или иной мере все органы публичной власти, включая и органы местного самоуправления, но только Конституционный Суд РФ осуществляет конституционный контроль на всей территории Российской Федерации. Не случайно Председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин определяет Конституционный Суд России как высший орган России по защите конституционного строя<sup>5</sup>. Тем самым подразумевается, что защиту конституционного строя Российской Федерации осуществляют и другие суды, а также иные органы государственной власти, и только Конституционный Суд РФ является

высшим органом по защите конституционного строя Российской Федерации.

В соответствии с частями 1 и 2 ст. 118 Конституции РФ Конституционный Суд РФ осуществляет правосудие (судебную власть) посредством конституционного судопроизводства. Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ (в ред. от 28 декабря 2010 г. № 8-ФКЗ) «О Конституционном Суде Российской Федерации»<sup>6</sup> называет Конституционный Суд РФ судебным органом конституционного контроля, самостоятельно и независимо осуществляющим судебную власть посредством конституционного судопроизводства (чт. 1). Контроль в отношении правовых актов, действий (бездействия) органов власти, должностных лиц осуществляют все суды, и только Конституционный Суд РФ в особой процессуальной форме проверяет деятельность органов и должностных лиц на соответствие Конституции РФ, обеспечивая тем самым конституционный правопорядок и формирование в России правового государства.

Основными целями деятельности Конституционного Суда РФ являются: защита основ конституционного строя; защита основных прав и свобод человека и гражданина; обеспечение верховенства и прямого действия Конституции РФ на всей территории России. По мнению В.Д. Зорькина, Конституционный Суд РФ – это высший арбитр в спорах между ветвями российской власти, а также между властью и обществом, между властью и гражданином. Кроме того, Конституционный Суд РФ – это высший арбитр в коллизиях российского законодательства с международными и зарубежными правовыми стандартами<sup>7</sup>.

В триаде властей Конституционный Суд занимает особое место, поскольку выступает гарантом сложившегося их равновесия, арбитром между законодательной, исполнительной и судебной ветвями власти, призванным постоянно приспосабливать возрастающую государственную структуру к конституционным требованиям, чтобы каждая из ветвей выполняла свою компетенцию и не вторглась в чужую. В задачу Конституционного Суда РФ входит не только рассмотрение конкретных дел, касающихся разделения властей, но и определение степени вторжения одной ветви власти в другую и установление того, в какой мере это вмешательство препятствует совместной деятельности органов публичной

<sup>4</sup> См.: Несмеянова С.Э. Конституционный судебный контроль в России: учебн. пособие. М.: РИОР: ИНФРА-М, 2012. С. 55.

<sup>5</sup> Зорькин В.Д. Конституционный Суд России в историческом контексте // <http://www.ksrf.ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=47>

<sup>6</sup> СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

<sup>7</sup> Зорькин В.Д. Конституционный Суд России в историческом контексте // <http://www.ksrf.ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=47>



власти и эффективному функционированию системы власти в целом.

Никто, кроме Конституционного Суда РФ, не вправе проверять конституционность нормативных актов органов государственной власти непосредственно с точки зрения установленного Конституцией РФ разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную (ст. 86 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). Так, Конституционный Суд РФ, признав не соответствующим Конституции Российской Федерации положение Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ (так называемого «закона о монетизации льгот»), изменившее механизм правового регулирования порядка обеспечения жильем судей, нуждающихся в улучшении жилищных условий, отметил, что законодатель не может передать Правительству РФ неопределенные по объему полномочия, а Правительство – реализовать их произвольным образом, поскольку это влечет нарушение принципа разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную. При этом предметом делегирования во всяком случае не может быть нормотворчество по тем вопросам, регулирование которых в соответствии с Конституцией РФ относится к исключительной прерогативе законодателя<sup>8</sup>.

Конституционный Суд РФ занимает особое положение в судебной системе России.

Производство в Конституционном Суде РФ отличается от гражданского и уголовного судопроизводства поводами и основаниями рассмотрения дел, предметом разбирательства, кругом участников, правовой природой решений и др. Судья Конституционного Суда РФ Н.С. Бондарь, выделяя особенности Конституционного Суда РФ, пишет: «Конституционный Суд РФ как орган конституционного правосудия не устанавливает фактические обстоятельства, исследование которых отнесено к компетенции других судов. При рассмотрении дел в любой из установленных Законом

процедур ему принадлежит исключительное право официального, а потому обязательного для всех правоприменителей решения»<sup>9</sup>.

Процессуальные правила производства дел в Конституционном Суде определены не столь подробно и точно, как производства в других судах, где несоблюдение процессуальных норм влечет отмену судебного решения. Как известно, для каждого суда процедуры установлены отдельным процессуальным законом (ГПК РФ, АПК РФ, УПК РФ). У Конституционного Суда нет своего процессуального кодекса, порядок конституционного судопроизводства определен Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде Российской Федерации», нормы которого предельно лаконичны. В силу этого обстоятельства Суд сам создает процессуальные прецеденты. В ряде своих решений Конституционный Суд интерпретировал нормы Конституции Российской Федерации и Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» в отношении оснований допустимости обращений<sup>10</sup>; возможности оспаривания по жалобам граждан не только законов в собственном смысле слова, но и ряда подзаконных актов<sup>11</sup>;

<sup>9</sup> Бондарь Н.С. Местное самоуправление и конституционное правосудие: конституционализация муниципальной демократии в России. М., 2008. С. 122.

<sup>10</sup> См., напр.: Определение Конституционного Суда РФ от 18 июля 2006 г. № 321-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шведа Станислава Ивановича на нарушение его конституционных прав рядом статей Гражданского процессуального кодекса РСФСР, Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, Закона Российской Федерации «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан», а также проблемами процессуального законодательства // Документ официально не опубликован; Определение Конституционного Суда РФ от 19 февраля 2004 г. № 57-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Соловьева Виктора Яковлевича на нарушение его конституционных прав положениями Федерального закона «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации» // Документ официально не опубликован.

<sup>11</sup> См., напр.: Определение Конституционного Суда РФ от 2 марта 2006 г. № 16-0 по жалобе гражданина Корнилова В. П. на нарушение его конституционных прав положениями Указа Президента Российской Федерации от 15 марта 2000 г. № 508 «О размере пособия по временной нетрудоспособности», Правил исчисления непрерывного трудового стажа рабочих и служащих при назначении пособий по государственному социальному страхованию, Основных условий обеспечения пособиями по государственному социальному страхованию // СЗ РФ. 2006. № 15. Ст. 1642; Определение Конституционного Суда РФ от 27 декабря 2005 г. № 535-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Романовой Ларисы Валерьевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 12 Постановления Государственной

<sup>8</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 31 января 2008 г. № 2-П по делу о соответствии Конституции Российской Федерации положения пункта 2 статьи 14 Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 6. Ст. 540.



права на обращение в Конституционный Суд не только граждан, но и лиц без гражданства<sup>12</sup>. Эти и другие примеры свидетельствуют о высокой степени судебной дискреции (усмотрения).

В отличие от других высших федеральных судов состав, компетенция и юридическая сила решений Конституционного Суда закреплена непосредственно в Конституции Российской Федерации (ст. 125). В процессе проверки конституционности нормативных правовых актов, компетенции органов государственной власти Конституционный Суд РФ опирается исключительно на нормы Конституции РФ. Решения Конституционного Суда РФ служат ориентиром не только для законодательной и исполнительной власти, но и для других судов.

В правовой позиции, изложенной в Постановлении от 16 июня 1998 г. № 19-П<sup>13</sup>, Конституционный Суд РФ, истолковав статьи 125, 126 и 127 Конституции РФ, разграничивающие компетенцию между Конституционным Судом РФ и другими судами, указал на отсутствие полномочий судов общей юрисдикции и арбитражных судов проверять конституционность федеральных законов, нормативных актов Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ; конституций республик, уставов, а также законов и иных нормативных актов субъектов РФ, изданных по вопросам, относящимся к ве-

дению Российской Федерации и совместному ведению РФ и ее субъектов и на этом основании признавать перечисленные нормативные акты недействующими, то есть утрачивающими юридическую силу.

Иные суды обладают полномочием на обращение с запросом в Конституционный Суд РФ о проверке конституционности закона, подлежащего применению в конкретном деле, а Верховный Суд РФ, кроме того, вправе обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке (вне связи с рассмотрением конкретного дела, т.е. в порядке абстрактного нормоконтроля) конституционности нормативных актов, перечисленных в пунктах «а» и «б» ч. 2 ст. 125 Конституции РФ.

Как справедливо утверждает судья в отставке Т.Г. Морщакова, только Конституционный Суд РФ обладает монополией на официальную интерпретацию Конституции Российской Федерации, являющуюся обязательной для всех других судов, независимо от того, истолковал ли Конституционный Суд смысл конституционной нормы в процессе абстрактного или конкретного нормоконтроля<sup>14</sup>. «По сути дела, – отмечает судья Г.А. Гаджиев, – Конституционный Суд РФ становится суперревизионной инстанцией в судебной системе России»<sup>15</sup>.

Определяя место Конституционного Суда РФ в триаде государственной власти, его, несомненно, следует отнести к судебной власти, осуществляющей правосудие, хотя некоторые ученые высказывают другое мнение. Так, А.А. Малюшин пишет, что «Конституционный Суд РФ осуществляет правосудие – конституционное правосудие, но обширная сфера его деятельности, пусть и облеченная в судебно-процессуальную форму, прямо к правосудию не относится, хотя и представляет собой проявление судебной власти как одной из форм государственной власти»<sup>16</sup>. Такое высказывание представляется по меньшей мере странным. Суд осуществляет правосудие, которое правосудием не является; при этом суд относится к судебной власти?! В юридической науке общеизвестно, что основной функцией судебной власти является осуществление правосудия. Деятельность Конституционного Суда по отправлению правосудия связана с применением Конституции РФ и законов и вынесением су-

Думы от 30 ноября 2001 года «О порядке применения Постановления Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации «Об объявлении амнистии в отношении несовершеннолетних и женщин» // Документ официально не опубликован; Постановление Конституционного Суда РФ от 27 января 2004 г. № 1-П по делу о проверке конституционности отдельных положений пункта 2 части первой статьи 27, частей первой, второй и четвертой статьи 251, частей второй и третьей статьи 253 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Правительства Российской Федерации // СЗ РФ. 2004. № 5. Ст. 403; Постановление Конституционного Суда РФ от 5 июля 2001 г. №11-П по делу о проверке конституционности Постановления Государственной Думы от 28 июня 2000 года № 492-III ГД «О внесении изменения в Постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации «Об объявлении амнистии в связи с 55-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941 – 1945 годов» в связи с запросом Советского районного суда города Челябинска и жалобами ряда граждан // СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 3059.

<sup>12</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 17 февраля 1998 г. № 6-П по делу о проверке конституционности положения части второй статьи 31 Закона СССР от 24 июня 1981 года «О правовом положении иностранных граждан в СССР» в связи с жалобой Яхья Дашти Гафура // СЗ РФ. 1998. № 9. Ст. 1142.

<sup>13</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П по делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации // СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3004.

<sup>14</sup> Морщакова Т.Г. Российское правосудие в контексте судебной реформы. М., 2004. С. 118.

<sup>15</sup> Комментарий к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» (постатейный) / под ред. Г.А. Гаджиева. С. 42.

<sup>16</sup> Малюшин А.А. Конституционно-судебное правосудие в правовом государстве. М.: НОРМА, 2006. С. 24.



дебных решений, обязательных для граждан, органов власти, других субъектов права. Конституционному судопроизводству присущи признаки, характерные для любого вида судопроизводства: государственно-властный характер; 2) формализованность; 3) наличие процессуальных стадий; 4) целенаправленность; 5) возникновение в ходе осуществления судопроизводства процессуальных правоотношений; 6) наличие системы процессуальных гарантий<sup>17</sup>. Конституционное правосудие имеет ярко выраженный публичный характер, отличающий его от гражданского или уголовного правосудия, но от этого оно не перестает быть именно правосудием со всеми присущими ему признаками и принципами.

Необходимо отметить, что Конституционный Суд РФ оказывает существенное влияние на иные суды. Иногда ученые ставят вопрос о том, можно ли конституционный суд обособить в системе публичной власти в отдельный орган, представляющий собой четвертую ветвь власти. Действительно, многие позиции Конституционного Суда РФ подтверждают тезис о том, что он является «суперсудом», «судом над судами». В частности, Конституционный Суд РФ уточняет компетенцию судов<sup>18</sup>, отделяя собственные полномочия от полномочий иных судов<sup>19</sup>, корректирует процессуальное законодательство, по которому осуществляют производство иные суды<sup>20</sup>, уточняет правовое

положение судей<sup>21</sup> и др. Все суды обязаны исполнять решения Конституционного Суда РФ.

Судебные решения иных судов, основанные на норме закона в истолковании, расходящемся с ее конституционно-правовым смыслом, должны быть пересмотрены в установленном порядке, если для этого нет иных препятствий<sup>22</sup>.

Решения Конституционного Суда РФ характеризуются особыми юридическими свойствами, к которым относятся общеобязательность, окончательность, непосредственность действия, непреодолимость, что в конечном итоге свидетельствует об их нормативности, распространении действия не только на заявителей, но и иных субъектов права, включая все суды. Эту позицию разделяют судьи Конституционного Суда РФ<sup>23</sup> и его председатель<sup>24</sup>, многие ученые – С.А. Авакьян, Л.В. Лазарев и др. О.Е. Кутафин, не признавая нормативности судебных актов, все же назвал их источниками права «в широком смысле слова», отнеся при этом к источникам «в узком смысле слова» традиционные нормативные акты<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Так, при проверке нормы о досрочном прекращении полномочий судьи за нарушения, допущенные при принятии судебного акта, Конституционный Суд РФ выделил два вида судебных ошибок. К первому виду он отнес неумышленные ошибки ординарного характера, а ко второму – те, которые являются следствием некомпетентности или небрежности судьи, т. е. недобросовестного исполнения им функции по отправлению правосудия, которое приводит к искажению принципов судопроизводства и грубому нарушению прав участников процесса. См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20 июля 2011 г. № 19-П по делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 3, пункта 1 статьи 8 и пункта 1 статьи 12.1 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и статей 19, 21 и 22 Федерального закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданки А.В. Матюшенко // СЗ РФ. 2011. № 31. Ст. 4809.

<sup>22</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 19 июля 2011 г. № 17-П по делу о проверке конституционности положения пункта 5 части первой статьи 244.6 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С.Ю. Какуева // СЗ РФ. 2011. № 30. (Ч. II). Ст. 4699.

<sup>23</sup> См., напр.: Бондарь Н.С. Местное самоуправление и конституционное правосудие: конституционализация муниципальной демократии в России. М., 2008. С. 134; Эбзеев Б.С. Толкование Конституции Конституционным Судом РФ: теоретические и практические проблемы // Государство и право. 1998. № 5. С. 7.

<sup>24</sup> Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3–9; Он же. Россия и Конституция в XXI веке. 2-е изд., доп. М.: Норма, 2008. С. 133.

<sup>25</sup> Кутафин О.Е. Источники конституционного права Российской Федерации. М., 2002. С. 146.

<sup>17</sup> Райкова Н.С. Сущность конституционного судопроизводства // Журнал конституционного правосудия. 2008. № 5. С. 17–22.

<sup>18</sup> Так, Конституционный Суд РФ проверял нормы, закрепляющие механизм реализации права апелляционного обжалования решений мировых судей и полномочия суда при рассмотрении апелляционных жалоб. См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2010 г. № 10-П по делу о проверке конституционности части первой статьи 320, части второй статьи 327 и статьи 328 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами гражданки Е.В. Алейниковой и общества с ограниченной ответственностью «Три К» и запросами Норильского городского суда Красноярского края и Центрального районного суда города Читы // СЗ РФ. 2010. № 19. Ст. 2357.

<sup>19</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П по делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации // СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3004.

<sup>20</sup> См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П по делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 170, пункта 1 статьи 311 и части 1 статьи 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Производственное объединение «Берег», открытых акционерных обществ «Карболит», «Завод «Микропровод» и «Научно-производственное предприятие «Респиратор» // СЗ РФ. 2010. № 6. Ст. 699.



В случае сомнения в конституционности подлежащего применению акта, суд обязан обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом<sup>26</sup>. Такой запрос может быть сделан судом любой инстанции и в любой стадии рассмотрения дела<sup>27</sup>.

Вместе с тем Конституционный Суд РФ не является кассационной, апелляционной или надзорной инстанцией по отношению к судам общей, административной и арбитражной юрисдикции; не проверяет обоснованность и законность судебных решений и приговоров.

Нередко Конституционный Суд РФ выполняет функцию законодателя, восполняя законодательные пробелы, исключая тем самым неконституционное истолкование в правоприменительной практике. Безусловно Конституционный Суд в подавляющем большинстве случаев отказывает заявителям в рассмотрении их обращений, указывая, что ему «неподведомственно исполнение имеющихся, по мнению заявителя, пробелов в правовом регулировании и уточнение тех или иных формулировок и понятий, содержащихся в правовых нормах»<sup>28</sup>. Однако Конституционный Суд РФ все же рассматривает жалобы на пробелы закона, если это влечет нарушение конституционных прав и свобод граждан в результате неконституционной практики правоприменения<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> См., напр.: Постановление по делу о проверке конституционности положений статьи 11 и пунктов 3 и 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом президиума Ленинградского окружного военного суда // СЗ РФ. 2013. № 50. Ст. 6670.

<sup>27</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16 апреля 2013 г. № 9 «О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 года № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 6.

<sup>28</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 18 июля 2006 г. № 321-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шведа Станислава Ивановича на нарушение его конституционных прав рядом статей Гражданского процессуального кодекса РСФСР, Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, Закона Российской Федерации «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан», а также пробелами процессуального законодательства // Документ официально не опубликован.

<sup>29</sup> В частности, в жалобе гражданки Л.Ф. Абрамовой, оспаривавшей Закон РФ «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании», неконституционность была усмотрена в том, что закон не раскрывает смысла понятий «психиатрическое освидетельствование», «общественная опасность», «врачебная тайна», «невменяемость»; практически все статьи закона страдают неточностью формулировок; в нем не содержится норм, определяющих методику проведения обследования граждан на предмет определения их психического

Конституционный Суд указал, что дефекты закона (неточность или неясность формулировок, пробелы) могут приводить в процессе правоприменения к нарушениям конституционных прав и свобод, поэтому может быть признана неконституционной практика применения такого закона<sup>30</sup>. В одном из дел Конституционный Суд РФ установил, что нарушение принципа формальной определенности при конструировании и изложении оспариваемых законоположений повлекло их неправомерное произвольное истолкование и привело к нарушению прав и свобод человека и гражданина<sup>31</sup>.

Таким образом, в целях пресечения нарушений прав и свобод человека и гражданина Конституционный Суд РФ фактически осуществляет законотворческую функцию.

Одним из наиболее ярких примеров является предложенный Конституционным Судом РФ вид федерального законодательного акта – закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации<sup>32</sup>. При этом в Конституции РФ такой вид законодательного акта не назван.

состояния, срок, в течение которого к гражданину могут применяться принудительные меры медицинского характера, и т.д. Жалоба была признана недопустимой, но по причине того, что в отношении заявителями закон не был применен. Однако Конституционный Суд отметил, что «неясность формулировок, понятий, терминологии, а также пробельность Закона РФ «Об оказании психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании», на которые указывается в жалобе, могут являться основанием проверки конституционности закона по жалобе гражданина лишь при условии, что приводит в процессе правоприменения к такому толкованию норм, которое нарушает или может нарушить конкретные конституционные права». См.: Определение Конституционного Суда РФ от 4 декабря 1995 г. № 116-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Абрамовой Людмилы Федоровны как не соответствующей требованиям Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Документ официально не опубликован.

<sup>30</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 25 апреля 1995 г. № 3-П по делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 54 Жилищного кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданки Л.Н. Ситаловой // СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1708.

<sup>31</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 24 июня 2009 г. № 11-П по делу о проверке конституционности положений пунктов 2 и 4 статьи 12, статей 22.1 и 23.1 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и статей 23, 37 и 51 Федерального закона «О защите конкуренции» в связи с жалобами ОАО «Газэнергосеть» и ОАО «Нижекамскнефтехим» // СЗ. 2009. № 28. Ст. 3581.

<sup>32</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 12-П по делу о толковании статьи 136 Конституции Российской Федерации // СЗ РФ. 1995. № 45. Ст. 4408.



Нередко Конституционный Суд РФ делает вывод о конституционности оспоренного закона исключительно в его истолковании, и при этом указывает законодателю на необходимость урегулировать пробел, при этом нередко определяя юридическую конструкцию восполнения пробела. Например, при проверке конституционности Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», допускающего, по мнению заявителя, временное применение международных договоров РФ, затрагивающих права, свободы и обязанности человека и гражданина, до их вступления в силу без официального опубликования для всеобщего сведения, что не позволяет заинтересованным лицам своевременно ознакомиться с ними, предвидеть последствия их применения, с тем чтобы соотнести свое поведение с содержащимися в них правилами. Суд признал данный закон не противоречащим Конституции, поскольку он «по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего нормативного регулирования – не предполагает возможность временного применения в Российской Федерации международного договора (или части международного договора) Российской Федерации, затрагивающего права, свободы и обязанности человека и гражданина и устанавливающего при этом иные правила, чем предусмотренные законом, без его официального опубликования». При этом Конституционный Суд установил, что его вывод «не освобождает федерального законодателя от необходимости установления в кратчайшие сроки порядка официального опубликования временно применяемых международных договоров Российской Федерации»<sup>33</sup>.

В деле о досрочном увольнении с военной службы в связи с невыполнением условий контракта Конституционный Суд фактически сформулировал ряд правил: о недобросовестном отношении военнослужащего к своим обязанностям могут свидетельствовать, в частности, характер ранее совершенных им дисциплинарных проступков, наличие неснятых дисциплинарных взысканий и иные юридически значимые обстоятельства; решение об увольнении должно быть основано на проведенной в установленном порядке аттестации военнослужащего; аттестация военнослужащего должна быть обязательным элементом порядка досрочного увольнения; специальные

основания увольнения военнослужащих за уголовные преступления с осуждением к лишению свободы, лишению воинского звания или права замещать воинские должности не препятствуют командованию досрочно уволить военнослужащего, которому по приговору суда назначено иное наказание. При этом Конституционный Суд РФ указал, что законодателю надлежит определить срок, в течение которого может производиться досрочное увольнение с военной службы в связи с невыполнением условий контракта. До внесения соответствующих изменений досрочное увольнение военнослужащих с военной службы в таких случаях не может производиться за пределами срока погашения или снятия судимости либо срока, по истечении которого последнее из дисциплинарных взысканий, наложенных на военнослужащего, считается снятым<sup>34</sup>.

В деле, касающемся досрочного прекращения полномочий выборного должностного лица местного самоуправления, Конституционный Суд РФ, признав неконституционность законоположений в силу того, что они не закрепляют механизм, обеспечивающий взаимодействие институтов судебной защиты прав выборного должностного лица, удаленного в отставку, и досрочных выборов главы муниципалитета. Тем самым не гарантируется возможность реально восстановить права такого лица в случае, если суд признает соответствующее решение представительного органа местного самоуправления незаконным. Конституционный Суд не только указал на необходимость урегулирования пробела, но и указал направление регуляции: «Этими поправками необходимо обеспечить максимально возможное сокращение сроков судебного обжалования подобного решения об отставке и незамедлительное рассмотрение судом дела о проверке его законности»<sup>35</sup>.

Приведенные примеры явно свидетельствуют об активной правотворческой функции Конституционного Суда РФ.

В литературе анализируется немало решений Конституционного Суда РФ, которые

<sup>33</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 2012. № 8-П по делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 23 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина И.Д. Ушакова // СЗ РФ. 2012. № 15. Ст. 1810.

<sup>34</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 21 марта 2013 г. № 6-П по делу о проверке конституционности подпункта «в» пункта 2 статьи 51 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» в связи с жалобами граждан Р.В. Боскачева, И.В. Овсянникова и Д.А. Савельева // СЗ РФ. 2013. № 13. Ст. 1635.

<sup>35</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 15-П по делу о проверке конституционности положений частей 3 и 10 статьи 40 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и пункта 3 части первой статьи 83 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А.В. Дубкова // СЗ РФ. 2013. № 27. Ст. 3647.



ми он фактически создает новые нормы. При этом отмечается, что создание Судом новых правовых норм «означает подмену законодательного порядка выработки и принятия новых законов, характеризующихся демократическим и публичным обсуждением в многочисленных инстанциях»<sup>36</sup>. В теории порядок принятия законов парламентом – органом народного представительства, избранным широким кругом лиц, считается демократичным. Однако практика свидетельствует об идеализации парламентских процедур теорией. Не случайно О.Е. Кутафин отмечал, что современное законодательство «создает возможности для искажения результатов голосования при определении результатов выборов»<sup>37</sup>. Кроме того, многочисленность публичных обсуждений законопроекта не влечет обязательного принятия парламентом его самого эффективного варианта, свободного от непрофессионализма.

Ряд ученых прямо называют Конституционный Суд правотворческим органом и признают его акты по юридической силе выше актов парламента<sup>38</sup>. В научный оборот введена категория «конституционно-судебное правотворчество». Предлагается официально признать и урегулировать в законодательстве «правотворческие проявления Конституционного Суда РФ», как, впрочем, и иных судов<sup>39</sup>.

Необходимо отметить, что даже без восполнения законодательного пробела Конституционный Суд РФ, признавая закон неконституционным, отказывает в применении такого закона, что, по справедливому высказыванию В.М. Жуйкова, уже само по себе некоторым образом связано с созданием им права<sup>40</sup>.

Конституционный Суд не отменяет закон, признанный неконституционным, поскольку это является прерогативой законодательного органа, а лишь дает юридическую оценку данного акта. Несоответствие закона Конституции служит основанием для его отмены парламентом, но не является самой отменой. Такое реше-

ние Суда – это лишь основание (юридический факт), с которым законодатель (и действующее право) связывает определенные последствия (утрата силы акта, его неприменение судами и т.п.). Но данные последствия, по мнению В.С. Нерсесянца, – это уже заранее установленные законодателем правовые нормы, а не нормы права, создаваемые самим судом<sup>41</sup>. Противоположное мнение высказал Р.З. Лившиц, полагая, что и при отмене судами нормативных актов, и при прямом применении Конституции РФ, и при разрешении конкретных споров суд выступает источником права<sup>42</sup>.

Довольно любопытную мысль высказала Ж.И. Овсепян: «Будучи частью механизма государственной власти, судебный конституционный контроль, как и другие ветви власти, несет в себе признаки, свойственные каждой из противоположных властей, т.е. в процессе конституционно-контрольной деятельности осуществляются и законодательные, и исполнительные, и судебные функции»<sup>43</sup>.

На наш взгляд, все правотворческие органы, а Конституционный Суд РФ в наибольшей степени, интерпретируют правовые нормы, в определенной мере их видоизменяя. При этом Конституционный Суд РФ также интерпретирует нормы Конституции РФ, принятой народом на референдуме. В этой связи закономерно вопрос о том, «до каких пределов может доходить разъяснение положений Конституции и где гарантия того, что в процессе такого разъяснения норма не превратится в свою противоположность, не станет неузнаваемой или, по меньшей мере, не изменит своего смысла»<sup>44</sup>.

Представляется, что в отношении интерпретации конституционных норм Суд должен проявлять разумную сдержанность, чтобы не быть обвиненным не только в изменении смысла нормы Конституции, но и подмене ее духа и «буквы»<sup>45</sup>. Что же касается интерпретации норм оспариваемых актов, то в отношении их Конституционный Суд РФ несомненно обладает правом их истолкования в конституционно-правовом смысле, осуществляя это опе-

<sup>36</sup> См., напр.: Лукашевич В.З., Комарова Н.А. Конституционный Суд Российской Федерации не может и не должен подменять законодателя // Правоведение. 2001. № 2. С. 53–63.

<sup>37</sup> Кутафин О.Е. Российский конституционализм. М.: НОРМА, 2008. С. 114.

<sup>38</sup> См.: Баглай М.В., Габричидзе Б.Н. Конституционное право Российской Федерации. М., 1996. С. 33.

<sup>39</sup> Малюшин А.А. Конституционно-судебное правотворчество в правовом государстве. М.: НОРМА, 2006. С. 67.

<sup>40</sup> См.: Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 17.

<sup>41</sup> См.: Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 38.

<sup>42</sup> Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 5.

<sup>43</sup> Овсепян Ж.И. Судебный конституционный контроль в зарубежных странах. Правовая защита конституций. Ростов н/Д, 1992. С. 23.

<sup>44</sup> Лукьянова Л.А. Конституция в судебном переплете // Практический журнал для руководителей и юристов. 2000. № 12. С. 7.

<sup>45</sup> Там же.



ративно, предупреждая и пресекая тем самым нарушения Конституции текущим законодательством. Но и в этом случае Конституционный Суд должен ограничивать себя, когда это возможно, лишь указывая парламенту «правильное», то есть конституционное направление развития законодательства. Как полагает Г.А. Гаджиев, Конституционный Суд связан принципами Конституции Российской Федерации, и прежде всего принципом конституционной сдержанности и принципом народовластия. Политические решения парламента, облеченные в форму закона, легитимированы способом его формирования, т.е. избирательным процессом. «Принятие же судом актов, которые вносят поправки в решения законодателя путем самостоятельного изменения баланса ценностей в пользу тех или иных прав или интересов, едва ли существенно отличается от позитивного нормотворчества. Подчиняясь в известной мере субъективизму самих судей и их представлениям о должном, подобные действия суда выходят за пределы той компетенции, которая отведена им Конституцией Российской Федерации в системе разделения властей»<sup>46</sup>.

Подменяя законодателя, Конституционный Суд проявляет политическую волю, отступая от принципа независимости. Вместе с тем, как справедливо подчеркивал О.Е. Кутафин, Конституционный Суд не должен оглядываться на политику. Он должен быть только юридическим органом<sup>47</sup>. Безусловно Конституционному Суду сложно быть вне политики, особенно с учетом изменения порядка назначения его председателя. В последнее время отдельные его решения стали нерешительны, половинчаты, как бы с оглядкой на президентскую власть. В то же время ряд решений демонстрирует решительность в утверждении реальной демократии<sup>48</sup> и га-

рантированности прав человека<sup>49</sup>.

«Осуществление правотворческой функции Конституционным Судом РФ оправдано, на наш взгляд, в критических случаях, не терпящих затягивания в урегулировании острых проблем, связанных с реализацией прав и свобод граждан и их объединений. Ведь главной целью конституционного судопроизводства является защита не столько Конституции как нормативного акта высшей юридической силы, сколько конституционализма, закрепленного этой Конституцией»<sup>50</sup>. А права человека составляют ядро конституционализма. Согласно ст. 2 Конституции Российской Федерации человека, где его права и свободы признаются высшей ценностью в государстве и обществе, во имя которого существуют все государственные и общественные структуры.

закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», частей 4 и 5 статьи 92 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» в связи с жалобами граждан А.В. Андронova, О.О. Андроновой, О.Б. Белова и других, Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и регионального отделения политической партии СПРАВЕДЛИВАЯ РОССИЯ в Воронежской области // Собрание законодательства РФ. 2013. № 18. Ст. 2292; Постановление Конституционного Суда РФ от 18 мая 2012 г. № 12-П по делу о проверке конституционности положений части 2 статьи 20.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, пункта 3 части 4 статьи 5 и пункта 5 части 3 статьи 7 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в связи с жалобой гражданина С.А. Каткова // СЗ РФ. 2012. № 22. Ст. 2921.

<sup>49</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 17 января 2013 г. № 1-П по делу о проверке конституционности положения части 5 статьи 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Маслянский хлебоприемный пункт» // СЗ РФ. 2013. № 4. Ст. 304.

<sup>50</sup> Кутафин О.Е. Российский конституционализм. М.: НОРМА, 2008. С. 246.

<sup>46</sup> См.: особое мнение судьи Конституционного Суда РФ Г.А. Гаджиева по делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 23 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина И.Д. Ушакова: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 марта 2012 г. № 8-П // СЗ РФ. 2012. № 15. Ст. 1810.

<sup>47</sup> См.: Интервью: Наша задача – поддержать законность в стране (интервью с сопредседателем Ассоциации юристов России, ректором Московской государственной юридической академии О.Е. Кутафиным) // Юридический мир. 2006. № 12. С. 6.

<sup>48</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2013 г. № 8-П по делу о проверке конституционности статей 3, 4, пункта 1 части первой статьи 134, статьи 220, части первой статьи 259, части второй статьи 333 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, подпункта «з» пункта 9 статьи 30, пункта 10 статьи 75, пунктов 2 и 3 статьи 77 Федерального



## Библиография:

1. Баглай М.В., Габричидзе Б.Н. Конституционное право Российской Федерации. М., 1996.
2. Бондарь Н.С. Местное самоуправление и конституционное правосудие: конституционализация муниципальной демократии в России. М., 2008.
3. Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М., 1997.
4. Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке. 2-е изд., доп. М.: Норма, 2008.
5. Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12.
6. Зорькин В.Д. Конституционный Суд России в историческом контексте // <http://www.ksrf.ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=47>
7. Интервью: Наша задача-поддержать законность в стране (интервью с сопредседателем Ассоциации юристов России, ректором Московской государственной юридической академии О.Е. Кутафиным) // Юридический мир. 2006. № 12.
8. Комментарий к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» (постатейный) / под ред. Г.А. Гаджиева. М.: Норма, Инфра-М, 2012.
9. Конституция Российской Федерации. Постатейный научно-практический комментарий коллектива ученых Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина / под ред. Е.И. Козловой. М., 2009.
10. Кутафин О.Е. Российский конституционализм. М.: НОРМА, 2008.
11. Кутафин О.Е. Источники конституционного права Российской Федерации. М., 2002.
12. Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. М., 1997.
13. Лукашевич В.З., Комарова Н.А. Конституционный Суд Российской Федерации не может и не должен подменять законодателя // Правоведение. 2001. № 2.
14. Лукьянова Л.А. Конституция в судебном переплете // Практический журнал для руководителей и юристов. 2000. № 12.
15. Малюшин А.А. Конституционно-судебное правотворчество в правовом государстве. М.: НОРМА, 2006.
16. Морщакова Т.Г. Российское правосудие в контексте судебной реформы. М., 2004.
17. Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. М., 1997.
18. Несмеянова С.Э. Конституционный судебный контроль в России: учебн. пособие. М.: РИОР: ИНФРА-М, 2012.
19. Овсепян Ж.И. Судебный конституционный контроль в зарубежных странах. Правовая защита конституций. Ростов н/Д, 1992.
20. Райкова Н.С. Сущность конституционного судопроизводства // Журнал конституционного правосудия. 2008. № 5.
21. Эбзеев Б.С. Толкование Конституции Конституционным Судом РФ: теоретические и практические проблемы // Государство и право. 1998. № 5.

## References:

1. Baglai M.V., Gabrichidze B.N. Konstitutsionnoe pravo Rossiiskoi Federatsii. M., 1996.
2. Bondar' N.S. Mestnoe samoupravlenie i konstitutsionnoe pravosudie: konstitutsionalizatsiya munitsipal'noi demokratii v Rossii. M., 2008.
3. Zhuikov V.M. K voprosu o sudebnoi praktike kak istochnike prava // Sudebnaya praktika kak istochnik prava. M., 1997.
4. Zor'kin V.D. Rossiya i Konstitutsiya v XXI veke. 2-e izd., dop. M.: Norma, 2008.
5. Zor'kin V.D. Pretsedentnyi kharakter reshenii konstitutsionnogo Suda Rossiiskoi Federatsii // Zhurnal rossiiskogo prava. 2004. № 12.
6. Zor'kin V.D. Konstitutsionnyi Sud Rossii v istoricheskom kontekste // <http://www.ksrf.ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=47>
7. Interv'yu: Nasha zadacha-podderzhat' zakonnost' v strane (interv'yu s sopredsedatelem Assotsiatsii yuristov Rossii, rektorom Moskovskoi gosudarstvennoi yuridicheskoi akademii O.E. Kutafinym) // Yuridicheskii mir. 2006. № 12.
8. Kommentarii k Federal'nomu konstitutsionnomu zakonu «O Konstitutsionnom Sude Rossiiskoi Federatsii» (postateinyi) / pod red. G.A. Gadzhieva. M.: Norma, Infra-M, 2012.



9. Konstitutsiya Rossiiskoi Federatsii. Postateinyi nauchno-prakticheskii kommentarii kolektiva uchenykh Moskovskoi gosudarstvennoi yuridicheskoi akademii imeni O.E. Kutafina / pod red. E.I. Kozlovoi. M., 2009.
10. Kutafin O.E. Rossiiskii konstitutsionalizm. M.: NORMA, 2008.
11. Kutafin O.E. Istochniki konstitutsionnogo prava Rossiiskoi Federatsii. M., 2002.
12. Livshits R.Z. Sudebnaya praktika kak istochnik prava // Sudebnaya praktika kak istochnik prava. M., 1997.
13. Lukashevich V.Z., Komarova N.A. Konstitutsionnyi Sud Rossiiskoi Federatsii ne mozhet i ne dolzhen podmenyat' zakonodatelya // Pravovedenie. 2001. № 2.
14. Luk'yanova L.A. Konstitutsiya v sudebnom pereplete // Prakticheskii zhurnal dlya rukovoditelei i yuristov. 2000. № 12.
15. Malyushin A.A. Konstitutsionno-sudebnoe pravotvorchestvo v pravovom gosudarstve. M.: NORMA, 2006.
16. Morshchakova T.G. Rossiiskoe pravosudie v kontekste sudebnoi reformy. M., 2004.
17. Nersesyants V.S. Sud ne zakonodatel'stvuet i ne upravlyaet, a primenyaet pravo // Sudebnaya praktika kak istochnik prava. M., 1997.
18. Nesmeyanova S.E. Konstitutsionnyi sudebnyi kontrol' v Rossii: Uchebn. posobie. M.: RIOR: INFRA-M, 2012.
19. Ovsepyan Zh.I. Sudebnyi konstitutsionnyi kontrol' v zarubezhnykh stranakh. Pravovaya zashchita konstitutsii. Rostov n/D, 1992.
20. Raikova N.S. Sushchnost' konstitutsionnogo sudoproizvodstva // Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya. 2008. № 5.
21. Ebzeev B.S. Tolkovanie Konstitutsii Konstitutsionnym Sudom RF: teoreticheskie i prakticheskie problemy // Gosudarstvo i pravo. 1998. № 5.

*Материал поступил в редакцию 3 марта 2014 г.*



А.В. Савоськин\*, А.О. Казанцев\*\*

## ВОЗМОЖНО ЛИ УПРАЗДНЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО (УСТАВНОГО) СУДА СУБЪЕКТА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ?

**Аннотация:** В статье исследуется возможность упразднения конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации. Анализируются приостановление деятельности Конституционного Суда Республики Бурятия с 1 января 2014 года, упразднение Уставного суда Челябинской области с 1 марта 2014 года, попытки упразднения Уставного суда Санкт-Петербурга в 2000–2009 годах. Проанализированы нормы Конституции Российской Федерации, Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», иных федеральных законов, затрагивающие вопросы упразднения конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации. Представлен теоретически возможный механизм упразднения конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации. Публикация подготовлена на основе общенаучного диалектического метода. Специальными методами, использованными при подготовке публикации, являются: исторический, системно-структурный, формально-юридический, логический и сравнительно-правовой. Произвольное упразднение конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации – незаконно. При упразднении регионального органа конституционного контроля его полномочия должны быть переданы другому суду. Передача полномочий от конституционного (уставного) суда субъекта федерации к суду общей юрисдикции или арбитражному суду невозможна, так как это противоречит Конституции Российской Федерации и федеральному процессуальному законодательству. Полномочия конституционного (уставного) суда субъекта федерации при его упразднении могут быть переданы только Конституционному Суду Российской Федерации. Этот вопрос должен быть решен на основании договора о разграничении полномочий (предусмотренном ст. 26.7 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»).

**Ключевые слова:** конституционный суд, уставный суд, упразднение, конституционная юстиция, региональная конституционная юстиция, суд, правосудие, полномочия, субъект Российской Федерации, приостановление деятельности.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11509

Региональная конституционная юстиция имеет в России более чем двадцатилетнюю историю. Первые региональные конституционные суды появились в 1991 году, некоторые – взамен провозглашенных там немногим ранее комитетов конституционного надзора (Башкортостан, Дагестан, Кабардино-Балкария, Саха (Якутия), Татарстан, Тыва). Сегодня конституционные (уставные) суды созданы почти во всех республиках, а также в городе федерального значения Санкт-Петербурге, Свердловской, Калинин-

градской и Челябинской областях – всего в 18 субъектах Федерации (по состоянию 1 января 2014 года).

За относительно короткий период своего существования региональная конституционная юстиция доказала свою социальную необходимость и востребованность. Согласно данным официальных сайтов конституционных (уставных) судов в сети Интернет, сотни региональных законов и иных нормативных актов были признаны не соответствующими конституциям и уставам субъектов Федера-

© Савоськин Александр Владимирович

\* Кандидат юридических наук, советник судьи, Уставный Суд Свердловской области

[savoskinav@yandex.ru]

620075, Россия, г. Екатеринбург, ул. Пушкина, д. 19, кабинет 13.

© Казанцев Антон Олегович

\*\* Кандидат юридических наук, заместитель председателя Уставного Суда Свердловской области

[kazancev@ustavsud.ur.ru]

620075, Россия, г. Екатеринбург, ул. Пушкина, д. 19, кабинет 13.



ции<sup>1</sup>. Вместе с тем в 2014 году проявились тревожные тенденции, свидетельствующие о потенциальной возможности упразднения конституционных (уставных) судов в отдельных субъектах Российской Федерации.

Так, с 1 января 2014 года приостановлена деятельность Конституционного Суда Республики Бурятия<sup>2</sup>. В настоящий момент Суд не принимает и не рассматривает обращения<sup>3</sup>, а решение вопросов финансово-хозяйственной деятельности, связанных с его статусом юридического лица, возложено на Администрацию Главы и Правительство Республики Бурятия.

С 1 марта 2014 года упразднен Уставный суд Челябинской области. Соответствующие поправки были внесены в Устав Челябинской области<sup>4</sup> и законы<sup>5</sup>. Здесь следует отметить, что челябинский Уставный суд являлся самым молодым. Он был учрежден Законом Челябинской области от 27 октября 2011 года № 220-ЗО «Об Уставном суде Челябинской области»<sup>6</sup> и начал свою работу лишь в 2012 году.

Попытки упразднения конституционных (уставных) судов имели место в отдельных субъектах РФ, однако до недавнего времени они оказывались безрезультатными. Так, в Санкт-Петербурге законопроекты об упразднении уставного суда вносились 3 раза, однако, были отклонены большинством депутатов.

Состав Конституционного Суда Республики Бурятия – три судьи. После выхода в отставку председателя суда Будаева К.А. в начале 2012 года Конституционный Суд оказался не в состоянии рассматривать поступающие дела из-

за отсутствия кворума судей. Уже тогда, принимая обращения граждан, суд не мог на них реагировать (поскольку даже для принятия обращения к производству требуется решение коллегии из всех трех судей). Согласно ст. 5 Закона Республики Бурятия «О Конституционном Суде Республики Бурятия»<sup>7</sup> замещение вакансии судьи должно производиться в течение 3 месяцев. Этого не произошло. Более того, в 2013 году истек пятилетний срок полномочий двух оставшихся судей и суд фактически остался без судей. Приостановление деятельности суда стало вполне предсказуемым, и, скорее всего, заранее спланированным актом, однако, еще раз подчеркнем, бурятский законодатель *приостановил* деятельность Конституционного Суда, но поостерегся от его *упразднения*.

В отличие от Конституционного Суда Республики Бурятия, Уставный суд Челябинской области был именно упразднен, и сделано это было стремительно. Соответствующая законодательная инициатива была внесена временно исполняющим обязанности Губернатора Челябинской области практически сразу после досрочного прекращения полномочий прежнего главы субъекта<sup>8</sup>. И поправки в Устав Челябинской области (исключающие нормы об Уставном суде из текста Устава), и закон об упразднении Уставного суда, признавший утратившим силу областной закон «Об Уставном суде Челябинской области», были приняты сразу в трех чтениях. О разработке и внесении проектов указанных актов не знали даже депутаты Законодательного собрания Челябинской области, поскольку в предварительно разработанной и разосланной повестке работы палаты законы об упразднении Уставного суда отсутствовали<sup>9</sup>. Они были включены в повестку только на самом пленарном заседании Законодательного Собрания. Не знали об этой инициативе и сами судьи Уставного суда. По словам председателя Уставного суда Челябинской области Е.Г. Еремеева: «Все произошло очень быстро, непонятно и скрытно»<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Пантелеев В.Ю. Повышение эффективности деятельности конституционных (уставных) судов субъектов РФ // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 1.

<sup>2</sup> Закон Республики Бурятия от 14.11.2013 № 92-V «О приостановлении действия и признании утратившими силу отдельных законодательных актов Республики Бурятия» // Бурятия. 2013. Официальный вестник. – № 124.

<sup>3</sup> Карасев А.Т., Савоськин А.В. Институт обращения депутатов в суды конституционной юстиции требует совершенствования // Российский юридический журнал. 2013. № 4. С. 58.

<sup>4</sup> Закон Челябинской области от 30.01.2014 № 625-ОЗ «О внесении изменений в Устав (Основной закон) Челябинской области» // Южноуральская панорама. 2014. № 16.

<sup>5</sup> Ст. 3 Закона Челябинской области от 30.01.2014 № 627-ОЗ «Об особенностях регулирования отдельных правоотношений в связи с совершенствованием системы органов государственной власти Челябинской области» // Южноуральская панорама. 6.02.2014. № 16.

<sup>6</sup> Закон Челябинской области от 27.10.2011 № 220-ЗО (ред. от 30.01.2014) «Об Уставном суде Челябинской области» // Южноуральская панорама. – 2011. – (спецвыпуск № 64).

<sup>7</sup> Закон Республики Бурятия от 25.10.1994 № 42-I (ред. от 13.12.2013) «О Конституционном Суде Республики Бурятия» // Ведомости Народного Хурала Республики Бурятия. 1995. № 2.

<sup>8</sup> Указ Президента РФ от 15.01.2014 № 21 «О досрочном прекращении полномочий Губернатора Челябинской области» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 15.01.2014.

<sup>9</sup> План законопроектных работ Законодательного Собрания Челябинской области на 2014 год // официальный сайт Законодательного Собрания Челябинской области <http://www.zs74.ru/plany-zakonoproektnyh-rabot>.

<sup>10</sup> Интервью председателя Уставного суда Челябинской области Е.Г. Еремеева интернет-изданию [znak.com](http://znak.com) от 03.20.2014 // <http://znak.com/chel/articles/03-02-16-30/101860.html>.



Учитывая отсутствие законопроектов и пояснительных записок к ним на официальном сайте Законодательного Собрания Челябинской области, судить о формальных причинах упразднения Уставного суда не представляется возможным. Вместе с тем отношения, сложившиеся между законодательным корпусом и Уставным судом, изначально носили конфликтный характер.

Подчеркнем, что наличие конфликта между законодательным и судебным органом – это вполне объяснимое и нормальное положение дел с точки зрения теории разделения властей. Более того, это свидетельство фактического функционирования принципа разделения властей, а также признак реальной демократии.

Показательно, что около половины всех рассмотренных Уставным судом Челябинской области дел касались областных законов. Еще более показателен тот факт, что первое (по порядку принятия) из постановлений Уставного суда Челябинской области<sup>11</sup> сразу было крайне негативно воспринято законодателем. Разрешая свое первое дело, Уставный суд принял решение в пользу граждан и признал отдельные нормативные положения Закона Челябинской области «О транспортном налоге»<sup>12</sup> не соответствующими Уставу (Основному закону) Челябинской области.

Отмененные нормы затронули достаточно узкую категорию граждан (пенсионеры, обладающие транспортными средствами с объемом двигателя свыше 150 лошадиных сил), поэтому существенно повлиять на объем доходов области от транспортного налога не могли. Несмотря на это, Законодательное Собрание Челябинской области выступило категорически против постановления Уставного суда, посчитав его вмешательством в дискреционные полномочия законодателя субъекта Российской Федерации.

Складывается впечатление, что для Законодательного Собрания Челябинской области оказалась неприемлемой сама мысль о том, что кто-то вправе корректировать результат его деятельности – областные законы.

Осознавая, что Постановление Уставного суда от 12 февраля 2013 года явилось первым и

вряд ли останется единственным в отношении законов Челябинской области, Законодательное Собрание Челябинской области обратилось в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о соответствии Конституции России п. 2 ст. 4 Закона Челябинской области «О транспортном налоге» (на тот момент уже отмененного Уставным судом). Рассмотрев обращение, Конституционный Суд России пришел к выводу о соответствии оспариваемых положений областного закона Конституции России<sup>13</sup>, чем фактически пересмотрел и отменил решение Уставного суда Челябинской области.

Однако следует понимать, что решение Конституционного Суда России принималось по конкретному делу и никоим образом не повлияло на компетенцию Уставного суда и его право признавать областные законы не соответствующими Уставу (Основному закону) Челябинской области. Видимо поэтому, не ограничиваясь «победой» в конкретном деле, обернувшейся немотивированным лишением пенсионеров налоговой льготы, законодатель решил исключить возможность оспаривания его актов в Уставном суде путем ликвидации самого суда.

Принимая во внимание неизбежность конфликтов между судебной властью и двумя другими ветвями власти в конкретном субъекте Российской Федерации, необходимо понимать, что конституционный (уставный) суд субъекта Федерации входит в единую судебную систему Российской Федерации, а его судьи обладают единым для всех судей правовым статусом. Поэтому пределы полномочий регионального законодателя в отношении конституционного (уставного) суда ограничены многими федеральными предписаниями.

Согласно ч. 2 ст. 17 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации»<sup>14</sup> конституционные (уставные) суды субъектов Российской Федерации создаются и упраздняются законами субъектов Российской Федерации. Данной нормой определен только вид акта, учреждающего (упраздняющего) орган региональной конституционной юстиции. И если о принципах создания конституционного (уставного) суда

<sup>11</sup> Постановление Уставного суда Челябинской области от 12.02.2013 № 001/13-П «По делу о соответствии Уставу (Основному Закону) Челябинской области отдельных положений статьи 2, пунктов 2 и 3 статьи 4 Закона Челябинской области от 28 ноября 2002 года № 114-ЗО «О транспортном налоге» в связи с жалобой гражданки Андреевой Н.П.» // Южноуральская панорама. 2013. № 26.

<sup>12</sup> Закон Челябинской области от 28.11.2002 № 114-ЗО (ред. от 12.02.2013) «О транспортном налоге» // Южноуральская панорама. 2002. № 134.

<sup>13</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 02.12.2013 № 26-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 4 Закона Челябинской области «О транспортном налоге» в связи с запросом Законодательного Собрания Челябинской области» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 50. Ст. 6669.

<sup>14</sup> Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 № 1-ФКЗ (ред. от 25.12.2012) «О судебной системе Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 1997. № 1. Ст. 1.



субъекта Федерации еще можно судить на основании ст. 27 «Конституционный (уставный) суд субъекта Российской Федерации» названного закона, то никаких иных специальных норм, посвященных упразднению именно конституционных (уставных) судов, в федеральном законодательстве не содержится, а значит, применяются общие нормы. Проанализируем их.

Согласно ч. 3 ст. 17 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» никакой суд не может быть упразднен, если отнесенные к его ведению вопросы осуществления правосудия не были одновременно переданы в юрисдикцию другого суда.

Можно напомнить, что даже при объединении Высшего Арбитражного Суда и Верховного Суда, в ч. 2 ст. 2 Закона РФ о поправке к Конституции РФ указано: «Высший Арбитражный Суд РФ упраздняется, а вопросы осуществления правосудия, отнесенные к его ведению, передаются в юрисдикцию Верховного Суда РФ».

Анализ федеральных законов об упразднении судов (а их около сотни) наглядно показывает, что во всех без исключения законах содержатся нормы о передаче полномочий<sup>15</sup>.

Возникает закономерный вопрос – кому могут быть переданы полномочия конституционного (уставного) суда субъекта Федерации? Потенциальных кандидатов на получение полномочий упраздняемого конституционного (уставного) суда три: Конституционный Суд России, суд общей юрисдикции уровня субъекта Федерации, иной не судебный орган.

В математике есть способ доказывания теорем «от противного», при котором «доказывание» некоторого суждения (тезиса доказательства) осуществляется через опровержение противоречащего ему суждения – антитезиса. Воспользуемся им. В нашем случае тезисом будет утверждение, что полномочия конституционного (уставного) суда могут быть переданы только органу конституционной юстиции, то есть Конституционному Суду России. Соответственно необходимо доказать, что полномочия органа региональной конституционной юстиции не могут быть переданы суду общей юрисдикции уровня субъекта Федерации либо в иной не судебный орган власти. Начнем с конца списка.

Какому именно не судебному органу власти будут передаваться полномочия конституци-

онного (уставного) суда субъекта РФ значения не имеет. Хотя на практике таким органом, скорее всего, окажется сам законодательный орган субъекта Федерации. По крайней мере все три законопроекта об упразднении Уставного суда Санкт-Петербурга предусматривали передачу полномочия по толкованию Устава в юрисдикцию Законодательного Собрания Санкт-Петербурга. Примечательно, что в двух заключениях к законопроектам Юридического управления Законодательного Собрания формулировка о передаче полномочий официального толкования Устава Санкт-Петербурга Законодательному Собранию признана всего лишь «спорной»<sup>16</sup>, а в третьем заключении – законной<sup>17</sup>. На самом деле это не так. Согласно ч. 3 ст. 17 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» полномочия упраздняемого суда должны быть переданы в юрисдикцию только *другого суда*. Таким образом, передача полномочий конституционного (уставного) суда субъекта Федерации в любые несудебные органы невозможна в принципе.

Наиболее логичной представляется передача полномочий конституционного (уставного) суда суду общей юрисдикции уровня субъекта РФ (вопрос о передаче полномочий Арбитражному Суду исключается ввиду упразднения Высшего арбитражного суда и реформирования арбитражной юстиции). Заметим, что именно по такому пути изначально попытались пойти в Санкт-Петербурге.

Согласно одному из законопроектов об упразднении Уставного Суда Санкт-Петербурга (внесенного депутатом Ю.В. Карпенко в Законодательное Собрание Санкт-Петербурга в 2007 году<sup>18</sup>), предусматривалась передача полномочий Уставного суда в юрисдикцию Санкт-Петербургского городского суда. Однако уже на стадии подготовки к первому чтению на проект поступило отрицательное юридическое заключения.

<sup>16</sup> Юридическое заключение № 463 от 07.06.2007 // Официальный сайт Законодательного Собрания Санкт-Петербурга в сети Интернет <http://www.assembly.spb.ru/ndoc/doc/0/706134347> и юридическое заключение № 1286 от 30.10.2007 // Официальный сайт Законодательного Собрания Санкт-Петербурга в сети Интернет <http://www.assembly.spb.ru/ndoc/doc/0/706135936>.

<sup>17</sup> Юридическое заключение № 4673 от 09.06.2009 Официальный сайт Законодательного Собрания Санкт-Петербурга в сети Интернет <http://www.assembly.spb.ru/ndoc/doc/0/706143249>.

<sup>18</sup> Проект закона Санкт-Петербурга от 07.06.2007 № 463 «Об упразднении Уставного суда Санкт-Петербурга» // Официальный сайт Законодательного Собрания Санкт-Петербурга в сети Интернет <http://www.assembly.spb.ru/ndoc/doc/0/706134344>.

<sup>15</sup> См., например: Федеральный закон от 02.12.2013 № 325-ФЗ «Об упразднении Приуральского районного суда Ямало-Ненецкого автономного округа» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 49 (часть 1). Ст. 6326.



Дело в том, что передача законом субъекта федерации полномочий по рассмотрению дел от конституционного (уставного) суда арбитражному суду или суду общей юрисдикции невозможна в принципе. Во-первых, в соответствии с п. «о» ст. 71 Конституции Российской Федерации процессуальное законодательство находится в исключительной компетенции Российской Федерации. Вопросы подсудности в Российской Федерации уже регулируются нормами АПК и ГПК, поэтому принятие законов субъектов РФ по этому вопросу недопустимо. Во-вторых, в соответствии с ч. 2 ст. 118 Конституции РФ судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Каждый вид судопроизводства обладает собственной спецификой, отраженной в соответствующем процессуальном федеральном законе. Ни АПК, ни ГПК, ни УПК не содержат норм, позволяющих рассматривать акты в порядке конституционного судопроизводства.

Таким образом, передача полномочий от конституционного (уставного) суда субъекта РФ противоречит Конституции и федеральному законодательству, а потому невозможна (что наглядно продемонстрировал законодатель Санкт-Петербурга в 2007 году).

Оставшимся и также вполне логичным претендентом на получение полномочий конституционного (уставного) суда субъекта Федерации является Конституционный Суд России. Порядок судопроизводства в органах региональной конституционной юстиции практически полностью повторяет судопроизводство в общенациональном органе конституционного контроля, поэтому единые принципы и особенности конституционного судопроизводства в этом случае будут соблюдены. Однако общая проблема невозможности передачи полномочий федеральному суду путем издания закона субъекта Федерации остается. Оригинальное решение такой проблемы было предложено опять-таки в Санкт-Петербурге.

В 2009 году в Законодательное Собрание Санкт-Петербурга был внесен законопроект, предусматривавший передачу полномочий Уставного суда Конституционному Суду России<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Законопроект «О передаче Конституционному Суду Российской Федерации полномочий по рассмотрению дел о соответствии законов и иных нормативных правовых актов Санкт-Петербурга, нормативных правовых актов органов государственной власти Санкт-Петербурга, органов местного самоуправления, образованных на территории Санкт-Петербурга, Уставу Санкт-Петербурга от 09.06.2009 № 4673 // Официальный сайт Законодательного Собрания Санкт-Петербурга в сети Интернет <http://www.assembly.spb.ru/ndoc/doc/0/706143246>.

Разработчиками был использован п. 7 ст. 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»<sup>20</sup>, согласно которому Конституционный Суд Российской Федерации осуществляет иные полномочия, предоставляемые ему Конституцией Российской Федерации и может пользоваться правами, предоставляемыми ему заключенными в соответствии со статьей 11 Конституции Российской Федерации договорами о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, если эти права не противоречат его юридической природе и предназначению в качестве судебного органа конституционного контроля.

Здесь необходимо подчеркнуть, что передача полномочий от конституционного (уставного) суда субъекта Федерации Конституционному Суду России зависит не только от воли регионального законодателя, но и от согласованной воли субъекта Федерации и самой Российской Федерации, выраженной в договоре о разграничении полномочий (предусмотренном ст. 26.7 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»<sup>21</sup>).

Еще один вопрос касается передачи полномочий по конституционному контролю в отношении нормативных договоров. Конституции (уставы) ряда субъектов России предоставляют право конституционным (уставным) судам осуществлять конституционный контроль в отношении не вступивших в силу международных соглашений субъекта Российской Федерации, в некоторых случаях межрегиональных договоров (соглашений) субъекта Российской Федерации либо договоров и соглашений между органами государственной власти субъекта и органами местного самоуправления.

Возникает вопрос, а может ли полномочие по конституционному контролю (нормоконтролю) в отношении нормативных договоров быть передано судам общей юрисдикции или арбитражным судам? Многие ученые не отно-

<sup>20</sup> Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ (ред. от 05.04.2013) «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

<sup>21</sup> Федеральный закон от 06.10.1999 № 184-ФЗ (ред. от 28.12.2013) «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.



сят нормативные договоры к нормативным правовым актам, а выделяют их в качестве самостоятельных источников (форм) права<sup>22</sup>. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации не предусматривает возможности рассматривать нормативные договоры в рамках производства, возникающего из публичных правоотношений<sup>23</sup>. Арбитражный процессуальный кодекс предусматривает возможность рассмотрения дел об оспаривании нормативных правовых актов<sup>24</sup> и об оспаривании ненормативных правовых актов, действий (бездействия)<sup>25</sup>, не упоминая о нормативных договорах.

Безусловно нормативные договоры должны рассматриваться по тем же правилам, что и нормативные правовые акты<sup>26</sup>, однако отсутствие соответствующих норм в ГПК и АПК не позволяет судам общей юрисдикции и арбитражным судам осуществлять их проверку. Соответственно, в настоящий момент полномочия по проверке нормативных договоров

не могут быть переданы от конституционных (уставных) судов иным судам.

Игнорирование Конституции Российской Федерации, федеральных законов и, как следствие, произвольное упразднение конституционного (уставного) суда субъекта Федерации (как это имело место в Челябинской области) является нарушением конституционного принципа законности и ярким свидетельством нарушения принципа разделения властей, когда на уровне субъекта Федерации одна ветвь власти (законодательная) не просто вмешивается, а уничтожает другую ветвь власти (судебную).

Жертвами такого незаконного упразднения (конституционного) уставного суда являются жители субъекта федерации, лишаящиеся дополнительного и эффективного средства судебной защиты. Особенно наглядно это видно в отношении тех граждан, которые обратились в Уставный суд Челябинской области – их жалобы были приняты судом, однако производство по ним приостановлено в связи упразднением суда. Эти дела сейчас никем не рассмотрены и не могут быть рассмотрены в будущем, потому что челябинский законодатель не захотел озвучить их судьбой.

В завершение публикации хотелось бы дать ответ на вопрос, может ли субъект РФ упразднить уже созданный конституционный (уставный) суд? – Да, может. Однако законодатель не может делать это произвольно, поскольку он связан предписаниями федерального законодательства. При упразднении регионального органа конституционного контроля должно быть гарантировано конституционное право граждан на судебную защиту, поэтому имеющиеся судебные дела и полномочия на их рассмотрение должны быть переданы иному суду (таким судом фактически может выступить только Конституционный Суд Российской Федерации). Любое иное упразднение конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации – незаконно.

<sup>22</sup> См.: Иванов В.В. К вопросу о теории нормативного договора // Журнал российского права. 2000. № 7; Кулакова Ю.Ю. Место нормативно-правового договора в системе форм права // История государства и права. – 2007. № 8; Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: учебник для вузов. 2-е изд., испр. и доп. – М.: Спарк, 2000. С. 209–210; Общая теория государства и права. Академический курс в двух томах / под ред. проф. М.Н. Марченко. Том 2. Теория права. М.: Издательство «Зерцало», 1998. С. 141, 151–152; Нечитайло М.А. Нормативный договор как источник права: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 37; Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов / под общ. ред. академика РАН, доктора юрид. наук, проф В.С. Нерсесянца. М.: Издательство НОРМА, 2001. С. 276–277.

<sup>23</sup> Главы 23 и 24 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации от 14 ноября 2002 года № 138-ФЗ // СЗ Российской Федерации. 2002. № 46. Ст. 4532.

<sup>24</sup> Глава 23 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации от 24 июля 2002 года № 95-ФЗ // СЗ Российской Федерации. 2002. № 30. Ст. 3012.

<sup>25</sup> Глава 24 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации от 24 июля 2002 года № 95-ФЗ // СЗ Российской Федерации. 2002. № 30. Ст. 3012.

<sup>26</sup> См. подробнее: Казанцев А.О. Некоторые вопросы компетенции конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 4. С. 63–64; Казанцев А.О. Компетенция конституционных (уставных) судов в отношении нормативных договоров // Источники права и источники познания права: теоретические, методологические и методические проблемы исследования. Материалы круглого стола. 21–22 июня 2013 года / отв. редактор: доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации С.В. Кодан. Екатеринбург: Российский гуманитарный научный фонд, Уральская государственная юридическая академия, 2013. С. 85–88.

**Библиография:**

1. Пантелеев В.Ю. Повышение эффективности деятельности конституционных (уставных) судов субъектов РФ // Конституционное и муниципальное право. – 2012. – № 1.
2. Карасев А.Т., Савоськин А.В. Институт обращения депутатов в суды конституционной юстиции требует совершенствования // Российский юридический журнал. – 2013. – № 3.
3. Иванов В.В. К вопросу о теории нормативного договора // Журнал российского права. – 2000. – № 7.
4. Кулакова Ю.Ю. Место нормативно-правового договора в системе форм права // История государства и права. – 2007. – № 8.
5. Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: учебник для вузов. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Спарк, 2000. – С. 209–210.
6. Общая теория государства и права. Академический курс в двух томах / под ред. проф. М.Н. Марченко. Том 2. Теория права. – М.: Издательство «Зерцало», 1998. – С. 141.
7. Нечитайло М.А. Нормативный договор как источник права: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. С. 37.
8. Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов / под общ. ред. академика РАН, доктора юрид. наук, проф В.С. Нерсесянца. – М.: НОРМА, 2001. – С. 276–277.
9. Казанцев А.О. Некоторые вопросы компетенции конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. – 2012. – № 4. – С. 63–64.
10. Казанцев А.О. Компетенция конституционных (уставных) судов в отношении нормативных договоров // Источники права и источники познания права: теоретические, методологические и методические проблемы исследования. Материалы круглого стола. 21–22 июня 2013 года. Отв. редактор: доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации С.В. Кодан. Екатеринбург: Российский гуманитарный научный фонд, Уральская государственная юридическая академия. – 2013. – С. 85–88.
11. Цалиев А.М. О расширении роли субъектов Российской Федерации во внутренней государственной политике // Право и политика. – 2013. – 1. – С. 6–12.

**References:**

1. Panteleev V.Yu. Povyshenie effektivnosti deyatel'nosti konstitutsionnykh (ustavnykh) sudov sub'ektov RF // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. – 2012. – № 1.
2. Karasev A.T., Savos'kin A.V. Institut obrashcheniya deputatov v sudy konstitutsionnoi yustitsii trebuet sovershenstvovaniya // Rossiiskii yuridicheskii zhurnal. – 2013. – № 3.
3. Ivanov V.V. K voprosu o teorii normativnogo dogovora // Zhurnal rossiiskogo prava. – 2000. – № 7.
4. Kulakova Yu.Yu. Mesto normativno-pravovogo dogovora v sisteme form prava // Istoriya gosudarstva i prava. – 2007. – № 8.
5. Lazarev V.V., Lipen' S.V. Teoriya gosudarstva i prava: Uchebnik dlya vuzov. – 2-e izd., ispr. i dop. – М.: Spark, 2000. – S. 209–210.
6. Obshchaya teoriya gosudarstva i prava. Akademicheskii kurs v dvukh tomakh / pod red. prof. M.N. Marchenko. Tom 2. Teoriya prava. – М.: Izdatel'stvo «Zertsalo», 1998. – S. 141.
7. Nechitailo M.A. Normativnyi dogovor kak istochnik prava: avtoref. diss. ... kand. yurid. nauk. – М., 2002. S. 37.
8. Problemy obshchei teorii prava i gosudarstva. Uchebnik dlya vuzov / pod obshch. red. akademika RAN, doktora yurid. nauk, prof V.S. Nersesyantsa. – М.: NORMA, 2001. – S. 276–277.
9. Kazantsev A.O. Nekotorye voprosy kompetentsii konstitutsionnykh (ustavnykh) sudov sub'ektov Rossiiskoi Federatsii // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. – 2012. – № 4. – S. 63–64.
10. Kazantsev A.O. Kompetentsiya konstitutsionnykh (ustavnykh) sudov v otnoshenii normativnykh dogovorov // Istochniki prava i istochniki poznaniya prava: teoreticheskie, metodologicheskie i metodicheskie problemy issledovaniya. Materialy kruglogo stola. 21–22 iyunya 2013 goda. Otv. redaktor: doktor yuridicheskikh nauk, professor, zasluzhennyy yurist Rossiiskoi Federatsii S.V. Kodan. Ekaterinburg: Rossiiskii gumanitarnyy nauchnyi fond, Ural'skaya gosudarstvennaya yuridicheskaya akademiya. – 2013. – S. 85–88.
11. Tsaliev A.M. O rasshirenii roli sub'ektov Rossiiskoi Federatsii vo vnutrennei gosudarstvennoi politike // Pravo i politika. – 2013. – 1. – С. 6–12.

Материал поступил в редакцию 19 марта 2014 г.



# ФОРМЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ С КОНСТИТУЦИОННЫМИ (УСТАВНЫМИ) СУДАМИ СУБЪЕКТОВ РФ

**Аннотация:** Рассматривается статус Конституционного Суда РФ, конституционных (уставных) судов субъектов РФ в ракурсе их взаимодействия между собой. Доказывается, что органы конституционной юстиции России не представляют собой иерархическую систему, но имеют возможность взаимодействовать между собой. Несмотря на то, что все условия для развития региональной конституционной юстиции со стороны Федерации созданы, они действуют только в 18 субъектах РФ из 83. Раскрываются формы такого взаимодействия: обеспечение конституционной законности, определение пределов полномочий и защита прав граждан. В работе были использованы диалектический, логический, формально-юридический, сравнительно-правовой методы, которые позволили изучить проблему взаимодействия органов конституционной юстиции России полно и всесторонне. Взаимодействие органов конституционной юстиции при обеспечении конституционной законности обуславливается единством подходов в толковании концептуальных положений действующих конституций и уставов субъектов РФ, где главная роль принадлежит Конституционному Суду РФ. Именно он дает официальное разъяснение о пределах компетенции органов конституционной юстиции субъектов Федерации. При взаимодействии в сфере защиты прав граждан следует учитывать, что подходы конституционных (уставных) судов субъектов РФ и Конституционного Суда РФ к рассмотрению вопросов по защите прав граждан могут быть различны, тем более что в ряде субъектов РФ закрепляются дополнительные, по сравнению с другими полномочия органов конституционной юстиции по рассмотрению нормативных актов, нарушающих права граждан данного субъекта РФ. Делается вывод о том, что существование различных органов конституционного контроля в Российской Федерации, их эффективное взаимодействие будет способствовать укреплению конституционной законности, защите прав граждан.

**Ключевые слова:** Конституционный Суд РФ, конституционные уставные суды, субъекты Российской Федерации, органы конституционного контроля, защита прав граждан, конституционная юстиция, формы взаимодействия, конституционная законность, пределы компетенции судов, полномочия конституционных судов.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11385

Конституционный контроль в правовом государстве выступает существенной гарантией обеспечения конституционной законности. Осуществление конституционного контроля поручается различным органам, но наиболее качественно и квалифицированно его могут проводить специализированные органы, которыми чаще всего являются суды.

В России судебные органы конституционного контроля представлены на двух уровнях – федеральном – Конституционный Суд РФ, и региональном – конституционные (уставные) суды субъектов РФ. Причем более чем двадцатилетнее совместное функционирование этих судебных органов вызывает необходимость ос-

мыслить опыт их взаимодействия, его формы, выявить проблемы, которые препятствуют повышению эффективности их деятельности по защите конституционной законности.

В соответствии с частью 1 статьи 27 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 № 1-ФКЗ (ред. от 25.12.2012) «О судебной системе Российской Федерации»: «Конституционный (уставный) суд субъекта Российской Федерации может создаваться субъектом Российской Федерации для рассмотрения вопросов соответствия законов субъекта Российской Федерации, нормативных правовых актов органов государственной власти субъекта Российской Федерации,

© Лобанов Иван Васильевич

\* Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и международного права, Российский экономический университет им. Г.В. Плеханова [F-1248@mail.ru]

117997, Россия, г. Москва, ул. Зацепа, д. 41.



органов местного самоуправления субъекта Российской Федерации конституции (устава) субъекта Российской Федерации, а также для толкования конституции (устава) субъекта Российской Федерации»<sup>1</sup>. Поскольку создание таких судов – это право, а не обязанность субъекта Российской Федерации, в настоящее время они действуют только в 18 субъектах РФ из 83: в 14 республиках (Кабардино-Балкарской Республике, Республиках Адыгея, Башкортостан, Бурятия, Дагестан, Карелия, Коми, Саха (Якутия), Марий Эл, Северная Осетия – Алания, Татарстан, Тыва, Чечня, Ингушетия), 3 областях (Калининградской, Челябинской и Свердловской) и одном городе федерального значения (Санкт-Петербург).

Несмотря на то, что подавляющее большинство ученых-юристов выступают за создание таких судов во всех без исключения российских регионах, политическая практика идет по другому пути: большинство из конституционных (уставных) судов субъектов РФ были образованы около 20 лет назад, а в последние годы только несколько субъектов Федерации посчитали нужным создать у них данные судебные органы. Причем первым таким органом был Комитет конституционного надзора Республики Татарстан, который был образован 15 декабря 1990 года, а затем в 1992 году после принятия Конституции Республики Татарстан и Закона «О Конституционном Суде РФ» получил новое название. Последним был образован Уставной суд Челябинской области – в декабре 2011 года. Основной причиной медлительности в создании органов конституционного контроля в субъектах РФ является то, что представители региональной политической элиты не видят необходимости на средства субъекта Федерации создавать еще один контролирующий орган, решения которого могут повлиять, в том числе, и на расстановку политических сил в регионе. Федеральные органы государственной власти не пытаются форсировать этот процесс, как это, например, сделано по отношению к институту Уполномоченного по правам человека, который действует в 79 субъектах РФ из имеющихся 83: в 20 республиках из 21, 9 краях из 9, 44 областях, из 46, 3 автономных округах из 4, автономной области и городах федерального значения Москва и Санкт-Петербург. Справедливости ради необходимо отметить, что и назначение данных региональных органов разное: если конституционные (уставные) суды призваны выявлять противоречия

с Основным законом, то уполномоченные по правам человека – мирным путем разрешать конфликты между гражданами и исполнительной властью.

Тем не менее все условия для развития региональной конституционной юстиции со стороны Федерации созданы. Так, по справедливому мнению Г.А. Жилина: «Федеральные правовые нормы ясно, четко и недвусмысленно ориентируют субъекты федерации (при условии соблюдения принципа единства государственной власти в РФ) на реализацию ими конституционных полномочий по самостоятельному достраиванию системы собственных органов государственной власти на основе ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную посредством учреждения конституционного (уставного) суда. Следовательно, проблема отсутствия конституционного (уставного) суда в конкретном регионе относится в большей степени к сфере государственной правовой политики данного региона»<sup>2</sup>. Возможно, нежелание создавать специализированные органы конституционного контроля также обусловлено ложным представлением у лиц, принимающих решения на региональном уровне, о не востребованности их деятельности, небольшой загруженности. Однако это неверно, поскольку необходимость функционирования органов конституционной юстиции в субъектах Федерации очевидна, особенно в сфере защиты прав граждан. Только Уставным судом Свердловской области за 13 лет его работы вынесено 162 решения, признаны не соответствующими Уставу 50 нормативных актов, дано четыре толкования Устава. При этом следует обратить внимание на динамику роста обращений граждан. Так, в 2010 г. по сравнению с 2009 г. в отношении обращений граждан, по которым были вынесены итоговые решения, рост составил 128 %. А в 2011 г. в сравнении с аналогичным периодом 2010 г. – 166 %<sup>3</sup>. Приведенные статистические данные свидетельствуют еще об одной проблеме, о которой также говорят специалисты – нарушение принципа равенства прав и свобод человека в зависимости от его места жительства, обусловленное наличием или отсутствием в данном субъекте Федерации органов конституционной юстиции.

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1; 2001. № 51. Ст. 4825; 2003. № 27. Ст. 2698; 2005. № 15. Ст. 1274; 2011. № 50. Ст. 7334; 2012. № 24. Ст. 3064; № 53 (ч. 1). Ст. 7572. 2014. № 6. Ст. 549.

<sup>2</sup> Жилин Г.А. Конституционное судопроизводство в субъектах РФ: основные проблемы // Российский юридический журнал. 2013. № 4. С. 48.

<sup>3</sup> Пантелеев В.Ю. Актуальные вопросы модернизации и повышения эффективности работы конституционного правосудия в субъектах Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 3. С. 46–51.



Тем не менее недостаточное количество конституционных (уставных) судов субъектов РФ не может свидетельствовать об отсутствии актуальности вопросов, связанных с их взаимодействием с высшим федеральным органом конституционного контроля нашей страны. При этом необходимо понимать, что органы конституционного контроля в России не находятся в вертикальном подчинении, а решения региональных органов конституционной юстиции не могут быть отменены или пересмотрены федеральным судом. По мнению Т.Г. Морщаковой: «Конституционные (уставные) суды субъектов составляют с Конституционным Судом РФ не иерархическую систему, а систему институтов, объединенных общим конституционным пространством и единими конституционными ценностями. Каждый из судов руководствуется разными конституционными критериями, соответственно, решения Конституционного Суда, основанные на Конституции РФ, обладают большей юридической силой, и выводы региональных конституционных (уставных) судов должны быть согласованы с ними»<sup>4</sup>.

Несмотря на то, что конституционная юстиция не представляет собой единую систему органов, взаимодействие внутри данной системы весьма значимо для института конституционного контроля, поскольку позволяет соизмерять действия и решения данных органов с их ролью в реализации конституционного правопорядка в нашей стране. Формы взаимодействия Конституционного Суда РФ и конституционных (уставных) судов субъектов РФ разнообразны. Среди них можно выделить следующие:

*Во-первых*, совместное обеспечение единства конституционно-правового пространства страны. Ведь целью создания данных судебных органов является приведение в соответствие с нормами федерального и региональных основных законов всех остальных положений законов и других нормативных актов. Эти суды, по мнению ряда ученых, осуществляют конституционное правосудие с целью обеспечения единой конституционной законности, действуют как партнеры в решении общих задач – обеспечения верховенства Конституции РФ<sup>5</sup>.

Такая деятельность способствует формированию единого подхода к законности, установлению единых правил для законодателей

и правоприменителей в целях обеспечения единства действия конституционных норм. Однако нельзя забывать о тех различиях, которые существуют в сфере конституционного контроля Российского федеративного государства. В этой связи справедливым является мнение С.Э. Несмеяновой: «Безусловно, органы конституционного контроля связаны между собой функционально как институты, обеспечивающие конституционную законность в Российской Федерации, тем не менее они не составляют единую, иерархическую систему, руководствуются в своей деятельности разными конституционными критериями»<sup>6</sup>.

Взаимодействие органов конституционной юстиции должно быть обусловлено единством подходов в толковании тех или иных концептуальных положений действующих конституций и уставов субъектов РФ, где главная роль принадлежит Конституционному Суду РФ. Как справедливо отмечает В.Ю. Пантелеев: «Несмотря на то, что органы региональной конституционной юстиции обладают своей компетенцией, они ориентируются на Конституционный Суд Российской Федерации, в том числе зачастую обосновывают свои решения правовыми позициями, выраженными в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации»<sup>7</sup>.

*Во-вторых*, важная форма взаимодействия состоит в том, что именно Конституционный Суд РФ дает официальное разъяснение о пределах компетенции органов конституционной юстиции субъектов Федерации. Ведь в федеральном законодательстве нет четкого перечня полномочий конституционных (уставных) судов субъектов Федерации, что позволяет региональным законодательным органам его дополнять и расширять. Как верно отмечает И.В. Зыкова: «До настоящего момента на законодательном уровне не решен вопрос взаимодействия органов конституционного контроля субъектов Российской Федерации с иными органами судебной власти. Данный правовой пробел был «порожден» в результате наличия другого неурегулированного вопроса – определения полномочий данных судов, круга их компетенции»<sup>8</sup>. В данном случае взаимодейст-

<sup>4</sup> Вестник Конституционного Суда РФ. 1998. № 4. С. 72–73.

<sup>5</sup> Гагауллин А.Г. Теория и практика конституционного контроля в субъектах Российской Федерации: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук, Казань, 2000. С. 10–11; Шахрай С.М. Конституционное правосудие в системе российского федерализма. СПб., 2001. С. 172.

<sup>6</sup> Несмеянова С.Э. Конституционное судопроизводство: возможна ли инстанционность // Российский юридический журнал. 2013. № 4. С. 71.

<sup>7</sup> Пантелеев В.Ю. Актуальные вопросы модернизации и повышения эффективности работы конституционного правосудия в субъектах Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 3. С. 46.

<sup>8</sup> Зыкова И.В. Статус конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 2. С. 59.



вие конституционных (уставных) судов с высшими судебными органами России выразилось в том, что именно они помогли субъектам РФ разобраться с перечнем полномочий данных судебных органов, четко устанавливая при этом, что не может быть и речи об отдельной судебной системе субъекта РФ

Отмечая, что конституционным (уставным) судам субъектов Российской Федерации неподведомственны дела, отнесенные Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными и федеральными законами к компетенции Конституционного Суда Российской Федерации, судов общей юрисдикции и арбитражных судов, Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 6 марта 2003 г. указал, что вне этих пределов предоставление полномочий конституционным (уставным) судам субъектов Российской Федерации «не противоречит Конституции Российской Федерации, если эти полномочия соответствуют юридической природе и предназначению данных судов в качестве судебных органов конституционного (уставного) контроля и касаются вопросов, относящихся к ведению субъектов Российской Федерации в силу статьи 73 Конституции Российской Федерации. При этом из Конституции Российской Федерации и Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», других федеральных законов не вытекает требование установления конституциями (уставами) субъектов Российской Федерации единообразного перечня полномочий конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации»<sup>9</sup>. Таким образом, помимо указанных в федеральных законах полномочий органов конституционной юстиции субъектов РФ, субъект Федерации в пределах своих исключительных полномочий вправе наделять их своим законом другими полномочиями. Это подтвердил и Верховный Суд РФ в своем определении от 21 июля 2004 года: «Субъект Российской Федерации вправе вводить дополнительные, по сравнению с указанным в ч. 1 ст. 27 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» перечнем, полномочия конституционного (уставного) суда, не вторгающиеся в компетенцию Конституционного Суда Российской Федерации, других федеральных судов и

соответствующие компетенции субъекта Российской Федерации»<sup>10</sup>.

При отсутствии федерального закона об основах организации и деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации, о необходимости разработки которого многократно писали ученые-конституционалисты, влияние Конституционного Суда РФ на определение статуса и полномочий данных судебных органов весьма значительно. По обоснованному мнению А.А. Петрова: «Конституционный Суд внес в развитие регионального конституционного (уставного) правосудия явно более весомый вклад, нежели федеральный законодатель»<sup>11</sup>.

*В-третьих*, одной из важнейших форм взаимодействия федерального и региональных органов конституционного контроля выступает защита прав граждан. Учитывая то, что в соответствии с пунктом «б» ст. 72 Конституции РФ защита прав и свобод человека и гражданина относится к предметам совместного ведения России и её субъектов, объединенная деятельность в данной сфере органов публичной власти различного уровня представляется необходимой. Особую значимость этот вид деятельности имеет для органов конституционной юстиции. Как пишет Г.А. Жилин: «Эта цель является обязательной и приоритетной для всех органов конституционной судебной юрисдикции вне зависимости от последовательности формулирования в законодательстве целей конституционного судопроизводства и наличия при их перечислении в законе прямого указания на защиту основных прав и свобод человека и гражданина»<sup>12</sup>.

Однако, нисколько не умаляя важности и значимости данной формы взаимодействия органов конституционной юстиции России, необходимо учитывать, что подходы конституционных (уставных) судов субъектов РФ и Конституционного Суда РФ к рассмотрению вопросов по защите прав граждан могут быть различны, тем более, что в ряде субъектов РФ закрепляются дополнительные, по сравнению с другими, полномочия органов конституционной юстиции по рассмотрению нормативных актов, нарушающих права граждан данного субъекта РФ.

<sup>9</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 06.03.2003 № 103-О «По запросам Государственного Собрания Республики Башкортостан и Государственного Совета Республики Татарстан о проверке конституционности части 1 статьи 27 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2003. № 4.

<sup>10</sup> Определение Президиума Верховного Суда РФ от 21.07.2004 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 2.

<sup>11</sup> Петров А.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по вопросам организации и деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 3. С. 32.

<sup>12</sup> Жилин Г.А. Единство конституционного судопроизводства в Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 1. С. 3.



Например, в Законе о Конституционном суде Республики Коми сказано, что этот суд «по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов проверяет конституционность нормативного правового акта, примененного или подлежащего применению в конкретном деле, по вопросам, относящимся к ведению органов государственной власти Республики Коми и органов государственной власти РФ, а также по вопросам, относящимся к ведению представительных и исполнительных органов местного самоуправления»<sup>13</sup>.

Именно поэтому Законодательное собрание Санкт-Петербурга в декабре 2011 года обратилось в Государственную Думу Федерального Собрания РФ с законодательной инициативой «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» и статью 27 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации»<sup>14</sup>. В проекте предлагалось закрепить новое полномочие Конституционного Суда РФ – проверять на соответствие Конституции РФ выявленный конституционным (уставным) судом субъекта смысл положений конституции (устава) субъекта, закона субъекта, иного нормативного правового акта, который был предметом рассмотрения в региональном органе конституционного судебного контроля. Этот законопроект вызвал бурную дискуссию среди специалистов. Одни из них предлагают поддержать данный законопроект, другие категорически с ним не согласны. Так, О. А. Кожевников считает, что «на первом этапе предлагаемые нововведения существенным образом увеличат количество обращений заявителей, недовольных решениями конституционной (уставной) юстиции субъектов РФ, но постепенно, с выработкой практики Конституционным Судом РФ в этой сфере судопроизводства, полагаем, что таких обращений будет гораздо меньше, а уровень обеспечения соответствия Конституции РФ судебной практики конституционных (уставных) судов субъектов РФ существенным образом вырастет»<sup>15</sup>.

### Библиография:

1. Гатауллин А.Г. Теория и практика конституционного контроля в субъектах Российской Федерации: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Казань, 2000. – 25 с.
2. Зыкова И.В. Статус конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 2. – С. 56–59.

<sup>13</sup> СПС КонсультантПлюс.

<sup>14</sup> СПС КонсультантПлюс.

<sup>15</sup> Кожевников О.А. Подведомственность споров конституционным (уставным) судам субъектов РФ: проблемы правоприменения // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 7. С. 43.

Мы согласны с противоположным мнением, высказанным С.Э. Несмеяновой, которая считает, что «в данном случае: Конституционный Суд РФ при рассмотрении подобных дел будет вынужден проверять оспариваемый в региональном суде нормативный акт, а также соответствующие положения конституции (устава) субъекта (на основе которых было принято решение в субъекте). Таким образом, Конституционный Суд фактически будет рассматривать дело по существу в отношении актов, не предусмотренных ни Конституцией РФ, ни ФКЗ о Конституционном Суде РФ»<sup>16</sup>. А потому взаимодействие в сфере защиты прав человека органов конституционной юстиции России может заключаться только в выработке единой позиции по вопросам защиты прав граждан, оказании консультационной и методической помощи, а не отмене или пересмотре решения конституционного (уставного) суда субъекта РФ Конституционным Судом РФ. Данное положение закреплено в § 76 Регламента Конституционного Суда РФ: «Конституционный Суд взаимодействует с иными судами и с органами конституционного (уставного) контроля субъектов Российской Федерации в целях взаимного изучения опыта, осуществления информационного обмена, а с органами конституционного (уставного) контроля субъектов Российской Федерации – также в целях оказания им методической помощи»<sup>17</sup>.

Таким образом, взаимодействие между Конституционным Судом РФ и конституционными (уставными) судами субъектов РФ реализуется в нескольких формах: обеспечения верховенства Конституции Российской Федерации на всей территории России и конституций (уставов) субъектов РФ на территории данных субъектов Федерации, единства конституционного строя на всей территории страны, установление пределов полномочий каждого из видов органов конституционного контроля, а также обязательность совместной деятельности по защите конституционных прав российских граждан.

<sup>16</sup> Несмеянова С.Э. Конституционное судопроизводство: возможна ли инстанционность // Российский юридический журнал. 2013. № 4. С. 67.

<sup>17</sup> Регламент Конституционного Суда РФ (ред. от 24.01.2011) // СПС КонсультантПлюс.



3. Жилин Г.А. Единство конституционного судопроизводства в Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 1. – С. 1–7.
4. Жилин Г.А. Конституционное судопроизводство в субъектах РФ: основные проблемы // Российский юридический журнал. 2013. № 4. – С. 48–53.
5. Кожевников О.А. Подведомственность споров конституционным (уставным) судам субъектов РФ: проблемы правоприменения // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 7. – С. 39–43.
6. Несмеянова С.Э. Конституционное судопроизводство: возможна ли инстанционность // Российский юридический журнал. 2013. № 4. – С. 66–71.
7. Пантелеев В.Ю. Актуальные вопросы модернизации и повышения эффективности работы конституционного правосудия в субъектах Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 3. – С. 46–51.
8. Петров А.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по вопросам организации и деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 3. – С. 25–32.
9. Шахрай С.М. Конституционное правосудие в системе российского федерализма. СПб., 2001. – 172 с.
10. Шахрай С.М. Роль решений Конституционного Суда Российской Федерации в становлении конституционной модели российского федерализма // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2012. – 2. – С. 27–36.
11. Балабкин С. И. Об окончательности решений Конституционного Суда Российской Федерации // Право и политика. – 2012. № 4. – С. 689–695.
12. Кожевников О. А. Некоторые проблемы в разграничении подведомственности споров между судами общей юрисдикции и конституционными (уставными) судами субъектов РФ и пути их разрешения // Право и политика. – 2012. № 5. – С. 897–901.

**References:**

1. Gataullin A.G. Teoriya i praktika konstitutsionnogo kontrolya v sub'ektakh Rossiiskoi Federatsii: avtoref. diss. ... kand. jurid. nauk. Kazan', 2000. – 25 s.
2. Zyкова I.V. Status konstitutsionnykh (ustavnykh) sudov sub'ektov Rossiiskoi Federatsii // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. 2013. № 2. – S. 56–59.
3. Zhilin G.A. Edinstvo konstitutsionnogo sudoproizvodstva v Rossiiskoi Federatsii // Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya. 2012. № 1. – S. 1–7.
4. Zhilin G.A. Konstitutsionnoe sudoproizvodstvo v sub'ektakh RF: osnovnye problemy // Rossiiskii juridicheskii zhurnal. 2013. № 4. – S. S. 48–53.
5. Kozhevnikov O.A. Podvedomstvennost' sporov konstitutsionnym (ustavnym) sudam sub'ektov RF: problemy pravoprimeneniya // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. 2012. № 7. – S. 39–43.
6. Nesmeyanova S.E. Konstitutsionnoe sudoproizvodstvo: vozmozhna li instantsionnost' // Rossiiskii juridicheskii zhurnal. 2013. № 4. – S. 66–71.
7. Panteleev V.Yu. Aktual'nye voprosy modernizatsii i povysheniya effektivnosti raboty konstitutsionnogo pravosudiya v sub'ektakh Rossiiskoi Federatsii // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. 2012. № 3. – S. 46–51.
8. Petrov A.A. Pravovye pozitsii Konstitutsionnogo Suda Rossiiskoi Federatsii po voprosam organizatsii i deyatelnosti konstitutsionnykh (ustavnykh) sudov sub'ektov Rossiiskoi Federatsii // Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya. 2013. № 3. – S. 25–32.
9. Shakhrai S.M. Konstitutsionnoe pravosudie v sisteme rossiiskogo federalizma. SPb., 2001. – 172 s.
10. Shakhrai S.M. Rol' reshenii Konstitutsionnogo Suda Rossiiskoi Federatsii v stanovlenii konstitutsionnoi modeli rossiiskogo federalizma // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya. – 2012. – 2. – С. 27–36.
11. Balabkin S. I. Ob okonchatel'nosti reshenii Konstitutsionnogo suda Rossiiskoi Federatsii // Pravo i politika. – 2012. – 4. – С. 689–695.
12. Kozhevnikov O. A. Nekotorye problemy v razgranichenii podvedomstvennosti sporov mezhduda sudami obshchei yurisdiktsii i konstitutsionnymi (ustavnymi) sudami sub'ektov RF i puti ikh razresheniya // Pravo i politika. – 2012. – 5. – С. 897–901.

*Материал поступил в редакцию 9 марта 2014 г.*



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА И ПРОЦЕССА

Н.Е. Таева\*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

## НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ СИСТЕМЫ ГОСУДАРСТВЕННОЙ И МУНИЦИПАЛЬНОЙ СЛУЖБЫ В СФЕРЕ ОКАЗАНИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ И МУНИЦИПАЛЬНЫХ УСЛУГ (НОРМАТИВНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ)

**Аннотация:** От качества оказания государственных и муниципальных услуг напрямую зависит уровень и качество жизни населения. По этой причине особое значение принимает совершенствование системы государственной и муниципальной службы. Государственная и муниципальная служба в России пока не стала эффективной, ориентированной на нужды общества. Сегодня низкое качество государственных (муниципальных) услуг связано с нехваткой квалифицированных кадров, с безответственностью чиновников, с коррупцией, с неспособностью чиновников быстро и оперативно реагировать на нужды населения. В статье подробно анализируются направления совершенствования государственной и муниципальной службы в сфере оказания государственных и муниципальных услуг, закрепленные в актах Президента РФ, Правительства РФ и иных государственных и муниципальных органов. Используются общенаучные методы исследования: анализ, синтез, метод дедукции, индукции, обобщение и абстрагирование. Также использован формально-юридический метод исследования. Исследована нормативная база и на ее основе дана подробная характеристика основных направлений совершенствования системы государственной (муниципальной) службы в сфере оказания государственных (муниципальных) услуг. К таким направлениям относятся, во-первых, усиление ответственности государственных (муниципальных) служащих. Особое внимание уделено усилению дисциплинарной и административной ответственности государственных (муниципальных) служащих, занятых в сфере оказания государственных (муниципальных) услуг. Второе направление в рамках совершенствования системы государственной и муниципальной службы – усиление общественной составляющей при органах власти. Третье направление, которое рассматривается в статье, – реформирование системы оплаты труда государственной (муниципальной) службы. В качестве четвертого направления автор называет особую кадровую политику в отношении служащих, занятых в системе оказания государственных (муниципальных) услуг. Еще одним направлением совершенствования системы государственной (муниципальной) службы является устранение так называемых коррупциогенных факторов.

**Ключевые слова:** государственная служба, муниципальная служба, право, норма, мониторинг, государственные услуги, муниципальные услуги, ответственность, коррупция, Президент РФ.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10949

© Таева Наталья Евгеньевна

\* Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права, Московский государственный университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[tayeva@mail.ru]

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



Одним из приоритетных направлений развития системы государственного управления в настоящее время является достижение высокого уровня качества предоставляемых государственных и муниципальных услуг. Связано это с тем, что от качества оказания государственных и муниципальных услуг напрямую зависит уровень и качество жизни населения. По этой причине особое значение имеет совершенствование системы государственной и муниципальной службы. Государственная и муниципальная служба в России пока не стала эффективной, ориентированной на нужды общества. Сегодня низкое качество государственных (муниципальных) услуг связано с нехваткой квалифицированных кадров, с безответственностью чиновников, с коррупцией, с неспособностью чиновников действовать быстро и оперативно. Возможным подходом к решению проблемы повышения качества государственного управления является переход от ведомственной ориентации деятельности государства к ориентации на нужды и задачи граждан, а также модернизация всей системы предоставления услуг государственного управления. Проведение данной стратегии предполагает резкое повышение требований к управленческим кадрам, введение жестких механизмов ответственности за исполнение целевых показателей<sup>1</sup>.

Пути такого совершенствования определены в Указе Президента РФ от 7 мая 2012 г. № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления»<sup>2</sup>. В соответствии с данным Указом к 2018 году уровень удовлетворенности граждан качеством предоставления государственных и муниципальных услуг должен составить не менее 90 процентов.

Рассмотрим подробнее направления совершенствования системы государственной службы, названные в Указе Президента РФ № 601. Причем данные направления могут быть применены и к системе муниципальной службы.

**Первым таким направлением является усиление ответственности государственных (муниципальных) служащих, в особенности лиц, осуществляющих оказание государственных или муниципальных услуг.**

Общей тенденцией по данному направлению является внесение изменений в законодательство, предусматривающих меры, усиливающие ответственность государственных и муниципальных служащих.

К таким мерам в Указе Президента РФ прежде всего отнесено принятие решений о досрочном прекращении исполнения своих должностных обязанностей руководителями территориальных органов федеральных органов исполнительной власти, их структурных подразделений; органов местного самоуправления. Причем решения о досрочном прекращении их полномочий должны приниматься на основе оценки гражданами эффективности их деятельности. Правительством Российской Федерации принято Постановление от 12 декабря 2012 г. № 1284 «Об оценке гражданами эффективности деятельности руководителей территориальных органов федеральных органов исполнительной власти (их структурных подразделений) с учетом качества предоставления ими государственных услуг, а также о применении результатов указанной оценки как основания для принятия решений о досрочном прекращении исполнения соответствующими руководителями своих должностных обязанностей»<sup>3</sup>. Указанным Постановлением Правительства РФ утверждены «Правила оценки гражданами эффективности деятельности руководителей территориальных органов федеральных органов исполнительной власти (их структурных подразделений) с учетом качества предоставления ими государственных услуг, а также применения результатов указанной оценки как основания для принятия решений о досрочном прекращении исполнения соответствующими руководителями своих должностных обязанностей». То есть в данном случае используется мониторинг качества предоставления государственных и муниципальных услуг. Мнения гражданина о качестве предоставления государственных услуг выявляются посредством использования:

- устройств подвижной радиотелефонной связи (через отpravку соответствующих смс-сообщений);
- терминальных устройств, интегрированных с электронной системой управления очередью (как правило, они располагаются непосредственно в точках предоставления услуг);
- информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (опросы через специализированные ресурсы).

<sup>1</sup> Запольнов С.А. Развитие системы предоставления услуг государственного управления в процессе обеспечения национальной экономической безопасности: автореф. дисс. ... канд. экон. наук. СПб., 2012.

<sup>2</sup> Далее в тексте статьи направления совершенствования системы государственной службы рассматриваются в соответствии с Указом Президента РФ от 7 мая 2012 г. № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления»

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2012. № 51. Ст. 7219.



Мнение гражданина о качестве предоставления государственных услуг выявляется по следующим основным критериям (с оценкой по 5-балльной шкале):

- а) время предоставления государственных услуг;
- б) время ожидания в очереди при получении государственных услуг;
- в) вежливость и компетентность сотрудника, взаимодействующего с заявителем при предоставлении государственных услуг;
- г) комфортность условий в помещении, в котором предоставлены государственные услуги;
- д) доступность информации о порядке предоставления государственных услуг.

В результате на основе сводных показателей формируется ежегодная оценка гражданами эффективности деятельности руководителей.

В целях повышения качества и доступности государственных услуг, а также оценки эффективности деятельности государственных органов утверждаются Положения о мониторинге качества и доступности государственных услуг, оказываемых конкретными органами исполнительной власти. Например, Приказом Росреестра от 8 сентября 2011 г. № П/338 «Об организации мониторинга качества и доступности государственных услуг, предоставляемых территориальными органами Росреестра и подведомственными федеральными бюджетными учреждениями «Кадастровая палата» по субъектам Российской Федерации» утверждено Положение о мониторинге качества и доступности государственных услуг Росреестра. В рамках Федеральной налоговой службы принято Письмо ФНС РФ от 28 июня 2011 г. № ЗН-4-12/10228 «О повышении качества предоставления государственных услуг» (вместе с «Рекомендациями по проведению управлением ФНС России по субъекту Российской Федерации мониторинга качества обслуживания налогоплательщиков», «Основными принципами и требованиями к организации обслуживания налогоплательщиков»). Также подобный механизм должен быть внедрен при оказании массовых и социально-значимых услуг МВД России, ФМС России<sup>4</sup>.

Проведение мониторинга государственных услуг регионального уровня регулируется нормативными актами субъектов Российской Федерации. Например, Постановлением Правительства Республики Северная Осетия-Алания от 17 августа 2012 г. № 278 утверждено Положение «Об организации и проведении

мониторинга качества предоставления государственных услуг в Республике Северная Осетия-Алания». Во многих субъектах Российской Федерации к настоящему времени разработаны программы проведения мониторинга качества предоставления государственных и муниципальных услуг. Такие программы имеются, например, в Республике Мордовия, Республике Карелия, Кабардино-Балкарской республике, Ленинградской области, Приморском крае, Амурской области и других.

Качество и доступность муниципальных услуг определяется путем проведения мониторинга и регулируется нормативными актами соответствующего уровня. Так, Администрацией города Краснодар принято Постановление от 30 марта 2012 г. № 2490 «Об организации и проведении мониторинга качества предоставления муниципальных услуг в муниципальном образовании город Краснодар». Распоряжением Местной администрации городского округа Нальчик от 30 марта 2012 г. № 155 утверждена «Программа проведения мониторинга качества предоставления муниципальных услуг, предоставляемых местной администрацией городского округа Нальчик». Местной администрацией Урванского муниципального района Кабардино-Балкарской республики принято Постановление от 4 октября 2013 г. № 670 «О проведении мониторинга качества предоставления муниципальных услуг в Урванском муниципальном районе».

**В настоящее время законодательством предусмотрено усиление дисциплинарной ответственности государственных (муниципальных) служащих, занятых в сфере оказания государственных (муниципальных) услуг.** Так, в случае если значение показателя ежегодной оценки гражданами эффективности деятельности руководителя составляет менее 70 процентов значения, предусмотренного должностным регламентом, либо менее 70 процентов значения, достигнутого в предшествующем году, в отношении руководителя инициируется проведение служебной проверки в соответствии с законодательством Российской Федерации. Исключение составляет случай, когда руководитель находится на замещаемой должности менее одного года.

При этом результаты указанной служебной проверки могут являться основанием для привлечения руководителя территориального органа исполнительной власти (или его структурного подразделения) либо органа местного самоуправления к дисциплинарной ответственности. Так, если в результате проведения служебной проверки подтверждается факт неисполнения или ненадлежащего исполнения руководителем по его вине возложенных на

<sup>4</sup> [http://ar.gov.ru/effect\\_org\\_vlasti\\_04\\_ocenka\\_effekt/index.html](http://ar.gov.ru/effect_org_vlasti_04_ocenka_effekt/index.html)



него служебных обязанностей либо положений должностного регламента, повлекший за собой снижение оценки гражданами эффективности деятельности руководителя, то в отношении руководителя применяются меры дисциплинарного взыскания, предусмотренные законодательством о государственной гражданской службе Российской Федерации. Федеральный закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» в статье 57 устанавливает: «За совершение дисциплинарного проступка, то есть за неисполнение или ненадлежащее исполнение гражданским служащим по его вине возложенных на него служебных обязанностей, представитель нанимателя имеет право применить следующие дисциплинарные взыскания:

- 1) замечание;
- 2) выговор;
- 3) предупреждение о неполном должностном соответствии;
- 5) увольнение с гражданской службы по следующим основаниям:
  - a) неоднократное неисполнение гражданским служащим без уважительных причин должностных обязанностей, если он имеет дисциплинарное взыскание;
  - b) прогула (отсутствия на служебном месте без уважительных причин более четырех часов подряд в течение служебного дня);
  - c) появления на службе в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения;
  - d) разглашения сведений, составляющих государственную и иную охраняемую федеральным законом тайну, и служебной информации, ставших известными гражданскому служащему в связи с исполнением им должностных обязанностей;
  - e) совершения по месту службы хищения (в том числе мелкого) чужого имущества, растраты, умышленного уничтожения или повреждения такого имущества, установленных вступившим в законную силу приговором суда или постановлением органа, уполномоченного рассматривать дела об административных правонарушениях;
  - f) принятия гражданским служащим, замещающим должность гражданской службы категории «руководители», необоснованного решения, повлекшего за собой нарушение сохранности имущества, неправомерное его использование или иное нанесение ущерба имуществу государственного органа;
  - g) однократного грубого нарушения гражданским служащим, замещающим должность гражданской службы категории «руководители», своих должностных обя-

занностей, повлекшего за собой причинение вреда государственному органу и (или) нарушение законодательства Российской Федерации;

**В отношении лиц, осуществляющих оказание государственных или муниципальных услуг, усилена административная ответственность.**

За грубое или неоднократное нарушение государственными и муниципальными служащими стандартов предоставления государственных и муниципальных услуг в соответствии с Указом Президента РФ № 601 Правительству РФ необходимо было до 1 сентября 2012 г. обеспечить включение в законодательство РФ такую меру ответственности служащих, как административное наказание в виде дисквалификации. Данная задача была решена Правительством РФ. Так, в июле 2012 г. в КоАП РФ были внесены изменения в ст. 3.11, в результате которых определение понятия «дисквалификация» было дополнено. В настоящее время дисквалификация для представителей публичной власти<sup>5</sup> заключается как в лишении лица, являющегося государственным гражданским служащим или муниципальным служащим, права замещать должность соответственно федеральной гражданской службы либо гражданской службы субъекта РФ, либо муниципальной службы, так и в запрете осуществлять деятельность по предоставлению государственных и муниципальных услуг<sup>6</sup>. В настоящее время согласно ч. 3 ст. 3.11 КоАП РФ дисквалификация может быть применена к лицам, являющимся работниками многофункциональных центров предоставления государственных и муниципальных услуг, работниками иных организаций, осуществляющих в соответствии с законодательством Российской Федерации функции многофункционального центра, или работниками государственного учреждения, осуществляющего деятельность по предоставлению государственных услуг в области государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним и государственного кадастрового учета недвижимого имущества.

В соответствии со ст. 39 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государствен-

<sup>5</sup> Следует отметить, что изначально дисквалификация понималась как вид наказания, применяемого исключительно к лицам, занимающим должности в исполнительных органах управления юридических лиц в сфере предпринимательской деятельности.

<sup>6</sup> Федеральный закон от 28 июля 2012 г. № 133-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях устранения ограничений для предоставления государственных и муниципальных услуг по принципу «одного окна» // СЗ РФ. 2012. № 31 Ст. 4322.



ной гражданской службе Российской Федерации» служебный контракт с государственным гражданским служащим прекращается, а сам служащий освобождается от занимаемой должности и увольняется с гражданской службы в связи с применением к гражданскому служащему административного наказания в виде дисквалификации. Согласно ст. 19 Федерального закона от 2 марта 2007 г. № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» трудовой договор с муниципальным служащим может быть также расторгнут по инициативе представителя нанимателя (работодателя) в случае применения к нему административного наказания в виде дисквалификации.

Статья 5.63 КоАП РФ предусматривает административную ответственность за нарушение законодательства об организации предоставления государственных и муниципальных услуг. Согласно указанной статье административным штрафом наказываются следующие деяния:

- нарушение порядка предоставления государственной услуги, повлекшее непредоставление государственной услуги заявителю либо предоставление государственной услуги заявителю с нарушением установленных сроков;
- требование лицом, оказывающим услуги, документов и (или) платы, не предусмотренных федеральными законами и принятыми в соответствии с ними иными нормативными правовыми актами Российской Федерации;
- нарушение должностным лицом, наделенным полномочиями по рассмотрению жалоб на нарушение порядка предоставления государственной или муниципальной услуги, порядка или сроков рассмотрения жалобы либо незаконный отказ или уклонение указанного должностного лица от принятия ее к рассмотрению.

**Вторым направлением в рамках совершенствования системы государственной и муниципальной службы является усиление так называемой общественной составляющей при органах власти.**

Для усиления «общественной» составляющей в Указе Президента РФ № 601 названы следующие способы:

- а) формирование общественных советов при органах государственной власти Российской Федерации;**
- б) расширение перечня выборных муниципальных должностей.**

Особо следует сказать о таком относительно новом явлении, как общественные советы при органах власти. Общественные советы способствуют вовлечению граждан в работу органов

государственной власти или местного самоуправления. Как правило, общественные советы имеют четкую формализованную структуру. Органы государственной власти или местного самоуправления могут привлекать общественные советы для проведения независимых общественных экспертиз законопроектов и проектов иных нормативных актов. Общественные советы могут давать консультации по каким-либо вопросам, имеющим важное общественное значение; оказывают помощь при разработке нормативных актов, бюджета; осуществляют правовой мониторинг. Через общественные советы различные социальные силы могут влиять на принятие решений органами власти, лоббировать свои интересы.

В настоящее время механизм формирования общественных советов, в соответствии с Указом Президента РФ № 601, должен предусматривать:

Во-первых, такие советы не должны формироваться органами государственной власти самостоятельно. Обязательно участие в их формировании общественных палат.

Во-вторых, обязательно участие в деятельности общественных советов независимых от органов государственной власти экспертов и представителей заинтересованных общественных организаций.

В соответствии с Указом Президента РФ № 601 также необходимо предусмотреть участие на паритетных началах представителей общественных советов при органах государственной власти Российской Федерации в деятельности конкурсных и аттестационных комиссий этих органов.

Главное в деятельности общественных советов – это обеспечение учета общественного мнения органами государственной власти и местного самоуправления. Такие советы не должны существовать формально. Только тогда можно говорить об их эффективности, когда органы власти реально к ним прислушиваются и учитывают общественное мнение.

В настоящее время общественные советы имеются как при федеральных органах государственной власти и их территориальных подразделениях, так и при органах власти субъектов Российской Федерации, органах местного самоуправления.

Например, в Кировской области действует Общественная палата Кировской области, общественные советы созданы при департаменте образования Кировской области, при Управлении Федеральной службы РФ по контролю за оборотом наркотиков в Кировской области, при департаменте здравоохранения Кировской области, при следственном управлении по Кировской области, при УМВД России по



г. Кирову. Так, в соответствии с Положением об Общественном совете при УМВД России по городу Кирову основными задачами Общественного совета являются:

- привлечение граждан, общественных объединений и организаций к реализации государственной политики в сфере охраны общественного порядка, профилактики правонарушений, обеспечения общественной безопасности, а также содействие в реализации государственной политики в сфере противодействия преступности;
- участие в разработке и рассмотрении концепций, программ, инициатив граждан, общественных объединений и организаций по наиболее актуальным вопросам деятельности УМВД;
- участие в информировании граждан о деятельности УМВД, в том числе через средства массовой информации, и в публичном обсуждении вопросов, касающихся деятельности УМВД;
- анализ мнения граждан о деятельности УМВД и доведение полученной в результате анализа обобщенной информации до руководителя УМВД;
- осуществление общественного контроля за деятельностью УМВД.

В качестве примера общественного совета при органах местного самоуправления можно привести Общественный Совет при главе Советского района Кировской области<sup>7</sup>. Положение об этом Совете утверждено Постановлением от 28 июня 2011 г. № 15 главы Советского района Кировской области. Целями и задачами Общественного Совета являются согласование общественно значимых интересов граждан, общественных объединений, в том числе политических партий, органов государственной власти Кировской области и органов местного самоуправления муниципальных образований Советского района для решения наиболее важных вопросов экономического и социального развития района, защиты прав и свобод человека и гражданина, демократических принципов организации гражданского общества путем:

- 1) привлечения граждан, общественных объединений, в том числе политических партий, к реализации задач социально-экономического развития Советского района Кировской области;
- 2) выдвижения и поддержки гражданских инициатив, направленных на реализацию конституционных прав, свобод и законных

интересов граждан, проживающих на территории Советского района;

- 3) осуществления общественного контроля за деятельностью органов местного самоуправления муниципальных образований Советского района Кировской области;
- 4) выработки рекомендаций органам местного самоуправления муниципальных образований Советского района Кировской области при определении приоритетов в сфере поддержки общественных объединений, деятельность которых направлена на развитие гражданского общества;
- 5) взаимодействия с Общественной палатой Кировской области.

Третье направление предполагает реформирование системы оплаты труда государственной (муниципальной) службы:

По данному направлению органами власти проводится комплексная работа по внедрению так называемого «особого порядка оплаты труда» государственных (муниципальных) служащих в зависимости от достижения ими показателей результативности профессиональной служебной деятельности. Предполагается введение единого подхода к системе премирования служащих за выполнение особо важных и сложных заданий по результатам работы. Взаимосвязь между уровнем оплаты труда государственных (муниципальных) служащих и результатами их профессиональной деятельности должна способствовать повышению эффективности их деятельности<sup>8</sup>. Кроме того, совершенствование системы оплаты труда государственных служащих должно способствовать их антикоррупционному поведению. В целом уровень оплаты труда государственных (муниципальных) служащих должен быть доведен до конкурентного на рынке труда.

**В качестве четвертого направления совершенствования системы государственной и муниципальной службы можно назвать особую кадровую политику в отношении служащих, занятых в системе оказания государственных (муниципальных) услуг.** Эта политика включает:

- организацию повышения квалификации государственных (муниципальных) служащих, принимающих участие в предоставлении государственных (муниципальных) услуг;
- создание объективных и прозрачных механизмов конкурсного отбора кандидатов на замещение должностей государственной (муниципальной) службы, включая

<sup>7</sup> <http://www.municipal.ako.kirov.ru/sovetsk/power/leader/sovet/20075.html>

<sup>8</sup> См. например: [http://ar.gov.ru/effect\\_org\\_vlasti\\_04\\_ocenka\\_effekt/index.html](http://ar.gov.ru/effect_org_vlasti_04_ocenka_effekt/index.html)



проведение дистанционных экзаменов с использованием сети «Интернет» и информационных технологий и формирование единой базы вакансий;

- расширение практики использования испытательного срока при замещении должностей государственной (муниципальной) службы;
- формирование кадровых резервов посредством подбора, подготовки и карьерного роста кандидатов на замещение должностей государственной (муниципальной) службы и их активное практическое использование;
- формирование перечня квалификационных требований для замещения должностей государственной (муниципальной) службы на основе компетентностного подхода – в зависимости от конкретных должностных обязанностей и функций, а также от принадлежности к определенным профессиональным группам;
- расширение использования механизма ротации применительно к государственным (муниципальным) служащим;
- развитие института наставничества на государственной (муниципальной) службе;
- применение системы комплексной оцен-

ки деятельности государственных (муниципальных) служащих с использованием ключевых показателей эффективности и общественной оценки их деятельности, в том числе на базе социальных сетей и с учетом мнения сетевых сообществ;

- введение на государственной (муниципальной) службе системы профессионально-функциональных групп, предусматривающую классификацию должностей государственной (муниципальной) службы с учетом отраслевой структуры государственного управления.

**Еще одним направлением совершенствования системы государственной (муниципальной) службы является устранение так называемых коррупциогенных факторов.** С этой целью устанавливаются дополнительные требования о раскрытии лицами, замещающими должности на государственной (муниципальной) службе, сведений о доходах, расходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, а также иной подобной информации. Также внедряется система мониторинга исполнения должностных обязанностей федеральными государственными (муниципальными) служащими, деятельность которых связана с коррупционными рисками.

#### Библиография:

1. Зотов В.В., Юровчик Б.В. Особенности организации и проведения мониторинга качества муниципальных услуг // Муниципальная служба: правовые вопросы. – 2013. – № 2. – С. 26–29.
2. Горохов Д.Б., Спектор Е.И., Глазкова М.Е. Правовой мониторинг: концепция и организация // Журнал российского права. – 2007. – № 5. – С. 14.
3. Горохов Д.Б., Глазкова М.Е. Организация правового мониторинга в системе федеральных органов исполнительной власти // Журнал российского права. – 2008. – № 4.
4. Запольнов С.А. Развитие системы предоставления услуг государственного управления в процессе обеспечения национальной экономической безопасности. Автореф. дисс. ... канд. экон. наук. СПб., 2012.
5. Агафонова Т.П., Гдалевич И.А. др. Злоупотребления публичной властью и антикоррупционная политика в современной России: монография. – М.: Юрлитинформ, 2011.
6. Заболотских Е.М. Ответственность должностных лиц и органов местного самоуправления. – М.: Проспект, 2011.
7. Таева Н.Е. Нормы конституционного права Российской Федерации. М.: Издательство Юркомпани, 2010.
8. Кабанов П.А. Правовое регулирование мониторинга эффективности деятельности Комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных (муниципальных) служащих и урегулирования конфликта интересов в Республике Татарстан: опыт, проблемы и перспективы // Административное и муниципальное право. – 2012. № 2. – С. 34–38.
9. Качушкин С. В. Совершенствование института государственной гражданской службы: проблемы теории и практики // Политика и Общество. – 2011. № 6. – С. 11–17.

#### References:

1. Zotov V.V., Yurovchik B.V. Osobennosti organizatsii i provedeniya monitoringa kachestva munitsipal'nykh uslug // Munitsipal'naya sluzhba: pravovye voprosy. – 2013. – № 2. – С. 26–29.
2. Gorokhov D.B., Spektor E.I., Glazkova M.E. Pravovoi monitoring: kontseptsiya i organizatsiya // Zhurnal rossiiskogo prava. – 2007. – № 5. – С. 14.



3. Gorokhov D.B., Glazkova M.E. Organizatsiya pravovogo monitoringa v sisteme federal'nykh organov ispolnitel'noi vlasti // Zhurnal rossiiskogo prava. – 2008. – № 4.
4. Zapol'nov S.A. Razvitie sistemy predostavleniya uslug gosudarstvennogo upravleniya v protsesse obespecheniya natsional'noi ekonomicheskoi bezopasnosti. Avtoref. diss. ... kand. ekon. nauk. SPb., 2012.
5. Agafonova T.P., Gdalevich I.A. dr. Zloupotrebleniya publichnoi vlast'yu i antikorrupsionnaya politika v sovremennoi Rossii: monografiya. – M.: Yurlitinform, 2011.
6. Zabolotskikh E.M. Otvetstvennost' dolzhnostnykh lits i organov mestnogo samoupravleniya. – M.: Prospekt, 2011.
7. Taeva N.E. Normy konstitutsionnogo prava Rossiiskoi Federatsii. M.: Izdatel'stvo Yurkompani, 2010.
8. Kabanov P.A. Pravovoe regulirovanie monitoringa effektivnosti deyatel'nosti Komissii po soblyudeniyu trebovaniy k sluzhebnomu povedeniyu gosudarstvennykh (munitsipal'nykh) sluzhashchikh i uregulirovaniya konflikta interesov v Respublike Tatarstan: opyt, problemy i perspektivy // Administrativnoe i munitsipal'noe pravo. – 2012. № 2. – С. 34–38.
9. Kachushkin S. V. Sovershenstvovanie instituta gosudarstvennoi grazhdanskoj sluzhby: problemy teorii i praktiki // Politika i Obshchestvo. – 2011. № 6. – С. 11–17.

*Материал поступил в редакцию 5 февраля 2014 г.*



# ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ОРГАНИЗАЦИОННЫЕ ОСНОВАНИЯ ИНСТИТУАЛИЗАЦИИ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

**Аннотация:** Введение административной юстиции и совершенствование средств защиты прав и свобод граждан Российской Федерации являются неотъемлемой составляющей общего процесса формирования правового государства, важным условием обеспечения защиты субъективных прав граждан в сфере государственной власти и местного самоуправления. Выработка теоретических основ организации административной юстиции в условиях реформаторских процессов в России позволит принимать оптимальные решения относительно законодательного закрепления, как отдельных элементов административной юстиции, так и всего института в целом. В настоящей статье раскрывается понятие административной юстиции, обосновывается необходимость создания данного правозащитного института в России, приводятся данные социологического исследования по вопросам создания системы административных судов в Российской Федерации, в котором приняли участие председатели и судьи судов общей юрисдикции областного звена, изучаются мнения юристов-практиков и ученых-административистов о возможных моделях построения судебных органов административной юстиции.

**Ключевые слова:** административная юстиция, правовое государство, административный суд, административно-правовой спор, законность, коррупция, реформирование, судебно-производственная нагрузка, судебный состав, судебная специализация.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10109

Согласно концепции правового государства деятельность органов публичной администрации должна носить подзаконный характер. Главным же признаком такого государства является гарантированность субъективных прав граждан от нарушений со стороны административных органов. В частности, субъективные права обеспечиваются возможностью со стороны граждан использовать судебную форму защиты против любых действий административных органов. Особенности правового статуса гражданина в отличие от правового статуса органа администрации требуют от государства повышенной защиты прав, свобод, законных интересов каждого. Государство обязано быстро и справедливо отреагировать на любое нарушение этих прав и свобод со стороны органов государственной или муниципальной власти и их должностных лиц. Поэтому построение правового государства невозможно без наличия административной юстиции, которая

как одна из форм судебной защиты является неременной его принадлежностью. Как представляется, административная юстиция предоставляет человеку более широкие возможности квалифицированной защиты его прав и свобод в отношениях с органами государства, особенно в сфере исполнительной власти, где нередко проявляется произвол и беззаконие со стороны государственных служащих по отношению к гражданам, имеются многочисленные факты коррупции и злоупотребления служебным положением. Также административная юстиция позволяет осуществлять контроль качества управления страной, за квалификацией аппарата исполнительной власти<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Петухов Н.А., Мамыкин А.С. Теоретические и практические вопросы развития административной юстиции в Российской Федерации // «Российское правосудие». К VIII Всероссийскому съезду судей. Специальный выпуск. 2012. С.89.



Как справедливо отметил В.В. Ершов, укрепление российской государственности и дальнейшее совершенствование публичного управления тесно связаны с проводимой в нашей стране судебной реформой, в рамках которой важная роль отводится созданию эффективного механизма защиты прав и законных интересов граждан в спорах с органами публичной власти и введению института административной юстиции, призванного укрепить роль судов в осуществлении контроля за деятельностью публичной администрации<sup>2</sup>.

Административная юстиция стала складываться в большинстве стран во второй половине XIX века<sup>3</sup>. Она формировалась в разных странах индивидуально, с учетом имеющихся исторических, экономических, политических факторов, подвергаясь воздействию устоявшихся на тот период господствующих теоретических взглядов. В результате этого системы административной юстиции, существующие в зарубежных странах, существенно отличаются друг от друга. Эти различия серьезно затрудняют возможность определения самого понятия «административная юстиция».

В настоящее время в Российской Федерации также отсутствует четкое теоретико-правовое и законодательное определение понятия «административной юстиция», и нет единого подхода к его пониманию. Сам по себе термин «административная юстиция» объединяет в себе два различных по своей сути понятия *administratio* и *justitia*. В переводе с латыни *administratio* означает «руководство»; «управление», «заведование», *justitia* – «правосудие», «справедливость», «судебное ведомство». Многовариантность перевода данного термина порождает разночтения в его толковании. Административная юстиция понимается как:

- 1) особый порядок разрешения административно-правовых споров судами и другими уполномоченными на то государственными органами. В данном случае термин *justitia* понимается как «справедливость», которая может быть обеспечена не только судами, но и административными органами при рассмотрении жалоб граждан в сфере административной деятельности;
- 2) самостоятельная отрасль правосудия, целью которой является решение судами споров между гражданами и органами управления (администрацией) или между самими органами управления (то есть

административное судопроизводство). Согласно этому определению административная юстиция является деятельностью исключительно судебной, поэтому *justitia* понимается как «правосудие», которое, в соответствии с положениями современной правовой доктрины, осуществляется исключительно судами;

- 3) система специализированных судов или специальных судебных подразделений, осуществляющих административное судопроизводство. В этом определении акцент сделан на понимании термина *justitia* как судебного ведомство, т.е. обязательным признаком административной юстиции является наличие в судебной системе административных судов или административных палат в структуре судов общей юрисдикции).

Учитывая вышеприведенные подходы можно выделить следующие элементы института административной юстиции:

- 1) материальный, связанный с природой спора;
- 2) организационный, обусловленный наличием специальных органов по рассмотрению споров;
- 3) формальный, соответствующий особому процессуальному порядку рассмотрения споров.

В настоящей статье автор под административной юстицией будет понимать систему специальных судебных органов, рассматривающих административно-правовые споры о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций и других лиц, являющихся субъектами административных и иных публичных правоотношений, посредством административного судопроизводства.

Сегодня в Российской Федерации является актуальным и широко обсуждаемым вопрос создания системы административных судов, так как «судебная форма рассмотрения возникших противоречий в ходе как нормативной, так и особенно правоприменительной деятельности призвана служить гарантом против произвола бюрократии и чиновничества, местничества, дает реальный шанс утвердить идеи правового государства в цивилизованном обществе»<sup>4</sup>.

В настоящее время создание административной юстиции в Российской Федерации сформулировано в политической повестке дня. 7 мая 2012 года Президент РФ В.В. Путин подписал Указ «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления», в котором Правительству РФ было поручено

<sup>2</sup> Вступительное слово // Теоретические и практические проблемы административного правосудия: Материалы научно-практической конференции. М., 2006. С. 7.

<sup>3</sup> Шмелев И. В. Об определении института административной юстиции // Молодой ученый. 2011. № 3. С. 59.

<sup>4</sup> Абдуллаева М.И., Комарова С.А. Проблемы теории государства и права. СПб., 2003. С. 247.



чено принять меры по повышению доступности правосудия для граждан, организаций и объединений граждан при рассмотрении споров с органами государственной власти РФ, обеспечив внесение в законодательство РФ изменений, предусматривающих совершенствование административного судопроизводства.

В своем Послании Федеральному Собранию от 12 декабря 2012 года Президент РФ говорил о необходимости создания в самое ближайшее время специальной законодательной базы для административного судопроизводства, также о формировании в судах судебных составов, разрешающих споры граждан с органами власти всех уровней<sup>5</sup>.

На VIII Всероссийском съезде судей Президент России Владимир Путин в своем выступлении особое внимание уделил вопросам создания судебных органов административной юстиции. В.В. Путин отметил, что в первую очередь следует завершить создание административного судопроизводства, в кратчайшие сроки принять соответствующий кодекс и сформировать судебные составы, которые будут разрешать споры граждан с органами государственной власти и местного самоуправления.

Как отметил Председатель Верховного Суда Российской Федерации В.М. Лебедев, «по существу, сегодня административная юстиция занимает одно из ведущих мест в российском правосудии»<sup>6</sup>.

Председатель Верховного Суда РФ В. М. Лебедев считает, что будущее российской судебной системы за специализированными судами. Именно специализация судов позволит обеспечить «реальный доступ граждан к профессиональному, справедливому и оперативному правосудию».

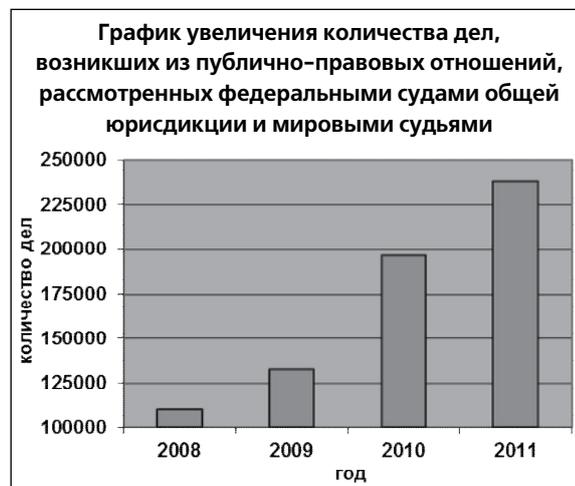
Выступая на конференции в Санкт-Петербурге в 2011 году, приуроченной к юбилею Конституционного Суда, глава Верховного Суда потратил отведенное ему на доклад время для того, чтобы объяснить необходимость создания административных судов в нашей стране.

По мнению Лебедева, «административная юстиция в Российской Федерации и актуальна, и востребована»<sup>7</sup>.

Согласно Постановлению VIII Всероссийского съезда судей «О состоянии судебной системы Российской Федерации и основных направлениях ее развития» от 19 декабря 2012 г. для создания действенного механизма, обеспечивающего надлежащую и эффективную защиту прав граждан и организаций в сфере их взаимодействия с органами публичной власти, необходимо сформировать институт административной юстиции и установить в законе процедуры административного судопроизводства для разрешения споров, возникающих в сфере административных правоотношений, и контроля за действиями и решениями органов публичной власти в ходе выполнения ими функций государственного управления и обеспечения прав граждан на местное самоуправление.

Необходимость создания административной юстиции в России обусловлено наличием следующих причин:

1. Увеличение числа рассмотренных судами дел, возникающих из публично-правовых отношений между гражданами и должностными лицами, органами исполнительной власти. Судебная статистика, которой располагает Верховный Суд Российской Федерации, свидетельствует о том, что количество дел, возникающих из административно-правовых отношений, не снижается. Так, в 2008 году по сравнению с предыдущим годом количество дел, возникающих из публично-правовых отношений, увеличилось на 21,4%, в 2009 году федеральными судами общей юрисдикции и мировыми судами было рассмотрено по первой инстанции 132 433 дел, возникающих из публично-правовых отношений, в 2010 году – 196 668 дел, а за первое полугодие 2011 – 237 863 дел<sup>8</sup>.



<sup>5</sup> Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 12 декабря 2012 года // Российская газета. 2012. № 287.

<sup>6</sup> Лебедев В.М. Теоретические и практические проблемы административного правосудия // Теоретические и практические проблемы административного правосудия: Материалы научно-практической конференции. М., 2006. С. 82.

<sup>7</sup> Глава Верховного Суда вновь выступил за создание административной юстиции // [http://www.vsrif.ru/vscourt\\_detale.php?id=7486](http://www.vsrif.ru/vscourt_detale.php?id=7486).

<sup>8</sup> Обзор судебной статистики о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей в 2009, 2010, 2011 году Судебного департамента при Верховном Суде РФ // <http://www.cdep.ru/index.php?id=79>.



Следовательно, создание системы административных судов является не только теоретической проблемой, обсуждаемой в научных кругах, но и продиктовано практикой рассмотрения данных категорий публично-правовых споров.

Создание административных судов разгрузило суды общей юрисдикции от специфичных административно-правовых споров. Перегруженность судов общей юрисдикции является серьезным препятствием для эффективного судебного реагирования на нарушения прав и свобод граждан, так как в данном случае не обеспечивается оперативное рассмотрение соответствующих дел. Формирование административного судопроизводства в специализированных судах позволит уменьшить судебную нагрузку на суды общей юрисдикции, а следовательно, создаст оптимальные условия работы, обеспечит качественное рассмотрение дел и вынесение законных судебных решений. Только в таких условиях может быть сформирована и судебная специализация, направленная на обеспечение качественного правоприменительного процесса в административных судах.

2. Создание административных судов будет способствовать более качественному и оперативному рассмотрению публично-правовых дел. Судья административного суда должен будет досконально знать как законодательство, так и основные нормативные правовые акты Правительства РФ и иных органов исполнительной власти, практику работы этих органов, административные процедуры, формы и методы государственного управления в различных его отраслях.
3. Рассмотрение публично-правовых дел в порядке гражданского судопроизводства судами общей юрисдикции говорит об отсутствии дифференциации норм судостроительства по гражданским и административным делам, что существенно снижает эффективность гражданского судопроизводства. Административное судопроизводство требует надлежащей организации его осуществления судом, деятельность которого была бы целиком сосредоточена на решении споров граждан с публичной властью. Таким судом может стать административный суд.
4. Усиление борьбы с коррупцией в системе государственной и муниципальной службы. «Серьезной преградой коррупционерам станет создание в России административного судопроизводства», – заявил председатель Верховного суда Вячеслав Лебедев<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Судейская мантия не каждому по плечу: Беседа с Председателем Верховного Суда РФ В. Лебедевым // РГ. 2000. 23 нояб.

Административные суды будут, в определенной мере, играть роль сдерживающего фактора на пути распространения коррупции, так как рассмотрение судами жалоб граждан и других субъектов права на незаконные действия органов публичной власти и должностных лиц позволит вскрывать потенциальные источники коррупции.

Сегодня институт административной юстиции находится в центре внимания, а также теоретико-практического обсуждения и изучения политиками, учеными, должностными лицами правоприменительных органов и судьями. В течение двадцати лет одним из дискуссионных вопросов в системе реформирования российской судебной власти является вопрос о формировании в России специализированных административных судов. Одним из принципиальных вопросов, который необходимо будет решить, – это создание системы специализированных административных судов или сохранение действующей системы осуществления административного судопроизводства в рамках гражданской процессуальной и арбитражной процессуальной форм, пусть и с некоторыми организационными изменениями в системе судов общей юрисдикции.

За создание в нашей стране административных судов высказано много аргументов<sup>10</sup>.

Как отмечает председатель судебного состава первой инстанции Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда Российской Федерации Н.К. Толчеев, необходимо создать специальную систему административных судов, дистанцированных и от органов власти и местного самоуправления, чтобы судья ни в жилищных вопросах, ни в предоставлении каких-либо компенсаций и льгот не зависел от местной власти. Поэтому административные суды должны быть межрайонными и окружны-

<sup>10</sup> См.: например: Стариков Ю.Н., Кряжков В.А. Административные суды: Какими им быть? // Российская юстиция. 2001. № 1. С. 18–20; Салищева Н.Г. Административная юстиция // Судебная реформа: проблемы и перспективы. М., Институт гос. и права РАН. 2001. С.167–181; Власов А. Какой будет административная юрисдикция? // Российская юстиция. 2002. № 11. С. 17–19; Волчеккая Т.С., Хорьков В.Н., Фоченкова Н.А. Становление административной юстиции в Российской Федерации и Литовской Республике // Журнал российского права. 2003. № 8. С. 93–101; Административный процесс в системе современных научных представлений об административной юстиции // Государство и право. 2004. № 6. С. 5–13; Приженникова А.Н. Создание административных судов – насущная необходимость российской судебной системы // Административное право и процесс. 2010. № 53. С. 15; Сухарев Н.В., Кузнецов В.И. Концепция развития административного процессуального законодательства // Концепция развития российского законодательства. М.: Эксмо. 2010. С. 627–646.



ми, с Высшей инстанцией в Судебной коллегии по административным делам<sup>11</sup>.

Ректор Российской академии правосудия В.В. Ершов также выступает за создание административных судов в Российской Федерации.<sup>12</sup> Последовательными сторонниками создания административных судов в Российской Федерации являются Н. Хаманева и Н. Салищева<sup>13</sup>. При этом они полагают возможным постепенное введение обособленного института административной юстиции путем наделения функциями административного судопроизводства специальных судей по административным делам (судебных составов) в районном суде; образования судебных коллегий по административным делам в судах субъектов Федерации и в Верховном Суде Российской Федерации.

В.В. Ярков предложил на данном этапе сконцентрировать усилие на совершенствовании существующих органов судебной власти, раскрытии потенциала уже существующей судебной системы, поскольку она способна осуществлять защиту прав в сфере как частного, так и публичного права. По мнению В.В. Яркова, необходимо создать системы административных судов на базе специальных судебных составов в судах общей юрисдикции и арбитражных судах<sup>14</sup>.

В числе аргументов против создания специализированных административных судов называются: необходимость выделения огромных финансово-экономических ресурсов для учреждения административных судов; сложность разграничения компетенции между судами; проблемы подготовки высококвалифицированных судебных кадров для специализированных судов; проблемы обеспечения доступности правосудия и др. По мнению пред-

ставителей арбитражных судов, в создании в настоящий период административных судов с подчинением суду общей юрисдикции нет ни логики, ни острой необходимости. Более того, возникает ряд проблем экономического, организационного, исторического, правового и кадрового характера<sup>15</sup>.

В литературе можно встретить мнения, что принципиального значения не имеет определение местонахождения административной юстиции: в системе арбитражно- и гражданско-процессуального законодательства или в административном процессе со специализированными административными судами. Считается, что главной целью является обеспечение самой возможности защиты публичных прав субъекта от органов государственной и муниципальной власти.<sup>16</sup>

Как представляется, будущее административной юстиции как раз и заключается в выборе основного направления принципиального развития этого института, и только потом можно строить модели административного материального и процессуального законодательства. Неопределенность пути развития или избрание неверного направления может привести к практике, которая в итоге «свернет» все прогрессивные начинания по реформированию административной юстиции<sup>17</sup>.

Согласно проведенному социологическому исследованию по вопросам создания системы административных судов, в котором приняли участие председатели и судьи судов областного звена, из 150 опрошенных 137 за создание системы административных судов, 13 против. 70 участников социологического исследования выступают за создание специализированных административных судов как самостоятельной подсистемы российской судебной системы, осуществляющих правосудие в порядке административного судопроизводства, 80 опрошенных поддерживают идею

<sup>11</sup> Толчеев Н.К. Главное для нас – это права и свободы граждан // Судья. 2012. № 5. С. 5.

<sup>12</sup> Петухов Н.А., Мамыкин А.С. Теоретические и практические вопросы развития административной юстиции в Российской Федерации // «Российское правосудие». К VIII Всероссийскому съезду судей. Специальный выпуск. 2012. С. 89.

<sup>13</sup> См.: Салищева Н.Г. Административная юстиция // Судебная реформа: проблемы и перспективы. М., Институт гос. и права РАН. 2001. С. 167–181; Салищева Н.Г., Хаманева Н.Ю. Административная юстиция, административное судопроизводство // Государство и право. 2002. № 1. С. 8; Хаманева Н. Ю. Административные суды в России: иллюзии или реальность // Теоретические и практические проблемы административного правосудия: Материалы научно-практической конференции. М., 2006. С. 71–77.

<sup>14</sup> Ярков В.В. Главным условием создания системы административных судов является наличие политической воли // Судья. 2012. № 5. С. 17.

<sup>15</sup> Панова И.В. О проектах Федерального конституционного закона «О Федеральных административных судах в Российской Федерации» и Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации // Теоретические и практические проблемы административного правосудия: Материалы научно-практической конференции. М., 2006. С. 188–203.

<sup>16</sup> Пошивайлова А.В. Понятие, предмет и форма осуществления административной юстиции в Российской Федерации в трудах отечественных ученых // Правоведение. 2003. № 6. С. 29.

<sup>17</sup> Стариков Ю.Н. Административное правосудие в Российской Федерации: от обоснования теоретической значимости к практической кодификации // Теоретические и практические проблемы административного правосудия: Материалы научно-практической конференции. М., 2006. С. 82.



наделения полномочиями по реализации административного судопроизводства специальных судей по административным делам (судебных составов, коллегий) как в судах общей юрисдикции, так и в арбитражных судах. На вопрос по поводу предпочтительной модели устройства системы административных судов в случае создания данных органов в рамках действующих судов общей юрисдикции 79 опрошенных выступают за формирование коллегий (судебных составов) по административным делам в рамках действующих судов общей юрисдикции, а 71 за созданием в системе судов общей юрисдикции межрайонных, окружных административных судов, Судебной коллегии по административным судам Верховного Суда РФ.

Анализируя вышеприведенные аргументы «за» и «против» создание системы административных судов, о месте данных органов в российской судебной системе можно прийти к следующим выводам. Административные суды необходимы российской судебной системе. Именно данные судебные органы смогут более оперативно и качественно разрешать публично-правовые споры в сфере государственного управления и жалобы на действия и решения органов исполнительной власти и должностных лиц, чем суды общей юрисдикции, рассматривающие данную категорию дел в порядке гражданского судопроизводства. Административным судам предстоит повлиять на предотвращение и устранение нарушений законности публичными органами власти, укрепление гарантий политических и социально-экономических прав граждан. Создание административного судопроизводства приведет к значительной разгрузке судей судов общей юрисдикции, повышению профессионального уровня судей и кандидатов в судьи; сокращению сроков рассмотрения дел в сочетании с увеличением качества рассмотрения дел по существу и оценки доказательств.

Административный суд будет представлять собой специальный орган, осуществляющий контроль за законностью, который будет наделен конституционными гарантиями независимости от исполнительной и законодательной ветвей власти. Отсутствие у административного суда какой бы то ни было ведомственной заинтересованности, процессуальная регламентация судебного разбирательства, а также иные принципы административного

судопроизводства будут являться общепризнанными достоинствами судебной процедуры, а гражданин и государственный орган (должностное лицо) будут участвовать в деле в качестве сторон, которые обладают равными правами и обязанностями.

Что же касается места административных судов в российской судебной системе, то в соответствии с действующим законодательством, а именно ч. 3 ст. 4 и ст. 26 ФКЗ от 31 декабря 1996 года «О судебной системе РФ» и п.5, ч.2, ст. 1 Федерального конституционного закона от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации», данные судебные органы могут быть образованы только как подсистема федеральных судов общей юрисдикции. Положительной стороной данного положения является, то, что суды общей юрисдикции уже имеют практику рассмотрения публично-правовых споров, хотя и в рамках гражданского судопроизводства. Создание же системы административных судов потребует организации нового вида административного судопроизводства. Процесс формирования административных судов, как представляется, должен пройти несколько этапов. Учитывая реальное состояние судебной системы и ее кадровую, финансовую и материальную обеспеченность, а также мнение судей, выявленное в ходе социологического опроса, и политическую волю Президента РФ, разумнее было бы на современном этапе ограничиться созданием специализированных судебных коллегий, а только потом создавать межрайонные и окружные административные суды в рамках системы судов общей юрисдикции. Только когда будет сформирована и «опробована» готовая база административно-процессуального законодательства, накоплен и обобщён опыт судебной практики в двух звеньях судебной системы (арбитражных судов и судов общей юрисдикции) можно будет говорить о слиянии всех административных коллегий судов общей юрисдикции и арбитражных судов в единую самостоятельную систему административных судов. Данный процесс произойдёт с наименьшими организационными и материальными усилиями<sup>18</sup>.

Сегодня, как представляется, наступило время, когда нужно от идеи учреждения в России административных судов переходить к осуществлению реальных действий по их практическому установлению.

<sup>18</sup> Сухарева Н.В. О некоторых вопросах формирования и перспективах развития системы административного правосудия и судопроизводства // Российский судья. 2001. № 6. С. 29–33.


**Библиография:**

1. Абдуллаева М.И., Комарова С.А. Проблемы теории государства и права. СПб., 2003.
2. Лебедев В.М. Теоретические и практические проблемы административного правосудия// Теоретические и практические проблемы административного правосудия: Материалы научно-практической конференции. М., 2006.
3. Панова И.В. О проектах Федерального конституционного закона «О Федеральных административных судах в Российской Федерации» и Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации // Теоретические и практические проблемы административного правосудия: Материалы научно-практической конференции. М., 2006.
4. Петухов Н.А., Мамыкин А.С. Теоретические и практические вопросы развития административной юстиции в Российской Федерации // «Российское правосудие». К VIII Всероссийскому съезду судей. Специальный выпуск. 2012.
5. Пошивайлова А.В. Понятие, предмет и форма осуществления административной юстиции в Российской Федерации в трудах отечественных ученых // Правоведение. 2003. № 6.
6. Салищева Н.Г., Хаманева Н.Ю. Административная юстиция, административное судопроизводство // Государство и право. 2002. № 1.
7. Хаманева Н. Ю. Административные суды в России: иллюзии или реальность // Теоретические и практические проблемы административного правосудия: Материалы научно-практической конференции. М., 2006.
8. Шмелев И. В. Об определении института административной юстиции // Молодой ученый. 2011. № 3.
9. Ярков В.В. Главное условие создание системы административных судов является наличие политической воли // Судья. 2012. № 5.

**References:**

1. Abdullaeva M.I., Komarova S.A. Problemy teorii gosudarstva i prava. SPb., 2003.
2. Lebedev V.M. Teoreticheskie i prakticheskie problemy administrativnogo pravosudiya// Teoreticheskie i prakticheskie problemy administrativnogo pravosudiya: Materialy nauchno-prakticheskoi konferentsii. M., 2006.
3. Panova I.V. O proektakh Federal'nogo konstitutsionnogo zakona «O Federal'nykh administrativnykh sudakh v Rossiiskoi Federatsii» i Kodeksa administrativnogo sudoproizvodstva Rossiiskoi Federatsii // Teoreticheskie i prakticheskie problemy administrativnogo pravosudiya: Materialy nauchno-prakticheskoi konferentsii. M., 2006.
4. Petukhov N.A., Mamykin A.S. Teoreticheskie i prakticheskie voprosy razvitiya administrativnoi yustitsii v Rossiiskoi Federatsii. // «Rossiiskoe pravosudie». K VIII Vserossiiskomu s'ezdu sudei. Spetsial'nyi vypusk. 2012.
5. Poshivailova A.V. Ponyatie, predmet i forma osushchestvleniya administrativnoi yustitsii v Rossiiskoi Federatsii v trudakh otechestvennykh uchenykh// Pravovedenie. 2003. № 6.
6. Salishcheva N.G., Khamaneva N.Yu. Administrativnaya yustitsiya, administrativnoe sudoproizvodstvo // Gosudarstvo i pravo. 2002. № 1.
7. Khamaneva N. Yu. Administrativnye sudy v Rossii: illyuzii ili real'nost' //Teoreticheskie i prakticheskie problemy administrativnogo pravosudiya: Materialy nauchno-prakticheskoi konferentsii. M. 2006.
8. Shmelev I. V. Ob opredelenii instituta administrativnoi yustitsii // Molodoi uchenyi. 2011. №3.
9. Yarkov V.V. Glavnoe uslovie sozdanie sistemy administrativnykh sudov yavlyaetsya nalichie politicheskoi voli // Sud'ya. 2012. № 5.

*Материал поступил в редакцию 30 октября 2013 г.*



М.С. Быкова\*

# ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ПРОКУРОРСКОГО НАДЗОРА ЗА ИСПОЛНЕНИЕМ ЗАКОНОВ О ТЕХНИЧЕСКОМ РЕГУЛИРОВАНИИ В СФЕРЕ ОБОРОТА ПРОДУКТОВ ДЕТСКОГО ПИТАНИЯ

**Аннотация:** В статье рассматриваются вопросы влияния норм международного права на национальное законодательство о техническом регулировании в сфере оборота продуктов детского питания. Обосновывается необходимость включения норм международного права в предмет прокурорского надзора за исполнением законов в указанной отрасли. Исследуется значение технических регламентов, принятых в рамках Таможенного союза Российской Федерации, Республики Беларусь и Республики Казахстан по вопросам технического регулирования оборота продуктов детского питания, для правовой регламентации данной сферы общественных отношений на внутрисоюзном уровне. В статье использованы общенаучный диалектический метод познания, анализ, синтез, обобщение, историческо-правовой, сравнительно-правовой, формально-юридический, системно-структурного анализа. Обращается внимание на существующее противоречие между Конституцией Российской Федерации, признающей приоритетное значение за общепризнанными нормами и принципами международного права и международными договорами Российской Федерации, и правовой природой технических регламентов, принятых решениями Комиссии Таможенного союза и Совета Евразийской экономической комиссии по вопросам технического регулирования оборота продуктов детского питания, и не являющихся международными договорами. Подчеркивается необходимость разрешения спорных вопросов, касающихся приоритета данных документов по отношению к национальному законодательству РФ, в целях определения пределов прокурорского надзора за исполнением законов на данном направлении.

**Ключевые слова:** Всемирная торговая организация, международные договоры, техническое регулирование, продукты детского питания, прокурорский надзор, Таможенный союз, технические регламенты, Конституция Российской Федерации, имплементация, Конституционный Суд РФ.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11514

Научно доказано, что питание является одним из важнейших факторов, определяющих здоровье населения, особенно детского. В глобальном смысле здоровье детей – залог здоровья будущих поколений.

Правильное питание обеспечивает нормальный рост и развитие детей, способствует профилактике заболеваний, продлению жизни людей, повышению работоспособности и со-

здает условия для адекватной адаптации их к окружающей среде<sup>1</sup>.

Права и интересы ребенка в различных сферах общественной жизни всегда являлись предметом особой заботы международного сообщества.

<sup>1</sup> См.: Кострова Г. И. Фактическое питание и показатели физического развития и нутритивного статуса детей. Дисс. ... канд. мед. наук. Архангельск, 2011. С. 24–25.

© Быкова Мария Сергеевна

\* Аспирантка Академии Генеральной прокуратуры РФ

[marbyk@bk.ru]

150000, Россия, г. Ярославль, ул. Некрасова, д. 5.



Право ребенка на нормальное развитие закреплено Конвенцией ООН о правах ребенка, Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах.

В эпоху глобализации, взаимозависимости международное право имеет непосредственное значение в регулировании прав и защите интересов физических и юридических лиц<sup>2</sup>.

Техническое регулирование в сфере оборота продуктов детского питания в Российской Федерации, определяемое нами как **государственное регулирование отношений в сфере деятельности по разработке и применению технических регламентов, стандартизации и оценке соответствия продуктов детского питания в целях обеспечения качества и безопасности для человека и окружающей среды и свободного перемещения продуктов детского питания на рынке**, испытало на себе существенное воздействие норм международного права.

С момента распада СССР и образования «независимой» России одним из основных вопросов внешней политики являлось вступление России во Всемирную торговую организацию (ВТО), преобразованную из Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ).

22.08.2012 г. Российская Федерация официально стала 156-м членом ВТО, преодолев длительный путь выполнения необходимых условий, выдвигавшихся партнерами по переговорному процессу.

Распоряжением Правительства Российской Федерации от 08.08.2001г. № 1054-р<sup>3</sup> был утвержден План мероприятий по приведению законодательства РФ в соответствие с нормами и правилами Всемирной торговой организации, в рамках реализации которого 27.12.2002г. был принят Федеральный закон «О техническом регулировании» № 184-ФЗ<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> См.: Марочкин С. Ю. Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации: монография. М., 2011. С. 48.

<sup>3</sup> Распоряжение Правительства РФ от 08 августа 2001 г. № 1054-р «О Плате мероприятий по приведению законодательства Российской Федерации в соответствие с нормами и правилами Всемирной торговой организации» // СЗ РФ. 2001. № 34. Ст. 3511; 2002. № 26. Ст. 2613.

<sup>4</sup> Федеральный закон от 27.12.2002 № 184-ФЗ «О техническом регулировании» // СЗ РФ. 2002. № 52 (ч. 1). Ст. 5140; 2005. № 19. Ст. 1752; 2007. № 19. Ст. 2293; 2007. № 49. Ст. 6070; 2008. № 30 (ч. 2). Ст. 3616; 2009. № 29. Ст. 3626; 2009. № 48. Ст. 5711; 2010. № 1. Ст. 5; 2010. № 1. Ст. 6; 2010. № 40. Ст. 4969; 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4603; 2011. № 49 (ч. 1). Ст. 7025; 2011. № 50. Ст. 7351; 2012. № 31. Ст. 4322; 2012. № 50 (ч. 5). Ст. 6959; 2013. № 27. Ст. 3477; 2013. № 30 (ч.1). Ст. 4071; 2013. № 52 (ч.1). Ст. 6961.

Данный закон испытал большое влияние норм ВТО<sup>5</sup>, что являлось проявлением избранного российским законодателем способа сближения национального законодательства с нормами ВТО.

Так, в законе «О техническом регулировании» воспринята установленная в Соглашении о технических барьерах в торговле<sup>6</sup> и Соглашении по применению санитарных и фитосанитарных мер<sup>7</sup> классификация мер технического регулирования (обязательных технических регламентов и добровольных к исполнению стандартов), установлен принцип недопустимых препятствий предпринимательской деятельности (п.2 ст.7, абз.5 ст.12, абз.4 ст.18), принцип национального режима (п.2 ст.15, п.2 ст.17, п.2 ст.19), принцип приоритета международных стандартов (п.8 ст.7, абз.4 п.9 ст.7, абз.4 ст.12), положение о признании иностранных документов о подтверждении соответствия (ст.30). В целом, во исполнение требований партнеров по ВТО в РФ в связи с принятием ФЗ «О техническом регулировании», заменившим Закон РФ от 10.06.1993г. «О сертификации продукции и услуг», Закон РФ от 10.06.1993г. № 5154-1 «О стандартизации» начала выстраиваться единая система технического регулирования<sup>8</sup>.

В последнее время роль источников международного права в регулировании общественных отношений в сфере технического регулирования в целом и, в том числе в части продуктов детского питания, особенно возрастает.

При этом одним из приоритетных направлений международного сотрудничества Российской Федерации в сфере технического регулирования в настоящее время является сотрудничество в рамках Таможенного союза (далее – ТС).

Действующими членами ТС являются Российская Федерация, Республика Беларусь и Республика Казахстан. Политика общей гармонизации законодательства и правоприме-

<sup>5</sup> См.: Губарев В. И. Рецепция российским правом соглашений Всемирной торговой организации // Юрист. 2005. № 10. С. 44.

<sup>6</sup> «Соглашение по техническим барьерам в торговле» (ТБТ/ТВТ) (Вместе с «Терминами и их определениями для целей...», «Экспертными группами», «Кодексом добросовестной практики применительно к разработке, утверждению и применению стандартов») // СЗ РФ. 2012. № 37 (приложение, ч. VI). С. 2629–2649.

<sup>7</sup> Соглашение по применению санитарных и фитосанитарных мер (СФС/СПС) (Вместе с «Определениями», «Транспарентностью правил», «Процедурами контроля, инспектирования и одобрения») // Собрание законодательства РФ. 2012. № 37 (приложение, ч. VI). С. 2566–2578.

<sup>8</sup> См.: Губарев В. И. Указ. соч. С. 47.



нительной практики стран-участниц в целях эффективного функционирования единого экономического пространства в рамках ТС применительно к сфере технического регулирования предполагает установление единых и обязательных требований к продукции, аккредитации, проведению контроля. Вместе с тем важными факторами сдерживания развития интеграционных отношений в региональных экономических объединениях, созданных на постсоветском пространстве, специалисты считают отсутствие координации в разработке базовых соглашений по гармонизации технических регламентов государств-участников объединений и различную степень применения международных и европейских подходов в системах технического регулирования<sup>9</sup>.

В рамках Таможенного союза действует несколько международных договоров по вопросам технического регулирования.

К основополагающим следует отнести Соглашение об обращении продукции, подлежащей обязательной оценке (подтверждению) соответствия, на таможенной территории Таможенного союза от 11.12.2009г.<sup>10</sup>, Соглашение о взаимном признании аккредитации органов по сертификации (оценке (подтверждению) соответствия) и испытательных лабораторий (центров), выполняющих работы по оценке (подтверждению) соответствия от 11.12.2009г.<sup>11</sup>, Соглашение о единых принципах и правилах технического регулирования в Республике Беларусь, Республике Казахстан и Российской Федерации от 18.11.2010г.<sup>12</sup>, Соглашение об основах гармонизации технических регламентов государств-членов Евразийского экономического сообщества от 24.03.2005г.<sup>13</sup>, Соглашение о проведении согласованной политики в области техниче-

ского регулирования, санитарных и фитосанитарных мер от 25.01.2008г.<sup>14</sup>

Пищевая продукция включена в Единый перечень продукции, в отношении которой устанавливаются обязательные требования в рамках Таможенного союза, утвержденный решением Комиссии Таможенного союза от 28.01.2011г. № 526.

09.12.2011г. Комиссией Таможенного союза, выполнявшей до конца 2011 года функции исполнительного органа Союза, приняты Технические регламенты Таможенного союза: «О безопасности зерна»<sup>15</sup>, «О безопасности пищевой продукции»<sup>16</sup>, «Пищевая продукция в части ее маркировки»<sup>17</sup>, «Технический регламент на соковую продукцию из фруктов и овощей»<sup>18</sup>, «Технический регламент на масложировую продукцию»<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Соглашение о проведении согласованной политики в области технического регулирования, санитарных и фитосанитарных мер // Бюллетень международных договоров. 2012. № 8. С. 48–49.

<sup>15</sup> Решение Комиссии Таможенного союза от 09.12.2011 № 874 «О принятии технического регламента Таможенного союза «О безопасности зерна» (вместе с «ТР ТС 015/2011. Технический регламент Таможенного союза. «О безопасности зерна») // Официальный сайт Комиссии Таможенного союза <http://www.tsouz.ru>. 15.12.2011.

<sup>16</sup> Решение Комиссии Таможенного союза от 09.12.2011 № 880 «О принятии технического регламента Таможенного союза «О безопасности пищевой продукции» (вместе с «ТР ТС 021/2011. Технический регламент Таможенного союза. О безопасности пищевой продукции») // Официальный сайт Комиссии Таможенного союза <http://www.tsouz.ru>. 15.12.2011; официальный сайт Евразийской экономической комиссии <http://www.eurasiancommission.org>. 02.07.2013.

<sup>17</sup> Решение Комиссии Таможенного союза от 09.12.2011 № 881 «О принятии технического регламента Таможенного союза «Пищевая продукция в части ее маркировки» (вместе с «ТР ТС 022/2011. Технический регламент Таможенного союза. Пищевая продукция в части ее маркировки») // Официальный сайт Комиссии Таможенного союза <http://www.tsouz.ru>. 15.12.2011.

<sup>18</sup> Решение Комиссии Таможенного союза от 09.12.2011 № 882 «О принятии технического регламента Таможенного союза «Технический регламент на соковую продукцию из фруктов и овощей» (вместе с «ТР ТС 023/2011. Технический регламент Таможенного союза. Технический регламент на соковую продукцию из фруктов и овощей») // Официальный сайт Комиссии Таможенного союза <http://www.tsouz.ru>. 15.12.2011, официальный сайт Евразийской экономической комиссии <http://www.tsouz.ru>. 14.11.2012.

<sup>19</sup> Решение Комиссии Таможенного союза от 09.12.2011 № 883 «О принятии технического регламента Таможенного союза «Технический регламент на масложировую продукцию» (вместе с «ТР ТС 024/2011. Технический регламент Таможенного союза. Технический регламент на масложировую продукцию») // Официальный сайт Комиссии Таможенного союза <http://www.tsouz.ru>. 15.12.2011.

<sup>9</sup> См.: Морозов А. Н. Международно-правовые аспекты технического регулирования в Таможенном союзе // Журнал российского права. 2012. № 4. С. 78.

<sup>10</sup> Соглашение об обращении продукции, подлежащей обязательной оценке (подтверждению) соответствия, на таможенной территории Таможенного союза // СЗ РФ. 2010. № 40. Ст. 4985.

<sup>11</sup> Соглашение о взаимном признании аккредитации органов по сертификации (оценке (подтверждению) соответствия) и испытательных лабораторий (центров), выполняющих работы по оценке (подтверждению) соответствия // СЗ РФ. 2010. № 40. Ст. 4986.

<sup>12</sup> Соглашение о единых принципах и правилах технического регулирования в Республике Беларусь, Республике Казахстан и Российской Федерации // СЗ РФ. 2012. № 5. Ст. 536.

<sup>13</sup> Соглашение об основах гармонизации технических регламентов государств – членов Евразийского экономического сообщества // Бюллетень международных договоров. 2008. №8. С. 23–26.



Регламенты вступили в силу с 01.07.2013г, с указанной даты прекратили свое действие как принятые на территориях стран-участников Союза технические регламенты, так и национальные стандарты, санитарные и ветеринарные нормы и правила.

До 15.02.2015 г. производителям пищевой продукции разрешается выпуск в обращение пищевой продукции в соответствии с действующими нормативными актами, установленными законодательством государств-членов Таможенного союза, при условии, что на такую продукцию до вступления в силу Технического регламента были выданы документы, подтверждающие ее соответствие установленным требованиям.

Основополагающее значение имеет Технический регламент «О безопасности пищевой продукции», устанавливающий требования безопасности ко всем видам пищевых продуктов, процессам их производства, хранения, транспортировки, реализации и утилизации, а также формы и способы оценки соответствия такой продукции. Специальные требования к отдельным видам пищевой продукции, устанавливаемые иными техническими регламентами, могут только дополнять или уточнять, но не изменять требования, установленные данным Техническим регламентом.

Технический регламент вводит несколько новых механизмов регулирования процессов обеспечения безопасности продукции.

Во-первых, в отношении юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, осуществляющих производство пищевой продукции, вводится система их государственной регистрации. При этом государственная регистрация в отношении отдельных производств пищевой продукции животного происхождения носит разрешительный характер, предусматривающий предварительную проверку конкретного предприятия, в отношении производства иной пищевой продукции – уведомительный учетный характер.

Во-вторых, в отношении специализированной пищевой продукции, предназначенной для детского питания, питания спортсменов, беременных и кормящих женщин вводится государственная регистрация, имеющая разрешительный характер.

В-третьих, производство пищевой продукции должно осуществляться при условии обязательной разработки, внедрения и применения системы производственного контроля, основанной на принципах НАССР (разновидность международной системы добросовестной практики и управления качеством).

В-четвертых, производитель пищевой продукции обязан самостоятельно подтвердить

посредством подачи декларации соответствие выпускаемой в обращение продукции требованиям Технического регламента, используя при этом по своему выбору собственные доказательства или привлекая аккредитованные испытательные организации. Вместе с тем специализированная продукция, в том числе пищевая продукция, предназначенная для детского питания, декларированию не подлежит.

И, наконец, в-пятых, отменяется ветеринарно-санитарная экспертиза с выдачей ветеринарных свидетельств на всех этапах обращения продукции животного происхождения, за исключением такой экспертизы, проводимой в отношении сырья животного происхождения<sup>20</sup>.

В конце 2011 года решением президентов Российской Федерации, Республики Беларусь и Республики Казахстан создана Евразийская экономическая комиссия (Договор о Евразийской экономической комиссии от 18.11.2011 г.<sup>21</sup>) как единый постоянно действующий регулирующий орган Таможенного союза и Единого экономического пространства (на сегодняшний день в состав входят Российская Федерация, Республика Беларусь, Республика Казахстан с возможностью присоединения других стран). Комиссия имеет статус наднационального органа управления, не подчинена какому-либо из правительств трех стран, ее решения обязательны для исполнения на территории трех стран. Основной задачей ЕЭК является обеспечение условий функционирования и развития Таможенного союза и Единого экономического пространства, а также выработка предложений по дальнейшему развитию интеграции. ЕЭК передаются полномочия упраздненной Комиссии Таможенного союза (КТС), в том числе по техническому регулированию.

Порядок разработки и принятия Евразийской экономической комиссией технических регламентов установлен в настоящее время Положением о порядке разработки, принятия, внесения изменений и отмены технического регламента Таможенного союза, принятого Решением Совета Евразийской экономической комиссии 20.06.2012г. № 48<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> См.: Семенов С. В. Качество и безопасность пищевой продукции. Вопросы нормативно-правового регулирования // Торговое право. 2012. № 4. С. 32–35.

<sup>21</sup> Договор о Евразийской экономической комиссии // СЗ РФ. 2012. № 11. Ст. 1275.

<sup>22</sup> Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 20.06.2012 № 48 «О Положении о порядке разработки, принятия, внесения изменений и отмены технического регламента Таможенного союза» // Официальный сайт Комиссии Таможенного союза <http://www.tsouz.ru>. 22.06.2012.



В соответствии с указанным Положением правом принятия технических регламентов наделена, как раньше Комиссия Таможенного союза, Евразийская экономическая комиссия.

Решением Евразийской экономической комиссии от 15.06.2012г. № 34<sup>23</sup> принят Технический регламент «О безопасности отдельных видов специализированной пищевой продукции, в том числе диетического лечебного и диетического профилактического питания», одним из объектов технического регулирования которого является продукция детского питания.

Технический регламент вступил в силу с 01.07.2013г., до 1 января 2014 года допускался производство и выпуск в обращение на таможенной территории Таможенного союза продукции, не подлежавшей до дня вступления в силу Технического регламента обязательной оценке (подтверждению) соответствия согласно нормативным правовым актам Таможенного союза или законодательству государства – члена Таможенного союза, без документов об обязательной оценке (подтверждении) соответствия продукции и без маркировки национальным знаком соответствия (знаком обращения на рынке).

Решениями Совета Евразийской экономической комиссии от 9 октября 2013 года № 67 и № 68 приняты технические регламенты Таможенного союза «О безопасности молока и молочной продукции» (ТР ТС 033/2013<sup>24</sup>) и «О безопасности мяса и мясной продукции» (ТР ТС 034/2013<sup>25</sup>), вступающие в силу с 1 мая 2014

года, за исключением отдельных положений указанных технических регламентов, которые вступают в силу в более поздние сроки.

Разработка технических регламентов в Российской Федерации в настоящее время приостановлена.

Таким образом, нормы международного права в регулировании общественных отношений в сфере технического регулирования оборота продуктов детского питания приобретают первостепенное значение.

В соответствии с п.4 ст.15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

Данная норма позволяет обосновать включение в предмет прокурорского надзора исполнение норм международного права.

К сожалению, в Федеральном законе «О прокуратуре РФ» предмет надзора, полномочия прокурора по надзору за исполнением норм международного права, специфика данного направления надзорной деятельности прокуратуры не определены, что создает определенные трудности в правоприменительной практике и порождает дискуссии относительно содержания надзора<sup>26</sup>.

При этом приказом Генерального прокурора РФ от 12.03.2009г. № 67 «Об организации международного сотрудничества органов прокуратуры Российской Федерации» на органы прокуратуры возложена обязанность обеспечить неукоснительное соблюдение и исполнение требований международных договоров и соглашений, участниками которых является Российская Федерация, и норм внутреннего законодательства, регулирующего вопросы международного сотрудничества.

Несмотря на недостаточно четкую правовую регламентацию данного вопроса, мы придерживаемся позиции, что в предмет прокурорского надзора входят международно-правовые нормы вне зависимости от форм их имплементации в систему российского права (инкорпорация, легитимация, адаптация, отсылка<sup>27</sup>).

<sup>23</sup> Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 15.06.2012 № 34 «О принятии технического регламента Таможенного союза “О безопасности отдельных видов специализированной пищевой продукции, в том числе диетического лечебного и диетического профилактического питания”» (вместе с «ТР ТС 027/2012. Технический регламент Таможенного союза. О безопасности отдельных видов специализированной пищевой продукции, в том числе диетического лечебного и диетического профилактического питания») // Официальный сайт Комиссии Таможенного союза <http://www.tsouz.ru>. 18.06.2012.

<sup>24</sup> Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 09.10.2013 № 67 «О техническом регламенте Таможенного союза “О безопасности молока и молочной продукции”» (вместе с «ТР ТС 033/2013. Технический регламент Таможенного союза. О безопасности молока и молочной продукции») // Официальный сайт Евразийской экономической комиссии <http://www.eurasiancommission.org>. 14.10.2013.

<sup>25</sup> Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 09.10.2013 № 68 «О техническом регламенте Таможенного союза “О безопасности мяса и мясной продукции”» (вместе с «ТР ТС 034/2013. Технический регламент Таможенного союза. О безопасности мяса и мясной продукции») // Официальный сайт Евразийской экономической комиссии <http://www.eurasiancommission.org>. 11.10.2013.

<sup>26</sup> См., например: Шевич Н. Наблюдение, контроль или все же прокурорский надзор за выполнением международных договоров // Законность. 2001, №1. С.12–13; Винокуров А., Чурилов А. Охрана прав и свобод гражданина: обеспечение международных обязательств РФ // Законность.1997. № 6. С. 7–13.

<sup>27</sup> См.: Стремоухов А. В. Внутригосударственная имплементация международно-правовой защиты прав че-



Соответственно, в предмет прокурорского надзора за исполнением законов о техническом регулировании в сфере оборота продуктов детского питания входит исполнение вышеназванных международных договоров, заключенных в рамках Таможенного союза и ратифицированных Российской Федерацией.

Вместе с тем в настоящее время не решен вопрос относительно правовой силы технических регламентов, принятых в рамках Таможенного союза по вопросу оборота пищевой продукции в целом и продуктов детского питания в частности, что сохраняет неопределенность и относительно пределов прокурорского надзора в исследуемом нами направлении.

Как Конституция РФ, так и ФЗ «О техническом регулировании», предусматривают возможность установления норм права по вопросам технического регулирования только в международных договорах.

Согласно п.4. ст.4 Закона «О техническом регулировании» если международным договором Российской Федерации в сфере технического регулирования установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены настоящим Федеральным законом, применяются правила международного договора, а в случаях, если из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта, применяются правила международного договора и принятое на его основе законодательство Российской Федерации.

Не углубляясь подробно в исследование вопроса о самоисполняемых и несамоисполняемых международных договорах<sup>28</sup>, отметим лишь, что Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 31 октября 1995 г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»<sup>29</sup> разъяснил, что суд при рассмотрении дела не вправе применять нормы закона, т.е. российского национального акта, в случаях, когда вступившим в силу для Российской Федерации международным договором, решение об обязательности которого для Российской Федерации было принято в форме федерального закона, установлены иные правила, чем предусмотрено в законе. В указанном

случае применению подлежат правила международного договора.

Соответственно, даже для приоритетного применения норм международных договоров, безусловно включаемых в систему российского права, требуется соблюдение порядка их имплементации.

Технические же регламенты, принятые Таможенным союзом, были утверждены Комиссией Таможенного союза (преобразованной впоследствии в Евразийскую экономическую комиссию), соответственно, не являются международными договорами и в силу одного только этого обстоятельства не могут обладать приоритетом применения по отношению к российскому законодательству.

С другой стороны, статьей 1 Соглашения о единых принципах и правилах технического регулирования в Республике Беларусь, Республике Казахстан и Российской Федерации от 18.11.2010 г. прямо закреплено, что технический регламент Таможенного союза утверждает Комиссией Таможенного союза.

Кроме того, п.2 ст. 2 Соглашения установлено, что технические регламенты Таможенного союза имеют прямое действие на таможенной территории Таможенного союза, что исключает необходимость принятия внутригосударственных актов для вступления технических регламентов в силу.

Ряд авторов полагает, что технические регламенты Таможенного союза обладают особой международно-правовой природой. Несмотря на то, что они не являются международными договорами, в основе их принятия лежит согласование интересов государства, достигнутое путем компромиссов и уступок друг другу. Предусмотренный в рамках Таможенного союза порядок принятия технических регламентов необходим в целях более оперативного введения их в действие<sup>30</sup>.

Данная позиция, на наш взгляд, отражает направленность воли членов Таможенного союза, однако с учетом положений Конституции РФ и Закона «О техническом регулировании» ни в коей мере не позволяет обосновать приоритет технических регламентов Таможенного союза по отношению к законодательству РФ.

В свете укрепления связей в рамках Таможенного союза и активного нормотворчества в рамках данного межгосударственного образования по вопросам технического регулирования следует незамедлительно определиться относительно природы технических регламентов Таможенного союза.

ловека // Международное публичное и частное право. 2013. № 3. С. 17.

<sup>28</sup> См.: Международное частное право: учебник – под ред. М. М. Богуславского. М., 2005. С. 51.

<sup>29</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1. С. 32–35.

<sup>30</sup> См.: Морозов А.Н. Указ. соч. С. 79.



Органы государственного контроля и суды общей юрисдикции исходят из необходимости их непосредственного применения<sup>31</sup>.

Вместе с тем представляется, что спорные вопросы, касающиеся приоритета данных документов по отношению к национальному законодательству РФ, должны стать предметом

рассмотрения Конституционного Суда РФ. Принципиальная и обоснованная позиция по данному вопросу позволит безоговорочно включить в предмет прокурорского надзора за исполнением законов о техническом регулировании в сфере оборота продуктов детского питания и технические регламенты Таможенного союза.

#### Библиография:

1. Винокуров А., Чурилов А. Охрана прав и свобод гражданина: обеспечение международных обязательств РФ // Законность. 1997. № 6. С. 7–13.
2. Губарев В. И. Рецепция российским правом соглашений Всемирной торговой организации // Юрист. 2005. № 10. С. 43–48.
3. Кострова Г. И. Фактическое питание и показатели физического развития и нутритивного статуса детей: дисс. ... канд. мед. наук. Архангельск, 2011. 73 с.
4. Марочкин С. Ю. Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации: М., 2011. 288 с.
5. Международное частное право: учебник / под ред. М. М. Богуславского. М., 2005. 606 с.
6. Морозов А. Н. Международно-правовые аспекты технического регулирования в Таможенном союзе // Журнал российского права. 2012. № 4. С. 77–85.
7. Стремоухов А. В. Внутригосударственная имплементация международно-правовой защиты прав человека // Международное публичное и частное право. 2013. № 3. С. 17–19.
8. Семенов С. В. Качество и безопасность пищевой продукции. Вопросы нормативно-правового регулирования // Торговое право. 2012. № 4. С. 30–40.
9. Шевич Н. Наблюдение, контроль или все же прокурорский надзор за выполнением международных договоров // Законность. 2001. № 1. С. 12–13.

#### References:

1. Vinokurov A., Churilov A. Okhrana prav i svobod grazhdanina: obespechenie mezhdunarodnykh obyazatel'stv RF // Zakonnost'. 1997. № 6. S. 7–13.
2. Gubarev V. I. Retseptsiya rossiiskim pravom soglashenii Vsemirnoi torgovoi organizatsii // Yurist. 2005. № 10. S. 43–48.
3. Kostrova G. I. Fakticheskoe pitanie i pokazateli fizicheskogo razvitiya i nutritivnogo statusa detei: diss. ... kand. med. nauk. Arkh-k, 2011. 73 s.
4. Marochkin S. Yu. Deistvie i realizatsiya norm mezhdunarodnogo prava v pravovoi sisteme Rossiiskoi Federatsii: M., 2011. 288 s.
5. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: uchebnik/ pod red. M. M. Boguslavskogo. M., 2005. 606 s.
6. Morozov A. N. Mezhdunarodno-pravovye aspekty tekhnicheskogo regulirovaniya v Tamozhennom soyuze // Zhurnal rossiiskogo prava. 2012. № 4. S. 77–85.
7. Stremoukhov A. V. Vnutrigosudarstvennaya implementatsiya mezhdunarodno-pravovoi zashchity prav cheloveka // Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo. 2013. № 3. S. 17–19.
8. Semenov S. V. Kachestvo i bezopasnost' pishchevoi produktsii. Voprosy normativno-pravovogo regulirovaniya // Torgovoe pravo. 2012. № 4. S. 30–40.
9. Shevich N. Nablyudenie, kontrol' ili vse zhe prokurorskii nadzor za vypolnieniem mezhdunarodnykh dogovorov // Zakonnost'. 2001, № 1. S. 12–13.

*Материал поступил в редакцию 19 марта 2014 г.*

<sup>31</sup> См., например: постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 26.02.2014 № 06АП-159/2014 по делу № А04-7486/2013, постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 09.01.2014 по делу № А33-14843/2013.



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

А.А. Уразова\*

## ОТКАЗ ОТ КОРПОРАТИВНЫХ ПРАВ

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

**Аннотация:** Статья посвящена рассмотрению категории «отказ» в сфере корпоративного права через призму возможности участников (учредителей) хозяйственного общества отказаться от корпоративных прав. Распространенное применение законодателем данной категории в нормативно-правовых актах, регулирующих корпоративные отношения, стало причиной написания этой статьи с целью выяснения того, какой отказ можно отождествлять с отказом от вышеуказанных прав. Сложная правовая природа корпоративных прав, которая среди ученых остается дискуссионной, влияет на специфику его осуществления. Уделяется внимание рассмотрению понятия и содержанию этого права с целью дальнейшего установления предмета отказа, то есть от каких именно корпоративных прав можно отказаться. В работе выяснена особенность и возможность отказа участника от права участия в хозяйственном обществе, несмотря на то, что в законодательстве существует запрет на отдельную передачу этого права. Специфика такого отказа состоит в том, что он возможен только в совокупности с имущественными правами, поскольку именно они являются второй составляющей корпоративных прав. Также указывается важность разграничения таких понятий, как отказ от использования преимущественного права на покупку акций, отказ от возникновения корпоративных прав, который имеет место в случае отказа правопреемника (наследника) от вступления в общество, и отказ от корпоративного права, если участник выходит из хозяйственного общества без требования проведения с ним расчетов.

**Ключевые слова:** отказ, корпоративные права, предмет отказа, организационные права, имущественные права, возникновение корпоративных прав, использование имущественных прав, выход, прекращение членства, расчет.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10189

Категория «отказ» является распространенной в сфере корпоративного права. В Гражданском кодексе Украины – (далее – ГК Украины)<sup>1</sup>, а также Гражданском кодексе Российской Федерации – (далее ГК РФ)<sup>2</sup> предусмотрен: отказ в государственной регистрации юридического лица (ч. 2, 3 ст. 89 ГК Украины,

ч. 5 ст. 51 ГК РФ), отказ во внесении в единый государственный реестр записи о прекращении юридического лица (ч. 4 ст. 107 ГК Украины), отказ ликвидационной комиссии в удовлетворении требований кредитора (ч. 3 ст. 112 ГК Украины, ч. 4 ст. 64 ГК РФ), отказ от права выйти из полного общества (ч. 2 ст. 126 ГК Украины), отказ от участия в полном товариществе (ст. 77 ГК РФ) и др. В Законе Украины «Об акционерных обществах»<sup>3</sup> идет речь, в частно-

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Украины: Кодекс от 16.01.2003 № 435-IV. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата обращения: 27.11.2013).

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации. URL: <http://base.garant.ru/10164072> (дата обращения: 03.12.2013).

<sup>3</sup> Об акционерных обществах: Закон Украины от 17.09.2008 № 514-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/514-17> (дата обращения: 27.11.2013).

© Уразова Анна Александровна

\* Аспирантка кафедры гражданского права, Национальный университет «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого» [Gera\_007.55@mail.ru]

61024, Украина, г. Харьков, ул. Пушкинская, д. 77.



сти, об отказе: от использования преимущественного права на покупку акций (абз. 2 ч. 3 ст. 7); в регистрации отчета о регистрации закрытого (частного) размещения акций (абз. 2 п. 13 ч. 5 ст. 9); учредителей от создания общества (абз. 2 ч. 4 ст. 10); во включении в повестку дня общего собрания акционерного общества предложения акционеров (акционера) (ч. 5, 6 ст. 38); акционеру в регистрации (абз. 2 ч. 3 ст. 40); в созыве внеочередного общего собрания (ч. 3 ст. 47) и др. В Законе Украины «О хозяйственных обществах»<sup>4</sup> содержатся положения об отказе в подписке (абз. 6 ст. 30), отказе правопреемника (наследника) от вступления в общество (абз. 2 ст. 55), отказе участника от поручения (абз. 5 ст. 68) и др. В Федеральном законе «Об акционерных обществах» Российской Федерации<sup>5</sup>: отказ от использования преимущественного права на покупку акций (абз. 6 ч. 3 ст. 7), отказ от внесения записи в реестр акционеров (ч. 2 ст. 45), отказ во включении предложенного вопроса в повестку дня общего собрания акционеров (ч. 5, ч. 6 ст. 53), отказ в созыве внеочередного общего собрания акционеров (ч. 6, 7, 8 ст. 55) и др. В Федеральном законе о «Хозяйственных партнерствах» Российской Федерации<sup>6</sup> отказ предусмотрен: от участия в партнерстве (п. 5 ч. 1 ст. 5), отдельных участников партнерства от использования преимущественного права покупки доли в складочном капитале партнерства (п. 7 ч. 6 ст. 15), заявления участников партнерства об отказе от использования преимущественного права покупки доли в складочном капитале партнерства (п. 9 ч. 6 ст. 15), заявление партнерства об отказе от использования преимущественного права покупки доли в складочном капитале партнерства (п. 10 ч. 6 ст. 15).

Из вышеприведенного следует, что законодатели оперируют категорией отказа в корпоративном праве довольно часто, что стало причиной написания этой статьи с целью выяснения того, какой отказ можно отождествлять с отказом от корпоративных прав участников (учредителей) хозяйственного общества.

Данный вопрос (отказа от корпоративных прав) является малоисследованным в научной

сфере. К ученым, которые обращались к этой тематике, относятся, в частности: Т.В. Боднар<sup>7</sup>, И.В. Спасибо-Фатеева<sup>8</sup> и др.

Прежде всего, необходимо выяснить понятие и содержание корпоративных прав участников (учредителей) хозяйственного общества с целью дальнейшего установления предмета отказа, то есть от каких именно корпоративных прав можно отказаться.

Определение понятия «корпоративные права» содержится в нескольких нормативно-правовых актах. Согласно ч. 1 ст. 167 Хозяйственного кодекса Украины (далее – ХК)<sup>9</sup> корпоративные права – это права лица, доля которого определяется в уставном фонде (имуществе) хозяйственной организации, которые включают правомочия на участие этого лица в управлении этой организацией, получение определенной части прибыли (дивидендов) данной организации и активов в случае ликвидации последней, а также другие правомочия, предусмотренные законом и учредительными документами. Аналогичное определение корпоративных прав содержится в п. 14.1.90 в. 14 Налогового кодекса Украины<sup>10</sup>. В соответствии со ст. 2 Закона Украины «Об акционерных обществах» корпоративные права представляют собой совокупность имущественных и неимущественных прав акционера – собственника акций, вытекающие из права собственности на них, которые включают право на участие в управлении акционерным обществом, на получение дивидендов и активов акционерного общества в случае его ликвидации в соответствии с законом, а также другие права и правомочия, предусмотренные законом или уставом.

Указанные выше определения демонстрируют, что в законодательстве Украины существует незначительное различие в определении корпоративного права. Таким образом, корпоративные отношения регулируются не только гражданско-правовыми нормами. И.В. Спасибо-Фатеева, обращает внимание на то, что

<sup>7</sup> Боднар Т. В. Отказ как категория гражданского права: понятие и виды // Материалы международной научно-практической конференции, посвященной 175-летию Киевского национального университета имени Тараса Шевченко. М., 2009. С. 24.

<sup>8</sup> Спасибо-Фатеева И. В. Категория отказа в гражданском праве Украины // Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика / под ред. А. Г. Диденко. Алматы: Раритет, Ин-т правовых исследований и анализа. 2010. Вып. 36. С. 45–46.

<sup>9</sup> Хозяйственный кодекс Украины: Кодекс от 16.01.2003 № 436-IV URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата обращения: 25.11. 2013).

<sup>10</sup> Налоговый кодекс Украины: Кодекс от 02.12.2010 № 2755-VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата обращения: 25.11. 2013).

<sup>4</sup> О хозяйственных обществах: Закон Украины от 19.09.1991 № 1576-XII. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1576-12> (дата обращения: 27.11. 2013).

<sup>5</sup> Об акционерных обществах: Федеральный закон РФ от 26.12. 1995 № 208-ФЗ. URL: [http://www.consultant.ru/popular/stockcomp/29\\_15.html](http://www.consultant.ru/popular/stockcomp/29_15.html) (дата обращения: 03.12. 2013).

<sup>6</sup> О хозяйственных партнерствах: Федеральный закон РФ от 03.12. 2011 № 380-ФЗ. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=149862> (дата обращения: 03.12. 2013).



сам по себе факт определения корпоративных отношений и корпоративных прав в ХК и отсутствие его в ГК Украины не может механически привести к непризнанию за ними гражданской природы<sup>11</sup>. В отличие от ГК Украины, ч. 1 ст. 2 ГК РФ прямо закрепила, что гражданское законодательство регулирует отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения). В ч. 2 ст. 31 Федерального закона «Об акционерных обществах» Российской Федерации раскрывается их содержание: акционеры – владельцы обыкновенных акций общества могут в соответствии с настоящим Федеральным законом и уставом общества участвовать в общем собрании акционеров с правом голоса по всем вопросам его компетенции, а также имеют право на получение дивидендов, а в случае ликвидации общества – право на получение части его имущества. Таким образом, корпоративные отношения являются нормативно закрепленным предметом регулирования гражданского законодательства Российской Федерации и определяются как участие в корпоративных организациях или управление ими. При этом имеется четкое представление о последних. В европейском континентальном праве традиционным является деление юридических лиц на корпорации и учреждения. Корпорации представляют собой добровольные объединения физических и (или) юридических лиц, организованные на началах членства их участников (акционерные и другие общества и товарищества, кооперативы, общественные объединения и т.д.)<sup>12</sup>.

Тем не менее в современной юридической литературе вопрос определения корпоративных прав остается дискуссионным. Это связано с тем, что одни ученые видят корпоративное право как универсальное единство определенных возможностей, то есть как симбиоз прав имущественного и неимущественного характера<sup>13</sup>. Вследствие такого понимания корпоративные права состоят из нескольких более

мелких прав, которые стало общепринято разделять на две составляющие – имущественные и неимущественные. Последние по своей сути существенно отличаются от тех личных неимущественных прав, которые обычно характеризуются как неотделимые от лица, не имеющие имущественного содержания и т.д. Неимущественные права участников хозяйственных обществ являются организационными правами<sup>14</sup>. Эти «составляющие» корпоративных прав непосредственно и тесно связаны между собой и из них собственно и состоят права участников хозяйственных обществ. Они взаимосвязаны и взаимообусловлены<sup>15</sup>. То есть корпоративные права являются единым целым, состоящим из имущественных и организационных прав. В.А. Васильева акцентирует внимание на том, что корпоративное право по своей сути – это сложная категория, которая образовалась из ряда имущественно-организационных субъективных прав (полномочий) участников (учредителей) юридических лиц<sup>16</sup>.

Другие ученые настаивают на том, что существует множественность корпоративных прав, принадлежащих каждому субъекту. Такую позицию поддерживают И.Б. Саракун<sup>17</sup> и В.М. Кравчук<sup>18</sup>. По мнению последнего, корпоративное право является системой «элементарных» корпоративных прав. С.С. Кравченко отмечает, что каждое элементарное корпоративное право, хотя и обусловлено связью с корпоративными правами и зависимостью от них, однако имеет свой механизм реализации<sup>19</sup>.

Считаем необходимым поддержать точку зрения тех ученых, которые рассматривают

<sup>14</sup> Считаем целесообразным употреблять понятие «организационные права» во избежание противоречий с понятием личных неимущественных прав, поскольку последние существенно отличаются от организационных корпоративных прав.

<sup>15</sup> Гражданский кодекс Украины: научно-практический комментарий (объяснение, толкование, рекомендации с использованием позиций высших судебных инстанций, Министерства юстиции, ученых, специалистов). – Т. 3: Юридическое лицо / под ред. проф. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Серия «Комментарии и аналитика». Х.: ФО-П Колесник А.А., 2009. С. 364.

<sup>16</sup> Корпоративное право Украины: учеб. / В. В. Луць, В. А. Васильева, Е. Р. Кибенко, И. В. Спасибо-Фатеева, под общ. ред. В. В. Луця. М.: Юридическая литература, 2010. С. 160.

<sup>17</sup> Саракун И. Б. Осуществление корпоративных прав участниками (учредителями) хозяйственных обществ (гражданско-правовой аспект): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Киев, 2008. С. 3.

<sup>18</sup> Кравчук В. М. Прекращение корпоративных правоотношений в хозяйственных обществах: монография. М.: Край, 2009. С. 47.

<sup>19</sup> Кравченко С.С. Указ.соч. С. 37.

<sup>11</sup> Гражданский кодекс Украины: научно-практический комментарий (объяснение, толкование, рекомендации с использованием позиций высших судебных инстанций, Министерства юстиции, ученых, специалистов). – Т. 1: Общие положения / под ред. проф. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Серия «Комментарии и аналитика». Х.: ФО-П Колесник А.А., 2010. С. 16.

<sup>12</sup> Российское гражданское право: учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. С. 180.

<sup>13</sup> Кравченко С. С. Юридическая природа прав участников хозяйственных обществ: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 18.



корпоративное право как единое целое, которое имеет своим содержанием имущественные и неимущественные (организационные) составляющие. Такая позиция согласуется и с ч. 1 ст. 100 ГК Украины, содержащей запрет на отдельную передачу другому лицу права участия в обществе.

Отсюда следует анализ возможности отказа от права участия в обществе, поскольку неотчуждаемыми есть все те права, от которых лицо не может отречься. И наоборот, права, от которых лицо может отречься, являются отчуждаемыми<sup>20</sup>. Итак, если закон содержит запрет на *отдельную* передачу права участия в обществе другому лицу, соответственно лицо не может и отказаться от этого права. Тогда может ли участник передать или отказаться от права участия в обществе не в качестве отдельного правомочия? Из нормы ст. 100 ГК Украины следует, что может, иначе не было бы необходимости устанавливать запрет на *отдельную* передачу этого права. Вместе с тем, если есть возможность отказаться не от отдельного права на участие, то возникает вопрос о том, наряду (в комплексе) с какими правами возможна передача или отказ от права участия? Думается, что это возможно только в совокупности с имущественными правами, поскольку именно они являются второй составляющей корпоративных прав.

Общепринято считать содержанием имущественных и организационных прав участников хозяйственных обществ те полномочия, которые предоставляют участнику эти права. Так, имущественные права состоят из: права на получение части прибыли (дивидендов) от деятельности общества и активов в случае ликвидации последнего в соответствии с законом; преимущественных прав на приобретение отчуждаемых долей другими участниками или акций частного АО, права требования проведения расчетов при выходе из общества или выкупа акций и др. Организационными – право на участие субъектов корпоративных прав в управлении хозяйственным обществом, на информацию о его деятельности и другие правомочия, предусмотренные законом и учредительными документами.

В связи с разделением мнений ученых о сущности корпоративных прав возникает вопрос, что именно будет предметом отказа: корпоративные права как целое, или отдельные его составляющие – имущественные или организационные права / правомочия? В ГК Украины и ГК РФ прямого ответа на этот вопрос не

содержится. Однако в некоторых статьях этих кодексов установлен запрет на отказ от определенных корпоративных прав. Например, в соответствии с ч. 3 ст. 121 ГК Украины и ч. 3 ст. 71 ГК РФ каждый участник общества (товарищества) независимо от того, уполномочен ли он вести дела общества (товарищества), вправе знакомиться со всей документацией по ведению дел общества (товарищества). Отказ от этого права или его ограничение, в том числе по соглашению участников общества (товарищества), является ничтожным. Таким образом, участник хозяйственного общества (товарищества) не может отказаться от такого организационного права, как право на информацию о деятельности общества (товарищества). Согласно ч. 2 ст. 126 ГК Украины отказ от права выйти из общества ничтожен; ч. 2 ст. 77 ГК РФ соглашение между участниками товарищества об отказе от права выйти из товарищества ничтожно. Нормы этих статей, наоборот, не позволяют ограничивать право участника на выход из общества (товарищества), т.е. имущественное корпоративное право.

Частью 3 ст. 7 Закона Украины «Об акционерных обществах», а также абз. 6 ч. 3 ст. 7 Федерального закона «Об акционерных обществах» Российской Федерации предусматривается право акционеров на отказ от реализации своего преимущественного права на покупку акций. Законодатель относительно преимущественных прав акционеров закрепил такую конструкцию, как отказ от их реализации, поскольку само по себе право акционера на покупку акций является долговременным. Иными словами, акционер (акционеры) могут отказаться от реализации своего права в конкретном случае. При иных обстоятельствах, т.е. в случае последующей продажи акций акционером частного общества каждый акционер имеет право воспользоваться своим преимущественным правом или вновь отказаться от его реализации. Кроме того, Федеральный закон о «Хозяйственных партнерствах» предоставляет право отказа от преимущественного права покупки доли не только всем участникам партнерства, но и его отдельным участникам, а также самому партнерству (ч. 6 ст. 15).

В абз. 2 ст. 55 Закона Украины «О хозяйственных обществах» предусмотрено право на отказ правопреемника (наследника) от вступления в общество с ограниченной ответственностью или отказ общества в приеме в него правопреемника (наследника). Аналогичное право предоставляется абз. 5 ст. 69 этого же Закона правопреемникам участника полного общества.

Необходимо заметить, что к отказу от возникновения корпоративных прав принадле-

<sup>20</sup> Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права: шестое издание / Г.Ф. Шершеневич. С. – Петербург: изд. бр. Башмаковых, 1907. С. 76.



жит только право отказа правопреемника (наследника) от вступления в общество. Считаем, что правопреемник (наследник) не может непосредственно отказаться от корпоративных прав, поскольку последние не наследуются и не продаются (этому мешает их двойственная правовая природа). Они реализуются только в корпоративных правоотношениях. Продаются и наследуются право на долю в уставном капитале или на акции. Таким образом, правопреемник (наследник) может отказаться только от этого права, а потому — и от возникновения у него корпоративных прав.

Однако в науке существует и противоположная точка зрения. Некоторые ученые считают, что корпоративное право может выступать и объектом наследственных прав, и купли-продажи<sup>21</sup>. Представляется, что эта точка зрения неприемлема, поскольку объектом наследования и продажи является право на долю в уставном капитале или соответственно на акции. Так, согласно ч. 1 ст. 147 ГК Украины участник общества с ограниченной ответственностью имеет право продать или иным образом уступить свою долю (ее часть) в уставном капитале одному или нескольким участникам этого общества. Аналогичное правило закреплено в ч. 1 ст. 93 ГК РФ.

Что касается отказа общества в принятии правопреемника, то это не означает отказа правопреемника (наследника) от возникновения у него корпоративного права, поскольку в случае отказа последнего от вступления в общество имеет место проявление его воли, тогда как отказ общества в принятии правопреемника не зависит от его воли.

Участник полного общества, которому были предоставлены полномочия на ведение дел общества, вправе отказаться от него (поручения). Согласно абз. 5 ст. 68 Закона Украины «О хозяйственных обществах» полномочия участника на ведение дел общества прекращаются полностью или частично в связи с отказом участника от поручения. Однако такой отказ не является отказом участника от управления полным обществом, поскольку в соответствии с ч. 1 ст. 121 ГК Украины управление деятельностью полного общества осуществляется по общему согласию всех участников. Таким образом, отказ от поручения нельзя рассматривать как отказ участника от такого организационного права, как участие в управлении обществом, поскольку полномочия на ведение дел является лишь составной частью последнего.

Из вышеприведенного следует, что в отличие от ГК Украины и ГК РФ, в некоторых нормах специальных законов непосредственно установлено право отказа от использования и возникновения отдельных имущественных корпоративных прав. Анализ действующего законодательства Украины и Российской Федерации позволяет сделать вывод, что законодателем предусматривается право отказа участника (учредителя) от использования и возникновения имущественных корпоративных прав. Что касается организационных корпоративных прав, то они не могут быть самостоятельным предметом отказа. Как отмечает И.В. Спасибо-Фатеева, имущественное право является оборотоспособным, и его отчуждение приводит к правопреемству нового участника, а личное неимущественное право участия не является таковым и его передача невозможна, оно возникает у лица, которое определенным образом приобрело у участника право на долю в уставном капитале. Как следствие, конструкция разделения имущественного и неимущественного права участников является искусственной<sup>22</sup>.

В науке гражданского права также нет единой точки зрения по вышеупомянутому вопросу. Одни ученые считают, что отказ от корпоративных прав, в частности, имеет место, когда участник хозяйственного общества сообщает о своем выходе из общества и не требует расчетов<sup>23</sup>. Другие<sup>24</sup> приводят в пример отказа от корпоративных прав ст. 166 ГК «Прекращение членства в производственном кооперативе и переход пая». Считаем необходимым поддержать первую точку зрения, поскольку именно при выходе участника из хозяйственного общества без требования с ним расчетов проявляется сущность отказа (от права участника общества на проведение расчета) – лишение себя определенного корпоративного права.

Однако в ч. 1 ст. 166 ГК Украины (ч. 1 ст. 111 ГК РФ) закреплено, что член производственного кооператива имеет право на выход из кооператива. В этом случае ему выплачивается стоимость пая или выдается имущество, пропорциональное размеру его пая, а также осуществляются выплаты, установленные уставом кооператива. Отказ члена кооператива от своего имущественного права в этой статье не предусмотрен, поскольку член кооператива не утрачивает его. Выход члена из кооператива не тождественен отказу от корпоративного права, т.к. он является одним из

<sup>22</sup> Гражданский кодекс Украины. Указ. соч. Т. 3. С. 366.

<sup>23</sup> Спасибо-Фатеева И. В. Указ. соч. С. 45.

<sup>24</sup> Боднар Т. В. Указ. соч. С. 24.

<sup>21</sup> Корпоративное право Украины /под общ. ред. В.В. Луца. М.: Юридическая литература, 2010. С. 162, 165.



способов прекращения членства в нем. Да и вообще вопрос о допустимости считать производственный кооператив корпорацией сам по себе спорен<sup>25</sup>.

Подводя итоги, необходимо отметить важность разграничения таких понятий, как отказ от использования преимущественного права

на покупку акций, отказ от возникновения корпоративных прав, который имеет место в случае отказа правопреемника (наследника) от вступления в общество, и отказ от корпоративного права, если участник выходит из хозяйственного общества без требования проведения с ним расчетов и др.

#### Библиография:

1. Боднар Т.В. Отказ как категория гражданского права: понятие и виды // Материалы международной научно-практической конференции, посвященной 175-летию Киевского национального университета имени Тараса Шевченко. М., 2009. С. 23–24.
2. Гражданский кодекс Украины: научно-практический комментарий (объяснение, толкование, рекомендации с использованием позиций высших судебных инстанций, Министерства юстиции, ученых, специалистов). – Т. 3: Юридическое лицо / под ред. проф. И.В. Спасибо-Фатеевой. – Серия «Комментарии и аналитика». М.: Страйд, 2009. – 736 с.
3. Корпоративное право Украины: учеб. / В.В. Луць, В.А. Васильева, Е.Р. Кибенко, И.В. Спасибо-Фатеева, под общ. ред. В.В. Луця. М.: Юридическая литература, 2010. – 384 с.
4. Кравченко С.С. Юридическая природа прав участников хозяйственных обществ: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2007. – 213 с.
5. Кравчук В.М. Прекращение корпоративных правоотношений в хозяйственных обществах: монография. М.: Край, 2009. – 464 с.
6. Саракун И.Б. Осуществление корпоративных прав участниками (учредителями) хозяйственных обществ (гражданско-правовой аспект): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Киев, 2008. – 21 с.
7. Спасибо-Фатеева И.В. Категория отказа в гражданском праве Украины // Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика / под ред. А.Г. Диденко. Алматы: Раритет, Ин-т правовых исследований и анализа, 2010. Вып. 36. С. 42–58.
8. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права: шестое издание / Г.Ф. Шершеневич. – С. – Петербург: изд. бр. Башмаковых, 1907. – 799 с.

#### References:

1. Bodnar T.V. Otkaz kak kategoriya grazhdanskogo prava: ponyatie i vidy // Materialy mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii, posvyashchennoi 175-letiyu Kievskogo natsional'nogo universiteta imeni Tarasa Shevchenko. M., 2009. S. 23–24.
2. Grazhdanskii kodeks Ukrainy: nauchno-prakticheskii kommentarii (ob'yasnenie, tolkovanie, rekomendatsii s ispol'zovaniem pozitsii vysshikh sudebnykh instantsii, Ministerstva yustitsii, uchenykh, spetsialistov). – T. 3: Yuridicheskoe litso / Pod red. prof. I.V. Spasibo-Fateevoi. – Seriya «Kommentarii i analitika». M.: Straid, 2009. – 736 s.
3. Korporativnoe pravo Ukrainy: ucheb. / V.V. Luts', V.A. Vasil'eva, E.R. Kibenko, I.V. Spasibo-Fateeva, pod obshch. red. V.V. Lutsya. M.: Yuridicheskaya literatura, 2010. – 384 s.
4. Kravchenko S.S. Yuridicheskaya priroda prav uchastnikov khozyaistvennykh obshchestv: diss. ... kand. yurid. nauk. M., 2007. – 213 s.
5. Kravchuk V.M. Prekrashchenie korporativnykh pravootnoshenii v khozyaistvennykh obshchestvakh: monografiya. M.: Krai, 2009. – 464 s.
6. Sarakun I.B. Osushchestvlenie korporativnykh prav uchastnikami (uchreditelyami) khozyaistvennykh obshchestv (grazhdansko-pravovoi aspekt): avtoref. diss. ... kand. yurid. nauk. Kiev, 2008. – 21 s.
7. Spasibo-Fateeva I.V. Kategoriya otkaza v grazhdanskom prave Ukrainy // Grazhdanskoe zakonodatel'stvo: Stat'i. Kommentarii. Praktika / pod red. A.G. Didenko. Almaty: Raritet, In-t pravovykh issledovaniy i analiza, 2010. Vyp. 36. S. 42–58.
8. Shershenevich G.F. Uchebnik russkogo grazhdanskogo prava: shestoe izdanie / G.F. Shershenevich. – S. – Peterburg: izd. br. Bashmakovykh, 1907. – 799 s.

Материал поступил в редакцию 4 декабря 2013 г.

<sup>25</sup> Гражданский кодекс Украины. Указ. соч. Т. 3. С. 337.



# ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО ИНВЕСТИЦИОННЫМ ДОГОВОРАМ В СТРОИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

**Аннотация:** В статье анализируются проблемные аспекты исполнения инвестиционных договоров в строительной деятельности; выделено две группы проблем: связанные с экономическими реалиями и с юридическим содержанием инвестиционного проекта и добросовестностью исполнения обязательств сторонами. Вносится предложение включить в Закон об инвестиционной деятельности правила защиты прав инвестора и других участников инвестиционной деятельности, среди которых предусмотреть право на обращение в суд без соблюдения претензионного порядка, право на установленную нормой закона компенсацию в пользу пострадавшей от ненадлежащего исполнения стороны, правила осуществления контроля инвестором за ходом реализации инвестиционного проекта, заказчиком – за ходом исполнения обязательств подрядчиком, подрядчиком – за исполнением взаимных обязательств, в том числе с участием публично-правовых образований. Кроме того, автор предлагает принять меры к внесению участниками инвестиционного проекта сумм в размере 10% цены договора в обеспечение исполнения обязательств.

**Ключевые слова:** строительство, инвестор, исполнение обязательства, девелоперская деятельность, реконструкция, подрядчик, пострадавшая сторона, инвестиционный договор, правила защиты прав, компенсация.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10608

Вопросы повышения инвестиционной привлекательности российских регионов, улучшения инвестиционного климата в целом, упрощения административных процедур, связанных с возведением или реконструкцией объектов недвижимости, тесно сопряжены с практикой исполнения уже реализующихся инвестиционных проектов.

В законодательстве России содержится лишь общая норма, согласно которой отношения между инвестором и заказчиком строительства определяются договором (п. 1 ст. 8 ФЗ «Об инвестиционной деятельности»), однако сложившийся механизм применения этого правила чрезвычайно разнообразен и неоднократно изменялся, что позволило отдельным недобросовестным застройщикам и подрядчикам не только не выполнить принятые обязательства, но и избежать какой бы то ни было ответственности (по некоторым данным, общее количество граждан России, пострадавших от различных нарушений, допущенных при заключении договоров в строительной

сфере, превышает 150 тыс. человек<sup>1</sup>, а учет инвесторов-юридических лиц, ставших участниками проектов, оставшихся нереализованными, в современный период вообще не ведется). Иностранные инвесторы, в свою очередь, традиционно видят в России рынок с высокой прибылью, однако в мировых рейтингах инвестиционной привлекательности наша страна занимает крайне невысокие позиции наряду с такими странами, как Египет, Пакистан или Непал. Причин для этого несколько. Во-первых, сложившаяся практика показывает, что большая часть строящихся объектов возводится в рамках деятельности частных застройщиков. Так, по данным федеральной целевой программы «Жилище» на 2002-2010 годы<sup>2</sup>, утвержден-

<sup>1</sup> В центре столицы митинговали обманутые дольщики Подмосквья [электронный ресурс] URL [http://www.gazeta.ru/news/social/2012/02/25/n\\_2217837.shtml](http://www.gazeta.ru/news/social/2012/02/25/n_2217837.shtml) (дата обращения: 29.10.2013)

<sup>2</sup> Федеральная целевая программа «Жилище» на 2002–2010 годы : утв. Пост. Правительства РФ от 17.09.2001 № 675 // Рос. газ. 2001. 26 сент.

© Ляхова Мария Александровна

\* Аспирантка кафедры предпринимательского права, Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА) [mlv789@gmail.com]

115035, Россия, г. Москва, ул. Садовническая, д. 82, стр. 2.



ной Постановлением Правительства РФ от 17 сентября 2001 г. № 765, основную роль в жилищном строительстве в России играют индивидуальные (частные) застройщики, доля которых в общем объеме жилищного строительства составляет 71,3%. Совершенствование правового регулирования деятельности застройщиков по привлечению денежных средств граждан-участников долевого строительства было включено в перечень важнейших направлений этой программы. В то же время договор долевого участия в строительстве, как уже отмечалось выше, не может в полном объеме рассматриваться как инвестиционный, и правила его заключения и исполнения установлены не Законом об инвестиционной деятельности, а самостоятельным нормативным правовым актом: Законом «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ. Во-вторых, невзирая на предпринимательскую природу инвестиционных договоров в строительной деятельности, в рамках их успешной реализации, очень многое зависит от публично-правового спектра взаимоотношений: не говоря уже о сложностях установления определенного правового режима земельного участка, на котором будет возводиться объект недвижимости, непосредственно для строительства необходимо получить множество различных согласований (так, по данным, отраженным в субнациональном докладе «Ведение бизнеса в России-2009», подготовленном Группой организаций Всемирного банка, для согласования строительства склада в Москве требовалось самое большое количество согласований в мире – 54, на их получение уходило в среднем 704 дня, и эти процедуры требовали взаимодействия застройщика с 21 государственным органом<sup>3</sup>). В-третьих, хотя в большинстве российских регионов (в 73) приняты специальные нормативные правовые акты, в том числе устанавливающие льготы для инвесторов, они не обеспечивают государственной поддержки со стороны государства в сфере создания объектов инфраструктуры. Согласно п. 6 ст. 2 ГрК РФ, ответственность за обеспечение благоприятных условий жизнедеятельности несут органы государственной власти и местного самоуправления. При этом если темпы жилищного и коммерческого строительства определяются финансовыми возможностями

частных инвесторов и уровнем спроса, то развитие инфраструктуры, за которую отвечают муниципалитеты и органы власти субъектов РФ, – возможностями соответствующих бюджетов, которые неограниченны.

Общие положения об исполнении обязательств, установленные в ст. 309 ГК, – исполнение надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства, требованиями закона и иных правовых актов, а при их отсутствии – в соответствии с обычаями делового оборота или обычно предъявляемыми требованиями, в полном объеме применимы к инвестиционным договорам в сфере строительства. Исполнение обязательств и обеспечение исполнения обязательств осуществляются на основании положений гл. 22–23 ГК, которые применяются к любому договору независимо от его конкретного вида и предмета, при этом в Разделе IV ГК предусматриваются дополнительные гарантии надлежащего исполнения отдельных обязательств (например, применительно к строительному подряду это правила, установленные ст. 748 ГК, о контроле и надзоре заказчика за выполнением работ). Сложность исполнения обязательств по инвестиционным договорам в строительстве может быть в связи с этим оценена по двум уровням: техническому и правовому. Технический уровень, на наш взгляд, связывается с длительным характером строительной деятельности, установлением определенных ее этапов, обеспечением специальных требований безопасности, методикой строительства как технологического процесса. Правовой уровень может быть рассмотрен, исходя из общих положений, дополненных спецификой заключенных договорных обязательств. Как отмечает И.Ю. Шумейко, правовая природа исполнения обязательства зависит от характера его исполнения: в виде совершения действий или в виде воздержания от определенных действий<sup>4</sup>. В.В. Кулаков указывает, что обязательство, как правило, проходит в своем развитии две стадии – возникновения и исполнения: на первой стадии оно в качестве элементов включает в себя: 1) стороны – лиц, которые на основании соответствующего юридического факта обладают субъективными правами или юридическими обязанностями; 2) объекты, относительно которых права и обязанности устанавливаются. Права требования и юридические обязанности (возможные поведенческие акты) отражают связи между элементами обязательства и на второй стадии замещаются

<sup>3</sup> Ведение бизнеса в России – 2009: сравнение норм государственного регулирования в 10 городах России и 181 стране. Вашингтон, 2009. С. 10–11.

<sup>4</sup> Шумейко И.Ю. Проблемы исполнения обязательств в гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук. Ростов, 2011. С. 9.



актами их реализации<sup>5</sup>. Инвестиционные договоры в строительстве в силу их многосубъектного, как правило, состава, а также комплексного характера (в предмет договора может входить и условие о возведении здания, и условие об инфраструктуре) и непредсказуемого по ряду причин периода исполнения, а в ряде случаев – включения в перечень субъектов публично-правовых образований, требуют особого внимания к процедурам исполнения договорных обязательств.

Проблемы исполнения обязательств по инвестиционным договорам в строительной деятельности могут быть сгруппированы следующим образом. В первую группу мы предлагаем включить те из них, которые связаны с общими экономическими или законодательными реалиями: экономической стратегией, избранной инвестором, подрядчиком или другими участниками строительства, изменениями действующего законодательства, роли публично-правовых образований в сфере строительства. Во вторую группу – обстоятельства, связанные с юридическим содержанием инвестиционного проекта, добросовестностью исполнения обязательств, принятых на себя его сторонами, соблюдением установленных сроков строительства, незавершенным строительством. Следует отметить, что конкретный вид договора о возведении (реконструкции) здания, квалификация этого договора и количество участвующих в нем сторон не в большой степени определяют проблемы исполнения договорных обязательств. В связи с этим судебная практика, изученная в рамках настоящего исследования, касается как договоров об участии в долевом строительстве, так и инвестиционных договоров, в том числе с участием публично-правовых образований.

В первой группе проблем мы можем выделить четыре позиции разного правового или экономического профиля. Как отмечает А.Б. Хоменко, создание, реконструкция и эксплуатация объектов недвижимости является разновидностью предпринимательской деятельности, осуществляемой в частноправовом, дозволенном режиме, но при этом осуществляется с учетом императивных норм, сформулированных в градостроительном, жилищном, экологическом, земельном законодательстве, т.е. с учетом публично-правовых установлений государства<sup>6</sup>. В связи с этим на

процедуру исполнения обязательств влияют как экономические, так и юридические и административные механизмы, созданные в государстве. Имеющаяся судебная практика изобилует примерами ненадлежащего исполнения обязательств при реализации проектов, юридически оформленных различным образом.

Во-первых, вследствие неправильных экономических расчетов и общих последствий кризисных явлений в экономике во многих инвестиционных проектах имеет место перемена лиц в обязательстве. Высокий общественный резонанс, например, получило так называемое «дело Полонского»: с 2002 г. в Москве реализовывался инвестиционный проект «Кутузовская миля», одним из соинвесторов по которому выступало ООО «Аванта», входящее в корпорацию «Миракс-групп», с 2009 г. стройка была фактически заморожена из-за финансовых проблем, а в 2010 г. Правительство Москвы расторгло инвестиционный контракт, после чего в отношении руководителя корпорации Полонского было возбуждено уголовное дело о мошенничестве, потерпевшими по которому признано более 90 человек. Основным застройщиком по данному проекту выступало ЗАО «ФЦСР», которое заявило о намерении завершить реализацию проекта самостоятельно. В октябре 2013 г. Правительством Москвы внесены изменения в постановление о комплексной реконструкции кварталов 1 и 2 Давыдково, обязывающие компанию ФЦСР завершить строительство корпусов 15, 16, 16А, 18-18А комплекса «Квартал Триумфальный» (бывшая «Кутузовская миля») до 31 декабря 2015 года. Перемена лиц в обязательстве законодательно урегулирована в положениях ГК РФ, однако в условиях строительной деятельности, требующей привлечения достаточно большого количества денежных средств, а в некоторых случаях – и издания специального правового акта органами государственной власти субъекта РФ, она может затянуться на фактически неопределенный срок. При этом если договор заключался на основании положений Закона № 214-ФЗ, участники строительства имеют в определенных рамках правовые возможности по защите их со стороны государства, то Закон № 39-ФЗ таких гарантий не содержит. Закон № 214-ФЗ, в частности, дополняет в ст. 12 общие правила исполнения обязательств посредством конкретизации времени (момент подписания документа о передаче объекта нового строительства) для застройщика и уплатой цены договора для участника долевого строительства (одновременно ст. 12 Закона и здесь называет момент подписания документа о передаче объекта нового строительства).

<sup>5</sup> Кулаков В.В. Сложные обязательства в гражданском праве. Дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 18.

<sup>6</sup> Хоменко А.Б. Гражданско-правовое регулирование инвестиций на строительство объектов предпринимательского назначения. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 11.



Во-вторых, примерно по сходным причинам, в некоторых ситуациях реализация проекта срывается из-за банкротства одного из его участников. Например, на месте снесенной московской гостиницы «Россия» предполагалось строить новый квартал, спроектированный иностранным архитектором. Вследствие банкротства инвестора строительство не было завершено, после нескольких лет полного невнимания к судьбе этого проекта в октябре 2013 г. Правительством Москвы было решено вместо строительства квартала создать место городского отдыха – парк с зелеными насаждениями и разнообразными развлечениями в современном стиле. В данном случае не представляется возможным оценить вероятность реализации нового проекта, но при этом отсутствует проблема возмещения убытков, а равно иные споры, вследствие чего ничто не препятствует его реализации.

В-третьих, в силу присутствия в строительной деятельности определенных публично-правовых начал, в ряде случаев при реализации инвестиционного проекта появляются некие новые условия, выдвигаемые органами государственной власти или местного самоуправления. Например, по одному из проектов, реализуемых в г. Балашиха Московской области, в 2005 г. городская администрация решила переложить строительство коммунальных сетей (в том числе дорогостоящего водозаборного узла) для всего города на фирму-застройщика этих микрорайонов, что и стало условием для выдачи разрешительной документации. Застройщик согласился, но получил эту документацию только через 6 лет, в августе 2011 г., когда графики застройки микрорайонов были сорваны, выплаты кредитов, полученных под строительство коммунальных сетей, просрочены, и застройщик оказался на грани банкротства.

В-четвертых, на примере проектов в строительной сфере, реализуемых на территории Москвы и области, видно, что некое негативное начало заложено в процедуре расширения административных границ г. Москвы. Например, в Щербинке (Московская область) длительное время существовал «городской долгострой», для решения проблемы которого в конечном итоге был найден новый застройщик, подписано четырехстороннее дополнительное соглашение об уступке прав и обязанностей по инвестиционному контракту с участием областных и городских властей, сформирован земельный участок, утверждена новая планировка микрорайона с учетом увеличения этажности недостроенных домов и проектированию дополнительных трех домов, выполнены инженерно-геологические и то-

пографические изыскания для их строительства. Но в дальнейшем было принято решение о вхождении Щербинки в границы города Москвы, после чего пересмотру подверглись все достигнутые ранее договоренности, и начало строительства снова отложилось на неопределенный срок. Расширение административных границ – специфически московская проблема, для решения которой условия на данный момент не созданы, вследствие чего реализация ряда коммерческих проектов, связанных со строительством, приостановлена.

Все четыре указанные проблемы не могут быть спрогнозированы на этапе заключения договора, даже если одной из его сторон выступает публично-правовое образование. Невозможно предложить и оптимальное их решение путем создания механизма защиты прав инвестора, хотя для долевого участия в строительстве предусмотрены, например, правила оценки финансовой устойчивости застройщика, нормативы которых утверждаются Правительством России (п. 4 ст. 23 закона № 214-ФЗ), а с 2013 г. – и ведение реестра граждан, чьи денежные средства привлечены для строительства многоквартирных домов и чьи права нарушены (п. 5.1 ст. 23 закона № 214-ФЗ). Для инвесторов, участвующих в строительстве на основании иных договорных конструкций, равноценной правовой защиты не предусматривается, вследствие чего для этой категории лиц фактически единственной (и не бесспорной) гарантией выглядит только оценка надежности капитальных вложений и выбор оптимального вида договора, заключаемого с застройщиком. Именно поэтому определенную популярность в современной России получила девелоперская деятельность, которая предполагает построение промежуточного звена между инвестором и застройщиком, которое принимает на себя обязательства организационного характера. Организационные функции, выполняемые фирмой-девелопером, предполагают, что инвестор избавляется от участия в проектировании объекта строительства, в оформлении разрешительной документации и иных административных процедурах, а подрядчик, осуществляющий возведение объекта строительства, получает грамотно сформулированное техническое задание, на основании которого исполняет возложенные на него обязательства. Для инвестора этот вариант представляется более затратным, но более надежным, чем взаимодействие с публично-правовыми образованиями и подрядчиком напрямую. В то же время действующее законодательство не содержит определения терминов «девелопер» и «девелоперская деятельность», хотя их появление могло бы привести к воз-



никновению новой модели инвестиционных правоотношений по схеме «инвестор – девелопер – застройщик (подрядчик, субподрядчик)». При определении правового режима этой модели было бы возможно разработать порядок реализации инвестиционных проектов с включением в него не только взаимных обязательств сторон, но и дополнительных гарантий исполнения этих обязательств. Одной из таких гарантий могло бы стать установление обязанностей девелопера производить оценку финансовой устойчивости инвестора, контролировать исполнение принятых обязательств подрядчиком, производить расчеты с подрядчиком и приемку выполненных работ. С учетом существующих в законодательстве некоторых европейских стран (например Великобритании) определений fee-дewelперов и speculative девелперов, различие между которыми заключается в принятии или непринятии финансовых рисков, предлагаем следующие определения девелперской деятельности и девелперов:

- девелперская деятельность – вид предпринимательской деятельности, включающий в себя подготовку инвестиционного проекта, взаимодействие с публично-правовыми образованиями в части получения разрешения на строительство и других необходимых документов, координацию действий инвестора, застройщика, подрядчика и других участников строительства объекта (объектов) недвижимости, юридическое сопровождение реализации инвестиционного проекта;
- девелпер – субъект предпринимательской деятельности, получивший в установленном порядке специальное разрешение (лицензию) на осуществление девелперской деятельности, являющийся членом саморегулируемой девелперской организации;
- саморегулируемая девелперская организация – некоммерческая организация, основанная на членстве, созданная в порядке, предусмотренном Федеральным законом «О саморегулируемых организациях», объединяющая субъектов предпринимательской деятельности, имеющих специальное разрешение (лицензию) на осуществление девелперской деятельности.

Появление этих понятий в российском гражданском законодательстве, на наш взгляд, позволит:

- публично-правовым образованиям: выдавать специальные разрешения на осуществление девелперской деятельности, контролировать соблюдение лицензион-

ных требований и условий, отзываться или приостанавливать действие лицензии;

- саморегулируемым организациям: устанавливать единые требования и стандарты девелперской деятельности, создать специальный фонд, из которого могут быть возмещены убытки участникам инвестиционного проекта (инвесторам, застройщикам, подрядчикам), проверять добросовестность исполнения принятых обязательств и принимать меры к недобросовестным девелперам;
- инвесторам: получить определенные гарантии строительства объекта при осуществлении инвестирования, полностью избежать участия в административных процедурах, получить гарантии возмещения убытков;
- подрядчикам: получить техническое задание, которое не будет изменяться, возложить на девелопера функции по взаимодействию с инвестором;
- девелперам: получить правовую основу деятельности, установленную федеральным законом, окончательно разграничить инвестиционные и иные правоотношения в строительстве, создать и постепенно апробировать механизм минимизации сроков согласования, начала и реализации инвестиционного проекта.

Вторая группа проблем, связанных с исполнением инвестиционных договоров в строительной деятельности, может быть, на наш взгляд, представлена следующими позициями.

Во-первых, это существенные условия договора, определяемые его конкретным видом. В силу правовых позиций, изложенных в Постановлении Пленума ВАС № 54 от 11 июля 2011 г., в современный период предлагаются следующие модели инвестиционных правоотношений: договор купли-продажи будущей вещи, договор простого товарищества, а косвенно – и договор участия в долевом строительстве, в составе существенных условий которых инвестор может предусмотреть правовые гарантии исполнения обязательств. На практике в инвестиционных договорах в сфере строительства используется определение существенных нарушений условий договора, например: к существенным нарушениям условий Договора относятся: 1) существенное отклонение любой из Сторон от основных технических параметров и объемов финансирования (отклонение значения указанных показателей более чем на 10 %); 2) несоблюдение сроков реализации этапов Инвестиционного проекта вследствие неисполнения или нарушения условий договора одной из сторон. При проведении интервьюирования практических работников



все опрошенные подтвердили, что используют определение существенных нарушений условий договора как своеобразной гарантии его исполнения.

Во-вторых, это добросовестность исполнения принятых на себя договорных обязательств. Как указывают М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, исполнение прекращает обязательство, если оно является надлежащим: совершено надлежащим лицом, надлежащему лицу, надлежащим способом, в надлежащем месте, надлежащим предметом и в надлежащее время<sup>7</sup>. Надлежащее исполнение свидетельствует о добросовестности стороны, однако в сфере строительства оно тесно связано с процедурой ввода объекта в эксплуатацию, носящего публично-правовой характер. В связи с этим в ряде инвестиционных договоров условие об обстоятельствах непреодолимой силы формулируется следующим образом: сторона освобождается от ответственности за частичное или полное неисполнение обязательств, если докажет, что это неисполнение явилось следствием обстоятельств непреодолимой силы (форс-мажор) либо их последствий, т.е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств (стихийные явления, землетрясения, наводнения, военные действия, эпидемии, забастовки и т.д.), а также так называемого административного форс-мажора – запретительных мер государственных и органов местного самоуправления, либо установления другого моратория, на которые Сторона не могла повлиять и предотвратить разумными мерами, требующимися по характеру обстоятельств и/или условиями Договора.

В-третьих, положения инвестиционного договора о соблюдении сроков строительства также могут быть рассмотрены в режиме проблем надлежащего исполнения. Данная проблема консолидируется с рассмотренными нами в первой группе аспектами взаимодействия между инвестором (застройщиком, девелопером) с публично-правовыми образованиями (следует упомянуть, что некоторые авторы, отрицавшие гражданско-правовую природу инвестиционных соглашений и склонявшиеся к приоритету административно-правового регулирования в данной сфере<sup>8</sup>, делали вывод о возможностях публично-правовых образований упорядочивать соблюдение сроков строительства посредством ведения реестров инвестиционной деятельности и контроля состояния объекта

недвижимости, предоставленного для строительства или реконструкции<sup>9</sup>).

В-четвертых, следует упомянуть и о незавершенном строительстве, когда фактически работы по возведению здания приостановлены, сроки, предусмотренные договором, истекли, возведенная часть здания не может использоваться инвестором. Практика ВАС РФ сводится к констатации неисполнения обязательства застройщиком и отсутствия у истца (инвестора, участника долевого строительства) права предъявлять вещно-правовой иск о признании права собственности. Так, в Определении от 27 декабря 2012 г. ВАС № 17157/12 такая позиция сформулирована по делу о признании права собственности на долю в объекте незавершенного строительства жилого дома в виде нежилого помещения, а также права общей долевой собственности на земельные участки<sup>10</sup>; в Определении от 19 марта 2012 г. ВАС № 2430/12 – по делу о признании права собственности на долю в незавершенном строительстве жилым доме (в частности, Коллегия судей ВАС указала, что положения законодательства об инвестициях не могут быть истолкованы в смысле наделения лиц, финансирующих строительство недвижимости, правом собственности на возводимое за их счет недвижимое имущество)<sup>11</sup>. Указанные правовые позиции сформулированы на основе положений гражданского законодательства России, но при этом они не создают ясности для пострадавших инвесторов, каким образом они могут минимизировать понесенные финансовые потери. По существу, вследствие указанных правовых позиций сложилась ситуация, когда для инвестора, вложившего средства в строительство объекта, который по различным причинам не был возведен, потеря вложенных средств является финансовым риском, вытекающим из сущности предпринимательской деятельности, который никак не компенсируется.

Способов решения проблем, возникших при исполнении инвестиционного договора в строительной деятельности, существует три: расторжение договора, применение способов обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных ГК РФ, применение положений об ответственности, предусмотренных условиями договора или законом. Например, расторгая контракт на реализацию инвестиционного

<sup>7</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. М., 1997. С. 360.

<sup>8</sup> Мозолин В.П. Право США и экспансия американских корпораций. М., 1974. С. 98.

<sup>9</sup> Административно-правовое регулирование отношений, связанных с исполнением инвестиционных обязательств [электронный ресурс] URL <http://www.juryev.ru/publikacii/korporativnoe-pravo/173-investionnyhe-obazatelstva> (дата обращения: 30.10.2013)

<sup>10</sup> Определение ВАС по делу № А 06-5493/2010.

<sup>11</sup> Определение ВАС по делу № А 40-150035/10-60-941.



проекта, заключенный между некоммерческой организацией, Департаментом имущества г. Москвы и префектурой административного округа г. Москвы, суд исходил из нарушения ответчиком существенных условий договора, а именно: на протяжении более пяти лет после окончания предполагаемого срока сдачи объект так и не реконструирован и не был сдан в эксплуатацию, вследствие чего администрация лишилась того результата, на который рассчитывала при заключении контракта. В то же время, как указала кассационная инстанция, суд не проверил довода ответчика (некоммерческой организации) о невозможности исполнения обязательств по контракту в связи с отрицанием истцами (публично-правовыми образованиями) факта заключения контракта, по делу не дана оценка доводам ответчика о неисполнении истцами обязательств по оказанию ответчику содействия в реализации проекта и оформлению прав на земельный участок, не исследованы обстоятельства возможности исполнения ответчиком договора в связи с незаконным бездействием государственных органов, необоснованным отказом земельного комитета в заключении договора аренды<sup>12</sup>. В другом случае решением Арбитражного суда г. Москвы установлено, что между истцом и ответчиком был заключен инвестиционный договор, согласно которому ответчик обязался построить жилой дом, а истец – произвести оплату строительства. Дом построен не был; при этом в договоре было предусмотрено, что при нарушении ответчиком срока получения разрешения на ввод дома в эксплуатацию ответчик уплачивает истцу неустойку (пени) в размере 0,1% от суммы инвестиций по Договору за каждый день просрочки. Поскольку договор не был расторгнут или изменен сторонами, суд взыскал с ответчика (подрядчика) неустойку, отвергнув довод ответчика о смешанном характере договора (строительный подряд/простое товарищество) и непреодолимой силе, связанной с непрогнозируемым увеличением сметной стоимости строительства и сроков сдачи объекта<sup>13</sup>.

Вышеперечисленные проблемы, так же как и проблемы первой группы, зачастую не могут быть спрогнозированы на этапе заключения договора, однако в связи с длительным, как правило, процессом исполнения, наличием наглядной возможности у заинтересованных лиц хотя бы дистанционно наблюдать

за ходом строительства и использовать правовой механизм понуждения к исполнению обязательств, следует признать, что они в большей степени разрешимы правовым путем, в том числе в претензионном и судебном порядке. Минимизация их возможна посредством установления в норме закона, подобно тому, как это сделано в Законе № 214-ФЗ, правил о мониторинге строительства, о возможных санкциях, применимых к соинвестору, застройщику, другим участникам инвестиционного проекта.

Вышеизложенное позволяет сделать следующие выводы:

1. Определенную популярность в современной России получила девелоперская деятельность, которая предполагает построение промежуточного звена между инвестором и застройщиком, которое принимает на себя обязательства организационного характера. Организационные функции, выполняемые фирмой-девелопером, предполагают, что инвестор избавляется от участия в проектировании объекта строительства, в оформлении разрешительной документации и иных административных процедурах, а подрядчик, осуществляющий возведение объекта строительства, получает грамотно сформулированное техническое задание, на основании которого исполняет возложенные на него обязательства.
2. В целях оптимизации положений об ответственности за неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательств по инвестиционным договорам в строительстве уместно предпринять комплекс законодательных и практических мероприятий:
  - 1) Законодательный уровень:
    - внести положения в градостроительное и административное законодательство РФ и г. Москвы о последствиях просрочки оказания государственных (муниципальных) услуг, подразумевающих выплату заказчику услуг определенной законом компенсации, а в некоторых случаях – и фактически понесенных расходов или упущенной выгоды, компенсации за срыв начала строительства, а также административную ответственность за ненадлежащее оказание государственных услуг, имеющих отношение к сфере строительства;
    - в целях понуждения сторон договора к добросовестному и надлежащему исполнению обязательств включить в ст. 400 ГК п. 1.1, в соответствии с которым запретить установление ограниченной ответственности по инвестиционным соглашениям;

<sup>12</sup> Постановление ФАС Московского округа по делу № А 40-26819/03-53-248.

<sup>13</sup> Решение Арбитражного суда г. Москвы по делу № А 40-1628/08-50-24.



- в Закон об инвестиционной деятельности включить понятие инвестиционного соглашения и его формах, определенных на основании и с учетом правовых позиций ВАС РФ;
  - в Закон об инвестиционной деятельности включить правила защиты прав инвестора и других участников инвестиционной деятельности, среди которых предусмотреть: 1) право на обращение в суд без соблюдения претензионного порядка; 2) право на установленную нормой закона компенсацию в пользу пострадавшей от ненадлежащего исполнения стороны; 3) правила осуществления контроля инвестором за ходом реализации инвестиционного проекта, заказчиком – за ходом исполнения обязательств подрядчиком, подрядчиком – за исполнением взаимных обязательств, в том числе с участием публично-правовых образований.
- 2) Практический уровень:
- разработать типовой инвестиционный контракт с указанием возможных рисков неисполнения обязательств с указанием размеров санкций, взыскиваемых в каждом конкретном случае. Это может быть положено в основу конкретных инвестиционных проектов, заключаемых в том числе с участием публично-правовых образований;
  - принять меры к внесению участниками инвестиционного проекта сумм в размере до 10% цены договора в обеспечение исполнения обязательств. Это может быть использовано в качестве обычая делового оборота в сфере строительной деятельности, поскольку на сегодняшний день ее инвестиционный характер связан с многосубъектным составом участников договорных отношений.

#### Библиография:

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. – М., 1997. – 848 с.
2. Кулаков В.В. Сложные обязательства в гражданском праве. Дисс. ... д-ра юрид. наук. – М., 2011. – 418 с.
3. Мозолин В.П. Право США и экспансия американских корпораций. – М., 1974. – 283 с.
4. Хоменко А.Б. Гражданско-правовое регулирование инвестиций на строительство объектов предпринимательского назначения: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2007. – 211 с.
5. Шумейко И.Ю. Проблемы исполнения обязательств в гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Ростов, 2011. – 191 с.

#### References:

1. Braginskii M.I., Vitryanskii V.V. Dogovornoe pravo: obshchie polozheniya. – M., 1997. – 848 s.
2. Kulakov V.V. Slozhnye obyazatel'stva v grazhdanskom prave. Diss. ... d-ra yurid. nauk. – M., 2011. – 418 s.
3. Mozolin V.P. Pravo SShA i ekspansiya amerikanskikh korporatsii. – M., 1974. – 283 s.
4. Khomenko A.B. Grazhdansko-pravovoe regulirovanie investitsii na stroitel'stvo ob'ektov predprinimatel'skogo naznacheniya: diss. ... kand. yurid. nauk: 12.00.03.. – M., 2007. – 211 s.
5. Shumeiko I.Yu. Problemy ispolneniya obyazatel'stv v grazhdanskom prave: diss. ... kand. yurid. nauk: 12.00.03. – Rostov, 2011. – 191 s.

*Материал поступил в редакцию 30 декабря 2013 г.*



# ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ КВАЛИФИКАЦИИ ДЕРИВАТИВНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

**Аннотация:** В статье рассмотрены особенности правовой квалификации деривативных обязательств, вытекающих из сделок с деривативами по европейскому законодательству или производными финансовыми инструментами – по российскому. Статья доказывает, что деривативный договор представляет собой непоименованный предпринимательский договор *sui generis*, заключаемый с целью получения прибыли или хеджирования предпринимательских рисков, цена которого зависит от размера цены базового актива на реальном рынке. В отличие от меновых договоров, деривативный договор не обеспечивает право сторон договора на гарантированное получение встречного предоставления или его эквивалентно-возмездный характер. Неопределенность получения встречного предоставления позволяет классифицировать деривативный договор в качестве особой разновидности алеаторных договоров, отличных от игр и пари. Проведены исследования с использованием сравнительно-правового и формально-юридического методов. Сравнению были подвергнуты правовые системы России и европейских стран в области законодательства о деривативах, при этом для поиска истины были проанализированы количественные и качественные стороны объекта, теоретические и эмпирические его характеристики. В теории права все гражданско-правовые договоры подразделяются на имущественные и организационные. Право на заключение договора имущественным не является, поскольку объектом данного права являются действия по заключению договора, а не имущество. Неимущественное право нельзя приобрести за определенную цену, поэтому вызывает сомнения правомерность определения опционного договора (опциона) как договора о возмездном предоставлении права заключить договор.

**Ключевые слова:** дериватив, сделка на разницу, рынок ценных бумаг, опцион, фьючерсный договор, форвардный договор, организационные торги, закон о бирже, договор *sui generis*,  *pactum in contrahendo*.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11530

Основным объектом изучения в договорном праве, в части деривативов, рассматриваемых по европейскому законодательству или производных финансовых инструментов, по российскому, является характер обязательств по деривативным договорам и их правовая природа. По сути, сделки по деривативным договорам не имеют четкой регламентации ни в Гражданском кодексе Российской Федерации, ни в специализированных федеральных законах, таких как Закон «О рынке ценных бумаг»<sup>1</sup> или Закон «Об организационных торгах»<sup>2</sup>. Лишь утративший свою силу с

1 января 2014 года Закон РФ «О товарных биржах и биржевой торговле»<sup>3</sup> описывал четкие критерии деривативных инструментов, в частности опциона и фьючерса.

Деривативный договор представляет собой непоименованный предпринимательский договор *sui generis*, заключаемый с целью получения прибыли или хеджирования предпринимательских рисков, цена которого зависит от размера цены базового актива на реальном рынке. Как уже указывалось, в отличие от меновых договоров, деривативный договор не обеспечивает право сторон договора на гарантированное получение встречного предоставления или его эквивалентно-возмездный характер. Неопределенность получения

<sup>1</sup> Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ (ред. от 28.12.2013) «О рынке ценных бумаг» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>2</sup> Федеральный закон от 21.11.2011 № 325-ФЗ (ред. от 21.12.2013) «Об организованных торгах» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>3</sup> Закон РФ от 20.02.1992 №2383-1 (ред. от 23.07.2013) «О товарных биржах и биржевой торговле» // СПС КонсультантПлюс.

© Греков Максим Николаевич

\* Аспирант кафедры предпринимательского права, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[9986118@mail.ru]

123317, Россия, г. Москва, Пресненская наб., д. 10С, ИК КИТ ТРАСТ (а/я 36).



встречного предоставления позволяет классифицировать деривативный договор в качестве особой разновидности алеаторных<sup>4</sup> договоров, отличных от игр и пари.

В теории права все гражданско-правовые договоры подразделяются на имущественные и организационные. К имущественным относятся все договоры, непосредственно оформляющие акты товарообмена их участников и направленные на передачу или получение имущества (материальных и иных благ). Организационные договоры направлены не на товарообмен, а на его организацию, т.е. на установление взаимосвязей участников будущего товарообмена<sup>5</sup>. Они подразделяются на предварительные, генеральные и многосторонние договоры. В силу предварительного договора его стороны обязуются заключить в будущем основной (имущественный) договор на условиях, установленных предварительным договором (п. 1 ст. 429 ГК)<sup>6</sup>. Такой договор – *actum in contrahendo* – был известен еще римскому праву. В дореволюционном российском праве его главной разновидностью был договор запродажи, по которому стороны обязывались в определенный ими срок заключить договор купли-продажи вещи, которой пока нет у продавца (например, будущего урожая) или в отношении которой продавец пока не имеет права собственности (например находящейся в составе перешедшего к нему недавно открывшегося наследства), либо вещи, временно обремененной правами иных лиц (в частности, находящейся в залоге)<sup>7</sup>. Действующее законодательство теперь непосредственно допускает заключение договора купли-продажи в отношении товара, который только будет создан или приобретен продавцом в будущем (п. 2 ст. 455 ГК), в связи с чем необходимость в традиционном договоре запродажи отпала. Однако при организации длительных (иногда многолетних) договорных взаимосвязей участников гражданского, прежде всего предпринимательского оборота, например, по систематическим поставкам крупных партий товара на определенных ими конкретных

условиях, заключение ими предварительных договоров становится весьма полезным и целесообразным. Правовой особенностью порождаемого деривативным договором деривативного обязательства является особый порядок его исполнения, который зависит от колебания стоимости базового актива в будущем и неизвестен сторонам на момент заключения договора<sup>8</sup>.

В частности, цена на базовый актив, сложившаяся к моменту исполнения обязательства, определяет:

- размер денежного обязательства (расчетный форвард, фьючерс);
- должника и кредитора в обязательстве (расчетный форвард и фьючерс);
- выбор способа исполнения (опцион).

В литературе существует точка зрения, согласно которой пари характеризуют как сделку, права и обязанности в которой наступают в зависимости от случая, т.е. как рискованные, или алеаторные, сделки<sup>9</sup>. С одной стороны, как при пари, так и при расчетных деривативах права и обязанности возникают при наступлении определенного условия, т.е. эти сделки являются условными. На расчетные деривативы, таким образом, распространяются нормы ст. 157 ГК об условных сделках. Теоретически это возможно, но, по мнению автора, утверждение, что расчетный дериватив одновременно является как рискованной, так и условной сделкой, явно приведет к противоречию и не позволит их разграничить. Нельзя отождествлять алеаторные и условные сделки, так как существуют принципиальные различия между меновыми сделками, совершенными под условием, и алеаторными. Конечно, можно согласиться с точкой зрения М.И. Брагинского<sup>10</sup>, который считает, что алеаторные сделки есть разновидность условных. Но только в том случае, если мы имеем в виду условные сделки в широком смысле этого слова. Ведь хотя рискованные сделки тоже заключены под условием, оно имеет несколько иное значение. Совершение деривативной сделки означает, что каждая из сторон получает имущественное право – право на получение потенциальной вариационной (или эквивалентной) маржи в случае, если не-

<sup>4</sup> Иванова Е.В. Договорные формы деривативов: некоторые аспекты правового регулирования // Закон. 2007. № 2. С. 125–135.

<sup>5</sup> Шевченко О.М. Правовое регулирование организованного рынка: анализ новаций российского законодательства // Бизнес и право за рубежом. 2012. Вып. 2. С. 66–68.

<sup>6</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 02.11.2013), далее по тексту ГК, Кодекс // СПС КонсультантПлюс.

<sup>7</sup> Подузова Е.Б. Некоторые виды организационного договора в гражданском праве // Юрист. 2013. № 6.

<sup>8</sup> Гражданское право: В 4 т. Обязательственное право (том 3) / под ред. Е.А. Суханова. Волтерс Клувер, 2008 (3-е издание, переработанное и дополненное).

<sup>9</sup> Иванова Е.В. Деривативы. Форвард, фьючерс, опцион, своп. Экономико-правовая квалификация. М.: Ось-89, 2007. С. 213.

<sup>10</sup> Договорное право Брагинский М.И., Витрянский В.В. Книга пятая. Том 2. Договоры о банковском вкладе, банковском счете; банковские расчеты. Конкурс, договоры об играх и пари. М., Проспект-80, 1998.



кая цена единицы базисного актива в установленный момент времени окажется выше или ниже ее цены, закрепленной при совершении деривативной сделки.

Согласно ст. 429 ГК РФ предварительным является договор, по которому стороны обязуются заключить в определенный срок основной договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг на условиях, предусмотренных предварительным договором. В предварительном договоре должны быть согласованы все существенные условия основного договора. Однако, как указывается в судебной практике, в том случае, когда в предварительном договоре предусмотрено, что условие о цене будет определено сторонами в основном договоре, такая запись должна рассматриваться арбитражным судом как достижение согласия сторон о включении в основной договор данного условия<sup>11</sup>. С представленной позицией трудно согласиться. В силу п. 1 ст. 429 ГК РФ по предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор на условиях, предусмотренных предварительным договором. Следовательно, именно условия, согласованные в предварительном договоре, будут включены в основной договор. Иначе возникает вопрос, как возможно заключить основной договор на условиях, предусмотренных в предварительном, если эти условия существенными условиями основного договора не являются, а лишь позволяют установить существенные условия основного договора. Представляется, ответ на данный вопрос должен быть отрицательным. Полагаю, что в самом предварительном договоре должны быть определены однозначным образом существенные условия основного договора. В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (п. 7.6 раздела V)<sup>12</sup> и в проекте Закона о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ (п. 3 ст. 429) предлагалось сократить перечень существенных условий предварительного договора, оставив только условие о предмете и те условия, относительно которых, по заявлению одной из сторон, должно быть достигнуто соглашение. Данное

предложение нашло свою поддержку в юридической литературе<sup>13</sup>.

Сделки на разницу являются алеаторными договорами, содержание которых состоит в уплате денежной суммы. Ее размер вычисляется исходя из дохода или убытка, который мог бы быть получен по срочной сделке, предусматривающей поставку товаров или ценных бумаг, после ликвидации обязательства по поставке или принятию. Для признания сделки игрой на разницу в качестве таковой не требуется, чтобы в договоре непосредственно оговаривалось исполнение в денежной форме путем уплаты ценовой разницы (явная сделка на разницу). Достаточно, чтобы присутствовала подлинная воля сторон на ее уплату, пусть и в скрытой форме (скрытая сделка на разницу). Результатом волеизъявления может быть молчаливое согласие сторон на уплату разницы. Поэтому довольно часто сделками на разницу признаются соглашения, которые замаскированы под поставочные сделки, но стороны которых в действительности договорились об исполнении путем уплаты ценовой разницы. Согласно общему правилу о притворных сделках при их правовой оценке следует исходить из того, какую (скрытую) сделку действительно намеревались совершить стороны, а не из того, какая сделка использовалась в качестве прикрытия. Это является правильным и в том случае, когда сделка на разницу прикрывается не одной поставочной сделкой, а двумя заранее оговоренными мнимыми, зеркальными по отношению друг к другу поставочными сделками с разными сроками исполнения и внешне не связанными друг с другом, т.е. имеет место основная сделка и ликвидационная сделка.

Вследствие того, что платежи по дериватам стохастически обусловлены и в момент заключения договора размер обязательств по дериватам не определён, терминологически их можно классифицировать как «долговые обязательства, имеющие денежное выражение», отличая от долговых обязательств по уплате определенной денежной суммы. Это, правда, не приводит к каким-либо новым правовым последствиям<sup>14</sup>. Для такого рода платежей обязательств причитающаяся к выплате денежная сумма устанавливается не в

<sup>11</sup> Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 5 мая 1997 года № 14 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 7.

<sup>12</sup> Концепция развития гражданского законодательства РФ. Одобрена решением Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 года // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 11.

<sup>13</sup> Шанаурина Ю.В. Институт предварительного договора в гражданском праве России: дисс. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2006. С. 105–106; Садиков О.Н. Предварительный договор и его условия // Хозяйство и право. 2011. № 3. С. 11.

<sup>14</sup> Греков М.Н. Правовой анализ российского законодательства о ликвидационном неттинге // Предпринимательское право, 2012, № 4.



момент заключения договора, а должна быть определена позже расчётным путем<sup>15</sup>.

Таким образом, определение размера денежной суммы происходит не при возникновении долгового обязательства, а позднее, в установленный момент времени или в момент исполнения, ведь ее размер зависит от постоянно изменяющихся фактических параметров, которые могут быть заданы соглашением сторон, правовой природой или целью обязательства. Главное отличие денежных обязательств по дериватам от иных договорных обязательств, имеющих денежное выражение, как, например, обязательств по договору купли-продажи с индексацией цены, состоит в его вычисляемости в любой момент времени, в том числе непосредственно перед исполнением.

Вместе с тем Г. Райнер предлагает узкую трактовку деривативов, которая направлена на выделение их в особый класс отношений и выявление отличий от других срочных сделок. Так, в трактовке Г. Райнера деривативы – это взаимные договоры, цена которых является производной от некоторой лежащей в их основе величины (базисной стоимости, базиса), зависящей от рыночных котировок<sup>16</sup>. С этой точки зрения деривативами следует считать только те инструменты, которые связаны не с физической поставкой товара, а с хеджированием ценовых рисков без его поставки. При этом Г. Райнер указывает, что поставочный форвард не может считаться деривативом<sup>17</sup>. Таким образом, данный специализированный подход направлен на выделение деривативов из общего понятия биржевой срочной сделки, а с другой стороны – на их отграничение от рискованных сделок на разницу. Подобная дифференциация отношений видится вполне обоснованной, поскольку цели соответствующих сделок существенно различаются. Если в одном случае целью совершения сделки становится приобретение товара на определенных условиях, то в другом – хеджирование цены на товар без стремления его приобрести. Кроме того, отличия деривативов от указанных инструментов касаются также их правовой конструкции, порядка совершения и т.д. Таким образом, деривативами может признаваться определенная совокупность производных финансовых инструментов, которая соответствует ряду признаков. С этой особенностью связано так-

же свойство воспроизводимости деривативов, которое состоит в том, что поток платежей по дериватам в каждый момент времени может быть воспроизведен посредством инвестиций на наличном рынке базисного актива.

Стохастический или алеаторный характер сделок с производными финансовыми инструментами, который проявляется в том, что прибыльность или убыточность данных отношений для их участников зависит от случая. Как указывает Г. Райнер, в случае так называемого алеаторного договора распределение рисков заходит так далеко, что оно распространяется на договорное равновесие как таковое. Алеаторный договор заключается ради самой неопределенности. Ее утрата при алеаторных сделках означает, что взаимное исполнение теряет смысл, по крайней мере для одной из сторон. От алеаторности производных инструментов следует отличать рискованный характер сделок на разницу, целью которых является риск ради риска, т.е. представляющих собой в чистом виде игру спекулянтов на бирже. В связи с этим применительно к дериватам в узком понимании предлагается говорить об их стохастической обусловленности<sup>18</sup>.

В судебной практике деривативы, заключенные в форме срочных сделок с товарами, драгоценными металлами и ценными бумагами, без колебаний признаются сделками на разницу. Благодаря расширительному толкованию понятия товара валюта однозначно включается в него. Договоры на основе расчетных величин, привязанных к цене акций, не приводя никаких обоснований, считают сделками на разницу. Остается открытым вопрос, основывается ли такой вывод на расширительном толковании понятия ценной бумаги или на законодательной аналогии.

При заключении двусторонне обязывающего договора, предметом которого является заменимое, то есть определяемое родовыми признаками имущество или услуга, всегда существует возможность экономически «нейтрализовать» собственное обязательство или право требования. Для этого необходимо заключить обратную сделку с аналогичными условиями и с тем же контрагентом или третьим лицом. В результате второй сделки участник рынка занимает такую же позицию, что и его контрагент по первой сделке. Предложенная стратегия будет практически реализуемой, когда условия сделок стандартизированы и существует их ликвидный рынок. Между тем в случае деривативов существование такого рынка (а именно ликвидного срочного рынка)

<sup>15</sup> Иванова Е.В. Расчетный форвардный контракт как срочная сделка. М.: Волтерс Клувер, 2004.

<sup>16</sup> Райнер Г. Внебиржевые срочные сделки при банкротстве: сравнительно-правовое исследование актуальных инициатив по реформированию российского законодательства // СПС КонсультантПлюс.

<sup>17</sup> Там же.

<sup>18</sup> Райнер Г. Указ. соч. С. 14.



для ликвидации позиции не требуется. Согласно определению потока платежей, порождаемые этими инструментами, воспроизводятся на наличном рынке, и это справедливо для обеих сторон договора, поэтому занимаемая при заключении договора позиция в любой момент времени может быть нейтрализована (ликвидирована, застрахована, хеджирована) посредством заключения обратной сделки на кассовом рынке.

С точки зрения каузальной модели, решающее значение для действительности алеаторных договоров имеет тот факт, что как таковые стохастически обусловленные требования и обязательства уже при заключении договора имеют для сторон договора некоторую субъективную ценность независимо от развития ситуации на рынке базисного актива вплоть до момента исполнения договора. Эта имущественная ценность является реальной, если позиция в любой момент времени имеет некоторую объективную рыночную стоимость и сторона договора принципиально в состоянии, используя свои личные знания и опыт, получить эту рыночную стоимость или использовать ее иным образом.

В принципе возможны две различные ситуации, допускающие получение в любой момент времени рыночной стоимости договорной позиции: существование ликвидного вторичного рынка, на котором соответствующая рыночная позиция может быть продана, и ликвидация позиции путем заключения другой, обратной сделки на наличном или срочном рынке.

К примеру, один из видов опционных договоров предусматривает обязанность стороны договора на условиях, определенных при его заключении, в случае предъявления требования другой стороной заключить с ней или с лицом (лицами), в интересах которых был заключен опционный договор, договор купли-продажи ценных бумаг, договор купли-продажи иностранной валюты или договор поставки товара, либо обязанность стороны договора в случае предъявления требования другой стороной заключить договор, являющийся производным финансовым инструментом и составляющий базисный (базовый) актив. Согласно одному из мнений опционный договор является возмездным, односторонним предварительным договором<sup>19</sup>. Иные авторы полагают, что опционный договор имеет ряд отличий от предварительного договора и может быть отнесен к не поименованным в Гражданском кодексе РФ видам договоров. Право требова-

ния заключить договор по опционному контракту носит односторонний характер, по этому договору обязанная сторона получает вознаграждение<sup>20</sup>. Как представляется, данный вид опционного договора включает организующие элементы, поскольку на его основании заключается иной договор. По опционному договору только одна сторона несет обязанность заключить договор в будущем, другая сторона лишь имеет право требовать заключения договора.

Таким образом, право на заключение договора имущественным не является, поскольку объектом данного права являются действия по заключению договора, а не имущество. Немущественное право нельзя приобрести за определенную цену, поэтому вызывает сомнения правомерность определения опционного договора (опциона) как договора о возмездном предоставлении права заключить договор. Ряд иных положений ст. 429.2<sup>21</sup> свидетельствует о сходстве опционного договора с предварительным договором. На данный момент правовая природа опционного договора (опциона) не ясна. Остается открытым вопрос о сфере применения такого опционного договора и о соотношении норм ГК РФ об опционном договоре и норм об опционных договорах в иных нормативно-правовых актах.

Рассмотрим природу деривативного договора на примере расчетного форвардного договора. Денежное обязательство из расчетного форвардного договора возникает не при заключении договора купли-продажи форвардного договора (обязательства принять и передать товар), а в момент выплаты вариационной маржи. Расчетный форвардный контракт по своей правовой природе не имеет ничего общего с играми и пари. При заключении такой сделки выигрыш или проигрыш сторон поставлен в зависимость не от факта наступления событий, а от стечения обстоятельств и от поведения участников. Так, стороны договора, например, могут реально воздействовать на цену погашения расчетного форвардного договора посредством заключения сделок на реальных рынках: изменившаяся цена на реальный товар будет служить базисом расчета в расчетном контракте. Такое поведение сторон

<sup>20</sup> Жуков Д.А. Правовое регулирование срочных сделок на фондовом рынке: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 8; Иванова Е.В. Деривативы. Форвард, фьючерс, опцион, своп. Экономика-правовая квалификация. М.: Ось-89, 2007. С. 213.

<sup>21</sup> Проект Федерального закона №47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 27.04.2012).

<sup>19</sup> Меньшенин П.А. Опционный договор на заключение срочной сделки // Право и экономика. 2008. № 5. С. 24.



будет считаться добросовестным и оправданным, в отличие, например, от использования участниками отношений инсайдерской информации<sup>22</sup>. Хотя большинство участников этого рынка на исход торгов влияния не оказывают и реально оказать не могут, следует учесть, что гипотетически такие шансы у них все же есть. Крупные же участники финансовых рынков такое влияние оказывают в действительности. Относительно спора о происшествии или не происшествии события следует заметить, что при заключении расчетной форвардной сделки обязательства сторон по выплате вариационной маржи с определенным сроком расчетов еще не возникают, они могут возникнуть в будущем. Однако при определенных условиях (совпадении начальной цены договора и цены его погашения) обязательства сторон могут полностью отсутствовать.

Как было отмечено, условной называется сделка, стороны которой ставят возникновение или прекращение прав и обязанностей в зависимость от какого-то обстоятельства, которое может наступить или не наступить в будущем. В качестве условия могут выступать как события, так и действия граждан и юридических лиц. При этом в качестве условия могут рассматриваться как действия третьих лиц, так и действия самих участников сделки. События и действия, относимые к условиям, должны обладать определенными признаками:

1. В момент совершения сделки ее участникам не должно быть известно, наступит или не наступит в будущем обстоятельство, включенное в сделку в качестве условия.
2. Произвольность установления условия.
3. Условие не должно противоречить закону, основам правопорядка и нравственности.

Таким образом, делаем вывод о том, что деривативный договор на примере расчетного форварда действительно является условной сделкой, что ни в коей мере не должно влиять на его охраноспособность. В противном случае, если ссылаться на условность расчетного форвардного договора как основания для отказа в его судебной защите, следующим логичным и неизбежным шагом будет отказ в судебной защите любым обязательствам, в которых, например, момент возникновения прав и обязанностей или перехода права собственности поставлен в зависимость от наступления некоторого события, подпадающего под приведенные выше признаки. Соответственно, можно сделать вывод, что условность расчетного форварда не является даже косвенным основанием

для его квалификации как пари и, соответственно, отказа в его судебной защите. Обратимся к другим особенностям расчетного форварда, которые зачастую представляются в качестве оснований подобной квалификации. Выгода, приобретаемая стороной расчетного форвардного договора, как и выгода, приобретаемая участником пари, всецело зависит от случайного события. Это характерный признак рискованных договоров, к которым Кодекс Наполеона<sup>23</sup>, объединяющий эти договоры в титул XII главы III, относит, помимо игры и пари, договор страхования, морской заем и договор пожизненной ренты (ст. 1964). Термин «рисковый» характеризует договор с точки зрения выраженной в нем воли сторон и не касается существа возникающих у сторон прав и обязанностей, никак не характеризует эти права и обязанности. Поэтому в литературе совершенно справедливо употребляется термин «рисковые сделки», а не «рисковые договоры».

Однако практически любой предпринимательский договор (сделка) носит рискованный характер. Одни из них прямо характеризуются как полностью или частично алеаторные (в частности, договор постоянной ренты с определенными ограничениями, предусмотренными, например, п. 1 ст. 592 ГК РФ), другие являются таковыми по сути, т.к. любой договор поставки может быть не исполнен в силу либо недобросовестности контрагента, либо воздействия непреодолимой силы, что повлечет убытки одной из сторон. В таком контексте представляется логичным либо отказать в судебной защите всем предпринимательским договорам, либо не ссылаться на рискованный характер расчетного форвардного договора как основания для отказа в предоставлении такой защиты. Из легального определения видно, что производные финансовые инструменты являются разновидностью гражданско-правовых сделок<sup>24</sup>. Эти сделки, так же как и любые другие, направлены на установление, изменение или прекращение гражданских прав или обязанностей (ст. 153 ГК РФ) и представляют собой соглашение, по которому одна сторона обязуется передать другой стороне в собственность товар, а другая, в свою очередь, заплатить за него

<sup>22</sup> Шеленкова Н. Б. Биржевые правонарушения // Законодательство. 1998. № 2.

<sup>23</sup> Кодекс Наполеона (фр. Code Napoléon), также Гражданский кодекс французов (фр. Code Civil des Français) – масштабный кодекс гражданского права Франции, разработанный группой юристов в начале XIX в. во время правления первого консула Французской республики (затем императора) Наполеона Бонапарта и действующий, с изменениями, до настоящих дней. // <http://ru.wikipedia.org/wiki/>

<sup>24</sup> Мильдзихов О.О. Производный финансовый инструмент – новелла российского гражданского законодательства // Общество и право. 2011. № 2.



заранее обусловленную цену. По своей правовой природе срочные сделки являются куплей-продажей или поставкой. Вместе с тем биржевые сделки имеют особенности, связанные с субъектами, заключающими такие сделки, их объектом и способом заключения<sup>25</sup>.

Вместе с тем представляется целесообразным отказ законодателя от термина «срочные сделки» при выделении биржевых сделок с отсроченным сроком поставки из остальной массы гражданско-правовых сделок, так как смысловое содержание понятия «срочные сделки» намного объемнее, чем то, что вкладывается в это понятие при обозначении биржевых сделок. Ведь в понятие «срочные сделки» входят не только биржевые сделки, но и все гражданско-правовые сделки, где указывается срок, с которого у сторон возникают права и обязанности, срок исполнения и срок прекращения действия сделки. Вместо термина «срочные сделки» представляется целесообразным использовать термины «дериватив» или «производный инструмент», которые стали привычными в биржевой терминологии и употребляются специалистами в области биржевой торговли.

Под деривативом следует понимать биржевой договор с отсроченным сроком исполнения, стоимость которого зависит от стоимости лежащего в основе этого контракта биржевого актива (базисного актива). Такое определение подчеркивает особенность этого рода биржевых сделок. Во-первых, это определение ограничивает деривативы от кассовых биржевых сделок; во-вторых, подчеркивает зависимый характер дериватива от лежащего в его основе биржевого актива, т.е. является производной от базисного актива, лежащего в основе контракта.

Так, в мировой практике под деривативом понимают финансовые инструменты, ценность которых проистекает из колебания цен на соответствующие активы, такие как финансовые продукты или статистические индикаторы<sup>26</sup>. Из содержания определения производных финансовых инструментов видно, что оно включает в себя все то многообразие совершаемых на биржевых и внебиржевых торгах сделок с отсроченным сроком исполнения, которые в мировой практике могут обозначаться как

деривативы, биржевые срочные сделки и т.д. Несмотря на вышеуказанные нововведения, в законодательстве сохраняется терминологическая путаница относительно обозначения и наименования рынка срочных сделок.

Понятие производный финансовый инструмент определяется через понятие финансовый инструмент, под которым в юридической литературе и в системе российского права понимается ценная бумага либо иной документ, удостоверяющий право владельца данного документа на то или иное имущество, имущественные права. Если следовать логике законодателя, то получается, что производным финансовым инструментом по существующему определению можно считать любой поставочный фьючерсный договор, базисным активом которого является реальный биржевой товар, например нефть, зерно, который нельзя отнести к ценным бумагам (финансовым инструментам). В связи с этим для обозначения огромного массива сделок с отсроченным сроком исполнения предпочтительнее было бы использовать термин «дериватив», а не «производный финансовый инструмент». Кроме того, следует отметить, что в деловой практике биржевых и внебиржевых торгов термин «дериватив» получил наибольшее распространение.

Таким образом, указание на то, что финансовый инструмент может представлять собой лишь ценную бумагу или производный финансовый инструмент, является юридически некорректным. Некоторые авторы полагают, что производные финансовые инструменты имеют все шансы качественно перейти в производные ценные бумаги<sup>27</sup>. Так, например, Л. Кузнецова отмечает, что «фьючерс представляет собой контракт на срочную сделку, превращенный в ценную бумагу и покупаемый/продаваемый на фьючерсной бирже»<sup>28</sup>.

Проанализируем российское законодательство на предмет соотношения производного финансового инструмента и ценной бумаги. Согласно ст. 143 ГК РФ к ценным бумагам могут быть отнесены бумаги, которые, во-первых, прямо названы таковыми; во-вторых, отнесены к ценным бумагам законами о ценных бумагах или в установленном ими порядке. В перечень ценных бумаг, закрепленный ст. 143 ГК РФ, разновидности производных финансовых инструментов не включены. В соответ-

<sup>25</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. СПб., 1908. Т. 2. – 335 с.

<sup>26</sup> Кидуэлл Д.С., Петерсон Р.Л., Блэкуэлл Д.У. Финансовые институты, рынки и деньги: пер. с англ. СПб.; М.; Харьков; Минск, 2000. – 752 с.; Ротко С.В., Тимошенко Д.А. Производные финансовые инструменты сегодня: ситуация, требующая законодательного решения // Налоги и финансовое право. 2008. № 1. С. 309–313.

<sup>27</sup> Ротко С.В., Тимошенко Д.А. Производные финансовые инструменты сегодня: ситуация, требующая законодательного решения // Налоги и финансовое право. 2008. № 1. С. 309–313.

<sup>28</sup> Кузнецова Л. Деривативы в экономическом пространстве России: Вопросы терминологии // РЦБ. 2006. № 7. С. 37–40.



вии со ст. 2 ФЗ «О рынке ценных бумаг», эмиссионная ценная бумага – любая ценная бумага, в том числе бездокументарная, которая характеризуется одновременно следующими признаками:

- а) закрепляет совокупность имущественных и неимущественных прав, подлежащих удостоверению, уступке и безусловному осуществлению с соблюдением установленных законом формы и порядка (в данном случае закон противоречит ст. 142 ГК РФ, в которой неимущественные права отсутствуют);
- б) размещается выпусками;
- в) имеет равный объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска вне зависимости от времени приобретения ценной бумаги.

Действительно, совершение, например, расчетного фьючерсного договора означает, что одна из сторон получает имущественное право – право на получение вариационной маржи. Кроме того, наличие совокупности однообразных характеристик каждой фьючерсной сделки может служить достаточным доказательством для признания наличия выпуска ценных бумаг, в рамках которого все ценные бумаги имеют единый срок осуществления прав. Однако при заключении такой сделки невозможно определить, какая из сторон сделки будет уплачивать вариационную маржу, т.е. кто будет должником по сделке. Теоретически возможна также ситуация, когда цена товара в момент исполнения сделки совпадает с ценой товара на момент заключения сделки, и ни одна из сторон не будет иметь права на получение вариационной маржи. Таким образом, в момент заключения невозможно определить ни должника, ни кредитора по этому контракту, а из п. 1. ст. 142 ГК РФ следует, что в ценной бумаге обязательно указание должника. Как было выяснено, сделать это во фьючерсном контракте объективно невозможно. Согласно п. 2 ст. 144 ГК РФ отсутствие в ценной бумаге одного из обязательных реквизитов влечет ее недействительность.

И наконец, абсолютно неприменима третья основополагающая характеристика эмиссионной ценной бумаги, так как каждый фьючерсный договор предоставляет выигравшим участникам разный объем имущественных прав. Поскольку участники конкретного фьючерсного договора самостоятельно фиксируют фьючерсную цену, то и размер вариационной маржи по каждому фьючерсному контракту будет различным. Изложенное приводит к выводу, что производные финансовые инструменты в том виде, в котором они существуют в настоящее время, не относятся к ценным бумагам.

Автором подтвержден довод о том, что деривативное обязательство – правовая связь между сторонами деривативного договора, в соответствии с которым каждая из сторон обязуется перед другой стороной либо заключить договор на поставку базового актива в будущем, либо уплатить денежную сумму, размер которой зависит от размера цен на базовый актив на реальном рынке. Правовой особенностью порождаемого деривативным договором деривативного обязательства является особый порядок его исполнения, который зависит от колебания стоимости базового актива в будущем и неизвестен сторонам на момент заключения договора.

В частности, цена на базовый актив, сложившаяся к моменту исполнения обязательства, определяет:

- размер денежного обязательства (расчетный форвард, фьючерс);
- должника и кредитора в обязательстве (расчетный форвард и фьючерс);
- выбор способа исполнения (опцион).

Правовой особенностью расчетных деривативных обязательств является неопределенность правового положения сторон в обязательстве до наступления срока его исполнения. До наступления указанного срока неизвестно, какая из сторон является должником, а какая кредитором. Указанная правовая особенность позволяет выделить расчетные деривативные обязательства в новую разновидность гражданско-правовых обязательств – обязательства с альтернативной ролью субъектов обязательства.

Таким образом, срочные финансовые сделки могут быть разделены на два вида:

- 1) сделки с переходом права собственности на предмет сделки (поставочные производные финансовые сделки);
- 2) сделки, исполнение по которым осуществляется исключительно путем выплаты ценовой разницы (расчетные производные финансовые сделки).

В зависимости от вида базового актива, лежащего в основе деривативного договора, будет изменяться и деривативное обязательство, присущее данному виду договоров.

В качестве одного из выводов необходимо отметить, что при классификации деривативных договоров выявляются смежные с играми и пари правовые институты: фьючерсный договор, расчетный форвард, опционный договор, своповое соглашение и т. п., которые обладают схожими чертами и объединяются в термин «деривативы» или «производные финансовые инструменты». При этом выделяется три основных признака таких сделок: во-первых, момент исполнения договора отстает



от момента его заключения; во-вторых, цена договора формируется за счет биржевого актива, лежащего в основе договора, в-третьих, договор исполняется не реальной поставкой биржевого товара, а выплатой ценовой разницы между ценой биржевого товара, установленной в договоре, и ценой, сформированной на бирже к моменту исполнения договора.

Существует еще одна проблема, способная породить, а зачастую и порождающая ряд значительных практических проблем. Речь идет о правовой квалификации опционного контракта как гражданско-правового договора. Подобно фьючерсу ряд исследователей признает опцион предварительным договором, при этом односторонним предварительным договором, т.е. одним только правом без корреспондирующей ему обязанности<sup>29</sup>. К примеру, в утратившем силу с 1 января 2014 года Законе о товарных биржах и биржевой торговле<sup>30</sup>, опцион определялся в качестве уступки прав на будущую передачу прав и обязанностей в отношении биржевого товара или контракта на поставку биржевого товара.

В связи с этим передача прав и обязанностей могла означать только право приобретателя опциона по своему выбору заключить контракт на поставку товара или не заключать его. При этом сам опцион вполне можно квалифицировать в качестве односторонней сделки, так как в соответствии со ст. 155 ГК РФ совершение односторонней сделки (в рассматриваемом случае – заключение опционного контракта) создает обязанности для лица, совершившего сделку. Опционная премия, выплачиваемая за право приобретения опциона, является частью договора купли-продажи прав, выплачивается

при приобретении опциона и в дальнейшем в его обращении не участвует.

Подводя итог, следует выделить как правовые, так и иные риски, присущие деривативным сделкам. В литературе разброс мнений о проблемах правовой квалификации деривативов и деривативоподобных сделок в качестве сделок на разницу достаточно широк. Исключения составляют лишь обычные договоры покупки или продажи на срок, безоговорочно подпадающие под такую квалификацию. Похожая ситуация складывается применительно к другим базисным активам, помимо товаров и ценных бумаг, например, к процентным ставкам или расчетным единицам, производным от стоимости ценных бумаг. Соответственно в качестве сделок на разницу квалифицируются процентные срочные сделки и сделки на индекс. Первичные и вторичные сделки с опционами, оформленными в виде договоров, всегда рассматриваются как сделки на разницу. Опционы в форме ценной бумаги иногда полностью, иногда лишь частично – в случае, если они предусматривают поставку – исключаются из этой категории.

Проблемами правовой квалификации деривативов являются присущие данным сделкам риски, которые указывают на неопределенность конструкций договоров и неясность относительно получения или размера будущих доходов или убытков, возникающую из-за недостатка информации, субъективного или объективного незнания, когда рациональные решения принимаются на основе неполной или неточной информации (например, экономическое планирование, частные инвестиционные решения, оценка и использование прибыли).

### Библиография:

1. Иванова Е.В. Договорные формы деривативов: некоторые аспекты правового регулирования // Закон. 2007. № 2. С. 125–135.
2. Шевченко О.М. Правовое регулирование организованного рынка: анализ новаций российского законодательства // Бизнес и право за рубежом. 2012. Вып. 2. С. 66–68.
3. Подузова Е.Б. Некоторые виды организационного договора в гражданском праве // Юрист. 2013. № 6.
4. Иванова Е.В. Деривативы. Форвард, фьючерс, опцион, своп. Экономико-правовая квалификация. М.: Ось-89, 2007.
5. Греков М.Н. Правовой анализ российского законодательства о ликвидационном неттинге // Предпринимательское право. 2012. № 4.
6. Иванова Е.В. Расчетный форвардный контракт как срочная сделка. М.: Волтерс Клувер, 2004.

<sup>29</sup> Греков М.Н. Правовой анализ российского законодательства о ликвидационном неттинге // Предпринимательское право. 2012. № 4.

<sup>30</sup> Закон РФ от 20.02.1992 №2383-1 (ред. от 23.07.2013) «О товарных биржах и биржевой торговле» // СПС КонсультантПлюс.



7. Райнер Г. Внебиржевые срочные сделки при банкротстве: сравнительно-правовое исследование актуальных инициатив по реформированию российского законодательства // СПС КонсультантПлюс, 2013.
8. Шанаурина Ю.В. Институт предварительного договора в гражданском праве России: дисс. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2006. С. 105–106; Садиков О.Н. Предварительный договор и его условия // Хозяйство и право. 2011. № 3. С. 11.
9. Меньшенин П.А. Опционный договор на заключение срочной сделки // Право и экономика. 2008. № 5. С. 24.
10. Жуков Д.А. Правовое регулирование срочных сделок на фондовом рынке: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2006.
11. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. СПб., 1908. Т. 2. – 335 с.
12. Кидуэлл Д.С., Петерсон Р.Л., Блэкуэлл Д.У. Финансовые институты, рынки и деньги: пер. с англ. СПб.; М.; Харьков; Минск, 2000. – 752 с.;
13. Ротко С.В., Тимошенко Д.А. Производные финансовые инструменты сегодня: ситуация, требующая законодательного решения // Налоги и финансовое право. 2008. № 1. С. 309–313.
14. Гражданское право: В 4 т. Обязательственное право» (том 3) /под ред. Е.А. Суханова. Волтерс Клувер, 2008.

**References:**

1. Ivanova E.V. Dogovornye formy derivativov: nekotorye aspekty pravovogo regulirovaniya // Zakon. 2007. № 2. S. 125–135.
2. Shevchenko O.M. Pravovoe regulirovanie organizovannogo rynka: analiz novatsii rossiiskogo zakonodatel'stva // Biznes i pravo za rubezhom. 2012. Vyp. 2. S. 66–68.
3. Poduzova E.B. Nekotorye vidy organizatsionnogo dogovora v grazhdanskom prave // Yurist. 2013. № 6.
4. Ivanova E.V. Derivativy. Forvard, f'yuchers, optsiyon, svop. Ekonomiko-pravovaya kvalifikatsiya. M.: Os'-89, 2007.
5. Grekov M.N. Pravovoi analiz rossiiskogo zakonodatel'stva o likvidatsionnom nettinge // Predprinimatel'skoe pravo. 2012. № 4.
6. Ivanova E.V. Raschetnyi forvardnyi kontrakt kak srochnaya sdelka. M.: Volters Kluver, 2004.
7. Rainer G. Vnebirzhevyye srochnyye sdelki pri bankrotstve: sravnitel'no-pravovoe issledovanie aktual'nykh initsiativ po reformirovaniyu rossiiskogo zakonodatel'stva // SPS «Konsul'tantPlyus», 2013.
8. Shanaurina Yu.V. Institut predvaritel'nogo dogovora v grazhdanskom prave Rossii: diss. ... kand. jurid. nauk. Tyumen', 2006. S. 105–106; Sadikov O.N. Predvaritel'nyi dogovor i ego usloviya // Khozyaistvo i pravo. 2011. № 3. S. 11.
9. Men'shenin P.A. Optsiyonnyi dogovor na zaklyuchenie srochnoi sdelki // Pravo i ekonomika. 2008. № 5. S. 24.
10. Zhukov D.A. Pravovoe regulirovanie srochnykh sdelok na fondovom rynke: avtoref. diss. ... kand. jurid. nauk. M., 2006.
11. Shershenevich G.F. Kurs torgovogo prava. SPb., 1908. T. 2. – 335 s.
12. Kiduell D.S., Peterson R.L., Blekuell D.U. Finansovyie instituty, rynki i den'gi: per. s angl. SPb.; M.; Khar'kov; Minsk, 2000. – 752 s.;
13. Rotko S.V., Timoshenko D.A. Proizvodnyie finansovyie instrumenty segodnya: situatsiya, trebuyushchaya zakonodatel'nogo resheniya // Nalogi i finansovoe pravo. 2008. № 1. S. 309–313.
14. Grazhdanskoe pravo: V 4 t. Obyazatel'stvennoe pravo» (tom 3) /pod red. E.A. Sukhanova. Volters Kluver, 2008.

*Материал поступил в редакцию 22 марта 2014 г.*



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТРУДОВОГО ПРАВА

Н.А. Князева\*

## СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ ПРОЦЕДУРЫ МЕДИАЦИИ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ

**Аннотация:** В статье на основе сравнительного анализа процедур медиации и посредничества при рассмотрении и разрешении коллективных трудовых споров сделан вывод об их единой правовой природе и необходимости их единообразного регулирования. Вместе с тем обращено внимание на то, что особенности метода правового регулирования и характера трудовых отношений требуют некоторых особенностей правового регулирования процедуры медиации (посредничества) в этой сфере. Автором предложено собственное понимание места посредничества в системе процедур рассмотрения и разрешения коллективных трудовых споров и содержания прав сторон спора на обращение к этой процедуре. Также проанализирована возможность и целесообразность применения процедуры медиации при рассмотрении индивидуальных трудовых споров и сделан вывод о неэффективности этой формы защиты при разрешении индивидуальных трудовых споров о праве, но необходимости и обязательности применения этой процедуры при урегулировании индивидуальных трудовых споров об интересе.

**Ключевые слова:** юриспруденция, трудовое право, защита трудовых прав, индивидуальные трудовые споры, коллективные трудовые споры, медиация, посредничество, медиабельность спора, примирительные процедуры, споры об интересе.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10303

Федеральным законом от 27 июля 2010 года № 193-ФЗ<sup>1</sup> была введена новая процедура урегулирования споров – медиация. Данная процедура согласно частям 2 и 5 статьи 1 указанного Федерального закона применяется при разрешении споров, возникающих из трудовых отношений, за исключением коллективных трудовых споров.

Под процедурой медиации согласно статье 2 этого Закона, понимается способ урегулирования спора при содействии медиатора (независимого лица, привлекаемого сторонами в каче-

стве посредника в урегулировании спора для содействия в выработке сторонами решения по существу спора) на основе добровольного согласия сторон в целях достижения ими взаимовыгодного решения. Суть данной процедуры состоит в том, что посредник, используя определенную методiku, профессиональный опыт, специальные знания, психологические приемы, оказывает сторонам содействие в ведении переговоров и способствует достижению между ними взаимоприемлемого соглашения<sup>2</sup>.

Вместе с тем статьями 401 и 403 ТК РФ в числе процедур рассмотрения и разрешения кол-

<sup>1</sup> Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): Федер. закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4162.

<sup>2</sup> См.: Носырева Е. И. Альтернативное разрешение споров в США. М., ОАО «Издательский дом “Городец”», 2005. С. 70.

© Князева Наталья Александровна

\* Аспирантка кафедры трудового права, Воронежский государственный университет [Knyazhna-Nataly@yandex.ru]  
394018, Россия, г. Воронеж, ул. Кирова, д. 22.



лективного трудового спора предусмотрено их рассмотрение и разрешение с участием посредника. Посредничество – это деятельность третьего, нейтрального лица в целях оказания помощи сторонам конфликта в уменьшении их разногласий и достижении соглашения<sup>3</sup>. В юридической литературе обращается внимание на вспомогательную роль посредника, который, используя свои знания и полученную от сторон информацию, пытается предложить сторонам взаимоприемлемое решение по существу коллективного трудового спора, а стороны в результате либо принимают согласованное решение, либо составляют протокол разногласий и переходят к следующей стадии рассмотрения коллективного трудового спора<sup>4</sup>. Функции посредника состоят в том, чтобы, применяя приемы убеждения и апеллируя к здравому смыслу, помочь сторонам достичь взаимоприемлемого компромисса, при этом посредник не навязывает свое решение, а лишь изыскивает и предлагает все возможные варианты примирения<sup>5</sup>.

Сравнительный анализ процедур медиации и посредничества при рассмотрении коллективных трудовых споров позволяет сделать вывод о том, что их сущность одинакова, и главное их различие состоит в возможности третьей стороны предложить варианты разрешения спора. Однако, представляется, это различие носит чисто формальный характер, так как на практике третьей стороне, участвующей в урегулировании спора, очень сложно удержаться от того, чтобы предложить какие-то варианты разрешения спора. Кроме того, следует отметить, что в XX веке медиация возникла в связи с необходимостью разрешения коллективных трудовых споров<sup>6</sup>.

В связи со сказанным, представляется, норма части 5 статьи 1 Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» не вполне обоснована. Идентичные по своему содержанию процедуры должны иметь одно название и в целом должны быть урегулированы единообразно. Так, думается, общими должны быть термины, отражающие

существо этих процедур, принципы, на которых строятся эти процедуры, минимальные требования к посредникам (медиаторам), сущность и порядок исполнения достигнутых соглашений. Вместе с тем с учетом специфики существа и субъектного состава коллективных трудовых споров, посредничество может иметь некоторые особенности, установленные трудовым законодательством.

Исходя из сущности процедуры посредничества (медиации), полагаем, не вполне верно действующее трудовое законодательство определяет место посредничества в системе процедур рассмотрения и разрешения коллективных трудовых споров. Согласно нормам действующего трудового законодательства посредничество является одним из этапов примирительных процедур разрешения коллективных трудовых споров. В юридической литературе высказано мнение о том, что поскольку участие посредника в урегулировании коллективного трудового спора не имеет самостоятельного значения, а лишь обслуживает процесс переговоров между сторонами, его нельзя рассматривать как самостоятельный этап урегулирования спора, а следует предоставить возможность привлечения посредника на любом этапе переговоров между сторонами<sup>7</sup>.

Но с таким подходом в полной мере согласиться нельзя. Посредничество – это самостоятельная форма защиты прав и законных интересов работников, оно осуществляется в определенном порядке и имеет своей целью урегулирование спора и восстановление нарушенного права или законного интереса, либо устранение препятствий в их реализации; результатом посредничества должно стать соглашение сторон об урегулировании спора, либо протокол разногласий; в любом случае вся процедура посредничества и ее завершение имеют юридическое оформление, а целью использования этой процедуры является защита прав и законных интересов. Потому верным представляется решение законодателя, установившего в статье 4 Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (медиации)» право сторон обращаться к процедуре медиации в любое время, в том числе и тогда, когда спор уже рассматривается в каком-либо юрисдикционном органе. Полагаем, и стороны коллективного трудового спора должны быть вправе в любое время перейти к рассмотрению коллективного трудового спора с участием посредника, в том числе и тогда, когда спор находится на рассмо-

<sup>3</sup> См.: Киселев И. Я. Трудовые конфликты в капиталистическом обществе: социально-правовые аспекты. М.: Наука, 1978. С. 122.

<sup>4</sup> См. например: Куренной А. М. Правовое регулирование коллективных трудовых споров: научно-практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2010.

<sup>5</sup> См.: Киселев И. Я. Трудовые конфликты в капиталистическом обществе: социально-правовые аспекты. М.: Наука, 1978. С. 122.

<sup>6</sup> См.: Зайцева Л. В. Медиативные технологии в трудовых и непосредственно связанных с ними отношениях // Трудовое право в России и за рубежом. 2012. №1.

<sup>7</sup> См.: Сафонов В. А. Коллективные трудовые споры: проблемы теории и практики: дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000. С. 169.



трени примирительной комиссии или трудового арбитража, при этом данные процедуры рассмотрения коллективных трудовых споров должны приостанавливаться на срок, определенный сторонами в соглашении о переходе к процедуре рассмотрения трудового спора с участием посредника, но не более, чем на 3 месяца. Кроме того, полагаем, посредничество по соглашению сторон может быть использовано и до рассмотрения коллективного трудового спора в примирительной комиссии. Для всего этого следует внести соответствующие изменения в главу 61 ТК РФ.

Медиация – по своей юридической природе явление частноправовое и, следовательно, регулируется частноправовым, диспозитивным методом. Трудовое же право – частнопубличная отрасль права, регулирование которой осуществляется на основе сочетания императивного и диспозитивного метода. Эта особенность трудового права как отрасли права и трудовых отношений не позволяет согласиться с возможностью столь «мягкого» регулирования одной из форм защиты прав работников. Представляется, трудовое законодательство должно содержать некоторые особенности процедуры медиации как по коллективным, так и по индивидуальным трудовым спорам<sup>8</sup>, на что необходимо указать в статье 1 Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

Дискуссионным до настоящего времени остается вопрос о самой возможности применения процедуры медиации для разрешения индивидуальных трудовых споров.

В зарубежных странах, как правило, создаются специализированные государственные организации и органы, осуществляющие урегулирование споров, вытекающих из трудовых отношений, в том числе участвующие в процедурах примирения и посредничества. И посредничество в урегулировании трудовых споров в некоторых странах обязательно. В Великобритании примирительные процедуры с участием посредника при урегулировании индивидуальных трудовых споров являются обязательными: любая жалоба, поданная в Трудовой трибунал, регистрируется и автоматически направляется в Службу консультации, примирения и арбитража, и только если спор не может быть разрешен с помощью примирительной процедуры, дело направляется

обратно в Трудовой трибунал<sup>9</sup>. В странах же континентальной Европы медиация по трудовым спорам применяется реже, что связано с развитой эффективной системой трудовой юстиции<sup>10</sup>. Однако, например в Германии председатель в предварительном слушании обязан предпринять попытку примирить стороны, и только если невозможно достичь договоренности, суд собирается в полном составе и рассматривает дело по существу<sup>11</sup>.

Существует ряд факторов объективного и субъективного характера, определяющих медиабельность спора. Среди ученых нет единого подхода к определению этих факторов и, как правило, они ограничиваются их перечислением. Среди таких факторов называют, в частности, следующие: конфликт является сдержанным (существует возможность преодолеть эмоциональность и наладить коммуникацию между сторонами), участники спора состоят в длительных отношениях и желают их сохранить, стороны способны вести равноправные переговоры, отсутствуют императивные предписания относительно порядка урегулирования подобного рода споров; в то же время медиация невозможна в случаях, когда возник спор относительно толкования или применения закона, необходима государственная защита субъективного права, имеется существенный дисбаланс в статусах и полномочиях сторон<sup>12</sup>. Кроме того, отмечается, что альтернативные формы разрешения споров, в число которых входит и медиация, не являются подходящими для споров, содержащих сложные правовые вопросы, они более применимы в вопросах установления фактов, но не права<sup>13</sup>.

Однако в трудовых спорах, очевидно, не все эти требования выполняются. С одной стороны, анализ судебной практики позволяет прийти к заключению о том, что работники, желая сохранить трудовые отношения, в суды за защитой своих прав до расторжения трудового договора не обращаются. И с точки зрения возможности

<sup>9</sup> См.: Калашникова С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: ИнфотропикМедия, 2011. С. 195.

<sup>10</sup> См.: Калашникова С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: ИнфотропикМедия, 2011. С. 196.

<sup>11</sup> См.: Забрамная Е. Ю., Шмелева Н. С. Обзор систем разрешения трудовых споров, применяемых в развитых странах // Трудовой арбитражный суд для разрешения коллективных трудовых споров : [сайт]. URL: <http://www.trudsud.ru/ru/docs/publications/4/> (дата обращения: 31.04.2013 г.)

<sup>12</sup> См.: Калашникова С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: ИнфотропикМедия, 2011. – С. 92–93.

<sup>13</sup> См.: Носырева Е. И. Альтернативное разрешение споров в США. М., ОАО «Издательский дом “Тороец”», 2005. С. 53.

<sup>8</sup> См.: Михайлов А. В. К вопросу о методах правового регулирования отношений в сфере медиации // Развитие медиации в России: теория, практика, образование : сб. ст. / под ред. Е. И. Носыревой, Д. Г. Фильченко. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 55–56.



дальнейшего сохранения трудовых отношений после урегулирования спора, конечно, применение медиации имеет смысл. Кроме того, низкий уровень правосознания и правовой культуры, а также неосведомленность об имеющихся у работодателя документах зачастую делают позицию работника в споре небезупречной, что также препятствует обращению работников в юрисдикционные органы. И этот фактор также может быть побудительным мотивом обращения к процедуре медиации.

С другой стороны, в трудовых отношениях имеет место значительное неравенство сторон: во-первых, работник фактически подчинен работодателю, находится в экономической зависимости от него; во-вторых, у сторон неравные возможности доступа к информации и документам, касающимся предмета спора. Таким образом, на работника может быть оказано давление со стороны работодателя, он может быть введен в заблуждение относительно своих прав и обязанностей и таким образом фактически работник может быть принужден согласиться на компромисс, который будет противоречить его интересам. В связи с этим в юридической литературе высказываются обоснованные сомнения о возможности применения процедуры медиации при разрешении индивидуальных трудовых споров о праве<sup>14</sup>. Вместе с тем специалисты в сфере медиации обращают внимание еще на то, что работодатели готовы вести переговоры только с высококвалифицированными специалистами, либо с топ-менеджерами, которые обладают достаточной информацией, чтобы навредить работодателю<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> См. например: Забрамная Е. Ю. К вопросу о применении медиации по трудовым спорам // Международное, российское и зарубежное законодательство о труде и социальном обеспечении: современное состояние (сравнительный анализ) / под ред. К. Н. Гусова. М.: Проспект, 2011. С. 396–401; Прасолова И. А. Медиация как альтернативный способ урегулирования трудовых споров // Международное, российское и зарубежное законодательство о труде и социальном обеспечении: современное состояние (сравнительный анализ) / под ред. К. Н. Гусова. М.: Проспект, 2011. С. 401–407.

<sup>15</sup> См.: Фатеев В. В. Особенности медиации как одного из способов альтернативного урегулирования споров // Сборник материалов Пятой конференции Ассоциации «Юристы за трудовые права». 20–21 мая 2011 года, Москва / под общ. ред. Е. В. Крючковой, Ю. Е. Островской, С. Г. Колгановой. М.: НП «Юристы за трудовые права», 2012. С. 70; Енютина Г. Е., Печеник К. А. Приглашение к медиации. Медиативные технологии разрешения трудовых конфликтов: практика. Законопроект о сроках исковой давности. Концепция передачи кейсов из судов ГИТ. Обзор российского и иностранного опыта // Сборник материалов Шестой конференции Ассоциации «Юристы за трудовые права». 28–29 мая 2012 года, Москва / под общ. ред. С. Г. Колгановой. М.: НП «Юристы за трудовые права», 2013. С. 33–34.

Кроме того, трудовые споры – это, как правило, споры о праве, то есть, работник требует либо восстановить права, принадлежащие ему по закону или договору, либо устранить препятствия в реализации этих прав. Как правило, законодательно определены конкретные способы защиты прав работников, и работник имеет право на восстановление его права в полном объеме. Целью же процедуры медиации является достижение взаимоприемлемого решения, компромисса. Таким образом, обращаясь к процедуре медиации, работник отказывается от части своих прав, что, на наш взгляд, нельзя признать справедливым. Следовательно, в результате проведения процедуры медиации по индивидуальному трудовому спору о праве спор может быть урегулирован, разногласие устранено, но права работника могут так и остаться нарушенными, а возможность их защиты – потеряна. Потому, по нашему мнению, сложно говорить об эффективности медиации как формы защиты трудовых прав работников.

Несколько иная ситуация складывается в случае трудовых споров об интересе. В юридической литературе высказываются сомнения о возможности применения процедуры медиации и к ним, так как работодатель экономически более сильная сторона, и в соглашении будут превалировать интересы экономически более сильной стороны, то есть, работодателя<sup>16</sup>. Но, представляется, очевидно такие споры невозможно разрешить на основании материальных норм права, поскольку их предметом являются разногласия, возникшие из противоположных интересов работодателя и работника по вопросам, не урегулированным законом, иными нормативными правовыми актами, коллективным или трудовым договором. Потому, очевидно, «трудовой спор об интересе по своей природе предполагает примирительно-посреднические процедуры. Примирительно-посреднические органы рассматривают трудовой спор в согласительном порядке по принципу целесообразности, поэтому здесь важно найти общее компромиссное решение, которое устраивает конфликтующие стороны»<sup>17</sup>. Именно такой посреднической формой разрешения споров является

<sup>16</sup> См.: Забрамная Е. Ю. К вопросу о применении медиации по трудовым спорам // Международное, российское и зарубежное законодательство о труде и социальном обеспечении: современное состояние (сравнительный анализ) / под ред. К. Н. Гусова. М.: Проспект, 2011. С. 399.

<sup>17</sup> Лушникова М. В. Очерки теории трудового права. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2006. С. 765.



медиация. Исходя из изложенного, представляется, это единственная, кроме прямых переговоров между работником и работодателем, форма защиты законных интересов работников.

Однако до настоящего времени в ТК РФ отсутствует указание на возможность использования посредничества при разрешении индивидуальных трудовых споров. Полагаем, этот пробел следует ликвидировать, дополнив статью 382 ТК РФ указанием на медиацию как форму разрешения индивидуального трудового спора. Кроме того, полагаем, целесообразно закрепить, что переговоры с участием посредника в целях урегулирования индивидуального трудового спора об интересе является обязательным.

Таким образом, полагаем, нормы Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» должны применяться к процедуре посредничества (медиации)

при разрешении как индивидуальных, так и коллективных споров с учетом особенностей, предусмотренных трудовым законодательством. В статьях 382 404 ТК РФ следует установить, что процедура посредничества (медиации) регулируется Федеральным законом «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» и нормативными правовыми актами федерального органа исполнительной власти, осуществляющего функции по нормативно-правовому регулированию в сфере труда. А Министерству труда и социальной защиты, полагаем, следует принять Положение об особенностях альтернативной процедуры урегулирования споров с участием посредника (процедуры медиации) при урегулировании трудовых споров, которое должно распространяться как на индивидуальные, так и на коллективные трудовые споры.

#### Библиография:

1. Енютина Г. Е., Печеник К. А. Приглашение к медиации. Медиативные технологии разрешения трудовых конфликтов: практика. Законопроект о сроках исковой давности. Концепция передачи кейсов из судов ГИТ. Обзор российского и иностранного опыта // Сборник материалов Шестой конференции Ассоциации «Юристы за трудовые права». 28–29 мая 2012 года, Москва / под общ. ред. С. Г. Колгановой. М.: НП «Юристы за трудовые права», 2013. С. 27–34.
2. Забрамная Е. Ю. К вопросу о применении медиации по трудовым спорам // Международное, российское и зарубежное законодательство о труде и социальном обеспечении: современное состояние (сравнительный анализ) / под ред. К. Н. Гусова. М.: Проспект, 2011. С. 396–401.
3. Забрамная Е. Ю., Шмелева Н. С. Обзор систем разрешения трудовых споров, применяемых в развитых странах // Трудовой арбитражный суд для разрешения коллективных трудовых споров: [сайт]. URL: <http://www.trudsud.ru/ru/docs/publications/4/> (дата обращения: 31.04.2013 г.).
4. Зайцева Л. В. Медиативные технологии в трудовых и непосредственно связанных с ними отношениях // Трудовое право в России и за рубежом. 2012. №1.
5. Калашникова С. И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции. М.: ИнфотропикМедия, 2011. – 304 с.
6. Киселев И. Я. Трудовые конфликты в капиталистическом обществе: социально-правовые аспекты. М.: Наука, 1978. – 240 с.
7. Куренной А. М. Правовое регулирование коллективных трудовых споров: научно-практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2010.
8. Лушникова М. В. Очерки теории трудового права. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2006. – 938 с.
9. Михайлов А. В. К вопросу о методах правового регулирования отношений в сфере медиации // Развитие медиации в России: теория, практика, образование : сб. ст. / под ред. Е. И. Носыревой, Д. Г. Фильченко. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 49–57.
10. Носырева Е. И. Альтернативное разрешение споров в США. М., ОАО «Издательский дом “Гордец”», 2005. – 317 с.
11. Прасолова И. А. Медиация как альтернативный способ урегулирования трудовых споров // Международное, российское и зарубежное законодательство о труде и социальном обеспечении: современное состояние (сравнительный анализ) / под ред. К. Н. Гусова. М.: Проспект, 2011. С. 401–407.
12. Сафонов В. А. Коллективные трудовые споры : проблемы теории и практики : дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000. – 226 с.
13. Фатеев В. В. Особенности медиации как одного из способов альтернативного урегулирования споров // Сборник материалов Пятой конференции Ассоциации «Юристы за трудовые права». 20–21 мая 2011 года, Москва / под общ. ред. Е. В. Крючковой, Ю. Е. Островской, С. Г. Колгановой. М.: НП «Юристы за трудовые права», 2012. С. 69–70.



## References:

1. Enyutina G. E., Pechenik K. A. Priglasenie k mediatsii. Mediativnye tekhnologii razresheniya trudovykh konfliktov: praktika. Zakonoproekt o srokakh iskovoi давности. Kontsepsiya peredachi keisov iz sudov GIT. Obzor rossiiskogo i inostrannogo opyta // Sbornik materialov Shestoi konferentsii Assotsiatsii «Yuristy za trudovye prava». 28-29 maya 2012 goda, Moskva / pod obshch. red. S. G. Kolganovoi. M.: NP «Yuristy za trudovye prava», 2013. S. 27–34.
2. Zabravnaya E. Yu. K voprosu o primeneniі mediatsii po trudovym sporam // Mezhdunarodnoe, rossiiskoe i zarubezhnoe zakonodatel'stvo o trude i sotsial'nom obespechenii: sovremennoe sostoyanie (sravnitel'nyi analiz) /pod red. K. N. Gusova. M.: Prospekt, 2011. S. 396–401.
3. Zabravnaya E. Yu., Shmeleva N. S. Obzor sistem razresheniya trudovykh sporov, primenyaemykh v razvitykh stranakh // Trudovoi arbitrazhnyi sud dlya razresheniya kollektivnykh trudovykh sporov : [sait]. URL: <http://www.trudsud.ru/ru/docs/publications/4/> (data obrashcheniya: 31.04.2013 g.).
4. Zaitseva L. V. Mediativnye tekhnologii v trudovykh i neposredstvenno svyazannykh s nimi otnosheniyakh // Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom. 2012. № 1. SPS «Konsul'tantPlyus».
5. Kalashnikova S. I. Mediatsiya v sfere grazhdanskoi yurisdiksiі. M.: InfotropikMediya, 2011. 304 s.
6. Kiselev I. Ya. Trudovye konflikty v kapitalisticheskom obshchestve: sotsial'no-pravovye aspekty. M.: Nauka, 1978. 240 s.
7. Kurennoi A. M. Pravovoe regulirovanie kollektivnykh trudovykh sporov: nauchno-prakticheskoe posobie. M.: Yustitsinform, 2010. SPS «Konsul'tantPlyus».
8. Lushnikova M. V. Ocherki teorii trudovogo prava. SPb.: Izd-vo R. Aslanova «Yurid. tsentr Press», 2006. 938 s.
9. Mikhailov A. V. K voprosu o metodakh pravovogo regulirovaniya otnoshenii v sfere mediatsii // Razvitie mediatsii v Rossii: teoriya, praktika, obrazovanie : sb. st. / pod red. E. I. Nosyrevoi, D. G. Fil'chenko. M.: Infotropik Media, 2012. S. 49–57.
10. Nosyreva E. I. Al'ternativnoe razreshenie sporov v SShA. M., OAO «Izdatel'skii dom “Gorodets”», 2005. 317 s.
11. Prasolova I. A. Mediatsiya kak al'ternativnyi sposob uregulirovaniya trudovykh sporov // Mezhdunarodnoe, rossiiskoe i zarubezhnoe zakonodatel'stvo o trude i sotsial'nom obespechenii: sovremennoe sostoyanie (sravnitel'nyi analiz) /pod red. K. N. Gusova. M.: Prospekt, 2011. S. 401–407.
12. Safonov V. A. Kollektivnye trudovye spory : problemy teorii i praktiki : diss. ... kand. yurid. nauk. SPb., 2000. 226 s.
13. Fateev V. V. Osobennosti mediatsii kak odnogo iz sposobov al'ternativnogo uregulirovaniya sporov // Sbornik materialov Pyatoi konferentsii Assotsiatsii «Yuristy za trudovye prava». 20–21 maya 2011 goda, Moskva / pod obshch. red. E.V. Kryuchkovoі, Yu. E. Ostrovskoi, S. G. Kolganovoi. M.: NP «Yuristy za trudovye prava», 2012. S. 69–70.

*Материал поступил в редакцию 24 ноября 2014 г.*



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СЕМЕЙНОГО ПРАВА

Е.А. Усачева\*

## ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА СОГЛАШЕНИЯ ОБ УПЛАТЕ АЛИМЕНТОВ

**Аннотация:** Действующий Семейный кодекс предоставляет сторонам алиментного обязательства возможность урегулировать вопросы, связанные с размером, формой и порядком уплаты алиментов посредством соглашения. Однако в реальной жизни получатели алиментов предпочитают взыскивать их в судебном порядке, либо ограничиваются устной договоренностью с плательщиком по поводу предоставления содержания. Причина этого в том, что алиментное соглашение является относительно молодым институтом семейного права и, как следствие, имеет много проблем и недостатков. Статья посвящена анализу юридической природы соглашения об уплате алиментов. Обосновывается принадлежность соглашения к семейно-правовым договорам, его внесудебно-договорной характер, а также анализируется процессуальная роль алиментного соглашения в качестве основания отказа в принятии искового заявления о взыскании тех же периодических платежей в судебном порядке. Раскрывается влияние особенностей юридической природы соглашения на требования, выдвигаемые к его субъектному составу, содержанию и порядку заключения, изменения, прекращения.

**Ключевые слова:** алименты, алиментное соглашение, плательщик алиментов, получатель алиментов, семейно-правовой договор, исполнительный документ, юридический факт, фактический состав, содержание, алиментное обязательство.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10183

В рамках нынешней правовой действительности соглашение об уплате алиментов выступает как явление многоаспектное. Многие вопросы, связанные с определением его юридической природы и места в правовой системе, являются дискуссионными, в то время как их решение имеет ключевое значение для правильного применения норм главы 16 Семейного кодекса РФ и определения вектора совершенствования законодательства об алиментировании.

Во-первых, структура действующего Семейного кодекса РФ позволяет говорить о соглашении об уплате алиментов как о правовом институте. В литературе выделяются два подхода

к определению его отраслевой принадлежности: одна группа авторов считает его семейно-правовым институтом<sup>1</sup>, другая – смешанным<sup>2</sup>. С учетом этих подходов сформировалось три точки зрения на юридическую сущность соглашения об уплате алиментов:

<sup>1</sup> См., например: Ксенофонтова Д.С. Соотношение договоров о предоставлении содержания в семейном праве // Бюллетень нотариальной практики. 2011. № 2. С. 22.

<sup>2</sup> См., например: Головистикова А.Н., Грудцына Л.Ю., Малышев В.А., Спектор А.А. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации (постатейный) // СПС КонсультантПлюс.

© Усачева Елена Александровна

\* Старший преподаватель кафедры гражданского и трудового права, Воронежский институт Федеральной службы исполнения наказаний России [duhanchik@mail.ru]

394072, Россия, г. Воронеж, ул. Иркутская, д. 1а.



- 1) сторонники смешанного характера рассматриваемого института определяют соглашение об уплате алиментов как гражданско-правовой договор;
- 2) приверженцы семейно-правового характера института алиментных соглашений разделяют одну из следующих позиций:
  - соглашение об уплате алиментов как юридическое явление представляет собой семейно-правовой договор;
  - соглашение об уплате алиментов не является договором, а представляет собой двусторонний семейно-правовой акт<sup>3</sup> или специфический юридический факт<sup>4</sup>.

Аргументация представителей первой точки зрения, в частности Д.А. Медведева, П.В. Крашенинникова, М.В. Антокольской, сводится, как правило, к следующим моментам. Во-первых, наличие у соглашения об уплате алиментов классических признаков гражданско-правового договора – совпадающего волеизъявления его участников, направленного на установление, изменение или прекращение прав у сторон<sup>5</sup>. Во-вторых, применение к заключению, исполнению, расторжению и признанию недействительным соглашения об уплате алиментов норм Гражданского кодекса РФ (п.1 ст. 101 СК РФ), а также тождество последствий несоблюдения установленной законом формы соглашения об уплате алиментов последствиям несоблюдения нотариальной формы гражданско-правовых сделок (п.1 ст. 100 СК РФ, п. 1 ст. 165 ГК РФ)<sup>6</sup>. В литературе обращается внимание на то, что Гражданский кодекс РФ (ст. 336, 383, 411, 414 и др.) также неоднократно упоминает об алиментах<sup>7</sup>, из чего следует вывод о гражданско-правовом характере права на алименты и алиментного обязательства.

Данный подход, таким образом, является цивилистическим и в той или иной мере исходит из служебной роли семейного права по отношению к гражданскому. Представляется, что источник такой позиции находится в дли-

тельном давлении гражданского права над семейным, лишь недавно официально признанным юридической наукой самостоятельной правовой отраслью. Однако многолетнее единство этих отраслей и после разрыва определяет наличие между ними своего рода связующих нитей, в качестве которых выступают отсылочные нормы. Кроме того, исходя из распространенного в науке мнения, что гражданское право является базовой отраслью, а семейное право – специальной, а также с учетом норм статьей 4 и 5 Семейного кодекса РФ, применение цивилистического подхода предполагает смешанный характер любого семейно-правового института. Представляется также, что определять юридическую сущность правового явления, руководствуясь при этом в основном формально-юридическими критериями, значит занимать позитивистскую позицию. Полученные на основании этого выводы являются результатом анализа лишь «верхушки айсберга».

В связи с этим более обоснованной представляется точка зрения О.В. Капитовой<sup>8</sup>, идентифицирующей указания статей 100 и 101 Семейного кодекса РФ как юридико-технический прием законодателя, с помощью которого некоторые процедурные вопросы в отношении алиментного соглашения решаются исходя из принципа нормативной экономии.

Цивилистическому подходу противостоит семейно-правовой, отстаивающий семейно-правовой характер права на алименты, алиментного обязательства и соответственно соглашений об уплате алиментов.

Данную позицию последовательно отстаивает С.Ю. Чашкова<sup>9</sup>, выделяющая ряд особенностей алиментных обязательств, отличающих их от гражданско-правовых договоров: особая юридическая связь субъектов (как правило, родственная) и их специфическая социальная характеристика (возраст, нетрудоспособность, нуждаемость и т.п.); ограничение равенства, имущественной самостоятельности, а также автономии воли сторон алиментных отношений в противовес участникам гражданских правоотношений; безвозмездность алиментных обязательств и их личный характер. О.А. Макеева, говоря о специфике алиментных соглашений, обращает внимание на то, что для них не характерен принцип свободы

<sup>3</sup> Капитова О.В. Правовая природа механизма алиментирования в семейном праве Российской Федерации : монография. М.: Юриспруденция, 2010. С. 67.

<sup>4</sup> Гончаренко Е.В. Соглашения об уплате алиментов : правовая природа, соотношение с иными договорами // Семейное и жилищное право. 2006. № 3. С. 14.

<sup>5</sup> Антокольская М.В. Семейное право: учебник. М.: Юрист, 2002. С. 232.

<sup>6</sup> См., например: Исполнительное производство: процессуальная природа и цивилистические основы / под ред. Д.Х. Валеева, М.Ю. Чельшева. М.: Статут, 2007. С. 98.

<sup>7</sup> Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2006. С. 291.

<sup>8</sup> Капитова О.В. Правовая природа механизма алиментирования в семейном праве Российской Федерации : монография. М.: Юриспруденция, 2010. С. 67.

<sup>9</sup> Чашкова С.Ю. О.А. Система договорных обязательств в российском семейном праве: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 113.



договора<sup>10</sup>. С.В. Букшина отмечает, что имущественные отношения между членами семьи являются предметом регулирования семейного законодательства<sup>11</sup>.

Исходя из этих положений названные авторы идентифицируют соглашение об уплате алиментов как семейно-правовой договор. Однако единственным мнением позиции сторонников семейно-правового подхода к соглашению об уплате алиментов не исчерпываются. В литературе встречаются достаточно интересные и оригинальные точки зрения на юридическую природу рассматриваемого явления.

О.В. Капитова<sup>12</sup>, в частности, поддерживая суждение о семейно-правовом характере соглашения об уплате алиментов, тем не менее определяет его не как договор, а как двусторонний акт. Обосновывая свою позицию, названный автор указывает, что алиментная обязанность вытекает из закона, а потому соглашение об уплате алиментов само по себе является не основанием возникновения, изменения или прекращения прав и обязанностей, а либо способом реализации уже существующего права и наличествующей обязанности, либо, если соглашение изменяет установленный законом порядок алиментирования, способом конкретизации формы выплаты алиментов. Близкую изложенной позиции занимает Г.В. Богданова, говоря о том, что смысл алиментного соглашения как семейно-правового акта состоит лишь в предоставлении его участникам гарантии принудительного взыскания алиментов без обращения в суд<sup>13</sup>.

В юридической науке встречается и более радикальный подход, сторонники которого настаивают на том, что соглашение об уплате алиментов как разновидность семейно-правовых соглашений не является регулятором семейных отношений и не выступает в качестве юридического факта<sup>14</sup>.

Такой вывод, возможно, имеет под собой основания, однако представляется чрезмерно категоричным. Руководствуясь при анализе законодательства тем, что при наличии правил, регламентирующих те или иные отношения, совершенное в рамках закона действие, направленное на их изменение, не является юридическим фактом и не влечет изменения прав и обязанностей, мы приходим к поразительным выводам. Так, например, наследственные правоотношения возникают в связи со смертью наследодателя либо на основании закона, либо на основании завещания, суть которого и состоит в том, чтобы изменить установленные законом правила. Если спроецировать изложенные выше мнения на наследственное право, то завещание, которое в литературе повсеместно приводится в качестве классического примера односторонней сделки, не будет являться юридическим фактом, так как наследственные правоотношения могут возникнуть и без него, свобода завещателя ограничена требованиями об обязательной доле в наследстве, завещание лишь конкретизирует нормы законодательства об очередности наследования и т.д. Абсурдность этого утверждения как нельзя лучше иллюстрирует недостаточную обоснованность изложенных мнений.

Для определения позиции по вопросу о том, может ли соглашение об уплате алиментов служить основанием возникновения прав и обязанностей, принципиально важным является решение вопроса о круге его субъектов и о том, могут ли являться таковыми лицами, не поименованные в законе в качестве плательщиков и получателей алиментов. Однако, по нашему мнению, такое соглашение как минимум является юридическим фактом, влекущим за собой изменение правоотношений сторон, возникших в силу закона. С бытующим в литературе мнением о том, что алиментные соглашения не являются договорами, так как их предмет (алименты) устанавливается законом, а не сторонами<sup>15</sup>, также нельзя согласиться, поскольку, на наш взгляд предмет соглашения составляют не алименты сами по себе, а именно их размер, как, например, предмет договора займа составляет конкретная денежная сумма, а не деньги вообще, предмет договора купли-продажи недвижимости составляет объект, расположенный по конкретному адресу, а не абстрактная недвижимость и т.д.<sup>16</sup>. Т.В. Шершень, в частности, отмечает,

<sup>10</sup> Макеева О.А. Актуальные направления реформирования алиментного законодательства России // Семейное и жилищное право. 2012. № 2. С. 12.

<sup>11</sup> Букшина С.В. Право ребенка на получение содержания от своих родителей: вопросы осуществления // Семейное и жилищное право. 2012. № 3. С. 12.

<sup>12</sup> Капитова О.В. Правовая природа механизма алиментирования в семейном праве Российской Федерации. С. 66–67.

<sup>13</sup> Богданова Г.В. Проблемы правового регулирования личных и имущественных отношений между родителями и детьми: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 12.

<sup>14</sup> Титаренко Е.П. Понятие и характеристика соглашений в семейном праве // Семейное и жилищное право. 2005. № 2. С. 9.

<sup>15</sup> Капитова О.В. Правовая природа механизма алиментирования в семейном праве Российской Федерации. С. 66.

<sup>16</sup> Показательно, что при аргументации своей позиции по поводу юридической природы алиментного со-



что право требования получателя алиментов имеет строго определенный объем, соответствующий заключенному договору об уплате алиментов или решению суда<sup>17</sup>.

Так, например, в результате заключения соглашения об уплате алиментов бывшему супругу у сторон возникают право и обязанность соответственно на получение и выплату конкретной денежной суммы (предоставление конкретного имущества и т.д.). При ненадлежащем исполнении обязанности плательщиком получатель алиментов будет иметь право на взыскание той суммы, которая оговорена в соглашении, а не твердой суммы, определяемой по правилам статьи 91 СК РФ. Иными словами, получатель приобретает право на алименты в конкретном размере и виде. Представляется нелогичным говорить о том, что в возникновении такого права алиментное соглашение не играет никакой роли.

Учитывая тот факт, что минимальные размеры алиментов установлены только в отношении несовершеннолетних детей (ст. 81 СК РФ) с отнесением определения размера иных видов алиментов на усмотрение сторон или суда (ст. 91, 98 СК РФ), а также то, что соглашение об уплате алиментов редко устанавливает идентичные законным размеры платежей (в таком случае сторонам гораздо проще получить судебный приказ, минуя дорогостоящие услуги нотариуса), мы приходим к выводу о том, что стороны соглашения об уплате алиментов самостоятельно определяют его предмет, при этом положения раздела V Семейного кодекса РФ выполняют роль императивов. Иными словами, в результате заключения соглашения возникает обязательство в новом виде.

Игнорировать тот факт, что условия возникновения алиментной обязанности в виде соответствующе родственной или иной связи установлены законом, а также то, что еще до заключения соглашения стороны уже связаны правами и обязанностями, не представ-

ляется возможным. Однако делать из этого вывод о недоговорном характере соглашения об уплате алиментов также неверно. Аналогичные особенности, в частности, имеет брачный контракт, поименованный законом как договор: его сторонами могут быть только определенные лица (супруги), которые до момента заключения брачного договора уже были связаны правоотношениями (законный режим имущества супругов)<sup>18</sup>. Поэтому, по нашему мнению, алиментное обязательство в определенном соглашении виде возникает на основании двух юридических фактов: факта-основания алиментной обязанности<sup>19</sup> и факта заключения соглашения об уплате алиментов, устанавливающего размер, форму, способ и порядок исполнения алиментной обязанности. Алиментное соглашение, таким образом, является договором и элементом фактического состава, влекущим изменение существовавших ранее в силу закона прав и обязанностей.

Специфические особенности соглашения об уплате алиментов обусловлены его семейно-правовым характером. Как справедливо заметила Н.Ф. Звенигородская, договор (соглашение), являясь интегрированным понятием, и в семейном праве проявляет универсальный характер, однако вместе с тем демонстрирует и свою семейно-правовую сущность<sup>20</sup>.

Таким образом, соглашение об уплате алиментов представляет собой семейно-правовой договор, заключение которого влечет изменение возникших ранее в силу закона алиментных отношений сторон. Его обособление в системе договоров основывается на специфике субъектного состава, целевой направленности, порядка заключения и исполнения. Однако юридическая сущность соглашения не исчерпывается договорной природой, проявляя иные свои стороны в следующих аспектах.

В соответствии с частью 2 статьи 100 Семейного кодекса РФ нотариально удостоверенное соглашение об уплате алиментов имеет силу исполнительного лица. Следовательно, алиментное соглашение помимо дого-

глашения О.В. Капитова и Г.В. Богданова ссылаются на литературу советского периода, в который заключение таких соглашений не имело практического смысла, так как суд при вынесении решения в любом случае руководствовался предусмотренными законом ставками.

<sup>17</sup> Шершень Т.В. Частный и публичный интерес в договорном регулировании семейных отношений: дисс. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2002. С. 142.

С этим мнением можно согласиться с оговоркой о том, что и решение суда, и соглашение сторон в этом случае выступают как часть фактического состава, в который входит также и наличие соответствующей родственно-свойственной связи. Алиментные право и обязанность в окончательном виде, таким образом, возникают на основании как минимум двух юридических фактов.

<sup>18</sup> Исключение составляют случаи, когда брачный договор заключен до бракосочетания и вступает в силу после регистрации брака. В этой ситуации стороны изначально связаны договорными отношениями, а не отношениями совместной собственности.

<sup>19</sup> Основанием ее возникновения, как правило, также является фактический состав, например, факт происхождения ребенка от конкретного лица и несовершеннолетний возраст ребенка; факт нахождения сторон в браке и факт беременности супруги и т.д.

<sup>20</sup> Звенигородская Н.Ф. Правовая природа договоров, заключенных членами семьи: вопросы теории и судебной практики // Российский судья. 2011. № 9. С. 5.



вора является одновременно и исполнительным документом<sup>21</sup>.

Нотариально удостоверенное соглашение об уплате алиментов как вид исполнительного документа исполняется по правилам исполнительного производства, условия и порядок осуществления которого определены Федеральным законом «Об исполнительном производстве». При неисполнении плательщиком алиментов обязанностей, принятых на себя по соглашению, судебный пристав-исполнитель по заявлению получателя алиментов должен принять соответствующие меры по принудительному исполнению соглашения.

В системе российского права соглашение об уплате алиментов является единственным договором, которому придается сила исполнительного документа, что также свидетельствует о его особом характере и отличии от гражданско-правовых договоров.

Упрощенный порядок предъявления соглашения к исполнению, а также тот факт, что в соответствии со статьей 110 СК РФ удержание алиментов на основании нотариально удостоверенного соглашения об уплате алиментов может производиться и в случае, если общая сумма удержаний на основании такого соглашения и исполнительных документов превышает пятьдесят процентов заработка и (или) иного дохода плательщика, демонстрирует безусловное превосходство соглашения как способа регулирования алиментных отношений перед иными видами договоров (см. выше) и законным алиментированием. Однако имеются и отрицательные стороны, в частности М.О. Шулая<sup>22</sup> отмечает, что уголовная ответственность за уклонение от уплаты алиментов (ст. 157 УК РФ) возможна только в случае их взыскания на основании судебного акта. Если лицо уклоняется от взыскания алиментов на основании нотариально удостоверенного соглашения, то в уголовно-правовом смысле оно

может быть уверено в своей безнаказанности. Этот факт вновь заставляет нас обратить внимание на принципиальную важность разграничения оснований возникновения алиментной обязанности в том или ином виде и в очередной раз подтверждает отсутствие тождества между обязанностью платить алименты в силу закона и аналогичной обязанностью, возникшей в силу соглашения. Распространение норм статьи 157 УК РФ на уклонение от уплаты алиментов по соглашению являло бы собой уголовную ответственность за неисполнение договорных обязательств, в то время как неисполнение алиментной обязанности в отсутствие соглашения есть нарушение закона, уголовная ответственность за которое при определенных условиях вполне адекватна.

На еще одну немаловажную грань юридической природы соглашения об уплате алиментов обращает внимание О.Н. Шеменова<sup>23</sup>, отмечая, что помимо прочего оно является юридическим фактом, имеющим процессуально-правовое значение: наличие соглашения влечет отказ в принятии искового заявления о взыскании тех же периодических платежей в судебном порядке. В этом смысле алиментное соглашение представляет собой несудебный способ урегулирования разногласий частного характера, который предоставляет сторонам алиментного обязательства самостоятельно согласовать наиболее приемлемые для них условия предоставления содержания нуждающемуся члену семьи. Названный автор, характеризуя природу соглашения с материальной и процессуальной точки зрения, приходит к следующему выводу. Заклячая соглашение об уплате алиментов, стороны, во-первых, устраняют неопределенность алиментного отношения, во-вторых, выбирают внесудебный способ защиты прав получателя алиментов и таким образом регулируют алиментные отношения самостоятельно, исключая возможность применения к ним норм СК РФ об условиях алиментных обязательств. Полагаем, что исходя из понимания соглашения об уплате алиментов как семейно-правового договора, с этими выводами необходимо согласиться.

Специфика алиментного соглашения поставила перед юридической наукой вопрос о степени добровольности такого способа исполнения алиментной обязанности. Так, С.Ю. Чашкова<sup>24</sup>, основываясь на разграничении понятий «алименты» и «содержание» по при-

<sup>21</sup> Л.В. Дзюбровская обращает внимание на возникшую в законодательстве коллизию (Дзюбровская Л.В. Содержание соглашения об уплате алиментов как исполнительного документа // Семейное и жилищное право. 2010. № 2. С. 34). П. 2 ст. 100 СК РФ указывает, что совершенное в нотариальной форме соглашение об уплате алиментов имеет силу исполнительного листа, тогда как Федеральный закон «Об исполнительном производстве» в п. 1 ст. 12 предусматривает, что такое соглашение или его нотариально удостоверенная копия сами по себе являются разновидностью исполнительных документов. Представляется, что эта ошибка законодателя носит технический характер, так как правоприменительная практика едина в понимании соглашения как исполнительного документа.

<sup>22</sup> Шулая О.М. Воспрепятствование осуществлению исполнительного производства – проблема объекта преследования // Право и политика. 2004. № 11.

<sup>23</sup> Шеменова О.Н. Последствия заключения соглашения об уплате алиментов: процессуальный аспект // Семейное и жилищное право. 2012. № 2. С. 29–30.

<sup>24</sup> Чашкова С.Ю. Система договорных обязательств в российском семейном праве. С. 123–127.



знаку добровольности уплаты, делает вывод о том, что плательщик алиментов, заключая соответствующее соглашение, не исполняет тем самым имеющуюся у него обязанность в добровольном порядке, а соглашается на взаимовыгодных условиях исполнять ее принудительным образом.

Однако грамматическое толкование законодательства позволяет сделать вывод о том, что различие между понятиями «содержание» и «алименты» действующим Семейным кодексом РФ нивелировано: в ч.1 ст. 80 упоминается о возможности родителей «...заключить соглашение о содержании своих несовершеннолетних детей (соглашение об уплате алиментов)...», т.е. Кодекс использует эти понятия как тождественные. В действующих правовых реалиях представляется более корректным говорить не о добровольном и принудительном (как это было предусмотрено Основами законодательства СССР и республик о браке 1968 г.), а о судебном и внесудебном порядке уплаты алиментов, поскольку именно такими дефинициями оперирует СК РФ. Характеризуя способ исполнения той или иной обязанности как принудительный, мы подразумеваем применение к обязанному лицу соответствующих мер. Например, на основании решения суда о взыскании алиментов выдается исполнительный лист, после чего начинается исполнительное производство с применением к плательщику алиментов самых разнообразных мер принуждения. Исходя из этого, по нашему мнению, соглашение об уплате алиментов в любом случае неверно характеризовать как принудительный способ исполнения алиментной обязанности, поскольку законным образом принудить плательщика алиментов к его заключению нельзя. С учетом терминологии Семейного кодекса РФ и совместности определения условий соглашения получателем и пла-

тельщиком алиментов такой способ исполнения алиментной обязанности следует считать внесудебно-договорным.

Юридическая природа соглашения об уплате алиментов, таким образом, отличается разносторонностью. С материально-правовой точки зрения алиментное соглашение представляет собой семейно-правовой договор, заключение которого, образуя совместно с фактом-основанием алиментной обязанности в силу закона фактический состав, влечет изменение ранее возникших алиментных отношений сторон.

С процессуальной точки зрения соглашение об уплате алиментов – это, во-первых, исполнительный документ, во-вторых, внесудебно-договорной способ регулирования объема и порядка исполнения алиментной обязанности, в-третьих, основание отказа в принятии искового заявления о взыскании тех же периодических платежей в судебном порядке.

Глубокое понимание сущности алиментного соглашения является необходимым условием успешного функционирования этого правового института на практике. Сила исполнительного листа определяет невозможность включения в соглашение условий, не связанных непосредственно с исполнением алиментной обязанности, семейно-правовой характер влечет известные ограничения свободы усмотрения сторон, внесудебно-договорной характер обуславливает невозможность привлечения к уголовной ответственности за неисполнение соглашения, а равно заявления иска о взыскании алиментов в период действия соглашения. Особенности юридической природы, таким образом, детерминируются требованиями к субъектному составу, содержанию, порядку заключения, изменения, расторжения и признания недействительным соглашения об уплате алиментов.

#### Библиография:

1. Антокольская М.В. Семейное право: учебник. – М.: Юристъ, 2002. – 336 с.
2. Богданова Г.В. Проблемы правового регулирования личных и имущественных отношений между родителями и детьми: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. – 34 с.
3. Букшина С.В. Право ребенка на получение содержания от своих родителей: вопросы осуществления // Семейное и жилищное право. – 2012. – №3. – С. 11–13.
4. Головистикова А.Н., Грудцына Л.Ю., Малышев В.А., Спектор А.А. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации (постатейный) // СПС КонсультантПлюс.
5. Гончаренко Е.В. Соглашения об уплате алиментов : правовая природа, соотношение с иными договорами // Семейное и жилищное право. – 2006. – № 3. – С. 13–17.
6. Дзюбровская Л.В. Содержание соглашения об уплате алиментов как исполнительного документа // Семейное и жилищное право. – 2010. – №2. – С. 32–34.
7. Звенигородская Н.Ф. Правовая природа договоров, заключенных членами семьи: вопросы теории и судебной практики // Российский судья. – 2011. – №9. – С. 3–7.
8. Исполнительное производство: процессуальная природа и цивилистические основы / под ред. Д.Х. Валеева, М.Ю. Чельшева. – М.: Статут, 2007. – 140 с.



9. Капитова О.В. Правовая природа механизма алиментирования в семейном праве Российской Федерации : монография. – М.: Юриспруденция, 2010. – 136 с.
10. Ксенофонтова Д.С. Соотношение договоров о предоставлении содержания в семейном праве // Бюллетень нотариальной практики. – 2011. – № 2. – С. 22–24.
11. Макеева О.А. Актуальные направления реформирования алиментного законодательства России // Семейное и жилищное право. – 2012. – № 2. – С. 11–14.
12. Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / под ред. П.В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2006. – 557 с.
13. Семейное право: учебник / под ред. П.В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2008. – 302 с.
14. Титаренко Е.П. Понятие и характеристика соглашений в семейном праве // Семейное и жилищное право. – 2005. – № 2. – С. 7–9.
15. Чашкова С.Ю. Система договорных обязательств в российском семейном праве: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. – 187 с.
16. Шеменева О.Н. Последствия заключения соглашения об уплате алиментов : процессуальный аспект // Семейное и жилищное право. – 2012. – № 2. – С. 29–31.
17. Шершень Т.В. Частный и публичный интерес в договорном регулировании семейных отношений: дисс. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2002. – 202 с.
18. Шулая О.М. Воспрепятствование осуществлению исполнительного производства – проблема объекта посягательства // Право и политика. – 2004. – № 11.

#### References:

1. Antokol'skaya M.V. Semeinoe pravo : Uchebnik. – M.: Yurist", 2002. – 336 s.
2. Bogdanova G.V. Problemy pravovogo regulirovaniya lichnykh i imushchestvennykh otnoshenii mezhdru roditelyami i det'mi: avtoref. diss. ... kand. jurid. nauk. Saratov, 1999. – 34 s.
3. Bukshina S.V. Pravo rebenka na poluchenie sodержaniya ot svoikh roditel'ei: voprosy osushchestvleniya // Semeinoe i zhilishchnoe pravo. – 2012. – № 3. – S. 11–13.
4. Golovistikova A.N., Grudtsyna L.Yu., Malyshev V.A., Spektor A.A. Kommentarii k Semeinomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii (postateinyi) //SPS Konsul'tantPlyus.
5. Goncharenko E.V. Soglasheniya ob uplate alimentov : pravovaya priroda, sootnoshenie s inymi dogovorami // Semeinoe i zhilishchnoe pravo. – 2006. – № 3. – S. 13–17.
6. Dzyubrovskaya L.V. Soderzhanie soglasheniya ob uplate alimentov kak ispolnitel'nogo dokumenta // Semeinoe i zhilishchnoe pravo. – 2010. – № 2. – S. 32–34.
7. Zvenigorodskaya N.F. Pravovaya priroda dogovorov, zaklyuchennykh chlenami sem'i: voprosy teorii i sudebnoi praktiki // Rossiiskii sud'ya. – 2011. – № 9. – S. 3–7.
8. Ispolnitel'noe proizvodstvo: protsessual'naya priroda i tsivilisticheskie osnovy / pod red. D.Kh. Valeeva, M.Yu. Chelysheva. – M.: Statut, 2007. – 140 s.
9. Kapitova O.V. Pravovaya priroda mekhanizma alimentirovaniya v semeinom prave Rossiiskoi Federatsii : monografiya. – M.: Yurisprudentsiya, 2010. – 136 s.
10. Ksenofontova D.S. Sootnoshenie dogovorov o predostavlenii sodержaniya v semeinom prave // Byulleten' notarial'noi praktiki. – 2011. – № 2. – S. 22–24.
11. Makeeva O.A. Aktual'nye napravleniya reformirovaniya alimentnogo zakonodatel'stva Rossii // Semeinoe i zhilishchnoe pravo. – 2012. – № 2. – S. 11–14.
12. Postateinyi kommentarii k Semeinomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii / pod red. P.V. Krashennnikova. – M.: Statut, 2006. – 557 s.
13. Semeinoe pravo : Uchebnik / pod red. P.V. Krashennnikova. – M.: Statut, 2008. – 302 s.
14. Titarenko E.P. Ponyatie i kharakteristika soglashenii v semeinom prave // Semeinoe i zhilishchnoe pravo. – 2005. – № 2. – S. 7–9.
15. Chashkova S.Yu. Sistema dogovornykh obyazatel'stv v rossiiskom semeinom prave: diss. ... kand. jurid. nauk. M., 2004. – 187 s.
16. Shemeneva O.N. Posledstviya zaklyucheniya soglasheniya ob uplate alimentov: protsessual'nyi aspekt // Semeinoe i zhilishchnoe pravo. – 2012. – № 2. – S. 29–31.
17. Shershen' T.V. Chastnyi i publichnyi interes v dogovornom regulirovanii semeinykh otnoshenii: diss. ... kand. jurid. nauk. Perm', 2002. – 202 s.
18. Shulaya O.M. Vosprepyatstvovanie osushchestvleniyu ispolnitel'nogo proizvodstva – problema ob'ekta posyagatel'stva // Pravo i politika. – 2004. – № 11.

Материал поступил в редакцию 7 ноября 2013 г.



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

К.А. Васичкин\*

## РЕГУЛИРОВАНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ИНФОРМАЦИОННЫХ ПОСРЕДНИКОВ В ЦЕЛЯХ ОХРАНЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ В СЕТИ «ИНТЕРНЕТ» ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИИ, США И ЕС

**Аннотация:** Законодательное регулирование деятельности информационных посредников с целью обеспечения охраны интеллектуальных прав в сети «Интернет» на сегодняшний день является одной из самых актуальных проблем в охране интеллектуальной собственности не только в российском, но и в зарубежном праве. Лишь немногие государства содержат в своём законодательстве нормы, устанавливающие ответственность информационных посредников. Статья посвящена сравнению норм регулирующих деятельность информационных посредников с целью обеспечения охраны интеллектуальных прав в сети «Интернет» закреплённых в законодательстве России, США и ЕС. В статье рассматриваются основания наступления ответственности информационных посредников, закреплённые в законодательствах этих стран. Сравнение законодательства позволяет сделать вывод о том, что законодательное регулирование указанных стран в данной области сформулировано достаточно схоже, вместе с тем в статье отдельно отмечаются различия в законодательстве и даётся оценка таких различий. Одновременно указывается на отсутствие в рамках сравниваемых законодательств возможности полностью обеспечить охрану интеллектуальных прав в сети «Интернет», и отмечается необходимость дальнейшего совершенствования законодательства в данной области.

**Ключевые слова:** интеллектуальная собственность, авторское право, смежные права, информационный посредник, оператор связи, провайдер, США, ЕС, Интернет, DMCA.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10289

Единых подходов в решении вопроса о необходимости привлечения к ответственности информационных посредников за нарушение интеллектуальных прав третьими лицами в ходе функционирования систем ин-

формационных посредников основания наступления и объёмов такой ответственности в законодательствах зарубежных стран не существует. Но вместе с тем можно отметить, что многие развитые страны уже имеют действу-

© Васичкин Кирилл Алексеевич

\* Аспирант кафедры гражданско-правовых дисциплин, Московский городской педагогический университет  
[kirillva@gmail.com]

105187, Россия, г. Москва, ул. Фортунатовская, д. 25, кв. 73.



ющее законодательство в данной области. К числу наиболее актуальных законодательных актов в данной области можно отнести принятый в декабре 1998 г. Digital Millennium Copyright Act, «Закон об авторском праве в цифровую эпоху» (далее – DMCA)<sup>1</sup>, которым были внесены дополнения в Закон США Copyright Act, «Об авторском праве»<sup>2</sup> и Директиву ЕС № 2000/31/ЕС Directive on electronic commerce «Об электронной коммерции», принятую Европейским парламентом 8 июня 2000 года (далее – Директива ЕС)<sup>3</sup>.

В зарубежном законодательстве лиц, оказывающих технические услуги в ходе функционирования сети «Интернет», называют по-разному: в европейском законодательстве существует термин «intermediary service providers», в американском законодательстве – ISP (Internet Service Provider), on-line service provider, provider of access, provider of the informational content, в данной публикации для обозначения этих лиц будет использован термин «информационные посредники».

В законодательстве США и ЕС объекты интеллектуальной собственности, находящиеся в сети «Интернет», обозначаются как информация, что не характерно для законодательства России и может создать неверное представление о регулируемых правоотношениях, поэтому в данной публикации объекты интеллектуальной собственности, находящиеся в сети «Интернет» будут обозначаться, как материалы.

Законодательство США и ЕС допускает возможность привлечения информационных посредников к ответственности. Вместе с тем законодательство, как США, так и ЕС, предусматривает условия, при наличии которых информационные посредники не могут быть привлечены к ответственности. Законодательство в России построено аналогичным образом.

В США и ЕС законодательство, регулирующее деятельность информационных посредников, появилось гораздо раньше, чем в России.

В России к тому же прошёл достаточно длительный срок от появления самой идеи формирования законодательной базы, посвящённой

регулированию деятельности информационных посредников с целью обеспечения охраны интеллектуальных прав в сети «Интернет», реализация которой закреплялась, начиная с 2000 г. в нескольких законопроектах<sup>4</sup>, и к реализации которой снова вернулись, закрепив необходимость её воплощения в концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации от октября 2009 г.<sup>5</sup> Позднее идеи, заложенные в концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, нашли своё отражение в нескольких законопроектах, посвящённых реформированию ГК РФ, содержащих в себе нормы, направленные на регулирование деятельности информационных посредников.

В России 01.08.2013 г. вступил в силу Федеральный закон от 02.07.2013 г. № 187-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях»<sup>6</sup> (далее – Закон от 02.07.2013 г. № 187-ФЗ). Его принятие не следует рассматривать как принятие отдельных положений из проектов реформирования ГК РФ, так как в отличие от них в данном случае законодателем был предусмотрен комплексный механизм борьбы с нарушением интеллектуальных прав, выходящий за рамки нормативного закрепления отдельных положений только в ГК РФ. В Закон от 02.07.2013 г. № 187-ФЗ также были включены поправка в ГПК, АПК и Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

Законом от 02.07.2013 г. № 187-ФЗ в ГК РФ вводится ст. 1253.1, содержащая термин, определяющий информационных посредников в зависимости от выполняемых ими функций как лиц, которые:

- предоставляют возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения в информационно-телекоммуникационной сети (далее – сети «Интернет»);

<sup>1</sup> Digital Millennium Copyright Act, December 1998 // URL: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> (дата обращения: 08.10.2013 г.).

<sup>2</sup> Copyright Act of 1976 // URL: <http://www.copyright.gov/title17/> (дата обращения: 08.10.2013 г.).

<sup>3</sup> Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) // URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:En:HTML> (дата обращения: 08.10.2013 г.).

<sup>4</sup> Наумов В.Б. Право и Интернет. М.: Книжный дом «Университет», 2002. С.200.

<sup>5</sup> Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

<sup>6</sup> О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях: Федеральный закон от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ // Российская газета. 2013 г. № 6124.



- осуществляют передачу материала в сети «Интернет»;
- обеспечивают доступ к материалу в сети «Интернет».

Предусматривая для них специальные условия освобождения от ответственности за нарушение интеллектуальных прав в зависимости от выполняемых ими функций.

Схожие, специальные условия наступления ответственности информационных посредников в зависимости от выполняемых функций содержит и законодательство США и ЕС.

В законодательстве США, содержатся специальные нормы, в которых закреплены основания освобождения от ответственности информационных посредников в зависимости от следующих четырех видов выполняемых ими функций:

- в связи с передачей материалов, согласно п. а раздела II DMCA;
- в связи с временным размещением материалов (кэшированием), согласно п. b раздела II DMCA;
- в связи с постоянным размещением материалов в системах или сетях по инструкции пользователя (хостинг), согласно п. c раздела II DMCA;
- при использовании им инструментов о местонахождении материалов, согласно п. d раздела II DMCA.

Директива ЕС устанавливает три вида функций информационного посредника, осуществление которых предполагает специальные основания наступления его ответственности:

- простая передача материалов, в соответствии со ст. 12, разделом 4, главой II Директивы ЕС;
- временное размещение материала, в соответствии со ст. 13, разделом 4, главой II Директивы ЕС;
- постоянное размещение материала, в соответствии со ст. 14, разделом 4, главой II Директивы ЕС.

Стоит рассмотреть подробнее, какие необходимые для освобождения от ответственности за нарушение интеллектуальных прав в сети «Интернет» требования предъявляются к информационным посредникам законодательствами России, США и ЕС.

Временное размещение материалов (кэширование), регулирование которого предусматривается п. b раздела II DMCA и ст. 13 раздела 4 главы II Директивы ЕС, в нашем законодательстве данная норма не имеет индивидуального закрепления для информационных посредников, а сформулирована общим образом для всех лиц в пп.1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, указывающем, что запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также счи-

тается воспроизведением, кроме случая, когда такая запись является временной и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи или правомерное доведение произведения до всеобщего сведения.

Специальные условия ответственности при передаче материалов в Российском законодательстве закреплены в п. 2 ст. 1253.1 ГК РФ, в котором указывается, что информационный посредник, осуществляющий передачу материала в информационно-телекоммуникационной сети, не несет ответственности за нарушение интеллектуальных прав, произошедшее в результате этой передачи, при одновременном соблюдении следующих условий:

- 1) он не является инициатором этой передачи и не определяет получателя указанного материала;
- 2) он не изменяет указанный материал при оказании услуг связи, за исключением изменений, осуществляемых для обеспечения технологического процесса передачи материала;
- 3) он не знал и не должен был знать о том, что использование соответствующего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицом, инициировавшим передачу материала, содержащего соответствующий результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, является неправомерным.

В п. а раздела II DMCA содержатся специальные условия ответственности информационных посредников, осуществляющих передачу материалов, закрепляется, что для освобождения от ответственности информационный посредник, осуществляющий передачу материалов из одной точки сети «Интернет» в другую, его действия должны соответствовать следующим условиям:

- 1) передача материалов не должна быть инициирована информационным посредником;
- 2) все действия с материалом должны осуществляться посредством автоматических процессов без выборки материала;
- 3) не должен осуществляться выбор получателя материала;
- 4) все промежуточные копии должны быть никому не доступны, кроме получателя, и не должны сохраняться дольше, чем это объективно необходимо;
- 5) материал не должен изменяться.

В законодательстве ЕС ст. 12 раздела 4 главы II устанавливается, что в случае если услуга представляет собой передачу материала



пользователю по коммуникационной сети или предоставление доступа к коммуникационной сети, информационные посредники не будут нести ответственность за передаваемый материал при условии, что:

- он не должен быть инициатором передачи материала,
- он не должен выбирать получателя и изменять материал.

Сравнивая законодательное регулирование деятельности информационных посредников при передаче материала, можно отметить, что ключевым отличием законодательства США и ЕС от российского законодательства можно назвать, что в законодательстве России на информационного посредника накладывается дополнительное условие, соблюдение которого необходимо для освобождения от ответственности, предусматривающее, что информационный посредник не знал и не должен был знать о том, что использование соответствующего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицом, инициировавшим передачу материала, содержащего соответствующий результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, является неправомерным.

Такое положение российского законодательства может вынудить информационных посредников, осуществляющих передачу материала в сети «Интернет», выполнять требования по блокировке доступа к информационному ресурсу по заявлению любого лица, уведомившего информационного посредника, осуществляющего передачу материалов о происходящем нарушении интеллектуальных прав. В случае если информационный посредник не выполнит такое требование, он также будет подлежать привлечению к ответственности за нарушение интеллектуальных прав. Но при этом для информационного посредника, осуществляющего передачу материала, будет крайне затруднительно оценивать правомерность действий такого заявителя.

Специальные условия ответственности при размещении материалов в российском законодательстве закреплены в п.3 ст. 1253.1 ГК РФ, в котором указывается, что информационный посредник, предоставляющий возможность размещения материала в информационно-телекоммуникационной сети, не несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав, произошедшее в результате размещения в информационно-телекоммуникационной сети материала третьим лицом или по его указанию при одновременном соблюдении информационным посредником следующих условий:

- 1) он не знал и не должен был знать о том, что использование соответствующего ре-

зультата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, содержащихся в таком материале, является неправомерным;

- 2) он в случае получения в письменной форме заявления правообладателя о нарушении интеллектуальных прав с указанием страницы сайта и (или) сетевого адреса в сети «Интернет», на которых размещен такой материал, своевременно принял необходимые и достаточные меры для прекращения нарушения интеллектуальных прав. Перечень необходимых и достаточных мер и порядок их осуществления могут быть установлены законом.

В законодательстве США специальные условия ответственности информационных посредников, предоставляющих возможность размещения материалов регулируются в соответствии с п. с раздела II DMCA.

Информационный посредник не несет ответственности за незаконные материалы, размещенные по указанию пользователя. Для применения этого основания освобождения от ответственности должны быть соблюдены следующие условия:

- 1) информационный посредник не должен знать о фактах и обстоятельствах, из которых с очевидностью следует о незаконном материале или действиях;
- 2) информационный посредник не должен получать от использования материала прямой финансовой выгоды, связанной с таким использованием;
- 3) при получении надлежащего уведомления о нарушении, материал должен быть оперативно удален или заблокирован.

Кроме того, информационным посредникам необходимо сообщать в Бюро по охране авторских прав (Copyright Office) о назначении представителя, уполномоченного получать уведомления о нарушении авторских и смежных прав.

В законодательстве ЕС специальные условия ответственности информационных посредников, предоставляющих возможность размещения материалов, регулируется в соответствии с ст. 14 раздела 4 главы II Директивы ЕС.

Информационный посредник освобождается от ответственности за размещение материалов пользователя, осуществляемое по указанию пользователя в случае, если:

- 1) он не осведомлен о незаконной деятельности или о незаконном характере материалов, не знает о фактах или обстоятельствах, которые очевидно указывают на незаконную деятельность или материал;
- 2) при получении сведений о незаконной деятельности или о незаконном материале он



предпринимает оперативные действия по устранению или прекращению доступа к такому материалу.

Сравнивая законодательное регулирование деятельности информационных посредников при размещении материала, можно отметить, что российское законодательство здесь наиболее схоже с законодательством ЕС и в нём не нашло своего отражения специальное условие ответственности, закреплённое в законодательстве США, предусматривающее, что информационный посредник не должен получать от использования материала прямой финансовой выгоды, связанной с таким использованием. Введение подобного условия в российское законодательство могло бы повысить уровень защищённости интеллектуальной собственности и послужить дополнительным препятствием для информационных посредников, строящих свою деятельность на основании нарушения интеллектуальных прав.

Специальные условия ответственности информационных посредников при размещении информации о материале, распространяемом с нарушением интеллектуальных прав (ссылок), содержатся в п. d раздела II DMCA и в ст. 1253.1 ГК РФ и отсутствуют в законодательстве ЕС.

В п.1 ст. 1253.1 ГК РФ в качестве одного из видов деятельности информационных посредников выделяется предоставление возможности размещения информации, необходимой для получения материалов с использованием информационно-телекоммуникационной сети. А в п. 5 той же статьи указывается, что правила настоящей статьи применяются в отношении лиц, предоставляющих возможность доступа к информации, необходимой для получения материала с использованием информационно-телекоммуникационной сети.

В законодательстве США п. d Раздела II DMCA содержит положения, регулирующие деятельность информационного посредника, размещающего ссылки, результаты поисковых запросов, индексы и тому подобное.

Данное положение закрепляет специальное условие ответственности информационного

посредника за действия по перенаправлению или соединению пользователей с информационным ресурсом, который содержит незаконные материалы, в случае соблюдения следующих условий:

- 1) информационный посредник не должен быть осведомлен в достаточной мере о том, что материал является незаконным;
- 2) в случае если информационный посредник наделен правом и возможностью осуществлять контроль в отношении незаконных действий, он не должен при этом получать прямой финансовой выгоды от незаконной деятельности пользователя;
- 3) по получении надлежащего уведомления о нарушении, он обязан закрыть или заблокировать материалы в кратчайшие сроки.

Присутствие данных норм в законодательстве России и США позволит правообладателям не только бороться с незаконно размещёнными в сети материалами, нарушающими их интеллектуальные права, но и требовать удаления ссылок на такой материал, что также ввиду особенностей функционирования сети «Интернет», распространение материалов в которой осуществляется преимущественно с помощью информации (ссылок), окажет благотворное влияние на охрану интеллектуальной собственности.

Можно сделать вывод, что принятое в России законодательство в области регулирования деятельности информационных посредников с целью обеспечения охраны интеллектуальных прав в сети «Интернет» сформулировано достаточно близко с рассмотренными зарубежными аналогами. Однако ни рассмотренные варианты зарубежного законодательного регулирования, ни законодательного регулирования, принятого в России в данной области, не могут полностью обеспечить охрану интеллектуальных прав в сети «Интернет». Законодательное регулирование в данной области ещё нуждается в совершенствовании, чтобы удовлетворить интересы все участников регулируемых им правоотношений.

#### Библиография:

1. Наумов В.Б. Право и Интернет. М.: Книжный дом «Университет», 2002.

#### References:

1. Naumov V.B. Pravo i Internet. M.: Knizhnyi dom «Universitet», 2002.

*Материал поступил в редакцию 25 ноября 2013 г.*



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО ПРАВА

Х.А.Х. Хасан\*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

## УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС РЕСПУБЛИКИ ИРАК: ХАРАКТЕРИСТИКА ОБЩЕЙ ЧАСТИ

**Аннотация:** Уголовное законодательство Республики Ирак представляет значительный интерес для компаративистов. Речь идет не только о том, каким оно было при режиме Саддама Хусейна, но и о том, что собой представляет данное законодательство в наше время. Анализ общих положений ныне действующего Уголовного кодекса Ирака подтверждает в целом более прогрессивный характер данного документа. В частности, исключена смертная казнь за многие преступления, сокращен максимальный срок лишения свободы за другие преступления. УК придерживается формального определения преступления, сохраняет деление уголовных преступлений на мисдиминоры, фелонии и нарушения (на этой классификации построена система наказаний). Само преступление образует единство психического и физического элементов. Субъектами преступления УК признает физическое лицо (достигшее 7 лет) и юридическое лицо. Наказания делятся на основные, «связанные» и дополнительные. Кроме того, предусмотрены меры предупреждения и основные меры предупреждения. Реформа УК Ирака еще не закончена. Очевидно, в обозримом будущем предстоит решать вопрос о принятии нового УК, поскольку ныне действующий – всего лишь видоизмененный УК Саддама Хусейна.

**Ключевые слова:** Республика Ирак, уголовное законодательство, Курдистан, уголовные преступления, наказание, категории преступлений, структура преступления, субъект преступления, меры предупреждения, дополнительные наказания.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10347

Основным источником иракского законодательства, включая уголовное, является ислам. Согласно ст. 2 Конституции Ирака, принятой в 2005 г., «ни один закон не может быть принят, если он противоречит установленным нормам ислама».

Источниками уголовного права Ирака следует считать также отдельные нормы и принципы самой Конституции. Здесь следует сказать, что согласно ст. 1 Конституции Ирак является федеративным государством, состоящим из 15 децентрализованных провинций и Федерального Района Курдистан (далее – Курдистан), включающего 3 северо-восточные провинции

(Эрбиль, Сулеймания и Дохук)<sup>1</sup>. Статьи 107 и 110 Конституции перечисляют, соответственно, исключительные полномочия федеральных органов власти и полномочия, находящиеся в совместном ведении органов Федерации и ее субъектов. Об уголовном законодательстве прямо ничего не сказано ни в ст. 107, ни в ст. 110 Конституции. Из сказанного следует,

<sup>1</sup> Конституция Ирака <<http://worldconstitutions.ru/archives/338>> (последнее посещение – 07.11.2013 г.). Конституция Ирака не запрещает создание других районов (ст.112), однако на момент ее принятия и по настоящее время таким районом является только Курдистан.

© Хасан Хунар амеен хасан

\* Аспирант кафедры уголовного права, Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА)  
[bazyan45@yahoo.com]

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



что оно должно быть отнесено к ведению субъектов Иракской федерации. Однако в действительности в Ираке действует один Уголовный кодекс (далее – УК) – федеральный.

Данный УК был принят в 1969 г. сразу же после государственного переворота, совершенного Партией арабского социалистического возрождения (БААС). Однако после свержения режима БААС во главе с Саддамом Хусейном действие УК не было отменено. Пол Бремер, руководитель Временной коалиционной администрации Ирака (май 2003 г. – июль 2004 г.), распорядился лишь внести определенные коррективы в ряд статей УК. В частности, смертная казнь как максимальное наказание за многие преступления<sup>2</sup> была заменена пожизненным тюремным заключением. Кроме того, был сокращен максимальный срок тюремного заключения (до 15 лет)<sup>3</sup>.

*Структура УК Ирака*<sup>4</sup>. Действующий УК 1969 г. (с изменениями от 14 марта 2010 г.) состоит из 506 статей, объединенных в 4 части (книги):

1. Общие положения.
2. Преступления против общественного благосостояния.
3. Преступления против личности.
4. Нарушения.

В свою очередь, часть 1 «Общие положения» (статьи 1–152) содержит следующие главы:

1. Уголовное законодательство.
2. Общие принципы и определения.
3. Уголовное преступление.
4. Преступник.
5. Наказание.
6. Исключения из положений о преступлениях и наказаниях.

*Классификация преступлений.* Согласно ст. 20 УК все преступления по своему характеру делятся на политические и общеуголовные. Политическим признается преступление, которое совершается по политическому мотиву или нарушает политические права как государственного деятеля, так и частного лица. Все остальные преступления считаются общеуголовными.

Признание преступления политическим должно быть мотивировано судом.

Не признаются политическими следующие преступления (даже в случае их совершения по политическому мотиву):

- (1) преступления, совершенные с корыстным или низменным мотивом;
- (2) преступления, затрагивающие внешнюю безопасность Государства;
- (3) умышленное убийство и покушение на убийство;
- (4) покушение на жизнь Главы Государства;
- (5) терроризм;
- (6) кража, присвоение имущества, подделка документов, нарушение доверия, мошенничество, взяточничество и изнасилование.

*Категории преступлений.* Уголовные преступления делятся на три категории: преступления (фелонии), проступки (мисдиминоры) и нарушения (ст. 23). Наказаниями за совершенные преступления являются:

- (1) смертная казнь;
- (2) пожизненное лишение свободы;
- (3) лишение свободы на срок от 5 до 15 лет.

Наказаниями за совершение проступка являются:

- (1) лишение свободы с каторгой или без нее на срок от 3 месяцев до 5 лет;
- (2) штраф.

За нарушение могут быть назначены:

- (1) лишение свободы на срок от 24 часов до 3 месяцев;
- (2) штраф, не превышающий 45 000 динаров.

*Структура преступления.* Преступление образуют два элемента:

физический (противоправное действие или бездействие, предусмотренное УК); психический (умышленное совершение преступления<sup>5</sup> и неумышленное его совершение).

Незнание закона не освобождает от уголовной ответственности. Наряду с тем своеобразное исключение установлено для иностранцев: они не подлежат уголовной ответственности за преступление, совершенное ими в течение 7 дней со дня их прибытия в Ирак, при условии, что доказано незнание ими закона, и что совершение подобного преступления не наказуемо в государстве их проживания (ст. 37 УК).

Мотив преступления не подлежит установлению, если иное не предусмотрено законом (ст. 38 УК).

*Обстоятельства, исключające уголовную ответственность.* К ним УК относит исполнение обязанностей, осуществление законного права, право на правомерную защиту, а также невменяемость, принуждение, необходимость и недостижение возраста, с которого лицо мо-

<sup>2</sup> При режиме Саддама Хусейна смертная казнь могла быть вынесена за 200 преступлений (без права замены на пожизненное лишение свободы). Это были преступления, предусмотренные не только УК, но также актами Совета Революционного Командования Ирака.

<sup>3</sup> <http://ru.encydia.com/en/> (последнее посещение – 13.11.2013 г.). В годы правления Саддама Хусейна максимальный срок лишения свободы составлял 25 лет.

<sup>4</sup> Здесь и далее текст УК приводится по сайту <<http://www.iraq-ig-law.org/en/content/penal-code-no-111-1969-amended>> (последнее посещение – 13.11.2013 г.).

<sup>5</sup> УК подразделяет умысел на простой и специальный («преднамеренный»).



жет быть привлечено к уголовной ответственности (7 лет).

Совершение преступления под воздействием алкоголя или наркотических средств, умышленно примененных виновным, УК (ст. 61) относит к обстоятельствам, отягчающим наказание.

*Соучастие.* Исполнителями преступления УК (ст. 47) признает исполнителя, соисполнителя, а также лицо, использовавшее другое лицо, заведомо не подлежащего уголовной ответственности.

Соучастниками являются, согласно ст. 48 УК, подстрекатель, лицо, вступившее в сговор с другими лицами с целью совершения преступления и совершившего преступление в сговоре, а также пособник.

Соучастники наказываются так же, как и исполнитель преступления, если иное не предусмотрено законом (ст. 50 УК). Обстоятельства, отягчающие наказание, вменяются всем соучастникам независимо от того, известны они им или нет, за исключением обстоятельств, носящих личный характер (ст. 51 УК).

Преступным сговором считается соглашение между двумя или более лицами совершить преступление или проступок (ст. 55 УК). При этом цель может быть как преступной, так и законной. УК предусматривает наиболее строгое наказание для того лица, кто играет в сговоре «главную роль» – тюремное заключение до 10 лет (ст. 57 УК), тогда как остальные могут быть наказаны тюремным заключением на срок до 7 лет.

*Субъект преступления.* Несовершеннолетним УК (ст. 66) считает лицо в возрасте от 7 до 18 лет. Причем лицо в возрасте до 15 лет считается ребенком, а с 15 до 18 лет – молодым человеком. Максимальное наказание – помещение в учреждение для молодых преступников на срок от 2 до 15 лет (за преступления, за которые совершеннолетний преступник может быть наказан смертной казнью или пожизненным тюремным заключением). Лицо, совершившее преступление в возрасте от 18 до 20 лет, не может быть приговорено к смертной казни: она заменяется пожизненным тюремным заключением (ст. 79 УК).

Иракский УК (ст. 80) предусматривает уголовную ответственность юридических лиц (кроме правительства и его агентств) за преступления, совершенные их руководителями, сотрудниками или агентами, работающих на них или от их имени. Наказаниями могут быть: штраф; конфискация; другие меры, предусмотренные нормой закона за совершение данного преступления.

УК содержит целый раздел, посвященный ответственности за совершение преступлений

с помощью публикаций. Статья 81 говорит об ответственности наряду с автором материала главного редактора (редактора, завотделом, ответственного за выпуск) газеты за преступление, совершенное посредством использования газеты. Ответственность исключается, если эти лица докажут, что публикация произведена без их ведома, и они будут оказывать помощь в идентификации лица, ответственно за публикацию.

*Наказания.* Согласно ст. 85 УК основными видами наказания являются:

- (1) смертная казнь;
- (2) пожизненное лишение свободы;
- (3) лишение свободы на определенный срок;
- (4) каторга;
- (5) арест;
- (6) штраф;
- (7) помещение в учреждение для молодых преступников;
- (8) помещение в исправительное учреждение.

Смертная казнь приводится в исполнение через повешение (ст. 86 УК). Она может быть заменена пожизненным тюремным заключением или заключением на срок не менее 15 лет (ст. 132 УК). С другой стороны, если наказанием за преступление является пожизненное тюремное заключение, то допускается назначение за него смертной казни (ст. 136 УК). Полагаем, что именно данное обстоятельство делает возможным широкое применение смертной казни в отношении бывших лидеров режима БААС и нынешних террористов из «Аль-Кайды».<sup>6</sup>

Максимальный срок лишения свободы не должен превышать 25 лет (ст. 87 УК).

Срок каторги составляет от 3 месяцев до 5 лет, если иное не предусмотрено законом (ст. 88 УК). Она назначается лицу за преступление, которое наказывается тюремным заключением на срок более 1 года.

Срок ареста составляет от 24 часов до 1 года, если иное не предусмотрено законом (ст. 89 УК). В этот период осужденный не привлекается к обязательному труду.

Штраф – это принудительное внесение в государственную казну определенной приговором суда суммы денег (ст. 91 УК). При определении размера штрафа суд принимает во внимание все обстоятельства преступления, в

<sup>6</sup> Согласно докладу «Amnesty International», в 2003 г. применение смертной казни в Ираке достигло самого высокого уровня с момента свержения Саддама Хусейна. По некоторым данным, Ирак занимает третье место в мире по их количеству//В Ираке хотят отменить смертную казнь<[http://kurdistan.ru/2013/11/22/news-20095\\_V\\_Irake\\_hotyat\\_otmen.html](http://kurdistan.ru/2013/11/22/news-20095_V_Irake_hotyat_otmen.html)> (последнее посещение – 26.11.2013 г.).



частности, финансовые и социальные обстоятельства, касающиеся личности осужденного, доходы, им полученные в результате совершения преступления, и т.д. Размер штрафа не должен быть меньше 7500 динаров и больше 45 000 динаров, если иное не предусмотрено законом. В случае неуплаты штраф заменяется арестом.

Связанными видами наказания (ст. 95 УК) являются наказания, которые сопровождают основные виды наказания и назначаются даже при отсутствии их в законе:

- (1) лишение определенных прав и льгот (при осуждении к смертной казни или тюремному заключению: права быть избранным или голосовать, быть опекуном или владельцем газет и т. д.);
- (2) полицейский надзор на срок до 5 лет (при осуждении к лишению свободы за ряд преступлений: посягательство на внутреннюю или внешнюю безопасность Государства, подделка денежных знаков, подделка печатей и штампов, государственных облигаций или официальных отчетов, а также взяточничество, казнокрадство, хищения, умышленное убийство при отягчающих обстоятельствах).

Дополнительными наказаниями (статьи 100–102 УК) являются:

- (1) лишение определенных прав или льгот на срок не более 2 лет (прав на занятие государственных должностей, владение оружием, ношение медалей и т. д.);
- (2) конфискация;
- (3) публикация (афиширование) приговора.

УК (ст. 104) предусматривает также меры предупреждения, заключающиеся в ограничении или лишении свободы либо определенных прав и собственности. Они применяются к лицу, личность которого представляет опасность для общества. Об этом могут свидетельствовать его прошлое и настоящее, совершенное им преступление и мотивы такого преступления. К мерам предупреждения относятся:

- а) меры предупреждения, лишаящие свободы или ограничивающие ее:
  - заключение в «терапевтическое» (медицинское) подразделение;
  - лишение лицензии;
  - ограничение посещения определенных мест;
  - полицейский надзор;
- б) меры предупреждения, заключающиеся в лишении определенных прав:

лишение права быть опекуном, душеприказчиком или попечителем;  
лишение права заниматься профессиональной деятельностью или бизнесом или промышленной, коммерческой или технической деятельностью, осуществление которой возможно лишь при условии получения разрешения от соответствующего органа;  
лишение права на управление транспортным средством.

УК (статьи 117–123) также выделяет основные меры предупреждения, к которым относит: конфискацию;  
обязательство о хорошем поведении;  
закрытие помещения, используемого для ведения бизнеса;  
приостановление и прекращение деятельности юридического лица.

*Обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание.* Смягчающими наказание обстоятельствами УК (ст. 128) признает только те, которые предусмотрены законом. Совершение преступления вследствие провокационного поведения самого потерпевшего или по «мотиву чести» относится к таким обстоятельствам<sup>7</sup>.

УК (ст. 135) признает отягчающими обстоятельствами совершение преступления:

по низменным мотивам;  
с использованием беспомощного состояния жертвы;  
с использованием жестоких методов;  
с использованием своего служебного положения.

УК также подробно рассматривает порядок назначения наказания при множественности преступлений (статьи 141–143), отсрочку исполнения приговора (статьи 144–149) и содержит оговорки о преступлениях и наказаниях (статьи 150–151).

Завершают часть I УК Ирака общие и специальные положения, включающие нормы о смерти обвиняемого (осужденного), общей и специальной амнистии (статьи 152–155).

<sup>7</sup> Данное обстоятельство не сможет не сказаться на общем положении женщин в Ираке. Согласно докладу «Томсон Рейтерс Фаундейшн», Ирак – «наихудшая», после Египта, «арабская страна для женщин»// Egypt is worst Arab state for women, Comoros best<<http://www.trust.org/item/20131108170910-qacvu/?source=spotlight-writaw>> (последнее посещение – 14.11.2013 г.).

Материал поступил в редакцию 24 ноября 2013 г.



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

И.Г. Смирнова\*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

## К ВОПРОСУ ОБ ОБВИНИТЕЛЬНОМ УКЛОНЕ В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ: ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ ОБЩЕСТВЕННОГО МНЕНИЯ

**Аннотация:** В статье дается анализ общественного мнения по вопросам эффективности российского уголовного судопроизводства и анализируется статистика постановления оправдательных приговоров. Автором обосновывается зависимость правоприменительной практики от общественных ожиданий, а также необходимость их учета при определении направлений совершенствования уголовно-процессуального законодательства. В работе предлагаются основные направления оптимизации производства по уголовным делам и доказывается потребность внедрения альтернативных методов разрешения уголовно-правовых споров о праве, а также доказывается, что существующий порядок реагирования государства на совершение преступлений должен иметь альтернативу. Выводы, изложенные в статье, базируются на диалектическом методе научного познания объективной действительности, с позиции которого объект и предмет исследования рассматривались комплексно, в развитии и взаимосвязи, взаимообусловленности, взаимопроникновении социальных явлений. При рассмотрении проблем, имеющих концептуальное значение, использован принцип единства исторического и логического в познании, междисциплинарный подход к изучаемым явлениям. Общенаучные и частнонаучные методы исследования: системный, исторический, статистический, аксиоматический, анкетирование и др. Доказана зависимость социальных явлений с условиями и результатами уголовно-процессуальной деятельности. Результаты проведенного анкетирования наглядно показали, что правоприменительная практика в сфере производства по уголовным делам обусловлена общественными ожиданиями. Как следствие, при формулировании основных направлений совершенствования уголовно-процессуального закона следует учитывать для обеспечения эффективности следственной и судебной деятельности.

**Ключевые слова:** Уголовное судопроизводство, приговор, суд, обвинение, оправдание, эффективность, общество, судебная статистика, общественное мнение, суд присяжных.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11195

© Смирнова Ирина Георгиевна

\* Доктор юридических наук, профессор кафедры криминалистики и судебных экспертиз, Байкальский государственный университет экономики и права [smirnova-ig@mail.ru]

664003, Россия, г. Иркутск, ул. Ленина, д. 11, корп. 6, каб. 213.

*Материалы Международной научно-практической конференции «Уголовное судопроизводство: история и современность», посвященной 150-летию Устава уголовного судопроизводства Российской империи. Подготовлены в рамках выполнения проекта «Повышение эффективности уголовного судопроизводства по делам о киберпреступлениях для обеспечения национальной безопасности» в рамках гранта Президента Российской Федерации для государственной поддержки молодых российских ученых – докторов наук (Конкурс – МД-2014) на 2014–2015 годы.*



Помимо прочих событий политического, культурного, исторического характера, 2014 год ознаменован 150-летним юбилеем с момента принятия первого кодифицированного источника уголовно-процессуального права – Устава уголовного судопроизводства (далее – УУС).

Многие основополагающие начала, предусмотренные ранее в УУС, получили свое логическое продолжение и в УПК РФ. Столь длительный срок существования национальной уголовно-процессуальной модели обуславливает необходимость оценки современного уголовного судопроизводства. Поскольку каждый исследователь имеет свой взгляд и свою научно обоснованную позицию по любому вопросу, следует найти более объективированный критерий оценки. Таковым, как представляется, может выступать общественное мнение.

Итак, анализ судебной статистики наглядно демонстрирует актуальность, востребованность и исключительность уголовного преследования, завершающегося постановлением итогового процессуального решения, как единственного, безальтернативного способа реагирования государства на совершение гражданами общественноопасных, уголовнонаказуемых деяний.

Кроме того, результаты осуществления правосудия по уголовным делам с завидным постоянством демонстрируют поразительно низкий процент выносимых оправдательных приговоров к общему количеству лиц, в отношении которых уголовные дела рассматривались по существу. Так, статистические данные Судебного департамента при Верховном Суде РФ доказывают отмеченную тенденцию:

Отчетный период	Число лиц, по поступившим делам	Осуждено	Оправдано	% оправданных
2010	1200358	870082	9152	0,77
2011	1111364	806728	8855	0,80
2012	10555456	764263	5164	0,49
6 мес. 2013	528099	365680	2566	0,48

Аналогичным образом складывается и региональная правоприменительная судебная практика: например, общую тенденцию подтверждают результаты работы судов первой инстанции по уголовным делам в Иркутской области:

Отчетный период	Число лиц, по поступившим делам	Осуждено	Оправдано	% оправданных
2010	14726	11 605	32	0,22
2011	13953	10985	43	0,31
2012	13643	11126	23	0,17
6 мес. 2013	7092	5158	7	0,1

Резонно возникает вопрос, какие факторы предопределяют сложившуюся ситуацию? Безусловно, таковые не носят единичного характера, являются взаимообусловленными и взаимосвязанными. Однако одним из таковых, по нашему мнению, выступает общественное мнение, способствующее поддержанию обвинительного уклона уголовного судопроизводства.

«Оправдание существования уголовного процесса заключается в соответствии результата уголовно-процессуальной деятельности и самой деятельности тем ожиданиям, которые с ним связаны»<sup>1</sup>. Особенности этих ожиданий обусловлены не чем иным, как спецификой восприятия какого-либо явления, факта (совокупностью оценочных суждений групп людей относительно проблем, событий и фактов действительности<sup>2</sup>). Осталось ответить на вопрос о том – каких групп людей? Здесь следует учитывать, что выполнение соответствующей процессуальной функции детерминирует формирование определенного стереотипа мышления, который должен получить самостоятельную оценку. Кроме того, лица, не сведущие в вопросах уголовного судопроизводства, также имеют свое отношение к различным аспектам производства по уголовным делам, на которое существенное влияние оказывают внешние источники воздействия, например СМИ. Таким образом, полная картина общественного мнения будет складываться из обобщенного анализа позиций представителей стороны обвинения, защиты и суда, а также рядовых граждан. На территории РФ нами было проведено анкетирование 144 судей, 246 прокуроров, 418 следователей и дознавателей, 180 адвокатов, а также 2124 граждан (для получения более полного представления об общественном мнении были опрошены граждане различного социального статуса от руководителей до домохозяйек и безработных), которое осуществлялось на территории 18 субъектов РФ.

Путем проведения социологического исследования были получены следующие результаты:

Как представляется, эффективность применения уголовно-процессуальных норм во многом зависит от общественного мнения, что проявляется, например, в следующем:

– с одной стороны, отрадно, что большинство опрошенных знакомо с таким институтом гражданского общества, как суд присяж-

<sup>1</sup> Цит.по: Барабаш А. С. Цели уголовного процесса // Ученые записки Юридического института Красноярского государственного университета / отв. ред. Т. В. Сахнова. Красноярск, 2003. Вып. 2. С. 440.

<sup>2</sup> Современная западная социология : словарь. М., 1990. С. 232.



ных (1671 чел., т.е. 78,7%); еще 19% что-либо слышали о нем. Вместе с тем инертность и пассивность населения проявляется в том, что 58,9% граждан не хотят быть присяжными. При этом 62% из них прямо указали, что не желают брать на себя ответственность за судьбы других людей. Нельзя не отметить, что из лиц, изъявивших желание быть присяжными, только 3% руководствовались меркантильными интересами. Подавляющее же большинство (63,6%) отметило, что выполняли бы свой долг объективно, подчеркнуло свой интерес к этому – 68,9%.

Небезынтересно отметить, что несмотря на собственное нежелание участвовать в уголовном судопроизводстве 47% опрошенных лиц (999 чел.) однозначно положительно высказались за необходимость расширять возможности граждан участвовать в правосудии.

Мнения общественности и профессионалов корреспондируют друг другу в вопросах участия граждан в отправлении правосудия. Подавляющее большинство лиц, выполняющих в уголовном деле процессуальную функцию обвинения, защиты или правосудия, высказалось против возрождения института народных заседателей в уголовном судопроизводстве и выразило негативное отношение к суду присяжных. В цифрах ситуация может быть представлена следующим образом:

группы опрошенных респондентов:	Негативное отношение опрошенных респондентов (в %) к:	
	народным заседателям	суду присяжных
Судьи	93,1	63,9
Прокуроры	88,7	61,8
Следователи и дознаватели	50,5	36,1
Адвокаты	56,6	28,4

Достаточно показательно, что представители адвокатского сообщества как самостоятельного, неотъемлемого элемента функционирующего гражданского общества более позитивно относятся к суду присяжных, нежели носители в уголовном процессе функций обвинения и правосудия.

Многими учеными не раз отмечалось присутствие в общественном сознании штампов, стереотипов мышления, правовых мифологий. Существующие мифы современности носят крайне стабильный характер и оказывают существенное влияние на различные сферы общественной жизнедеятельности, в том числе и на уголовное судопроизводство. В этой связи интересны результаты проведенного интервьюирования граждан. Так, только 1/5 часть всех лиц (22,1% опрошенных) честно призналась, что когда-либо кому-либо предлагали

взятку. Напротив, 77,9% никогда и никому взятку не предлагали, а 80,2% ее никогда не брали. Однако, так или иначе, более 90% опрошенных граждан считают, что в правоохранительных органах взяточники есть («встречаются», «много», «практически все»), а 6,5% – затруднились с ответом. В отношении такого феномена, как взяточничество в судах, негативное общественное мнение составило 79,5% при том, что, как уже подчеркивалось ранее, лишь 22,1% опрошенных фактически сами предлагали взятку (без указания – кому именно. Указанные данные обобщают также случаи взяточничества в иных органах власти и управления и т.п.).

Также проведенное социологическое исследование показало, что идея прав и свобод не превратилась для россиян во внутреннюю потребность, что лишний раз подчеркивает слабый, поверхностный характер либеральных традиций. Например, трудно назвать проявлением либеральных демократических традиций мнение 5,6% судей, 6,5% прокуроров, 12,7% следователей и дознавателей, 3,3% адвокатов, которые допускают возможность применять физическое принуждение по особо тяжким преступлениям к подозреваемым (обвиняемым). Помимо деформации правосознания данная картина может быть обусловлена признанием (хотя и косвенным) беспомощности существующего порядка производства по уголовным делам.

Ключевым вопросом, ответ на который позволяет понять причину высокой агрессии в обществе в целом и обвинительного уклона в уголовном судопроизводстве в частности, является вопрос об иерархии ценностных установок. То, как на этот вопрос отвечает законодатель, правоприменитель и «правособлюдатель» (рядовой гражданин), влияет на эффективность применения норм права и законопослушность населения.

Соломатова С.Н. так описывает эту ситуацию: в обществе возникла аномия – одна ценностно-нормативная система разрушена, другая еще не сформировалась; либеральные ценности усваиваются в ограниченном масштабе, а важнейшей ценностью является неограниченный индивидуализм<sup>3</sup>. Не случайно только 1% опрошенных респондентов рассматривает право как выражение прогрессивных идей и принципов<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Соломатова С. Н. Культурно-антропологическая специфика формирования гражданского общества в современной России : автореф. дисс. ... канд. филос. наук. Омск, 2007. С. 17.

<sup>4</sup> Соколов Н. Я. Профессиональная юридическая деятельность и причины нарушения закона юристами // Журнал российского права. 2009. № 9. С. 115.



Представляется интересной позиция А.Ю. Калинина, который усматривает прямую связь между «внутренним источником права» (правообразованием), т.е. способностью общества к нормативному воспроизведению своей системы ценностей и эффективностью реализации правовых предписаний<sup>5</sup>. Действительно, если право рассматривать как совокупность правил поведения, которые должны реально соблюдаться, то законодателю при обсуждении и одобрении нормативного акта следует учитывать, опирается ли он преимущественно на те ценности, которые не просто имеют значение для общества, но и могут быть им реально воспроизведены в нормативном поведении.

В этой связи представляют интерес результаты опроса по вопросу о классификации признаваемых обществом ценностей, нуждающихся в защите в сфере уголовного судопроизводства: Опрос населения в этой связи выявил следующую картину:

1. Подавляющее большинство опрошенных (73%) считает, что в наибольшей степени в дополнительной защите из всех благ, охраняемых уголовным законом, нуждается жизнь и здоровье личности. На втором месте оказались общественная безопасность и общественный порядок (49,6%), что, как известно, также непосредственно связано с интересами отдельных индивидов. Наконец, третьими по значимости стали мир и безопасность человечества (39,7%). Забегая вперед, подчеркнем, что и профессиональные участники уголовного судопроизводства полагают, что жизнь и здоровье личности нуждаются в более эффективной защите. Так высказались 72,2% судей, 55,3% прокуроров, 70,1% следователей и дознавателей и 43,9% адвокатов.
2. 52% опрошенных респондентов отметили, что права потерпевшего не обеспечиваются в ходе производства по делу<sup>6</sup>. Наверное, этим же обстоятельством обусловлено отношение населения к адвокатам, без которых, по мнению 70,4% проинтервьюированных граждан, защитить свои права в процессе было бы невозможно.
3. Потребность дополнительной защиты и безопасности детерминируют поиски альтернативы существующему порядку разрешения уголовно-правового конфликта, которая могла бы быть реализована по

средством выбора. Так, 50,1% респондентов высказались в целом положительно в отношении внесудебных способов разрешения уголовно-правового спора о праве (мы имеем в виду медиацию).

4. Прошли те времена, когда граждане полагали возможным за защитой своих нарушенных прав обращаться к криминальным структурам. Такую возможность допустили только 12,1% опрошенных лиц (258 чел.). Это указывает на все большее распространение и приобретение популярности цивилизованных механизмов урегулирования отношений в обществе.

Видимо, ввиду того, что Европейский Суд по правам человека является и радикальным, и действенным механизмом в защите прав человека и гражданина, 34% опрошенных его деятельность признали наиболее эффективной. На национальном же уровне наибольшим доверием пользуется прокуратура (26,7% граждан). Такое предпочтение, которое граждане отдают прокуратуре, а не судам, по нашему мнению, может быть объяснено тем, что скорость реагирования прокуратуры на нарушение закона более высокая, чем суда. Следовательно, социальная ценность уголовного судопроизводства может быть повышена путем ускорения производства по делу. Не случайно 25,7% опрошенных лиц отметили, что эффективность уголовного процесса – это быстрота производства.

Также достаточно показательны данные интервьюирования граждан по вопросу их доверия судам: лишь 66 опрошенных (3,1%) уровень своего доверия судам по пятибалльной шкале оценили на «отлично», 25,4% граждан (540 чел.) – на «хорошо», 51,4% лиц (1092 чел.) – на удовлетворительно. Оставшиеся 13,3% и 6,8% проинтервьюированных судам не доверяют: их оценка собственного доверия – «2» и «1».

Негативное отношение к судебной власти проявилось и в том, что только 7,6% граждан признали возможность установить справедливость и правоту в судах. Почти 1/4 опрошенных (26,7%) констатировали политический характер судебной деятельности.

Кстати, такое отношение, правда, в меньшей степени, характерно и для лиц, выполняющих определенные процессуальные функции.

И еще одно интересное наблюдение: если сами респонденты достаточно высоко оценивают значимость суда, органов расследования, адвокатуры для обеспечения безопасности общества и защиты личности, то по их собственному мнению отношение общества к указанным структурам оказывается существенно ниже.

<sup>5</sup> Калинин А. Ю. Влияние правового сознания и правовой культуры на процессы правообразования // Российское правосудие. 2009. № 10. С. 20, 25.

<sup>6</sup> Эту же точку зрения разделяют 73,6% судей, 40,7% прокуроров, 38,7% следователей и дознавателей и 59,5% адвокатов.



Варианты ответа	Группы опрошенных респондентов (в %):			
	Судьи	Прокуроры	Следователи, Дознаватели	Адвокаты
Не знаешь, как рассмотреть дело, рассмотри его по закону	45,8	29,3	33,0	22,8
Закон, что дышло, куда повернул, туда и вышло	12,5	32,5	30,0	36,1
Наш суд – суд правый и справедливый	20,8	19,5	17,7	5,5
Суд – инструмент политической власти	12,5	17,1	20,3	40,0
В судах правды не найдешь	4,2	4,1	5,7	6,7

Так, например, судьи оценили свою деятельность с точки зрения ее значимости для общества и личности следующим образом:

	1	2	3	4	5
Оценка судьями значимости судебной деятельности	4,2	8,3	12,5	23,6	51,4

И, по их же мнению, общество оценивает их следующим образом:

	1	2	3	4	5
Мнение судей об оценке гражданами значимости судебной деятельности	8,3	20,8	34,7	16,7	19,5

(в обеих таблицах данные приведены в процентах от общего количества опрошенных лиц).

Аналогичным образом личная оценка и прогнозирование отношения населения к собственной деятельности не совпадают ни у следователей, дознавателей, ни у адвокатов:

Критерии оценки	Полученные оценки (в %)				
<b>Органы расследования</b>					
	1	2	3	4	5
Оценка следователями, дознавателями значимости деятельности органов расследования	4,5	13,2	26,3	28,2	27,8
Мнение следователей, дознавателей об оценке гражданами значимости досудебной уголовно-процессуальной деятельности	14,6	27,3	37,6	14,8	5,7
<b>Адвокатура</b>					
	1	2	3	4	5
Оценка адвокатами значимости адвокатской деятельности	5,0	12,8	10,0	34,4	37,8
Мнение адвокатов об оценке гражданами значимости адвокатской деятельности	5,0	13,3	35,6	27,2	18,9

Таким образом, можно констатировать, что недоверие между населением и представителями государства носит взаимный характер.

Думается, в какой-то степени это проявляется усвоенная стереотипность мышления, которая в данном случае заключается в наличии устойчивых мифов о том, что общество не доверяет судам и правоохранительным органам. Напротив, опрос граждан показывает, что 32,3% считают, что сотрудники правоохранительных органов являются лицами, пользующимися своим статусом в личных целях, еще 6,4% высказали иные критические отношения. Но подавляющее большинство опрошенных (50,3%) демонстрирует нейтральность своего отношения, полагая, что сотрудники правоохранительных органов являются представителями государства, 27% лиц воспринимают их как защитников граждан, а еще 6,1% отмечают, что это люди чести и высокой нравственности.

Отголоски прошлой национальной истории находят свое отражение в том, что право ассоциируется с карой, совершенное общественно опасное деяние в обыденном представлении россиян требует своего возмездия. Так, более половины опрошенных (61,4%) эффективность уголовного судопроизводства усматривают в наказании виновного. Напротив, 66,5% лиц ассоциируют такую с восстановлением справедливости; 49,7% усматривают ее в защите прав и законных интересов участников процесса, а еще 36,9% граждан – в возмещении причиненного преступлением вреда.

Более того, для улучшения криминогенной обстановки в стране наибольшее количество опрошенных предлагает:

- ужесточить уголовную ответственность (56,4%);
- применять смертную казнь (41,7%).

Данные мнения нашли свое проявление и в среде профессиональных участников уголовного судопроизводства:

Группы респондентов	Ужесточить уголовную ответственность (в %)	Применять смертную казнь (в %)
Судьи	41,7	31,9
Прокуроры	57,7	41,5
Следователи и дознаватели	69,0	48,8
Адвокаты	38,3	18,3

Это приводит к гипертрофии силового начала в деятельности органов расследования. Как результат – специфическое российское ментальное восприятие понятия «закон», которое отграничивается от понятия «мораль». Иной подход характерен, например, для американцев, в общественном сознании которых понятия «закон», «мораль», «справедливость»



слиты воедино, право – есть высшая справедливость. Поэтому только для российского менталитета характерно признание допустимым нарушения закона в случае его противоречия нормам нравственности.

Избранная нами структурно-функциональная парадигма исследования позволила выявить тесную связь между проблемами общества и обусловленными ими проблемами уголовного судопроизводства. Не случайно практически 1/3 опрошенных граждан (30,6%) считает, что улучшение условий жизни закономерно приведет к улучшению криминогенной обстановки в стране. Интересно отметить, что такого же мнения придерживается 56,9% опрошенных судей, 75,6% прокуроров, 60,8% следователей и дознавателей, 38,9% адвокатов.

В целом результаты проведенного анкетирования являются достаточным доказательством тому, насколько тесно переплетаются социальные и уголовно-процессуальные проблемы.

Думается, что непонимание механизмов происходящего, своей роли в деле и другие аналогичные причины существенно влияют на то, что менее 1/3 опрошенных (573 чел., т.е. 27%) воспринимают сотрудников правоохранительных органов как своих защитников. Напротив, 50,3% проинтервьюированных граждан полагают, что таковые являются представителями государства (т.е. олицетворяют государственные интересы), а 32,3% граждан считают, что они используют свое положение в собственных интересах.

Общественная оценка самого уголовного судопроизводства, его предназначения и путей развития сводится к следующим аспектам:

Во-первых, граждане позитивно оценивают возможность введения альтернативных методов разрешения споров. Эта позиция профессионалов по данному вопросу может быть наглядно продемонстрирована в следующих цифрах:

Судьи	Прокуроры	Следователи и дознаватели	Адвокаты
41,6%	35,4%	69,8%	74,3%

Данные показатели следует признать достаточно высокими, если учесть, что 45,8% судей, 47,9% прокуроров, 50,3% следователей и дознавателей и 28,9% адвокатов не имеют четко представления об идеях восстановительного правосудия<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Респондентам был задан вопрос: «Имеете ли Вы представление об идеях восстановительного правосудия?» и предложены следующие варианты ответа: «Да», «Скорее да, чем нет», «Скорее нет, чем да», «Нет», «Затрудняюсь ответить», «Другое».

Во-вторых, то, что мнение профессионалов детерминировано не столько спецификой собственной деятельности, но и основными характеристиками общественного мнения в целом, указывает и факт отношения к наказанию. Оно и здесь является традиционным. Как и граждане, выделенные группы опрошенных респондентов полагают, что эффективность уголовного процесса также заключается и в наказании виновного (66,7% судей, 87% прокуроров, 70,8% следователей и дознавателей, 62,8% адвокатов), и в раскрытии всех преступлений (36,1% судей, 43,9% прокуроров, 38,5% следователей и дознавателей, 27,8% адвокатов).

В-третьих, нельзя обойти вниманием такие концептуальные вопросы, как ценность уголовного судопроизводства и возможность оптимизации расходов государства на уголовное судопроизводство.

Предназначение уголовного судопроизводства, его ценность усматриваются проинтервьюированными лицами в следующем:

Варианты ответа	Судьи	Прокуроры	Следователи и дознаватели	Адвокаты
В восстановлении справедливости	58,3	71,5	62,6	46,7
В урегулировании порядка привлечения виновного к уголовной ответственности	18,1	28,5	33,0	25,0
Уголовный процесс – сфера реализации уголовно-правовых норм	11,1	16,3	17,9	21,7
В предоставлении гарантий законности и обоснованности принуждения	16,7	18,7	10,3	46,7
В возможности восстановить и защитить права потерпевших	45,8	43,9	45,5	50,0
В возможности реабилитировать невиновных	29,2	22,8	22,0	46,7
В обеспечении порядка в обществе	38,9	43,9	40,9	37,2
В гармоничном сочетании частных, общественных и государственных интересов	13,9	7,3	7,4	18,9

Отмеченные группы опрошенных в своем большинстве полагают, что для оптимизации расходов государства на уголовный процесс наиболее оптимальными вариантами являются:

- упрощение производства (56,9% судей, 61,85 прокуроров, 29,9% следователей и дознавателей, 56,1% адвокатов);
- внедрение альтернативных методов внесудебного разрешения уголовно-правовых споров (34,7% судей, 19,5% прокуроров,



16,7% следователей и дознавателей, а также 37,8% адвокатов).

Наконец, нельзя не отметить, что общественность высказывается за ужесточение репрессивной правовой политики государства (видимо, не чувствуя защищенности своих жизненно важных интересов). Напротив, профессиональные участники уголовного судопроизводства активно отстаивают необходимость декриминализации ряда деяний: такого мнения придерживаются 45,8% судей, 20,3% прокуроров, 13,4% следователей и дознавателей, 46,7% адвокатов.

#### Выводы:

1. Инертность общественного мышления, устойчивость ряда мифов в общественном сознании показывают, что в настоящее время граждане активно и объективно признают необходимость развития демократических институтов гражданского общества (например, суда присяжных, восстановительного правосудия), достаточно хорошо осведомлены о них. Вместе с тем большая часть населения не готова самостоятельно принимать участие в деятельности этих институтов. Следовательно, требуется внедрение в уголовный процесс таких механизмов, которые, с одной стороны, будут опираться на возможности самих правоохранительных органов, а с другой стороны, на наиболее активную часть гражданского общества. Как представляется, это возможно путем внедрения медиации.
2. Репрессивный, карательный настрой общественного сознания не позволяет в настоящее время реализовывать идеи декриминализации ряда деяний, т.к. общество в данном вопросе настроено реакционно. Следовательно, полученный при осуществлении таких мер результат может быть не тем, каким его прогнозируют. Напротив, внедрение медиационных механизмов необходимо, т.к. позволит сбалансировать репрессивно-агрессивный настрой общественности в отношении

виновных; ускорить процесс, обеспечить компенсацию причиненного вреда; наконец – дать большую степень безопасности и защищенности личности в уголовном судопроизводстве.

3. То, что сами граждане усматривают тесную связь социального благополучия и уровня преступности, позволяет констатировать, что уголовное судопроизводство является в настоящее время крайним, рубежным средством, коим государство реагирует на преступность. Следовательно, целесообразней включать и иные более социально обусловленные средства реакции на преступления, сдерживания преступности, превенции.
4. Несмотря на недоверие, существующее в обществе, проблемы, связанные с производством по делу, все группы опрошенных своими ответами демонстрируют то, что ценность есть не только реальная полезность уголовного судопроизводства, но и то ожидание, которое с ним связано, а также представление об этом, сложившееся и господствующее в обществе. В настоящее время три этих указанных составляющих не совпадают. Общество по-прежнему ожидает от уголовного судопроизводства справедливости, восстановления нарушенных прав, защиты и безопасности. Причем положительный социальный эффект должен быть достигнут в максимально короткие сроки. Следовательно, общественное мнение «обывателя» и мнение перечисленных выше групп участников уголовного судопроизводства совпадает по ключевым пунктам. Однако оно расходится зачастую в вопросах о средствах достижения глобальной цели. Как нам представляется, предложения о совершенствовании уголовно-процессуального законодательства, изменении парадигмы уголовного судопроизводства должны учитывать эти особенности. Иначе принудительные инновации могут дать совершенно неожиданные результаты.

#### Библиография:

1. Барабаш А. С. Цели уголовного процесса // Ученые записки Юридического института Красноярского государственного университета / отв. ред. Т. В. Сахнова. Красноярск: ИЦ КрасГУ, 2003.
2. Калинин А. Ю. Влияние правового сознания и правовой культуры на процессы правообразования // Российское правосудие. 2009. № 10.
3. Современная западная социология: словарь. М.: Политиздат, 1990. – 432 с.
4. Соломатова С. Н. Культурно-антропологическая специфика формирования гражданского общества в современной России: автореф. дисс. ... канд. филос. наук. Омск, 2007. – 17 с.
5. Соколов Н. Я. Профессиональная юридическая деятельность и причины нарушения закона юристами // Журнал российского права. 2009. № 9.



## References:

1. Barabash A. S. Tseli ugovnogo protsessa // Uchenye zapiski Yuridicheskogo instituta Krasnoyarskogo gosudarstvennogo universiteta / otv. red. T. V. Sakhnova. Krasnoyarsk: ITs KrasGU, 2003.
2. Kalinin A. Yu. Vliyanie pravovogo soznaniya i pravovoi kul'tury na protsessy pravooobrazovaniya // Rossiiskoe pravosudie. 2009. № 10.
3. Sovremennaya zapadnaya sotsiologiya : slovar'. M. : Politizdat, 1990. – 432 s.
4. Solomatova S. N. Kul'turno-antropologicheskaya spetsifika formirovaniya grazhdanskogo obshchestva v sovremennoi Rossii : avtoref. diss. ... kand. filos. nauk. Omsk, 2007. – 17 s.
5. Sokolov N. Ya. Professional'naya yuridicheskaya deyatel'nost' i prichiny narusheniya zakona yuristami // Zhurnal rossiiskogo prava. 2009. № 9.

*Материал поступил в редакцию 27 февраля 2014 г.*



# СВОБОДА ОЦЕНКИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ОТЕЧЕСТВЕННОМ УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

**Аннотация:** Свобода оценки доказательств как принцип уголовного судопроизводства, определяющий тип уголовного процесса, обеспечивающий достижение истины по уголовному делу со времен принятия Устава уголовного судопроизводства 20 ноября 1864 года. Значение исторических преобразований императора Александра II – судебной реформы 1864 года для уголовного судопроизводства России на протяжении 150 лет. Совершенствование этого принципа оценки доказательств в течение указанного периода, но в основном анализ норм УПК РСФСР 1960 г. и действующего УПК РФ 2001 года. Определение и анализ насущных проблем теории доказательств в современном уголовном процессе РФ. Методология, основанная на диалектическом материализме, сравнительном правоведении, историческом методе, изучении судебной практики, судебной статистики, законов и законопроектов. Проблема в том, что в соответствии с действующим УПК РФ факты фигурируют в уголовном деле лишь благодаря отражающим их источникам доказательств. Для отражения логики доказывания специальных источников не предусмотрено. Проблему современного доказательственного права составляет отсутствие механизма отражения в доказательствах целенаправленной деятельности по поиску и формированию улик на фоне развития законодательства, допускающего самостоятельную поисковую деятельность (защитников, частных детективов, оперативных сотрудников).

**Ключевые слова:** свобода оценки доказательств, формальная теория доказательств, логика доказывания, формирование улики, наводящие вопросы, промежуточный факт, относимость доказательств, допустимость доказательств, достоверность доказательств, критерии оценки доказательств.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10889

Свобода оценки доказательств – важнейшее достижение человечества, до избрения которого государство не могло полноценно обеспечивать справедливость признания лица виновным в совершении преступления. В очевидных случаях, когда обвиняемый признавал свою вину, судопроизводство достигало своих целей. Но запутанные происшествия, разнообразные с точки зрения их подробностей, зачастую не могли быть достоверно исследованы. Поэтому формальной теории доказательств, предшествовавшей теории свободной оценки доказательств по внутреннему убеждению судей, сопутствовали пытки. В Российской империи пытки были запрещены с 1801 года, и вплоть до принятия Устава уголовного судопроизводства 20 ноября 1864 года проблему составляла судебная практика, вен-

чавшаяся не признанием обвиняемых виновными и не оправданием их, а таким «фиаско» в деле установления объективной истины по уголовному делу, как оставление обвиняемых под подозрением.

Одним из выразительных свидетельств духа преобразований, привнесших свободу оценки доказательств по внутреннему убеждению судей в отечественную теорию доказательств, могут служить слова Л. Е. Владимириной, который в предисловии к третьему изданию своего «Учения об уголовных доказательствах» писал следующее: «Когда я был на третьем курсе юридического факультета, обнаружены были незабвенные Судебные Уставы 20 ноября 1864 года. Крепостное право было уже упразднено, земство призвано к деятельности, и император Александр II успел

© Селина Елена Викторовна

\* Доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и процесса, Российский университет дружбы народов  
[elena\_selina@bk.ru]

117198, Россия, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6.

**Материалы Международной научно-практической конференции  
«Уголовное судопроизводство: история и современность», посвященной  
150-летию Устава уголовного судопроизводства Российской империи.**



обновить Россию и другими своими многосторонними улучшениями. ... С каким обожанием изучались новые, священные для нас, памятники законодательных преобразований, можно судить хотя бы по тому, что я знал наизусть многие страницы из мотивов к Уставу уголовного судопроизводства. Один из этих мотивов мне показался заветом, который я должен непременно исполнить. Говоря о принципе внутреннего убеждения, как критерии судебной достоверности, вместо отмененной формальной теории доказательств даровитые творцы нового уголовного суда высказали надежду, что и у нас, как в Англии, со временем выработается на практике своя теория доказательств, и что в этом деле «придет на помощь судье и наука»<sup>1</sup>.

С тех пор принцип свободной оценки доказательств царит в отечественном уголовно-процессуальном праве лишь с редкими перевесами в сторону формальной теории доказательств (во времена сталинских репрессий). В УПК РФ 2001 года данному принципу посвящена отдельная статья.

Статья 17 действующего Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации носит название «Свобода оценки доказательств». Согласно этой статье:

«1. Судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью.

2. Никакие доказательства не имеют заранее установленной силы».

К этому принципу относится и статья 88 УПК РФ «Правила оценки доказательств», согласно которой «каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – достаточности для разрешения уголовного дела».

«Формула» свободы оценки доказательств широко известна. Остановимся лишь на некоторых ее аспектах.

Принцип свободы оценки доказательств призван обеспечить получение достоверных знаний об обстоятельствах преступления, соответствующих реальной действительности, а не какой-либо формальной схеме. Иначе говоря, этот принцип способствует установлению обстоятельств в точном соответствии с тем, как все происходило на самом деле. За счет чего это достигается?

Во-первых, критерием оценки доказательств провозглашено внутреннее убеждение судьи, присяжных заседателей, а также прокурора, следователя и дознавателя, основанное на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, законе и совести, то есть *на проявлениях практики*.

Так, доказательства фиксируются в соответствии с правилами практической достоверности и допустимости, они тщательно проверяются, исходя из правил коллективного опыта, накопленного правоохранительными органами. Закон содержит достоверные пути получения информации, обеспечивая основы достоверности доказательств через требование их допустимости, которая, в свою очередь, оценивается судьями на практике, а не является застывшей формулой. Совесть также является проявлением практического опыта.

Во-вторых, запрещено придание доказательствам заранее установленной силы. Это не позволяет судить об относимости, достоверности и допустимости доказательств до практического опыта исследования этих доказательств, исходя лишь из наименования их источника (например, речь идет о заключениях экспертов, данных авторитетным экспертным учреждением и учреждением с меньшим авторитетом).

В-третьих, в предусмотренной уголовно-процессуальным законом системе видов доказательств заложены все информационные каналы, признанные современным обществом в качестве достоверных. И следственные действия, и доказательства, основанные на применении научно-технических средств, и другие виды доказательств совершенствуются по мере развития достижений науки, техники, общественного опыта.

В-четвертых, относимость доказательств оставляет за рамками судебного рассмотрения данные о репутации обвиняемого (для подтверждения факта совершения преступления) и прочее, не относящееся к делу, и позволяет выстроить индивидуальную, неповторимую систему доказательств, в которой достоверность знания обеспечена, в числе прочего, самими системообразующими свойствами ее элементов (связями доказательств).

Выделим главное из того, что принцип свободы оценки доказательств по внутреннему убеждению судей, следователей, прокуроров, дознавателей (далее – внутреннее убеждение судей) привнес в уголовное судопроизводство, помимо рассмотренной формулы.

*Первое.* Свобода оценки доказательств предполагает законодательное обеспечение условий для формирования *индивидуальной логики доказывания* по каждому конкретному уголовному делу.

<sup>1</sup> Владимирова Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула: Автограф, 2000. С. 3–4.



Л. Е. Владимиров писал: «Правила о том, как должны быть собираемы доказательства и как ими следует пользоваться судьей, для того чтобы он мог вернейшим путем достичь истины в деле исследования прошедшего факта, составляют содержание логики уголовного процесса. ... формальная теория доказательств создавала какое-то искусственное убеждение для судьи. Неверность этого метода слишком очевидна, чтобы распространяться о ней. Установление факта есть дело логических операций, а не законодательных велений»<sup>2</sup>.

Правила формальной логики, используемые судьями, привнесли в науку уголовного процесса вопросы аналогии, гипотезы, абстрагирования, индукции, дедукции. (Отсюда «дедуктивный метод» как квинтэссенция истинного расследования).

Логика уголовного процесса по конкретному делу включает в себя цепь умозаключений, соответствующих всем канонам формальной логики, однозначно приводящую к выводу о виновности или невиновности обвиняемого. Например, по конкретному уголовному делу об убийстве могут быть не обнаружены ни тело убитого, ни орудие убийства, ни похищенные у потерпевшего вещи («три кита» формальной теории доказательств). Но это компенсируется рядом улик (свидетельскими показаниями очевидцев убийства, данными осмотра места происшествия со следами убийства, заключениями экспертов – медиков и биологов о механизме уничтожения тела убитого, «криминальной осведомленностью», обнаружившейся в показаниях обвиняемого и др.). Все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном законом, толкуются в пользу обвиняемого. Таким образом, презумпция невиновности неразрывно связана с принципом свободы оценки доказательств по внутреннему убеждению судей.

Обобщающий этап доказывания может включать в себя *формирование улик*.

*Второе* достижение принципа свободы оценки доказательств, таким образом, – законодательно регламентированная и научно обоснованная возможность формирования улик по уголовному делу. Улики – это промежуточные факты, установленные обвинительными косвенными доказательствами<sup>3</sup>.

Промежуточный факт – это факт среднего звена в системе доказательств, он находится между доказательственными фактами, све-

дения о которых черпаются из конкретных доказательственных источников (низовой уровень), и искомыми фактами, подлежащими доказыванию по уголовному делу и определяемыми материально-правовыми нормами (высший уровень системы). Так, промежуточный факт нахождения обвиняемого на месте преступления во время преступления выводится из множества доказательственных фактов, таких как встреча обвиняемого со свидетелем, оставление им на месте преступления следов обуви и прочее. Этот факт является уликой, например совершения кражи (искомое). И этот факт обнаружен. Но возможно и *формирование улики* путем грамотных действий следователя.

Формальная теория доказательств знала только путь от источника к улике, но не обратный путь (от улики к ее источнику). Возможны ситуации, при которых удастся обнаружить мало улик. Законодательство, основанное на формальной теории доказательств, возможные пробелы доказательственной базы восполняло пытками.

Свобода оценки доказательств сама по себе не дает гарантий от скудости зафиксированной доказательственной базы, но оставляет возможность для формирования улик. Теперь возможен путь от улики к ее источнику. Например, следователь в ходе допроса демонстрирует, что готовится обыск в доме допрашиваемого. Последний бросается перепрыгивать вещественные доказательства, спрятанные на приусадебном участке. Следователь, предварительно логически просчитавший возможность данной улики (того факта, что обвиняемый перепрыгивает вещи), рефлексивно управляет поведением обвиняемого и тем самым формирует улику и фиксирует ее в соответствующем источнике доказательств (протоколе следственного действия).

На получение улик поведения (улик осведомленности обвиняемого) рассчитано следственное действие, последним пополнившее арсенал действующего УПК РФ, – проверка показаний на месте. Это следственное действие, предусмотренное в свое время еще проектом УПК РСФСР 1960 года и не принятое в нем, долго ждало своего часа, будучи очень востребованным на практике и сопряженным с проблемами непринятия его одними судьями, принятия в качестве следственного эксперимента – другими, полного признания третьими. Можно предположить в дальнейшем рождение и других следственных действий, нацеленных на формирование улик поведения. «На месте» можно проверять и показания потерпевшего или свидетеля.

Формирование обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, возможно не

<sup>2</sup> Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула: Автограф, 2000. С. 84; 86.

<sup>3</sup> См.: Хмыров А. А. Проблемы теории доказывания. Краснодар, 1996. С. 18–19.



только как улики поведения, но и как эпизодов преступления в результате оперативно-розыскных мероприятий. Использование в доказывании по уголовному делу результатов оперативно-розыскной деятельности – одна из первоочередных проблем, свойственных современному уголовно-процессуальному праву. При этом важны следующие принципы.

- 1) Основания к действиям, формирующим обстоятельства, имеющие значение для дела (контрольным закупкам, оперативным экспериментам), должны быть представлены в суд с необходимой конкретизацией во всех отношениях.
- 2) Не допустимы обман, введение в заблуждение, наводящие вопросы и действия.
- 3) Результаты этих действий должны быть зафиксированы с учетом того, что они являются итогом поискового действия, то есть «от задачи – к итогу».

*Проблему современного доказательственного права составляет отсутствие механизма отражения в доказательствах целенаправленной деятельности по поиску и формированию улики на фоне развития законодательства, допускающего самостоятельную поисковую деятельность (защитников, частных детективов, оперативных сотрудников).*

Последнее важно и при собирании доказательств следователем. Например, следователь оказался в офисе, где работает подозреваемый, в момент попытки уничтожить важные документы. Следователь прогнозировал это действие после намеренной передачи обвиняемому определенной информации. Как это отразить? Следователь не имеет права давать показания. Логика расследования, включающей цели процессуальных действий и промежуточные выводы из их результатов, он нигде не отражает – ни в протоколах следственных действий, ни в обвинительном заключении. Совпадение во времени появления следователя в офисе и действий обвиняемого по уничтожению документов со стороны не понятно и не объяснимо. Часто подобные совпадения обвиняемые пытаются объяснить незаконными действиями против них. Однако прокурор должен быть в курсе всего произошедшего, чтобы представить всю картину хотя бы в судебных прениях. С этим связана еще одна проблема современного уголовно-процессуального доказывания.

Англосаксонское право допускает наводящие вопросы в суде. Наводящие – это вопросы, содержащие в себе ответы по модели «Не правда ли, что ...?». В ходе судебного разбирательства прокурор, выстраивая свою позицию, включает в вопрос необходимость неудобных обвиняемому сравнений, объ-

снений поведения после совершения преступления и т. д. Это становится содержанием доказательств.

В уголовном процессе Российской Федерации логика доказывания, основанная на абстрагировании от источников доказательств, демонстрируется лишь в судебных прениях сторон в качестве выводного знания. Ни следователь, ни адвокат не могут быть свидетелями. Хотя практика идет по пути дачи показаний в качестве свидетеля, например, защитником обвиняемого по вопросу о нарушениях закона, допущенных следователем в ходе следственного действия, в котором этот защитник участвовал. (Следует согласиться с тем, что данные вопросы не входят в предмет адвокатской тайны.)

Но для включения в исследуемые судом показания (свидетелей, потерпевших, подсудимых) логики доказывания обвинителя и защитника возможен лишь один путь – законодательное допущение наводящих вопросов в суде. Однако важно то положение, согласно которому рассматриваемые «наводящие» вопросы на самом деле являются лишь их разновидностью, которую можно назвать «выводящими вопросами». Их логика такова: «Получается, что все происходило следующим образом ...?» Но нельзя озвучивать *доказательственные факты*, которые не исследованы в судебном следствии на момент, когда задается вопрос. На последнее рассчитан запрет наводящих вопросов в ходе предварительного расследования (ч. 2 ст. 189 УПК РФ).

Судья вправе сослаться в приговоре лишь на то, что было непосредственно исследовано в судебном следствии, то есть на доказательства. Логические цепочки, выстроенные сторонами защиты и обвинения, судья излагает в приговоре, если полностью принял их как свои. При этом законодательство об источниках доказательств небесспорно в своей полноте. С этим связаны проблемы сравнительного осмотра, очевидных фактов, фактов, общеизвестных специалистам.

Так, если при осмотре выявлено различие между визуально разными (красный – синий, большой – маленький) предметами, то кто должен сказать об этом для занесения в протокол следственного действия. Эксперты отказываются отвечать на вопросы, не требующие специальных познаний. Следователь не вправе делать выводы в своих протоколах следственных действий. Может ли судья делать выводы на основании того, что исследовано его личным опытом (увидено им) в ходе судебного следствия, но никем не озвучено и не включено в протокол судебного заседания? По действующему УПК РФ – не может. Очеви-



ден ли факт, был ли он очевиден следователю, осматривавшему вещественные доказательства, которые впоследствии утрачены? Все это не может быть положено в основу приговора, если не была проведена какая-нибудь «натяннутая» экспертиза по очевидным вопросам или если следователь не расширил свои права, зафиксировав в протоколе следственного действия свой вывод. В последнем случае судья также оказывается перед дилеммой: признавать или не признавать сравнительный вывод, сделанный в протоколе осмотра, допустимым доказательством.

*Проблема в том, что в соответствии с действующим УПК РФ, факты фигурируют в уголовном деле лишь благодаря отражающим их источникам доказательств. Для отражения логики доказывания специальных источников не предусмотрено.* Конечно, хорошая обвинительная доказательственная база должна «вещать» о виновности обвиняемого без особых расшифровок. Но это не всегда возможно в случаях с запутанными происшествиями. Другая проблема – факты без доказательств. Это и непосредственно обстоятельства, освобождаемые от доказывания (относиться ли к ним очевидные факты?), и обстоятельства, дающие основание для толкования неустрашимых сомнений в них в пользу обвиняемого (системообразующие факты), доказательства

которых признаны недопустимыми (возможно, по вине следователя). С последними связана проблема «асимметрии» правил о допустимости доказательств.

Иногда сама жизнь формирует новые обстоятельства, имеющие значение для квалификации преступлений, после поступления уголовного дела в суд. Это «отсроченные последствия» преступления.

Например, уже после поступления в суд уголовного дела о причинении вреда здоровью потерпевший теряет слух, зрение, способность ходить или умирает. Правила действующего УПК, вплоть до стадии возобновления уголовного дела ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, не позволяли включить эти новые обстоятельства в предмет доказывания, если они дают основание для отягчения предъявленного обвиняемому обвинения. Изменения, внесенные в УПК РФ Федеральным законом от 26.04.2013 № 64-ФЗ, обеспечили решение данной проблемы. Теперь для изменения предмета доказывания ввиду наступления новых общественно опасных последствий инкриминируемого обвиняемому деяния, являющихся основанием для предъявления ему обвинения в совершении более тяжкого преступления, предусмотрено возвращение уголовного дела прокурору судом любой инстанции.

#### Библиография:

1. Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. – Тула: Автограф, 2000.
2. Хмыров А. А. Проблемы теории доказывания. Краснодар, 1996.

#### References:

1. Vladimirov L. E. Uchenie ob ugovolnykh dokazatel'stvakh. – Tula: Avtograf, 2000.
2. Khmyrov A. A. Problemy teorii dokazyvaniya. Krasnodar, 1996.

*Материал поступил в редакцию 30 января 2014 г.*



И.Л. Бедняков\*

# ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЗАЛОГА В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ: ИСТОРИЧЕСКИЙ ОПЫТ И СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ

**Аннотация:** Предметом исследования стало правовое регулирование залога как одной из мер пресечения, применяемых в российском уголовном судопроизводстве. Цель работы заключалась в анализе проблем избрания и применения залога. В статье с учетом изменений уголовно-процессуального закона, а также позиций Верховного Суда РФ, действующие правовые нормы рассматриваются в исторической взаимосвязи с положениями Устава уголовного судопроизводства 1864 г. На основе изучения судебной и иной статистики проводится анализ эффективности установления законодателем залоговых сумм в зависимости от тяжести деяния. При проведении исследования применялись следующие методы научного познания: диалектический, исторический, сравнительно-правовой, статистический, логический, метод системно-структурного анализа. Проводится исторический анализ отечественного уголовно-процессуального законодательства о регламентации порядка избрания меры пресечения в виде залога. Делается вывод о том, что современный законодатель отошел от традиционного регулирования вопроса об определении суммы залога, вносимой в обеспечение явки обвиняемого к лицу, ведущему производство по уголовному делу. В статье ставится проблема установления в УПК РФ экономически необоснованных залоговых сумм, внесение которых для большинства подозреваемых (обвиняемых) весьма проблематично. По мнению автора, для расширения сферы применения залога как альтернативы заключению под стражу следует отказаться от установления в законе минимальных размеров залога.

**Ключевые слова:** залог, мера пресечения, Устав уголовного судопроизводства, следователь, обвиняемый, сумма залога, заключение под стражу, судья, подозреваемый, мера процессуального принуждения.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.6.11089

Проводимая в нашем государстве реформа системы исполнения наказаний продиктована в целом негативной ситуацией сложившейся в этой сфере. Количество лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы и ожидающих судебного решения в следственных изоляторах, остается стабильно высоким на протяжении многих лет. Все усилия государства (амнистии, декриминализация отдельных деяний и др.), направленные на снижение численности тюремного населения, пока не имеют должного результата.

УПК РФ предоставляет органам предварительного расследования избрать в отношении

обвиняемого (подозреваемого) любую из семи мер пресечения. Более того, следователь имеет право не избирать меру пресечения, ограничившись обязательством о явке, если отсутствует предусмотренные законом основания. Однако на практике в большинстве случаев следователи избирают меру пресечения, и выбор невелик – заключение под стражу или подписка о невыезде и надлежащем поведении. При этом, к сожалению, первично именно заключение под стражу, поскольку эта мера пресечения позволяет следователю в наибольшей степени облегчить себе работу, не опасаясь, что обвиняемый скроется или не явится для производства следственных действий.

© Бедняков Иван Львович

\* Кандидат юридических наук, доцент, кафедра уголовного процесса и криминалистики, ФКОУ ВПО «Самарский юридический институт ФСИН России»

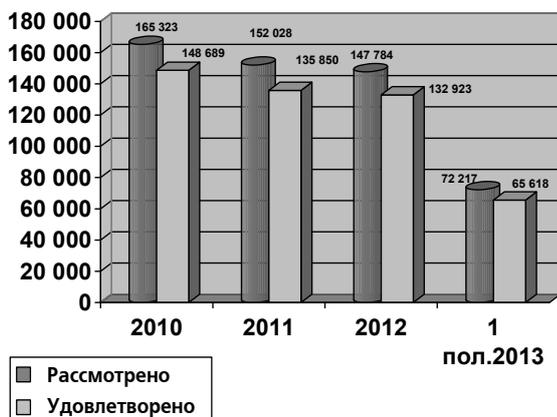
[1981ivan@mail.ru]

443022, Россия, г. Самара, ул. Рыльская, д. 24в.

*Материалы Международной научно-практической конференции «Уголовное судопроизводство: история и современность», посвященной 150-летию Устава уголовного судопроизводства Российской империи.*



Рассмотрение судами РФ ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу (по числу лиц) в тыс.<sup>1</sup>



Изучение представленных статистических сведений свидетельствует о тенденции незначительного снижения за последние три года количества рассмотренных (удовлетворенных) судом ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу. Вместе с тем на достаточно высоком уровне остается процент избрания в отношении обвиняемых наиболее строгой из предусмотренных УПК РФ меры пресечения.

До принятия Судебных Уставов 1864 года отечественное законодательство предусматривало возможность применения полицией для предупреждения побега обвиняемых следующие меры: отдача на поруки, надзор полиции, домашний арест и содержание в тюрьме. Из вышеперечисленных мер применялось в основном взятие под стражу.

Уставом уголовного судопроизводства<sup>2</sup> была закреплена система мер пресечения, включавшая:

- отобрание вида на жительство или подписки о явке к следствию;
- отдача на поруки;
- отдача под надзор полиции;
- залог;
- домашний арест;
- взятие под стражу.

П.И. Люблинский классифицировал их на меры, имеющие своим содержанием денежное или имущественное обеспечение, и меры, основанные на личном обеспечении. По его мнению, прогрессивность УУС заключалась в том, что обвиняемый мог избежать помещения в тюрьму, посредством применения к нему дру-

гих мер пресечения. Залог рассматривался как альтернатива содержанию под стражей<sup>3</sup>.

И.Я. Фойницкий отмечал, что стремясь оградить интересы гражданской и личной свободы, Судебные уставы 1864 г. значительно сузили применение личного задержания и дали широкое развитие другим мерам, предполагающим оставление обвиняемых на свободе<sup>4</sup>.

Залог избирался по решению мирового судьи в отношении лиц, обвиняемых в преступлениях, за которые могло быть назначено наказание в виде заключения в тюрьме или крепости, соединенных с лишением некоторых особых прав и преимуществ (ст. 80, 418 УУС).

В соответствии со ст.79 УУС «залог должен состоять в деньгах или движимом имуществе, и может быть представлен как самим обвиняемым, так и всяким другим лицом».

Сумму залога определял мировой судья, исходя из строгости наказания, угрожающего обвиняемому, а также с учетом материального положения залогодателя. Оговаривалось, что залоговая сумма не может быть менее вознаграждения, отыскиваемого потерпевшим от преступления, если иск его подкрепляется достоверными доказательствами (ст.80, 425 УУС)<sup>5</sup>.

УУС не устанавливал минимальной суммы залога, предоставляя право решения этого вопроса лицу, уполномоченному избирать меру пресечения. Думается, что законодатель сознательно отказался от указания в законе конкретных сумм, предполагая, что такая формализация не позволит правоприменителю использовать залог в отношении широкого круга лиц. Как справедливо указывал И.Я. Фойницкий, «для одних и малая сумма была бы нереальная, для других и большая ничего не значила»<sup>6</sup>.

О принятии залога, в соответствии с требованиями закона, следователь составлял постановление, которое подписывалось как им, так и залогодателем. Копия постановления вручалась заинтересованным лицам. До внесения залоговой суммы обвиняемый подвергался содержанию под стражей или домашнему аресту.

<sup>3</sup> Люблинский П.И. Свобода личности в уголовном процессе. Меры обеспечения неуклонения обвиняемого от правосудия. – СПб., 1906. – С. 348.

<sup>4</sup> Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т.1. – СПб., 1996. – С. 54.

<sup>5</sup> Устав уголовного судопроизводства с позднейшими узаконениями, законодательными мотивами, разъяснениями Прав.Сената и циркулярами министра юстиции / под ред.исп.обяз. Обер-Секретаря Угол. Кассац. Д-та Прав.Сената М. Шрамченко, помощника Обер-Секр. того же Д-та В.Широковым. – СПб., 1899. – С. 124.

<sup>6</sup> Фойницкий И.Я. Указ.соч. Т.2. – С. 371.

<sup>1</sup> Сводные статистические сведения о деятельности федеральных судов общей юрисдикции РФ за 2010–2013 гг. (1 полугодие) [Электронный ресурс] // URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79.html> (дата обращения: 15 мая 2014 г.)

<sup>2</sup> Далее по тексту – УУС.



В случае если обвиняемый скрывался от следствия и суда, залог расходовался следующим образом: часть денежных средств в размере заявленного иска передавалась потерпевшему, оставшаяся сумма обращалась в доход государства и направлялась на улучшение условий содержания под стражей (ст. 427 УУС).

Если обвиняемый отлучался с места постоянного проживания в то время, когда его присутствие на следствии или суде не требовалось, то это не признавалось уклонением, влекущим негативные правовые последствия.

В случае доказанного факта уклонения обвиняемого от следствия и суда, залог подлежал конфискации. Не имел значения факт принятия залогодателем каких-либо действий, направленных на воспрепятствование незаконным действиям обвиняемого. Залогодатель предоставлялась возможность обращения в суд с заявлением об отказе от принятых на себя обязанностей. В случае удовлетворения такого ходатайства в отношении обвиняемого избиралась иная мера пресечения.

В решении вопроса об определении суммы залога УПК РСФСР 1923 г. и УПК РСФСР 1960 г. принципиально не отличались от УУС. В качестве залога могли быть внесены денежные средства (иное имущество и ценности). Конкретную сумму устанавливало лицо, ведущее производство по уголовному делу (ст. 153–154 УПК РСФСР 1923 г., ст. 99 УПК РСФСР 1960 г.).

В УПК РФ 2001 г. регламентация применения залога существенным образом не изменилась. Залоговая сумма устанавливалась лицом, ведущим предварительное расследование (прокурором), либо судом. Впоследствии в УПК РФ были внесены изменения в части передачи суду полномочий по решению вопроса об избрании залога в качестве меры пресечения.

Вместе с тем, несмотря на полуторазековую историю закрепления залога в российском уголовно-процессуальном законодательстве, рассматриваемая мера пресечения в силу различного рода причин не нашла широкого распространения.

Перманентное желание усовершенствовать УПК РФ, в совокупности с необоснованно широким применением заключения под стражу, побудило законодателя обратить внимание на рассматриваемую меру пресечения с точки зрения повышения ее эффективности.

Федеральным законом №60-ФЗ от 07.04.2010<sup>7</sup> ст.106 УПК РФ была изложена в новой редакции. Нельзя не отметить очевидные

достоинства принятых изменений: возможность избрания залога в любой момент производства по делу, рассмотрения ходатайства о залоге наряду с ходатайством о заключении под стражу, использования в качестве залога недвижимого имущества и др. Вместе с тем в действующей редакции, на наш взгляд, сохранится положение, фактически блокирующее возможность применения залога к большинству лиц, подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений – установление необоснованно высокой минимальной суммы залога.

Несмотря на то, что закон не содержит прямого указания на применение залога как альтернативы заключению под стражу, есть все основания полагать, что это именно так. По мнению Верховного Суда РФ, «исходя из положений ч.ч.2 и 7 ст.106 УПК РФ во взаимосвязи с положениями ч.5 ст.107 и ч.ч.3 и 7.1 ст.108 УПК РФ решение об избрании меры пресечения в виде залога суд вправе принять не только по результатам рассмотрения ходатайства следователя, согласованного с руководителем следственного органа..., но и по результатам рассмотрения ходатайства, заявленного подозреваемым, обвиняемым, его защитником, законным представителем либо другим физическим или юридическим лицом, а также по результатам обсуждения в судебном заседании возможности применения альтернативных заключению под стражу или домашнему аресту мер пресечения»<sup>8</sup>.

Камнем преткновения для отдельных правоприменителей при избрании залога до принятия вышеуказанного Федерального закона являлась неопределенность в вопросе об исчислении суммы залога. Наконец, законодатель «закрыл» вроде бы эту проблему, обозначив, что минимальная сумма залога по преступлениям небольшой и средней тяжести составляет 100 000 рублей, а по тяжким и особо тяжким преступлениям 500 000 рублей. Это законоположение, на наш взгляд, является непреодолимым барьером применения залога в отношении большинства подозреваемых (обвиняемых).

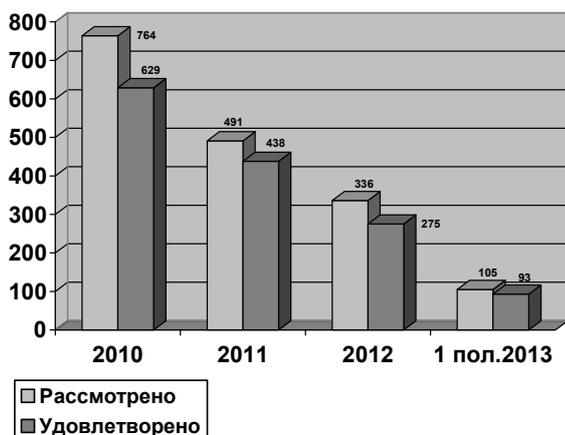
Представленная диаграмма в первую очередь свидетельствует о крайне незначительном удельном весе залога в общей структуре мер пресечения. Во-вторых, налицо тенденция неуклонного снижения количества обвиняемых, в отношении которых избиралась рассматриваемая мера пресечения после внесения в УПК РФ изменений, связанных с установлением минимальных залоговых сумм.

<sup>7</sup> Федеральный закон Российской Федерации от 7 апреля 2010 г. № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»//Российская газета. 09.04.2010. № 5154.

<sup>8</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога»//Российская газета. 27.12.2013. № 6270.



**Рассмотрение судами РФ ходатайств  
об избрании меры пресечения в виде залога  
(по числу лиц)<sup>9</sup>**



Как показывает статистика, большинство преступлений совершают маргинальные личности, безработные, лица, страдающие алкогольной и наркотической зависимостью, без определенного места жительства и источника дохода и т.п. Так, по данным Росстата на 2013 год, за чертой бедности (т.е. с доходом менее 7429 рублей в месяц) живут около 17,8 млн россиян (12,6%)<sup>10</sup>.

Средняя заработная плата по стране в 2013 году составила 23 369 рублей. При этом подавляющему большинству граждан этих денег хватает только на повседневные нужды (питание, одежда, обязательные платежи и т.д.). На сбережения у граждан РФ остается лишь 12,2% доходов, или в среднем примерно 2851 рубль на трудоспособного человека. Исходя из этого среднестатистическому российскому гражданину необходимо почти 3 года, чтобы накопить деньги для внесения залога по преступлениям небольшой и средней тяжести, и 14,5 лет для внесения залога по тяжкому и особо тяжкому преступлению. И это лишь минимальные суммы.

Сказанное подтверждается материалами судебной практики. Постановлением Урайского городского суда Ханты-Мансийского АО от 22.02.2013 мера пресечения в виде заключения под стражу, избранная в отношении обвиняемого Яковлева, была изменена на залог, который должен быть внесен до 13 часов

28.02.2013. В установленный судом срок ни обвиняемый, ни иные лица залоговую сумму не внесли, и срок содержания под стражей обвиняемого был продлен на 3 месяца, т.е. до 28.05.2013.

Как следует из определения суда апелляционной инстанции, рассмотревшей жалобу защитника обвиняемого Яковлева, решение суда первой инстанции мотивировано тем, что предварительное следствие по делу окончено, доказательства со стороны обвинения собраны и имеются в материалах уголовного дела, в связи с чем Яковлев не может воспрепятствовать производству по делу, предотвратить возможность скрыться от суда или совершить новые преступления могут и иные меры пресечения, не связанные с заключением под стражу. Суд первой инстанции удовлетворил просьбу защитника об изменении меры пресечения на не связанную с заключением под стражу и принял решение об избрании залога.

Обжаловав решение суда первой инстанции, защитник указал, что избрание в отношении его клиента залога ставит последнего в зависимость от его материального положения, поскольку суду было известно, что у Яковлева нет недвижимости и денежных средств.

Оставляя решение суда первой инстанции без изменений, апелляционный суд в описательно-мотивировочной части решения отметил, что Яковлев обвиняется в трех особо тяжких преступлениях и избрание в отношении него залога является обоснованным, поскольку подписка о невыезде и надлежащем поведении не будет являться достаточной гарантией, обеспечивающей явку подсудимого в судебное заседание<sup>11</sup>.

Однако и в случае изыскания определенной судом залоговой суммы органы предварительного расследования настаивают на заключении обвиняемого под стражу.

Постановлением Брянского районного суда от 24.02.2013 года в отношении обвиняемого по ч.1 ст.30 п. «б» ч.3 ст.228.1 УК РФ К.И.Ф. была избрана мера пресечения в виде залога в сумме 500 000 рублей. В удовлетворении ходатайства органов предварительного следствия о заключении К.И.Ф. под стражу было отказано. В установленный судом срок отцом обвиняемого указанная сумма залога была внесена в установленном порядке и К.И.Ф. освобожден из-под стражи.

<sup>9</sup> Сводные статистические сведения о деятельности федеральных судов общей юрисдикции РФ за 2010–2013 г. (1 полугодие) [Электронный ресурс] // URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79.html> (дата обращения: 15 мая 2014 г.)

<sup>10</sup> Затраты на рабочую силу и заработная плата в Российской Федерации [Электронный ресурс] // URL: [http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat\\_main/rosstat/ru/statistics/wages/.html](http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/wages/.html) (дата обращения: 14 февраля 2014 г.)

<sup>11</sup> Определение суда апелляционной инстанции по уголовным делам суда Ханты-Мансийского автономного округа – Югры от 22.03.2013 [Электронный ресурс] // URL: <http://rospravosudie.com/court-sud-xanty-mansijskogo-avtonomnogo-okruga-xanty-mansijskij-avtonomnyj-okrug-s/act-429177256/> (дата обращения: 16 февраля 2014 г.)



Помощником прокурора Брянского района Брянской области вышеуказанное судебное решение было обжаловано.

Судебная коллегия по уголовным делам Брянского областного суда, отменяя решение суда первой инстанции, указала на допущенные при рассмотрении дела процессуальные нарушения. 1. При избрании в отношении К.И.Ф. залога судом были установлены дополнительные ограничения, не предусмотренные ст.106 УПК РФ, а именно: общаться с соучастниками деяния и свидетелями; выходить за пределы территории жилого дома и приусадебного участка и др. 2. В нарушение ч.5 ст.106 УПК РФ залоговая сумма была внесена на депозит не того органа, в производстве которого находилось уголовное дело.

Указав в своем решении на тяжесть деяния, в совершении которого обвиняется К.И.Ф., суд не учел, что до момента апелляционного рассмотрения (13.03.2013, т.е. около 3 недель с момента избрания залога), обвиняемый не скрылся от органов расследования, явился в судебное заседание, а также не совершал действий, препятствующих производству предварительного расследования<sup>12</sup>. Представляется, что в приведенном примере суд апелляционной инстанции необоснованно проигнорировал аргументы стороны защиты и вполне мог бы устранить допущенные судом первой инстанции нарушения, оставив избранную им меру пресечения в отношении обвиняемого К.И.Ф.

Вызывает удивление соотношение минимального размера залога с видами и размерами наказаний за конкретные преступления. Так, за совершение кражи на сумму до 2500 рублей предусмотрена возможность избрания залога на сумму в 100 000 рублей, что в 40 раз превышает сумму похищенного. За хищение на сумму до 250 000 рублей, можно также избрать залог в сумме 100 000 рублей.

Рассмотрим в качестве примера одно из распространенных тяжких преступлений. Двое преступников с применением насилия, не опасного для жизни и здоровья, открыто похитили у пострадавшего 1000 рублей. Минимальная сумма залога для этих лиц составит 500 000 рублей. При том, что за это преступление предусмотрено наказание в виде максимального штрафа в 10 000 рублей (в 50 раз меньше), либо дохода осужденного за 1 месяц.

По данным МВД РФ, в структуре тяжких и особо тяжких преступлений преобладают

различные виды хищений (кражи, грабежи, разбои, вымогательства), а также преступления, связанные с незаконным оборотом наркотиков. Совершают же эти преступления, в основном, лица без определенного источника дохода. По данным МВД РФ, среди 924 400 лиц, совершивших преступления в январе-ноябре 2013 году на территории РФ, не имели постоянного источника дохода 65,9%. При том что ситуация по отдельным регионам просто катастрофическая. Доля таких лиц в Дагестане составила 83,7%, в Северной Осетии 83,5%, в Ингушетии 83,2%, в Чеченской Республике 82,4%<sup>13</sup>. Из вышесказанного напрашивается вывод. Установление минимального размера залога в 100 000 и 500 000 рублей является ошибкой законодателя.

Что делать в такой ситуации следователю? Выбор невелик. Во-первых, в отношении подозреваемого (обвиняемого) можно не избирать меру пресечения. Однако на практике такие случаи достаточно редки. Даже по преступлениям небольшой и средней тяжести дознаватели (следователи) стараются избирать подписку о невыезде и надлежащем поведении, чтобы хоть как-то воздействовать на подозреваемого (обвиняемого).

Во-вторых, избрать в качестве меры пресечения подписку о невыезде и надлежащем поведении – это наиболее простой, но далеко не самый эффективный выбор. Никаких удерживающих факторов, кроме морально-психологических, такая мера пресечения не имеет. В лучшем случае обвиняемые периодически не являются к следователю, в худшем – используют эту меру пресечения, чтобы скрыться от правосудия. И в том, и в другом случае налицо отрицательные последствия: затягиваются сроки предварительного расследования, следователь вынужден выполнять дополнительную работу по обеспечению явки обвиняемого, привлекаются сотрудники органа дознания для его розыска и т.д.

В-третьих, избрать меру пресечения в виде заключения под стражу, тем более, что судьи охотно удовлетворяют такие ходатайства следователей. В этом случае обвиняемый никуда не скроется, будет являться по вызовам следователя, да и воспрепятствовать производству по делу иным образом вряд ли сможет. Просто и надежно. Но эффективно ли? С точки зрения следователя – весьма эффективно. С точки зрения обвиняемого (его родственников и близких), а

<sup>12</sup> Определение судебной коллегии по уголовным делам Брянского областного суда от 13.03.2013 [Электронный ресурс] // URL: <http://rospravosudie.com/court-bryanskij-oblastnoj-sud-bryanskaya-oblast-s/act-422561715/> (дата обращения: 16 февраля 2014 г.)

<sup>13</sup> Краткая характеристика состояния преступности в Российской Федерации за январь-ноябрь 2013 года [Электронный ресурс] // URL: <http://mvd.ru/Deljatelnost/statistics/reports/item/1388663/> (дата обращения: 15 января 2014 г.)



на наш взгляд и потерпевшего, нет. Говорить о минусах такого положения для обвиняемого излишне. А в чем же «проигрывает» потерпевший? Находясь под стражей, обвиняемый лишается работы, источника дохода, который мог быть направлен на возмещение причиненного потерпевшему вреда. Увеличиваются сроки уголовного судопроизводства, и момент назначения наказания еще более удаляется от момента совершения преступления. Находясь в заключении и осознавая, что в государстве отсутствует нормально работающая система исполнительного производства в части взыскания причиненного вреда, а наиболее вероятное наказание будет связано с лишением свободы (реальным или условным), обвиняемый утрачивает всяческое желание участвовать в примирительных процедурах, возмещении ущерба.

Для следователя плюсы от применения к обвиняемому залога видятся в следующем. Поскольку мера пресечения является одним из средств обеспечения уголовного судопроизводства, то вряд ли следователи заинтересо-

ваны в том, чтобы заключить под стражу всех и каждого. Им необходимо, чтобы подозреваемый (обвиняемый): проживал по указанному адресу, являлся по первому вызову к следователю, не препятствовал производству по уголовному. К тому же, избрание в качестве меры пресечения залога, на наш взгляд, позволит избежать многих конфликтных ситуаций между следователем и стороной защиты.

Для обеспечения нормального хода уголовного судопроизводства должен присутствовать определенный фактор, удерживающий подозреваемого (обвиняемого) от совершения новых преступлений и иных противоправных действий, влияющих на процесс расследования. Полагаем, что залог, в отличие от заключения под стражу, обладает всеми качествами, которые позволяют найти компромисс между интересами сторон обвинения и защиты.

Вместе с тем чтобы залог не превратился в привилегию для узкого круга лиц, необходимо отказаться от существующего в законе его минимального размера.

#### Библиография:

1. Люблинский П.И. Свобода личности в уголовном процессе. Меры обеспечения неуклонения обвиняемого от правосудия. – СПб.: Сенатская типография, 1906. – 711 с.
2. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т.1. – СПб.: Альфа, 1996. – 552 с.
3. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т.2. – СПб.: Альфа, 1996. – 606 с.
4. Мельников В.Ю. Права личности в уголовном процессе // Актуальные проблемы российского права. – 2013. – 1. – С. 84–90.
5. О. Н. Селедникова Особенности залога как меры пресечения имущественного характера // Политика и Общество. – 2012. – 7. – С. 87–92.

#### References:

1. Lyublinskii P.I. Svoboda lichnosti v ugolovnom protsesse. Mery obespecheniya neukloneniya obvinyаемого ot pravosudiya. – SPb.: Senatskaya tipografiya, 1906. – 711 s.
2. Foinitskii I.Ya. Kurs ugolovnogogo sudoproizvodstva. T.1. – SPb.: Al'fa, 1996. – 552 s.
3. Foinitskii I.Ya. Kurs ugolovnogogo sudoproizvodstva. T.2. – SPb.: Al'fa, 1996. – 606 s.
4. Mel'nikov V.Yu. Prava lichnosti v ugolovnom protsesse // Aktual'nye problemy rossiiskogo prava. – 2013. – 1. – С. 84–90.
5. O. N. Selednikova Osobennosti zaloga kak mery presecheniya imushchestvennogo kharaktera // Politika i Obshchestvo. – 2012. – 7. – С. 87–92.

*Материал поступил в редакцию 18 февраля 2014 г.*



К.А. Таболина\*

## О НЕДОСТАТОЧНОСТИ ПОЛНОМОЧИЙ ПРОКУРОРА ДЛЯ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОГО НАДЗОРА В СТАДИИ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

**Аннотация:** В статье исследуются полномочия прокурора в стадии возбуждения уголовного дела и проблема их недостаточности для осуществления эффективного надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного расследования. Автором критически оценены внесённые в 2007 году изменения досудебного производства, поскольку они противоречат как международно-правовым стандартам, так и российскому законодательству. Рассмотрены наиболее значимые последующие реформе досудебного производства изменения, которые вернули прокуратуре часть надзорных полномочий, в том числе и в стадии возбуждения уголовного дела. Указанные изменения в целом можно оценить позитивно с точки зрения упрочения роли прокурора, однако прослеживается явная непродуманность принятых норм, заключающаяся в их неоднозначном понимании, а также в наличии необъяснимых законодательных ошибок. Кроме того, приведены и проанализированы актуальные статистические данные Генеральной прокуратуры Российской Федерации, Прокуратуры города Москвы, Прокуратуры Московской области. Автором внесены предложения по совершенствованию полномочий прокурора в стадии возбуждения уголовного дела. Сделан вывод о необходимости расширения объёма надзорных полномочий прокурора на основе серьёзного концептуального подхода при реформировании прокурорского надзора и всего досудебного производства уголовного процесса России. Статья рассчитана на практикующих юристов, преподавателей, аспирантов, студентов юридических вузов, а также всех интересующихся уголовно-процессуальным правом.

**Ключевые слова:** юриспруденция, прокурор, прокурорский надзор, полномочия прокурора, недостаточность полномочий прокурора, досудебное производство, возбуждение уголовного дела, реформа досудебного производства, органы предварительного следствия, органы дознания.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.6.10358

В настоящее время продолжается реформирование досудебного производства уголовного процесса России. В особенности преобразования касаются контроля и надзора за предварительным расследованием. Актуальность данному вопросу существенно придаёт принятие Федерального закона от 04 марта 2013 года № 23-ФЗ<sup>1</sup>, который внёс революционные изменения и в стадию возбуждения уголовного дела, и в стадию предварительного расследования.

Вышеуказанный Федеральный закон значительно изменил порядок рассмотрения сообщения о преступлении: теперь стало возможно

производство большого числа следственных и иных процессуальных действий до возбуждения уголовного дела, более того, полученные в ходе доследственной проверки сведения могут быть использованы в качестве доказательств. Такие нововведения затрагивают интересы лиц, участвующих в производстве процессуальных действий, порождают возможность существенного ограничения конституционных прав и свобод личности и определяют необходимость установления дополнительных уголовно-процессуальных гарантий на стадии возбуждения уголовного дела. В этой связи огромное значение имеет своевременный и эффективный надзор прокурора как гаранта обеспечения законности в государстве. Однако в 2007 году традиционные формы и методы прокурорского надзора за досудебным производством были кардинально реформированы, а полномочия прокурора с тех пор не отличаются постоянством.

<sup>1</sup> Федеральный закон от 04 марта 2013 г. № 23-ФЗ «О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 9. Ст. 875.

© Таболина Ксения Андреевна

\* Аспирантка кафедры уголовно-процессуального права, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) [kysi-kyss@yandex.ru] 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.



Так, в 2007 году Федеральным законом от 05 июня 2007 года № 87-ФЗ<sup>2</sup> были внесены коренные изменения в нормы Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующие стадии досудебного производства. Тем самым была предпринята попытка разделения функций предварительного расследования и прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. В результате проведенной реформы досудебного производства к руководителям следственных органов от прокуроров перешла значительная часть полномочий, среди которых – право возбуждать уголовное дело, давать согласие следователю на возбуждение уголовного дела и право отменять незаконные или необоснованные постановления следователя. Это вызывает особый интерес, поскольку проведенные преобразования досудебного производства противоположно коснулись надзора прокурора за другой формой предварительного расследования – дознанием, что является парадоксом: ведь возможность существенного ограничения конституционных прав и свобод личности при производстве предварительного следствия, осуществляемого, как правило, по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях, намного выше. Следовательно, объем надзорных полномочий прокурора при производстве предварительного следствия не может быть меньше, чем при производстве дознания. В целом реформа досудебного производства 2007 года подверглась немалой критике и породила дискуссии и в научных кругах<sup>3</sup>, и у практических работников.

Внесенные в 2007 году изменения в УПК РФ вступили в противоречие как с международно-правовыми стандартами, так и с российским законодательством. В частности, принятые нормы не согласуются с Рекомендацией № R (2000) 19 Комитета министров Совета Европы «О роли прокуратуры в системе уголовного правосудия»<sup>4</sup>, в п. 2 которой указано: «Во всех

*системах уголовного правосудия прокуроры: решают вопрос о возбуждении или продолжении уголовного преследования; поддерживают обвинение в суде; могут обжаловать или давать заключения по жалобам на все или некоторые решения суда (курсив мой. – К.Т.)». Указанные изменения также не соответствуют Концепции судебной реформы в Российской Федерации<sup>5</sup>, положения которой официально не отменены и предусматривают сохранение за прокурором функции процессуального руководства расследованием, а среди полномочий называют возбуждение уголовного дела и передачу его следователю для производства предварительного следствия. Сейчас, как мы полагаем, очевидные ошибки 2007 года были выявлены и по настоящее время исправляются, а реформа досудебного производства пока не завершена. Наиболее образно это подтверждают изменения, внесенные Федеральным законом от 28 декабря 2010 г. № 404-ФЗ<sup>6</sup>, которые вернули прокуратуре часть надзорных полномочий, в том числе и в стадии возбуждения уголовного дела.*

В соответствии с вышеуказанным Федеральным законом ч. 2 ст. 37 УПК РФ дополнена пунктом 5.1, согласно которому прокурор среди прочего вправе истребовать и проверять законность и обоснованность решения следователя или руководителя следственного органа об отказе в возбуждении уголовного дела и принимать по нему решение в соответствии с УПК РФ. Теперь согласно новой редакции УПК РФ прокурор вправе изымать для передачи следователю Следственного комитета РФ и передавать от одного следственного органа другому не только уголовные дела, но и материалы доследственной проверки. В статье 140 УПК РФ появился новый повод для возбуждения уголовного дела – постановление прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании. Однако даже здесь, на наш взгляд, опять прослеживается непродуманность принятых норм.

Так, ч. 2 ст. 37 УПК РФ дополнена п. 5.1, в котором указано, что в ходе досудебного произ-

<sup>2</sup> Федеральный закон от 05 июня 2007 года № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 24. Ст. 2830.

<sup>3</sup> См., например: Гаврилов Б. Я. Федеральный закон от 5 июня 2007 года № 87-ФЗ: мнение специалиста и учёного // Российская юстиция. 2007. № 7. С. 60–64; Крюков В. Ф. Полномочия прокурора в досудебном производстве по уголовным делам: современность и перспективы // Журнал российского права. 2007. № 10. С. 61–70; Халиулин А. Полномочия прокурора по надзору за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия // Законность. 2007. № 9. С. 15–20.

<sup>4</sup> Рекомендация № R (2000) 19 Комитета министров Совета Европы государствам-членам «О роли прокуратуры в системе уголовного правосудия» (приня-

та Комитетом министров Совета Европы 06 октября 2000 г. на 724-м заседании представителей министров) // Журнал российского права. 2001. № 8. С. 65–70.

<sup>5</sup> Постановление Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г. № 1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР» // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 44. Ст. 1435.

<sup>6</sup> Федеральный закон от 28 декабря 2010 г. № 404-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием деятельности органов предварительного следствия» // СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 16.



водства прокурор уполномочен «истребовать и проверять законность и обоснованность решений следователя или руководителя следственного органа об отказе в возбуждении, приостановлении или прекращении уголовного дела и принимать по ним решение в соответствии с настоящим Кодексом». Данное нововведение хоть и можно оценить позитивно с точки зрения упрочения роли прокурора в уголовном судопроизводстве России, но всё-таки оно не безупречно и по форме, и по содержанию. В этой связи совершенно справедливо отмечает В.А. Лазарева: «Дополнение, надо сказать, весьма сомнительное как с точки зрения формулировки, т.к. законодатель не потрудился согласовать слова в этом предложении (получилось, что прокурор может «истребовать законность и обоснованность решений»), так и по существу. Право прокурора истребовать названные решения следователя или руководителя следственного органа с неизбежностью вытекает из невыполнения органами расследования обязанности незамедлительно направить прокурору копию постановления...»<sup>7</sup>. Действительно, согласно ч. 4 ст. 148 УПК РФ копия постановления об отказе в возбуждении уголовного дела обязана быть направлена прокурору в течение 24 часов с момента вынесения соответствующего постановления, а необходимость проверки законности и обоснованности указанного решения следует из надзорной функции прокурора, установленной ч. 1 ст. 37 УПК РФ. Такой непродуманностью правовой нормы, на наш взгляд, поставлена под сомнение компетентность органов предварительного следствия. Ясна и невозможность истребования прокурором законности и обоснованности решений следователя или руководителя следственного органа. Возможно, подразумевается истребование материалов уголовного дела и материалов проверки сообщения о преступлении, но по неопределённой причине это не указано в рассматриваемом пункте ч. 2 ст. 37 УПК РФ. В любом случае такая формулировка порождает закономерные вопросы в научных кругах: «Распространяется ли право прокурора истребовать «нечто» для проверки на материалы уголовного дела, без которых проверка не только обоснованности, но часто и законности невозможна, или оно ограничено только постановлением? Нужен ли для получения постановления и материалов дела мотивированный письменный запрос?»<sup>8</sup>. В целях повышения эффективности

прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия, а также корректного и единообразного понимания правовой нормы предлагаем изложить п. 5.1 ч. 2 ст. 37 УПК РФ в следующем виде: «истребовать материалы проверки сообщения о преступлении или материалы уголовного дела и проверять законность и обоснованность решений следователя или руководителя следственного органа об отказе в возбуждении, приостановлении или прекращении уголовного дела и принимать по ним решение в соответствии с настоящим Кодексом».

Согласно новой редакции ч. 6 ст. 148 УПК РФ прокурор в срок не позднее 5 суток с момента получения материалов проверки сообщения о преступлении наделяется правом признания постановления руководителя следственного органа, следователя об отказе в возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным и отмены его. Данное решение оформляется мотивированным постановлением прокурора с изложением конкретных обстоятельств, подлежащих дополнительной проверке, которое вместе с материалами незамедлительно направляется руководителю следственного органа. Указанную норму можно соотносить с ч. 4 ст. 146 УПК РФ, устанавливающей, что в случае если прокурор признает возбуждение уголовного дела незаконным или необоснованным, он вправе в срок не позднее 24 часов с момента получения материалов отменить постановление о возбуждении уголовного дела, о чём выносит мотивированное постановление. Но если прокурор отменит постановление о возбуждении уголовного дела, то производство по делу продолжено не будет, а если прокурор вынесет решение об отмене постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, то, логически, производство по делу продолжится, должны будут быть произведены следственные действия и приняты соответствующие процессуальные решения. Однако принятие таких решений, как и производство большинства следственных действий, возможно только в рамках возбуждённого уголовного дела, но прокурор не правомочен одним решением с отменой постановления об отказе в возбуждении уголовного дела одновременно возбудить его, он может лишь изложить обстоятельства, которые подлежат дополнительной проверке. Даже в данном случае возбудить уголовное дело вправе только следователь или руководитель следственного органа по своему усмотрению. Кроме того, прокурор не вправе самостоятельно возбудить уголовное дело и в случае отмены в порядке ч. 6 ст. 148 УПК РФ постановления органа дознания, дознавателя об отказе в возбуждении уголовного дела. На

<sup>7</sup> Лазарева В. А. Долгожданные изменения в статусе прокурора (Закон от 28 декабря 2010 г. № 404-ФЗ) // Уголовное судопроизводство. 2011. № 3. С. 2.

<sup>8</sup> Там же. С. 3.



наш взгляд, это затрудняет возможность расследования уголовного дела по горячим следам, блокирует потерпевшему доступ к правосудию, а также вызывает лишнюю бумажную волокиту. Более того, нами выявлена явная тенденция к ежегодному увеличению количества отменённых прокурором и по его инициативе постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела. Так, согласно статистическим данным Генеральной прокуратуры Российской Федерации, прокурором и по его инициативе отменено постановлений органов предварительного расследования об отказе в возбуждении уголовного дела (в Российской Федерации): в 1-м полугодии 2011 года – 1114662, в 1-м полугодии 2012 года – 1257559 (+ 12,8 %), а в 1-м полугодии 2013 года – уже 1273472 (+ 1,3 %)⁹. Выявленная тенденция свидетельствует о постоянном количественном приросте незаконных или необоснованных постановлений органов предварительного расследования об отказе в возбуждении уголовного дела, отменённых средствами прокурорского надзора. При этом сохраняется возможность повторного вынесения органами предварительного расследования постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела, что позволяет утверждать о недостаточности полномочия прокурора только отменяющего решение об отказе в возбуждении уголовного дела. Представляется, что прокурор должен обладать правом вынесения единого постановления об отмене постановления об отказе в возбуждении уголовного дела и о возбуждении уголовного дела¹⁰.

Неоднозначное отношение у нас вызывает действующая редакция ч. 6 ст. 148 УПК РФ и в части дифференциации порядка осуществления прокурором своего надзорного полномочия в зависимости от формы предварительного расследования. Так, признав постановление

органа дознания, дознавателя об отказе в возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, прокурор отменяет его и направляет соответствующее постановление начальнику органа дознания со своими указаниями, устанавливая срок их исполнения. А в случае признания отказа руководителя следственного органа, следователя в возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, прокурор в срок не позднее 5 суток с момента получения материалов проверки сообщения о преступлении отменяет постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, о чём выносит мотивированное постановление с изложением конкретных обстоятельств, подлежащих дополнительной проверке, которое вместе с указанными материалами незамедлительно направляет руководителю следственного органа. Такое различие правового регулирования одинаковых, по сути, общественных отношений вызвало множество дискуссионных вопросов среди специалистов в области уголовного процесса: отличается ли чем-то изложение прокурором конкретных обстоятельств, подлежащих дополнительной проверке, от указаний, которые он даёт дознавателю? Следует ли считать, что дознавателю прокурор не возвращает изученные им материалы проверки сообщения о преступлении? Вправе ли прокурор устанавливать следователю срок исполнения своих указаний? Руководителю следственного органа прокурор обязан направить своё мотивированное постановление незамедлительно, а дознавателю – когда хочет или как придётся?¹¹ Кроме массы возникших вопросов, рассматриваемое законодательное нововведение подверглось и неоспоримой критике. Так, И.В. Овсянников подчёркивает, что обсуждаемое предписание закона в части, обязывающей прокурора изложить в постановлении руководителю следственного органа, следователю конкретные обстоятельства, подлежащие дополнительной проверке, прямо противоречит ч. 1 ст. 144 УПК РФ, которая предписывает проверять не обстоятельства, а сообщение о любом совершённом или готовящемся преступлении. Более того, данная норма в указанной части противоречит и другим положениям уголовно-процессуального закона: в соответствии со ст. 73 УПК РФ обстоятельства не проверяются, а подлежат доказыванию; согласно ст. 87 УПК РФ прове-

⁹ Основные результаты работы по надзору за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина за январь-июнь 2011–2012 гг. [Электронный ресурс] : основные статистические данные о деятельности органов прокуратуры // Генеральная прокуратура Российской Федерации : официальный сайт. URL: <http://genproc.gov.ru/stat/data/> (дата обращения: 17.11.2013); Основные результаты прокурорской деятельности за январь-июнь 2013 года [Электронный ресурс] : основные статистические данные о деятельности органов прокуратуры // Генеральная прокуратура Российской Федерации : официальный сайт. URL: <http://genproc.gov.ru/stat/data/> (дата обращения: 17.11.2013).

¹⁰ См. об этом также: Таболина К. А. К вопросу о проблемах реализации надзорных полномочий прокурора в досудебном производстве // Перспективы развития уголовно-процессуального права и криминалистики. Материалы 2-й международной научно-практической конференции. Часть 2. 2012. С. 203–204.

¹¹ Лазарева В. А. Долгожданное изменение в статусе прокурора (Закон от 28 декабря 2010 г. № 404-ФЗ). С. 3–4; Ряполова Я. П. Процессуальные действия прокурора по надзору за законностью и обоснованностью действий и решений на стадии возбуждения уголовного дела // Российский следователь. 2012. № 14. С. 10–11.



ряются не обстоятельства, а доказательства<sup>12</sup>. Также мы полагаем неудачной формулировку «мотивированное постановление» прокурора, поскольку в силу действующего принципа законности при производстве по уголовному делу все постановления прокурора должны быть законными, обоснованными и мотивированными (ч. 4 ст. 7 УПК РФ). На наш взгляд, нет никакой надобности в указании в законе на необходимость вынесения прокурором мотивированного постановления в каждом конкретном случае.

Достаточно остро обозначается проблема отмены прокурором незаконного или необоснованного постановления руководителя следственного органа, следователя об отказе в возбуждении уголовного дела в случае пропуска установленного для этого 5-дневного срока. Такое ограничение возможности отмены прокурором незаконного или необоснованного постановления следователя об отказе в возбуждении уголовного дела при наличии, например, данных, указывающих на признаки тяжкого или особо тяжкого преступления, кажется нелогичным, ведь право прокурора отменить такое же постановление дознавателя ограничено только давностью уголовного преследования. Среди специалистов в области уголовно-процессуального права предложено нормативно закрепить положение, согласно которому прокурор по истечении 5-дневного срока, признав постановление руководителя следственного органа, следователя незаконным или необоснованным, выносит мотивированное постановление о направлении материалов руководителю следственного органа для решения вопроса об отмене соответствующего постановления<sup>13</sup>. Такой подход соответствует духу п. 2 ч. 1 ст. 39 и ч. 6 ст. 148 УПК РФ. Однако, по нашему мнению, в данной ситуации более уместно было бы вообще исключить указание на какой-либо срок, и это послужило бы дополнительной гарантией соблюдения законности при вынесении руководителем следственного органа, следователем решения об отказе в возбуждении уголовного дела.

Как отмечалось выше, ст. 140 УПК РФ дополнена новым поводом для возбуждения уголовного дела – постановлением прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для

решения вопроса об уголовном преследовании, на вынесение которого прокурор уполномочен п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ. На наш взгляд, это является своеобразным восполнением отсутствия у прокурора права на возбуждение уголовного дела, законодательным компромиссом. И данный компромисс уже применяется в прокурорской практике. Так, согласно сведениям о работе прокуроров города Москвы в порядке п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ направлено материалов для решения вопроса об уголовном преследовании: в 2011 году – 2101, в 2012 году – 1424, – из них возбуждено уголовных дел: в 2011 году – 1716 (81,7 % от числа направленных постановлений с материалами), в 2012 году – 1169 (82,1 %) <sup>14</sup>. По общим данным Прокуратуры Московской области о надзоре за исполнением законов на досудебной стадии уголовного судопроизводства, прокурорами в порядке п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ направлено материалов органам предварительного расследования: в 2011 году – 1063, а в 2012 году – 1351, – из них возбуждено уголовных дел: в 2011 году – 802 (75,4 % от числа направленных постановлений с материалами), в 2012 году – 1155 (85,5 %) <sup>15</sup>. Приведенные статистические данные в целом выявляют положительную тенденцию к увеличению количества возбужденных уголовных дел по постановлению прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании. Однако, на наш взгляд, в указанной статистике прослеживается слишком большой процент отказов органов предварительного расследования в возбуждении уголовных дел. В Москве было отказано в возбуждении уголовных дел по материалам, направленным прокурором в порядке п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, в 2011 году – в 18,3 % случаев, в 2012 году – в 17,9 %; в Московской области было отказано в возбуждении уголовных дел в 2011 году – в 24,6 % случаев, в 2012 году – в 14,5 %. Таким образом, в среднем за два года в Москве по каждому пятому-шестому постановлению прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании выносилось решение об отказе в возбуждении уголовного дела,

<sup>12</sup> Овсянников И. В. Прокурорский надзор в стадии возбуждения уголовного дела // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2012. № 4 (30). С. 12–13.

<sup>13</sup> Ряполова Я. П. Процессуальные действия прокурора по надзору за законностью и обоснованностью действий и решений на стадии возбуждения уголовного дела. С. 11.

<sup>14</sup> Сведения о работе прокуроров города Москвы по надзору за исполнением законов на досудебной стадии уголовного судопроизводства за 12 месяцев 2012/2011 гг. [Электронный ресурс] : статистика // Прокуратура города Москвы : официальный сайт. URL: <http://www.mosproc.ru/statistics/> (дата обращения: 17.11.2013).

<sup>15</sup> Основные статистические данные о деятельности органов прокуратуры области за 2012 год [Электронный ресурс]: статистика // Прокуратура Московской области: официальный сайт. URL: <http://mosoblproc.ru/statistika/> (дата обращения: 17.11.2013).



а в Московской области – по каждому пятому. При этом необходимо учитывать, что в соответствии с ч. 1.1 ст. 148 УПК РФ решение об отказе в возбуждении уголовного дела в связи с мотивированным постановлением прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного следствия для решения вопроса об уголовном преследовании по фактам выявленных прокурором нарушений уголовного законодательства, вынесенным на основании п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, может быть принято только с согласия руководителя следственного органа. В этой связи невозможно не согласиться с В.А. Лазаревой, которая полагает, что «масовость такого явления, как необоснованный отказ в возбуждении уголовного дела, требует более эффективного средства прокурорского реагирования, чем бесконечная переписка прокурора с руководителем следственного органа. Поэтому включение постановления прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании в число поводов к возбуждению уголовного дела проблемы никак не решает»<sup>16</sup>.

Кроме того, важнейшее надзорное полномочие прокурора в стадии возбуждения уголовного дела определено в п. 1 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, в соответствии с которым прокурор уполномочен проверять исполнение требований федерального закона при приёме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях. Согласно статистическим данным Генеральной прокуратуры Российской Федерации прокуроры используют данное полномочие в полном объёме. Так, в Российской Федерации было выявлено нарушений при приёме, регистрации и рассмотрении сообщений о преступлениях: в 1-м полугодии 2011 года – 1386873 (71,1 % от общего числа выявленных нарушений), в 1-м полугодии 2012 года – 1677659 (68,3 %), в 1-м полугодии 2013 года – 1734429 (73 %) <sup>17</sup>. Приведённая статистика наглядно показывает, что большинство нарушений законодательства в

досудебном производстве допускается именно в стадии возбуждения уголовного дела, в этой связи прокурору просто необходимо иметь эффективные надзорные полномочия уже с момента приёма и регистрации сообщения о преступлении. Однако требовать от органов предварительного расследования устранения нарушений, допущенных в стадии возбуждения уголовного дела, в соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 37 УПК РФ прокурор не имеет права, поскольку это возможно только в ходе дознания или предварительного следствия, т.е. на стадии предварительного расследования. Является ли это законодательной ошибкой – неясно, но указанная проблема достаточно остро обсуждается в научной литературе<sup>18</sup>. Нам представляется, что для оперативного устранения нарушений законодательства в стадии возбуждения уголовного дела, а также в целях пресечения возможности таких нарушений необходимо наделить прокурора соответствующим полномочием. В этой связи предлагаем изложить п. 3 ч. 2 ст. 37 УПК РФ в следующей редакции: «требовать от органов дознания и следственных органов устранения нарушений федерального законодательства, допущенных при приёме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях, а также в ходе дознания или предварительного следствия».

Итак, реформирование стадии возбуждения уголовного дела, да и всего досудебного производства, не только не завершено, но и требует серьёзного концептуального подхода, позволяющего обеспечить достижение назначения уголовного судопроизводства (ст. 6 УПК РФ). В настоящее время остро стоит проблема недостаточности полномочий прокурора для осуществления эффективного надзора за законностью и обоснованностью решений, принимаемых органами предварительного расследования. В этой связи необходимо расширение объёма надзорных полномочий прокурора на продуманной концептуальной основе, исключая неоднозначное понимание уголовно-процессуальных норм и необъяснимые законодательные ошибки. При разработке такого концептуального подхода следует принять за

<sup>16</sup> Лазарева В. А. Долгожданное изменение в статусе прокурора (Закон от 28 декабря 2010 г. № 404-ФЗ). С. 3.

<sup>17</sup> Основные результаты работы по надзору за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина за январь-июнь 2011-2012 гг. [Электронный ресурс] : основные статистические данные о деятельности органов прокуратуры // Генеральная прокуратура Российской Федерации : официальный сайт. URL: <http://genproc.gov.ru/stat/data/> (дата обращения: 17.11.2013); Основные результаты прокурорской деятельности за январь-июнь 2013 года [Электронный ресурс] : основные статистические данные о деятельности органов прокуратуры // Генеральная прокуратура Российской Федерации : официальный сайт. URL: <http://genproc.gov.ru/stat/data/> (дата обращения: 17.11.2013).

<sup>18</sup> См., например: Овсянников И. В. Прокурорский надзор в стадии возбуждения уголовного дела. С. 10; Ряполова Я. П. Процессуальные действия прокурора по надзору за законностью и обоснованностью действий и решений на стадии возбуждения уголовного дела. С. 11; Петров А. Обеспечение прокурором законности в стадии возбуждения уголовного дела // Законность. 2011. № 11. С. 33; Чубыкин А. В. Проблемы обеспечения прокурором законности при приёме, регистрации и рассмотрении заявлений и сообщений о преступлениях (на примере работы Северо-Западной транспортной прокуратуры) // Криминалистика. 2012. № 1 (10). С. 64.



основу международно-правовые стандарты, учесть накопленный внутригосударственный опыт построения уголовно-процессуального законодательства, а также идею М.С. Строговича:

«... прокурор – блюститель закона, на нём лежит обязанность пресекать любое нарушение закона, обеспечивать точное и неуклонное соблюдение и исполнение закона»<sup>19</sup>.

#### Библиография:

1. Гаврилов Б. Я. Федеральный закон от 5 июня 2007 года № 87-ФЗ: мнение специалиста и учёного // Российская юстиция. 2007. № 7. – С. 60–64.
2. Крюков В. Ф. Полномочия прокурора в досудебном производстве по уголовным делам: современность и перспективы // Журнал российского права. 2007. № 10. – С. 61–70.
3. Лазарева В. А. Долгожданные изменения в статусе прокурора (Закон от 28 декабря 2010 г. № 404-ФЗ) // Уголовное судопроизводство. 2011. № 3. – С. 2–5.
4. Овсянников И. В. Прокурорский надзор в стадии возбуждения уголовного дела // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2012. № 4 (30). – С. 9–14.
5. Петров А. Обеспечение прокурором законности в стадии возбуждения уголовного дела // Законность. 2011. № 11. – С. 32–37.
6. Ряполова Я. П. Процессуальные действия прокурора по надзору за законностью и обоснованностью действий и решений на стадии возбуждения уголовного дела // Российский следователь. 2012. № 14. – С. 9–11.
7. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса: Основные положения науки советского уголовного процесса. Т. 1. М., 1968. – 470 с.
8. Таболина К. А. К вопросу о проблемах реализации надзорных полномочий прокурора в досудебном производстве // Перспективы развития уголовно-процессуального права и криминалистики. Материалы 2-й международной научно-практической конференции. Часть 2. 2012. – С. 200–206.
9. Халиуллин А. Полномочия прокурора по надзору за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия // Законность. 2007. № 9. – С. 15–20.
10. Чубыкин А. В. Проблемы обеспечения прокурором законности при приёме, регистрации и рассмотрении заявлений и сообщений о преступлениях (на примере работы Северо-Западной транспортной прокуратуры) // Криминалист. 2012. № 1 (10). – С. 60–64.

#### References:

1. Gavrilov B. Ya. Federal'nyi zakon ot 5 iyunya 2007 goda № 87-FZ: mnenie spetsialista i uchenogo // Rossiiskaya yustitsiya. 2007. № 7. – S. 60–64.
2. Kryukov V. F. Polnomochiya prokurora v dosudebnom proizvodstve po ugovolnym delam: sovremennost' i perspektivy // Zhurnal rossiiskogo prava. 2007. № 10. – S. 61–70.
3. Lazareva V. A. Dolgozhdannye izmeneniya v statuse prokurora (Zakon ot 28 dekabrya 2010 g. № 404-FZ) // Ugolovnoe sudoproizvodstvo. 2011. № 3. – S. 2–5.
4. Ovsyannikov I. V. Prokurorskiy nadzor v stadii vzbuzhdeniya ugovolnogo dela // Vestnik Akademii General'noi prokuratury Rossiiskoi Federatsii. 2012. № 4 (30). – S. 9–14.
5. Petrov A. Obespechenie prokurorom zakonnosti v stadii vzbuzhdeniya ugovolnogo dela // Zakonnost'. 2011. № 11. – S. 32–37.
6. Ryapolova Ya. P. Protsessual'nye deistviya prokurora po nadzoru za zakonnost'yu i obosnovannost'yu deistvii i reshenii na stadii vzbuzhdeniya ugovolnogo dela // Rossiiskii sledovatel'. 2012. № 14. – S. 9–11.
7. Strogovich M. S. Kurs sovetskogo ugovolnogo protsesssa: Osnovnye polozheniya nauki sovetskogo ugovolnogo protsesssa. T. 1. M., 1968. – 470 s.
8. Tabolina K. A. K voprosu o problemakh realizatsii nadzornykh polnomochii prokurora v dosudebnom proizvodstve // Perspektivy razvitiya ugovolno-protsessual'nogo prava i kriminalistiki. Materialy 2-i mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii. Chast' 2. 2012. – S. 200–206.
9. Khaliullin A. Polnomochiya prokurora po nadzoru za protsessual'noi deyatel'nost'yu organov predvaritel'nogo sledstviya // Zakonnost'. 2007. № 9. – S. 15–20.
10. Chubykin A. V. Problemy obespecheniya prokurorom zakonnosti pri prieme, registratsii i rassmotrenii zayavlenii i soobshchenii o prestupleniyakh (na primere raboty Severo-Zapadnoi transportnoi prokuratury) // Kriminalist". 2012. № 1 (10). – S. 60–64.

*Материал поступил в редакцию 1 декабря 2013 г.*

<sup>19</sup> Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса: Основные положения науки советского уголовного процесса. Т. 1. М., 1968. С. 215.



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СУДЕБНОГО СЛЕДСТВИЯ В СУДЕ ПРИСЯЖНЫХ И ПОДХОДЫ К ИХ РАЗРЕШЕНИЮ

**Аннотация:** В статье исследуются проблемы судебного следствия в суде присяжных и подходы к их разрешению в судебной практике. В статье рассмотрена проблема «предварительного» допроса свидетелей и специалистов, не допрошенных ранее на стадии предварительного расследования, о вызове которых в судебное заседание ходатайствуют стороны. Такой допрос производится без участия присяжных заседателей, и он не регламентирован УПК РФ. Данные о личности подсудимого, потерпевшего и свидетелей не исследуются с участием присяжных, если эти сведения не позволяют установить признаки преступления, вменяемого подсудимому. Существует необходимость корректировки сложившейся практики по этому вопросу, с учетом позиции Европейского Суда по правам человека. В суде присяжных возникают сложности с исследованием «шокирующих» доказательств – вещественных доказательств, фотографий и т.п., способных оказать на присяжных заседателей чрезмерное эмоциональное воздействие и сформировать негативное отношение к подсудимому до вынесения в отношении него вердикта. Верховный Суд РФ выработал ряд критериев приемлемости исследования таких сведений с участием присяжных заседателей. Если указанные доказательства имеют существенное значение для установления обстоятельств дела, доказанность которых определяется присяжными заседателями, исследование их с участием присяжных заседателей признается правомерным. Изучение подходов к решению проблем судебного следствия в суде присяжных свидетельствует о необходимости совершенствования действующего законодательства в целях оптимизации производства в современном российском суде присяжных.

**Ключевые слова:** судебное следствие, суд присяжных, предварительный допрос свидетеля, присяжные заседатели, сведения о подсудимом, сведения о свидетелях, воздействие на присяжных, компетенция присяжных, шокирующие доказательства, доказательство

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.6.11499

Среди проблем производства в суде с участием присяжных заседателей особую остроту приобретают проблемы судебного следствия, поскольку именно на этом этапе судебного разбирательства производится исследование всех доказательств, производится большая часть процессуальных действий, закладываются основы внутреннего убеждения присяжных заседателей.

Один из таких вопросов порождает возникшее в судебной практике обыкновение производства в судебном следствии т.н. «предварительного» допроса свидетелей и специалистов, не допрошенных ранее на стадии предварительного расследования, о вызове которых в судебное заседание ходатайствуют стороны. На время этого предварительного допроса присяжные заседатели удаляются председательствующим судьей из зала судебного заседания. Допрос этот является предварительным, поскольку лишь после этого допроса

председательствующий судья решает, будет ли этот свидетель допрошен в присутствии присяжных.

Насколько соответствует УПК РФ это обыкновение судебной практики?

Верховный Суд РФ в ряде своих решений сформулировал категоричную позицию о законности предварительного допроса, несмотря на отсутствие в УПК РФ норм, прямо регулирующих эту процедуру.

Во-первых, в решениях Верховного Суда РФ отвергается позиция авторов жалоб о незаконности такого допроса, поскольку он не предусмотрен УПК РФ. Так, в кассационном определении по делу К. Судебная коллегия оценила довод жалобы о том, что «...свидетели защиты допрашивались вначале в отсутствие присяжных заседателей, а затем в их присутствии, что не предусмотрено действующим УПК РФ», следующим образом: «С учетом особенностей судебного следствия в суде с участием при-

© Насонов Сергей Александрович

\* Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-процессуального права, Московский государственный юридический университет имени О.Е.Кутафина (МГЮА)

[sergei-nasonov@narod.ru]

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



сяжных заседателей, указанных в статье 335 УПК РФ, председательствующим судьей не допущено нарушения прав подсудимых тем, что допрос свидетелей, по заявленным стороной защиты ходатайствам, проводился председательствующим вначале без участия присяжных заседателей. Доводы кассационных жалоб в этой части являются несостоятельными»<sup>1</sup>.

По другому делу Верховный Суд РФ подчеркнул: «Предварительный допрос свидетеля В. в отсутствие присяжных заседателей не следует расценивать нарушением уголовно-процессуального закона. Данная процедура допроса свидетеля (вначале допрос свидетеля без присяжных заседателей, а затем с их участием) никоим образом не могла повлиять на мнение присяжных заседателей при вынесении ими... вердикта»<sup>2</sup>.

Таким образом, процедура предварительного допроса свидетелей рассматривается Верховным Судом РФ как объективно обусловленная особенностями судебного следствия, закрепленными в статье 335 УПК РФ, т.е. имеющая нормативное основание.

Во-вторых, Верховный Суд РФ в ряде решений обозначил правовые основания производства предварительного допроса в суде присяжных.

Одним из таких оснований является необходимость проверки допустимости показаний ранее не допрошенного свидетеля: «...председательствующий правильно разрешал проводить сторонам сначала в отсутствие присяжных заседателей, поскольку данные вопросы касаются допустимости доказательств, что в соответствии с требованиями ст. ст. 334, 335 ч. 6 УПК РФ разрешаются председательствующим единолично, не относится к полномочиям присяжных заседателей и рассматриваются в их отсутствие»<sup>3</sup>. На наш взгляд, данное основание производства предварительного допроса является юридически несостоятельным, поскольку если показания свидетеля касаются допустимости доказательств, он вообще не может быть допрошен с участием присяжных, даже после допроса в их отсутствие<sup>4</sup>. Кроме того, вряд ли может возникнуть сомнение в до-

пустимости доказательства, применительно к показаниям еще не допрошенного свидетеля, что исключает возможность производства допроса без участия присяжных заседателей по этому основанию.

Гораздо более аргументированным представляется другой подход Верховного Суда РФ к определению основания производства предварительного допроса: «Учитывая, что производство в суде с присяжными заседателями ведется с учетом особенностей, предусмотренных главой 42, а согласно ч. 7 ст. 335 УПК РФ в ходе судебного следствия в присутствии присяжных заседателей исследуются только те фактические обстоятельства уголовного дела, доказанность которых устанавливается присяжными заседателями в соответствии с их полномочиями, предусмотренными ст. 334 УПК РФ, то председательствующий, в отсутствие присяжных заседателей обоснованно выяснял у свидетелей сведения, которые они желали довести до присяжных, и решал вопросы об относимости этих сведений к разрешению вопросов, отнесенных к компетенции присяжных. В последующем свидетели, показания которых относились к выяснению вопросов, относящихся к компетенции присяжных заседателей, были допрошены в их присутствии»<sup>5</sup>.

Таким образом, единственным, юридически состоятельным основанием производства предварительного допроса свидетелей в суде присяжных является необходимость «выяснения относимости» их показаний к вопросам, разрешение которых входит в компетенцию присяжных заседателей.

С одной стороны, такое основание соотносится с особенностями производства в суде присяжных, поскольку предварительный допрос служит процессуальным механизмом, обеспечивающим ограждение присяжных заседателей от получения сведений, не имеющих отношения к рассматриваемому делу. Очевидно, что председательствующий не всегда в состоянии своевременно отреагировать на сообщение свидетелем присяжным сведений, не относящихся к делу, а негативный эффект этого может проявиться в неправоудном вердикте присяжных заседателей. С другой стороны, отсутствие законодательной регламентации предварительного допроса свидетелей в суде присяжных создает опасность избирательно-го применения этой процедуры в дискриминационном формате (на практике часто предварительному допросу подвергаются именно

<sup>1</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 25 апреля 2012 г. № 51-О12-15сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>2</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 22 июня 2011 г. № 56-О11-52сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>3</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 01 ноября 2012 г. № 41-О12-71сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>4</sup> Пашин С.А. Доказательства в российском уголовном процессе // Состязательное правосудие. Тр. науч. – практ. лаб. Вып. 1. Ч. 2. М., 1996. С. 381.

<sup>5</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 20 июля 2011 г. № 83-О11-19сп // СПС КонсультантПлюс.



дополнительные свидетели стороны защиты, а не стороны обвинения).

Именно поэтому предварительный допрос свидетелей в суде присяжных, активно применяемый на практике, на наш взгляд, нуждается в скорейшей законодательной регламентации, что позволит оптимизировать производство в суде присяжных.

Острой проблемой в судебном следствии в суде присяжных остается исследование сведений о личности подсудимого с участием присяжных заседателей.

Согласно ч. 8 ст. 335 УПК РФ данные о личности подсудимого исследуются с участием присяжных только в той мере, в какой они необходимы для установления отдельных признаков состава преступления.

В практике Верховного Суда РФ исследование данных о личности подсудимого с участием присяжных заседателей признавалось законным, если эти сведения позволяли установить:

- *отдельные признаки субъекта преступления (специальный навык):* «...данные о том, что Кузнецов Р.Н. служил в спецназе в «горячей точке», могущие служить косвенным доказательством владения осужденным навыками применения огнестрельного оружия и наличия в связи с этим у него возможности совершить посягательство на жизнь потерпевших с применением оружия...могли быть исследованы в судебном заседании»<sup>6</sup>.
- *мотив содеянного:* «... за два дня до покушения на убийство С., между Астаниным и его супругой произошел скандал, в результате которого супруга, собрав свои личные вещи, со своим малолетним ребенком переехала на постоянное место жительства к своим родителям С. и С. Астанин П.М., полагая, что причиной их семейного конфликта является тесть, испытывая к нему неприязнь, решил совершить его убийство с особой жестокостью, общеопасным способом путем сожжения»<sup>7</sup>.

С другой стороны, если с участием присяжных заседателей были исследованы данные о личности подсудимого, не имеющие указанного выше значения, это признается нарушением уголовно-процессуального закона. В кассационном определении Верховного Суда РФ по делу М. и др., в качестве основания к отмене

приговора указывалось на следующее обстоятельство: «В ходе допроса подсудимого М.Д. адвокаты подробно выяснили характеризующие его данные (обучение в высших учебных заведениях, намерения поступить на учебу в аспирантуру и на работу в правоохранительные органы, семейное положение, отношение к военной службе)»<sup>8</sup>.

Положения части 8 ст. 335 УПК РФ, запрещающие исследовать до вынесения вердикта факты прежней судимости, признания подсудимого хроническим алкоголиком или наркоманом, а также иные данные, способные вызвать предубеждение присяжных в отношении подсудимого, не содержат безусловного запрета на исследование этих сведений с участием присяжных заседателей.

Верховный Суд РФ допускает возможность исследования сведений о предыдущей судимости подсудимого, если эти данные позволяют установить отдельные признаки состава преступления, вменяемого подсудимому.

По делу С. в кассационном определении подчеркивалось: «Судебная коллегия считает, что, учитывая конкретные обстоятельства данного уголовного дела, председательствующий обоснованно разрешил стороне обвинения исследовать в присутствии присяжных заседателей факт прежней судимости Ч. и обстоятельства, связанные с отысканием наркотических средств в его кладовой комнате. Эти обстоятельства напрямую связаны с мотивом убийства потерпевшей С. Мотив убийства – фактические обстоятельства, которые находятся на разрешении в компетенции присяжных заседателей, о чем указано в ч. 1 ст. 334 УПК РФ»<sup>9</sup>.

По другому делу Верховный Суд РФ, признав законным исследование таких сведений с участием присяжных, отметил следующее: «В присутствии присяжных заседателей сведения о предыдущей судимости Соина М.В. исследовались лишь в той степени, в какой это было необходимо для выяснения фактических обстоятельств совершенных подсудимыми преступлений: обида Соина М.В. на потерпевшего К. из-за того, что последний якобы оговорил его, способствовал этим его предыдущему осуждению, стала поводом для конфликта, приведшего к убийству»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 25 июня 2009 г. № 1-033/08 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>9</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 11 мая 2005 г. № 93-о05-5сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>10</sup> Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 09 июля 2013 г. № 32-АПУ13-7сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>6</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 11 июня 2013 г. № 67-О13-36СП // СПС КонсультантПлюс.

<sup>7</sup> Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 03 июня 2010 г. № 14-О10-25сп // СПС КонсультантПлюс.



В практике Верховного Суда РФ продолжает проявляться подход, состоящий в том, что своим своевременным обращением к присяжным заседателям с разъяснением председательствующий способен устранить практически любое нарушение уголовно-процессуального закона, допущенное в судебном разбирательстве. Косвенно такой подход приводит к расширению допустимых пределов исследования данных о личности подсудимого с участием присяжных заседателей.

Иллюстрацией этого может служить следующий вывод Верховного Суда РФ по делу Н.,Ж. и Г.: «Как видно из протокола судебного заседания, председательствующий устранял от исследования такие данные о личности, которые не подлежали исследованию в присутствии присяжных. Так, когда подсудимый Женевский пытался обсуждать сведения о судимости соучастников преступления, председательствующий судья разъяснил недопустимость этого, обратил внимание присяжных на то, что они не должны учитывать указанные доводы подсудимого»<sup>11</sup>.

В случае доведения до присяжных заседателей единичных и неконкретизированных сведений о личности подсудимого, это не признается существенным нарушением уголовно-процессуального закона<sup>12</sup>.

Особенную остроту в судебной практике приобрела проблема исследования с участием присяжных заседателей сведений, характеризующих личность свидетелей и потерпевших по делу.

УПК РФ не содержит специальной нормы, регламентирующей исследование в первой части судебного следствия (с участием присяжных заседателей) данных о личности свидетелей и потерпевших.

Вместе с тем положения ч.8 ст. 335 УПК РФ в судебной практике толкуются таким образом, что, по общему правилу, исследование подобных сведений с участием присяжных заседателей запрещается.

В Определении Конституционного Суда РФ по этому поводу отмечается, что положения ч. 8 ст. 335 УПК «...не регламентируют вопросы исследования в присутствии присяжных заседателей сведений о личности потерпевшего и свидетеля. Такие вопросы с учетом необходимости сохранения судом объективности и беспристрастности в ходе судебного разбиратель-

ства разрешаются на основе взаимосвязанных положений статей 252, 299, 334 и 335 (части третья, шестая и седьмая) УПК Российской Федерации, в соответствии с которыми в присутствии присяжных заседателей не подлежат исследованию вопросы права, не входящие в компетенцию присяжных и способные вызвать их предубеждение в отношении участников процесса»<sup>13</sup>.

В судебной практике Верховного Суда РФ положения части 8 комментируемой статьи распространены на исследование аналогичных сведений в отношении свидетелей и потерпевших<sup>14</sup>.

Отменяя оправдательный приговор по делу А., Верховный Суд РФ указал: «В нарушение закона в ходе допроса свидетеля Аскольской стороной защиты выяснились данные о личности свидетеля Меркушевой. Но, несмотря на это председательствующий, как видно из протокола судебного заседания, замечание стороне защиты не сделал»<sup>15</sup>.

Обоснованием такой позиции Верховного Суда РФ чаще всего служит указание на то, что исследование указанных сведений противоречит положениям части 7 комментируемой статьи, поскольку присяжные заседатели не уполномочены устанавливать своим вердиктом указанные обстоятельства<sup>16</sup>.

Верховный Суд РФ аргументирует свой подход также опасностью нарушения ч.1 ст. 252 УПК РФ в случае исследования негативных данных о личности потерпевших и свидетелей<sup>17</sup>.

Аналогичная аргументация используется и в случаях, когда сторона защиты выясняет возможность причастности свидетеля (потерпевшего) к преступлению, вменяемому подсудимому<sup>18</sup>.

В научной литературе указанные подходы Верховного Суда РФ признаются верными. Так, по мнению Т. Владыкиной, исследование подобных сведений с участием присяжных засе-

<sup>11</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 4 марта 2004 г. № 9-о04-7сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>12</sup> Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 04 апреля 2013 г. № 6-АПУ13-2сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>13</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 11 мая 2012 г. № 686-О // СПС КонсультантПлюс.

<sup>14</sup> Определение Военной коллегии Верховного Суда РФ от 30 ноября 2006 г. № 1-50/2005 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>15</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 8. С. 23, 26–28.

<sup>16</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 23.03.2011 № 25-О11-4СП // СПС КонсультантПлюс.

<sup>17</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10 августа 2005 г. № 67-о05-50сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>18</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 5 марта 2003 г. № 4-кпо03-13сп // СПС КонсультантПлюс.



дателей не входит в компетенцию присяжных заседателей и способно вызвать их предубеждение в отношении участников процесса<sup>19</sup>.

Т. Моисеева полагает, что данные, характеризующие личность потерпевшего или свидетеля, не должны приводиться для доказательств виновности или невиновности подсудимого, однако, они могут исследоваться «...лишь в той мере, в какой необходимы для установления отдельных признаков состава преступления, в совершении которого обвиняется подсудимый»<sup>20</sup>.

Между тем в постановлении Европейского Суда по правам человека по делу «Пичугин против Российской Федерации» 23 октября 2012 г. содержится иной подход к допустимости исследования данных о личности свидетелей и потерпевших с участием присяжных заседателей.

Европейский Суд отметил в указанном решении, что «...положение Заявителя было... усугублено тем, что ему не было позволено задавать г-ну К. вопросы об определённых факторах, способных подорвать достоверность его показаний», «... председательствующий судья сняла все вопросы о судимостях г-на К., о том, почему он не давал инкриминирующих Заявителя показаний в ходе своих первых допросов в 1999 г. и о том, что именно мотивировало его начать давать такие показания в 2003 г., а также вопросы, касающиеся возможно оказанного на него давления со стороны органов прокуратуры»<sup>21</sup>.

Указав на то, что показания свидетеля К. были решающими для осуждения подсудимого, Европейский Суд отметил, что указанные вопросы свидетелю со стороны защиты были крайне важны, поскольку позволяли оспорить достоверность его показаний, оценка которых отнесена к исключительной компетенции коллегии присяжных заседателей: «Задачей коллегии присяжных было определить, какое значение (если вообще они имеют какое-либо значение) следует придавать показаниям г-на К. против Заявителя. С тем, чтобы эту задачу выполнить, присяжным должны были быть известны все имеющие к делу обстоятельства, влияющие на точность и достоверность данных показаний, включая какие-либо возможно

имевшиеся у г-на К. побудительные причины ложного изложения фактов. Соответственно, защите было важно обсудить вышеуказанные вопросы в присутствии коллегии присяжных с тем, чтобы проверить достоверность и правдивость показаний г-на К. Суд озабочен заявлением председательствующей судьи, что защите Заявителя «не разрешается подвергать показания свидетеля сомнению»... и что коллегии присяжных «нет необходимости знать, что мотивировало (г-на К.) дать показания против Заявителя»<sup>22</sup>.

В итоге, Европейский Суд пришел к выводу, что запрет исследования данных о личности потерпевшего с участием присяжных заседателей в данном случае «...права Заявителя на защиту были ограничены в объёме, несовместимом с предоставляемыми ст. 6 §§ 1 и 3 (d) Конвенции гарантиями»<sup>23</sup>, что нарушило его право на справедливое судебное разбирательство.

Очевидно, что российская правоприменительная практика в вопросе о возможности исследования данных о личности свидетеля и потерпевшего в присутствии присяжных заседателей должна быть скорректирована с учетом указанной позиции Европейского Суда по правам человека.

Представляет интерес специфика исследования некоторых доказательств в судебном следствии с участием присяжных заседателей.

В практике Верховного Суда РФ сформировался подход о неприемлемости исследования с участием присяжных заседателей заключения психофизиологической экспертизы обвиняемого (исследование на полиграфе)<sup>24</sup>. Позиция Верховного Суда о запрете исследования этого доказательства с участием присяжных заседателей основана на том, что это заключение «не является доказательством факта» и вследствие этого не должно оцениваться присяжными заседателями<sup>25</sup>.

В судебной практике признается правомерным отказ от исследования с участием присяжных исследовательской части заключения эксперта, если она изобилует специальной терминологией, уяснение которой затруднительно для присяжных заседателей<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Там же, п. 210.

<sup>23</sup> Там же, п. 212.

<sup>24</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 06 июня 2012 г. № 19-О12-13сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>25</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 05 мая 2011 г. № 41-О11-43сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>26</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10 августа 2005 г. № 58-о05-33сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>19</sup> Владыкина Т. Особенности судебного следствия в суде с участием присяжных заседателей // Уголовное право. 2013. № 2. С. 86.

<sup>20</sup> Моисеева Т. Особенности судебного следствия в суде с участием присяжных заседателей: анализ практики Верховного Суда РФ // Уголовное право. 2012. № 1. С. 97.

<sup>21</sup> Постановление ЕСПЧ по делу «Пичугин против Российской Федерации» 23 октября 2012 г. (жалоба № 38623/03), п.п. 206, 210 // СПС КонсультантПлюс.



Продолжает сохранять актуальность и проблема исследования с участием присяжных т.н. «шокирующих» доказательств – вещественных доказательств, фотографий и т.п., способных оказать на присяжных заседателей чрезмерное эмоциональное воздействие и сформировать негативное отношение к подсудимому до вынесения в отношении него вердикта<sup>27</sup>.

Верховный Суд РФ в отдельных случаях признает правомерным отказ председательствующего в исследовании таких доказательств с участием присяжных заседателей, если они не имеют особого доказательственного значения, однако они могут вызвать предубеждение у присяжных: «Отказывая в обозрении присяжными заседателями фототаблицы осмотра трупов К. и Т., суд обоснованно указал, что они не могут быть представлены присяжным, так как трупы сфотографированы после их вскрытия и на них не видны повреждения. Кроме того, внешний вид вскрытых трупов может оказать на присяжных эмоциональное воздействие и повлиять на принятие ими объективного решения»<sup>28</sup>.

Принимая решение о правомерности исследования подобных доказательств с участием присяжных заседателей, Верховный Суд оценивает – могло ли их содержание негативно повлиять на присяжных заседателей и в ряде случаев приходит к *категоричному* выводу об отсутствии такого воздействия: «На оспариваемых осужденным фототаблицах... зафиксирована обстановка места происшествия и нет таких сведений, которые могли негативно воздействовать на присяжных заседателей»<sup>29</sup>.

Верховный Суд РФ, как правило, не распространяет концепцию «шокирующих доказательств» на доказательства, не содержащие изображение или видеозапись, полагая, что степень воздействия подобных сведений не

влечет негативного воздействия на присяжных заседателей<sup>30</sup>.

Кроме того, Верховный Суд РФ не признает исследованные с участием присяжных доказательства, способными вызвать у них предубеждение, если *метод* такого исследования обеспечил нейтрализацию возможного негативного эмоционального воздействия. Этот метод может состоять в предъявлении указанных доказательств присяжным заседателям фрагментарно: «Из протокола судебного заседания следует, что государственный обвинитель представил на обозрение коллегии присяжных заседателей фототаблицу к протоколу осмотра места происшествия *без демонстрации трупа М.*»<sup>31</sup>.

Верховный Суд РФ, решая вопрос о том, оказало ли на присяжных негативное эмоциональное воздействие исследование с их участием «протокола осмотра автомашины с обгоревшими трупами» с приложением фототаблицы, проанализировал *цвет и размер изображения на этих фотографиях*<sup>32</sup>.

Вместе с тем, если указанные доказательства имеют существенное значение для установления обстоятельств дела, доказанность которых определяется присяжными заседателями, исследование их с участием присяжных заседателей признается правомерным<sup>33</sup>.

Таким образом, необходимо законодательно закрепить условия исследования указанных доказательств с участием присяжных, на основе подходов, сформировавшихся в судебной практике.

Изучение подходов к решению проблем судебного следствия в суде присяжных свидетельствует о необходимости совершенствования действующего уголовно-процессуального законодательства в целях оптимизации производства в современном российском суде присяжных.

#### Библиография:

1. Владыкина Т. Особенности судебного следствия в суде с участием присяжных заседателей // Уголовное право. 2013. № 2. С. 84–92.

<sup>27</sup> Насонов С.А. Судебное следствие в суде присяжных: законодательство, теория и практика. Научно-практическое пособие. М.: Р. Валент, 2001. С.173–179.

<sup>28</sup> Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 01 ноября 2006 г. № 41-006-67сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>29</sup> Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 24 июля 2013 г. № 41-АПУ13-23сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>30</sup> Обзор судебной практики ВС РФ «Обзор кассационной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ за 2004 год» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>31</sup> Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 29 июля 2013 г. № 20-АПУ13-18сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>32</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 24 мая 2011 г. № 56-О11-41сп // СПС КонсультантПлюс.

<sup>33</sup> Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 26 июня 2008 г. № 41-008-42сп // СПС КонсультантПлюс.



2. Моисеева Т. Особенности судебного следствия в суде с участием присяжных заседателей: анализ практики Верховного Суда РФ // Уголовное право. 2012. № 1. – С.95–99.
3. Насонов С.А. Судебное следствие в суде присяжных: законодательство, теория и практика. Научно-практическое пособие. М.: Р.Валент, 2001. – 190 с.
4. Пашин С.А. Доказательства в российском уголовном процессе // Состязательное правосудие. Тр. науч. – практ. лаб. Вып. 1. Ч. 2. М., 1996. – С. 311–390.

**References:**

1. Vladykina T. Osobennosti sudebnogo sledstviya v sude s uchastiem prisyazhnykh zasedatelei // Uголовное право. 2013. № 2. S. 84–92.
2. Moiseeva T. Osobennosti sudebnogo sledstviya v sude s uchastiem prisyazhnykh zasedatelei: analiz praktiki Verkhovnogo Suda RF // Uголовное право. 2012. № 1. – S.95–99.
3. Nasonov S.A. Sudebnoe sledstvie v sude prisyazhnykh: zakonodatel'stvo, teoriya i praktika. Nauchno-prakticheskoe posobie. M.: R.Valent, 2001. – 190 s.
4. Pashin S.A. Dokazatel'stva v rossiiskom ugovnom protsesse // Sostyazatel'noe pravosudie. Tr. nauch. – prakt. lab. Vyp. 1. Ch. 2. M., 1996. – S. 311–390.

*Материал поступил в редакцию 18 марта 2014 г.*



Н.А. Развейкина\*

## К ВОПРОСУ О ПОДСУДНОСТИ СУДА ПРИСЯЖНЫХ ПО УСТАВУ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА И УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМУ КОДЕКСУ РФ

**Аннотация:** В статье исследуются тенденции изменения подсудности суда присяжных в сравнительно-историческом аспекте: по Уставу уголовного судопроизводства (1864 г.) и Уголовно-процессуальному кодексу РФ (2001 г.). Анализируются социально-экономические и политические предпосылки изменения границ подсудности, а также указываются последствия законодательных изменений с точки зрения оценки эффективности деятельности суда с участием присяжных заседателей. Особое внимание обращено на позицию Конституционного Суда РФ, отражающего актуальные внутригосударственные течения. В сравнительном аспекте обнаруживаются общие тенденции изменения границ подсудности суда присяжных в XIX и XX–XXI веках. В качестве методов исследования применен исторический анализ политических условий развития государства соответствующего периода, статистический метод сравнения уголовно-процессуальных норм различных временных отрезков. Сравнительно-исторический анализ уголовно-процессуальных норм позволил выявить общие тенденции развития законодательства о производстве в суде с участием присяжных заседателей в XIX и XX–XXI веках, указать на общность политических предпосылок и причин изменения подсудности суда присяжных. Сделан вывод, что оценка деятельности суда присяжных как института неэффективного является надуманной и имитируемой государством и его органами. Аргументы, обосновывающие законодательные изменения, противоречат мнению гражданского общества, уровню развития правосознания и восприятию результатов государственной деятельности в сфере отправления правосудия и судостройства.

**Ключевые слова:** суд присяжных, подсудность, эффективность, критерий оценки, Уголовно-процессуальный кодекс РФ, Конституционный Суд РФ, конституционное право, Устав уголовного судопроизводства, изменения законодательства, особое мнение судьи.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11310

Разные стороны функционирования суда присяжных всегда были и всегда будут в центре внимания ученых и практикующих юристов, поскольку именно в суде присяжных получают специфическое преломление практически все проблемы уголовного судопроизводства. Суд присяжных был предметом вопроса, резко разделявшим создателей Судебных уставов на два лагеря: 1) граф Блудов с представителями бюрократической России, называвшими суд присяжных беспочвенным, опасным, преждевременным новшеством; 2) С.И. Зарудный, Д.А. Ровинский, Н.А. Буцковский, желавшие введения новых начал судопроизводства и полного обновления старого

судебного устройства.

По замыслу авторов Концепции судебной реформы 1991 г., в современной России, как когда-то в императорской, коллегия присяжных заседателей, обладая «совокупным потенциалом здравого смысла» в его общечеловеческом понимании, жизненным опытом нескольких случайно отобранных представителей общества, олицетворяет в себе все демократические начала уголовного правосудия и сможет вернуть доверие населения к судебной власти. Противники суда присяжных, которых в России конца XX – начала XXI веков нашлось не меньше,

© Развейкина Надежда Андреевна

\* Кандидат юридических наук, доцент кафедры социальных систем и права, Самарский государственный аэрокосмический университет имени академика С.П. Королева (национальный исследовательский университет)

[razveykinan@mail.ru]

443086, Россия, г. Самара, Московское шоссе, д. 34.

**Материалы Международной научно-практической конференции «Уголовное судопроизводство: история и современность», посвященной 150-летию Устава уголовного судопроизводства Российской империи.**



чем в России середины века XIX, предлагали и предлагают до сих пор от него отказаться как от неэффективной процедуры.

Эффективность как критерий оценки деятельности или принятого решения в последнее время применяется ко многим жизненным явлениям: к поведению людей, к деятельности государства, к различным социальным, политическим, экономическим и правовым явлениям. С точки зрения эффективности представители государства и юридического сообщества оценивают правосудие в целом и суд присяжных в частности<sup>1</sup>. Этот вопрос не возник вдруг, из ниоткуда. Он также занимал умы ученых и практиков в период действия Устава уголовно-судопроизводства.

Для оценки эффективности деятельности суда присяжных целесообразно обратиться к исследованию тех факторов, которые могут влиять на его эффективность. Выделить их можно множество, однако, для начала, имеет смысл очертить границы подсудности в целях определения объема деятельности по осуществлению правосудия, приходящегося на долю суда присяжных. Этот вопрос представляет интерес в сравнительно-историческом аспекте: историческое значение состоит в возможности показать степень развития народа и государства, уровня правосознания в восприятии суда присяжных как формы уголовного процесса. У этого фактора есть и политическая подоплека: обеспечение реализации конституционных прав и свобод граждан, в том числе права на доступ к правосудию и права на участие в управлении государством, а также ограничение этих прав.

Статья 201 УУС к подсудности суда присяжных относил дела о преступлениях или проступках, за которые в законе положены наказания, соединенные с лишением или ограничением прав состояния. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в редакции 1866 г.) под ограничением прав состояния понимало потерю дворянства, лишение титулов, чинов, знаков отличия; задержание находиться на государственной и общественной службе для дворян; лишение духовного звания для священнослужителей; запрет участвовать в выборах и быть избран-

ными «в почетные или соединенные с властью должности» для купцов и почетных граждан (ст. 22, 23, 43). Фактически к ним относились преступления средней тяжести и тяжкие. По подсчетам дореволюционного исследователя суда присяжных А.М. Бобрищева-Пушкина, на долю присяжных выпадало примерно 410 статей Уложения о наказаниях уголовных и исправительных, что составляло примерно пятую часть (или 20 %) всех карательных статей российского законодательства<sup>2</sup>. Примечательно, что изначально государственные преступления были включены в подсудность суда присяжных по Проекту УУС, предложенному Редакционной комиссией. Ее уголовную часть возглавлял Н.А. Буцковский. Однако данные предложения не были поддержаны Государственным Советом, что в итоге нашло свое отражение в ст. 204 УУС<sup>3</sup>.

Суд присяжных был введен в действие по УУС в Петербургском и Московском судебных округах в 1866 г. Известный историк судебной реформы Г.А. Джаншиев отмечал, чем дальше шло в глубь России распространение суда совести, тем все более и более теряло почву под собою исторически сложившееся недоверие народа к суду и официальному законодательству<sup>4</sup>. Несмотря на это первое десятилетие работы суда присяжных породило и плеяду недовольных новым судом, которые старались единичные случаи промахов и неизбежные ошибки человеческой деятельности обобщить и вписать крупным шрифтом в недостатки, указывающие на его неэффективность, выставляя их как колебания основ государственного порядка. При этом все достижения, невозможные при старом порядке судопроизводства, приуменьшались или замалчивались. В разгар реакции против суда присяжных И.С. Аксаков, хорошо помнивший время и до, и после введения суда присяжных, указал его врагам, что уже за одно уничтожение в судах взяточничества, казавшегося в дореформенное время злом неотвратимым, неизбежным, как стихийное явление, – можно бы простить нелюбезному суду совести все его ошибки, если бы они даже и не были продуктом большого воображения крепостни-

<sup>1</sup> См., например, статью «Двенадцать независимых», опубликованную на портале «Грани.ру» // Электронный ресурс. – URL: <http://grani.ru/Society/Law/m.144512.html>; Путин раскритиковал низкую эффективность судов присяжных // Электронный ресурс. – URL: [http://infosud.ru/judicial\\_news/20101227/251429967.html](http://infosud.ru/judicial_news/20101227/251429967.html); Губенок И.В. Эффективность правосудия как гарантия защиты нарушенного права: Проблемы теории и практики: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2007. С. 13, 14 // Электронный ресурс. – URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1291662>

<sup>2</sup> Бобрищев-Пушкин А.М. Эмпирические законы деятельности русского суда присяжных. М.: Журнал «Русская мысль», 1896. С. 49–50.

<sup>3</sup> Кони А.Ф. Введение к Систематическому комментарию УУС. – Москва, типография «Культура», 1913 г. С. 22 // Электронный ресурс. – URL: <http://leb.nlr.ru/edoc/363895/>

<sup>4</sup> Судебная реформа // Эпоха великих реформ. Г.А. Джаншиев. По изданию 1900 г. // Allpravo.Ru, 2004. // Электронный ресурс. – URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc313p0/instrum3064/item3103.html>



ков<sup>5</sup>. Вместе с тем уже в 1866 году министр внутренних дел П.А. Валуев после скандального процесса, окончившегося оправданием А.Н. Пыпина и Ю.Г. Жуковского, добился переноса дел о печати из ведения окружного суда в судебную палату как первую инстанцию. В период кризиса суда присяжных 1877 – 1889 гг. ряд преступлений был последовательно изъят из подсудности присяжных: дела по преступлениям должности, против порядка управления, о злоупотреблении должностных лиц общественных и частных банков, о двоебрачии, об убийстве и покушении на убийство, о насильственных действиях против должностных лиц при исполнении ими служебных обязанностей, наконец, дела о выделке и хранении взрывчатых веществ. Причину данных изменений сенатор А.Ф. Кони усматривал во «временных соображениях политического характера». Недопустимо в вопросах организации судебной власти и осуществления правосудия руководствоваться исключительно узкими политическими интересами государственной власти. Очевидно, их необходимо отграничивать от стремления к истинному и справедливому правосудию, основанному на здравом смысле присяжных, внутреннем убеждении и совести судьи.

Состоявшееся в 1895 году совещание старших председателей и прокуроров Судебных Палат огромным большинством признало этот суд «жизненным, имеющим облагораживающее влияние на народную нравственность, служащим проводником народного правосознания...». Что касается подсудности, то в Государственном Совете даже высказывались предложения по передаче дел о должностных преступлениях от сословных представителей к присяжным заседателям, но предложения не нашли поддержки государственной власти<sup>6</sup>. Судьба суда присяжных была решена революционными волнениями, и в 1917 году его деятельность была прекращена.

Определяя сферу деятельности суда присяжных в УПК РФ 2001 г., законодатель отнес к его подсудности тяжкие и особо тяжкие преступления, сообразно с подсудностью верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа, окружного (флотского) военного суда. Причем по УПК РФ в отличие от УУС присяжным изначально были подсудны дела о государственных преступлениях.

Однако в России XX–XXI веков наметилась стойкая тенденция к ограничению подсудности суда присяжных, равно как в России XIX века.

Для анализа изменения подсудности мною были взяты некоторые редакции Уголовно-процессуального кодекса РФ, отражающие изменения в подсудности суда субъекта РФ и приравненных к нему, а также изменения, касающиеся непосредственно состава суда в лице судьи федерального суда общей юрисдикции и коллегии из двенадцати присяжных заседателей. Вместе с этим было проанализировано общее количество статей Уголовного кодекса РФ на дату действия соответствующей редакции УПК РФ. Это позволило определить процент статей, отнесенных к подсудности суда присяжных, от общего числа статей УК РФ. Полученные данные отражены в таблице.

Из приведенных данных становится очевидно, что при общей тенденции увеличения криминализации деяний (до 2010 г.) количество статей, относящихся к подсудности суда присяжных, постепенно сокращалось. И несмотря на изменение курса уголовной политики государства в виде декриминализации деяний в период с 2010 по 2013 год, общий процент статей, относящихся к подсудности суда присяжных, неуклонно снижался. Общим итогом видно, что за 12 лет действия УПК РФ подсудность суда присяжных сократилась более чем в 2 раза.

Резонно задаться вопросом о причинах данной тенденции. Чем государство и законодатель объясняли подобные изменения? Одно из очевидных обоснований – это законодательное изменение подсудности суда уровня субъекта РФ. Прямой зависимости от результатов деятельности суда присяжных в данном случае нет. Однако в 2008 году из подсудности суда присяжных были выведены ряд дел о преступлениях против общественной безопасности, против основ конституционного строя и безопасности государства. Инициаторы ограничения подсудности (депутаты В. Васильев, М. Гришанков), будучи озабоченными тем, что присяжные в южных регионах страны признают участников незаконных вооруженных формирований заслуживающими снисхождения и даже оправдывают, сосредоточились на делах так называемой «террористической направленности». Проводя исторические аналогии, эксперты вспомнили «дело Веры Засулич», оправданной присяжными за покушение на жизнь петербургского градоначальника Трепова. В те далекие времена это громкое дело также стало поводом к ограничению подсудности суда присяжных. С точки зрения политической, противники суда присяжных XIX в. прямо именовали его учреждением политическим и по своему происхождению, и по своему характеру, не имеющего ничего общего с самодержавным строем России того времени. При том опасность суд присяжных, по их мнению, создавал не только правильному отправлению

<sup>5</sup> Судебная реформа // Эпоха великих реформ.

<sup>6</sup> Кони А.Ф. Указ. соч.



Редакция УПК РФ	Количество статей в подсудности суда присяжных	Общее количество статей в УК РФ на дату действия редакции УПК РФ	Процент от общего числа статей в УК РФ	Исключенные/добавленные статьи
От 18.12.2001 г. № 174-ФЗ	47	261	18	-
От 29.05.2002 г. № 58-ФЗ	45	263	17	Исключены ст. 316 (укрывательство от преступлений), ст. 318 (применение насилия в отношении представителя власти)
От 08.12.2003 г. № 161-ФЗ	44	272	16	Исключены ст. 152 (торговля несовершеннолетними) в связи с утратой силы.
От 30.12.2008 г. № 321-ФЗ	35	272	12,8	Исключены ст. 205 (террористический акт), ч. 2-4 ст. 206 (захват заложников), ч. 1 ст. 208 (организация незаконного вооруженного формирования), ч. 1 ст. 212 (массовые беспорядки), ст. 275 (государственная измена), 276 (шпионаж), 278 (насильственный захват власти), 279 (вооруженный мятеж) и 281 (диверсия) УК РФ
От 29.12.2010 г. № 433-ФЗ	32	293	10,9	Изменена подсудность Верховного суда субъекта РФ, а также исключены дела в отношении члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы, судьи федерального суда, мирового судьи (п. 2 ч. 3 ст. 31 УПК), дела, в материалах которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну (п. 3 ч. 3 ст. 31 УПК)
От 28.12.2013 г. № 432-ФЗ	22	286	7,6	Исключены ст. 131 (изнасилование), 132 (насильственные действия сексуального характера), 134 (половое сношение и иные действия сексуального характера с лицом, не достигшим 16 лет) УК РФ.

правосудия, но и целесообразному устройству всего государственного механизма.

Однако «антитеррористической направленностью» невозможно объяснить изъятие (в УПК РФ) из подсудности суда присяжных дел о преступлениях против государства (госизмена, шпионаж, захват власти, диверсия). Большой частью граждан действия законодателя по сокращению компетенции суда присяжных в 2008 году были восприняты как ограничивающие право на суд присяжных, противоречащие ст. 55 Конституции РФ, которая запрещает издание законов, отменяющих или умаляющих права и свободы человека и гражданина. В прессе появились статьи с заголовками «Власть панически боится суда присяжных»<sup>7</sup>, «Медведев предложил «поставить крест» на судах присяжных и разбираться с террористами без «эмоций и колебаний»»<sup>8</sup>. В декабре 2008 г. в «Новой газете» было опубликовано открытое письмо Президенту Российской Федерации Дмитрию Медведеву по поводу законопроекта об изменении подсудности суда присяжных от лица видных общественных деятелей, членов Клуба присяжных, знаменитых актеров, журналистов, режиссеров, правозащитников, юристов и экономистов, в котором они призывали власть подумать о социальной ценности суда присяжных, не иг-

норировать мнение гражданского общества, не впадать в имитацию борьбы с террористами.

Теоретически научное сообщество могло бы оценить законодательные изменения как конституционно корректные, если бы ограничения прав граждан на суд присяжных были продиктованы публичными целями или интересами, приоритетом «общего блага» над «индивидуальным». Однако аргументы власти были неудачными: трудности бремени доказывания в суде присяжных, излишнее сочувствие к преступникам, повышенная сложность и специфика самих преступлений, трудно обеспечить непредвзятость и беспристрастность суда присяжных, учитывая эмоциональное состояние населения. Очевидно, что названные причины не просто не соответствуют публичному интересу, но прямо противоречат ему, указывая на слабость государственного аппарата.

В 2010 г. положения пункта 2 части второй статьи 30 УПК РФ в части, исключающей из подсудности суда с участием присяжных заседателей уголовные дела о преступлениях, предусмотренных статьями 205, 278 и 279 УК РФ, и, соответственно, передающей такие дела на рассмотрение суда в составе трех судей федерального суда общей юрисдикции, стали предметом рассмотрения Конституционным Судом. Рассматриваемые положения УПК РФ признаны не противоречащими Конституции РФ, поскольку право обвиняемого на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей не относится к числу основных прав, неотчуждаемых и принадлежащих каждому от рождения,

<sup>7</sup> Электронный ресурс. – URL: <http://newsland.com/news/detail/id/322027/>

<sup>8</sup> Электронный ресурс. – URL: <http://criminalnaya.ru/news/2009-08-19-12674>



и предусмотренный данными положениями переход от рассмотрения дела судом с участием присяжных заседателей к иной судебной процедуре осуществлен с учетом запрета назначения исключительной меры наказания в виде смертной казни. В обоснование своей позиции Конституционный Суд РФ ссылаясь на мнение Европейского Суда по правам человека, не предполагающего при предъявлении уголовного обвинения обязательного признания права на суд присяжных. Изменение подсудности уголовных дел суду с участием присяжных заседателей не может, по мнению КС РФ, рассматриваться как ограничение права на судебную защиту. Однако изложенная позиция Конституционного Суда РФ вступала в противоречие с его правовой позицией, изложенной в Постановлении от 6 апреля 2006 года № 3-П, в котором право обвиняемых на суд присяжных рассматривалось как «конституционно защищаемая ценность», сопоставимая с другими конституционными ценностями, в частности с конституционным принципом равенства перед законом и судом. Вероятно, именно поэтому среди судей Конституционного Суда не возникло единого мнения по рассматриваемому вопросу, что отразилось в особых мнениях судей Г.А. Гаджиева и В.Г. Ярославцева. Последний из названных прямо утверждал, что сокращение категорий дел, подсудных суду с участием присяжных заседателей, не имеет конституционного обоснования и носит произвольный характер. В юридическом обществе была высказана мысль, что позиция Конституционного Суда РФ явно «против суда присяжных», и этим КС РФ фактически решил судьбу данного правового института, предоставив неограниченные дискреционные полномочия федеральному законодателю, чем он и продолжил пользоваться в 2013 году, исключив из подсудности ст.ст. 131, 132, 134 УК РФ.

Сокращение подсудности суда присяжных затрагивает не только конституционное право на рассмотрение дела судом присяжных, но и взаимосвязанное с ним право граждан России участвовать в отправлении правосудия (часть 5 статьи 32 Конституции). Участие присяжных заседателей в отправлении правосудия может рассматриваться как форма участия граждан в управлении делами государства, причем непосредственного участия (часть 1 статьи 32 Конституции РФ). В силу этого право обвиняемого на суд присяжных не является простой функцией законодателя, а приобретает вполне самостоятельное нормативное содержание, ограничение которого регламентируется Конституцией РФ в статье 55. Всякое ограничение возможности граждан проявлять милость к членам своего общества, участвуя в отправлении правосудия, должно быть тщательно ар-

гументировано и обосновано. На сегодняшний день аргументация государства и законодателя, связанная с неэффективностью данной формы судопроизводства, слабо убедительна. Отстраняя граждан России от участия в отправлении правосудия, государство все больше портит и без того подмоченную репутацию правоохранительных органов, снижает авторитет судебной власти. Под подозрением государства и его органов оказывается готовность и умение граждан разобраться в хитросплетениях уголовных дел. Пытаясь объяснить свои меры неспособностью обычных людей сосредоточиться на восприятии данного случая безотносительно к судебной политике, статистике преступности и прочим привходящим обстоятельствам, государство провоцирует недоверие народа к собственной деятельности в целом. В 2011 году Генпрокуратура предлагала Президенту РФ Д.А. Медведеву исключить из подсудности присяжных дела, связанные с коррупцией, поскольку они сложны и присяжные недооценивают степень опасности преступления, хотя этот миф давно развеян юридическим сообществом и людьми, неравнодушными к суду присяжных. Леонид Никитинский, являющийся инициатором программы «Клуб присяжных» Общественной Палаты РФ, отмечает: интервью, проведенные с 150 бывшими присяжными по самым разным делам в 20 регионах России, свидетельствуют о том, что граждане, имевшие опыт участия в коллегии присяжных и вынесения вердиктов, демонстрируют рост правосознания и демократического гражданского самосознания. Преодолевается то отчуждение суда от гражданского общества, которое сегодня является одним из самых больших мест российской судебной системы<sup>9</sup>.

Отрадно, что в литературе встречаются предложения расширить подсудность суда с участием присяжных заседателей и ввести его в районный (городской) суд, но при этом в усеченных составах в количестве шести человек (как, например, по УПК РСФСР 1922 г.), рассматривающие уголовные дела о преступлениях средней тяжести и тяжких, сохранив разделение компетенций присяжных и председательствующего<sup>10</sup>. Соглашаясь с предложениями о расширении подсудности, предложения об усеченных составах, на мой взгляд, лишают суд присяжных тех главных социально-правовых характеристик, которые вкладывались

<sup>9</sup> Суд присяжных в России: совершенствование процедур и расширение юрисдикции / [составитель Л.В. Никитинский]. Москва: Фонд «Либеральная миссия», 2010. С. 6.

<sup>10</sup> Конин В.В., Эсмантович И.И. Некоторые вопросы истории российского суда с участием присяжных заседателей и его значение для современного уголовного судопроизводства // Адвокат. 2013. № 9.



в это словосочетание в течение многих столетий. Причем число «12» имеет социально-психологическое обоснование: дискуссия при таком числе спорящих разворачивается, как правило, вокруг двух лидирующих мнений. Помимо того, 12 человек – это признанный оптимальный состав малой социальной группы с точки зрения организации ее работы<sup>11</sup>. В советские годы, когда суд присяжных признавался буржуазным институтом, М.С. Строгович писал о необходимости введения «расширенной коллегии народных заседателей» для некоторых категорий дел. Такой подход был более оправданным, чем нынешние предложения создать какую-то суррогатную модель правосудия, искусственно закрепив за ней название «суд присяжных». Эти попытки вытеснить суд присяжных из российского судебно-правового пространства фактически превращают суд с участием присяжных заседателей в парадную витрину российского правосудия.

Несомненно, что суд присяжных, как и всякий суд, отражает на себе недостатки общества, из ко-

торого он исходит и в котором действует. Но эти недостатки искупаются безусловными достоинствами этого суда, в котором есть независимость и чувство милосердия, отражающееся в оправдательных приговорах. Авторитетный судебный деятель А.Ф. Кони еще сто лет назад рекомендовал законодателю обращать особое внимание на оправдательные приговоры суда присяжных, черпая полезные указания на то, как карательная сила уголовного закона идет в разрез с народным или общественным правосознанием. К сожалению, законодатель редко идет по этому пути, предпочитая ограничить подсудность суда присяжных нежели прислушаться к их решениям и принять соответствующие меры. Подтверждение этому демонстрирует история деятельности суда присяжных как в XIX, так и в XX–XXI веках. Деятельность данной формы судопроизводства только тогда можно будет назвать эффективным плодом рационального законотворчества, когда законодатель будет руководствоваться не политическими течениями, а наукой и опытом.

#### Библиография:

1. Бобрищев-Пушкин А.М. Эмпирические законы деятельности русского суда присяжных. – М.: Русская мысль, 1896.
2. Кони А.Ф. Введение к Систематическому комментарию УУС. – Москва, типография «Культура», 1913 г. С. 22.
3. Суд присяжных в России: совершенствование процедур и расширение юрисдикции / [составитель Л.В. Никитинский]. – Москва: Фонд «Либеральная миссия», 2010.
4. Конин В.В., Эсмантович И.И. Некоторые вопросы истории российского суда с участием присяжных заседателей и его значение для современного уголовного судопроизводства // Адвокат. 2013. № 5.
5. Тарасов А.А. Современный российский суд присяжных и проблемы профессионального правосознания юристов // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2008. № 1 (14).
6. Соколов Т.В. Взаимосвязь конституционного и уголовного судопроизводства: современное состояние // Право и политика. – 2013. №10. – С. 1350–1372.

#### References:

1. Bobrishchev-Pushkin A.M. Empiricheskie zakony deyatel'nosti russkogo suda prisyzhnykh. – M.: Russkaya mysl', 1896.
2. Koni A.F. Vvedenie k Sistematicheskomu kommentariyu UUS. – Moskva, tipografiya «Kul'tura», 1913 g. S. 22.
3. Sud prisyzhnykh v Rossii: sovershenstvovanie protsedur i rasshirenie yurisdiktсии / [sostavitel' L.V. Nikitinskii]. – Moskva: Fond «Liberal'naya missiya», 2010.
4. Konin V.V., Esmantovich I.I. Nekotorye voprosy istorii rossiiskogo suda s uchastiem prisyzhnykh zasedatelei i ego znachenie dlya sovremennogo ugovolnogo sudoproizvodstva // Advokat. 2013. № 5.
5. Tarasov A.A. Sovremenniy rossiiskiy sud prisyzhnykh i problemy professional'nogo pravosoznaniya yuristov // Vestnik Omskogo universiteta. Seriya "Pravo". 2008. № 1 (14).
6. Sokolov T.V. Vzaimosvyaz' konstitutsionnogo i ugovolnogo sudoproizvodstv: sovremennoe sostoyanie // Pravo i politika. – 2013. № 10. – С. 1350–1372.

*Материал поступил в редакцию 3 марта 2014 г.*

<sup>11</sup> Тарасов А.А. Современный российский суд присяжных и проблемы профессионального правосознания юристов // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2008. № 1 (14).



А.И. Халиуллин\*

## ЭЛЕКТРОННАЯ ПОДПИСЬ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РОССИИ

**Аннотация:** в настоящей статье рассмотрены современные тенденции вовлечения информационных технологий в уголовный процесс Российской Федерации. Сделаны предложения по изменению законодательства в целях оптимизации раскрытия и расследования преступлений. Автором обращено внимание на отсутствие однозначных критериев использования электронных документов в качестве доказательств, что приводит к назначению компьютерно-технических экспертиз в целях определения подлинности документов. Также в уголовно-процессуальном законодательстве отсутствует регламентация использования процессуальных документов, составленных в электронной форме. Автором проанализированы предложения ряда авторов о проведении отдельных следственных действий в электронной форме. Констатируется отсутствие нормативных положений в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации, позволяющих использовать усиленную квалифицированную подпись для разрешения вышеперечисленных вопросов. Приведены и проанализированы примеры из следственной и судебной практики использования электронных документов в уголовном процессе, на основании которых предложены отдельные критерии использования электронных документов.

**Ключевые слова:** электронная подпись, процессуальные документы, электронная форма документа, электронный документ, материальные носители информации, расследование преступлений, сообщение о преступлении, доказательство, обвинительное заключение, копирование информации.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.6.10292

Появление новых способов передачи, хранения и представления информации отражает объективно существующие тенденции развития общественных отношений. В зарубежных исследованиях активно развивается научное направление «визуализация права»<sup>1</sup>, в котором анализируется влияние изменения форм коммуникации на правоотношения.

Разнообразие ситуаций вовлечения компьютерной информации в уголовные правоотношения обусловило пристальное внимание исследователей. В настоящее время компьютерная информация может быть вовлечена в уголовный процесс по инициативе любого его участника, как правило, в форме сведений об обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, и впоследствии при наличии соответствующих условий признаваемых доказательствами. Например, следователь при производстве следственных действий, а потерпевший (обвиняемый, подсудимый и т.д.) в случае использования технических средств, в том числе для подтверждения легитимности

документа в электронном виде посредством использования нотариальных процедур<sup>2</sup>.

Кувычковым С.И. отмечается, что «признаки «электронного доказательства» и критерии их вовлечения в процесс доказывания по уголовному делу до настоящего времени отсутствуют»<sup>3</sup>. При возникновении сомнений в авторстве, целостности и неизменности компьютерной информации, а также иных ее характеристиках назначается компьютерно-техническая экспертиза.

Рядом последовательно внесенных изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации<sup>4</sup> (далее – УПК РФ) разре-

<sup>1</sup> Чуйко Н.А. Визуализация права // Журнал российского права. – 2013. – № 5. – С. 127.

<sup>2</sup> Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1) (ред. от 05.04.2013) // Российская газета. 1993. 13 марта.

<sup>3</sup> Кувычков С.И. Использование в доказывании электронной информации // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2012. № 2. С. 91.

<sup>4</sup> Федеральный закон Российской Федерации от 28.07.2012 № 143-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // Российская газета. 2012. 1 августа; Федеральный закон от 29.11.2012 № 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные за-

© Халиуллин Адел Ильфатович

\* Научный сотрудник, Академия Генеральной прокуратуры Российской Федерации

[adel@lenta.ru]

123022, Россия, г. Москва, 2-я Звенигородская ул., д. 15.



ны основные вопросы, связанные с изъятием, копированием и хранением материальных носителей информации в электронной форме. Вместе с тем вопрос о критериях электронных доказательств в уголовном процессе до настоящего времени остается дискуссионным.

В этой связи С.В. Зуев предлагает «электронное копирование информации»<sup>5</sup> определить в качестве самостоятельного следственного действия в УПК РФ, тем самым посредством перечисления требований к данному следственному действию установить одновременно и требуемые критерии в отношении «электронных доказательств». Дополняя данную точку зрения, отмечаем, что использование в уголовном процессе информации в электронной форме предполагает четкое определение способов удостоверения ее подлинности.

Более широкий взгляд на проблему информатизации уголовного процесса содержится в исследовании М.Н. Колосовича и О.С. Колосовича, которые рассматривают возможность осуществления в электронной форме отдельных процессуальных действий (например, подача заявления о совершенном преступлении в электронной форме и подписанного заявителем электронной подписью<sup>6</sup>). Основное преимущество осуществления процессуальных действий в электронной форме заключается в сокращении временного интервала между моментом совершения преступления и реакцией правоохранительных органов, что также способствует соблюдению разумной продолжительности процессуальных сроков<sup>7</sup>.

Вместе с тем предложение М.Н. Колосовича и О.С. Колосовича ранее частично реализовано в приказах МВД РФ от 01.03.2012 № 140<sup>8</sup>,

козодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. 2012. 3 декабря.

<sup>5</sup> Зуев С.В., Сутягин К.И. Электронное копирование информации как самостоятельное следственное действие // Следователь. 2003. № 4. С. 14–15.

<sup>6</sup> Колосович М.С., Колосович О.С. // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2011. № 18. С. 125.

<sup>7</sup> Терехов А.Ю. К вопросу об основаниях выбора способа собирания доказательств в ходе досудебного производства по уголовному делу // Российское полицейское право. 2013. № 2. С. 62–76; Абдулвалиев А.Ф. Предпосылки и перспективы внедрения электронной формы уголовного дела в деятельность судебных органов // Вопросы права и политики. 2013. № 5. С. 150–164.

<sup>8</sup> Приказ МВД России от 01.03.2012 № 140 «Об утверждении Административного регламента Министерства внутренних дел Российской Федерации о предоставлении государственной услуги по приему, регистрации и разрешению в территориальных органах Министерства внутренних дел Российской Федерации заявлений, сообщений и иной информации о преступлениях, об административных правонарушениях, о происшествии-

Следственного комитета РФ от 11.10.2012 № 72<sup>9</sup>, ФСБ РФ от 16.05.2006 № 205<sup>10</sup>, согласно которым «сообщение о происшествии может поступать в орган внутренних дел лично от заявителя, нарочным, по почте, по телефону, телеграфу, информационным системам общего пользования, факсимильным или иным видом связи». Вышеперечисленными приказами установлен порядок приема сообщений в электронной форме, поступивших по информационным системам общего пользования, а также применения программного обеспечения, предусматривающего обязательное заполнение заявителем реквизитов, необходимых для работы с сообщениями о происшествиях.

Получение сообщения о совершенном преступлении в электронной форме затрудняет обеспечение достоверного установления личности составителя документа, особенно в отношении заведомо ложных доносов.

Электронная форма является перспективной для осуществления и иных процессуальных действий. Например, реализации права прокурора по мотивированному письменному запросу ознакомиться с материалами находящегося в производстве уголовного дела (п. 2.1 ст. 37 УПК РФ) посредством получения их в электронной форме. Электронные копии документов, полученные путем сканирования бумажного носителя, приказ Генеральной прокуратуры Российской Федерации от 29.12.2011 № 450<sup>11</sup> получили наименование «электронного образа документа». Но применение «электронного образа документа» ограничено только рамками электронного документооборота. В отношении «электронного образа документа» возникает, как и в отношении заявления о преступлении в электронной форме, проблема по обеспечению легитимности. Действенным

ях» (Зарегистрировано в Минюсте России 20.06.2012 № 24633) // Российская газета. 2012. 1 августа.

<sup>9</sup> Приказ Следственного комитета России от 11.10.2012 № 72 «Об организации приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях в следственных органах (следственных подразделениях) системы Следственного комитета Российской Федерации» // Российская газета. 2013. 6 марта.

<sup>10</sup> Приказ ФСБ РФ от 16.05.2006 № 205 «Об утверждении Инструкции по организации в органах Федеральной службы безопасности приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях и иной информации о преступлениях и событиях, угрожающих личной и общественной безопасности» (Зарегистрировано в Минюсте РФ 09.10.2006 № 8364) // Российская газета. 2006. 20 октября.

<sup>11</sup> Приказ Следственного Комитета России от 18.07.2012 № 40 «Об утверждении Инструкции по делопроизводству Следственного комитета Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.



способом преодоления настоящей проблемы представляется использование электронной подписи.

Существуют требования, соблюдение которых определяет равнозначность электронной подписи и подписи, выполненной собственноручно графическим способом. Высшая степень криптографической защиты усиленной квалифицированной электронной подписи обеспечивает ее признание равнозначной собственноручной подписи и оттиску печати во всех случаях, кроме прямо предусмотренных нормативными актами или соглашением сторон исключений.

К сожалению, принятие Федерального закона от 06.04.2011 № 63-ФЗ (ред. от 02.07.2013) «Об электронной подписи»<sup>12</sup> не повлекло внесения соответствующих изменений в нормы УПК РФ. Согласно ч. 2 ст. 474 УПК РФ процессуальные документы могут быть составлены в электронной форме, но отсутствует указание на необходимость применения квалифицированной электронной подписи для удостоверения подписи участника следственного действия.

Востребованность регламентации использования электронной подписи в уголовном процессе демонстрирует процесс расследования уголовного дела в отношении С. Полонского. Последний, находясь в международном розыске по запросу Российской Федерации, обратился в следственные органы МВД России с ходатайством о заключении доследственного соглашения посредством направления электронного письма на общий адрес электронной почты МВД России. Следователем данное обращение не было принято к рассмотрению, так как «подлинность данного сообщения и способ его доставки вызвали сомнения»<sup>13</sup>. Считаю, что использование электронной подписи в подобной ситуации позволило бы однозначно подтвердить подлинность составленного ходатайства.

Другой пример, напротив, показывает, что существуют специальные условия, при соблюдении которых процессуальные документы могут быть составлены в электронной форме. Так, в постановлении Президиума Верховного суда РФ № 444П10пр указано, что «судья возвратил уголовное дело прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом в силу того, что тексты обвинительного заклю-

чения переданы обвиняемому на электронном носителе информации. Как установлено судом, подсудимому не были вручены копии машинописного текста обвинительного заключения в полном объеме (из 84 томов вручено только лишь 8 томов), а весь текст обвинительного заключения передан на электронном носителе информации, что не предусмотрено уголовно-процессуальным законом. ... Лишь в случае письменного отказа обвиняемого от получения копии в машинописном варианте с согласия обвиняемых им могли быть вручены тексты обвинительного заключения на электронном носителе информации...»<sup>14</sup>.

В данном случае очевидно нарушение процедуры реализации права на защиту, а именно отсутствия у стороны защиты права ознакомиться в удобной для восприятия форме с материалами уголовного дела для формулирования своей позиции. В то же время Президиум Верховного Суда РФ указывает, что текст обвинительного заключения может быть передан обвиняемому на электронном носителе информации лишь после получения письменного отказа от получения машинописного текста. По моему мнению, необходимо закрепить в УПК РФ перечень процессуальных документов, которые могут быть составлены в электронной форме. При этом в качестве условия составления процессуального документа в электронной форме может быть признаны: наличие согласия и технической возможности у заинтересованных лиц. Например, согласие всех участников следственного действия на составление его протокола в электронной форме, также наличие технической возможности использовать квалифицированную электронную подпись всеми участниками следственного действия.

На основании изложенного нами предложены следующие направления совершенствования уголовно-процессуального законодательства:

- закрепить в качестве обязательного критерия для процессуальных документов, выполненных в электронной форме, использование усиленной квалифицированной подписи;
- определить в качестве условия составления процессуальных документов в электронной форме согласие на то заинтересованных лиц (например участников следственного действия) и наличие у них технической возможности использовать квалифицированную электронную подпись;

<sup>12</sup> Федеральный закон от 06.04.2011 № 63-ФЗ (ред. от 02.07.2013) «Об электронной подписи» // Парламентская газета. 2011. 14 апреля.

<sup>13</sup> Россия направила Камбодже запрос о выдаче Полонского // BBC: Русская служба новостей. URL: [http://www.bbc.co.uk/russian/russia/2013/11/131107\\_polonsky\\_general\\_prosecutor.shtml](http://www.bbc.co.uk/russian/russia/2013/11/131107_polonsky_general_prosecutor.shtml). (дата обращения: 13.11.2013)

<sup>14</sup> Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за второй квартал 2011 года (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28.09.2011) // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 11. 2011.



- разработать процедуры осуществления электронного документооборота, в том числе создание юридически равноценных копий на бумаге с отображением электронной подписи для процессуальных документов, изначально созданных в электронной форме (например, распечатка фрагмента открытого кода электронной подписи в качестве приложения к электронному документу, переводимого в машинописную форму);
- регламентировать последовательность проверки подлинности электронной подписи в процессуальном документе, в том числе и по ходатайству стороны защиты.

#### Библиография:

1. Чуйко Н.А. Визуализация права // Журнал российского права. – 2013. – № 5. – С. 121–131.
2. Кувичков С.И. Использование в доказывании электронной информации // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. – Нижний Новгород: Изд-во Нижегород. акад. МВД России, 2012, № 2. – С. 90–92.
3. Зуев С.В., Сутягин К.И. Электронное копирование информации как самостоятельное следственное действие // Следователь. 2003. – № 4. С. 14–15.
4. Колосович М.С., Колосович О.С. Электронная форма заявления как повод для возбуждения уголовного дела // Вестник Волгоградской академии МВД России. – Волгоград: Изд-во Волгогр. акад. МВД России, 2011, № 3 (18). – С. 124–130.
5. Терехов А.Ю. К вопросу об основаниях выбора способа собирания доказательств в ходе досудебного производства по уголовному делу // Российское полицейское право. – 2013. – № 2. – С. 62–76.
6. Абдувалиев А.Ф. Предпосылки и перспективы внедрения электронной формы уголовного дела в деятельность судебных органов // Вопросы права и политики. – 2013. – № 5. – С. 150–164.
7. Халиуллин А.И. Внедрение электронного документооборота в деятельность правоохранительных органов государств Содружества Независимых Государств // Кибернетика и программирование. – 2013. – 6. – С. 12–16.

#### References:

1. Chuiko N.A. Vizualizatsiya prava // Zhurnal rossiiskogo prava. – 2013. – № 5. – S. 121–131.
2. Kuvychkov S.I. Ispol'zovanie v dokazyvanii elektronnoi informatsii // Yuridicheskaya nauka i praktika: Vestnik Nizhegorodskoi akademii MVD Rossii. – Nizhnii Novgorod: Izd-vo Nizhegor. akad. MVD Rossii, 2012, № 2. – S. 90–92.
3. Zuev S.V., Sutyagin K.I. Elektronnoe kopirovanie informatsii kak samostoyatel'noe sledstvennoe deistvie // Sledovatel'. 2003. – № 4. S. 14–15.
4. Kolosovich M.S., Kolosovich O.S. Elektronnaya forma zavavleniya kak povod dlya vobuzhdeniya ugovnogo dela // Vestnik Volgogradskoi akademii MVD Rossii. – Volgograd: Izd-vo Volgogr. akad. MVD Rossii, 2011, № 3 (18). – S. 124–130.
5. Terekhov A.Yu. K voprosu ob osnovaniyakh vybora sposoba sobiraniya dokazatel'stv v khode dosudebnogo proizvodstva po ugovnomu delu // Rossiiskoe politseiskoe pravo. – 2013. – № 2. – С. 62–76.
6. Abdulvaliev A.F. Predposylki i perspektivy vnedreniya elektronnoi formy ugovnogo dela v deyatelnost' sudebnykh organov // Voprosy prava i politiki. – 2013. – № 5. – С. 150–164.
7. Khaliullin A.I. Vnedrenie elektronnoho dokumentooborota v deyatelnost' pravookhranitel'nykh organov gosudarstv Sodruzhestva Nezavisimyykh Gosudarstv // Kibernetika i programmirovaniye. – 2013. – 6. – С. 12–16.

*Материал поступил в редакцию 4 декабря 2013 г.*



И.А. Одношевин\*

## ПОНЯТИЕ «ЖИЛИЩЕ» И ЕГО ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ И ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

**Аннотация:** В статье рассматриваются различные определения понятия «жилище» в отраслевом законодательстве и анализируются научные позиции специалистов по этому вопросу. Автор считает, что: 1. Специфика предметов правового регулирования в различных областях права не позволит сформулировать универсальное определение понятию «жилище», которое могло бы использоваться на практике во всех отраслях правоприменения. В определениях жилища, которые мы находим в различных отраслях права, отражается предмет каждой отрасли и задачи, решаемые ею. 2. Для отнесения помещений или строений, не входящих в жилищный фонд, к категории «жилище», необходимо, чтобы они отвечали предлагаемым требованиям и выделенному условию. Предлагается авторский вариант закрепления данного понятия в законодательстве, регулирующем оперативно-розыскную и уголовно-процессуальную деятельность. Указывается на необходимость внесения изменений в федеральные законы и ведомственные нормативно-правовые акты, регламентирующие уголовно-процессуальную и оперативно-розыскную деятельность.

**Ключевые слова:** понятие «жилище», неприкосновенность жилища, оперативно-розыскная деятельность, оперативно-розыскные мероприятия, уголовно-процессуальное право, следственные действия, конституционные права граждан, жилищный фонд, ограничение конституционных прав, признаки жилища.

DOI: 10.7256/1994-1471.2014.6.10252

Изучению понятия «жилище» посвящено немало страниц в работах теоретиков, специализирующихся в различных областях права. Заметен интерес к этому вопросу и тех, кто занимается практической правоохранительной деятельностью, поскольку его решение влечёт важные последствия для определения, с одной стороны, пределов ограничения прав и свобод личности и, с другой – возможностей получения информации при осуществлении уголовного преследования. В связи с тем, что рассматриваемое понятие по-разному раскрывается в отраслевых законодательных актах, не исключено произвольное его толкование в зависимости от складывающейся ситуации и ведомственного интереса. Очевидно, что проблема толкования понятия «жилище» имеет важное практическое значение с учетом необходимости единообразия в правоохранительной деятельности, без которого невозможно гарантировать государственную защиту прав и свобод личности в отношениях с органами уголовной юстиции, а также

обеспечить своевременное и полное раскрытие преступлений.

В Конституции РФ понятие «жилище» встречается несколько раз. Так, в частности, в статье 25 сказано, что жилище неприкосновенно, а статья 40 указывает на то, что каждый имеет право на жилище. Но определение данного понятия Конституция не дает и не содержит отсылочной нормы к действующему законодательству для однозначного и правильного его толкования в соответствующей сфере правоприменения. Такое решение законодателя представляется вполне объяснимым – у каждой отрасли права есть свой предмет регулирования, свой круг правовых отношений.

Хотелось бы предположить, что изучаемое понятие найдет свое воплощение в профильном федеральном законе – Жилищном кодексе Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ (далее – ЖК РФ). Но ЖК РФ в соответствии со своим предназначением защищает именно право граждан на жилище, и в ст. 1 ЖК РФ это право раскрыто в первую очередь:

© Одношевин Игорь Александрович

\* Адъюнкт кафедры уголовно-правовых дисциплин, Хабаровский пограничный институт Федеральной службы безопасности Российской Федерации [odnoshevin87@mail.ru]

680017, Россия, г. Хабаровск, ул. Большая-85.



«Жилищное законодательство основывается на необходимости обеспечения органами государственной власти и органами местного самоуправления условий для осуществления гражданами права на жилище, его безопасности, на неприкосновенности и недопустимости произвольного лишения жилища, на необходимости беспрепятственного осуществления вытекающих из отношений, регулируемых жилищным законодательством, прав (далее – жилищные права)...»<sup>1</sup>. По мнению автора, именно для должного обеспечения права граждан на жилище законодатель специально определил, что единственным объектом жилищных прав являются жилые помещения, а также установил исчерпывающий перечень объектов, относящихся к жилым помещениям, намеренно не определяя понятие «жилище». К таким объектам относятся: жилой дом, часть жилого дома; квартира, часть квартиры; комната (ст. 16 ЖК РФ). Не вдаваясь в подробный анализ каждого из этих объектов, следует согласиться с мнением многих авторов о том, что понятие «жилище» по своему смысловому значению гораздо шире, чем понятие «жилое помещение»<sup>2</sup>. Но ЖК РФ вполне обоснованно не стремится определить жилище «вообще» и для решения любых задач, в том числе закреплённых в других отраслях законодательства.

Гражданское законодательство РФ тесно связано с жилищным: гл. 18 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) регулирует отношения права собственности и другие вещные права именно на жилые помещения; гл. 35 рассматривает правоотношения, связанные с наймом жилого помещения. Тем самым законодатель также уходит от расширенного толкования понятия «жилище», регулируя правоотношения, связанные с жилыми помещениями как объектами именно гражданского права.

В примечании к ст. 139 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (далее – УК РФ) жилище определяется следующим образом – индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее

в жилищный фонд и пригодное для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но предназначенное для временного проживания<sup>3</sup>. Пункт 10 ст. 5 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (далее – УПК РФ) под жилищем понимает индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и используемое для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но используемое для временного проживания<sup>4</sup>. Анализируя данные понятия, можно прийти к выводу, что в качестве определяющих признаков жилища УК РФ закрепляет пригодность и предназначенность, а УПК РФ – используемость. Заметим в связи с этим: определения близки, но различаются. И это различие может быть объяснено тем, что в данном случае объекты охраны в уголовном и уголовно-процессуальном праве близки (неприкосновенность жилища), однако по крайней мере не полностью совпадают.

В научном сообществе сформировались две точки зрения относительно различного толкования понятия «жилище» в отраслевом законодательстве. К первой можно отнести тех авторов, которые утверждают, что это понятие должно быть единым для всех областей права (хотя и не приходят к единому мнению, как оно должно трактоваться и в каком законодательном акте должно быть закреплено).

Так, Т. И. Железняк утверждает, что жилищное законодательство может быть дополнено дефиницией, формулирующей понятие «жилище», с одновременным исключением подобных определений из других законодательных актов и фиксацией в них бланкетных норм, отсылающих правоприменителя к профильному закону<sup>5</sup>.

В. В. Маслову представляется целесообразным использовать понятие «жилище» в той редакции, как это указывается в жилищном законодательстве. Автор исходит из того, что жилище по своей сути является объектом недвижимости, предназначенным для постоянного или временного проживания, существующим

<sup>1</sup> Жилищный кодекс Российской Федерации: от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ (ред. от 25 апреля 2013 г.) // Рос. газ. 2005. № 1.

<sup>2</sup> Конституция Российской Федерации: Комментарий / Под общ. ред. Б. Н. Топорнина, Ю. М. Батурина, Р. Г. Орехова. М., 1994. С. 156; Комментарий к Конституции Российской Федерации / под общ. ред. В. Д. Карповича. М., 2002. С. 163; Чуркин А. В. Возвращаясь к вопросу о понятии жилища в оперативно-розыскной деятельности и правовых аспектах проникновения в жилище оперативных работников // Оперативник (сыщик). 2007. № 4 (13). С. 21.

<sup>3</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 04 марта 2013) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

<sup>4</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (ред. от 01 июня 2013 г.) // Рос. газ. 2001. № 249.

<sup>5</sup> Железняк Т. И. Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2007. С. 6.



в виде жилого дома (его части), квартиры или комнаты, имеющим определенный уровень благоустройства и конкретный адрес<sup>6</sup>.

Э. Ю. Авшеев предлагает сформулировать примечание к ст. 139 УК РФ следующим образом: «Под жилищем в настоящей статье, а также в других статьях настоящего Кодекса понимают индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями и иные помещения независимо от формы собственности, как входящие в жилищный фонд, так и не входящие в него, как пригодные, так и не пригодные для постоянного или временного проживания, если в них постоянно или временно проживает человек, используя это помещение для жилья, отдыха, осуществления интимных, семейных и бытовых отношений». Он считает, что указанная формулировка подлежит также внесению для единого понимания в федеральные законы, предусматривающие ограничение права на неприкосновенность жилища<sup>7</sup>.

А. Д. Фатикова в своей работе приходит к выводу о возможности применения единого определения понятию «жилище» при реализации норм конституционного, гражданского, жилищного, уголовного, уголовно-исполнительного и уголовно-процессуального права. По ее мнению, «жилище» – любое помещение независимо от права собственности или права проживания в нем, пригодное для постоянного или временного проживания, осуществления профессиональной или творческой деятельности и имеющее непосредственную связь с личностью, а равно помещение, примыкающее к нему либо находящееся на территории земельного участка, на котором оно находится<sup>8</sup>.

С. И. Помазкова также считает, что необходимо выработать общее для всех областей права понятие «жилище», определяющим фактором для которого должно быть законное основание владения и пользования им, и предлагает под жилищем понимать используемое для временного или постоянного проживания помещение или строение, в том числе жилое помещение, занимаемое на законном основании<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Маслов В. В. Деятельность суда по обеспечению прав и законных интересов граждан в процессе оперативно-розыскных мероприятий: дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011. С. 121.

<sup>7</sup> Авшеев Э. Ю. Право на неприкосновенность жилища (уголовно-правовой аспект): монография. Элиста, 2009. С. 68.

<sup>8</sup> Фатикова А. Д. Механизм реализации принципа неприкосновенности жилища в уголовном судопроизводстве: дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010. С. 18.

<sup>9</sup> Помазкова С.И. О понятии жилища и его значение для законности современного сыска // Оперативник (сыщик). 2005. № 1 (2). С. 13.

Признанный специалист в области конституционного права академик Б. Н. Топорнин, анализируя взаимоотношения личности и государства в связи с ограничением со стороны последнего конституционного права на неприкосновенность жилища, писал, что под жилищем следует понимать всякое помещение, предназначенное или приспособленное для постоянного или временного проживания людей. Понятием «жилище» охватываются: жилые комнаты, места общего пользования (коридор, ванная, туалет, балкон, веранда), подвал, чердак, кухня, пристройки, надворные постройки хозяйственного назначения, комнаты в гостинице, санатории, доме отдыха, отдельная палата в больнице, палатка, охотничий или садовый домик. К жилищу в правовом отношении, по его мнению, приравниваются: транспортные средства, находящиеся в частной собственности или только во владении и пользовании граждан; личные гаражи независимо от места их расположения; отдельное купе в поезде или отдельная каюта на корабле. Режим жилища имеют земельные участки, прилегающие к дому и четко отделенные от окружающей местности. Под понятие «жилище» подпадают служебные помещения, временно приспособленные для жилья. Широкое понятие жилища наилучшим образом обеспечивает права граждан, поскольку проникновение в жилище допускается законом лишь в виде исключения и при соблюдении специальных правил (гарантий)<sup>10</sup>.

Второй точки зрения придерживаются те авторы, которые допускают, что рассматриваемое понятие не может быть единым для всех отраслей права и нуждается в отдельной формулировке в соответствующих федеральных законах, где оно упоминается<sup>11</sup>.

С. Н. Наумов отмечает, что в силу разного назначения жилищной, гражданской, уголовной, уголовно-процессуальной отраслей права и различных предметов правового регулирования нет и не может быть единого толкования понятия «жилище». По его мнению, в уголовном процессе к жилищу следует относить: индивидуальные жилые дома, квартиры, служебные жилые помещения, ра-

<sup>10</sup> Конституции Российской Федерации: научно-практический комментарий / под ред. акад. Б. Н. Топорнина. М., 1997. С. 216.

<sup>11</sup> К этой группе в принципе можно отнести и процитированное выше мнение Б. Н. Топорнина, поскольку, по смыслу его толкования понятия «жилища», он определяет его место именно в специфических отношениях государства и личности, регулируемых административным, оперативно-розыскным и уголовно-процессуальным законодательством.



бочие офисы, находящиеся в доме или квартире лица, комнаты в общежитиях, гостиницах-приютах, гостиницах, санаториях, домах отдыха, пансионатах, кемпингах, туристических базах, отдельные палаты в больнице, дома маневренного фонда, специальные дома для одиноких престарелых, дома-интернаты для инвалидов, ветеранов, жилища нетрадиционного типа (кочевых народностей: юрты, яранги, цыганские кибитки, чумы и т.п.), а также самовольно построенные дома, здания, построенные для постоянного проживания (сборно-разборные дома и другие помещения, специально приспособленные для жилья граждан, которые проживают в них в период строительства, во время охотничьих промыслов геологических изысканий); иные жилые помещения в других строениях, пригодные для постоянного или временного проживания, а также нежилые помещения, входящие в состав домовладения, имеющие внутреннее сообщение с домом (сарай, гаражи, амбары).

Не являются жилищем: помещения, не предназначенные и не приспособленные для постоянного или временного проживания, обособленные от других построек: погреб, амбары, гаражи и другие хозяйственные помещения, а также помещения в транспортных средствах (купе вагона, каюта корабля, салон самолета, фургон, прицеп, баржа и др.); земля на приусадебном участке<sup>12</sup>.

По мнению В. Н. Шелестюкова, в уголовном праве, исходя из задачи обеспечения неприкосновенности личности, понятие «жилище» следует рассматривать более широко. Под жилищем следует понимать индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности как входящее, так и не входящее в жилищный фонд, пригодное или приспособленное для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, примыкающее к жилищу и являющееся его составной частью и предназначенное, пригодное или приспособленное для временного проживания, вне зависимости от фактического проживания, а также места временного пребывания<sup>13</sup>.

А. Н. Янкин также допускает различия в определении данного понятия и считает, что в уголовном процессе жилищем должно признаваться любое помещение или строение, не только предназначенное, приспособленное

для временного проживания, но и используемое для проживания<sup>14</sup>.

Х. П. Шептунова считает, что в уголовном судопроизводстве «жилище» должно быть определено как индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и используемое для постоянного или временного проживания, включая служебные помещения, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но используемое для временного проживания, а также прилегающие земельные участки<sup>15</sup>.

Применительно к оперативно-разыскной деятельности А. Ю. Шумилов под жилищем предложил понимать место, в котором человек постоянно или преимущественно проживает в качестве собственника либо на иных основаниях, предусмотренных законодательством по договору (найма, поднайма, аренды, жилой дом, квартира, комната, служебное помещение, специализированный дом, общежитие, гостиница-приют, дом маневренного фонда, специальные дома для одиноких престарелых лиц, дом инвалидов, ветеранов и др.), а также те его части, которые используются для отдыха, хранения имущества или удовлетворения других потребностей человека (чердак, балкон, обустроенная веранда, кладовая и т.п.)<sup>16</sup>.

В. П. Божьев также приходит к выводу, что для каждой сферы общественных отношений, регулируемой соответствующей отраслью (подотраслью) права, требуется ввести свое понятие «жилище»<sup>17</sup>.

На данной позиции и автор статьи. По нашему мнению, именно особенности, специфика предметов правового регулирования в различных областях права не позволят сформулировать универсальное понятие, которое могло бы использоваться на практике. В определениях жилища, которые мы находим в различных отраслях права, отражается предмет каждой отрасли и задачи, решаемые ею. Поэтому неудивитель-

<sup>12</sup> Наумов С. Н. Неприкосновенность жилища: уголовно-процессуальный аспект: монография. М., 2011. С. 26.

<sup>13</sup> Шелестюков В. Н. Уголовно-правовые средства обеспечения неприкосновенности жилища: дисс. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2006. С. 10.

<sup>14</sup> Янкин А.Н. Реализация принципа неприкосновенности жилища при производстве следственных действий: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 7.

<sup>15</sup> Шептунова Х. П. Право личности на неприкосновенность жилища в уголовном судопроизводстве: отечественный опыт и международные стандарты: дисс. ... канд. юрид. наук. Оренбург, 2008. С. 57.

<sup>16</sup> Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» с постатейным приложением нормативных актов и документов / Авт. – сост. А.Ю. Шумилов. 4-е изд. испр. и доп. М., 2002. С. 78–79.

<sup>17</sup> Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации / отв. ред. В. В. Лазарев. М., 2003. С. 70.



но, что рассматриваемое понятие определяется по-разному. Более того, у каждой отрасли – свой предмет и пределы охраны права на неприкосновенность жилища, поэтому вторжения в это право или ограничения его рассматриваются законодателем применительно к каждой отрасли по-разному, так как затрагиваются различные группы конституционных прав:

- преступник, совершающий кражу с проникновением в жилище, посягает на собственность, а потому более опасен;
- сотрудник правоохранительных органов, проводящий следственные действия или оперативно-розыскные мероприятия в жилище, касается тайны частной жизни лица.

Но вместе с тем представляется, что в «смежных» областях права понятие «жилище» не обязательно должно различаться, а именно для уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности (в связи со сходством, близостью их объектов) должно быть единое понятие с его закреплением в соответствующих федеральных законах, регламентирующих правоотношения, связанные с конкретной областью права<sup>18</sup>.

Но это понятие «процедурных» отраслей законодательства, регулирующих отношения установления оснований для уголовной ответственности, может отличаться от того, которое закреплено в гражданском и жилищном законодательстве. Вполне допустимо, что в уголовном праве рассматриваемое понятие может быть более узким, по сравнению с аналогичными правилами уголовно-процессуального и оперативно-розыскного законодательства. Объясняется это тем, что уголовное право должно определить совершенно ясные и понятные для каждого пределы уголовной ответственности в виде соответствующих квалифицирующих признаков преступного деяния. Такие признаки не могут трактоваться широко.

Прежде чем предложить свой вариант трактовки понятия «жилище» применительно к оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, необходимо отметить, что так или иначе все попытки его определения, изложенные в законодательстве и научных источниках, сводятся к выбору наиболее оптимальных признаков, позволяющих отнести помещение или строение к категории жилища или к обычному перечислению таких объектов. Представляется, что первый способ наиболее логичен в связи с тем, что невозможно учесть весь перечень объектов, которые

могут использоваться для проживания и относиться к рассматриваемой категории. Поэтому необходимо выделить те признаки, которые могли бы способствовать оптимизации данного понятия в этих областях права.

Представляется, что признак *предназначенности* должен быть определяющим для помещений, которые имеют соответствующий юридический статус, и при отнесении таких помещений к категории «жилище» не должен учитываться характер фактического использования помещения для проживания и его пригодность. Поэтому признание жилого помещения непригодным для проживания, а многоквартирного дома – аварийным и подлежащим сносу, не может повлечь за собой последствия утраты таким помещением статуса «жилище», и на такое помещение должно распространяться право на неприкосновенность жилища до переселения его жильцов в другое жилое помещение. Представляется, что, если лицо, владея несколькими помещениями, предназначенными для жилья, проживает только в одном из них, а другие использует не по назначению (например в качестве хранилища), то такое помещение также будет являться жилищем.

Дискуссионным остается вопрос о признаках, которыми должно обладать помещение или строение, функционально не предназначенное для проживания. Именно этот вопрос вызывает трудности при проведении оперативно-розыскных мероприятий, затрагивающих конституционное право граждан на неприкосновенность жилища. Так, например, мы считаем, что рассматривая вопрос об отнесении отдельного купе поезда или каюты теплохода к категории «жилище», необходимо учитывать факт использования этого помещения для проживания, независимо, используется оно пассажиром или обслуживающим персоналом, хотя функционально теплоход или поезд предназначены для транспортировки пассажиров. Но определяющим фактором может стать продолжительность использования таких помещений в качестве жилища. Представляется, что если оно используется для проживания более 24 часов (т.е. продолжительность поездки превышает этот срок), то такое помещение должно признаваться жилищем. Если менее 24 часов, то такое помещение признаваться жилищем не должно. На наш взгляд, именно временной промежуток использования такого помещения для проживания позволит наиболее эффективно решать задачи оперативно-розыскной деятельности и уголовного судопроизводства и в то же время сохранить возможность защиты конституционного права граждан на неприкосновенность жилища при

<sup>18</sup> Вместе с тем способы охраны права на неприкосновенность жилища в указанных сферах деятельности в связи с различием их целей и задач не могут быть в полной мере одинаковыми.



проведении оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий в указанных местах. В связи с тем, что зачастую оперативно-розыскные мероприятия проводятся негласно и конспиративно, до возбуждения уголовного дела, и они требуют своевременного, а иногда и немедленного реагирования на полученную информацию о подготавливаемых, совершенных или совершаемых преступлениях, то такой временной промежуток позволит в случае необходимости получить судебное решение для проведения оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий, либо провести их без этого решения, если использовать помещения для проживания составляет менее 24 часов.

Вместе с тем следует согласиться с мнением В. Винокурова, который считает, что признак *используемости* приводит к необоснованному расширению понятия «жилище». Так, для временного проживания возможно использовать коридоры, крыши, естественные укрытия природы (пещеры), но их нельзя признать жилищем, так как такое толкование базируется на *устмотрении конкретного человека* (а потому не имеет понятного всем объективного основания) и ведет к расширительному пониманию жилища<sup>19</sup>. Но этот признак не может быть исключен при отнесении к категории «жилище» помещений или строений, не имеющих соответствующего юридического статуса в связи с тем, что установить, в качестве чего используется такое помещение или строение, невозможно. Однако этот признак должен быть ограничен и рассматриваться в совокупности с признаком *пригодности* таких помещений или строений для проживания. В. Н. Шелестюков также указывал на возможность дополнения одного признака другим<sup>20</sup>.

Необходимо подчеркнуть, что признак пригодности для жилых помещений устанавливается ЖК РФ и предполагает соответствие установленным санитарным и техническим правилам и нормам, иным требованиям законодательства. Но такие правила и нормы не могут быть критерием определения годности для проживания объектов, не относящихся к категории жилых помещений. Так, незаконно построенный дом может не отвечать всем требованиям годности, предъявляемым к жилым помещениям, но может использоваться для проживания. Поэтому, на наш взгляд, для про-

ведения в нем оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий судебное решение необходимо.

Нередки случаи, когда человек по различным причинам вынужден проживать в помещениях или строениях, не предназначенных для жилья (из-за пожара, стихийного бедствия, действий мошенников). В этих случаях для проживания могут использоваться: палатки беженцев, транспортные средства, различные хозяйственные постройки и т.п. На наш взгляд, право на неприкосновенность жилища таких граждан должно быть сохранено и защищено. Вместе с тем для таких мест также необходимо определить критерии пригодности для проживания. Эти критерии позволят ограничить признак используемости, который на сегодняшний день является определяющим для отнесения помещений или строений к категории «жилище» по действующему уголовно-процессуальному законодательству, и минимизировать абсурдные ситуации, связанные с отнесением абсолютно всех помещений и строений, используемых для проживания, к категории «жилище».

Следует поддержать мнение В. Ю. Малаховой, которая считает, что к признакам, которые раскрывают понятие пригодности для проживания, должны быть отнесены следующие: а) *приспособленность* для проведения ночлега и нахождения в нем определенного имущества для удовлетворения бытовых потребностей, б) отсутствие свободного доступа в помещение (наличие стен, дверей)<sup>21</sup>. Соответственно не следует выделять элемент приспособленности в отдельный признак, а необходимо рассматривать его как один из критериев пригодности помещения для проживания. Эти критерии могут использоваться для определения признака пригодности, но в полной мере его не раскрывают и нуждаются в дополнениях. Так, по нашему мнению, такое помещение должно обеспечивать защиту от погодных явлений в зависимости от времени года, иметь возможность вентиляции, иметь естественное освещение через светопроемы в наружных ограждающих конструкциях этого помещения. Немаловажной является и возможность определённого уединения. В совокупности рассмотренные критерии позволят установить, пригоден ли помещение или строение для проживания, и объективно оценить необходимость получения судебного решения на проведение оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий, затрагивающих

<sup>19</sup> Винокуров В. Н. Значение непосредственного объекта преступления, предусмотренного ст. 139 УК РФ, для определения понятия «жилище» // Уголовное право. 2006. № 1. С. 19.

<sup>20</sup> Шелестюков В.Н. Уголовно-правовые средства... С. 74.

<sup>21</sup> Малахова В. Ю. Уголовно-правовая охрана неприкосновенности жилища в Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 68.



право граждан на неприкосновенность жилища, а *объективная необходимость проживания* в таком помещении должна стать обязательным условием для отнесения его к категории «жилище».

Таким образом, понятие «жилище» применительно к оперативно-разыскной и уголовно-процессуальной деятельности должно быть закреплено следующим образом: жилище – индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и предназначенное для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но пригодное и используемое для временного проживания.

На наш взгляд, необходимо изменить п. 10 ст. 5 УПК РФ и закрепить его следующим содержанием: «жилище – индивидуальный жилой

дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и предназначенное для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но пригодное и используемое для временного проживания». Статью 5 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-разыскной деятельности»<sup>22</sup> дополнить примечанием следующего содержания: «в настоящей статье и других статьях Федерального закона “Об оперативно-разыскной деятельности” при решении вопроса об отнесении помещения или строения к категории “жилище” следует руководствоваться определением, закрепленным в п. 10 ст. 5 УПК РФ». Одновременно необходимо исключить ссылки на такое определение из ведомственных нормативных правовых актов.

#### Библиография:

1. Авшеев Э. Ю. Право на неприкосновенность жилища (уголовно-правовой аспект): монография. Элиста, 2009. – 108 с.
2. Винокуров В. Н. Значение непосредственного объекта преступления, предусмотренного ст. 139 УК РФ, для определения понятия «жилище» // Уголовное право. 2006. № 1. – С. 18–21.
3. Железняк Т. И. Проблемы законодательного регулирования оперативно-разыскной деятельности: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2007. – 23 с.
4. Комментарий к Конституции Российской Федерации /под ред. В. Д. Карповича. М., 2002. – 957 с.
5. Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации /под ред. В. В. Лазарева. М., 2003. – 657 с.
6. Малахова В. Ю. Уголовно-правовая охрана неприкосновенности жилища в Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2001. – 161 с.
7. Маслов В. В. Деятельность суда по обеспечению прав и законных интересов граждан в процессе оперативно-разыскных мероприятий: дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011. – 181 с.
8. Наумов С. Н. Неприкосновенность жилища: уголовно-процессуальный аспект: монография. М., 2011. – 175 с.
9. Помазкова С. И. О понятии жилища и его значение для законности современного сыска // Оперативник (сыщик). 2005. № 1 (2). – С. 10–13.
10. Конституции Российской Федерации: научно-практический комментарий /под ред. Б. Н. Топорнина М., 1997. – 716 с.
11. Фатикова А. Д. Механизм реализации принципа неприкосновенности жилища в уголовном судопроизводстве: дисс. ...канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010. – 202 с.
12. Чуркин А. В. Возвращаясь к вопросу о понятии жилища в оперативно-разыскной деятельности и правовых аспектах проникновения в жилище оперативных работников // Оперативник (сыщик). 2007. № 4 (13). – С. 21–25.
13. Шелестюков В. Н. Уголовно-правовые средства обеспечения неприкосновенности жилища: дисс.... канд. юрид. наук. Красноярск, 2006. – 183 с.
14. Шептунова Х. П. Право личности на неприкосновенность жилища в уголовном судопроизводстве: отечественный опыт и международные стандарты: дисс. ... канд. юрид. наук. Оренбург, 2008. – 202 с.

<sup>22</sup> Федеральный закон Российской Федерации «Об оперативно-разыскной деятельности»: от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ (ред. от 29 ноября 2012 г.) // Рос. газ. 1995. 21 июля.



15. Шумилов А. Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» с постатейным приложением нормативных актов и документов. 4-е изд. испр. и доп. М., 2002. – 342 с.
16. Янкин А. Н. Реализация принципа неприкосновенности жилища при производстве следственных действий: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2010. – 24 с.
17. Трегубова Е.В. Административные запреты в сфере осуществления полицейской деятельности // Российское полицейское право. 2013. № 1. С. 25–44.

#### References:

1. Avsheev E. Yu. Pravo na neprikosновенnost' zhilishcha (ugolovno-pravovoi aspekt): monografiya. Elista, 2009. – 108 s.
2. Vinokurov V. N. Znachenie neposredstvennogo ob'ekta prestupleniya, predusmotrennogo st. 139 UK RF, dlya opredeleniya ponyatiya «Zhilishche» // Ugolovnoe pravo. 2006. № 1. – S. 18–21.
3. Zheleznyak T. I. Problemy zakonodatel'nogo regulirovaniya operativno-rozysknoi deyatel'nosti: avtoref. diss. ... kand. jurid. nauk. Irkutsk, 2007. – 23 s.
4. Kommentarii k Konstitutsii Rossiiskoi Federatsii /pod red. V. D. Karpovicha. M., 2002. – 957 s.
5. Nauchno-prakticheskii kommentarii k Konstitutsii Rossiiskoi Federatsii / pod red. V. V. Lazareva. M., 2003. – 657 s.
6. Malakhova V. Yu. Ugolovno-pravovaya okhrana neprikosновенnosti zhilishcha v Rossiiskoi Federatsii: diss. ... kand. jurid. nauk. M., 2001. – 161 s.
7. Maslov V. V. Deyatel'nost' suda po obespecheniyu prav i zakonnykh interesov grazhdan v protsesse operativno-rozysknykh meropriyatii: diss. ... kand. jurid. nauk. Ekaterinburg, 2011. – 181 s.
8. Naumov S. N. Neprikosновенnost' zhilishcha: ugolovno-protsessual'nyi aspekt: monografiya. M., 2011. – 175 s.
9. Pomazkova S. I. O ponyatii zhilishcha i ego znachenie dlya zakonnosti sovremennogo syska // Operativnik (syshchik). 2005. № 1 (2). – S. 10–13.
10. Konstitutsii Rossiiskoi Federatsii: nauchno-prakticheskii kommentarii / pod red. B. N. Topornina M., 1997. – 716 s.
11. Fatikova A. D. Mekhanizm realizatsii printsipa neprikosновенnosti zhilishcha v ugolovnom sudoproizvodstve: diss. ...kand. jurid. nauk. Ekaterinburg, 2010. – 202 s.
12. Churkin A. V. Vozvrashchayas' k voprosu o ponyatii zhilishcha v operativno-rozysknoi deyatel'nosti i pravovykh aspektakh proniknoveniya v zhilishche operativnykh rabotnikov // Operativnik (syshchik). 2007. № 4 (13). – S. 21–25.
13. Shelestyukov V. N. Ugolovno-pravovye sredstva obespecheniya neprikosновенnosti zhilishcha: diss.... kand. jurid. nauk. Krasnoyarsk, 2006. – 183 s.
14. Sheptunova Kh. P. Pravo lichnosti na neprikosновенnost' zhilishcha v ugolovnom sudoproizvodstve: otechestvennyi opyt i mezhdunarodnye standarty: diss. ... kand. jurid. nauk. Orenburg, 2008. – 202 s.
15. Shumilov A. Yu. Kommentarii k Federal'nomu zakonu «Ob operativno-rozysknoi deyatel'nosti» s postateinym prilozheniem normativnykh aktov i dokumentov. 4-e izd. ispr. i dop. M., 2002. – 342 s.
16. Yankin A. N. Realizatsiya printsipa neprikosновенnosti zhilishcha pri proizvodstve sledstvennykh deistvii: avtoref. diss. ... kand. jurid. nauk. M., 2010. – 24 s.
17. Tregubova E.V. Administrativnye zaprety v sfere osushchestvleniya politseiskoi deyatel'nosti // Rossiiskoe politseiskoe pravo. 2013. № 1. С. 25–44.

*Материал поступил в редакцию 18 ноября 2013 г.*



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

А.И. Минина\*

## ПОНЯТИЕ И СОДЕРЖАНИЕ СУБЪЕКТИВНОЙ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ

**Аннотация:** Статья посвящена такой категории Международного коммерческого арбитража, как субъективная арбитрабельность. На основе существующих научных исследований в статье дается понятие субъективной арбитрабельности. Автор анализирует наиболее актуальные в этой сфере вопросы, в частности, о возможности участия в Международном коммерческом арбитраже государств, государственных органов и организаций, государственных учреждений и иных юридических лиц публичного права, а также третьих лиц, проблемы перемены лиц в арбитражном соглашении. Особое внимание в статье уделяется положениям Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., Соглашения о партнерстве и сотрудничестве между Российской Федерацией, Европейскими сообществами и их государствами-членами, соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений, а также нормам отечественного законодательства, в частности, ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», ФЗ «О соглашениях о разделе продукции». В статье анализируются положения регламентов некоторых международных арбитражных институтов, приводятся примеры из практики Европейского суда по правам человека, МКАС при ТПП РФ, МАК при ТПП РФ, а также судов России и Франции. Автор обращается к отечественной и зарубежной доктрине Международного коммерческого арбитража.

**Ключевые слова:** субъективная арбитрабельность, арбитрабельность, Международный коммерческий арбитраж, третьи лица, цессия, лица публичного права, МКАС ТПП РФ, *arbitrability*.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.9557

В последние несколько лет в российской юридической литературе все чаще встречается термин «арбитрабельность»<sup>1</sup>

(от англ. *arbitrability*)<sup>2</sup>. По указанию Б.Р. Кара-

<sup>1</sup> См.: Костин А.А. *Pacta sunt servanda* в аспекте арбитражного соглашения // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража / отв. ред. А.С. Комаров. М., 2002. С. 42; Мата О.В. Арбитражное соглашение и разрешение споров в международных коммерческих арбитражных судах. М., 2004. С. 7; Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 30; Хвалей В. Арбитраж – арбитры сами решают. Подлежит ли вопрос разрешению в арбитражном порядке // Третейский суд, 2003. № 4 (28). С. 69.

<sup>2</sup> Написание слова «арбитрабельность» в российской правовой науке не является устоявшимся. «Арбитрабельность» представляет собой адаптацию термина «*arbitrability*» к правилам русского языка. Термин «арбитрабельность», используемый в настоящей статье, является транскрипционным переводом. См. Сологуб О.П. Усвоение иноязычных структурных элементов в русском языке. Наука. Университет. 2002. Материалы Третьей научной конференции. Новосибирск, 2002. С. 130–134. Ударение при произношении термина на русском языке чаще всего ставится на третий слог.

© Минина Анна Игоревна  
\* Кандидат юридических наук  
[minina.a.i@gmail.com]  
Россия, г. Москва



бельникова<sup>3</sup>, в отечественной правовой науке термин впервые был упомянут С.Н. Лебедевым<sup>4</sup> и именно в приведенной транскрипции. В зарубежной правовой доктрине понятие «арбитрабельность» достаточно широко распространено, в его основе лежит самостоятельная теория<sup>5</sup>. Выделяются объективная арбитрабельность (*ratione materiae* – основанная на объекте), которая очерчивает круг споров, способных быть предметом арбитражного разбирательства, и субъективная арбитрабельность или арбитрабельность *ratione personae* (основанная на личном), которая включает ряд вопросов, связанных с оценкой способности отдельных лиц подчинять себя юрисдикции международного коммерческого арбитража<sup>6</sup>.

В первую очередь, субъективная арбитрабельность включает вопросы возможности участия в международном коммерческом арбитраже «государств, государственных органов и организаций, государственных учреждений и иных юридических лиц публичного права»<sup>7</sup>, а также третьих лиц и проблемы перемены лиц в арбитражном соглашении.

Участие публичных лиц в арбитражном разбирательстве оценивается по-разному. Правовая основа их участия в качестве сторон при разрешении международных коммерческих споров в России обусловлена участием Российской Федерации как правопреемника СССР в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женевская конвенция 1961 г.). Конвенция устанавливает, что юридические лица, которые, в соответствии с национальным законодательством, считаются «юридическими лицами публичного права», могут заключать арбитражные соглашения.

Кроме того, Европейский суд по правам человека указывает, что «применение норм о гражданских правах и обязанностях не предполагает, чтобы спорящие стороны являлись част-

ными лицами»<sup>8</sup>. Таким образом, созданы предпосылки толкования отношений с участием «лиц публичного права» как гражданско-правовых, что, предполагает возможность их участия в качестве сторон в международном коммерческом арбитраже.

Исходя из ст. 124-125 ГК РФ, Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования выступают в гражданском обороте «наравне с другими субъектами», следовательно, могут быть участниками международного коммерческого арбитража.

Ст. 10 ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» предусматривает, что «спор иностранного инвестора, возникший в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории РФ, разрешается в соответствии с международными договорами РФ и федеральными законами... в международном арбитраже (третейском суде)»<sup>9</sup>.

Ст. 22 ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» устанавливает, что «спору между государством и инвестором, связанные с исполнением, прекращением и недействительностью соглашений, разрешаются в соответствии с условиями соглашения... в третейском суде (включая международные арбитражные институты)»<sup>10</sup>.

Похожие положения можно также найти в соглашениях о поощрении и взаимной защите капиталовложений. Россия является участницей более ста таких соглашений. К примеру, Договор между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Болгария предусматривает, что «спору по вопросам размера, условий или порядка выплаты компенсации на основании... Договора, а также порядка перевода платежей на основании... Договора могут быть переданы на рассмотрение третейского суда «ad hoc» в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)»<sup>11</sup>. Аналогичные положения содержатся в Договорах о поощрении и взаимной

<sup>3</sup> Международный коммерческий арбитраж: учебник / Б.Р. Карабельников. М.: Инфотропик Медиа: б. и., 2012. С. 126.

<sup>4</sup> См., например: Лебедев С.Н. Международное сотрудничество в области коммерческого арбитража. М., 1979.

<sup>5</sup> See Fouchard P., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration. New York: Wolters. Kluwer, 1999. P. 50; Хегер С. Законодательство Австрии о международном коммерческом арбитраже и перспективы его развития // Третейский суд. 2004. № 2 (32). С. 49.

<sup>6</sup> Скворцов О.Ю. Указ. соч. С. 287.

<sup>7</sup> Комментарий к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: поста-тейный, научно-практический / под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина. СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2007. С. 218.

<sup>8</sup> Сальвиа, Микеле, де. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб., 2004. С. 328–329.

<sup>9</sup> ФЗ от 09.07.1999 «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» № 160-ФЗ // СЗ РФ. 12.07.1999. № 28. Ст. 3493.

<sup>10</sup> ФЗ от 30.12.1995 «О соглашениях о разделе продукции» № 225-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18.

<sup>11</sup> Договор от 08.06.1993 б/н между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Болгария о поощрении и взаимной защите капиталовложений // СЗ РФ. 2006. № 8. С. 857.



защите капиталовложений между РФ и США<sup>12</sup>, Правительством КНР<sup>13</sup> и других. Также стоит в этой связи упомянуть Соглашение о партнерстве и сотрудничестве между Российской Федерацией, Европейскими сообществами и их государствами-членами (24.06.1994 г., о. Корфу), ст. 98 которого предусматривает: «Стороны поощряют использование арбитража для урегулирования споров, возникающих в связи с коммерческими сделками и сделками о сотрудничестве, заключенными экономическими операторами России и Сообщества»<sup>14</sup>.

Наличие возможности рассмотрения споров, в которых участвуют лица публичного права в международном коммерческом арбитраже подтверждается практически в решениях МКАС при ТПП РФ, который неоднократно заявлял о наличии своей компетенции по таким спорам в случаях, если она оспаривалась. Отказы в рассмотрении дел с таким субъектами обосновывались отсутствием компетенции ввиду пороков арбитражной оговорки и к статусу сторон никак не относились<sup>15</sup>.

Существуют и иные подходы. В Латвии, к примеру, в международном коммерческом арбитраже не могут рассматриваться дела по спорам, «в которых в качестве стороны выступает орган государственной или муниципальной администрации»<sup>16</sup>.

Для сравнения приведем позицию французской доктрины и практики относительно субъективной арбитрабельности. Первоначально,

субъективная арбитрабельность государства и юридических лиц публичного права определялась французскими судами на основе применимых коллизионных норм, определяющих правоспособность вовлеченных в спор лиц.

От этого метода отказались с принятием Кассационным судом постановления от 02.05.1966 по делу Галакис. Субъективная арбитрабельность стала определяться на основании выработанных французскими судами материальных норм. В постановлении по данному делу Кассационный суд подчеркнул, что запрет заключения арбитражных соглашений не применим «к международному договору, заключенному для нужд морской торговли и в условиях, соответствующих ее обычаям»<sup>17</sup>.

Неразрешенным оставался вопрос о том, касалась ли судебная практика по приведенному делу иностранных лиц публичного права. Положительный ответ был дан апелляционным судом Парижа в постановлении от 17.12.1991 по делу Гатойл, в котором суд рассматривал заявление об отмене арбитражного решения, которое было вынесено в Париже по спору между обществом Гатойл и иранским обществом НИОК. Гатойл, предпринимая попытку уклониться от применения арбитражных соглашений, заключенных ею с НИОК, ссылаясь на положения иранского закона, регулирующего вопросы «правоспособности и способности заключения арбитражных соглашений», в силу которого арбитражное соглашение признавалось недействительным, так как иранским обществом не было получено предварительного разрешения со стороны Парламента Ирана на его заключение. Апелляционный суд Парижа отклонил приведенные доводы, указав следующее: «...публичный порядок запрещал НИОК основываться на ограничительных положениях своего национального права в целях уклониться от компетенции арбитража, о которой стороны договорились... равным образом Гатойл не мог оспаривать правоспособность и полномочия НИОК, ссылаясь на положения иранского права, поскольку... публичный порядок не связан условиями, установленными во внутреннем правовом порядке»<sup>18</sup>.

Также подтвердило общий подход французских судов к решению вопроса о способности

<sup>12</sup> Договор между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1992 г. // СПС Консультант-Плюс.

<sup>13</sup> Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений 2006 г. // СПС Консультант-Плюс.

<sup>14</sup> Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, учреждающее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны (заключено на о. Корфу 24.06.1994) // СЗ РФ. 20.04.1998. № 16. ст. 1802.

<sup>15</sup> См. например: Решение МКАС при ТПП РФ от 30.12.2003 № 59/2003 // Практика МКАС при ТПП РФ за 2003 г. М., 2004. С. 317, Решение МКАС при ТПП РФ от 11.07.2008 № 47/2007 // Практика МКАС при ТПП РФ за 2007-2008 гг. М., 2010. С. 412, Решение МКАС при ТПП РФ от 27.03.2006 №105/2004 // Практика МКАС при ТПП РФ за 2006 г. М., 2008. С. 110, Решение МКАС при ТПП РФ от 05.07.2006 № 60/2005 // Там же. С. 210, Решение МКАС при ТПП РФ от 26.07.2004 № 139/2003 // Практика МКАС при ТПП РФ за 2004 г. М., 2005. С. 283.

<sup>16</sup> «Бейкер и Макензи»: Международный коммерческий арбитраж. Государства Центральной и Восточной Европы и СНГ. Учебно-практическое пособие. Асадов А., Булекбаева Н., Джавелидзе Р., Мастерс К. и др. / отв. ред.: Тынель А., Хвалей В. М.: БЕК. 2001. С. 159.

<sup>17</sup> Комментарий к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: постановка, научно-практический. Там же.

<sup>18</sup> Апелл. суд Парижа, 17.12.1991, Gatoil, Rev.arb., 1993.281, комм. Н. Synvet, 7 International Arbitration Report, В 5 (July 1992). URL: <http://www.kluwerarbitration.com/> (Дата обращения 11.02.2013).



государства и юридических лиц публичного права к заключению арбитражных соглашений постановление, вынесенное 24.02.1994 апелляционным судом Парижа по делу Бек Фрэр<sup>19</sup>.

В этой связи стоит упомянуть Резолюцию Института международного права, принятую по итогам сессии, проходившей с 5 по 13.09.1988 г. в Сэн-Жак-де-Компостель. Согласно ст. 5 Резолюции, «государство, государственное предприятие либо государственное образование не может ссылаться на свою неспособность заключать арбитражное соглашение с целью отказаться от участия в арбитраже, на который им было выражено согласие»<sup>20</sup>. Однако вопрос все равно остается открытым, когда речь заходит об исполнении решения международного коммерческого арбитража против государства или государственных учреждений. Данная проблема является значимой, поскольку многие из крупных коммерческих сделок (касающихся общественных работ, инвестиций или концессий) заключаются между частными лицами, с одной стороны, и государством или государственным учреждением – с другой. Даже Вашингтонская конвенция<sup>21</sup> в части, касающейся разрешения споров между государством и частными лицами в области инвестиций, не может преодолеть сложившуюся проблему. Прежде всего, подписание или ратификация конвенции не налагает на государство обязательств передавать в созданный конвенцией Центр все споры, которые могут возникнуть по поводу инвестиционных контрактов, заключаемых с частными партнерами. Письменное согласие государства с арбитражем относительно какого-либо контракта подразумевает лишь отказ от юрисдикционного иммунитета. Несмотря на то, что в п. 1 ст. 54 Конвенции указывается, что государство должно обеспечить выполнение на своей территории денежных обязательств, вытекающих из решения, п. 3 этой же статьи устанавливает, что его исполнение регулируется действующими нормами исполнения судебных решений того государства, на чьей территории требуется такое исполнение. Ст. 55 гласит, что ничто из предусмотренного в ст. 54 не может быть интерпретировано как отступление от законодательства этого государства, регулирующего вопросы иммунитета исполнения самого

государства или какого-либо из иностранных государств.

Р. Ронкалья, в этой связи, замечает: «Помимо всего прочего, это служит типичным примером того, как даже в международных конвенциях трудно найти полный консенсус по определенным проблемам, и поэтому зачастую приходится принимать компромиссные решения, не отвечающие требованиям определенности права. Как, в конечном счете, труден путь к реальной гармонизации различных правовых систем»<sup>22</sup>.

Переходя к вопросу об участии в арбитражном разбирательстве третьих лиц, прежде всего, следует остановиться на регламентах международных коммерческих арбитражей.

Так, Регламент МКАС при ТПП РФ устанавливает, что «Вступление в арбитражное разбирательство третьего лица допускается только с согласия спорящих сторон. Для привлечения к разбирательству третьего лица, помимо согласия сторон, требуется также и согласие привлекаемого лица». При этом, не совсем ясно, требуется ли согласие обеих спорящих сторон или же достаточно воли одной из них.

В этом отношении формулировка нового Арбитражного регламента МТП представляется более понятной: «Сторона, желающая привлечь к участию в арбитражном производстве дополнительную сторону, должна представить свое заявление об арбитраже в отношении дополнительной стороны («Заявление о привлечении») в Секретариат»<sup>23</sup>.

В то же время, открытым остается вопрос о возможности привлечь в качестве участников дела третьих лиц в отсутствие их согласия. По мнению В.А. Канашевского, «... необходимость заключения арбитражного соглашения для рассмотрения спора в арбитраже влечет недопустимость привлечения третьего лица в процесс без его согласия... При отсутствии соглашения сторон арбитраж не сможет рассмотреть в рамках одного процесса требования, которые касаются отношений, вытекающих из других договоров. В частности, МКАС обычно отказывается рассматривать дела в отношении страховщиков, перевозчиков, которые выходят за рамки согласованной сторонами – продавцом и покупателем – арбитражной оговорки... Также при наличии арбитражной

<sup>19</sup> Комментарий к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: постановительный, научно-практический. Там же.

<sup>20</sup> Fouchard P., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 300.

<sup>21</sup> Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (ИКСИД/ICSID) 1965 г. Международное публичное право. Сборник документов. М.: БЕК. 1996.

<sup>22</sup> Ронкалья Р. Размышления относительно будущего международного коммерческого арбитража. Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. М.: Статус, 2007. С. 365.

<sup>23</sup> Там же.



оговорки о рассмотрении между сторонами в арбитраже спора, вытекающего из договорных отношений, арбитраж не вправе рассматривать иск из неосновательного обогащения. При этом не должно смущать то обстоятельство, что неосновательное обогащение может быть тесно связано с договорным отношением сторон... необходимо заключение самостоятельного арбитражного соглашения»<sup>24</sup>.

В этой связи заслуживает внимания позиция, высказанная Конституционным судом РФ в Постановлении № 10 – П. Мнение Конституционного Суда РФ сводится к тому, что «в случаях, когда решение третейского суда вынесено о правах и обязанностях лиц, не участвовавших в третейском разбирательстве, такие лица располагают для защиты своих прав теми же правовыми средствами, которые предусмотрены для защиты от нарушений, допущенных при вынесении решения государственным судом, в том числе, они вправе предъявлять в компетентный суд самостоятельный иск, а также оспаривать решение третейского суда, вынесенное по спору... За ними признается право обратиться в арбитражный суд за защитой своих прав, нарушенных или оспариваемых в результате вынесения решения третейского суда, на основании статьи 46 Конституции РФ и части 1 статьи 4 АПК РФ... В качестве средства правовой защиты может использоваться и процедура выдачи исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда»<sup>25</sup>. Нарушение или оспаривание прав третьих лиц решением третейского суда, по мнению Конституционного Суда РФ, «является основанием для отказа в выдаче исполнительного листа, поскольку такое решение, во-первых, содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы третейского соглашения, т.е. не соответствует закону, а во-вторых – нарушает основополагающие принципы российского права, к каковым в силу статьи 46 (часть 1) Конституции РФ относится и право каждого участвовать в процессе, в котором рассматриваются вопросы о его правах и обязанностях»<sup>26</sup>.

Другим важным аспектом субъективной арбитрабельности является проблема перемены лиц в арбитражном соглашении. Вопрос о правопреемстве по такому соглашению является спорным. А.Ф. Волков писал, что арбитражная оговорка распространяется как на договори-

вающиеся стороны, так и на их правопреемников, действуя также и в отношении приобретателя требования или долга лицо даже в случае, если договор уступки или перевода долга не затрагивает этот вопрос<sup>27</sup>. В.А. Мусин приходит к аналогичным выводам, рассуждая о правопреемстве в случае реорганизации юридического лица<sup>28</sup>. О.Ю. Скворцов, не соглашаясь с указанными мнениями, подчеркивает, что материальное правопреемство не предполагает правопреемство процессуальное<sup>29</sup>.

В литературе приводится пример из практики Внешнеторговой арбитражной комиссии при ТПП СССР, когда последняя в своем решении указала, что обязанности по арбитражной оговорке не переходят на правопреемников по договору цессии<sup>30</sup>.

Однако, в конечном счете, в судебной практике был предложен иной подход. Президиум ВАС РФ в одном из своих постановлений подчеркнул, что установленный сторонами порядок разрешения споров должен считаться составной частью перешедшего права<sup>31</sup>.

В практике МКАС при ТПП РФ есть дела, в которых суд занимал похожую позицию. В деле № 14/2008 была признана компетенция МКАС разрешать на основании арбитражной оговорки контракта, заключенного между первоначальным кредитором и первоначальным должником, спор между новым кредитором и новым должником, на которого первоначальный должник перевел свое обязательство по оплате товара первоначальному кредитору. При этом, было принято во внимание, что между первоначальным кредитором и новым должником состоялось арбитражное соглашение путем обмена иском и отзывом на иск, в котором ответчик (новый должник) не возражал против компетенции МКАС рассматривать данный спор<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Волков А.Ф. Торговые третейские суды. Историко-догматическое исследование. СПб., 1913. С. 156.

<sup>28</sup> См.: Мусин В.А. Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» // Третейский суд. 2003. № 1 (25). С. 22; Мусин В.А. Арбитражная оговорка во внешнеэкономическом контракте и проблема правопреемства // Третейский суд. 2000. № 4. С. 29–40.

<sup>29</sup> Скворцов О.Ю. Указ. соч. С. 35.

<sup>30</sup> См.: Шерстюк В.М. Арбитражный процесс в вопросах и ответах (комментарии, рекомендации, предложения по применению Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации). М., 1998. С. 69; Костин А.А. Некоторые проблемы международного коммерческого арбитража // Третейский суд. 2000. № 3. С. 59–60.

<sup>31</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 17.06.1997 № 1533/97 // Вестник ВАС РФ. 1997. № 9.

<sup>32</sup> Решение МКАС при ТПП РФ от 19.12.2008 № 14/2008 // Практика МКАС при ТПП РФ за 2007–2008 гг. М., 2010. С. 317.

<sup>24</sup> Канашевский В.А. Международное частное право: учебник. Изд. 2-е, доп. М.: Междунар. отношения, 2009. С. 687.

<sup>25</sup> Постановление КС РФ от 26.05.2011 № 10-П // СПС КонсультантПлюс.

<sup>26</sup> Там же.



В решении от 25.12.1998 г. был сделан вывод о переходе обязанностей по арбитражной оговорке на правопреемника по договору уступки<sup>33</sup>. Подобных примеров в практике МКАС при ТПП РФ достаточно много<sup>34</sup>.

В дальнейшем суд опирался на данную позицию в рассматриваемых им делах<sup>35</sup>. Исключением были только дела, договоры по которым содержали запрет на передачу прав и обязанностей третьим лицам в отсутствие согласия стороны по договору<sup>36</sup>.

МАК при ТПП РФ в своей практике также подчеркивает, что арбитражное соглашение продолжает действовать в случае с цессией<sup>37</sup>.

В доктрине существуют различные мнения по поводу данного вопроса. Некоторые указывают на необходимость распространения на правопреемника условий арбитражной оговорки<sup>38</sup>. Против перехода прав по арбитражной оговорке выступает В.А. Белов, указывая, что арбитражная оговорка не может быть признана обязательной для правопреемника, так как она в собственном смысле является не правом, а способом его защиты в случае нарушения<sup>39</sup>.

Однако даже сторонники позиции, в силу которой обязанности по арбитражной оговорке переходят на правопреемника делают исклю-

чение в отношении тех случаев, когда переход арбитражной оговорки к другому лицу запрещен<sup>40</sup>. Именно этот подход представляется наиболее удачным.

Таким образом, в отечественной литературе не утихают дискуссии относительно допустимости перехода права на обращение в международный коммерческий арбитраж на основании договора о перемене лиц в обязательстве<sup>41</sup>.

Зарубежная наука также не пришла к единому выводу по данному вопросу. К примеру, исследование ученых Гирсбергера и Хайсманингера демонстрирует конфликт точек зрения западных юристов по поводу материальных и процессуальных последствий уступки прав по арбитражным соглашениям<sup>42</sup>. В шведской правовой доктрине преобладает мнение, что переход прав и обязанностей по арбитражной оговорке вследствие уступки недопустим<sup>43</sup>.

Споры по этому поводу продолжают. А.А. Костин указывает на необходимость продолжения дискуссии о необходимости нормативного решения данного вопроса<sup>44</sup>. С нашей точки зрения, такая регламентация не требуется, так как практика международного коммерческого арбитража динамична и должна развиваться. Строгие законодательные рамки способны замедлить это развитие, что неблагоприятно скажется на всем гражданском обороте. Представляется возможным решение данного вопроса судебной практикой. К примеру, Президиум ВАС РФ в одном из последних информационных писем подтвердил, что, в частности, пророгационное соглашение сохраняет юридическую силу в случае уступки права требования<sup>45</sup>.

<sup>33</sup> Практика МКАС при ТПП РФ за 1998 год / сост. М.Г. Розенберг. М., 1999. С. 246.

<sup>34</sup> См., например, Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации от 24.03.2005 № 19/2004 // Практика МКАС при ТПП РФ за 2005 г. М., 2006. С. 138; Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации от 23.05.2005 № 43/2004 // Там же. С. 192; Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации от 23.05.2005 № 45/2004 // Там же. С. 209. Практика МКАС при ТПП РФ за 2007–2008 гг. С. 27.

<sup>35</sup> Розенберг М.Г. Обзор практики разрешения споров в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации // Хозяйство и право. 2004. № 8. С. 99.

<sup>36</sup> Там же.

<sup>37</sup> Муранов А.И. Некоторые аспекты правила perpetuation jurisdictionis применительно к Международному коммерческому арбитражу и государственным арбитражным судам (пример из практики Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации) // Третейский суд. 2001. № 5/6. С. 84.

<sup>38</sup> Лебедев С.Н. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. М., 1988. С. 76–77.

<sup>39</sup> Белов В.А. Сингулярное правопреемство в обязательстве: опыт исторического исследования, теоретической и дипломатической конструкции и обобщения российской судебной практики. 3-е изд. М., 2002. С. 250.

<sup>40</sup> Мусин В.А. Указ. соч. С. 39; Костин А.А. Указ. соч. С. 59; Ануров В.Н. Перемена лиц в третейском соглашении // Третейский суд. 2002. № 3/4. С. 114.

<sup>41</sup> См.: Карабельников Б.Р. Арбитражное соглашение: полномочия на подписание и переход в порядке цессии // ЭЖ-Юрист. 2001. № 12. С. 16; Шмелева-Мата О.В. Международный коммерческий арбитраж: арбитражное соглашение и перемена лиц в обязательстве // Арбитражная практика. 2002. № 1. С. 45; Хвалей В. Указ. соч. С. 19; Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. С. 85.

<sup>42</sup> Видер В.В. Применение Нью-йоркской конвенции в Англии // Третейский суд. 2003. № 6 (30). С. 62.

<sup>43</sup> Кудряшов С.М. Новый закон об арбитраже в Швеции // Третейский суд. 2003. № 3. С. 10.

<sup>44</sup> Костин А.А. Указ. соч. С. 60.

<sup>45</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 № 158 // СПС КонсультантПлюс.



**Библиография:**

1. Fouchard P., Gallard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration. New York: Wolters. Kluwer, 1999.
2. Ануров В.Н. Перемена лиц в третейском соглашении // Третейский суд. 2002. № 3/4.
3. Белов В.А. Сингулярное правопреемство в обязательстве: опыт исторического исследования, теоретической и дипломатической конструкции и обобщения российской судебной практики. 3-е изд. – М., 2002.
4. Видер В.В. Применение Нью-йоркской конвенции в Англии // Третейский суд. 2003. № 6 (30).
5. Волков А.Ф. Торговые третейские суды. Историко-догматическое исследование. СПб., 1913.
6. Канашевский В.А. Международное частное право: учебник. Изд. 2-е, доп. – М.: Междунар. отношения, 2009.
7. Карабельников Б.Р. Арбитражное соглашение: полномочия на подписание и переход в порядке цессии // ЭЖ-Юрист. 2001. № 12.
8. Комментарий к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: постатейный, научно-практический / под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина. СПб.: АНО «Редакция журнала “Третейский суд”», 2007.
9. Костин А.А. Pacta sunt servanda в аспекте арбитражного соглашения // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража / отв. ред. А.С. Комаров. – М., 2002.
10. Костин А.А. Некоторые проблемы международного коммерческого арбитража // Третейский суд. 2000. № 3.
11. Кудряшов С.М. Новый закон об арбитраже в Швеции // Третейский суд. 2003. № 3.
12. Лебедев С.Н. Международное сотрудничество в области коммерческого арбитража. – М., 1979.
13. Лебедев С.Н. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. – М., 1988.
14. Мата О.В. Арбитражное соглашение и разрешение споров в международных коммерческих арбитражных судах. – М., 2004.
15. Международный коммерческий арбитраж: учебник / Б.Р. Карабельников. – М.: Инфотропик Медиа: б. и., 2012.
16. Муранов А.И. Некоторые аспекты правила perpetuation jurisdictionis применительно к Международному коммерческому арбитражу и государственным арбитражным судам (пример из практики Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации) // Третейский суд. 2001. № 5/6.
17. Мусин В.А. Арбитражная оговорка во внешнеторговом контракте и проблема правопреемства // Третейский суд. 2000. № 4.
18. Мусин В.А. Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» // Третейский суд. 2003. № 1 (25).
19. Розенберг М.Г. Обзор практики разрешения споров в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации // Хозяйство и право. 2004. № 8.
20. Ронкалья Р. Размышления относительно будущего международного коммерческого арбитража. Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. – М.: Статут, 2007.
21. Сальвиа, Микеле, де. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб., 2004.
22. Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. – М.: Волтерс Клувер, 2005.
23. Шерстюк В.М. Арбитражный процесс в вопросах и ответах (комментарии, рекомендации, предложения по применению Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации). – М., 1998.
24. Сологуб О.П. Усвоение иноязычных структурных элементов в русском языке. Наука. Университет. 2002. Материалы Третьей научной конференции. Новосибирск, 2002.
25. Хвалей В. Арбитраж – арбитры сами решают. Подлежит ли вопрос разрешению в арбитражном порядке // Третейский суд. 2003. № 4 (28).
26. Хегер С. Законодательство Австрии о международном коммерческом арбитраже и перспективы его развития // Третейский суд. 2004. № 2 (32).
27. Шмелева-Мата О.В. Международный коммерческий арбитраж: арбитражное соглашение и перемена лиц в обязательстве // Арбитражная практика. 2002. № 1.


**References:**

1. Fouchard P., Gallard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration. New York: Wolters Kluwer, 1999.
2. Anurov V.N. Peremena lic v treteyskom soglashenii // Treteyskiy sud. 2002. № 3/4.
3. Belov V.A. Singulyarnoe pravopreemstvo v obyazatel'stve: opyt istoricheskogo issledovaniya, teoreticheskoy i diplomaticheskoy konstrukcii i obobscheniya rossiyskoy sudebnoy praktiki. 3-e izd. – M., 2002.
4. Vider V.V. Primenenie N'yu-yorkskoy konvencii v Anglii // Treteyskiy sud. 2003. № 6 (30).
5. Volkov A.F. Torgovye treteyskie sudy. Istoriko-dogmaticheskoe issledovanie. SPb., 1913.
6. Kanashevskiy V.A. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: uchebnik. Izd. 2-e, dop. – M.: Mezhdunar. ot-nosheniya, 2009.
7. Karabel'nikov B.R. Arbitrazhnoe soglashenie: polnomochiya na podpisanie i perehod v poryadke cessii // EZh-Yurist. 2001. № 12.
8. Kommentariy k Zakonu Rossiyskoy Federacii «O mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe»: postateynny, nauchno-prakticheskiy / pod red. A.C. Komarova, S.N. Lebedeva, V.A. Musina. SPb.: ANO «Redakciya zhurnala "Treteyskiy sud"», 2007.
9. Kostin A.A. Pacta sunt servanda v aspekte arbitrazhnogo soglasheniya // Aktual'nye voprosy mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha / otv. red. A.S. Komarov. – M., 2002.
10. Kostin A.A. Nekotorye problemy mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha // Treteyskiy sud. 2000. № 3.
11. Kudryashov S.M. Novyy zakon ob arbitrazhe v Shvecii // Treteyskiy sud. 2003. № 3.
12. Lebedev S.N. Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo v oblasti kommercheskogo arbitrazha. – M., 1979.
13. Lebedev S.N. Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh: kompetenciya arbitrov i soglashenie ston-ron. – M., 1988.
14. Mata O.V. Arbitrazhnoe soglashenie i razreshenie sporov v mezhdunarodnykh kommercheskiy arbitrazhnykh sudah. – M., 2004.
15. Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh: uchebnik / B.R. Karabel'nikov. – M.: Infotropik Media: b. i., 2012.
16. Muranov A.I. Nekotorye aspekty pravila perpetuation jurisdictionis primenitel'no k Mezhdunarodnomu kommercheskomu arbitrazhu i gosudarstvennym arbitrazhnym sudam (primer iz praktiki Morskoy arbitrazhnoy komissii pri Torgovo-promyshlennoy palate Rossiyskoy Federacii) // Treteyskiy sud. 2001. № 5/6.
17. Musin V.A. Arbitrazhnaya ogovorka vo vneshnetorgovom kontrakte i problema pravopreemstva // Treteyskiy sud. 2000. № 4.
18. Musin V.A. Postateynny nauchno-prakticheskiy kommentariy k Federal'nomu zakonu «O treteyskiykh sudah v Rossiyskoy Federacii» // Treteyskiy sud. 2003. № 1 (25).
19. Rozenberg M.G. Obzor praktiki razresheniya sporov v Mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhnom sude pri Torgovo-promyshlennoy palate Rossiyskoy Federacii // Hozyaystvo i pravo. 2004. № 8.
20. Ronkal'ya R. Razmyshleniya odnositel'no buduschego mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha. Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh: sovremennyye problemy i resheniya: sbornik statey k 75-letiyu Mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazhnogo suda pri Torgovo-promyshlennoy palate Rossiyskoy Federacii / pod red. A.S. Komarova; MKAS pri TPP RF. – M.: Statut, 2007.
21. Sal'via, Mikele, de. Precedenty Evropeyskogo suda po pravam cheloveka. Rukovodyaschie principy sudebnoy praktiki, odnosyaschiesya k Evropeyskoy konvencii o zaschite prav cheloveka i osnovnykh svobod. Sudebnaya praktika s 1960 po 2002 g. SPb., 2004.
22. Skvorcov O.Yu. Treteyskoe razbiratel'stvo predprinimatel'skiy sporov v Rossii: problemy, tendencii, perspektivy. – M.: Volters Kluver, 2005.
23. Sm. Sherstyuk V.M. Arbitrazhnyy process v voprosah i otvetah (kommentarii, rekomendacii, predlozheniya po primeneniyu Arbitrazhnogo processual'nogo kodeksa Rossiyskoy Federacii). – M., 1998.
24. Sologub O.P. Usvoenie inoyazychnykh strukturnykh elementov v russkom yazyke. Nauka. Universitet. 2002. Materialy Tret'ey nauchnoy konferencii. Novosibirsk, 2002.
25. Hvalev V. Arbitrazh – arbitry sami reshayut. Podlezhit li vopros razresheniya v arbitrazhnom poryadke // Treteyskiy sud. 2003. № 4 (28).
26. Heger S. Zakonodatel'stvo Avstrii o mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe i perspektivy ego razvitiya // Treteyskiy sud. 2004. № 2 (32).
27. Shmeleva-Mata O.V. Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh: arbitrazhnoe soglashenie i peremena lic v obyazatel'stve // Arbitrazhnaya praktika. 2002. № 1.

*Материал поступил в редакцию 12 сентября 2013 г.*



А.А. Тер-Овакимян\*

## МЕЖДУНАРОДНЫЙ ДОГОВОР ФРАНЧАЙЗИНГА И ДОГОВОР КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ

**Аннотация:** В настоящее время в условиях рыночного производства товаров недостаточно просто произвести товар, необходимо организовать его сбыт с целью получения плодотворных результатов. Данная статья посвящена вопросам регулирования и соотношения международного договора франчайзинга и договора коммерческой концессии, как одних из самых популярных способов ведения бизнеса за рубежом и в Российской Федерации. Целью работы является анализ теоретических и практических проблем, возникающих при правовом регулировании договора франчайзинга в Российской Федерации, не имеющего законодательного закрепления и разграничения его с договором коммерческой концессии, получившей отражение в части 4 Гражданского кодекса Российской Федерации. В соответствии с данной целью одними из главных задач являются анализ возникновения терминов «франчайзинг» и «концессия», соотношения двух договоров с целью выявления законодательства, которое будет их регулировать, зарубежная практика применения договора франчайзинга и договора коммерческой концессии, пробелы в праве, регулирующие данные виды договоров и способы их устранения на основании сделанного анализа. При подготовке данной работы использовались общенаучные методы системного анализа, анализа и обобщения научных, нормативных и практических материалов, исторический, логический подходы. Центральное место в исследовании предмета заняли специальные юридические методы: формально-юридического анализа и метод сравнительного правоведения. Научная новизна работы состоит в том, что работа представляет собой комплексное исследование регулирования и соотношения международного договора франчайзинга и договора коммерческой концессии с целью выявления касающихся их пробелов в праве иностранных государств и российского права. Исследование показывает слабость регулирования данных видов договоров, что проявляется в: -отсутствии унифицированных правил, касающихся определения и регулирования договора франчайзинга, расхождении исторического и фактического содержания термина «коммерческая концессия», различии определения соотношения данных договоров, а именно, мнение одних ученых сводится к идентичности двух договоров, а другие ученые полагают, что данные договоры соотносятся между собой как часть и целое в том, что в международном законодательстве отсутствует единое наименование сторон по договору, что затрудняет регулирование данного вида правоотношений в силу возможности неоднозначного понимания терминов; несоответствии названия главы 54 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) ее фактическому содержанию. Предлагается создать унифицированные правила, регулирующие международный договор франчайзинга. В рамках этих правил следует внести единое понятие франчайзинга, сторон договора, объекта франчайзинга, перечень документов, который бы регулировал все этапы создания франчайзинговой системы. А для участников франчайзинговых договоров государство должно создать льготную систему налогообложения с целью достаточно быстрого развития своей предпринимательской деятельности. А также представляется необходимым изменить название главы 54 ГК РФ с коммерческой концессии на франчайзинг. Данное изменение поможет избежать расхождение в определении договора и фактического его содержания.

**Ключевые слова:** Договор, Международный франчайзинг, Коммерческая концессия, Исключительные права, Международное регулирование, Национальное регулирование, Соотношение двух договоров, Определение терминов, Пробелы в праве, Лицензионный договор.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.10357

© Тер-Овакимян Анна Арменовна

\* Студентка, Московский государственный юридический университет имени О.Е.Кутафина (МГЮА) [anna.ter-ovakimyan@yandex.ru]  
127995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.



**В** настоящее время в Российской Федерации одними из важнейших вопросов являются:

- поддержка среднего и малого предпринимательства,
- продвижение российского производителя на рынке товаров и услуг,
- повышение конкурентноспособности выпускаемых российскими производителями товаров,
- международное сотрудничество в товарном обороте, и так далее.

Государство стремится к устранению проблем, стоящих на пути развития российского предпринимательства, и оказанию государственной поддержки в данной сфере.

Проблемы бизнеса сказываются на потребителях, что позволяет им заявлять о преимуществах импортной продукции перед отечественной. Несмотря на это, в России сформировались возможности для выбора способов ведения бизнеса, которые позволяют обеспечить его эффективную организацию. В этом смысле наиболее актуальной деятельностью субъектов рынка является аналог договора франчайзинга договор коммерческой концессии. Прежде чем рассматривать эти два договора, следует обратиться к терминологии и их истории.

Термин «франчайзинг» произошел от французского «franchise», что означает «льгота, привилегия, освобождение от налога, взноса». Впоследствии это слово закрепилось в англоязычных государствах, а слово «концессия» произошло от латинского «concession», означающее уступку, разрешение. Историческое значение термина «концессия» имело другое значение, чем то, которое сложилось в современной практике. Изначально сферой применения концессии являлась сфера частногосударственного партнерства либо привлечения иностранного капитала в развитие промышленности и сырьевой сферы. Данное понятие легло в основу обозначения договора, идея которого была перенята с зарубежной модели договора франчайзинга. Он терминологически вошел в научный и деловой оборот России, по существу, в последнее десятилетие, несмотря на то, что многие юристы полагают, что именно договор коммерческой концессии первым появился в деловой практике. Именно договоры франчайзинга служили ориентиром для разработчиков гл. 54 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). Однако для России первые шаги к зарождению франчайзинга были сделаны в период СССР с 1972 г. По договору с корпорацией «Пепсико» ряд советских предприятий производили напитки «Пепси-Кола» и «Фанта» из сиропов корпорации в соответствии со стан-

дартами и под ее торговой маркой. Зарождение системы отношений под названием «франчайзинг» принято считать началом продажи и обслуживания швейных машин Зингера. Основатель всемирно известной компании «Singer Sewing machine company» Исаак Зингер стал родоначальником современного франчайзинга. Начиная с 1851 года, фирма Зингера заключала с дистрибьюторами товара письменный договор на передачу франшизы, договором передавалось право на продажу и ремонт швейных машинок на определенной территории Соединенных Штатов Америки. Современный франчайзинг испытал подъем в 1898, когда компания «Дженерал моторс» начала применять франчайзинговое дилерство. А в 1920-х годах в США начал развиваться стандартный товарный франчайзинг. По принципу франчайзинга начали строить свои взаимоотношения с владельцами розничных магазинов крупные оптовые поставщики. Оптовый продавец (или франчайзер) давал возможность небольшим розничным торгующим организациям использовать марку торговой фирмы и при этом сохранять свою независимость. Институт франчайзинга не имеет законодательного регулирования не только в России, но и во многих странах мира, что означает необходимость для юридической проработки данного вида правоотношений. И тем не менее отсутствие регулирования данного договора не препятствует заключению его на территории Российской Федерации, что следует из п.2 ст. 421 ГК РФ, согласно которому стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами.

Сегодня исключительные права являются важнейшим объектом гражданских прав (ст.128 ГК РФ). В Российской Федерации данные права регулируются различными договорами, в том числе договором коммерческой концессии. Согласно законодательному определению по договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау)<sup>1</sup>. А эквивалент данной системе орга-

<sup>1</sup> Гражданский кодекс РФ (ГК РФ) от 30.11.1994 № 51-ФЗ. Ст. 1027.



низации хозяйственных связей в зарубежном законодательстве – франчайзинг, упрощенно можно охарактеризовать как способ коммерческой деятельности, при которой компания, владеющая правами на известную торговую марку и добившаяся успехов в данной сфере, предоставляет предпринимателю право на производство продукции, торговлю товарами или оказание услуг под ее торговой маркой на определенной территории на срок и на условиях, установленных договором. В теории права возникает спор о соотношении данных договоров. Если исходить из того, что договор франчайзинга и договор коммерческой концессии являются разными договорами, то возникает вопрос, на основании какого законодательства будет регулироваться данный вид правоотношений, а если речь идет об одном и том же договоре, то даже назвав договор франчайзингом, регулировать его необходимо по правилам главы 54 Гражданского кодекса Российской Федерации. Многие российские юристы разделяют мнение, что под коммерческой концессией следует понимать франчайзинг. Например, В.В. Витрянский считает, что понятие «коммерческая концессия» было использовано при подготовке Гражданского кодекса как наиболее соответствующее по смыслу английскому «franchising»<sup>2</sup>. Но тем не менее в законодательстве некоторых стран понятия «франчайзинг» и «коммерческая концессия» не равнозначны. Если в Российской Федерации часто считается, что коммерческая концессия это эквивалент франчайзингу, то например, в Швейцарии, Бельгии и Португалии под договором коммерческой концессии понимается соглашение, при котором одна сторона закупает у другой стороны товары, изготовленные или приобретенные последней, с целью их перепродажи в пределах определенной территории. И если при данном соглашении будет передано право на использование фирменного наименования производителя, то считается, что речь идет о франчайзинге с целью сбыта или сбытовом франчайзинге. Данный пример позволяет утверждать, что в законодательстве некоторых государств термин «коммерческая концессия» может быть по своему смыслу уже, чем «франчайзинг».

В мировой практике отсутствует единое понятие договора франчайзинга и унифицированных правил, регулирующих его. Так, в Германии как и в Великобритании, отсутствует отдельное, специальное законодательство о франчайзинге как на федеральном уровне,

так и на уровне федеральных земель, несмотря на наличие большого числа мелких франчайзи. Считается, что Франция – единственная европейская страна, в которой принят закон, непосредственно регулирующий франчайзинг. Закон звучит так: «О развитии коммерческих и кустарных предприятий и улучшении экономических, правовых и социальных условий их функционирования»<sup>3</sup>. В Соединенных Штатах Америки в настоящее время на федеральном уровне действует два отраслевых закона о франчайзинге: закон 1956 года об автомобильном дилерском франчайзинге и закон 1978 года о нефтесбытовой рыночной практике, а также некоторые штаты принимают свои франчайзинговые законы. В рамках Европейского Союза 30 ноября 1988 года был принят Регламент 4087/88 о применении ст. 85 (п.3) Римского договора к категории соглашений о франчайзинге. В настоящее время действует принятый Европейской комиссией 22 декабря 1999 года Регламент № 2790/1999. Данный Регламент содержит дополнительные условия о предоставлении или использовании прав интеллектуальной собственности. С 1 января 2008 года в новой редакции действует глава 54 ГК РФ, посвященная коммерческой концессии. Помимо законодательного регулирования национальными и международными ассоциациями франчайзинга разрабатываются различные акты саморегулирующего характера, такие, например, как кодексы поведения. Кроме того, различные международные неправительственные организации разрабатывают пособия по организации франчайзинговых сетей. Они не имеют обязательного характера и могут использоваться предпринимателями добровольно. Примером пособий, которые пользуются авторитетом в деловом обществе, может быть Руководство по организации международной сети мастер-франчайзинга (Guide to International Master Franchise Arrangements), разработанное Международным институтом по унификации частного права (УНИДРУА).

Необходимо отметить наименования сторон по договору франчайзинга в различных государствах. Сторона, предоставляющая по договору права пользования («франшизу»), по-английски именуется франчайзер (franchisor) с ударением на втором слоге, а сторона, приобретающая франшизу, – франчайзи (franchisee) с ударением на последнем слоге. По-французски стороны именуются соответственно franchiseur (франшизёр) и franchise (франшизе) с ударением в обоих случаях на последнем слоге. Кроме того,

<sup>2</sup> Брагинский М.К., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.: Статут, 2002. С. 977.

<sup>3</sup> № 89-1008 от 31.12.1989 г. Journal officiel de la Republique Fianceise, 02/01 1990.



существуют и другие наименования сторон. Франчайзера также называют франшизодателем, правообладателем, а франчайзи – франшизополучателем, франшизодержателем, пользователем. Нередко для обозначения сторон по франчайзингу используются и другие термины. Вместо «франчайзер» говорят, например, «головное предприятие», «фирма», вместо «франчайзи» – «оператор», «лицензиат», «дилер», «филиал», «концессионер». Таким образом, можно сделать вывод о том, что в международном законодательстве отсутствует единое наименование сторон по договору, что затрудняет регулирование данного вида правоотношений в силу возможности неоднозначного понимания терминов. Эти термины неточны, потому что ими могут обозначаться участники и других, помимо франчайзинга, договорных отношений<sup>4</sup>.

Вывод о том, что российский законодатель, говоря о коммерческой концессии, имеет в виду франчайзинг, прямо указывает на замечание о том, что пользователь использует предоставленный ему правообладателем комплекс исключительных прав в своей предпринимательской деятельности. Предпринимательская деятельность может включать в себя в данном понимании только использование комплекса исключительных прав при продаже приобретаемого у другого лица товара, а также при производстве товара. Суть отношений коммерческой концессии сводится к предоставлению правообладателем пользователю эксклюзивных прав<sup>5</sup> на продажу товаров, которые он производит сам.

Среди специалистов в области права существует мнение, что признаки договора, закрепленные в гл. 54 «Коммерческая концессия» ГК РФ, полностью соответствуют понятию лицензионного договора. В соответствии с лицензионным договором одна сторона (лицензиар) обязана предоставить другой стороне (лицензиату) для использования за установленную в договоре компенсацию принадлежащие ей права на результаты интеллектуальной деятельности, обеспечив возможность их практического применения.

Проанализируем общие и отличительные признаки, характерные для договора коммерческой концессии и лицензионного договора с тем, чтобы участник договорных отношений точно имел представление о том, какой договор он заключает. У договора коммерческой концессии и лицензионного договора много общего: оба регулируют передачу исключительных прав на

результаты интеллектуальной деятельности, оба подлежат обязательной регистрации в Роспатенте, и в соответствии с п. 4 ст. 1027 ГК РФ к договору коммерческой концессии применяются правила ГК РФ о лицензионном договоре. Основу договоров составляют обязательства лицензиара (франчайзера) по передаче технических знаний, опыта и оказанию помощи лицензиату (франчайзи) в их использовании и применении. Договоры лицензионные и коммерческой концессии являются рисковыми договорами. Права и обязанности сторон по лицензионному договору и договору коммерческой концессии схожи: как лицензиат, так и пользователь свободны в вопросах установления ценообразования на производимую продукцию, выполняемые работы, оказываемые услуги.

Отличие данных договоров прежде всего в предмете регулирования: если по лицензионному договору передается исключительное право на определенный объект интеллектуальной собственности (результат интеллектуальной деятельности и средство индивидуализации), то предметом договора коммерческой концессии является комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю. Особенностью договора коммерческой концессии является то, что исключительные права от правообладателя пользователю передаются в комплексе. В комплекс передаваемых пользователю по договору прав включаются деловая репутация, определенный объем коммерческого опыта правообладателя, а также коммерческая информация. Лицензионный договор может быть возмездным и безвозмездным, в то время как договор коммерческой концессии может быть только возмездным. В отличие от договора коммерческой концессии условия лицензионного договора не обязывают участников работать в единой системе. Договором коммерческой концессии предусматривается обязательная работа участников в единой системе – франчайзинговой сети. Лицензионный договор регистрируется в Роспатенте, а договор коммерческой концессии – в Роспатенте и территориальном органе ФНС России (регистрирующем органе), осуществившим регистрацию юридического лица или индивидуального предпринимателя, выступающего по договору в качестве правообладателя (приказ Минфина России от 12 августа 2005 г. № 105н).

Трансграничная передача коммерческой тайны технического характера обычно происходит посредством заключения трансграничного лицензионного договора<sup>6</sup>. В на-

<sup>4</sup> Сосна С.А., Васильева Е.Н. Франчайзинг. Коммерческая концессия. М.: ИКЦ Академкнига, 2005.

<sup>5</sup> Сосна С.А. Франчайзинг. Коммерческая концессия / С.А. Сосна, Е.Н. Васильева. – М.: ИКЦ Академкнига, 2005. С. 227.

<sup>6</sup> Шахназаров Б.А. Проблемы правового регулирования охраны секрета производства (ноу-хау) и его трансграничной передачи. М., 2009. С. 523–524.



стоящее время трансграничный договор о передаче прав на использование информации, составляющей коммерческую тайну, в большинстве стран характеризуется как договор особого рода – *sui generis*, – который не может быть отнесен ни к одному из известных видов гражданских правовых договоров, но требует специального правового регулирования.

Одной из специфических особенностей договора коммерческой концессии и (или) договора франчайзинга в российской практике является тот факт, что согласно российскому законодательству выступать в роли правообладателя (франчайзера) и пользователя (франчайзи) могут только коммерческие организации и индивидуальные предприниматели. Несмотря на то что Гражданский кодекс РФ предусматривает возможность ведения предпринимательской деятельности некоммерческими организациями, если она не противоречит их миссии, отраженной в уставе, данный договор для них недоступен с правовой точки зрения.

Рассмотрим популярные компании, которые используют систему франчайзинга. Вопреки расхожему мнению, только 15% ресторанов McDonald's в мире непосредственно принадлежат компании «McDonald's Corporation», все остальные являются собственностью национальных франчайзи. Известный производитель спортивной одежды Columbia sportswear company в настоящее время полностью перешел на продажи по франчайзингу. Основной конкурент McDonald's ресторан быстрого питания Burger King подписал договор франшизы с компанией Ginza Project, что дало возможность российской компании иметь успех в бизнесе на территории Российской Федерации. По франчайзинговой схеме работает большая часть сети продовольственных магазинов «Пятерочка», часть салонов связи компании «Евросеть» и так далее.

Мировой опыт применения франчайзинга насчитывает более ста лет, Российская Федерация начала налаживать свою деятельность в данной сфере. Российская Федерация, формируя законодательство в интересах предпринимателей и потребителей, вступая в международные организации и становясь участником международных соглашений, привлекает к себе внимание зарубежных партнеров, увидевших большие коммерческие возможности для себя. Иностранцы франчайзеры предлагают раскрученные бренды на российский потребительский рынок с целью расширения своего влияния и привлечения прибыли. Российские организации получают преимущества, используя такую систему отношений: это воз-

можность участия в крупной торговой сети, быстрое развития своей деятельности за счет раскрученного товарного знака, отсутствие нужды в рекламе и более выгодного использования своего имущества.

Франчайзинг распространяется на различные сферы бизнеса: в сфере услуг (например, ресторанного и гостиничного), торговли, строительства, производства. Преимущество франчайзингового метода ведения бизнеса привлекли отечественных предпринимателей, которые начали его успешно применять как национальный способ предпринимательства.

Несмотря на все эти плюсы, с применением франчайзинга возникает множество проблем из-за несовершенного правового регулирования, отсутствия должного его закрепления, недостаточной информированности и др. Международное частное в силу своего частногоправового характера не может регулировать вопросы государственной поддержки франчайзинговых отношений в сфере малого и среднего бизнеса. Эту проблему должно решать государство с помощью издания специального закона, который бы регулировал конкретную сферу отношений, а именно франчайзинг.

Также возникает множество вопросов о соотношении договора коммерческой концессии и международного договора франчайзинга, о несоответствии названия главы 54 ГК РФ ее фактическому содержанию.

Содержание этой главы соответствует современным представлениям о франчайзинге различных видов (торгово-распределительного, сервисного, производственного), а ее заголовок ограничивает возможности более широкого использования данной главы. Необходимо создать унифицированные правила, регулирующие международный договор франчайзинга. В рамках этих правил следует внести единое понятие франчайзинга, сторон договора, объект франчайзинга, перечень документов который бы регулировал все этапы создания франчайзинговой системы. А для участников франчайзинговых договоров государство должно создать льготную систему налогообложения с целью достаточно быстрого развития своей предпринимательской деятельности.

Анализ развития франчайзинговых отношений и отношений коммерческой концессии в зарубежном и российском законодательствах, при всем многообразии их реализации и различиях в доктринальном толковании, выявляет сложную природу и достаточно противоречивую правоприменительную практику, что необходимо исправить, приложив национальные и международные силы.



**Библиография:**

1. Брагинский М.К., Витрянский В.В., Договорное право. Книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.: Статут, 2002.
2. Ильинская О.И. К вопросу о способах обеспечения выполнения международных договоров // LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН). – 2010. № 6. – С. 1415–1420.
3. Ильинская О.И. К вопросу о способах обеспечения выполнения международных договоров // Актуальные проблемы российского права. – 2011. № 3. – С. 238–243.
4. Павлова Ю.И. Место концессионных соглашений объектов трубопроводного транспорта в правовой системе. Частноправовой характер концессионного соглашения // Право и политика. – 2012. № 12. – С. 2068–2073.
5. Сосна С.А., Васильева Е.Н. Франчайзинг. Коммерческая концессия. М.: ИКЦ Академкнига, 2005.
6. Шахназаров Б.А.: Проблемы правового регулирования охраны секрета производства(ноухау) и его трансграничной передачи. М., 2009.
7. Journal official de la Republique Fianeaise, № 89-1008 от 31.12.1989 г. 02/01 199.

**References:**

1. Braginskii M.K., Vitryanskii V.V., Dogovoronoie pravo. Kniga tret'ya. Dogovory o vypolnenii rabot i okazanii uslug. M.: Statut, 2002.
2. Il'inskaya O.I. K voprosu o sposobakh obespecheniya vypolneniya mezhdunarodnykh dogovorov // LEX RUSSICA (RUSSKII ZAKON). – 2010. № 6. – С. 1415–1420.
3. Il'inskaya O.I. K voprosu o sposobakh obespecheniya vypolneniya mezhdunarodnykh dogovoro // Aktual'nye problemy rossiiskogo prava. – 2011. № 3. – С. 238–243.
4. Pavlova Yu.I. Mesto kontsessionnykh soglashenii ob''ektov truboprovodnogo transporta v pravovoi sisteme. Chastnopravovoi kharakter kontsessionnogo soglasheniya // Pravo i politika. – 2012. № 12. – С. 2068–2073.
5. Sosna S.A., Vasil'eva E.N. Franchaizing. Kommercheskaya kontsessiya. M.: IKTs Akademkniga, 2005.
6. Shakhnazarov B.A.: Problemy pravovogo regulirovaniya okhrany sekreta proizvodstva(nou-khau) i ego transgranichnoi peredachi. M., 2009.
7. Journal official de la Republique Fianeaise, № 89-1008 от 31.12.1989 г. 02/01 199.

*Материал поступил в редакцию 6 декабря 2013 г.*



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Н.А. Молчанов\*, К.И. Трубачева\*\*

## ПОДХОДЫ К ПРИМЕНЕНИЮ ПРИНЦИПОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА В НОВЫХ ГЕОПОЛИТИЧЕСКИХ УСЛОВИЯХ

***Аннотация:** Как показывает современная действительность, вопросы строгого соблюдения либо игнорирования основных принципов международного права становятся все более актуальными. Сегодня это, в том числе, было еще раз подчеркнуто в связи с новыми сложившимися геополитическими условиями – а именно при подходе к оценке вхождения Республики Крым в состав Российской Федерации. Кроме прочего, вопросы использования и соблюдения принципов международного права все чаще обостряются на международной арене. Именно это в полной мере обуславливает значимость изучения в научном плане действующих принципов международного права – как основополагающих начал, норм и руководящих принципов функционирования межгосударственной системы, которые обладают высшей юридической силой и выражают закрепившиеся устои практики международных отношений. Методология исследования: комплексное использование общефилософских, общенаучных и частнонаучных методов научного познания (системный, исторический, сравнительно-правовой, синергетический, моделирования и др.). Исследование по данной тематике имеет большую теоретическую и практическую значимость для юридической науки, совершенствования законодательства и практики его применения, осмысления пути развития национального и международного права в современных геополитических условиях. Новизна исследования обусловлена последними событиями на международной политической арене, связанными с общественно-политической обстановкой в Украине и решением вопроса о присоединении к России новых субъектов федерации, ранее входивших в состав Украины.*

***Ключевые слова:** Европейский Союз, Заключительный Акт ОБСЕ, Устав ООН, международные отношения, принципы международного права, международное право, внешнеполитическая деятельность ЕС, национальное право, самоопределение народов, государственный суверенитет*

***DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11764*

© Молчанов Николай Андреевич

\* Доктор военных наук, профессор кафедры права Европейского Союза, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[namolchanov@msal.ru]

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9, кабинет 559.

© Трубачева Кристина Игоревна

\*\* Кандидат юридических наук, преподаватель кафедры права Европейского Союза, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

[krista\_@mail.ru]

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



В марте 2014 года произошло важное историческое событие – Республика Крым и город Севастополь, имеющий особый статус, добровольно вошли в состав Российской Федерации. Процесс вхождения Республики Крым осуществлялся с соблюдением всех норм международного права на основе волеизъявления крымского народа, отраженного в референдуме от 16 марта 2014 года. По официальным данным, на территории Автономной Республики Крым 96,77 % избирателей проголосовало – «За воссоединение Крыма с Россией на правах субъекта Российской Федерации», в Севастополе – 95,6 %.

17 марта результаты референдума были утверждены Верховным Советом Автономной Республики Крым и Городским советом Севастополя, и в тот же день Верховный Совет Автономной Республики Крым провозгласил Крым независимым суверенным государством – Республикой Крым, в которой Севастополь имеет особый статус.

Республика Крым в лице своего высшего органа власти – Государственного Совета Республики Крым – обратилась к Российской Федерации с предложением о принятии Республики Крым в состав Российской Федерации в качестве нового субъекта Российской Федерации со статусом республики. Парламент Крыма в ускоренном порядке подготовил проект межгосударственного договора о вступлении Республики Крым в состав Российской Федерации.

17 марта, учитывая волеизъявление народов Крыма, Президент Путин подписал Указ о признании в качестве суверенного и независимого государства Республику Крым.

18 марта был подписан договор о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов, который в последующем ратифицирован Государственной Думой и 21 марта был одобрен Советом Федерации. На этом правовые процедуры были полностью завершены и Республика Крым и город Севастополь стали субъектами Российской Федерации. Президент РФ В.В. Путин в послании Федеральному Собранию заявил, что «Крымский референдум прошел в полном соответствии с демократическими нормами и международными процедурами».

Реакция Украины, США и стран Европейского Союза на вхождение Республики Крым в состав РФ была крайне негативной и выражалась в отказе признать независимость Республики Крым, результаты референдума и самого факта воссоединения Крыма с Россией. По инициативе западных стран 27 марта 2014 года принята резолюция Генеральной Ассамблеи ООН, где, ссылаясь на свою резолюцию 2625 (XXV) от

24 октября 1970 года, в которой она одобрила Декларацию о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, и вновь подтверждая закрепленные в ней принципы о том, что территория государства не должна быть объектом приобретения другим государством в результате угрозы силы или ее применения, и любая попытка, направленная на частичное или полное нарушение национального единства и территориальной целостности государства или страны, или их политической независимости, несовместима с целями и принципами Устава:

1. Подтверждает свою приверженность суверенитету, политической независимости, единства и территориальной целостности Украины в ее международно признанных границах;
2. Призывает все государства отказаться и воздерживаться от действий, направленных на частичное или полное нарушение национального единства и территориальной целостности Украины, в том числе любых попыток изменить границы Украины с помощью угрозы силой или ее применения или других, незаконных средств;
3. Настоятельно призывает все стороны немедленно приступить к мирному урегулированию ситуации вокруг Украины путем прямого политического диалога, проявлять сдержанность, не прибегать к односторонним действиям и военной риторике, которые могут усилить напряженность, и в полной мере участвовать в международных посреднических усилиях;
4. Приветствует усилия Организации Объединенных Наций, Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе и других международных и региональных организаций по предоставлению Украине помощи в защите прав всех граждан Украины, в том числе, прав лиц из числа меньшинств;
5. Подчеркивает, что референдум, проведенный в Автономной Республике Крым и городе Севастополе 16 марта 2014, не имеет законной силы, не может быть основанием для любого изменения статуса Автономной Республики Крым или города Севастополя;
6. Призывает все государства, международные организации и специализированные учреждения не признавать любое изменение статуса Автономной Республики Крым и города Севастополя на основании упомянутого выше референдума и воздерживаться от любых действий или шагов, которые можно было бы истол-



ковать, как признание любого такого измененного статуса. Анализ содержания резолюции показывает её однобокость и явное ориентирование только на принцип национального единства и территориальной целостности государства или страны и практическое игнорирование принципа народов и наций на самоопределение. И такая резолюция была принята большинством членов ООН. За резолюцию проголосовали 100 стран – членов ООН, воздержались 58. Против этого документа выступили 11 стран: Армения, Белоруссия, Боливия, Венесуэла, Зимбабве, Куба, КНДР, Никарагуа, Россия, Сирия и Судан. Министр иностранных дел РФ С.В.Лавров выразил удивление тому, «с какой одержимостью серьезные страны (США, ЕС) всю свою дипломатическую мощь бросали на то, чтобы “выкручивать руки” всему миру, в том числе ближайшим нашим партнерам, в расчете на то, что они поддадутся на аргумент о непреложности и незыблемости территориальной целостности, игнорирование всех других принципов Устава ООН!»

Как видно из вышеизложенного, проблема строгого соблюдения либо игнорирования основных принципов международного права в полном объеме обозначилась и приобрела свою остроту в новых геополитических условиях при подходе к оценке вхождения Республики Крым в состав России.

В данных условиях представляется весьма важным рассмотреть в научном плане действующие принципы международного права – как основополагающие начала, нормы и руководящие правила функционирования межгосударственной системы, обладающие высшей юридической силой и выражающие закрепившиеся устои практики международных отношений.

Согласно тексту Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, а именно ст. 53 – «императивная норма общего международного права является нормой, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер»<sup>1</sup>.

Исходя из того, что основные принципы международного права выступают в форме международно-правовых норм, они и представляют собой основные источники международного права.

Стоит отметить, что появление основополагающих принципов международного права неразрывно связано с появлением первых государств и, соответственно, с началом осуществления ими своих внешних функций. Основываясь на положении о том, что именно государство обладает наивысшим объемом международных прав и обязанностей и располагает первоначальной правосубъектностью, позволяет определить его в роли основного субъекта международного права. Стоит отметить, что все государства обладают следующими характерными признаками, такими как: управленческим аппаратом, собственной территорией и населением, а также суверенитетом.

Необходимо подчеркнуть, что при анализе, применении и толковании основополагающих принципов международного права надлежит использование системного подхода: а именно понимание того, что все принципы должны быть рассмотрены во взаимосвязи друг с другом, а не по отдельности.

В настоящее время Устав Организации Объединенных Наций в ст. 2 закрепляет семь основных действующих принципов международного права<sup>2</sup>.

Пункт 1 ст. 2 Устава ООН гласит: «Организация основана на принципе суверенного равенства всех ее членов». Данное положение представляет основу существующих международных отношений, что обеспечивает наличие и поддержание международного правопорядка. Суть данного положения должна быть рассмотрена с точки зрения возможности осуществления государством внутри своей территории законодательной, исполнительной и судебной власти в отсутствие возможного вмешательства со стороны других государств и международных организаций; а также самостоятельно и в полном объеме определять и осуществлять свою внешнюю политику.

Стоит заметить, что рассмотренный выше принцип получил свое закрепление (и последующее более широкое толкование) не только в Уставе ООН, а также в Декларации о принципах международного права, в Декларации принципов Заключительного акта Сессии по безопасности и сотрудничеству в Европе и ряде других документов.

В тексте Декларации особо подчеркивается необходимость руководства и строгого соблюдения данных принципов государствами при развитии своих взаимоотношений.

Необходимо подчеркнуть, что обозначенные в Уставе семь принципов не составляют исчерпывающий и закрытый список основных прин-

<sup>1</sup> Ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 23.05.1969.

<sup>2</sup> Ст. 2 Устава ООН.



ципов международного права. Например, США, Канадой и большинством государств Европы был подписан Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе в 1975 году, который включает уже десять основополагающих принципов. Текст Заключительного акта был дополнен принципами территориальной целостности государств, нерушимости границ и уважения прав человека и основных свобод. Кроме прочего, приверженность данным принципам была подтверждена государствами спустя десять лет на Венской встрече 1986 года путем утверждения резервной программы имплементации обозначенных принципов.

Таким образом, можно отметить следующее: с момента первого обозначения и закрепления основных принципов международного права их значимость в современном мире только усиливается. Степень соблюдения и точного выполнения государствами основных принципов международного взаимодействия, на сегодняшний день, имеет все более важное значение. Именно четкое соблюдение принципов международного права способствует большей стабилизации международных отношений, путем определения рамок дозволенного, а также юридическим закреплением формирующихся новых форм международного сотрудничества. Подтверждение этому можно найти в тексте Декларации 1970 года, где закреплено, что «добросовестное соблюдение принципов международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, и добросовестное выполнение государствами обязательств, принятых в соответствии с Уставом, имеют важнейшее значение для поддержания международного мира и безопасности и для достижения других целей Организации Объединенных Наций»<sup>3</sup>.

В современных условиях глобализации, научного и технического прогресса различных стран, все более остро становятся вопросы относительно соблюдения и выполнения принципов территориальной целостности (неприкосновенности)<sup>4</sup> государств и принципа равноправия и самоопределения народов.

Как показывает история, значимость и актуальность соблюдения указанных принципов с каждым годом возрастает.

Все чаще на международной арене возникают вопросы (попытки) либо нарушения, либо применения (использования) данных принципов.

Принцип территориальной целостности государств закрепляется в п. 4 ст. 2 Устава ООН: «все Члены Организации Объединенных Наций воздерживаются в их международных отношениях от угрозы силой или ее применения как против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства, так и каким-либо другим образом, несовместимым с Целями Объединенных Наций». Более детально данный принцип конкретизируется в Декларации о принципах международного права 1970 года, где говорится, что каждое государство «должно воздерживаться от любых действий, направленных на нарушение национального единства и территориальной целостности любого государства или страны». Последующее развитие принцип территориальной целостности получает в Хельсинском Совещании 1975 года, где в Заключительном акте закрепляется, что «Государства-участники рассматривают как нерушимые все границы друг друга», и включает «признание существующих границ в качестве юридически установленных в соответствии с международным правом»<sup>5</sup>. Кроме того, в тексте Акта говорится и о том, что «Государства-участники будут уважать суверенное равенство и своеобразие друг друга, а также все права, присущие их суверенитету и охватываемые им, в число которых входит, в частности, право каждого государства на юридическое равенство, на территориальную целостность, на свободу и политическую независимость» (статья 2).

Видится необходимым обозначить взаимосвязь принципа территориальной целостности с принципом невмешательства в дела, составляющие внутреннюю компетенцию каждого конкретного государства. Исходя из этого, ни группа государств, ни одно государство не обладают правами по прямому или косвенному вмешательству во внутренние дела другого государства. Различные попытки, проявляющиеся в одной из возможных форм вмешательства (политические, экономические, военные, культурные и др.), могут быть рассмотрены как нарушение международных норм права.

Принцип территориальной целостности может быть подвергнут нарушению не только «физическими» средствами (применение воо-

<sup>3</sup> Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, от 24 октября 1970 г. / Действующее международное право. В 3-х томах / составители Ю.М. Колосов. Т.1. М.: Издательство Московского независимого института международного права, 1996. – С. 73.

<sup>4</sup> В науке существуют различные подходы ученых на определение и соотношение понятий «территориальная целостность» и «территориальная неприкосновенность». Так, высказываются мнения о том, что понятие территориальной целостности государства является более широким.

<sup>5</sup> Здесь может возникнуть вопрос невозможности противостояния ОБСЕ в отношении НАТО по вопросу Югославии и проблемы Косово в 1980–90 гг.



руженных сил), но и использованием различного рода влияния на внутригосударственную жизнь, посредством обострения различных конфликтов, содействия возникновению и распространению вооруженных столкновений и другим различным негативным процессам на основе различных факторов.

Закономерно возникает вопрос о связи принципа территориальной целостности с принципом суверенного государства. В соответствии с чем суверенное равенство распространяется на абсолютно все государства без исключения и в равной степени. Все государства на международной арене обладают одинаковым «набором» прав и обязанностей и независимо от экономического, политического или социального уровня развития предстают равнозначными участниками международного сообщества.

В соответствии с текстом Заключительного акта – государства обязаны уважать территориальную целостность друг друга, и, следовательно, должны «воздерживаться от любых действий, несовместимых с целями и принципами Устава ООН». Нарушение данного принципа, как показывает история, приводило к большим политическим, экономическим и вооруженным конфликтам<sup>6</sup>.

Помимо вышерассмотренного, наиболее проблематичным и сложным в доктрине международного права и в условиях сложившейся геополитической обстановки в мире (а именно в сфере соотношения основных принципов) является вопрос взаимосвязи принципа территориальной целостности государств с принципом самоопределения народов и наций.

Возникновение вопросов национального самоопределения наций и народов зародились довольно на ранней стадии формирования государств. Данным вопросам посвящали свои труды многие общественные деятели, такие как Руссо, Локк, Гроций. С тех пор данный вопрос возникал на протяжении всей истории в различных географических территориях: в 1776 году в США, в 1791 году во Франции, 1896 году в Лондоне, в 1914 году в СССР и др.

На сегодняшний день, в соответствии с п. 2 ст. 1 Устава ООН, Организация преследует цели «развивать дружественные отношения между нациями на основе уважения принципа равноправия и самоопределения народов, а также принимать другие соответствующие меры для укрепления всеобщего мира».

<sup>6</sup> В качестве примера могут быть рассмотрены существовавшие как Приднестровский конфликт, Карабахский вопросы, возникающие с правовым положением Курильских островов и Южного Сахалина, Грузии, Абхазии и Южной Осетии, Косово.

Заключительный акт ОБСЕ в своем тексте, а именно в Главе VIII о равноправии и праве народов распоряжаться своей судьбой дает следующее разъяснение данного принципа: «Государства-участники будут уважать равноправие и право народов распоряжаться своей судьбой, действуя постоянно в соответствии с целями и принципами Устава ООН и соответствующими нормами международного права, включая те, которые относятся к территориальной целостности государств. Исходя из принципа равноправия и права народов распоряжаться своей судьбой, все народы всегда имеют право в условиях полной свободы определять, когда и как они желают, свой внутренний и внешний политический статус без вмешательства извне и осуществлять по своему усмотрению свое политическое, экономическое, социальное и культурное развитие. Государства-участники подтверждают всеобщее значение уважения и эффективного осуществления равноправия и права народов распоряжаться своей судьбой для развития дружественных отношений между ними, как и между всеми государствами; они напоминают также о важности исключения любой формы нарушения этого принципа».

Кроме прочего, в тексте Устава ООН в ст. 55 говорится о принципах равноправия и возможности самоопределения народов.

Пункт «b» ст. 76 Устава также закрепляет цель, направленную на «содействие политическому, экономическому и социальному прогрессу населения территорий под опекой, его прогрессу в области образования и его прогрессивному развитию в направлении к самоуправлению или независимости, как это может оказаться подходящим для специфических условий каждой территории и ее народов и имея в виду свободно выраженное желание этих народов, и как это может быть предусмотрено условиями каждого соглашения об опеке».

Таким образом, исходя из текста документов, мы видим, что возможность реализации принципа народов на самоопределение закрепляется в различных статьях, что подтверждает особую значимость данного вопроса.

Как показывают многие исторические примеры, при попытке осуществления принципа права народов на самоопределение довольно часто происходило нарушение принципа территориальной целостности, что приводило к возникновению дополнительных конфликтных процессов. Довольно сложно в действительности получается реализовать один принцип, без нанесения ущерба другому. Источником конфликтов может служить и различное понимание и толкование вопросов и самоопределения наций и народов. Неразрывно следуют и сложности при определении



критериев внешнего (право выхода из состава государства) самоопределения и внутреннего (реализация прав по внутреннему самоуправлению). При этом стоит подчеркнуть, что «самоопределение присуще не государству, а народу или национально-государственному образованию, которое реализуется не в межгосударственных отношениях, а в процессе развития данного государства». Таким образом, самоопределение может быть рассмотрено не с точки зрения категории права, а в смысле естественной категории жизнедеятельности в ее историческом формировании.

Заслуживает уточнения следующий немаловажный аспект: текст Декларации четко предусматривает формы дальнейшего возможного самоопределения. А именно «создание суверенного и независимого государства, свободное присоединение к независимому государству или объединение с ним, или установление любого другого политического статуса, свободно определенного народом, являются способами осуществления этим народом права на самоопределение». Таким образом, подтверждается и закрепляется дальнейшее развитие принципа самоопределения народов<sup>7</sup>.

На основании текста Декларации, каждое государство обязано воздерживаться от любых насильственных действий, которые могли бы помешать народам осуществлять их право на самоопределение. Существенным моментом здесь является право народов запрашивать и получать поддержку в соответствии с целями и принципами Устава ООН (при условии, что данные государства не лишаются права на самоопределение путем применения насильственных мер).

Кроме прочего, принцип права на самоопределение народов и наций должен быть рассмотрен с позиции не обязанности, а именно наличия добровольного права народов и наций. В случае самоопределения народа возможно добровольное дальнейшее определение развития и выбора политического и экономического курса формирования, определения внутреннего механизма управления, структуры и аспектов внешней политики<sup>8</sup>.

Также Устав ООН в статьях 55 и 56 закрепляет принцип «сотрудничества», в соответствии с которым государства должны «осуществлять международное сотрудничество в разрешении

международных проблем экономического, социального, культурного и гуманитарного характера», обязаны «поддерживать международный мир и безопасность и с этой целью принимать эффективные коллективные меры». Данные положения стоит рассматривать как дополнительные меры, направленные на поддержание и обеспечение выполнения принципа самоопределения народов и наций: как обязанность государств сотрудничать друг с другом путем добросовестного соблюдения норм международного права, в том числе закрепленных принципов.

В рассматриваемом контексте интересным представляется мнение Е.А. Лукашевой: «межнациональные отношения – одна из жгучих проблем современности. От ее решения в значительной степени зависит сохранение мира на нашей планете, охрана прав и свобод человека и народов... Конец XX столетия выдвинул реальные вопросы, связанные с правом народов на самоопределения, с одной стороны, и с сохранением территориальной целостности и нерушимости границ – с другой; требуют решения проблемы правового положения национальных меньшинств, гармоничного сочетания прав человека и прав народа, правового регулирования межнациональных конфликтов».

Стоит отметить и наличие в современной науке раскола мнений относительно понимания принципа народов на самоопределение, на два противоположных сектора. Так, одни ученые предлагают понимать и уважать принцип права народов и наций на самоопределение. Второй «сектор» рассматривает данный принцип как непосредственную реализацию сепаратизма и национализма.

Также, в свете рассматриваемого принципа, все чаще возникают вопросы относительно возможности оказания материальной помощи со стороны иностранных государств национально-освободительным движениям. Актуален и вопрос о том, что именно может быть рассмотрено в качестве предоставления помощи со стороны иностранного государства в вопросе самоопределения народа? С одной стороны, некоторыми учеными и даже странами здесь понимается только «моральная» поддержка. С другой стороны, высказываются мнения о поддержке в форме материальных средств (финансирование, вооружение и др.). В свете вышесказанного, следует еще раз обратить внимание на прямые указания, содержащиеся в Декларации о предоставлении независимости колониальным странам и народам 1960 года, где указывается, что «всякая попытка, направленная на то, чтобы частично или полностью разрушить национальное единство и территориальную целостность страны, не совместима

<sup>7</sup> В развитие данного вопроса необходимым видится упомянуть о деле о Восточном Тиморе в 1995г., в котором международный суд ООН назвал «безупречным» положение, относительно «права народов на самоопределение, вытекающее из Устава ООН и его практики».

<sup>8</sup> Заключительный Акт ОБСЕ: «Принцип равноправия и право народов распоряжаться своей судьбой».



с целями и принципами Устава Организации Объединенных Наций». Таким образом, национальное самоопределение не должно приводить к разрушению территориальной целостности и национального единства государства.

Интересным является и мнение А. Эйде<sup>9</sup> о том, что право на выход имеют участники федераций и только тогда, если такое право получило закрепление в их конституциях. По его словам, «право на самоопределение, основанное на принципе добровольного объединения, применимо только к союзным республикам, а не к более мелким образованиям, которые могли иметь различные режимы автономии при существовавшем ранее порядке. В остальных случаях вопрос об одностороннем праве на самоопределение является крайне сомнительным. Это право является второстепенным по сравнению с основополагающим принципом территориальной целостности при условии, что государство соблюдает принцип равноправия и самоопределения народов и имеет правительство, в состав которого входят представители всего населения, без каких-либо различий по признаку расы, вероисповедания или цвета кожи. Следует помнить о том, что основа принципа самоопределения заключается в праве населения на участие в управлении государством как образованием. Когда правительство не создает возможностей для участия в этом процессе всех слоев населения и всех народов, то вопрос о праве на самоопределение различных групп населения становится более насущным»<sup>10</sup>.

Данное положение кажется сомнительным и сразу возникает следующий вопрос: разве принцип права народов на самоопределение может быть реализован только тогда, когда со стороны государства не соблюдается принцип самоопределения и равноправия путем «игнорирования» конкретного народа или ограничение его в государственном управлении?

Также остается абсолютно неясным, какие же критерии должны быть использованы при определении действий со стороны государства, направленные на соблюдение принципа равноправия и самоопределения народов и наций.

Или же вопрос о самоопределении народа (вопрос об отделении) имеет право быть в том случае, если конкретное государство не соблюдает принцип самоопределения и равноправия народов и наций?

В сложившихся геополитических условиях соотношение принципов самоопределения народов и наций и принцип территориальной целостности является крайне важным.

Сегодня перед Российской Федерацией остро стоят вопросы относительно рассмотренных выше принципов.

Постоянный представитель Российской Федерации при ООН В. Чуркин, давая оценку референдума в Крыму, призвал не манипулировать отдельными принципами и нормами международного права: «в каждом отдельном случае следует искать правильный баланс между принципами территориальной целостности и права на самоопределение. Понятно, что реализация права на самоопределение в виде отделения от другого государства – это неординарная мера. Применительно к Крыму такой случай, очевидно, возник в результате правового вакуума, появившегося в результате неконституционного насильственного государственного переворота, осуществленного в Киеве национал-радикалами, как и прямых угроз со стороны последних навести “свой порядок” на территории всей Украины».

Из 193 стран, голосовавших по проекту резолюции Генеральной ассамблеи ООН, осудившей действия России в Крыму, 100 делегаций проголосовало «за», остальные 93 либо «против», либо воздержались, либо не голосовали. При беспрецедентном давлении через административный ресурс Запад протасил свою резолюцию с перевесом всего в 8 голосов. Голосование ярко показывает отношение мирового сообщества к России, степень суверенитета стран и делит мир на два лагеря. Запад просчитался, Россия становится центром, объединяющим лагерь «другого мира». Следует отметить, что резолюция Генассамблеи ООН носит рекомендательный характер, а в настоящее время Республика Крым и город Севастополь уже являются субъектами Российской Федерации и не нуждаются ни в каком признании: ни де факто, ни де юре.

<sup>9</sup> Возможные пути и средства мирного и конструктивного решения проблем, связанных с меньшинствами // Второй доклад о проделанной работе, представленный г-ном Асбьерном Эйде., Док ООН E/CN.4/Sib.2/1992/37 цитируется по Черниченко С.В. Принцип самоопределения народов (современная интерпретация) // Московский журнал международного права. 1996. № 4. Ст. 15.

<sup>10</sup> Черниченко С.В. Принцип самоопределения народов (современная интерпретация) // Московский журнал международного права. 1996. № 4. Ст. 16.



**Библиография:**

1. Право Европейского Союза. 4-е издание. Учебник. Углубленный курс. Том 1 / под ред. С.Ю. Кашкина. М., 2013.
2. Право Европейского Союза. 4-е издание. Учебник. Углубленный курс. Том 2 / под ред. С.Ю. Кашкина. М., 2013.
3. Trybus M. European security law. Oxford University Press, 2006.
4. Koutrakos P. EU international relations law, Oxford: Oregon, 2006.

**References:**

1. Pravo Evropeiskogo Soyuz. 4-e izdanie. Uchebnik. Uglublenniy kurs. Tom 1 / pod red. S. Yu. Kashkina. M., 2013.
2. Pravo Evropeiskogo Soyuz. 4-e izdanie. Uchebnik. Uglublenniy kurs. Tom 2 / pod red. S. Yu. Kashkina. M., 2013.
3. Trybus M. European security law. Oxford University Press, 2006.
4. Koutrakos P. EU international relations law, Oxford: Oregon, 2006.

*Материал поступил в редакцию 6 апреля 2014 г.*



# СОБЫТИЯ В ЮРИДИЧЕСКОМ МИРЕ

С.М. Михайлов\*, Н.А. Громошина\*\*

## ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В ТРУДАХ И ДЕЯТЕЛЬНОСТИ М.С. ШАКАРЯН

(итоги работы Международной научно-практической конференции, посвященной памяти и 90-летию со дня рождения доктора юридических наук, профессора Марии Сумбатовны Шакарян)

**Аннотация:** Статья посвящена исследованию современных проблем гражданского судопроизводства, которые являлись предметом обсуждения в рамках состоявшейся 4 апреля 2014 года в Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) международной научно-практической конференции, посвященной памяти и 90-летию со дня рождения доктора юридических наук, профессора Марии Сумбатовны Шакарян: «Проблемы гражданского судопроизводства в трудах и деятельности М.С. Шакарян». Авторами статьи освещен вклад профессора М.С. Шакарян в развитие современной процессуальной доктрины и законодательства, проанализированы выступления участников конференции, вызвавшие наиболее оживленные дискуссии. При подготовке статьи авторами использовались исторический, сравнительно-правовой, формально-юридический методы, а также метод анализа и синтеза. Широта научных взглядов и участие профессора М.С. Шакарян в законотворческой работе позволяют заключить, что теоретические и практические проблемы гражданского судопроизводства, которые входили в сферу ее научных интересов, не утратили своей актуальности в настоящее время, получили развитие как в трудах известных ученых-процессуалистов, так и в работах начинающих авторов.

**Ключевые слова:** профессор М.С. Шакарян, гражданское судопроизводство, арбитражный процесс, гражданская процессуальная форма, принципы гражданского судопроизводства, субъекты гражданского процесса, доказательственное право, пересмотр судебных постановлений, административное судопроизводство, единство процесса.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11889

© Михайлов Сергей Михайлович

\* Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и административного судопроизводства, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[mikhas\_s@mail.ru]

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

© Громошина Наталья Андреевна

\*\* Доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского и административного судопроизводства, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[Nataligrom@rambler.ru]

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



4 апреля 2014 года в рамках Московского юридического форума состоялась Международная научно-практическая конференция, посвященная памяти и 90-летию со дня рождения доктора юридических наук, профессора Марии Сумбатовны Шакарян: «Проблемы гражданского судопроизводства в трудах и деятельности М.С. Шакарян». Работа конференции была организована кафедрой гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Научное мероприятие являло собой дань уважения выдающемуся ученому-процессуалисту. Мария Сумбатовна Шакарян руководила кафедрой гражданского процесса ВЮЗИ-МЮИ-МГЮА на протяжении более чем тридцати лет. Ею были опубликованы более 140 работ, в том числе монографии, учебные пособия, статьи. Как вузовский педагог и заведующая кафедрой профессор М. С. Шакарян значительное внимание уделяла подготовке и изданию учебников и учебных пособий по гражданскому и арбитражному процессам, а также научно-практических комментариев к ГПК РФ и АПК РФ. Существенен вклад профессора М.С. Шакарян в разработку гражданского процессуального законодательства. В 1962–1964 годах она была членом рабочей группы Президиума Верховного Совета СССР по координации работы над ГПК всех союзных республик и руководителем подгруппы по пересмотру судебных постановлений. С мая 1993 года по 2002 год – членом рабочей группы по подготовке ГПК РФ, принятого в ноябре 2002 года и вступившего в силу с 1 февраля 2003 года. За эту работу М.С. Шакарян была награждена высшей юридической премией «Фемида», а за вклад в правовое просвещение и образование, развитие юридической науки и практики – дипломом журнала «Российская юстиция».

В конференции приняли участие представители большинства ведущих юридических вузов и факультетов страны (юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Института государства и права Российской академии наук, юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Саратовской государственной юридической академии, юридического факультета Государственного университета по землеустройству, Российской академии правосудия, юридического факультета Воронежского государственного университета, Российской правовой академии Минюста России, юридического факультета Сибирского федерального университета, юридического факультета Самарского

государственного университета, юридического факультета имени М.М. Сперанского Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, юридического факультета Тверского государственного университета и др.) и ближнего зарубежья (юридического факультета Таджикского национального университета).

Среди участников конференции были как известные ученые-процессуалисты: А.Т. Боннер, Е.А. Борисова, Н.А. Громошина, В.М. Жуйков, Е.В. Кудрявцева, В.А. Мусин, Е.И. Носырева, Е.А. Трещева, Г.Д. Улетова, М.А. Фокина и др., так и молодые научные кадры: Е.А. Нахова, С.Ж. Соловых, А.С. Федина, М.З. Шварц, О.Н. Шеменова и др., а также практические работники, соискатели, аспиранты и магистранты.

Работой конференции руководила заведующая кафедрой гражданского и административного судопроизводства Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор Н.А. Громошина.

С приветственным словом к участникам конференции обратился ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор В.В. Блажеев. С приветствиями и краткими научными сообщениями выступили также: заведующий кафедрой гражданского процесса юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, член-корреспондент РАН доктор юридических наук, профессор В.А. Мусин, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) А.Т. Боннер.

Проблематика докладов была обусловлена научными интересами докладчиков, связана с темой конференции и касалась актуальных проблем цивилистического процесса: процессуальной формы осуществления правосудия, принципов гражданского процессуального права, субъектов гражданского процесса, доказательственного права и др. Широта научных взглядов и участие профессора М.С. Шакарян в законотворческой работе позволила докладчикам затронуть в своих выступлениях те проблемы, которые получили отражение в ее трудах и деятельности.

Выступления доктора юридических наук, профессора кафедры гражданского процесса юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова Е.В. Кудрявцевой, заведующей кафедрой гражданского права, гражданского и арбитражного процесса юридического факультета Государственного университета по землеустройству, доктора юридических наук, профессора Г.Д. Улетовой и кандидата юридических наук, доцента кафедры гражданского процесса и правоохранительной деятельности



юридического факультета Тверского государственного университета А.С. Феединой касались проблем, которые М.С. Шакарян освещала в своих работах: принципов гражданского процессуального права, лиц, участвующих в деле.

Вопросам процессуальной формы и единства процесса были посвящены научные доклады заведующей кафедрой гражданского и административного судопроизводства Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктора юридических наук, профессора, Н.А. Громошиной и кандидата юридических наук, доцента кафедры гражданского процессуального и предпринимательского права юридического факультета Самарского государственного университета Е.В. Михайловой.

Заведующая кафедрой гражданского процессуального и предпринимательского права юридического факультета Самарского государственного университета, доктор юридических наук, профессор Е.А. Трещева затронула в своем выступлении вопрос о развитии концепции статуса субъектов гражданского процесса.

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса юридического факультета Санкт-Петербургского университета М.З. Шварц в своем научном сообщении поставил вопрос о том, есть ли у эксперта имущественный иммунитет от некачественного выполнения судебной экспертизы.

На конференции с научными докладами также выступили: заведующая кафедрой теоретических и публично-правовых дисциплин Института экономики и права (филиал в г. Севастополе) Академии труда и социальных отношений Е.Д. Митяй, доцент кафедры судебного права и прокурорского надзора Таджикского национального университета Х.М. Гафуров, ассистент кафедры гражданского процесса Юридического института Сибирского федерального университета М.Я. Любченко, соискатель Института философии и права Сибирского отделения РАН М.А. Роголева.

Формат конференции предполагал не только выступления ее участников с сообщениями и их ответы на поставленные вопросы, но и свободную дискуссию по затронутым проблемам.

Так, довольно острая дискуссия развернулась при обсуждении вопросов, поднятых в выступлении доцента Е.В. Михайловой. Ее утверждение о том, что критерием разграничения гражданского и арбитражного судопроизводства на виды является соотношение правового статуса субъектов материального правоотношения, рассматриваемого судом, вызвало немало возражений.

Во-первых, нельзя согласиться с утверждением о существовании арбитражного судопроизводства. Конституционные положения дают

основание выделять в качестве одной из форм осуществления правосудия только гражданское судопроизводство, но никак не арбитражное. В доктрине после многолетней дискуссии ученые-процессуалисты пришли к устойчивой точке зрения о том, что гражданское судопроизводство включает в себя гражданский и арбитражный процессы, поэтому корректно выделять гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное законодательство, но не утверждать при этом о существовании арбитражного судопроизводства. Именно в рамках этой тенденции и обозначенных подходов можно наблюдать происходящие в настоящее время изменения в законодательстве. Речь идет, конечно же, об объединении высших судов РФ, внесению изменений в Конституцию РФ, АПК РФ.

Во-вторых, серьезные возражения вызывает предложенный Е.В. Михайловой критерий разграничения видов гражданского и арбитражного процессов. Так, нельзя не заметить, что АПК РФ вполне корректно в своей структуре вообще не обозначает особого производства, а имеет раздел «Особенности производства в арбитражном суде по отдельным категориям дел». Кроме того, «соотношение правового статуса субъектов» воспринимается как весьма расплывчатый термин, за которым, по сути дела, даже по мнению автора предложения, стоит иное: равенство или неравенство правового статуса участников рассматриваемого судом правоотношения. Но в этом случае ничего нового не предлагается. Просто на смену выражениям «властеотношения или отношения равнопоставленных субъектов» приходит другое, с весьма неясным содержанием – «соотношение правового статуса».

С неподдельным интересом выслушали участники конференции выступление коллеги из Крыма – заведующей кафедрой теоретических и публично-правовых дисциплин Института экономики и права (филиал в г. Севастополе) Академии труда и социальных отношений Е.Д. Митяй. Хотя в ее сообщении было поднято немного теоретических проблем процессуального свойства, внимание слушателей привлекло иное. А именно, такое направление судебной практики общих судов Украины по применению законодательства при рассмотрении дел по искам банков о взыскании с граждан задолженностей по кредитам, которое привело фактически к тому, что третья часть граждан Украины стали должниками с суммами задолженностей в сотни тысяч евро при взятом кредите в десятки тысяч евро. При этом Е.Д. Митяй отметила, что направление судебной практики хозяйственных судов Украины по аналогичным делам было совсем иным.



На этом примере можно сделать вывод о влиянии судопроизводства на социальную и политическую стабильность в обществе.

Внимание всех участников конференции, а особенно гостей, привлекло выступление заведующей кафедрой гражданского и административного судопроизводства Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Н.А. Громошиной, в котором прозвучало объяснение и обоснование переименования кафедры гражданского процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) в кафедру гражданского и административного судопроизводства.

Принятие в первом чтении Проекта Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, которым вводится самостоятельное, автономное от ГПК РФ регулирование порядка производства по делам, рассматриваемым в настоящее время по правилам, определяемым нормами ГПК РФ в подразделе III «Производство по делам, возникающим из публичных правоотношений», потребовало вернуться к вопросу о предмете гражданского процессуального права. Опираясь на высказанную еще более десяти лет назад профессором М.С. Шакарян идею о единстве гражданского процесса, в

котором получают защиту граждане и другие субъекты права независимо от того, из каких материальных правоотношений (гражданских, трудовых, земельных, финансовых и т.д.) возник спор, был сформулирован вывод о необходимости различать административное судопроизводство и административный процесс.

Административное судопроизводство представляет собой административную юстицию, т.е. рассмотрение судами дел, возникающих из публичных правоотношений, а административный процесс есть производство по делам об административных правонарушениях, причем не только в судах.

С учетом такого размежевания в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) произошло еще одно переименование: кафедра административного права стала называться кафедрой административного права и процесса.

В рамках конференции состоялось также торжественное открытие памятной аудитории, посвященной доктору юридических наук, профессору М.С. Шакарян, прошла презентация ее «Избранных трудов»<sup>1</sup>.

По итогам работы конференции планируется к изданию сборник материалов.

#### Библиография:

1. Шакарян М.С. Избранные труды. СПб.: Издательский Дом Р. Асланова «Юридический центр», 2014.

#### References:

1. Shakaryan M.S. Izbrannye trudy. SPb.: Izdatel'skii Dom R. Aslanova "Yuridicheskii tsentr", 2014.

*Материал поступил в редакцию 16 апреля 2014 г.*

<sup>1</sup> Шакарян М.С. Избранные труды. СПб.: Издательский дом Р. Асланова «Юридический центр», 2014.



Т.Ю. Орешкина\*

## РАБОТА СЕКЦИИ УГОЛОВНОГО ПРАВА И КРИМИНОЛОГИИ НА VI КУТАФИНСКИХ ЧТЕНИЯХ

**Аннотация:** Статья посвящена заседанию секции уголовного права и криминологии, состоявшемуся 3 апреля 2014 года в рамках проведения VI Кутафинских чтений в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА). В статье характеризуются основные положения выступлений участников заседания секции уголовного права и криминологии. Тематика докладов: предупреждение преступности, активизация роли общественных объединений в противодействии правонарушениям, классические проблемы, традиционно исследуемые в теории уголовного права (проблема причинной связи, вина в уголовном праве), некоторые исторические аспекты, анализ новелл уголовного законодательства, предложения по изменению норм УК РФ, международный опыт борьбы с преступностью, законодательное закрепление уголовного проступка. В статье приводятся основные положения докладов, а также направления дискуссии, возникавшей при их обсуждении. Итоги работы секции были подведены профессором А.И. Рарогом. Обсуждались проблемы несовершенства положений действующего УК РФ, позиции участников конференции далеко не всегда совпадали. Так, одни докладчики отмечали недостаточную криминализацию деяний, например, была высказана позиция о необходимости уточнения и расширения круга преступлений, посягающих на информационную безопасность как объект уголовно-правовой охраны. Другие же выступавшие отмечали избыточность криминализации деяний. Решение этой проблемы предлагалось не только в русле декриминализации деяний, но и при реализации идеи законодательного закрепления уголовного проступка, что позволило бы существенно пересмотреть отношение законодателя к преступлениям небольшой тяжести. Во многих докладах звучал обоснованный вывод о противоречивости изменений, вносимых в Уголовный кодекс РФ, которые привели к нарушению его системности. Высказанные мнения о путях преодоления кризиса уголовного закона были различными по своей направленности и варьировались следующим образом: необходимо принятие нового УК; целесообразно создание сначала научной модели нового УК; желательно осуществить системное совершенствование положений действующего УК путем принятия его новой редакции.

**Ключевые слова:** предупреждение преступности, новеллы уголовного законодательства, борьба с терроризмом, пожизненное лишение свободы, вина, условно-досрочное освобождение, уголовный проступок, совершенствование уголовного законодательства, причинная связь, теоретические проблемы.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11966

В рамках проведения VI Кутафинских чтений 03 апреля 2014 года состоялось заседание секции уголовного права и криминологии. Руководители секции: доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Владимир Евгеньевич Эминов и доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Алексей Иванович Рарог.

В заседании участвовали научные и практические работники, преподаватели МГЮА и

других вузов, среди них были представители разных регионов России (из Европейской части России, Сибири, Дальнего Востока), а также из Республики Абхазия. В работе секции принял участие депутат ГД Федерального Собрания РФ, к.ю.н., доцент Н.И. Макаров. С докладами выступили 13 человек (4 по криминологической проблематике и 9 по уголовно-правовой).

Активное участие в работе секции приняли преподаватели МГЮА. С докладами выступили доц. Е.А. Антонян, проф. Г.В. Дашков, проф. С.М. Кочои, проф. Э.Н. Жевлаков, проф. А.И. Рарог, доц. З.Б. Соктоев.

© Орешкина Татьяна Юрьевна

\* Кандидат юридических наук, профессор кафедры уголовного права, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) [oreshkina-t@yandex.ru]

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



Первым свой доклад на тему «Криминологические вопросы обеспечения конституционных прав общественных объединений по противодействию правонарушениям» представил доктор юридических наук, профессор кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права Университета имени О.Е. Кутафина Геннадий Владимирович Дашков. Выступавшим было подчеркнуто, что практическая реализация положений ч. 1 ст. 30 Конституции Российской Федерации о праве граждан на объединение вряд ли возможна без решения проблемы преодоления социальной пассивности. Вместе с тем и в криминологии, и в уголовном праве, и в конституционном праве эта проблема оказалась за пределами соответствующих научных исследований и разработок. Докладчик определил основные криминологические составляющие социальной пассивности граждан и общественных объединений и наметил ряд направлений по активизации их деятельности в области борьбы с преступностью.

С докладом на тему «Предупреждение рецидивной преступности при исполнении наказаний» выступила кандидат юридических наук, доцент кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права Университета имени О.Е. Кутафина Елена Александровна Антонян. Основное внимание выступавшая уделила предупреждению преступности лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы. В докладе была отмечена необходимость повышения роли личности осужденного в исправительном процессе, что потребует максимального учета особенностей социально-демографических, уголовно-правовых, уголовно-исполнительных, психологических факторов, обуславливающих совершение преступлений. Серьезную роль в предупреждении рецидивной преступности призвана сыграть нейтрализация последствий тюремной субкультуры, для чего докладчиком, в частности, было предложено снять непродуманные и необоснованные запреты и ограничения, вызывающие протесты осужденных и их озлобление. Для стимулирования совершения осужденными социально полезных действий предложена корректировка системы мер поощрения и взыскания. В деятельности исправительных учреждений приоритетным должно стать особое внимание к социальной адаптации осужденных, полезным является более широкое привлечение специалистов в области психологии, постоянное проведение грамотной воспитательной работы. В докладе также был сделан вывод о желательности последовательного учета социально одобряемого поведения осужденного в период отбывания им лишения свободы при решении вопроса о предоставлении ему условно-досрочного освобождения от дальнейшего отбывания наказания.

Кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник Академии Генеральной прокуратуры РФ Сергей Иванович Винокуров посвятил свой доклад предупреждению преступности в России. Выступавший высказал ряд соображений о возможных новых подходах к данной актуальной проблеме, о путях повышения эффективности деятельности по предупреждению преступности.

Доктор юридических наук, профессор Александр Петрович Кузнецов (Нижегородский институт менеджмента и бизнеса) посвятил свое выступление анализу некоторых новелл уголовного законодательства. Главным недостатком новых положений закона докладчик признал отсутствие необходимой системности и последовательности, недостаточную согласованность с положениями, закрепленными в Конституции РФ. Так, введение ст. 286<sup>1</sup> УК РФ, предусматривающей уголовную ответственность за неисполнение сотрудником органа внутренних дел приказа, оценено докладчиком критически, поскольку возникает вопрос: «Почему законодателем в нарушение принципа равенства выделена именно эта категория субъектов?». Коллизионной докладчик признал и ст. 145<sup>1</sup> УК РФ, отметив целесообразность приведения этой статьи УК РФ в соответствие с положениями, закрепленными в Конституции РФ и Трудовом кодексе РФ.

Выступавшие в дискуссии после данного доклада участники конференции высказали и иную позицию относительно положений ст. 286<sup>1</sup> УК РФ, признав, что к специальному субъекту законом могут быть предъявлены особые требования, которые не применяются к иным группам лиц, что не нарушает конституционного принципа равенства всех лиц перед законом и судом.

Ряд докладчиков сосредоточил внимание на классических темах, традиционно исследуемых в теории уголовного права, которые вместе с тем имеют и серьезное практическое значение. Так, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Зорикто Борисович Соктоев в докладе «От понятия причинной связи к уголовно-правовой теории причинности» на основе изучения философской и уголовно-правовой литературы и анализа судебной практики предложил авторское понятие причинной связи. Следует отметить, что эта проблема анализировалась в уголовно-правовых публикациях на протяжении многих десятилетий. При этом авторами, как правило, подчеркивалась философская основа учения о причинной связи в уголовном праве, показывалось ее значение в качестве признака объективной стороны преступлений с материальными составами,



анализировались критерии причинной связи, показывались ошибки в правоприменении, связанные с неверным установлением причинной связи. Однако докладчик высказал мысль о самостоятельности юридической характеристики причинной связи. С учетом выявленных им различий между обыденным, философским и конкретно-научным пониманием причинности выступавший попытался доказать, что уголовное право путем дополнительной, специальной модификации создает собственное учение о феномене юридически значимой причинной связи.

Проблеме вины, которая постоянно привлекает внимание специалистов в области уголовного права, посвятила свой доклад «Вина в уголовном праве в свете конституционного принципа законности» кандидат юридических наук, профессор Финансового университета при Правительстве Российской Федерации Ирина Олеговна Стрюкова. В докладе был проведен анализ содержания интеллектуального и волевого элементов умысла и неосторожности. Присоединившись к распространенному в доктрине выводу<sup>1</sup>, согласно которому виды вины законодателем сформулированы с учетом специфики материальных составов, И.О. Стрюкова высказала мнение о том, что в формальных составах вид умысла выделять не следует. Отметим, что такое мнение уже ранее высказывалось в специальной литературе. Данное выступление вызвало полемику. Так, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Алексей Иванович Рарог, задав несколько вопросов докладчику, аргументировал несостоятельность такого вывода. А.И. Рарог также затронул вопрос об ошибочности позиции тех авторов, которые в неосторожных преступлениях, выражающихся в нарушении специальных правил, повлекших определенные последствия, выделяют две формы вины и признают, что правила нарушаются виновными умышленно, а отношение к последствиям характеризуется неосторожностью. Однако отношение к деянию в подобных составах не может рассматриваться как умышленное, поскольку само нарушение правил уголовной ответственности не влечет.

Депутат Государственной Думы Федерального Собрания РФ, кандидат юридических наук, доцент Николай Иванович Макаров посвятил свое выступление предлагаемой в настоящее время новелле уголовного законодательства – пожизненному лишению свободы без права на условно-досрочное освобождение, которое докладчик полагает

целесообразным ввести за наиболее опасные преступления, посягающие на жизнь. В числе таких преступлений были названы убийство двух или более лиц (п. «а» ч. 2 ст. 105 УК РФ) и посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля (ст. 277 УК РФ). Докладчик аргументировал предлагаемое изменение уголовного закона тем, что через некоторое время на свободу смогут выйти лица, осужденные к пожизненному лишению свободы за особо тяжкие преступления против жизни и отбывшие двадцать пять лет, которые могут все еще представлять особую общественную опасность.

Данное выступление вызвало серьезную дискуссию. Так, участниками конференции было высказано мнение о том, что предложение о введении такого исключения возможности условно-досрочного освобождения за посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля сомнительно и, во всяком случае, нуждается в дополнительной аргументации. Участвовавшими в дискуссии было отмечено, что необходимо также уточнить, в какие статьи УК РФ предлагается внести изменения: ст. 44 УК РФ или ст. 79 УК РФ. При этом был сделан вывод о том, что нецелесообразно дополнять систему наказаний разновидностью пожизненного лишения свободы без права на условно-досрочное освобождение, как это прозвучало в докладе, логичнее задуматься об изменениях, вносимых в ч. 5 ст. 79 УК РФ.

Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина Татьяна Петровна Суспицына, в ходе дискуссии высказала суждение о желательности внесения уточнений в ч. 5 ст. 79 УК РФ по поводу того, что считать неотбытой частью срока наказания для лиц, условно-досрочно освобожденных от пожизненного лишения свободы, поскольку ситуация в отношении этой категории лиц является особой, а неотбытая часть срока наказания означает – до наступления смерти.

Доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина Самвел Мамадович Кочои в докладе «Борьба с терроризмом в Европейском Союзе» остановился на рассмотрении правовой основы антитеррористической политики Европейского Союза, которую составляет Рамочное решение Совета ЕС «О борьбе с терроризмом» от 13 июня 2002 г. Указанный документ содержит определение террористического преступления, которое обеспечивает большее единообразие в национальном законодательстве государств, формулирует понятие террористической группы, выделяет также «преступления, связанные с террористической деятельностью» (ст. 3). Документ не обходит стороной вопрос об ответственности юридиче-

<sup>1</sup> Рарог А.И. Субъективная сторона и квалификация преступлений. М.: ООО «Профобразование», 2001. – С. 48.



ских лиц, требуя от государств, его подписавших, принятия необходимых мер к тому, чтобы юридические лица могли быть привлечены к ответственности. Для такого привлечения достаточно факта совершения преступления в пользу юридического лица. При этом санкции к юридическим лицам, признанным ответственными за совершение таких преступлений, должны быть эффективными, включающими как уголовно-правовые, так и иные меры.

Ценность, по мнению докладчика, представляют также нормы, гарантирующие соблюдение в ходе борьбы с терроризмом основных прав и свобод граждан государств, его подписавших: права на уважение частной и семейной жизни, права на забастовку, свободу слова, собраний, объединений или выражения мнений.

Гармонизации уголовного права России и зарубежных стран в условиях международной интеграции посвятила свой доклад кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин Уральского института – филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ Софья Игоревна Вейберт.

Кандидат юридических наук, доцент Евгения Викторовна Рогова (Академия управления МВД России) в своем выступлении привела аргументы в пользу реализации идеи законодательного закрепления уголовного проступка. Это могло бы способствовать существенной либерализации положений уголовного закона при выделении из категории преступлений небольшой тяжести деяний, признаваемых уголовными проступками, и смягчении ответственности за них.

Доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина **Эдуард Николаевич Жевлаков** в своем докладе отметил необходимость более последовательного изучения прежнего отечественного опыта борьбы с отклоняющимся поведением. Так, забытой исследователями страной стал период функционирования в СССР лечебно-трудовых профилакториев, деятельность которых была направлена на излечение и социализацию лиц, страдающих алкоголизмом.

Вопросам информационной безопасности как объекту уголовно-правовой охраны посвя-

тила свой доклад кандидат юридических наук, доцент Мария Александровна Ефремова (Ульяновский государственный университет). Были предложены пути систематизации и совершенствования норм УК РФ, объектом которых является информационная безопасность.

Можно сделать общий вывод о том, что в докладах и в ходе дискуссии затрагивались разные проблемы, в том числе новые подходы к предупреждению преступности в России, совершенствование уголовного законодательства, борьба с терроризмом в Европейском Союзе, законодательное закрепление уголовного проступка и т. д.

Итоги работы секции подвел доктор юридических наук, профессор Алексей Иванович Рарог. Основное внимание он обратил на обсуждение проблем несовершенства положений действующего УК РФ, отметив, что позиции участников конференции далеко не всегда совпадали. Так, одни докладчики отмечали недостаточную криминализацию деяний, например, была высказана позиция о необходимости уточнения и расширения круга преступлений, посягающих на информационную безопасность как объект уголовно-правовой охраны. Другие же выступавшие отмечали избыточность криминализации деяний. Решение этой проблемы предлагалось не только в русле декриминализации деяний, но и при реализации идеи законодательного закрепления уголовного проступка, что позволило бы существенно пересмотреть отношение законодателя к преступлениям небольшой тяжести. Во многих докладах звучал обоснованный вывод о противоречивости изменений, вносимых в Уголовный кодекс РФ, которые привели к нарушению его системности. Однако при этом высказанные мнения о путях преодоления кризиса уголовного закона были различными по своей направленности и варьировались следующим образом: необходимо принятие нового УК; целесообразно создание сначала научной модели нового УК; желательно осуществить системное совершенствование положений действующего УК путем принятия его новой редакции. Последнее направление, по мнению А.И. Рарога, в настоящее время является наиболее обоснованным.

#### Библиография:

1. Рарог А.И. Субъективная сторона и квалификация преступлений. – М.: ООО «Профобразование», 2001. – С. 133.

#### References:

1. Rarog A.I. Sub"ektivnaya storona i kvalifikatsiya prestuplenii. – М.: ООО "Profobrazovanie", 2001. – S. 133.



С.Ю. Макаров\*

## РАБОТА СЕКЦИИ АДВОКАТУРЫ И НОТАРИАТА НА VI КУТАФИНСКИХ ЧТЕНИЯХ

**Аннотация:** Данная статья посвящена работе секции адвокатуры и нотариата в рамках Кутафинских чтений 3 апреля 2014 года. Работа секции представляла собой проведение круглого стола, посвященного актуальным вопросам адвокатуры и нотариата. Участниками работы секции стали как теоретики, так и практики адвокатуры, а также нотариата. Среди участников были представители профессорско-преподавательского состава, выступившие с докладами по различным проблемным аспектам современного состояния адвокатуры, а также по вопросам истории адвокатуры, аспиранты и соискатели, обозначившие свои исследования в свете тем диссертационных исследований, практикующие адвокаты и помощники нотариусов. В статье приведены основные положения выступлений участников круглого стола, а также вопросы, обращенные к некоторым выступавшим в порядке дискуссии. Широта спектра проблем, поднятых в выступлениях участников работы секции, позволила затронуть такие вопросы, в частности, как финансовые результаты адвокатской деятельности, участие адвокатов в системе оказания бесплатной юридической помощи, профессиональное усовершенствование адвокатов, а также история адвокатуры в Древнем Риме, Франции и России, и отдельные аспекты адвокатской практики (гарантии независимости адвоката в уголовном процессе, новеллы Кодекса профессиональной этики адвоката, теории выбора дел, правовое положение стажеров и помощников адвоката, оказание адвокатами помощи детям-инвалидам). Кроме того, был представлен обзор современных изменений правового регулирования нотариальной деятельности.

**Ключевые слова:** адвокат, гонорар, профессиональное усовершенствование адвокатов, адвокатура и магистратура, сословие адвокатов, стажеры и помощники, независимость адвоката, бесплатная юридическая помощь, теории принятия поручений, нотариус.

**DOI:** 10.7256/1994-1471.2014.6.11996

3 апреля 2014 года в рамках проведения VI Кутафинских чтений состоялся круглый стол, посвященный актуальным вопросам адвокатуры и нотариата. Руководителем работы секции выступил Ю.С. Пилипенко, первый вице-президент Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор кафедры адвокатуры и нотариата Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заместителем руководителя секции выступил О.В. Поспелов, кандидат юридических наук, доцент кафедры адвокатуры и нотариата Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Организатором работы секции и соведущим выступила С.И. Володина, кандидат юридических наук, зам. зав. кафедры адвокатуры и нотариата, директор Института адвокатуры Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), вице-президент Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации.

В начале работы секции слово взял Ю.С. Пилипенко с выступлением на тему «Вознаграждение адвоката и справедливость». Его выступление получилось весьма интересным и разноплановым. Он привел разнообразные статистические данные, в частности – данные по повышению зарплаты и увеличению размера социального пакета в госструктурах (в частности в Правительстве Российской Федерации) – и предложил соотнести это с доходами адвокатов, в свете того, что адвокатура ратует за точное выполнение государством предусмотренных действующим законодательством России финансовых обязательств перед адвокатами.

Также Ю.С. Пилипенко привел весьма интересные данные по современному финансовому состоянию европейской адвокатуры. Так, он отметил, что в среднем по Германии адвокаты зарабатывают (до налогообложения) 60 000 евро в год в восточной части страны и 80 000

© Макаров Сергей Юрьевич

\* Кандидат юридических наук, доцент кафедры адвокатуры и нотариата, Московская государственная юридическая академия имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
[makarov.msal@gmail.com]

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



евро в год в западной части страны. При этом судьи и прокуроры в Германии получают по 3000 евро в месяц; чтобы адвокат получал те же 3000 евро в месяц, ему, с учетом всех предусмотренных отчислений, каждый день нужно выставлять счета на 1000 евро. Он привел также факты того, что в Германии некоторые адвокаты вынуждены подрабатывать водителями такси, чтобы содержать семьи. На основании сопоставления этих данных он сделал совершенно обоснованный вывод о том, что российские адвокаты находятся не в самом худшем положении по сравнению со своими коллегами из некоторых зарубежных стран.

Также Ю.С. Пилипенко коснулся темы о «гонораре успеха», отметив роль Конституционного Суда России в отвержении этого института, но подчеркнув, что в последнее время Высший Арбитражный Суд России стал предлагать судам при определении взыскиваемого размера гонорара учитывать знание адвокатом научной доктрины и международной практики. По его мнению, главная цель обсуждения – необходимость постараться обозначить, что есть такая проблема, с тем чтобы прийти к ее решению.

Последовал вопрос Г.И. Сибирцева, преподавателя, аспиранта кафедры организации судебной власти и правоохранительной деятельности Воронежского государственного университета, о том, что гонорар успеха закреплен в Кодексе профессиональной этики адвоката нерешительно, только в отношении дел имущественного характера, и в связи с этим – насколько гонорар успеха обоснован, с учетом того, что международные документы запрещают его. Ю.С. Пилипенко в ответ отметил, что в Германии и Швейцарии адвокатуры международного уровня нет, а вот в странах англосаксонской системы права адвокаты в полной мере используют гонорар успеха как форму оплаты адвокатской помощи.

С.Г. Смирнов, адвокат, аспирант кафедры предпринимательского права Финансового университета при Правительстве Российской Федерации, задал вопросы – имеют ли адвокаты право объединять свои базы клиентов, и как это влияет на адвокатскую тайну, и стоит ли ограничивать только адвокатами представительство в суде. Ю.С. Пилипенко в ответ отметил, что возможное объединение адвокатами баз информации о клиентах крайне плохо влияет на сохранение адвокатской тайны, и вследствие этого такое объединение нежелательно. В отношении представительства он отметил, что, по его мнению, гражданам и другим физическим лицам бесспорно должно быть сохранено право самостоятельно защищать свои интересы, либо обращаться за представительством к адвока-

там, а юридические лица должны быть обязаны обращаться к адвокатам.

Далее Л.Н. Бардин, кандидат юридических наук, доцент, член Совета Адвокатской палаты г. Москвы, доцент кафедры судебной власти и организации правосудия Факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», выступил с докладом на тему «Оказание адвокатами бесплатной юридической помощи». Он отметил, что несмотря на вступление с 15 января 2012 года в силу соответствующего Федерального закона № 324-ФЗ до сих пор отсутствует порядок его реализации, что нередко влечет своеобразный, по выражению докладчика, «потребительский экстремизм» граждан, обращающихся за помощью к адвокатам.

Также Л.Н. Бардин охарактеризовал изменение политики Правительства Москвы (в свете Постановления Правительства Москвы от 15.10.2013 г.), ранее предусматривавшего для адвокатских образований, 30 % юрпомощи которых оказывалось бесплатно, льгот по оплате арендной платы. Выход он видит в том, что адвокатам нет никакой пользы участвовать в государственной системе бесплатной юридической помощи, а лучше всего участвовать в негосударственных центрах, так как участники этой системы могут получать льготы как некоммерческие организации. Кроме того, он отметил, что осуществление этой деятельности возможно на базе организаций образования, которые могут предоставлять площадку. Консультационную деятельность при этом будут осуществлять студенты юрклиник, а судебное представительство будут осуществлять адвокаты.

Следующим докладчиком стал Ч.Б. Далецкий, профессор кафедры адвокатуры и нотариата Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор философских наук, профессор, выступивший с докладом на тему «Значение риторики», в котором он подробно охарактеризовал роль преподавания риторики в подготовке практикующих юристов, и важное значение учебного курса риторики на 72 часа. В своем докладе он совершенно справедливо отметил заслугу С.И. Володиной, обеспечившей сохранение преподавания в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) риторики как учебного предмета. Также Ч.Б. Далецкий отметил отсутствие у студентов чувства стиля, и в связи с этим высказал довод об актуальности лозунга «Культура в опасности»; в свете этого он также подчеркнул важность курса культурологии для подготовки адвокатов.

Далее выступил В.В. Раудин, адвокат, аспирант кафедры адвокатуры и нотариата Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), с докладом на тему «Изменение правил адвокатской



профессии: новеллы Кодекса профессиональной этики адвоката и практика их применения». Он отметил такое важное изменение, что теперь адвокатам разрешено вести адвокатскую практику вне рамок адвокатуры – в сфере медиация, в третейских судах. Кроме того, он отметил существование модели «АО+ООО» (когда партнеры адвокатского бюро или реже учредители коллегии адвокатов становятся учредителями ООО с тем же названием, располагающегося по тому же адресу). При этом он подчеркнул, что устранен запрет на управление имуществом доверителя.

В контексте взаимодействия с доверителем В.В. Раудин отметил необходимость запретить адвокатам обещать давать доверителю гарантии и важность получения письменного разрешения доверителя разглашать сведения. Также он указал, что появилась обязанность адвоката отвечать на требование доверителя сообщать ему информацию.

В сфере денежных взаимоотношений с доверителем он указал, что разрешено получение аванса, но по-прежнему запрещена передача имущества. Также он подчеркнул, что в предыдущей редакции Кодекса профессиональной этики адвоката содержался запрет на переуступку адвокатом требования к доверителю.

Следующим докладчиком стала М.В. Глухова, адвокат Московской областной коллегии адвокатов, кандидат экономических наук – она выступила с докладом на тему «Особенности работы адвоката в рамках оказания юридической помощи отдельным категориям населения». Основное внимание она сосредоточила на особенностях оказания адвокатами помощи в такой важной сфере, как помощь детям-инвалидам, и отметила, что нужно расширить перечень прав, на которые может рассчитывать ребенок-инвалид. Среди прочих проблем, возникающих в связи с оказанием адвокатом соответствующей помощи, М.В. Глухова отметила коллизию взаимоотношений адвокатских палат, если адвокат хочет оказать бесплатную юридическую помощь детям из другого субъекта России.

Далее выступил В.Н. Ивакин, доцент кафедры адвокатуры и нотариата Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, доцент, с докладом на тему «Формирование адвокатуры в Западной Европе». Его доклад представлял собой историко-правовое исследование истории адвокатуры в Европе на примере возникновения, становления и развития адвокатуры во Франции. Он отметил, что отправной точкой его интереса к истории адвокатуры стало то, что заявленный им в диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук тезис о том, что

представитель не является помощником правосудия, вызвал критику со стороны многих теоретиков.

В.Н. Ивакин подчеркнул, что оседлость парижского парламента, установившаяся в 1302 г., привела к тому, что практиковавшие при нем адвокаты по примеру Древнего Рима создали сословие (*ordo*), назвав его так в противовес цехам. Адвокатура во Франции не создавалась королем, а возникла сама. Клятва вести только правые дела была предусмотрена по подобию римской клятвы; впервые требовалась в п. 1 ордонанса 1272 г. Впоследствии текст присяги был расширен.

Также В.Н. Ивакин указал на встречающееся смешение понятий «гонорар успеха» и «*rustum quota litis*» – последнее является запретом на получение части присужденного имущества; он подчеркнул, что в некоторых странах Европы (Германия, Голландия) нашли выход в введении бонусной системы.

В XIV веке появилось 2-е условие – внесение в список. Далее был введен экзамен, но предусматривалась возможность замены его сбором сведений, а образование проверялось наличием диплома лицензиата прав; специального квалификационного экзамена не было. Формально требование обязательного наличия диплома отсутствовало, но судя по спискам, все адвокаты имели такие дипломы.

Далее В.Н. Ивакин привел исторические примеры имевших важное историческое значение услуг, оказанных юристами королям Франции (в борьбе против политических притязаний римского папства и в обоснование «салического закона», предусматривающего переход права на престол только по мужской линии).

Следующим докладчиком стал С.Ю. Макаров, доцент кафедры адвокатуры и нотариата Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, адвокат. Он выступил с докладом «Взаимодействие адвокатуры и магистратуры (государственной службы) как исторический принцип европейской адвокатуры, и восприятие его в России». Основываясь на обозначении Е.В. Васильковским отсутствия связи адвокатуры с магистратурой в качестве одного из принципов дореволюционной присяжной адвокатуры, он отметил, что этот принцип явно был воспринят из адвокатуры австро-германского типа – в противовес адвокатуре англо-французского типа. Далее С.Ю. Макаров подчеркнул, что и в Древнем Риме, и во Франции Средних веков и Нового времени – то есть в тех странах, где в разные эпохи сложилась адвокатура в ее классическом понимании – адвокатура существовала в тесном взаимодействии с магистратурой, которое проявлялось в том, что адвокаты пригла-



шались для замещения судейских должностей, а также для занятия высоких государственных должностей. В отношении Древнего Рима он привел цитаты из писем известного римского адвоката, политика и литератора рубежа I и II веков от Р.Х. Плиния Младшего по рассматриваемой теме, а также отметил, что все комиссии по подготовке кодификации римского права и законодательства при императоре Юстиниане в значительной степени состояли из адвокатов. В отношении Франции С.Ю. Макаров упомянул, что адвокаты часто приглашались для занятия высших государственных должностей – канцлера и хранителя печати.

В отношении же дореволюционной России докладчик отметил, что вплоть до февраля 1917 года приглашение адвокатов для замещения судейских должностей, а тем более для занятия высоких государственных должностей (министров) было невозможно из-за опасения оппозиционности присяжной адвокатуры, вплоть до ее революционности – в свете воспоминаний о революционности французских адвокатов, некоторые из которых приняли активное участие в событиях Великой Французской революции XVIII века. Приведя известную цитату из беседы императора Николая I с князем Голицыным, С.Ю. Макаров отметил, что из трех упомянутых государем императором в обоснование неприятия создания профессиональной адвокатуры революционеров адвокатом был только один (Робеспьер) – однако широко распространенное мнение об устройстве революции адвокатами долго влияло на отношение к этому вопросу правителей России. И кроме того, несомненная оппозиционность и даже некоторая революционность российской присяжной адвокатуры также крайне отрицательно влияла на саму возможность положительного взаимодействия адвокатуры и магистратуры, то есть государства, что, разумеется, имело отрицательные последствия и для адвокатуры, и для государства.

Далее выступил О.В. Поспелов, доцент кафедры адвокатуры и нотариата Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, адвокат, с докладом по теме «Российский и зарубежный опыт профессионального усовершенствования адвокатов». Он обратил внимание участников круглого стола на принципиальный отказ советов присяжных поверенных на протяжении всей истории их существования от самой идеи обязательного повышения квалификации присяжных поверенных, поскольку рассматривая жалобы на членов сословия, советы сформулировали презумпцию профессионализма присяжного поверенного, обязанного самостоятельно изучать законодательство по каждому принятому им делу.

Обязанность повышать квалификацию была введена советской властью в 1939 году в отношении советских адвокатов и с тех пор воспроизводится в последующем законодательстве об адвокатуре вплоть до Федерального закона об адвокатской деятельности 2002 года. Устоявшийся в отечественном законодательстве термин «повышение квалификации адвоката» усредняет подход ко всем адвокатам, не учитывает в полной мере их профессиональную индивидуальность и реальные потребности. Переход к системе «профессионального усовершенствования адвоката» позволил бы выстраивать каждому адвокату свою программу существования в профессии (возможно, по согласованию с коллегами из адвокатского образования), шлифуя навыки адвокатской деятельности в рамках избранной специализации. Подобный переход можно было бы осуществить при заимствовании положительного опыта зарубежных адвокатских ассоциаций, которые широко используют электронные возможности накопления и распространения профессиональной информации, интересующей адвокатов.

Следующими выступили Е.А. Белоотченко и М.Е. Егорова, являющиеся соискателями кафедры адвокатуры и нотариата Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА) и помощниками нотариуса, с докладом на тему «Новое в законодательстве о нотариате. Сравнительный анализ предыдущих и действующих Основ законодательства Российской Федерации о нотариате». Они прокомментировали изменения, внесенные в Основы законодательства Российской Федерации о нотариате. Также они отметили важность государственной поддержки нотариата и возможность аренды без конкурса помещений, находящихся в государственной собственности. Кроме того, они прокомментировали такие нововведения, как механизм внесения сведений о залоге движимого имущества на основании заявлений в письменной или электронной форме, введение реестров наследственных дел в электронной форме, равнозначность документа на бумажном носителе и электронного документа.

Далее они отметили необходимость внесения следующих изменений: 1) реформа организационно-правовых форм нотариальной деятельности путем окончательного упразднения госконтор; 2) необходимость соблюдения правил профессиональной этики; 3) необходимость придания нотариальному акту доказательственной силы; 4) необходимость придания нотариальному акту исполнительной силы; 5) необходимость закрепления обязанности повышать квалификацию.

Далее с докладом на тему «Презумпция невиновности как гарантия независимости



адвоката в уголовном процессе» выступил Г.И. Сибирцев, преподаватель, аспирант кафедры организации судебной власти и правоохранительной деятельности Воронежского государственного университета. Он отметил важность двух факторов: независимости как отсутствия постороннего влияния на адвоката и самостоятельности как возможности выступать от своего имени и нести ответственность. Закончил свое выступление Г.И. Сибирцев цитатой М.С. Строговича о том, что разными могут быть результаты судопроизводства, но одно неизменно – защитник не должен отождествляться с обвиняемым.

После этого Д.В. Шарапова, аспирант кафедры уголовно-процессуального права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), выступила с докладом на тему «К вопросу о статусе помощника и стажера адвоката». Давая обзорную характеристику статуса стажера и помощника адвоката, она отметила, что в большинстве случаев стажеры и помощники фактически получают только навыки юридического письма, в то время как необходимо предоставление им реальной возможности выступать в судах.

Также она высветила проблему обязанности стажеров и помощников адвоката хранить адвокатскую тайну при отсутствии в уголовно-

процессуальном законе запрета допрашивать их и запрета проводить у них обыски.

Затем И.И. Донцова, аспирант кафедры адвокатуры и нотариата Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), выступила с докладом на тему «Порядок образования, структура и функции Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации». В нем она отметила значение Федеральной палаты адвокатов России для юристов и для всего общества в связи с тем, что она возглавляет и объединяет адвокатскую корпорацию.

В завершение работы секции выступил Е.В. Орешин, аспирант кафедры адвокатуры и нотариата Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), с докладом на тему «Теории поручений на ведение дела адвокатами», в котором охарактеризовал две существующие теории – теорию закономерности и теорию избирательности – и сравнил их по важнейшим критериям.

Работа секции адвокатуры и нотариата прошла весьма успешно, поскольку доклады, с которыми выступали участники ее работы, благодаря своей многогранности позволили высветить и обсудить весьма разнообразные проблемы современного состояния адвокатуры и нотариата России, а в результате этого отметить пути преодоления этих проблем.

*Материал поступил в редакцию 27 апреля 2014 г.*



# ABOUT THE AUTHORS, ANNOTATIONS AND KEYWORDS

## ***Formation of the material basis for the missionary work of the Russian Orthodox Church in China in the middle of XVIII – early XIX centuries: problems and means of normative guarantees.***

**OSMAKOVA, Olga Nikolaevna** – Postgraduate student, Department of Theory and History of State and Law of the Belgorod University of Cooperation, Economics and Law  
stroninka@yandex.ru  
308023, Russia, Belgorod, Sadovaya, 116, kab. 511.

**Review:** *The object of studies involves legal regulation of missionary work of the Russian Orthodox Church in the middle of XVIII – early XIX centuries. The goal of the study was to reveal the specific features of missionary work of the Russian Orthodox Church in China based upon the normative legal, archive and published documentary materials. The article concerns the process of formation of the normative basis regulating the Russian Religious Mission in Beijing, which did large-scale work for the development of the dialogue between Russia and China. The methodological basis for the studies was formed by the objectivity principle, principle of systemic scientific analysis, complex use of sources. The principle of historicism, presupposing evaluation of all the factors and processes within the scope of specific historical development and dynamics has allowed the author to guarantee precision as to the facts, their mutual and temporal connections. According to this principle the work employs a complex approach towards the studies of the normative legal basis and archive sources. The systemic principle was involved into the legal regulation of missionary work of the Russian Orthodox Church facilitating the structuring of current sources based upon various historical periods and restoring the generalized frame of events. The results of the work allow for the scientific use of the new normative legal sources, related to the history of missionary work in the Russian Empire. This study for the first time establishes the goal to provide a complex vision of the legal regulation of missionary activities of the Russian Orthodox Church in the Beijing based upon the representative documental basis. The author proves that starting from the middle of XVIII century the state attempted to codify the legal norms, which directly or indirectly influenced the missionary activities of the Russian Orthodox Church in China in order to guarantee the interests of the state in order to avoid violations and abuse of competence by the missionary.*

**Keywords:** *material basis, the Russian Orthodox Church, China, the Russian Religious Mission, normative guarantees, instruction, the Holy Governing Synod, missionary, obligations, catechization.*

## ***Reforming the civil judicial proceedings in Russia in late XIX century: characteristic features of making the procedure social.***

**ZOLOTOVA, Olga Igorevna** – Postgraduate student of the Department of Theory and History of State and Law of the Kursk State University  
olga17.10.1989@yandex.ru  
305000, Russia, Kursk, ul. Radischeva, 33.

**Review:** *The historical development of civil process in Russia and in Europe, models and types of civil process, development of civil judicial proceedings in Russia in late XIX century, influence of the Western European civil procedural legislation upon the Russian civil procedural legislation, principles of civil process, their influence upon the formation of the models and types of judicial proceedings, conditions for the revival of the adversarial process model and its evolution, which took place via formation of first the liberal and then the social type of it. The elements of liberal and social types of adversarial process, procedure of application of simplified forms, forced implementation and simplified civil judicial proceedings, dialectic, historical methods, systemic and comparative legal methods, analysis, synthesis, deduction, induction, interpretation method, description,*



generalization, comparative analysis of the Charter of the Criminal Judicial Proceedings of 1864 have significantly changed the judicial proceedings in Russia by returning it to the adversarial procedure, which caused the change in the very model of the process. Historically, the civil process survived two cycles by 1864: the adversarial model, then the prosecutorial (inquisitive) model, and then the adversarial model was restored. However, by the end of XIX century the adversarial model went through two stages: the liberal type of adversarial proceedings and social type of adversarial proceedings. The first stage from 1864 to 1889 involved a view that the process was the dispute between two independent parties, each of whom had to prove a position, therefore, the outcome of the case much depended upon the parties. The second stage from 1889 to early XX century involved the change in the understanding of the very nature of the process, when the legislator started paying attention to the social role of the process, assisting the development of society and economy, that is why, many institutions and procedural elements were either abolished or revised.

**Keywords:** civil process, models of procedural systems, adversarial process, forced implementation, simplified judicial proceedings, types of proceedings, liberal type of proceedings, social type of judicial proceedings, types of adversarial model, civil procedural policy.

### ***Legal nihilism doctrine.***

**MATEVOSOVA, Elena Konstantinovna** – PhD in Law, Lecturer of the Department of Theory of State and Law, PhD in Law, Lecturer of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University

EllenMatevosova@gmail.com

123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinsaya, 9.

**Review:** The article concerns the social phenomenon of legal nihilism in the modern Russian society, especially its theoretical (doctrinal) form. The brief insight into the history of formation and spread of the main world views on state and law, which later formed as scientific theories, social and political movements allows for a certain reconstruction of the general picture of the doctrine of legal nihilism. Today it becomes obvious that establishing and studies of the doctrinal (theoretical) form of nihilism along with its practical form allows to respond to a number of issues, being quite important for the efficient fight against it at the current stage of development in Russia. Establishing the scientific problem in this article predefined the complex use of a range of philosophical, general scientific and specific scientific methods of cognition. The doctrine of legal nihilism is understood as a combination of all of the historically known theories and movement, being based at the constant struggle against existing legal and state order. The author substantiates the conclusion that in the modern Russia the doctrinal (theoretical) form of legal nihilism is not a formed ideological movement or teaching, but in the process of growing social and political activities of the people and strengthening of their protest moods, and it may find a consolidating expression.

**Keywords:** public opinion, state, value of law, Russian society, legal incompetence, ideology, legal conscience, legal policy, legal nihilism, state, law.

### ***Philosophy of law of V.S. Nersesyants within the context of Russian and Soviet philosophy of law.***

**OSIPOV, Mikhail Yurievich** – PhD in Law, Senior Scientific Researcher, Institute of Legal Studies and Administration of the Russian Police Association

osipov11789@yandex.ru

300039, Russia, Tula, Surikova, 2.

**Review:** The object of studies in this article involves philosophical and legal teachings of V.S. Nersesyants within the framework of Russian and Soviet philosophy of law. The article concerns the point of view of V.S. Nersesyants, as well as some Russian and Soviet philosophers of law on the following key problems of philosophy of law: the problem of correlation between law and morals, the problem of natural law, problem of nature of law, the problem of post-Socialism. The article also includes analysis of the views of other Russian philosophers, such as M.A. Bakunin, K.P. Pobedonostsev, B.N. Chicherin, N.M. Korkunov, E.N. Trubetskoy, L.I. Petrazhitskiy and a number of other representatives of the Russian philosophy of law. As a method of studies the author used comparative approach, its use allowed to establish the place of the teachings of the V.S. Nersesyants within the context of Russian and Soviet philosophy of law. The scientific novelty of the study in the opinion of the author is due to the fact that the provided comparative analysis of the teachings of V.S. Nersesyants allowed to make a conclusion that opposite to the opinions of some legal scholars V. S. Nersesyants was an outstanding representative of the Russian philosophy of law, since he has done the following:



a) he has provided an original understanding of nature of law; b) to a significant extent he has reformatted the goals of philosophy of law; c) he has developed the theory of civilism, which unfortunately was not done by either Kant or Hegel or any other representative of the Russian philosophy of law, and in this sense he may be compared to Carl Marx. That is why, "Philosophy of Law" by V.S. Nersesyants is of high value in the history of political and legal thought, and V.S. Nersesyants should take a worthy place among the patriarchs of the Russian philosophy of law.

**Keywords:** philosophy, V.S. Nersesyants, law, nature, natural law, formal equality, freedom, legalism, civilism, socialism.

### ***On the issue of understanding defect of a legal document.***

**SOKOLOVA, Maria Anatolievna** – lecturer, Department of Constitutional and Administrative Law, Nizhny Novgorod Law Academy  
ma.sockolowa@yandex.ru  
603134, Russia, Nizhny Novgorod, ul. Kostina, d.2 lit.B.

**Review:** In the modern world the role of document turnover has grown considerably, and it concerns Russia as well. With the transfer to the market economy the legal entities, individual entrepreneurs and other subjects have become the fully competent participants of civil law relations, which were formed by various legal documents. There is also an active process of development of the new spheres of the social relations, requiring legal regulation. However, in spite of the positive tendency in the development of law many legal documents contain defects, complicating due implementation of basic human rights and freedoms, and forming obstacles for the development of society and state. In order to formulate a quality definition of the category of defect of a legal document the author has analyzed the elements of this matter. In the process of studies the author used philosophical, logical, grammatical and comparative legal methods. In spite of topicality of the issue in question, currently there are no complex studies regarding uncovering the nature of the defect of legal document. However, it is not possible to resolve a specific problem unless one first turns to its fundamental basis. The article contains analysis of the elements of a defect of a legal documents and the author formulates a definition of this category. It facilitates establishing the boundaries, further development of theoretical and practical mechanisms for establishing, avoiding and preventing defects in a legal document, as well as causes and conditions facilitating their formation.

**Keywords:** defect of a legal document, quality, legal technique, legal regulation, shortcoming, activity, legal mistake, contents, form, needs.

### ***Legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation in the sphere of economic stability guarantees of the Russian state.***

**KOMKOVA, Galina Nikolaevna** – Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Saratov State University named after N.G. Chernyshevskiy  
komkova\_galina@mail.ru  
410026, Russia, Saratov, ul. Moskovskaya, 155.

**Review:** The article is devoted to the analysis of the term "economical stability of the state" within the context of its role in guarantees of stability of the constitutional order of Russia. The author evaluates the two main aspects of economic stability of the Russian state: unity of the economic territory and tax centralization. The author points out the considerable role of the state and its bodies in guarantees of economic stability. The guarantors of the stability of the Russian economy are head of the state, executive, legislative and judicial bodies, their activities are aimed at guaranteeing the firmness of the principles of economic activities. The author notes the importance of legal regulation of economic stability being one of the state regulators of market economy, role of the judicial practice in this sphere. It is pointed out that the activities of the Constitutional Court of the Russian Federation facilitates efficient protection of the main elements of economic stability: unity of economic territory, free movement of goods, services and finances, competition support, freedom of economic activity. However, if one is to evaluate some of the decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation, one may find out a number of contradictions, which prevent one from stating that the positions of the Court remained unchanged regarding the key issues of economic development of Russia.

**Keywords:** economic stability, the Constitutional Court of the Russian Federation, unity of the economic territory, tax centralization, federal structure, tax concession, positions of the Constitutional Court, economic stability protection, social state, balance of interests.

**Russian constitutional political counter-reforms of 2012–2013:  
legislative implementation and legal practical perspectives.**

**BEZRUKOV, Andrey Viktorovich** – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Constitutional, Administrative and Municipal Law of the Siberian Federal University  
abezrukov@bk.ru  
660018, Russia, Krasnoyarsk, ul. Mayerchaka, 6.

**KONDRASHEV, Andrey Aleksandrovich** – Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional, Administrative and Municipal Law of the Siberian Federal University  
legis75@mail.ru  
660018, Russia, Krasnoyarsk, ul. Mayerchaka, 6.

**Review:** The article concerns changes in the Russian legislation in part of the formation of the chambers of the Russian parliament, the procedures for holding the office of the head of the constituent subject of the Russian Federation, as well as constitutional legal changes in the sphere of implementation of constitutional rights of citizens. Based upon the generalization of the current legislation and practice, modern examples and key directions of federal reforms and the elections system the authors provide systemic analysis of the legislative limitations of the rights of citizens for the freedom of manifestations, freedom of speech and conscience, passive electoral law. The research is based upon the application of the methods of analysis and synthesis, historical legal, formal legal, comparative legal methods, scientific abstraction and laws of formal logic. These methods have allowed to establish the targets of the research and to provide constructive means of resolution of the problems. Taking into account the main directions of constitutional political reforms the authors formulate proposals for the improvement of legislation and practice, forecasting the possible ways of development of the modern political system of Russia and paying attention to the political changes within the framework of the Constitution of the Russian Federation and the guarantees of basic constitutional rights and freedoms.  
**Keywords:** federal reforms, federalism, parliament, constitutional rights of citizens, manifestations, freedom of speech, President, Constitution of the Russian Federation, political system, legislation.

**The proportionality principle in the judicial decisions on election disputes  
as an adequate form of protection of active and passive election right.**

**MAKARTSEV, Andrey Alekseevich** – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Constitutional and International Law of the Siberian University of Consumer Cooperation  
Makarzew@mail.ru  
630087, Russia, Novosibirsk, pr. K. Marksа, 26.

**Review:** The article concerns the process of proportionality principles in election disputes as one of the legal means guaranteeing implementation of the public interest in the conditions of a democratic state and reflecting the balance of interests of its various participants based upon the analysis of the decisions of the European Court of Human Rights. Use of proportionality principle allows to understand the logic of legal practitioner as reflected by his decision. In the process of studies the author compares the decisions of the ECHR and the Constitutional Court of the Russian Federation and other Russian courts, where the proportionality principle was applied in the opinion of the author. The author offers to reflect the goals of legislative acts on election relations in these acts. It shall assist the legal practitioners in correct understanding of the goals of legal regulation and interpret the normative provisions accordingly. This requirement should be reflected in the acts, defining the procedure for adoption and contents of legal acts on federal, regional and local levels.  
**Keywords:** elections, the Constitutional Court of the Russian Federation, proportionality, election law, election campaign, candidate, bribery of electors, law, signature sheet, deputy.

**State Council of France as a constitutional control body.**

**KOKOTOVA, Maria Aleksandrovna** – postgraduate student of the Department of Constitutional Law of the Urals State Law Academy  
km231089@yandex.ru  
620137, Russia, Ekaterinburg, Komsomolskaya, 21.

**Review:** The object of studies in this article concerns the place of the State Council within the system of French constitutional control and its competence in this sphere. The author shows the value of the State Council of



France, influence of doctrinal ideas on separation of power in various periods of the French history on its formation and competence. The author bases her study upon the dialectic approach, also involving special methods of legal studies: such as institutional, historical legal, and formal legal cognition methods. The author makes a conclusion that formation of the State Council long before the constitutional control appeared in France and the Constitutional Council was formed has predefined the formation of the modern French system, when the constitutional control over the laws and acts of executive bodies is implemented by various bodies. This example demonstrates the influence on the practice of the state of the ideas, which were already dismissed.

**Keywords:** the State Council, the Constitutional Council, constitutional control, administrative justice, common will, sovereignty of the parliament, supremacy of law, separation of powers principle, control over constitutionality of laws, control over regulations.

### ***Model for the centralized provision of legal services (Canadian lessons for Russia).***

**KABYSHEV, Sergey Vladimirovich** – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law, the Kutafin Moscow State Law University  
svkabyshev@gmail.com  
123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review:** The article is devoted to the specific features of organization and functioning of the Ministry of Justice of Canada. The author evaluates its functions, quality standards for the provision of legal services, mechanisms for management of legal risks in the Government of Canada. The author shows the strong points of this model, which has proven its efficiency for over 50 years for the system of state administration in Canada. The author also analyzes the experiment of 2006-2013 in the Lipetsk regional administration regarding adaptation of the Canadian model to its activities in the sphere of centralized provision of legal services. Based upon the sociological studies and statistical data on the activities of the legal division of the Lipetsk regional administration the author makes a conclusion that the experiment was successful. In the opinion of the author it is reasonable to study the possibilities for introduction of the same model in other constituent subjects of the Russian Federation and in the activities of the Government of the Russian Federation. In order to do so it is necessary to develop indicators (markers) for the quality of legal services and consultations within the state administration system in the Russian Federation and to form the mechanisms for measuring efficiency of lawyers serving the public government.

**Keywords:** the Ministry of Justice of Canada, the united legal position, efficiency of state services, quality evaluation, centralization, adapting the foreign experience, experiment, objectivity, professionalism, satisfaction criteria.

### ***Place of the Constitutional Court of the Russian Federation within the system of state government bodies.***

**NARUTTO, Svetlana Vasilievna** – Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of Russia, the Kutafin Moscow State Law University  
svetanarutto@yandex.ru  
123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review:** The article is devoted to establishing the place of the Constitutional Court of the Russian Federation within the system of state government bodies. The author points out the characteristic features of the Constitutional Court of the Russian Federation as a public federal body. The Constitutional Court of the Russian Federation is a court within the judicial system of the Russian Federation. The author draws a conclusion that being a judicial body the Constitutional Court implements many functions, while its main function is administration of justice. Taking examples from the judicial practice the author analyzes the degree of judicial discretion of the Constitutional Court of the Russian Federation. The methodological basis for the studies was formed with the fundamental categories and principles of the modern materialistic dialectics. When studying the role of the Constitutional Court of the Russian Federation within the system of public government, the author attempted to guarantee systemic approach towards the material, which were being analyzed. The author applied systemic scientific, comparative legal, formal legal, formal logical, legal technical methods of studies. Application of methodological approaches towards the studies of normative legal acts, materials of judicial practice and legal literature have facilitated achieving the goals set within the framework of the topic of studies. The author points out the problem of implementation of the law-making function by the Constitutional Court of the Russian Federation. The author studies various points of view of the scientists upon the problem of filling the legislative gaps by the Constitutional Court of the Russian Federation, when it in fact substitutes the Federal Assembly. It is pointed out that active implementation of the law-making function by the Constitutional Court of the Russian Federation politicizes it as a judicial body. The attention is paid to the fact that



the Constitutional Court of the Russian Federation implements the law-making function in order to operatively intercept the violations of basic human rights and freedoms.

**Keywords:** constitutional, court, competence, state, power, control, law-making, decision, legislator, justice.

### ***Is it possible to abolish a Constitutional (Statutory) Court of the constituent subject of the Russian Federation?***

**SAVOSKIN, Aleksandr Vladimirovich** – PhD in Law, Advisor to a Judge of the Statutory Court of the Sverdlovsk Region

savoskinav@yandex.ru

620075, Russia, Ekaterinburg, Pushkina, 19, kabinet 13.

**KAZANTSEV, Anton Olegovich** – PhD in Law, Vice-Chairman of the Statutory Court of the Sverdlovsk Region

kazancev@ustavsud.ur.ru

620075, Russia, Ekaterinburg, Pushkina 19, kabinet 11.

**Review:** The article concerns the possibility for the abolishing of the Constitutional (Statutory) Court of the constituent subject of the Russian Federation. The authors analyze the suspension of the activities of the Constitutional court of the Republic of Buryatia from January 1, 2014, abolition of the Statutory Court of the Chelyabinsk Region from March 1, 2014, attempts to abolish the Statutory Court of St. Petersburg in 2000-2009. The authors analyze the norms of the Constitution of the Russian Federation, the Federal Constitutional Law "On the Judicial System of the Russian Federation", and other federal laws regarding the issues of abolishing of the constitutional (statutory) court of the constituent subject of the Russian Federation. The authors provide a theoretically substantiated mechanism for the abolishing of the constitutional (statutory) court of the constituent subject of the Russian Federation. The publication is based upon the general scientific dialectic method. The special methods applied in the process of preparing the publication include the following: historical, systemic structural, formal legal, logical, comparative legal. The arbitrary abolishing of the constitutional (statutory) court of the constituent subject of the Russian Federation is unlawful. When a regional constitutional control body is abolished, its competence should be transferred to another court. The transfer of competence from the constitutional (statutory) court of the constituent subject of the Russian Federation to a court of general jurisdiction or an arbitration court is impossible, since it contradicts the Constitution of the Russian Federation and the federal procedural legislation. The competence of the abolished constitutional (statutory) court of the constituent subject of the Russian Federation may only be transferred to the Constitutional Court of the Russian Federation. This issue should be resolved based upon the treaty on distinguishing competences (provided for by Art. 26.7 of the Federal Law "On the General Principles of Organization of Legislative (Representative) and Executive Government Bodies of the Constituent Subjects of the Russian Federation").

**Keywords:** constitutional court, statutory court, abolishing, constitutional justice, regional constitutional justice, court, justice, competence, constituent subject of the Russian Federation, suspension of activities.

### ***Forms of interaction between the Constitutional Court of the Russian Federation and the Constitutional (Statutory) Courts of the constituent subjects of the Russian Federation.***

**LOBANOV, Ivan Vasilievich** – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Constitutional and International Law of the Russian Economic University named after G.V. Plehanov

F-1248@mail.ru

117997, Russia, Moskva, ul. Zatsupa, d. 41.

**Review:** The article concerns the status of the Constitutional Court of the Russian Federation, Constitutional (Statutory) Courts of the constituent subjects of the Russian Federation within the framework of their interaction. It is proven that the constitutional justice bodies in Russia do not form a hierarchical system, while being capable to interact among themselves. In spite of the fact that all of the conditions for the development of regional constitutional justice are provided for by the Russian Federation, such courts work only in 18 constituent subjects of the Russian Federation out of 83. The author reveals the forms of interaction: guarantees of constitutional lawfulness, defining the limitation of competence and protection of human rights. The work involved dialectic, logical, formal legal, comparative legal methods, allowing for a comprehensive study of the problem of interaction of the constitutional justice bodies in the Russian Federation. The interaction among the constitutional justice bodies in guaranteeing the constitutional lawfulness is due to the unity of approaches in the interpretation of conceptual provisions of the current Constitutions and Statutes of the constituent



subjects of the constituent subjects of the Russian Federation, where the Constitutional Court of the Russian Federation plays a leading role. It provides official interpretation on the limitations to the competence of the constitutional justice bodies of the constituent subjects of the Russian Federation. When regarding interactions in the sphere of protection of individual rights it should be taken into consideration that the approaches of the constitutional (statutory) courts of the constituent subjects of the Russian Federation and the Constitutional Court of the Russian Federation towards the issues of protection of basic rights may differ, considering that some constituent subjects of the Russian Federation provide for the additional competence of the constitutional justice bodies in the sphere of normative acts infringing on the rights of residents of this constituent subjects of the Russian Federation compared with the other constituent subjects. The conclusion is made that existence of various constitutional control bodies in the Russian Federation and their efficient interaction shall facilitate strengthening of the constitutional lawfulness and protection of rights of people.

**Keywords:** the Constitutional Court of the Russian Federation, constitutional (statutory) courts, subjects of the Russian Federation, constitutional control bodies, protection of basic rights, constitutional justice, forms of interaction, constitutional lawfulness, limitations to the competence of the courts, competence of constitutional courts.

### ***Directions for the improvement of the system of state and municipal service in the sphere of provision of state and municipal services (normative regulation).***

**TAEVA, Natalia Evgenievna** – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University  
tayeva@mail.ru  
123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review:** Quality of provision of state and municipal services directly influence the living standards of the people. That is why, improvement of the system of state and municipal service is so important. State and municipal service in the Russian Federation did not yet become sufficiently efficient, and duly directed at dealing with the needs of the population. Currently low quality of state and municipal service is due to the lack of qualified staff, corruption, inability of officials for fast operative reaction to the needs of the people. The article provides detailed analysis of the directions for the improvement of state and municipal service in the sphere of provision of state and municipal services, as provided for in the acts of the President of the Russian Federation, the Government of the Russian Federation, other state and municipal bodies. The author uses general scientific research methods: analysis, synthesis, deduction, induction, generalization and abstraction. The author also uses a formal legal method of studies. The author studies the normative basis and provides detailed characteristics of the main directions for the improvement of the system of state (municipal) service in the sphere of provision of state (municipal) services. These directions include the following. Firstly, there is need for the greater responsibility of state (municipal) servants. Special attention is paid to strengthening the disciplinary and administrative responsibility of state (municipal) servants working in the sphere of provision of state (municipal) services. The second direction for the improvement of the system of state (municipal) service is strengthening the social element in the work of public bodies. The third direction, which is viewed in the article, involves the reform of the system of payment for state (municipal) service. The fourth direction, which is named by the author, involves special cares policy towards the state (municipal) servants involved in the system of provision of state (municipal) services. Yet another direction for the improvement of system of the state (municipal) service is elimination of the so-called corruption-generating factors.

**Keywords:** state service, municipal service, law, norm, monitoring, state services, municipal services, responsibility, corruption, the President of the Russian Federation.

### ***Theoretical and organizational fundamentals for the institutionalization of the administrative justice in the Russian Federation.***

**PIUNOVA, Vladlena Igorevna** – Postgraduate student of the Department of Organization of Judicial and Law-Enforcement Activities of the Russian Academy of Justice.  
vladlenapiunova@yandex.ru  
119002, Russia, Moskva, Arbat, 37, kab. 215.

**Review:** Introduction of administrative justice and improvement of the means of protection of basic rights and freedoms of citizens of the Russian Federation form an inalienable element of the general process of formation of the rule-of-law state, as well as an important condition for guaranteeing the subjective rights of citizens in the sphere of public government and local administration. Development of the theoretical fundamentals for the organization of administrative justice in the conditions of Russian reforms shall allow for taking op-



*timum decisions on legislative provisions of the institution of administrative justice as a whole, as well as its constituent elements. The article reveals the definition of administrative justice, substantiating the need for the formation of this institution in Russia and providing the sociological poll data on formation of the system of administrative courts in the Russian Federation. The poll was taken among the chairpersons and judges of the regional courts of general jurisdiction, the opinions of practicing lawyers and legal scholars specializing in administrative law on the possible models for the formation of administrative justice bodies were also studied. Keywords: administrative justice, rule-of-law state, administrative court, administrative legal dispute, lawfulness, corruption, reform, judicial proceedings workload, judicial corpus, judicial specialization.*

***Topical issues of application of international law norms in prosecutor supervision over compliance with the technical regulation laws in the sphere of turnover of baby food products.***

**BYKOVA, Maria Sergeevna** – Postgraduate student of the Academy of Prosecution General of the Russian Federation  
marbyk@bk.ru  
150000, Russia, Yaroslavl, ul. Nekrasova, d.5.

**Review:** *The article concerns the issues of influence of international law norms on the national legislation on technical regulation in the sphere of turnover of baby food products. The author substantiates the need to include the norms of international law within the scope of prosecutor supervision over compliance with law in this sphere. The author studies the value of technical regulations within the framework of the Customs Union of the Russian Federation, the Republic of Belarus and the Republic of Kazakhstan on the issues of technical regulation of the turnover of baby food products for the regulation of this sphere of social relations at the domestic Russian level. The article involves general scientific dialectic cognition method, analysis, synthesis, generalization, historical legal, comparative legal, formal legal methods, systemic structural analysis. The author pays attention to the existing contradictions between the Constitution of the Russian Federation, recognizing the priority of generally recognized principles and norms of international law and international treaties of the Russian Federation and the legal nature of technical regulations provided for by the Commission of the Customs Union and the Council of the Eurasian Economic Commission on the issues of technical regulation of baby food products security, which are not international treaties by their nature. The author stresses the need to resolve the topical problems regarding priority of these documents towards the national legislation of the Russian Federation in order to establish the limits to prosecutor supervision over compliance with the laws in this sphere.*

**Keywords:** *the World Trade Organization, international treaties, technical regulations, baby food products, prosecutor supervision, the Customs Union, technical regulations, the Constitution of the Russian Federation, implementation, the Constitutional Court of the Russian Federation.*

***Renouncement of the equity rights.***

**URAZOVA, Anna Aleksandrovna** – postgraduate student of the Department of Civil Law of the National University – Law Academy of Ukraine named after Yaroslav the Wise.  
Gera\_007.55@mail.ru  
61024, Ukraine, Kharkiv, ul. Pushkinsaya, 77.

**Review:** *The article is devoted to the category of “resignation” in the sphere of company law through the prism of the right of participants (founders) of an economic entity to resign their equity rights. The popular use of this category by the legislator in the company law acts caused the author to write this article in order to find out which types of resignation would suffice as renouncement of equity rights. Complicated legal nature of equity rights is topical among the legal scholars and it also influences the practice of their application. The author pays attention to the definition and contents of this right in order to further establish the object of renouncement and to find out which specific equity rights one may renounce. The article specifies the possibility for the member to renounce his right to participate in an economic entity in spite of the fact that legislation prohibits to transfer this right separately. Specific feature of such a resignation is that it is only possible in combination with proprietary rights, since they form the second element of the equity rights. The author also notes the importance of distinguishing such terms as refusal to use the preferential right to buy shares, dismissal of the equity rights due to the refusal of the heir (legal successor) from joining the company and resignation of equity rights when a participant leaves the company not requiring settlement of accounts.*

**Keywords:** *refusal, equity right, object of refusal, organizational rights, proprietary rights, formation of equity rights, use of proprietary rights, leave, membership termination, settlement of accounts.*



***Problems of performing an obligation on investment contracts in construction activities.***

**LYAHOVA, Maria Aleksandrovna** – Postgraduate student of the Department of Entrepreneurial Law of the Kutafin Moscow State Law University  
mlv789@gmail.com  
115035, Russia, Moskva, Sadovnicheskaya ulitsa, d. 82, str.2.

**Review:** *The article concerns topical aspects of performance under the investment contracts in the sphere of construction activities, establishing two types of problems: those related to the economic realities and legal contents of the investment projects and those related with the performance of obligations by the parties in good faith. The author makes a proposal to include into the Law on Investment Activities some rules on protection of the rights of an investor and other participants of investment activities, including the right to bring a lawsuit in court without prior procedure for extrajudicial settlement of claims in anticipation of an action in the court, the right to the compensation established by law for the party suffering damages due to the undue performance by a party, rules for the investor control over the implementation of the investment project, and by the customer over the construction performance, by the construction company over the implementation of mutual obligations, including those involving public law entities. The author also offers to take measures so that the participants of investment projects would put forth 10% of the price of contract as a guarantee of due performance.*

**Keywords:** *construction, investor, performing an obligation, developing activity, reconstruction, contractor, the aggrieved party, investment contract, rules for the protection of rights, compensation.*

***Problems of legal qualification of derivative obligation.***

**GREKOV, Maksim Nikolaevich** – Postgraduate student of the Department of Entrepreneurial Law, the Kutafin Moscow State Law University  
9986118@mail.ru  
123317, Russia, Moskva, Presnenskaya nab., d 10c, IK KIT TRAST ( a/y. 36).

**Review:** *The article concerns the specific features of legal classification of derivative obligations following from the deals with the derivatives under the European legislation or financial derivative instruments under the Russian legislation. The article proves that a derivative contract is an unnamed entrepreneurial contract sui generis, which is concluded for the purpose of gaining profits or hedging entrepreneurial risks, its price depends upon the price of the underlying asset in the real market. Unlike the exchange contracts, the derivative contract does not provide the parties to the contract with the guaranteed reciprocal provision or equivalent remuneration. The lack of clarity as to receipt of the reciprocal provision allows to classify a derivative contract as a special type of aleatory contract, while differing from games and bets. The author provides the studies using comparative legal and formal legal methods. The author compared the legal systems of Russia and European states in the sphere of legislation on derivatives analyzing both quality and quantity of the object of studies as well as its theoretical and empiric properties for the sake of finding out the truth. In the theory of law all civil law contracts are divided into proprietary contacts and organization contracts. The right to conclude a contract is not a proprietary right, since the object of this right involves actions on conclusion of the contract, and not the property. The non-property right cannot be purchased for a certain price, so the correctness of definition of the option contract (option) as a contract for the remunerated provision of a right to conclude a contract seems doubtful.*

**Keywords:** *derivative, the bargain for the difference, securities market, option, futures contract, forward contract, organization trading, stock exchange, sui generis contract, pactum in contrahendo.*

***Sphere of application of medication procedure in the labor law.***

**KNYAZEVA, Natalia Aleksandrovna** – Postgraduate student of the Department of Labor Law, Voronezh State University  
Knyazhna-Nataly@yandex.ru  
394018, Russia, Voronezh, Kirova, 22.

**Review:** *The article is based upon the comparative analysis of the procedures of mediation and intermediary services in the process of hearing and resolving collective labor disputes, the author makes a conclusion of their united legal nature and the need for their uniform regulation. At the same time attention is paid to the fact that the specific features of the method of legal regulation and character of labor relations require specific*



regulation of the medication (intermediary) procedure in this sphere. The author proposes her own understanding of the place of the mediation within the system of proceedings for the evaluation and resolution of labor disputes and contents of rights of parties to the dispute to call for this procedure. The author also have analyzed the possibility and viability of application of mediation procedure for individual labor dispute, and she made a conclusion that this form of protection is not sufficiently efficient, but it is necessary an obligatory for the regulation of individual interest disputes.

**Keywords:** jurisprudence, labor law, protection of labor rights, individual labor disputes, collective labor disputes, mediation, intermediary, mediability of a dispute, conciliation procedures, interest disputes.

### **Legal nature of alimony treaty.**

**USACHEVA, Elena Aleksandrovna** – Senior Lecturer of the Department of Civil and Labor Law of the Voronezh Institute of the Federal Service for the Execution of Punishments of Russia

duhanchik@mail.ru

394072, Russia, Voronezh, ul. Irkutskaya, 1a.

**Review:** The current Family Code of the Russian Federation provides the parties to the alimony obligations with the possibility to regulate the issues regarding amount, procedure and form of alimony payment by an agreement. However, in real life the party to whom alimony is due prefer judicial procedure for getting alimony payments or get their payments based on the spoken agreement with the payer of alimony. The reason for it is that the alimony agreement is a relatively young institution in the family law, therefore, it has many problems and shortcomings. The article is devoted to the analysis of the legal nature of alimony payment agreement. The author substantiates that alimony agreement belong to the family law contract, it is non-judicial contract, and then she analyzes the procedural role of the alimony agreement as the basis for the refusal of the court to initiate the case based on the same alimony payments via the judicial procedure. The author discusses specific features of influence of legal nature of the said agreement upon the requirements to its subjects, contents, procedure for its conclusion, amendment and termination.

**Keywords:** alimony, alimony agreement, alimony payer, alimony receivers, family law contract, enforcement document, factual elements, contents, alimony obligation.

### **Regulation of the activities of information brokers for the purpose of copyright protection in the Internet according to the legislations of Russia, the USA and the EU.**

**VASICHKIN, Kirill Alekseevich** – postgraduate student of the Department of Civil Law Disciplines of the Moscow City Pedagogical University

kirillva@gmail.com

105187, Russia, Moskva, Fortunatovskaya, 25, kv. 73.

**Review:** The legislative regulation of the activities of the information brokers for the purpose of guaranteeing the copyright protection in the Internet is currently one of the most topical problems in the sphere of copyright protection both in the Russian law and in the foreign law. Rarely the states have legislative norms providing for the liability of information brokers. The article is devoted to the comparison between the norms regulating the activities of information brokers for the purpose of guaranteeing copyright protection in the Internet under the legislation of Russia, the USA and the EU. The article discusses the grounds for liability of information brokers, as provided by the legislation of these states. Comparing the legislation allows the author to draw the conclusion that legislative regulation of these states in the above-mentioned sphere is rather similar, however, the article contains analysis of the differences within the framework of the said legislations, evaluating the established differences. It is also noted that within the said legislations there are no sufficient guarantees of complete protection of copyright in the Internet, and it is noted that there is need for the further improvement of the legislation in this sphere.

**Keywords:** intellectual property, copyright, allied rights, information broker, communications operator, provider, the USA, the EU, Internet, DMCA.

### **Criminal Code of the Republic of Iraq: general provisions.**

**HASAN Hunar Ameen Hasan** – Postgraduate student of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University

bazyan45@yahoo.com

123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9.



**Review:** The criminal legislation of the Republic of Iraq is of considerable interest for the comparative legal studies. It is of interest both at the time of Saddam Hussein and currently. The analysis of the general provisions of the current Criminal Code of Iraq proves that it has become more progressive. In particular, capital punishment for many crimes was abolished, the maximum term of imprisonment was shortened for some crimes. The Criminal Code provides for the formal crime definition, dividing the crimes to misdemeanors, felonies and offences (the system of punishments is based upon these classification. The crime itself united psychological and physical elements. The criminal subjects under the Criminal Codes are natural persons (having achieved the age of 7 years old) and legal entities. The punishments are divided into main, related, and additional. The Code also provides for the caution measures and main caution measures. The reform of the Criminal Code of Iraq is not yet complete. It is obvious that in the near future there shall be need for a new Criminal Code of Iraq, since the current Code is a somewhat amended Criminal Code of Saddam Hussein.

**Keywords:** the Republic of Iraq, criminal legislation, Kurdistan, crimes, punishments, categories of crimes, structure of a crime, subject of a crime, caution measures, additional punishments.

### ***On the issue of accusatory inclination in the Russian criminal judicial proceedings: through the prism of the public opinion.***

**SMIRNOVA, Irina Georgievna** – Doctor of Law, Professor of the Department of Forensic Studies and Judicial Expertise, the Baikal State University of Economics and Law  
smirnova-ig@mail.ru  
664003, Russia, Irkutsk, Lenina, 11, korpus 6, kab. 213.

**Review:** The article contains public opinion analysis on the issues of efficiency of the Russian criminal judicial proceedings, as well as the statistics for the acquittal sentences. The author substantiates dependency of law-enforcement practice upon the expectations of the public, and the need to take it into account when defining the directions for the improvement of criminal procedural legislation. The article provides for the main directions for the optimization of proceedings on criminal cases, and it is proven that there is need to introduce alternative means of resolution of criminal law disputes. It is also proven that the existing procedure for the reaction of the state to the crime should have an alternative to it. The conclusions provided in the article are based upon the dialectic method of scientific cognition of objective reality, when an object and immediate object of studies are dealt with comprehensively in their development and interrelation, interdependency, interpenetration of social matters. When dealing with conceptual problems the author used the principle of unity of historical and logical matters within cognition, and an interdisciplinary approach towards the matters, which were being studied. The general and specific scientific methods included the following: systemic, historical, statistical, axiomatic, polling, etc. The author has proven the dependency of the social matters, conditions and results of criminal procedural activities. The polling results clearly showed that the legal practice in the sphere of criminal law proceedings is formed by the public expectations. As a result, when the main directions for the improvement of criminal procedural law are formed, the above should be taken into consideration for greater efficiency of investigative and judicial activities.

**Keywords:** criminal judicial proceedings, sentence, court, accusation, acquittal, efficiency, society, judicial statistics, public opinion, trial by jury.

### ***Freedom of evaluation of evidence in the Russian criminal judicial proceedings.***

**SELINA, Elena Viktorovna** – Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law and Process, the Peoples' Friendship University of Russia.  
elena\_selina@bk.ru  
117198, Russia, Moskva, ul. Miklukho-Maklaya, 6.

**Review:** The freedom of evaluation of evidence as principle of criminal judicial proceedings defining the type of criminal process and guaranteeing revealing of the truth in a criminal case was recognized since the time when the Charter of Criminal Judicial Proceedings of November 20, 1864 was adopted. The importance of historical reforms of Emperor Alexander the II and the judicial reform of 1864 is evaluated over the period of 150 years. The article includes evaluation of development of this principle for throughout this period, and mainly, in the norms of the Criminal Procedural Code of the RSFR of 1960 and the current Criminal Procedural Code of the Russian Federation of 2001. Definition and analysis of the topical problems of theory of evidence in the modern criminal process of the Russian Federation is evaluated. The methodology is based upon dialectic materialism, comparative legal studies, historical method, studies of the judicial practice and statistics, laws and draft laws. The problem is that according to the current Criminal Procedural Code of the Russian Federation the facts are reflected in the



*criminal case only via the sources of evidence. There are no special sources for reflecting the theory of evidence. The problem of modern evidence law is lack of mechanism for the evidentiary reflection of the targeted activities for searching and formation of proof within the framework of legislative developments allowing for the independent searching activities (by defense, private detectives, operative staff).*

**Keywords:** *freedom of evidence evaluation, formal evidence theory, logic of proof, formation of proof, leading questions, intermediate fact, related evidence, acceptable evidence, authentic evidence, criteria for the evaluation of evidence.*

### ***Problems of legal regulation of bail in criminal judicial proceedings: the historical experience and the current situation.***

**BEDNYAKOV, Ivan Lvovich** – PhD in Law, Associate Professor, Department of Criminal Process and Forensic Studies of the Samara Law Institute of the Federal Service for the Execution of Punishments of the Russian Federation.

1981ivan@mail.ru

443022, Russia, Samara, Rylskaya, d. 24v.

**Review:** *The object of studies concerns legal regulation of bail as one of the restraint measures in the Russian criminal judicial proceedings. The goal of the study was to analyze the problems regarding choice and application of bail. The article takes into account the changes in the criminal procedural legislation, the positions of the Supreme Court of the Russian Federation and current legal norms in their historic relation with the Charter of Criminal Judicial Proceedings of 1864. Based upon the studies of judicial and other statistics the author provides analysis of the efficiency for the establishing the bail sums by the legislator depending on gravity of a crime. In the process of studies the author applied the following scientific cognition methods: dialectic, historical, comparative legal, statistical, logical, systemic structural analysis. The article also contains historical analysis of Russian criminal judicial legislation on the regulation of the procedure for the choice of bail as a measure of restraint. The author makes a conclusion that the modern legislation has departed the traditional regulation of the issue on establishing the sum of bail in order to guarantee the presence of the accused by the person presiding over the proceedings on the criminal case. The article discusses the topical problem of establishing the economically unfounded sums of bail in the Criminal Procedural Code of the Russian Federation, when for most of the suspects (accused persons) it is quite hard to collect such an amount of money. In the opinion of the author in order to widen the scope of application of bail as an alternative to the detention, the minimal amount of bail should be legislatively abolished.*

**Keywords:** *bail, measure of restraint, the Charter of Criminal Judicial Proceedings, investigator, accused, sum of bail, detention, judge, suspect, procedural coercion measure.*

### ***On the insufficiency of the competence of the prosecutor for the guarantees of efficient supervision at the stage of initiation of a criminal case.***

**TABOLINA, Ksenia Andreevna** – postgraduate student of the Department of Criminal Procedural Law of the Kutafin Moscow State Law University

kysi-kyss@yandex.ru

123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review:** *The article concerns the competence of the prosecutor at the stage of initiation of a criminal case and the problem of its insufficiency for the implementation of the efficient supervision over the procedural activities of the preliminary investigation bodies. The author provides a critical evaluation of the amendments of pre-trial proceedings of 2007, since they contradict international law standards and the current Russian legislation. The author analyzes the most significant post-reform changes in the pre-trial procedure, which have returned a certain amount of supervisory competence to the prosecutor, including the stage of initiation of a criminal case. The said changes generally deserve a positive evaluation since they strengthen the role of the prosecutor, however, some of the norms are inconsistent and may be interpreted ambiguously, also some unexplainable legislative mistakes are made. Additionally, the author provides and analyzes topical statistical data of the Prosecution General of the Russian Federation, the Moscow City Prosecution and Prosecution of the Moscow Region. The author makes proposals for the improvement of the prosecutor competence at the stage of initiation of the criminal case. The author also draws a conclusion on the need to widen the scope of supervisory competence of the prosecutor based upon serious conceptual approach within the framework of the reform of prosecutor supervision and the entire pre-trial proceedings in the Russian criminal process. The article is written for the practicing lawyers, lecturers, postgraduate students, law students and all those interested in criminal procedural law.*



**Keywords:** jurisprudence, prosecutor, prosecutor supervision, prosecutor competence, insufficiency of prosecutor competence, pre-trial proceedings, initiation of the criminal case, reform of pre-trial proceedings, preliminary investigation bodies, inquiry bodies.

***Topical problems of judicial inquiry in trial by jury and approaches towards their resolution.***

**NASONOV, Sergey Aleksandrovich** – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Procedural Law of the Kutafin Moscow State Law University  
sergei-nasonov@narod.ru  
123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review:** The article concerns the problems of judicial inquiry in the trial by jury and approaches to their resolution in the judicial practice. The article concerns the problem of “preliminary” interrogation of witnesses and specialists, who were not previously interrogated at the stage of preliminary investigation, when the parties move for calling these persons to the judicial hearings. Such an interrogation takes place without participation of the jury and it is not regulated by the Criminal Procedural Code of the Russian Federation. Data on the personality of a criminal defendant, victim and witnesses are not studied with the participation of jury, if this information lacks relevance for establishing the elements of crime, with which the criminal defendant is being charged. There is a need to correct the current practice on this issue with due consideration for the position of the European Court of Human Rights. There are difficulties in the trial by jury regarding examination of the “shocking” evidence – material evidence, photographs, etc. which are capable of having an overly emotional influence upon the jurors and form their negative attitude towards the criminal defendant before the verdict is achieved on him. The Supreme Court of the Russian Federation has formed a number of criteria for acceptability of studying such data with the participation of jurors. If such an evidence is of crucial value for establishing the facts of the case, and the jurors should define whether such facts in took place, then it is legal to examine it with the participation of jury. The study of the approaches towards resolving the problems of judicial inquiry in trial by jury calls for the improvement of the current legislation for the sake of optimization of the proceedings in the modern Russian court in trial by jury.

**Keywords:** judicial investigation, trial by jury, preliminary interrogation of a witness, jurors, information on a criminal defendant, information on witnesses, influencing the jury, competence of the jury, shocking evidence, evidence.

***On the issue of court competence of trial by jury according to the Charter of Criminal Judicial Proceedings and the Criminal Procedural Code of the Russian Federation.***

**RAZVEIKINA, Nadezhda Andreevna** – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Social Systems and Law of the Samara State Air and Space University named after Academician S.P. Korolev (National Research University)  
razveykinan@mail.ru  
443086, Russia, Samara, Moskovskoe shosse, 34.

**Review:** The article concerns the tendencies of changes in court competence in trial by jury in a comparative historical aspect: according to the Charter of Criminal Judicial Proceedings of 1864 and the Criminal Procedural Code of the Russian Federation of 2001. The author analyzes the social, economic and political prerequisites for the changes of the limitations to the court competence, as well as consequences of the legislative changes from the standpoint of evaluation of the efficient activities of the court in trial by jury. Special attention is paid to the position of the Constitutional Court of the Russian Federation, reflecting the topical tendencies of national law. The comparative aspect shows the common tendencies in the changes of boundaries to the court competence in the trial by jury in XIX, XX and XXI centuries. The methods of studies involve historical analysis of the political conditions of development of the state at the relevant period, statistical comparison of criminal procedural norms at various times. The comparative legal analysis of historical procedural norms has allowed to uncover the general tendencies of development of legislation on judicial proceedings with the participation of jury in XIX, XX and XXI centuries, pointing out the common political prerequisites for the changes in the court competence in trial by jury. The conclusion is made that evaluation of the jury as an inefficient institution is strained and imitated by the state and its bodies. The arguments in favor of legislative amendments contradict the opinion of the civil society, level of development of legal conscience, and attitudes towards the results of the state activities in the sphere of administering justice and judicial system.



**Keywords:** trial by jury, court competence, efficiency, evaluation criteria, the Criminal Procedural Code of the Russian Federation, the Constitutional Court of the Russian Federation, constitutional law, the Charter of Criminal Judicial Proceedings, changes in the legislation, special opinion of a judge.

### ***Electronic signature in the criminal process in Russia.***

**HALIULLIN, Adel Ilfatovich** – Scientific researcher, Academy of the Prosecution General of the Russian Federation.

adel@lenta.ru

123022, Russia, Moskva, 2 Zvenigorodskaya, ul., 15.

**Review:** The article concerns the modern tendencies of involving the information technologies into the criminal process in the Russian Federation. The author makes proposals for the amendments in the legislation in order to optimize revealing and investigation of crimes. The author pays attention to the lack of unilateral criteria for the use of electronic documents as evidence, causing assignment of computer technical expertise in order to define the authenticity of the documents. Also the criminal procedural legislation lacks regulation of use of procedural documents in electronic form. The author has analyzed the proposals of a number of authors on holding certain investigation activities in the electronic form. The author states the lack of normative provisions in the Criminal Procedural Code of the Russian Federation allowing for the enhanced qualified signature to resolve the above-mentioned problems. The author provides and analyzes examples of investigative and judicial practice of using the electronic documents in the criminal process, based upon which he proposes to apply certain criteria for the use of electronic documents.

**Keywords:** electronic signature, procedural documents, electronic form of document, electronic document, physical storage media, crime investigation, information of a crime, evidence, letter of accusation, copying the information.

### ***Definition of “dwelling” and its value for the criminal procedural and operative investigation activities.***

**ODNOSHEVIN, Igor Aleksandrovich** – Adjunct of the Department of Criminal Law Disciplines of the Habarovsk Border Patrol Institute of the Federal Security Service of the Russian Federation

odnoshevin87@mail.ru

680017, Russia, Habarovsk, ul. Bolshaya, 85.

**Review:** The article concerns various definitions of the term “dwelling” in the various branches of legislation, and it includes analysis of the scientific positions of legal scholars on this issue. The author considers the following: 1. Specific features of the objects of legal regulation in various branches of law preclude formulation of an universal definition of “dwelling”, which could be used in all of the spheres of legal practice. The definitions of “dwelling” in various branches of law reflect the object and goals of such branches of law. 2. In order to recognize certain constructions and buildings generally not recognized as housing as being the “dwelling place”, it is necessary for such buildings and constructions to correspond to the established requirements and condition of being separate. The author makes a proposal on how to provide for this term in the legislation on operative investigation and criminal procedural activities. The author also points out the need to amend the federal laws and institutional normative legal acts regulating criminal procedural and operative investigation activities.

**Keywords:** definition of “dwelling”, immunity of dwelling, operative investigation activity, operative searching activities, criminal procedural law, investigative activities, constitutional rights of citizens, housing fund, limitations of constitutional rights, elements of dwelling.

### ***Definition and contents of subjective arbitrability.***

**MININA Anna Igorevna** – PhD in Law

minina.a.i@gmail.com

Russia, Moskva.

**Review:** The article is devoted to the subjective arbitrability as the category of international commercial arbitration. Based upon the existing scientific research the author provides the definition of subjective arbitrability. The author analyzes the most topical issues in this sphere, including the possibility for the participation in the international commercial arbitration of the states, state bodies and organizations, state institutions and other legal entities of public law, as well as third parties, the problem of change of parties in an arbitration agreement.



Special attention is paid in the article to the provisions of the European Convention on International Arbitration of 1961, the Partnership and Cooperation Agreement between Russia, the European Communities and their Member States, treaties on support and mutual protection of capital investments, as well as the norms of the Russian legislation, such as the Federal Law "On Foreign Investments in the Russian Federation", the Federal Law "On Production Sharing Contracts". The article includes analysis of the regulation of some international arbitration institutions, providing the examples of the practice of the European Court of Human Rights, International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, the courts of Russia and France. The author turns to the Russian and foreign doctrine of international arbitration.

**Keywords:** subjective arbitrability, subjective arbitratbility, arbitrability, arbitrability, international commercial arbitration, third parties, cession, public law entities, International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, arbitrability.

### ***International franchise contracts and the commercial concession contract.***

**TER-OVAKIMYAN, Anna Armenovna** – student, the Kutafin Moscow State Law University  
anna.ter-ovakimyan@yandex.ru  
127995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review:** Currently in the conditions of the market production of goods it is not sufficient just to produce goods, it is necessary to organize its sale for the purpose of gaining positive results. This article is devoted to the issues of regulation and correlation of the international franchise contract and commercial concession contract, them being the most popular means of doing business in Russia and abroad. The goal of the article is to analyze theoretical and practical problems arising in the sphere of legal regulation of franchise contract in the Russian Federation, which is not legislatively provided for in the Russian Federation, and distinguishing it from the commercial concession contract, as provided for by the Part 4 of the Civil Code of the Russian Federation. In accordance with this goal the main targets are analysis of appearance of the terms "franchise" and "concession", correlation of two contracts, which is done in order to establish regulating legislation. The author also studies the foreign practice of application of the franchise contract and commercial concession contracts, gaps in the legislation regulating these types of contract and means of abolishing the problems based upon the said analysis. The research involved the general scientific methods of systemic analysis, analysis and generalization of scientific, normative and practical materials, historical and logical approaches. The central place in studies was taken by the special legal methods of formal legal analysis and comparative legal studies. The scientific novelty of the work is due to the fact that the article presents the comprehensive study of regulation and correlation of the international franchise contracts and commercial concession contract in order to reveal the gaps in their regulation in the Russian law and the law of foreign states. The study shows that regulation of these types of contract is weak, which is manifested by the absence of unified rules on definition and regulation of the franchise contract, discrepancy between historical and de facto contents of the term "commercial concession", and disagreements as to the correlation of these contracts. Some scientists consider that these two types of contract are identical, while some scientists correlate them as part and a whole. Generally, the international legislation has no unified approach towards the titles of the parties in the contract, complicating the regulation of this type of legal relation due to ambiguous understanding of the terms. The title of Chapter 54 of the Civil Code of the Russian Federation (hereinafter the CC of the RF) does not correspond to its contents. The author offers to introduce unified rules regulating international franchise contract. Within these rules there is need to introduce an unified definition of franchise, parties to the contact, franchise object, list of documents regulating all of the stages for the formation of the franchise system. The state should provide the preferential taxation system for the participants of franchise contracts for facilitating development of entrepreneurial activities. It also seems necessary to change the title of the Chapter 54 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation from "commercial concession" to "franchise". This amendment shall allow to avoid contradictions in definition of the contract and its de facto contents.

**Keywords:** contract, international franchise, commercial concession, exclusive rights, international regulation, national regulation, correlation of two contracts, defining the terms, gaps in law, license agreement.

### ***Approaches towards application of the principles of international law in the novel geopolitical conditions.***

**MOLCHANOV, Nikolay Andreevich** – Doctor of Military Sciences, Professor of the Department of the European Union Law of the Kutafin Moscow State Law University  
namolchanov@msal.ru  
123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9, kab. 559.



**TRUBACHEVA, Kristina Igorevna** – PhD in Law, lecturer of the Department of the European Union Law of the Kutafin Moscow State Law University  
krista\_@mail.ru  
123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review:** As the modern reality shows, the issues of strict compliance or ignoring of the basic principles of the international law become more and more topical. Today it was once again made visible due to the novel geopolitical conditions, namely, due to the evaluation of the Republic of Crimea joining the Russian Federation. Among other issues, the matters of use and compliance of the principles of international law become more and more topical in the international arena. It explains the topicality of the studies of the current principles of international law as the fundamental norms and guiding principles of functioning of the system of relations among the states, having the supreme legal force and reflecting the existing basis for the practice of international relations. The methodology of studies involved comprehensive use of general philosophical, general scientific and specific scientific cognition methods (such as systemic, historical, comparative legal, synergetic and modeling methods, etc.). The study on these issues is of great theoretical and practical value for the legal science, improvement of the legislation and practice of its application, understanding the paths of development of national and international law in the current geopolitical conditions. The novelty of the study is due to the latest events in the international political arena, which are related to the social and political situation in the Ukraine and the new constituent subjects (formerly the constituent subjects of Ukraine) joining the Russian Federation.

**Keywords:** the European Union, the Final Act of the OSCE, the UN Charter, international relations, principles of international law, international law, foreign political activity of the EU, national law, self-determination of peoples, state sovereignty.

***Problems of civil judicial proceedings in works and activities of M.S. Shakaryan (results of the work of the international scientific and practical conference, which was devoted to the 90th anniversary since the birth of Doctor of Law, Professor Maria Sumbatovna Shakaryan).***

**MIHAILOV, Sergey Mihailovich** – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil and Administrative Judicial Proceedings, the Kutafin Moscow State Law University  
mikhas\_s@mail.ru  
123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9

**GROMOSHINA, Natalia Andreevna** – Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil and Administrative Judicial Proceedings of the Kutafin Moscow State Law University  
Nataligrom@rambler.ru  
123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9

**Review:** The article is devoted to the studies of the modern problems of civil judicial proceedings, which formed the subject for the discussion within the framework of the international scientific and practical conference, which was devoted to the 90th anniversary since the birth of Doctor of Law, Professor Maria Sumbatovna Shakaryan, and took place on April 4, 2014 at the Kutafin Moscow State Law University “The problems of civil judicial proceedings in works and activities of M.S. Shakaryan”. The authors of the article cast light upon the input of Professor M.S. Shakaryan into the development of the modern procedural doctrine and legislation, they also analyze the theses of the participants of the conference, which caused the most vivid discussions. When preparing this article, the authors employed historical, comparative legal, formal legal methods, as well as analysis and synthesis. The wide scope of scientific views and participation of Professor M.S. Shakaryan in the law-making work allow the authors to draw a conclusion that theoretical and practical problems of civil judicial proceedings, which fell within the scope of her scientific interests, remain topical and they are currently being developed in the works of the renowned procedural law scholars and those of the young authors.

**Keywords:** professor M.S. Shakaryan, civil judicial proceedings, arbitration process, civil procedural form, principles of civil judicial proceedings, subjects of civil process, evidence law, revision of judicial decisions, administrative judicial proceedings, unity of the process.

***Work of the section of criminal law and criminology at the VI Kutafin Readings.***

**ORESHKINA, Tatiana Yurievna** – PhD in Law, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University  
oreshkina-t@yandex.ru  
123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9.



**Review:** The article is devoted to the work of the section of criminal law and criminology, which took place on April 3, 2014 within the framework of the VI Kutafin Readings at the Kutafin Moscow State Law University. The article characterizes the main provisions of the speeches of participants of the section of criminal law and criminology. The topics of the theses included the following: crime prevention, activating the public associations against offences, classical problems of theory of criminal law (causal link and guilt in criminal law), some historical aspects, analysis of the novel features of the criminal legislation, proposals for the amendments into the Criminal Code of the Russian Federation, international experience in the sphere of fighting crime, legislative provisions for the criminal misdemeanor. The article provides the main provisions of the speeches, as well as some directions of the discussion of the theses. The results of the work of the session were summarized by Professor A.I. Rarog. The participants discussed the issues of imperfections in the provisions of the current Criminal Code of the Russian Federation, and positions of the participants sometimes were contradictory. For example, some speakers noted the insufficient criminalization of acts, one of the speakers offered to clarify and widen the scope of crimes against information security as an object for the criminal law protection. Other speakers considered criminalization of some acts excessive. The solution of this problem included decriminalization of acts, as well as implementation of the idea of a criminal misdemeanor, allowing to revise the attitude of the legislator towards the crimes of little gravity. Many speeches contained substantiated opinions on the contradictions in the amendments into the Criminal Code of the Russian Federation, disrupting its systemic character. The opinions on the ways to overcome the crisis of criminal law were variously directed and they differed within the following range: there is need for a new Criminal Code, there is need to first create a scientific model of a new Criminal Code, there is need for the systemic amendment and improvement of the current Criminal Code by adopting its new edition.

**Keywords:** crime prevention, novel features of criminal legislation, fighting terrorism, life prison sentence, guilt, parole, criminal misdemeanor, improvement of criminal legislation, causal link, theoretical problems.

#### **Work of the section of advocacy and notariate at the VI Kutafin readings.**

**MAKAROV, Sergey Yurievich** – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Advocacy and Notariate of the Kutafin Moscow State Law University  
makarov.msal@gmail.com  
123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review:** This article is devoted to the work of the section of advocacy and notariate within the framework of the Kutafin Readings of April 3, 2014. The work of the section involved the roundtable, which was devoted to the topical issues of advocacy and notariate. The participants included both theoreticians and practicing advocates and notaries, including professors and lecturers, presenting theses on various topical aspects of modern advocacy and its history. There were postgraduate students discussing the topics of their dissertation theses, practicing advocates and assistant notaries. The article includes the main provisions of the speeches of the participants of the roundtable, as well as some questions arising in the process of discussion. The wide spectre of the problems, which were being discussed by the participants of the section allowed to view many issues, such as the following: financial results of advocate activities, participation of advocates in the system of provision of the free legal aid, professional development of advocates, history of advocacy in the Ancient Rome, France and Russia, some aspects of advocate practice (guarantees of independence of an advocate in a criminal process, novel features of the Code of Professional Advocate Ethics, theory of choice of cases, legal position of the trainees and assistants, provision of advocate aid to the disabled children). Additionally, there was an overview of the modern changes in the legal regulation of the notary activities.

**Keywords:** advocate, honorary, professional development of advocates, advocacy and master courses, class of advocates, trainees and assistants, independency of an advocate, free legal aid, theory of taking assignments, notary.



# УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) в разделе «Издательская деятельность», «Научные журналы» [http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific\\_journals/actual\\_problems\\_of\\_russian\\_law/](http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific_journals/actual_problems_of_russian_law/)

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 МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) – перед сотрудниками иных вузов и научных учреждений;
  - лица, имеющие учёные 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 МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).
5. Автор направляет в редакцию Журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина). **При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.**
6. Статья направляется в редакцию через сервис **online-редакция NOTA BENE**. Автору необходимо зарегистрироваться в системе, указав все запрашиваемые данные. **Для аспирантов и соискателей** обязательна для заполнения информация о научном руководителе / консультанте, его контактная информация (в поле «Дополнительные сведения»). В дальнейшем для отправки очередной статьи заново вводить эти данные не потребуется. При добавлении новой статьи откроется окошко регистрации статьи, где приводятся все данные о статье (соавторы, название статьи, название журнала, название рубрики, ключевые слова на русском, аннотация на русском, библиография на русском). Текст статьи прикрепляется к регистрационной форме в виде файла, сохраненного в любой версии Word с расширением .doc, .docx или .rtf.
7. 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.
8. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
9. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
10. 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 МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).  
**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, <в угловых скобках> полный адрес местонахождения ресурса и (в круглых скобках) дату последнего посещения веб-страницы.
11. 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 МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).

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

Телефон редакции (8-499)244-85-56

Почтовый адрес редакции: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

E-mail: actprob@msal.ru

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Объем: 15,62 усл.печ.л., формат 60x84/8. Подписано в печать 20.06.2014 г.

Тираж 1000 экз. Печать офсетная. Бумага офсетная

Отпечатано с готовых диапозитивов

Первая оперативная типография, 115114, г. Москва, 2-й Кожевнический пер., 12.

**Подписка на журнал возможна с любого месяца**

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» – 11178

ООО «НБ-Медиа»

Тел./факс (495) 424-26-02.; E-mail: w.danilenko@gmail.com

Почтовый адрес редакции: 117465, Россия, Москва, ул. Генерала Тюленева 31/1-210

**Любой журнал или статью можно заказать на сайте издательства [www.nbpublish.com](http://www.nbpublish.com)**

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Актуальные проблемы российского права» обязательна. Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией. Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций. Ответственность за достоверность информации в рекламных объявлениях несут рекламодатели.



# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

1294

№6 (43) ИЮНЬ 2014