

**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 № 7, 2015**

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

*Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук  
Журнал включен в крупнейшую международную базу данных периодических изданий Ulrich's Periodicals Directory  
Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования*

### **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**

**ШУТРИНА 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**

**ГАВРИЛОВА Ольга Андреевна** — эксперт Отдела организации научно-издательской 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.*

**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 Quest Nanterre La Défense (Франция).  
Почтовый адрес: 92001, Франция, г. Нантер, авеню Републик, д. 200.

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

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

**ЕРШОВА Инна Владимировна** — доктор юридических наук, профессор, 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, председатель Арбитражного суда Курской области.  
Почтовый адрес: 305000, Россия, г. Курск, ул. Радищева, д. 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 пл., 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, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**МАРИНО Иван** — кандидат юридических наук, доцент государственного университета «Ориентале» (Неаполь), руководитель Центра мониторинга политико-правовой системы России, Итальянского представительства Фонда Конституционных Реформ.  
Почтовый адрес: 80121, Италия, г. Неаполь, виа Карло Поэрио, д. 15.

**МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович** — доктор юридических наук, профессор кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Президент союза криминалистов и криминологов, заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, заместитель председателя экспертного совета Высшей аттестационной комиссии РФ.  
Почтовый адрес: 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**ПАНАГИОТОПОЛОС Димитриос** — доктор права, магистр философии, профессор Афинского университета, вице-ректор Университета Центральной Греции, Президент Международной ассоциации спортивного права (IASL), специальный эксперт в области спортивного права в Европейском Союзе, награжден премией «Право: Человек года» (2009) Американским биографическим институтом (ИНК).  
Почтовый адрес: 10677, Греция, г. Афины, ул. Веранжероу, д. 4.

**РЕШЕТНИКОВА Ирина Валентиновна** — доктор юридических наук, профессор, председатель арбитражного суда Уральского округа, заслуженный юрист РФ, почетный работник судебной системы.  
Почтовый адрес: 620075, Россия, Екатеринбург, пр-т Ленина, д. 32/27.

**РОССИНСКАЯ Елена Рафаиловна** — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой судебных экспертиз, директор Института судебных экспертиз Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Президент Ассоциации образовательных учреждений «Судебная экспертиза», академик РАЕН, заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ.

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

**ХВАН Леонид Борисович** — кандидат юридических наук, доцент кафедры административного и финансового права Ташкентского государственного юридического института.

*Почтовый адрес: 100000, Республика Узбекистан, г. Ташкент, Главпочтамт, а/я №4553.*

**ЧАННОВ Сергей Евгеньевич** — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой служебного и трудового права Поволжского института управления имени П.А. Столыпина.

*Почтовый адрес: 410031, Россия, г. Саратов, ул. Соборная, д. 23/25.*

**ЧЕРНЫШЕВА Ольга Сергеевна** — кандидат юридических наук, начальник отдела Секретариата Европейского Суда по правам человека.

*Почтовый адрес: 67075, Франция, г. Страсбург, Cedex, ЕСПЧ.*

**ЧУЧАЕВ Александр Иванович** — доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ.

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

**ШАЛУМОВ Михаил Славович** — доктор юридических наук, профессор заместитель начальника Управления-начальник Отдела систематизации законодательства и анализа судебной практики в области уголовного судопроизводства Управления систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда Российской Федерации, судья Верховного Суда РФ (в отставке), член-корреспондент Международной академии психологических наук.

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

**ЯСКЕРНЯ Ежи** — доктор юридических наук, 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 LAW № 7, 2015**

**Monthly scientific journal  
Published since January of 2004**

*Recommended by the Supreme Commission of the Ministry of Education and Science of the Russian Federation  
for publication of results of doctoral theses*

*The Journal is included in the largest international database of periodicals Ulrich's Periodicals Directory.*

*Materials included in the journal Russian Science Citation Index*

## **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. Sadovo-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. Sadovo-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. Sadovo-Kudrinskaya, d. 9.*

## **Executive Editor**

**GAVRILOVA, Olga Andreyevna** — the expert of the Department of scientific and publishing policy of the Department of Scientific work of the Kutafin Moscow State Law University.

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

**CHANNOV, Sergey Evgenievich** — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Service and Labor Law of the Povolzhsky Institute of Government named after P.A. Stolypin.

*Mailing address: 410031, Russia, Saratov, Sobornaya ul., d. 23/25.*

**CHERNISHOVA, Olga Sergeevna** — PhD in Law, Head of Division at the Registry of the European Court of Human Rights.

*Mailing address: European Court of Human Rights, 67075 Strasbourg Cedex, France.*

**CHUCHAEV, Aleksandr Ivanovich** — Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

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

**GAZIER, Anne** — Doctor of Law, Associate Professor of the University Paris Quest Nanterre La Défense (France).

*Mailing address: Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 200 avenue de la République, 92001, Quest Nanterre, La Défence, 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. Sadovo-Kudrinskaya, d. 9.*

**KHVAN, Leonid Borisovich** — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Administrative and Financial Law of the Tashkent State Legal Institute.

*Mailing address: 100 000, Republic of Uzbekistan, Tashkent, Glavpochtamt, a/ya 4553.*

**KOKOTOV, Aleksandr Nikolaevich** — Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Court of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

*Mailing address: 190000, Russia, St. Petersburg, Senatskaya pl., d. 1.*

**KORNEV, Arkadiy Vladimirovich** — Doctor of Law, Professor, Vice-Chairman of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University.

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

**MARINO, Ivan** — PhD in Law, Associate Professor of the University «L'Orientale», Head of the Monitoring Center for the Political and Legal System of Russia, and of the Italian Representative Office of the Constitutional Reforms Foundation.

*Mailing address: via Carlo Poerio, 15, 80121, Napoli, Italia.*

**MATSKEVICH, Igor Mikhailovich** — Doctor of Law, Professor of the Department of Forensic Studies and Criminal Executive Law of the Kutafin Moscow State Law University, President of the Union of criminalists and criminologists, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, vice-chairman of advisory council of the Highest certifying commission of the Russian Federation.

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

**PANAGIOTOPOULOS, Dimitrios** — Professor of University of Athens, Attorney-at-Law Vice-Rector, University of Central Greece, President of International Association of Sports Law (IASL), awarded «Person of the Year in Law» (2009) from the American Biographical Institute (INC).  
*Mailing address: 4 Veranzerou Str., 10677, Athens, Greece.*

**RESHETNIKOVA, Irina Valentinova** — Doctor of Law, Professor, Chairperson of the Arbitration Court of the Urals District, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of the Judicial System.  
*Mailing address: 620075, Russia, Ekaterinburg, prosp. Lenina, d. 32/27.*

**ROSSINSKAYA, Elena Rafailovna** — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Judicial Expertise of the Kutafin Moscow State Law University, President of the Association of Educational Institutions «Judicial Expertise», Academician of the Russian Academy of Natural Sciences, Merited Scientist of the Russian Federation.  
*Mailing address: 132995, Russia, Moscow, ul. Sadovo-Kudrinskaya, d. 9.*

**SHALUMOV, Michael Slavovich** — Doctor of Law, Professor, Deputy Head of Directorate — Chief of Branch of the systematization of legislation and analysis of the judicial practice at criminal procedure of the Directorate of the systematization of legislation and analysis of the judicial practice of the Supreme Court of the Russian Federation, Justice of the Supreme Court of the Russian Federation (emeritus), corresponding member of the International Academy of psychological sciences.  
*Mailing address: 121260, Russia, Moscow, ul. 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. Sadovo-Kudrinskaya, d. 9.*

**ZAKHAROV, Vladimir Viktorovich** — Doctor of Law, Professor, chairman of Arbitration court of Kursk region.  
*Mailing address: 305000, Russia, Kursk, ul. Radischeva, d. 33.*

# СОДЕРЖАНИЕ

## ИСТОРИЯ ПРАВА

*Пивоваров Н.Д.*  
Наказания в китайском праве династии Мин .....9

## ТЕОРИЯ ПРАВА

*Панченко В.Ю., Пикулева И.В.*  
Реалистическое понимание правовых режимов:  
к постановке проблемы .....15

*Юрчак Е.В.*  
Концепции вины в юридической науке .....21

## КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

*Нудненко Л.А., Тхабисимова Л.А.*  
Влияние избирательной системы  
на реализацию принципа  
всеобщего избирательного права в России.....26

*Салихов Д.Р., Харламов Д.Д.*  
Государственная измена  
и свободное распространение информации:  
между Сциллой и Харибдой .....32

*Малютин Н.С.*  
Проблема оценки соразмерности наказаний  
в актах судебного толкования  
(на примере административных штрафов) .....38

*Рузанов И.В.*  
Конституционно-правовой анализ  
четвертого антимонопольного пакета .....44

## АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

*Гапон Ю.П.*  
О некоторых проблемах  
реализации мер обеспечения производства  
по делам об административных правонарушениях  
в подразделениях пограничного контроля .....49

*Абзemiлова З.Р.*  
Альтернативная или исключительно  
судебная подведомственность районному суду дел  
об административных правонарушениях,  
указанных в ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ, производство  
по которым осуществлялось в форме  
административного расследования.....54

## ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО

*Чугунова К.Ю.*  
Информационное оружие как угроза  
национальной безопасности Российской Федерации.....59

## ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

*Цареградская Ю.К.*  
Государственный долг в дореволюционной России:  
историко-правовые аспекты становления  
и развития .....65

*Шепелева Д.В.*  
Фонды и имущество казенных предприятий:  
финансово-правовое значение .....71

## ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

*Падузова Е.Б.*  
Организационные аспекты изменения  
договорных обязательств .....76

*Глушкова Е.А.*  
К вопросу о правовой природе преимущественных  
гражданских прав как субъективных прав .....82

## БАНКОВСКОЕ ПРАВО

*Петряшов Д.С.*  
Существенные условия договора на выдачу,  
использование и обслуживание банковской карты .....88

*Фаткина Е.В.*  
Передача долга для взыскания коллектору:  
проблемы соблюдения банковской тайны.....95

## ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

*Миронова Т.К.*  
Понятие стажа в свете новейших изменений  
в законодательстве о социальном обеспечении .....101

## ЗЕМЕЛЬНОЕ И ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

*Романова О.А.*  
Тенденции совершенствования законодательства  
в сфере кадастровой деятельности  
и индивидуализации земельных участков  
как объектов недвижимого имущества .....107

*Гриц Д.С.*  
Земельные участки общего пользования:  
состав и правовое регулирование.....112

*Быковский В.К.*  
Лесоустройство  
как основная функция государства  
по обеспечению охраны лесов.....117

## УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ

*Селина Е.В.*  
Проблемы конструирования  
составов преступлений против правосудия  
в сфере уголовного судопроизводства .....121

*Иванов А.Л.*  
Об отражении значения преступлений  
небольшой и средней тяжести  
в институтах уголовного права .....126

*Смоляров М.В.*  
Реформирование  
уголовно-исполнительной системы России  
в истории страны и на современном этапе .....131

## УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

*Осипов А.Л.*  
Судебная проверка жалоб на полицейскую провокацию:  
применение процессуальных стандартов ЕСПЧ  
в уголовном судопроизводстве РФ .....137

*Корчагина Л.И.*  
К вопросу о понятии  
и сущности реабилитационных правоотношений  
в уголовном судопроизводстве России .....143

## ОРГАНИЗАЦИЯ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

*Беляев В.П.*  
Юридическая деятельность  
органов прокуратуры и следствия:  
проблемы взаимодействия .....150

## КРИМИНАЛИСТИКА И СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

*Корма В.Д., Образцов В.А.*  
Проблемы  
и пути совершенствования парадигмы  
криминалистического распознавания .....158

*Подволоцкий И.Н.*  
Предпосылки формирования  
частной теории портретной экспертизы.....169

*Ядрихинский С.А.*  
О некоторых правовых аспектах  
почерковедческой экспертизы  
в налоговых отношениях.....176

*Венев Д.А.*  
Понятие криминалистического  
обеспечения расследования преступлений,  
совершаемых медицинскими работниками  
при оказании медицинских услуг .....184

## МЕЖДУНАРОДНОЕ ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

*Кожевников К.К.*  
Демократия  
как международно-правовая ценность .....191

*Теймуров Э.С.*  
Пресная вода  
как объект международных правоотношений.....197

## ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

*Сорокина Е.М.*  
Правовые основы компетенции Европейского союза  
в области пространства свободы, безопасности  
и правосудия на современном этапе.....201

## ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ

*Зенин С.С.*  
Модель профессиональной  
общественной аттестации  
в сфере государственного управления:  
актуальные проблемы реализации.....208

*Условия опубликования  
и требования к предоставляемым  
в журнал материалам  
и их оформлению.....216*

# CONTENTS

## HISTORY OF LAW

*Pivovarov, N.D.*

Punishments in the Chinese law of the Ming Dynasty .....9

## THEORY OF LAW

*Panchenko, V.Y., Pikuleva, I.V.*

Realistic understanding of the legal regimes:  
establishing the problem.....15

*Yurchak, E.V.*

Concepts of guilt in legal science.....21

## CONSTITUTIONAL AND MUNICIPAL LAW

*Nudnenko, L.A., Thabisimova, L.A.*

The impact of electoral systems  
on the implementation of the principle  
of universal suffrage in the Russian Federation.....26

*Salihov, D.R., Harlamov, D.D.*

Treason against the state and free dissemination  
of information: between Scylla and Charybdis.....32

*Malyutin, N.S.*

Problem of evaluating punishment proportionality  
in the acts of judicial interpretation  
(based upon examples of administrative fines).....38

*Ruzanov, I.V.*

Constitutional legal analysis  
of the 4<sup>th</sup> anti-monopoly package.....44

## ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS

*Gapon, Y.P.*

On some problems regarding implementation  
of proceedings on administrative offences cases  
in the border guard departments.....49

*Abzemilova, Z.R.*

Alternative  
or exclusively judicial competence  
of the district court over the administrative offence cases  
under part 2 of Art. 23.1 of the Administrative  
Offences Code of the Russian Federation,  
when the pre-trial proceedings took place  
in the form of administrative investigation .....54

## INFORMATION LAW

*Chugunova, K.Y.*

Information weapons as a threat to national security  
of the Russian Federation.....59

## FINANCIAL LAW

*Tsaregradskaya, Y.K.*

National debt in the pre-Revolution Russia:  
historical and legal aspects of formation  
and development .....65

*Shepeleva, D.V.*

Funds and property of treasury enterprises:  
financial and legal meaning.....71

## CIVIL AND FAMILY LAW

*Poduzova, E.B.*

Organization aspects of changes  
in contractual obligations .....76

*Glushkova, E.A.*

On the issue of the legal nature  
of the preemptive civil rights as subjective rights .....82

## BANKING LAW

*Petryashov, D.S.*

Essential conditions of the contract for the issue,  
use and services for the banking card .....88

*Fatkina, E.V.*

Transferring a debt to a collector to recover:  
problems of bank secrecy.....95

## LABOR LAW AND SOCIAL SECURITY LAW

*Mironova, T.K.*

Definition of time in employment  
in the light of the latest amendments to  
the social security legislation .....101

## LAND AND ENVIRONMENTAL LAW

*Romanova, O.A.*

Tendencies of legislative improvement in the sphere of  
cadastre activities and individualization of land plots as  
objects of immovable property .....107

*Grits, D.S.*

Land plots for common use:  
elements and legal regulation .....112

*Bykovskiy, V.K.*

Forestry management as the main function  
of state in the sphere of protection of forests.....117

## CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

*Selina, E.V.*

The problems of establishing  
the elements of crimes against justice  
in criminal judicial proceedings.....121

*Ivanov, A.L.*

Reflection on the importance  
of crimes of small and moderate significance  
within the criminal law institutions.....126

*Smolyarov, M.V.*

Reform of criminal penal system  
of Russia in the history of Russia  
and at its modern stage.....131

## CRIMINAL PROCESS

*Osipov, A.L.*

Judicial examination  
of complaints on police provocation:  
application of the procedural standards  
of the European Court of Human Rights  
in the judicial proceedings  
in the Russian Federation.....137

*Korchagina, L.I.*

On the issue of definition  
and nature of rehabilitation relations  
in the criminal judicial proceedings in Russia.....143

## ORGANIZATION

### OF LAW-ENFORCEMENT ACTIVITY

*Belyaev, V.P.*

Legal activity of the prosecution  
and investigation bodies: interaction problems .....150

## FORENSIC STUDIES

### AND JUDICIAL EXPERTISE

*Korma, V.D., Obratsov, V.A.*

Problems and the ways for the improvement  
of the paradigm of forensic identification .....158

*Podvolotskiy, I.N.*

Prerequisites for the formation  
of the specific theory of portrait expertise .....169

*Yadrihinskiy, S.A.*

On some legal aspects  
of handwriting expertise in tax relations.....176

*Venev, D.A.*

Definition of forensic guarantees  
of investigation of crimes committed  
by medical staff when providing medical services .....184

## INTERNATIONAL PUBLIC LAW

*Kozhevnikov, K.K.*

Democracy as an international law value.....191

*Teimurov, E.S.*

Fresh water as an object  
of international relations.....197

## EUROPEAN UNION LAW

*Sorokina, E.M.*

Legal fundamentals  
of the competence of the European Union  
in the sphere of territory of freedom,  
security and justice at the current stage .....201

## LEGAL EDUCATION

*Zenin, S.S.*

Model of the professional public attestation  
in the sphere of state administration:  
topical issues of its implementation.....208

**Publishing conditions  
and the requirements**

**to the materials for the journal** .....216

# ИСТОРИЯ ПРАВА

Н.Д. Пивоваров\*

## Наказания в китайском праве династии Мин

**Аннотация.** В данной статье будет рассмотрена система уголовных наказаний китайской династии Мин, с использованием исторического, аналитического и дедуктивных методов. Предметом данного исследования является пенитенциарная система уголовного кодекса династии Мин. Также будет уделено внимание видам наказаний, разновидности карательных мер и их значимости для средневекового китайского социума. Будут рассмотрены субъекты и объекты преступления. В настоящее время тема китайского права является малоизученной в истории государства и права зарубежных стран, в связи с этим данная работа будет представлять интерес не только для специалистов в области истории, но и для юристов как описание образца оригинального (самобытного) права, которое было эффективным для организации определенного типа национального общества, каковым являлось общество средневекового китайского государства.

**Ключевые слова:** династия Мин, Китай, китайское право, наказание, нраво, средневековое право, династия Тан.

Китайское право времен династии Мин считается классическим. Начало его формирования положил в первой половине XIV в. н.э. основатель китайской династии Мин Чжу Юаньчжан, уделявший большое внимание созданию свода законов. Монарх лично принимал участие в его создании, и поэтому китайское право династии Мин приобрело форму кодифицированного правового источника с приложением, состоящим из дополнительных постановлений, которые, в свою очередь, детализировали, поясняли право применения основных статей закона.

В данной статье будет подробно разобрана система наказаний «*Да мин люй цзе фу ли*» (Законов великой династии Мин; уголовный кодекс династии Мин), также будут детально рассмотрены каждый из видов наказаний с пояснением разновидности субъектов и объектов преступлений. Кроме того, внимание будет уделено истории наказаний в Китае во времена правления династий, предшествовавших Мин.

Уголовный кодекс династии Мин не содержит какого-либо общего акта, который давал бы представление о пенитенциарной системе, предусматривавшейся данным сводом законов. Сведения о ней разбросаны по многим законам, дополнительным постановлениям и юридическим таблицам. Наиболее важной и существенной частью ее являлись 5 видов наказаний (*у син*).

Применение наказаний в Древнем Китае приравнивалось к карательному походу против

врага. «С помощью благой силы даумиротворяют Серединное государство, с помощью наказаний (*син*) внушают страх четырем варварам».

Наказание носило предостерегающий и устрашающий характер по отношению к потенциальным преступникам. «Наказания — лекарство для излечения от мятежей»; «Накажи одного человека и люди Поднебесной испугаются и не осмелятся своевольно совершать дурные дела». Философ-неоконфуцианец Чжу Си (время правления династии Сун) настаивал на необходимости неотвратимого наказания, на том, что нельзя «не предать смерти убийцу, не наказать того, кто ранил человека».

В свою очередь, юристы старого Китая полагали, что наказание способно и перевоспитать: «Применение наказаний направлено на то, что бы изменить душу человека, побудить его к добру, поэтому за незначительное преступление и назначается легкое наказание, с тем что бы [наказанный] мог исправить свою ошибку. А за большие преступления выносятся тяжкие наказания, чтобы предостеречь ими многих»<sup>1</sup>.

Традиционная китайская историография относила возникновение системы 5 наказаний, включавшей клеймение, отрезание носа, отрубание одной или обеих ступней ног, осклопление и

<sup>1</sup> Ян Хунле. Влияние китайского права на право государств Восточной Азии. Шанхай, 1937. Ссылка на китайский источник приведена в авторском переводе на русский язык. — Прим. ред.

© Пивоваров Н.Д., 2015

\* Пивоваров Николай Данилович — главный специалист Администрации городского округа Химки Московской области, соискатель кафедры истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

[os\_box@mail.ru]

129346, Россия, г. Москва, Анадырский пр-д, д. 41.

смертную казнь, к временам легендарных правителей Яо и Шуня (XXIV—XXIII вв. до н.э.). Однако современные исследования свидетельствуют о том, что доктрина у *син* возникла не ранее периода Чжаньго (V—III вв. до н.э.), причем перечисленные 5 наказаний являлись, по-видимому, лишь частью более широкого круга карательных мер, использовавшихся на практике.

В ханьскую эпоху клеймение, отрезание носа, отрубание ног и кастрация были отменены. Однако имеются сведения о выделении в это время, а также в царстве Вей (220—254 гг.), Цзинь (265—317 гг.) и Лян (502—557 гг.), из действовавшей в них пенитенциарной системы группы из 5 наказаний, в которую каждый раз включались несколько иные элементы.

В составленных почти одновременно (563 и 564 гг.) кодексах государств Северное Чжоу (557—581 гг.) и северное Ци (550—577 гг.) категория у *син* обрела новый смысл — она стала означать главные виды наказаний и в этом качестве вошла практически во все последующие своды законов.

Начиная с танского времени закрепляется единообразный порядок перечисленных у *син* в юридических кодексах: они располагались по принципу постепенного усиления. Выстроенной таким образом лестнице наказаний придавалось большое значение.

Фактически стандартная, «классическая» форма «пяти видов наказаний» была установлена при династии Суй и воспринята династией Тан. Статья Кодекса Тан, предусматривавшая «пять видов наказаний», охватывала практически 3 тыс. преступлений.

В минскую эпоху в у *син* входили: порка тонкими батогами, порка толстыми батогами, высылка, ссылка и смертная казнь.

Глава 1 памятника *Да мин люй цзе фу ли* посвящена мерам наказаний и принципам применения законов (*мин ли*).

К каждому из 5 в шеперечисленных видов наказаний у *син* применялось по нескольким степеням.

### 1. Наказание тонкими батогами

Что касается наказания тонкими батогами (*чи*), то оно подразделялось на 5 степеней:

- 10 ударов (возможный откуп (*шу*) от наказания составлял 600 вэней медной монетой);
- 20 ударов (возможный откуп от наказания составлял 1 гуань 200 вэней медной монетой);
- 30 ударов (возможный откуп от наказания составлял 1 гуань 800 вэней медной монетой);
- 40 ударов (возможный откуп от наказания составлял 2 гуаня 400 вэней медной монетой);
- 50 ударов (возможный откуп от наказания составлял 3 гуаня).

Термин, обозначающий наказание тонкими батогами, — *чи син* — в переведенном памятнике чаще всего выступает в сокращенной форме — *чи*. Эта экзекуционная мера в качестве официального наказания была введена в царствование западно

ханьского императора Вэнь-ди (собственное имя Лю Хэн, 179—157 гг. до н.э.)<sup>2</sup>. В 167 г. до н.э. он одобрил предложение первого министра (*чэнсяня*) Чжан Цана и главного цензора (*юйши дафу*) Фэн Цина заменить отрезание носа 300, а отрубание левой ноги 500 ударами бамбуковой палки.

При его приемнике императоре Цзин-ди (собственное имя Лю Ци, 156—141 гг. до н.э.), поскольку осужденные часто умирали под палками, количество ударов было сокращено соответственно до 300 и 200 (156 г. до н.э.), а затем (144 г. до н.э.) — до 200 и 100.

В после ханьскую эпоху экзекуция тонкими батогами применялась почти при всех династиях. Правда, в период после падения династии Хань и до воцарения Суй порка тонкими батогами чаще всего использовалась в качестве сопутствующей, а не основной кары, причем количество ударов варьировалось в разные эпохи.

В суйской империи экзекуция тонкими батогами была внесена в свод законов в качестве одного из основных стандартных наказаний, и этот порядок сохранялся затем почти до конца периода Цин.

В *Син Тан шу* («Книга (о династии) Тан в новом изложении») сообщается, что во время Хань тонкие батоги изготавливались из бамбука, а в последующие эпохи из ветвей растения чу.

В минскую эпоху тонкие батоги изготавливались в соответствии с образцом, выдававшимся из казны. Их делали из мелких ветвей растения, называвшегося цзин, которое в наиболее общедоступных словарях определяется как «терновник», «колючий куст». С ветвей, использовавшихся в качестве орудия наказания, должны были быть соструганы места сочленения сучков, кроме того, не разрешалось набивать на них гвозди или наклеивать какие-либо посторонние предметы.

Первоначально удары тонкими батогами наносились по спине, но уже Цзин-ди отдал распоряжение наказывать по ягодицам. В после ханьское время область приложения тонкими батогами расширилась так же на спину и бедра. В танский период, согласно одним источникам, был утвержден порядок, в соответствии с которым удары наносились в равных долях по ягодицам и бедрам, согласно другим — лишь по бедрам. В сунскую эпоху экзекуция тонкими батогами производилась лишь по ягодицам, и эта практика была воспринята всеми последующими династиями.

### 2. Наказание толстыми батогами

Наказание толстыми батогами (*чжан*) также подразделялось на 5 степеней:

- 60 ударов (возможный откуп от наказания 3 гуаня 600 вэней медной монетой);
- 70 ударов (возможный откуп от наказания 4 гуаня 200 вэней медной монетой);

<sup>2</sup> Как неофициальное наказание она применялась еще в эпоху Цинь (255–207 гг. до н.э.).

- 80 ударов (возможный откуп от наказания 4 гуаня 800 вэней медной монетой);
- 90 ударов (возможный откуп от наказания 5 гуаней 400 вэней медной монетой);
- 100 ударов (возможный откуп от наказания 6 гуаней медной монетой).

Термин «наказание толстыми батогами» — *чжан син* — в «Своде законов» часто сокращают в *чжан*<sup>3</sup>.

В некоторых источниках встречаются об отдельных случаях применения наказания толстыми батогами крупных сановников в Восточно-Ханьской империи (25–220) и царстве У. Цзинские декреты, содержащие сведения о размерах толстых батогов и сырье для их изготовления, а также некоторые указы правителей царства Сун и империи Северная Вэй (386–534) свидетельствуют о существовании данной карательной меры в эти периоды. Более того, в Северовэйском государстве был утвержден порядок применения толстых батогов как орудия дознания при допросах узников. Однако как общеприменимое наказание экзекуция толстыми батогами по-видимому впервые была включена в Лянский кодекс (503 г.). В Североцзинском и Северочжоуском сводах законов она вошла в состав 5 наказаний в качестве самого легкого из них. В суйский период при создании системы *у син* на место самой легкой кары, взамен битья толстыми батогами, было поставлено наказание тонкими батогами, а первое передвинуто на одну ступеньку выше, которую ранее занимала порка плетьюми, теперь вообще исключенная из числа экзекутивных мер. Эта градация сохранялась и при всех последующих династиях, за исключением Лянской, при которой, как уже говорились, не существовало системы *у син*.

Различие между тонкими и толстыми батогами в минский период было ничтожным и составляло всего лишь 1,59 и 1,64 мм, так как диаметр тонкого конца у них, которым и производилась экзекуция, соответственно равнялся 5,38 и 6,97 мм, а толстого — 8,5 и 10,14 мм, длина тех и других — 110,95 см. В этих официально установленных стандартах поражает, как и в суммах откупов, умопомрачительная точность, которая вряд ли существовала на практике, а скорее всего, была зафиксирована только на бумаге.

### 3. Высылка

Следующий вид наказания, является наказание высылкой (*ту*), который подразделялся на 5 степеней:

- 1 год и 60 толстых батогов (возможный откуп от наказания 12 гуаней медной монетой);
- 1,5 года и 70 толстых батогов (возможный откуп от наказания 15 гуаней медной монетой);
- 2 года и 80 толстых батогов (возможный откуп от наказания 18 гуаней медной монетой);

<sup>3</sup> Этот иероглиф в зависимости от его контекста может означать как орудие экзекуции, так и процесс: «палка; порка; наказание батогами; бить палками (батогами)».

- 2,5 года и 90 толстых батогов (возможный откуп от наказания 21 гуань медной монетой);
- 3 года и 100 толстых батогов (возможный откуп от наказания 24 гуаня медной монетой).

Данный вид наказания является смешанным. Он включал 4 экзекутивных меры: порку толстыми батогами, удаление с постоянного места жительства на определенный срок, выполнение в течение этого срока принудительных работ (*и или цзюй и*), во время отбывания сковывание ног железной цепью весом в 3 цзяня (= 1,8 кг).

Что же касается названия *ту*, то его появление относят к кодексу династии Северное Чжоу.

Содержание рассматриваемого наказания не было полностью идентичным в разные исторические периоды, не говоря уже о разном характере принудительных работ. В одни эпохи оно сопровождалось телесными наказаниями плетью, тонкими или толстыми батогами, обриванием головы, клеймением, заковыванием в цепи и т.д., в другие — эти дополнительные элементы отсутствовали, однако две черты были присущи всегда — изоляция осужденного на определенное время от привычных условий жизни и социальной среды, и принуждение к выполнению тяжелого физического труда.

### 4. Ссылка

Наказание ссылкой (*лю*) имело 3 степени:

Выдворение за 2000 ли и порка 100 толстыми батогами (возможный откуп от наказания 30 гуаней медной монетой);

Выдворение за 2500 ли и порка 100 толстыми батогами (возможный откуп от наказания 33 гуаня медной монетой);

Выдворение за 3000 ли и порка 100 толстыми батогами (возможный откуп от наказания 36 гуаней медной монетой).

Данному наказанию подвергались лица, совершавшие тяжелые преступления. Они выдворялись в необжитые места внутри страны, в пограничные районы, а также в округа и уезды на морском побережье, и до конца дней своих не могли вернуться на родину.

Ян Хун-ле считал, что наказание ссылкой применялось во все периоды китайской истории, начиная с эпохи Чуньцю, хотя в источниках вплоть до VI в. до н.э. использовались разные наименования.

Чень Гу-юань полагал, что ссылка в качестве одного из 5 основных стандартных наказаний впервые была включена в кодекс династии Северная Вэй. Отправка в пограничные гарнизоны (*цянъ шу*) и ссылка на окраины (*си бянь*), которые практиковались ранее, Чень Гу-юань трактовал как наказание, более близкое к изгнанию. Совершенно бесспорно, что, начиная с уложения государства Северное Чжоу, ссылка под названием *лю* непременно входила во все последующие своды законов, хотя ее содержание отличалось в разных династиях. В частности, минское

право, во многом копировавшее танский кодекс, тем не менее не воспринимало имевшейся в нем нормы об обязательном привлечении ссыльных к году принудительных работ в месте поселения.

### 5. Смертная казнь

Такой вид наказания, как смертная казнь (*сы син*), в минском уголовном законодательстве имело 2 разновидности:

Удавление (*цзяо*) и обезглавливание (*чжань*) (возможный откуп от наказаний 42 гуаня медной монетой).

Минское право предусматривало в качестве стандартных видов капитального наказания лишь обезглавливание (*чжань*) и удавление (*цзяо*). Начало этой практики было положено суйским кодексом.

В свою очередь, данные виды смертной казни подразделялась на две группы:

Предание смертной казни за караемые смертной казнью преступления, не допускающие замены приговора, не дожидаясь подходящего времени (то есть приведение приговора немедленно, без обжалования).

В данной группе в отдельную подгруппу выделялось предание смертной казни за караемые смертной казнью преступления, не допускающие замены приговора осенью.

Предание смертной казни за караемые смертной казнью преступления, допускающие замены приговора.

В первой группе такой вид смертной казни, как удавление (*цзяо*), предусматривалось 11 статьями Законов Великой династии Мин.

Например, такому наказанию по ст. 115 подвергался человек, взявший в жены или наложницы жену умершего брата.

В случае если жена или наложница избивала мужа, и в результате чего он стал калекой, по ст. 338 она каралась смертной казнью через повешенье.

Также, в соответствии со ст. 352, в случае нанесения лицами словестного оскорбления деду, бабке, отцу или матери, а также если подобные оскорбления были нанесены женой или наложницей деду, бабке, отцу или матери мужа, то они подвергались смертной казни через повешенье.

Смертная казнь через обезглавливание в первой группе предусматривалась 27 статьями.

Таким наказаниям подвергались лица, избившие своего учителя (ст. 334); рабы и работники, совершившие прелюбодеяния с женой или дочерью главы семьи (ст. 394); взявшие в жены или наложницы наложницу отца или деда, а также жену брата отца (ст. 115).

Смертная казнь через обезглавливание, относящаяся к подгруппе первой группы, то есть к смертным казням без замены приговора осенью, предусмотрена 78 статьями.

Например, смертной казни через обезглавливание подвергаются крупные сановники, само-

вольно подобравшие и назначившие чиновников (ст. 49); приближенные к императору чиновники, разглашавшие важные секретные дела посторонним (ст. 70); торговцы контрабандной солью, оказавшие сопротивление при аресте (ст. 149); офицеры и солдаты, первые отступившие с боевых позиций, а также бежавшие из рядов войск, осаждающих вражеский город (ст. 228).

Также смертная казнь через удавление, входящая в данную подгруппу, была предусмотрена 59 статьями.

Ей подвергались женщины, оставившие мужа, находившегося в бегах, и в связи с этим вышедшие вторично замуж (ст. 123); проповедники и наставники, притворяющиеся, что на них нисходят ложные духи (ст. 181); лица, самовольно вошедшие на императорскую кухню, а также в то место, где находился император (ст. 203); солдаты, троекратно бежавшие с места службы (ст. 238); мужья, избившие жену до смерти (ст. 338).

Смертная казнь в виде обезглавливания, относящаяся ко второй группе, предусмотрена всего лишь 4 статьями, а смертная казнь путем удавления всего лишь 7 статьями.

Для этого во всех крупных государствах на территории Китая применялось большое количество официально узаконенных разновидностей смертной казни. В последующее время от суйского порядка было сделано отступление лишь при династии Юань, когда в число стандартных наказаний вместо удавления было внесено разрезание на куски.

Детальное знакомство с *Да Мин люй цзи цзе фу ли* показывает, что пенитенциарная система минской эпохи не исчерпывалась 5 видами наказаний. На практике количество карательных мер и их видов было гораздо больше и разнообразней.

Также уголовный кодекс династии Мин обладал обширным арсеналом карательных мер, разновидности которых разобраны ниже.

В качестве первой из разновидностей рассмотрена такая карательная мера, как «разрезание на куски» (*лин чи*).

Данное наказание применялось к особо опасным преступникам. Существуют две версии относительно времени появления данного вида наказания. Первая версия гласит, что данное наказание было введено в период Пяти династий (907–960), а другая — в эпоху Ляо. Также имеются сведения, что к данному виду наказания прибегали и в империи Сун. Определение *лин чи* охватывала разные способы лишения жизни обвиняемого. Самым простейшим является четвертование: осужденному сначала отрубали руки и ноги, а затем перерезали горло. Более изощренный метод включал в себя последовательное отрезание частей лица и конечностей, после чего производили вспарывание грудной клетки и живота, казнь завершалась выставлением головы на шесте на всеобщее обозрение. Самый жестокий прием

умерщвления состоял в срезании маленьких кусочков плоти с тела преступника.

Данная карательная мера применялась к преступникам, замыслившим переворот, или участникам коллективного сговора, при этом не проводилось разграничение на главарей и соучастников (ст. 277); к лицам, замысливших убить или убивших родственников (ст. 307); за убийство женой или наложницей мужа (ст. 308).

Всего данная карательная мера применялась в 10 статьях Законов Великой династии Мин.

Следующей карательной мерой являлось обращение в рабство (*вей ну*). Данная мера наказания предусматривалась бстатьями, в отличие от Древней Греции, где обращением в рабство наказывался в основном невозврат долга кредиторю. В Китае подвергались ей лишь преступники одной категории, которых можно было считать правонарушителями в полном смысле слова. Преимущественно же она предназначалась для родственников, виновных в особо опасных антигосударственных и уголовных преступлениях, причем круг привлекаемых к ответственности зависел от тяжести деяния, совершенного их сородичем.

Отправка в солдаты (*чун цзюнь*) также входила в группу карательных мер. В кодексе Чжу Юань чжана данная мера наказания предусматривалась всего лишь 29 статьями, причем в 2 из них она выступала в качестве заменяющего (ст. 8 и 10), а в остальных — основного наказания. Однако практически в части основного наказания речь шла о 3 различных карательных мерах.

Первая представляла собой зачисление невоеннообязанных лиц в армию, то есть тех, кто не принадлежал к наследственному военному сословию.

Вторая мера состояла в разжаловании военных чиновников в рядовые.

Третья — фактически сводилась к переводу солдат из одних подразделений в другие: из столицы на места, а на периферии — из своих подразделений в соседние или пограничные части.

Со временем данные карательные меры стали распространенными и присутствовали в большинстве дополнительных постановлений. В данных правовых актах, в отличие от законодательных статей, имеется назначение места отбывания наказания в зависимости от тяжести преступного деяния.

Также, в сравнении с законодательными статьями, дополнительные постановления содержат еще одно нововведение: в них встречается упоминание о сроках отбывания рассматриваемого наказания. Они выражались словами *чжун энь шень* (до конца своих дней) и *юнюань* (навечно) и, следовательно, это либо соответствовало продолжительности жизни заключенного, либо даже распространялось на его потомков.

В законодательных статьях, включающих положение об отправке в солдаты, эта карательная мера предстает в виде комбинированного наказания в

связи с тем, что осужденные перед этапированием должны были подвергаться порке 100 ударами толстыми батогами. Однако в дополнительных постановлениях про телесные экзекуции ничего не говорится. Поэтому возникает вопрос, предусматривались ли меры телесного экзекуционного характера дополнительными постановлениями. Ответ на данный вопрос содержится в дополнительном постановлении 94 гл. 1, трактующем об общих принципах применения законодательных актов, которое гласило: «всех приговоренных к отправке в солдаты... освобождать от... следуемого по закону приведения в исполнение наказания толстыми батогами». Поскольку, указывалось выше, после приведения такого телесного наказания, как порка 100 толстыми батогами, многие даже не выживали, не говоря уже о серьезных проблемах со здоровьем, данное решение несомненно было принято в целях сохранения здоровья осужденным, столь необходимого для исправного несения солдатской службы.

Данным карательным мерам подвергались лица, вступившие в свиту чиновников, чтобы скрыться от повинностей (ст. 88); евнухи, сопротивляющиеся обыску при входе и выходе в императорский город (ст. 210); офицеры, тайно продававшие воинское оружие (ст. 233); офицеры, за совершение личнокорыстного преступления подлежащие наказанию высылкой или ссылкой, должны быть отправлены в различные вэй, находящиеся на соответствующем географическом расстоянии (ст. 8).

Выселение в Застенный Китай в качестве простолюдинов также являлась карательной мерой в эпоху Мин. Данная карательная мера применяется к гражданскому сословию. Она встречается лишь в дополнительных постановлениях, и в подавляющем большинстве случаев выступает в едином блоке с отправкой в солдаты, налагающейся на подчиненных военным органом. В принципе, данное наказание можно считать модификацией отправки в солдаты невоеннообязанных. Появление ее в минской правовой системе можно рассматривать как стремление форсировать хозяйственное освоение земель, примыкавших к Великой китайской стене.

В качестве карательной меры также применялась ссылка с 3 годами принудительных работ. Данная карательная мера налагалась на лиц, совершивших преступление против правосудия, оговоривших кого-либо в совершении преступления, караемого смертной казнью, если приговор оклеветанному не был приведен в исполнение.

Рассмотрев в данной статье подробно систему наказаний минской эпохи, можно сказать, что китайская правовая система имела на то время достаточно обширный арсенал санкционных норм. Пенициарная система Китая династии Мин обладала достаточно большим объективным составом, то есть охватывала большое количество преступных деяний. Данная система являлась суровой и жестокой, такой

вид наказания, как смертная казнь, встречается в кодексе династии Мин достаточно часто. При подробном изучении кодекса можно увидеть, с какой большой почитательностью законодатель относится и охраняет традиции китайского народа, такие как почитание траура, как учит уважительное отношение к членам семьи и, прежде всего, к родителям, и требует почитать различные религиозные ритуалы. В свою очередь, по законодательству можно судить и о законодателе. И если вкратце обратиться к политике и жизни основателя династии Мин, можно увидеть достаточно сурового, а иногда и жестокого прави-

теля, который наказывал своих подчиненных за малейшие проступки, но в то же время и не лишённого справедливости. Чжу Юань чжан был яростным ревнителем китайских традиций и глубоко духовным человеком. Достаточно вспомнить его двенадцатидневный пост и моления духам Неба в засуху, после которого хлынул продолжительный ливень. В целом его правление оказало положительное влияние на историю китайского народа и, прежде всего, дало Китаю кодифицированное и соответствующее своему времени законодательство и сложную административную и судебную систему.

#### Библиография:

1. Законы Великой Династии Мин: в 2 ч. / пер. и прим. Н.П. Свистунова. М.: Вост. лит., 1997–2002. Ч. 1. 573 с.; Ч. 2. 408 с.
2. Кычанов Е.И. Основы средневекового китайского права. М.: Наука, 1986. 264 с.
3. Малявин В.В. Повседневная жизнь Китая в эпоху Мин. М.: Молодая гвардия, 2008. 452 с.
4. Непомнин О.Е., Иванов Н.А. Типология азиатских обществ. М.: Вост. лит., 2010. 440 с.
5. Общество и государство в Китае: XLI научная конференция: уч. зап. Отдела Китая ИВ РАН. Вып. 3. М.: Вост. лит., 2011. 440 с.
6. Пирс К. Войны Китая. Под знаменем небесного дракона. М.: Эксмо, 2008. 248 с.
7. Рейн К. Китай. История страны. М.; СПб.: Мидгард, 2008. 544 с.
8. Сыма Цянь. Исторические записки / пер., под ред. А.Р. Вяткина. Т. 9. М.: Вост. лит., 2010. 623 с.
9. Ян Хунле. Влияние китайского права на право государств Восточной Азии. Шанхай, 1937. [оригинал на кит. яз.]

#### References (transliteration):

1. Zakony Velikoj Dinastii Min: v 2 ch. / per. i prim. N.P. Svistunova. M.: Vost. lit., 1997–2002. Ch. 1. 573 s.; Ch. 2. 408 s.
2. Kychanov E.I. Osnovy srednevekovogo kitajskogo prava. M.: Nauka, 1986. 264 s.
3. Maljavin V.V. Povsednevnaia zhizn' Kitaja v jepohu Min. M.: Molodaja gvardija, 2008. 452 s.
4. Nepomnin O.E., Ivanov N.A. Tipologija aziatskikh obshhestv. M.: Vost. lit., 2010. 440 s.
5. Obshhestvo i gosudarstvo v Kitae: XLI nauchnaja konferencija: uch. zap. Otdela Kitaja IV RAN. Vyp. 3. M.: Vost. lit., 2011. 440 s.
6. Pirs K. Vojny Kitaja. Pod znamenem nebesnogo drakona. M.: Jeksmo, 2008. 248 s.
7. Rejn K. Kitaj. Istorija strany. M.; SPb.: Midgard, 2008. 544 s.
8. Syma Cjan'. Istoricheskie zapiski / per., pod red. A.R. Vjatkina. T. 9. M.: Vost. lit., 2010. 623 s.
9. Jan Hunle. Vlijanie kitajskogo prava na pravo gosudarstv Vostochnoj Azii. Shanhaj, 1937. [original na kit. jaz.]

*Материал поступил в редакцию 23 августа 2014 г.*

### ***Punishments in the Chinese law of the Ming Dynasty***

**PIVOVAROV, Nikolay Danilovich** — chief specialist of the City District Administration of the City of Himki of the Moscow Region, postgraduate student of the Department of History of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[os\_box@mail.ru]

129346, Russia, Moskva, Anadirsky prospect, 41.

**Review.** *This article shall provide analysis of the system of criminal punishment at the time of the Ming Dynasty China with the use of historical, analytical and deduction methods. The object of studies involves the penitentiary punishment systems in the Criminal Code of the Ming Dynasty. Attention shall be paid to the types of punishments, punitive measures and their value for the medieval Chinese society. The author also views subjects and objects of crime. This study is within the scope of the science of history of state and law of foreign states. Currently the topic of Chinese law is not sufficiently studied in the science of history of state and law of foreign states, that is why this study is of interest to both lawyers and historians as a description of the original (authentic) law, which was efficient for the organization of a certain type of national society of the medieval Chinese state.*

**Keywords:** *Ming Dynasty, China, Chinese law, punishment, law, medieval law, Tang Dynasty.*

# ТЕОРИЯ ПРАВА

В.Ю. Панченко\*, И.В. Пикулева\*\*

## Реалистическое понимание правовых режимов: к постановке проблемы\*\*\*

**Аннотация.** В статье рассматриваются различные подходы к пониманию правовых режимов. Авторы статьи, анализируя нормативную трактовку правовых режимов, приходят к выводу о ее недостаточности и бессилии в объяснении различий реального действия одинаковых наборов нормативно-регулятивных средств, необходимости реалистического понимания правовых режимов как юридико-фактической характеристики правореализационных процессов. В работе проводится аналогия между понятиями «правовой режим» и «политический режим», выявляется общее сущностное начало правового и политического режимов — оба явления характеризуют право и государство в функциональном, деятельностном аспектах. С этих позиций реальная степень использования и обеспеченности прав и законных интересов обосновывается в качестве главного критерия правовых режимов той или иной области общественных отношений. Кроме того, авторами обозначены основные направления последующей теоретико-правовой разработки понятия правового режима, его видов и уровней.

**Ключевые слова:** правовой режим, правовое регулирование, политический режим, права человека, реализация права, законные интересы, правовая жизнь, правовая политика, правовая деятельность, теория права.

Анализ оперирования понятием «правовой режим» в публикациях ученых-юристов последнего десятилетия, в том числе диссертационного и монографического характера, показывает, что данный термин несет как самостоятельную познавательную нагрузку, обоснованно используется для характеристики правового регулирования, так и употребляется к месту и не к месту, выступает своего рода украшением, тогда как вкладываемое в него содержание вполне укладывается в рамки традиционных категорий способов, методов, типов и иных характеристик правового регулирования<sup>1</sup>.

Можно считать относительно устоявшимся в отечественном правоведении понимание право-

вого режима как особого порядка правового регулирования конкретной области общественных отношений, состоящего из совокупности юридических средств и отличающегося определенным их сочетанием<sup>2</sup>.

Представляется, что такая трактовка понятия «правовой режим» (которую можно условно обозначить «нормативной») отражает правовую жизнь только в нормативном срезе, показывает отношение нормативно-регулятивных средств (правовых норм, нормативных обобщений) к удовлетворению опосредуемых правом разнообразных интересов субъектов права. Если содержание нормативного регулирования адекватно выражает потребности людей и организаций и правовые процедуры их удовлетворения, право-

<sup>1</sup> См., напр.: Кальгина А.А. Правовой режим банковского счета: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006; Овлащенко А.В. Правовой режим морских пространств Латвии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006; Попов В.В. Правовой режим земель железнодорожного транспорта: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002.

<sup>2</sup> См., напр.: Косак А.В., Малько А.В. Основы теории правовых режимов // Малько А.В., Барзилова И.С. Правовые режимы: общетеоретический и отраслевые аспекты. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 8.

© Панченко В.Ю., 2015

\* Панченко Владислав Юрьевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Юридического института Сибирского федерального университета.

[panchenkovlad@mail.ru]

660075, Россия, г. Красноярск, ул. Маерчака, д. 6-224.

© Пикулева И.В., 2015

\*\* Пикулева Ирина Владимировна — студент Юридического института Сибирского федерального университета.

[pikuleva\_94@mail.ru]

660075, Россия, г. Красноярск, ул. Маерчака, д. 6-224.

\*\*\* Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда проект № 14-33-01293.

вой режим следует признать благоприятным, в противном случае — неблагоприятным в той или иной степени.

Нормативная трактовка понятия «правовой режим» оказывается бессильной для объяснения различий реального действия одинаковых наборов нормативно-регулятивных средств, примеров которых в практике предостаточно<sup>3</sup>. В этой связи актуальной представляется разработка категории правового режима как характеристики, отражающей не только нормативно запрограммированную правотворческими органами, но и реальную степень обеспеченности прав и законных интересов субъектов в определенных областях общественных отношений. Сами же по себе юридические средства, приемы, способы, методы выступают в таком подходе к пониманию правового режима в качестве основы, ориентира, системы координат для исследования реального состояния их использования или причин невозможности использования в правовой жизни.

Истоки иного, ненормативного понимания правового режима, которое с учетом его существенных характеристик можно именовать реалистическим (юридико-фактическим), обнаруживаются в работах С.С. Алексеева<sup>4</sup>, который писал, что «помимо всего иного, само существование явле-

ний, обозначаемых термином “правовой режим”, и их значение в правовой действительности свидетельствуют о многомерности, многогранности, “объемности” права... ключевое значение нормативности при характеристике права вовсе не означает сведения всей правовой действительности к одной лишь “совокупности норм”. Как только право рассматривается в динамике, в функционировании, так сразу же оно раскрывается новыми существенными гранями»<sup>5</sup>.

Правовой режим как явление находится не только в сфере возможного, но и в сфере действительного, относится к реальной правовой деятельности, юридической практике, правовой жизни, а как понятие отражает реальное состояние, положение и значение действующих правовых институтов, демонстрируя, как, каким образом государство в лице законодателя и иных правотворческих органов устанавливает баланс интересов участников общественных отношений в различных сферах правовой жизни, определяет приоритеты одних интересов и подчиняет им другие<sup>6</sup> не только в нормах права, но и в их практическом действии. Правовой режим в его реалистическом понимании отражает не только нормативные ограничения или льготы, но и состояние реальной возможности или невозможности пользования правами, что и свидетельствует о благоприятности или неблагоприятности правового режима.

Понятие «правовой режим» для правовой жизни схоже с понятием «политический режим» для жизни политической, последнее характеризует динамическую, функциональную сторону государства, то, как оно действует, властвует, какую политическую атмосферу создает в обществе<sup>7</sup>. Правовой режим является функциональной характеристикой права<sup>8</sup>, отражающей то, как действует право в условиях тех или иных обстоятельств, какой правовой «климат» создаст применительно к конкретным общественным отношениям и в то же время придает правовой жизни определенную направленность, задает курс и вектор развития, непосредственно определяя черты и параметры правового регулирования соответствующих общественных отношений. Иными словами, правовой режим отражает, во-первых, реальное состояние правовой практики, во-вторых, приемы, средства, способы, методы, с помощью которых достигается тот или иной ре-

<sup>3</sup> Так, яркий пример различия в практике осуществления права на предпринимательскую деятельность в разных субъектах РФ при одинаковых нормативных условиях приводит Л. Дальгрэн, бывший генеральный директор ИКЕА в России: в одном субъекте федерации «областные чиновники... отказались выдавать любые разрешения, если строительство не будет поручено определенной фирме... Строительство в результате заняло втрое больше времени, чем необходимо... обошлось нам где-то на 5 миллионов долларов дороже; затемновая администрация... города... объявила недействительными все соглашения, которые мы заключили с предыдущей администрацией»; тогда как в другом регионе: «как только мэр... назначил своего заместителя... лично курировать проект ИКЕА, который, в свою очередь, был объявлен приоритетным... и спустя год после того, как я впервые переступил порог мэрии, чтобы рассказать о себе, компании ИКЕА и земельном участке, который мы присмотрели... открылся магазин ИКЕА. Это абсолютный рекорд, нигде в мире открытие не происходило так быстро». «Когда мне, — пишет Л. Дальгрэн, — рассказывают о российской бюрократии, особенно в регионах, я всегда привожу пример Казани. Когда я вспоминаю Казань, я не могу отогнать от себя мысли о том, что вся Россия могла бы быть такой же активной, открытой и динамичной. Никаких препятствий или бюрократических проволочек не было и в помине. Почему в других регионах чиновники не делают все возможное, чтобы превратить Россию в самую привлекательную для инвестиций страну в мире? Теоретически, предпосылки для стимулирования инвестиционных проектов во всех регионах более или менее одинаковы. Но на практике различия в инвестиционном климате того или иного региона могут быть весьма впечатляющими. Зависит это в конечном итоге только от людей, принимающих решения» (Дальгрэн Л. Вопреки абсурду, или как я покорял Россию, а она — меня. Воспоминания бывшего генерального директора ИКЕА в России. М.: Альпина: Бизнес букс, 2010. URL: <http://www.litmir.net/br/?b=140078> (дата обращения: 25.03.2014)).

<sup>4</sup> См. подробнее: Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М.: Юрид. лит., 1989; Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2002.

<sup>5</sup> Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве // Алексеев С.С. Собр. соч. Т. 2. М.: Статут, 2010. С. 381.

<sup>6</sup> См.: Магузов Н.И., Малько А.В. Правовые режимы: Вопросы теории и практики // Правоведение. 1996. № 1. С. 17–18.

<sup>7</sup> См.: Хоменко С.М. Политический режим как элемент формы государства: теоретико-правовые и методологические особенности исследования // Юристы-Правоведь. 2010. № 4. С. 79.

<sup>8</sup> См.: Косак А.В., Малько А.В. Указ. соч. С. 7.

зультат нормативного воздействия на общественные отношения.

Продолжая аналогию с политическим режимом, следует отметить, что правовые режимы являются определенной «надстройкой», которая устанавливается над уже существующими правовыми институтами<sup>9</sup>. Другими словами, правовой режим характеризует то, как на практике осуществляются нормы права, направленные на регламентацию определенного участка социальной жизни для создания желаемого правового состояния, определения степени обеспеченности прав и законных интересов субъектов права и меры благоприятности всех правовых факторов для их реализации.

Необходима разработка такого понятия правового режима, которая отражала бы его направленность на создание желаемого правового климата, состояния общественных отношений. Это определяет методологическое значение этой категории для познания реального функционирования права как нормативного регулятора на том или ином участке правовой жизни, которое проявляется как минимум в двух функциях категории «правовой режим».

Первая функция заключается в возможности измерения посредством системы индикаторов реальной степени обеспеченности прав и законных интересов субъектов права и меры благоприятности для удовлетворения этих интересов, что позволяет определить общие тенденции развития реальной правовой деятельности, юридической практики. Индикаторы, по которым определяется правовой режим, должны позволять выявить не только формальные особенности правового регулирования соответствующей сферы общественных отношений, но и объективно существующие, практические условия реализации права, которые могут быть выражены в фактическом содействии или воспрепятствовании реализации прав и законных интересов субъектов права.

Вторая функция категории «правовой режим» видится в том, что, характеризуя реальное состояние обеспеченности прав и законных интересов, удовлетворенности опосредуемых правом интересов субъектов права в различных сферах правовой жизни, понятие «правовой режим» фиксирует, с одной стороны, исходное состояние той или иной сферы правовой жизни как объекта правовой политики, а с другой — призвано смоделировать ее новое состояние как результат воздействия с помощью тех или иных политико-правовых средств.

Реалистический подход к пониманию правового режима предполагает наличие двух слагае-

мых в его содержании — «должного» и «сущего», то есть реалистический подход ни в коем случае не отрицает нормативной трактовки понятия правового режима и свойственных ему признаков, отражающих правовой режим как единую конструкцию комплекса правовых средств различного состава и уровня<sup>10</sup>.

Так, в юридической науке справедливо отмечается, что правовые режимы устанавливаются в законодательстве и обеспечиваются государством, его принудительной силой, имеют целью специфическим образом регламентировать конкретные области общественных отношений<sup>11</sup>.

С.С. Алексеев отмечал, что «правовой режим выражает неразрывную связь правовой формы и содержания регулируемых правовых отношений. Благодаря этой характерной черте, правовые режимы позволяют видеть глубокое социальное содержание права и решать социальные задачи в неразрывной связи с содержанием регулируемых отношений»<sup>12</sup>.

В литературе особое внимание обращено на комплексную структуру правового режима, соединяющую в единую конструкцию определенный комплекс правовых средств различного состава и уровня (простые и комплексные) и характеризующую особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, позитивных обязываний<sup>13</sup>.

Г.С. Беляева, указывая на системный характер правового режима как явления, отмечает, что «правовой режим, как инструмент в системе правового регулирования, одновременно и сам является системным образованием, состоящий из подсистем, характеризующихся целостностью, целесообразностью, логичностью, сочетаемостью. Правовой режим — это упорядоченная совокупность (система) правовых средств. В рамках этой системы правовые средства сочетаются строго определенным образом, тесно взаимосвязаны и действуют комплексно, создают определенную атмосферу правового регулирования — степень благоприятности (неблагоприятности) для удовлетворения интересов субъектов права»<sup>14</sup>.

И.С. Барзилова подчеркивает особую роль правовых режимов в плане установления правового статуса субъектов, их субъективных прав и юридических обязанностей, определения по-

<sup>9</sup> См.: Ориу М. Основы публичного права. М.: Инфра-М, 2013. С. 221.

<sup>10</sup> См.: Беляева Г.С. Правовой режим: общетеоретическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Курск, 2013. С. 14.

<sup>11</sup> См. подробнее: Косак А.В., Малько А.В. Указ. соч. С. 8; Кулапов В.Л., Малько А.В. Теория государства и права. М.: Норма, 2009. С. 343.

<sup>12</sup> Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве // Собр. соч. Т. 2. С. 382.

<sup>13</sup> См.: Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения // Алексеев С.С. Собр. соч. Т. 6. С. 264; Беляева Г.С. Указ. соч. С. 13.

<sup>14</sup> Беляева Г.С. Указ. соч. С. 12–13.

рядка взаимоотношений между ними, предусматривающего соответствующие юридические процедуры<sup>15</sup>.

Однако реалистический подход к пониманию правовых режимов делает акцент на том, что правовой режим — это не только система правовых средств-установлений, закрепленных в формальных источниках права и находящихся в сфере должного, а прежде всего — отражение действительного состояния, положения и значения этих нормативно установленных комплексов правовых средств, их реального действия, использования или неиспользования в той или иной степени в правовой деятельности субъектов права. Поэтому характеристик правовых режимов, которые даются с позиций их нормативного понимания, оказывается недостаточно.

Рассматривая правовой режим в реалистическом понимании, можно выделить как минимум следующие его особенности.

Во-первых, правовой режим отражает, как на практике действуют нормативно-регулятивные средства, направленные на регламентацию определенного участка правовой жизни. Иными словами, реалистический подход к пониманию правовых режимов не ограничивается констатацией того, что нормативно-регулятивные средства приобретают значение универсальных юридических инструментов правовой политики, посредством которых становится возможным достижение некоторых правовых целей, предопределяется общая специфика правового режима и действия правового регулирования того или иного участка правовой жизни. При всей значимости для познания закономерностей правовой жизни анализ нормативных правовых актов и иных формальных источников права позволяет определить лишь наличие или отсутствие предоставленных государством (или сконструированных самими субъектами права в пределах их правотворческих полномочий) наборов правовых средств, характер направленности правового регулирования в зависимости от того, какие средства доминируют в структуре правового режима, а следовательно, и степень жесткости юридического регулирования, допустимый уровень активности субъектов, пределы их правовой самостоятельности<sup>16</sup>. Такой анализ — необходимое, но недостаточное условие для познания правовых режимов.

Полнота «картины» будет достигнута только тогда, когда будет установлен результат (или про-

дукт<sup>17</sup>) воздействия соответствующих нормативно-регулятивных средств на те или иные общественные отношения.

Во-вторых, правовой режим является не только нормативной, но и юридико-фактической характеристикой правореализационного процесса, в котором нормы права претворяются в жизнь путем правомерного поведения субъектов общественных отношений<sup>18</sup>. Реализация права как понятие, отражающее «процесс результативного воздействия права на общественные отношения»<sup>19</sup>, показывает действительное состояние доступности осуществления той или иной нормативной возможности субъектами права, что и свидетельствует о благоприятности или неблагоприятности правового режима.

В-третьих, степень благоприятности или неблагоприятности правового режима устанавливается главным образом в отношении реализации правовых возможностей теми или иными субъектами права, то есть прав<sup>20</sup> (свобод<sup>21</sup>) и законных интересов. Иногда характеристика правовых режимов ведется применительно к определенным объектам, но «режим объекта» — это лишь сокращенное словесное обозначение порядка регулирования, выраженного в характере и объеме прав по отношению к объекту (тем или иным природным объектам, видам государственного имущества, земле и т.д.)<sup>22</sup>. Центральным элементом правового режима выступают не комплексы нормативно-регулятивных средств, а в первую очередь — характеристики процесса реализации прав и законных интересов с точки зрения особенностей их использования: простоты (сложности), доступности (недоступности), массовости (единичности) и т.д.

Поскольку реалистическое понимание правового режима нуждается в серьезной теорети-

<sup>15</sup> См.: Барзилова И.С. Теоретико-отраслевые основания исследования понятия правового режима // Правовые режимы: общетеоретический и отраслевые аспекты: монография / под ред. А.В. Малько, И.С. Барзиловой. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 23.

<sup>16</sup> См.: Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве // Собр. соч. Т. 2. С. 383.

<sup>17</sup> Понятия «продукт», «продуцирование» не являются широко распространенными в юриспруденции, которая оперирует в основном понятием «результат». Однако «продукт» (и процесс его получения — «продуцирование») не сводим к ее результату, поскольку «может быть выражением адекватного достижения цели, ее невыполнения, невыполнения либо перевыполнения» (Образцов В.А. Криминалистика: парные категории. М.: Юрлитинформ, 2007. С. 31).

<sup>18</sup> См.: Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М.: Юрист, 1997. С. 412.

<sup>19</sup> Ромашов Р.А. Теория государства и права: краткий курс. СПб.: Питер, 2010. С. 157.

<sup>20</sup> См.: Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения // Алексеев С.С. Собр. соч. Т. 6. С. 264.

<sup>21</sup> Поскольку механизм реализации как прав, так и свобод идентичен, их вполне допустимо рассматривать как разные словесные обозначения одного и того же явления — гарантированных правом возможностей (См. об этом: Автономов А.С. Права человека, правозащитная и правоохранительная деятельность. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2009. С. 79–81; Малько А.В., Субочев В.В., Шериев А.М. Права, свободы, законные интересы: проблемы юридического обеспечения. М.: Норма, 2010. С. 16–18).

<sup>22</sup> См.: Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве // Алексеев С.С. Собр. соч. Т. 2. С. 382.

ко-правовой разработке, в качестве основных направлений его научного исследования могут быть обозначены следующие:

- установление связей категории «правовой режим» с другими категориями, обновление видения соотношения правового режима со средствами, способами, методами, типами и иными параметрами правового регулирования, при этом особую роль в раскрытии когнитивного потенциала понятия «правовой режим» играет понятие «правовая жизнь» (отражающее область действительного (сущего), где правовые режимы функционируют);
- особое внимание должно уделяться правовому режиму в первую очередь как познавательному средству, способному охарактеризовать

реальное состояние правовой жизни в сравнении с состояниями аналогичных сегментов правовой жизни в других регионах, других государствах (сравнительно-правовой аспект), в этом случае категория «правовой режим» способна быть эффективным средством совершенствования той или иной области правовой жизни, средством правовой политики;

- необходимо вести научный поиск критериев (индикаторов, показателей), по которым должны устанавливаться характер правового режима (благоприятный, неблагоприятный) и различаться степени благоприятности (неблагоприятности) правовых режимов, что может служить основой для типологий последних.

#### Библиография:

1. Автономов А.С. Права человека, правозащитная и правоохранительная деятельность. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2009. 448 с.
2. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения // Алексеев С.С. Собр. соч. Т. 6. М.: Статут, 2010. 558 с.
3. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2002. 601 с.
4. Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве // Алексеев С.С. Собр. соч. Т. 2. М.: Статут, 2010. С. 226–467.
5. Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М.: Юрид. лит., 1989. 286 с.
6. Барзилова И.С. Теоретико-отраслевые основания исследования понятия правового режима // Малько А.В., Барзилова И.С. Правовые режимы: общетеоретический и отраслевые аспекты. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 20–34.
7. Беляева Г.С. Правовой режим: общетеоретическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Курск, 2013. 44 с.
8. Дальгрэн Л. Вопреки абсурду, или как я покорял Россию, а она — меня. Воспоминания бывшего генерального директора IKEA в России. URL: <http://www.litmir.net/br/?b=140078>
9. Кальгина А.А. Правовой режим банковского счета: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. 24 с.
10. Косак А.В., Малько А.В. Основы теории правовых режимов // Малько А.В., Барзилова И.С. Правовые режимы: общетеоретический и отраслевые аспекты. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 5–19.
11. Кулапов В. Л., Малько А.В. Теория государства и права. М.: Норма, 2009. 383 с.
12. Малько А.В., Субочев В.В., Шериев А.М. Права, свободы, законные интересы: проблемы юридического обеспечения. М.: Норма, 2010. 192 с.
13. Матузов Н.И., Малько А.В. Правовые режимы: Вопросы теории и практики // Правоведение. 1996. № 1. С. 16–29.
14. Образцов В.А. Криминалистика: парные категории. М.: Юрлитинформ, 2007. 296 с.
15. Овлащенко А.В. Правовой режим морских пространств Латвии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. 20 с.
16. Ориу М. Основы публичного права. М.: Инфра-М, 2013. 572 с.
17. Попов В.В. Правовой режим земель железнодорожного транспорта: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. 29 с.
18. Ромашов Р.А. Теория государства и права: краткий курс. СПб.: Питер, 2010. 304 с.
19. Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М.: Юрист, 1997. 672 с.
20. Хоменко С.М. Политический режим как элемент формы государства: теоретико-правовые и методологические особенности исследования // Юрист-Правовед. 2010. № 4. С. 77–80.

#### References (transliteration):

1. Avtonomov A.S. Prava cheloveka, pravozashhitnaja i pravoohranitel'naja dejatel'nost'. M.: Fond «Liberal'najamissija», 2009. 448 s.
2. Alekseev S.S. Voshozhdenie k pravu. Poiski i reshenija // Alekseev S.S. Sobr. soch. T. 6. M.: Statut, 2010. 558 s.
3. Alekseev S.S. Voshozhdenie k pravu. Poiski i reshenija. M.: Norma, 2002. 601 s.
4. Alekseev S.S. Obshhie dozvolenija i obshhie zaprety v sovetskom prave // Alekseev S.S. Sobr. soch. T. 2. M.: Statut, 2010. S. 226–467.
5. Alekseev S.S. Obshhie dozvolenija i obshhie zaprety v sovetskom prave. M.: Jurid. lit., 1989. 286 s.
6. Barzilova I.S. Teoretiko-otraslevye osnovanija issledovanija ponjatija pravovogo rezhima // Mal'ko A.V., Barzilova I.S. Pravovye rezhimy: obshheteoreticheskij i otraslevye aspekty. M.: Jurlitinform, 2012. S. 20–34.
7. Beljaeva G.S. Pravovoj rezhim: obshheteoreticheskoe issledovanie: avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk. Kursk, 2013. 44 s.
8. Dal'gren L. Vopreki absurdu, ili kak ja pokorjal Rossiju, a ona — menja. Vospominanija byvshego general'nogo direktora IKEA v Rossii. URL: <http://www.litmir.net/br/?b=140078>
9. Kal'gina A.A. Pravovoj rezhim bankovskogo scheta: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2006. 24 s.
10. Kosak A.V., Mal'ko A.V. Osnovy teorii pravovyh rezhimov // Mal'ko A.V., Barzilova I.S. Pravovye rezhimy: obshheteoreticheskij i otraslevye aspekty. M.: Jurlitinform, 2012. S. 5–19.
11. Kulapov V. L., Mal'ko A.V. Teorija gosudarstva i prava. M.: Norma, 2009. 383 s.

12. Mal'ko A.V., Subochev V.V., Sheriev A.M. Prava, svobody, zakonnye interesy: problemy juridicheskogo obespechenija. M.: Norma, 2010. 192 s.
13. Matuzov N.I., Mal'ko A.V. Pravovye rezhimy: Voprosy teorii i praktiki // Pravovedenie. 1996. № 1. S. 16–29.
14. Obrazcov V.A. Kriminalistika: parnye kategorii. M.: Jurlitinform, 2007. 296 s.
15. Ovlashhenko A.V. Pravovoj rezhim morskikh prostranstv Latvii: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2006. 20 s.
16. Oriu M. Osnovy publichnogo prava. M.: Infra-M, 2013. 572 s.
17. Popov V.V. Pravovoj rezhim zemel' zheleznodorozhnogo transporta: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2002. 29 s.
18. Romashov R.A. Teoriya gosudarstva i prava: kratkij kurs. SPb.: Piter, 2010. 304 s.
19. Teoriya gosudarstva i prava: kurs lekcij / pod red. N.I. Matuzova, A.V. Mal'ko. M.: Jurist", 1997. 672 s.
20. Homenko S.M. Politicheskij rezhim kak jelement formy gosudarstva: teoretiko-pravovye i metodologicheskie osobennosti issledovaniya // Jurist-Pravoved. 2010. № 4. S. 77–80.

*Материал поступил в редакцию 11 сентября 2014 г.*

### ***Realistic understanding of the legal regimes: establishing the problem***

**PANCHENKO, Vladislav Yurievich** — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Theory of State and Law of the Law Institute of the Siberian Federal University.

[panchenkovlad@mail.ru]

660075, Russia, Krasnoyarsk, ul. Mayerchaka, 6-224.

**PIKULEVA, Irina Vladimirovna** — student of the Law Institute Siberian Federal University.

[pikuleva\_94@mail.ru]

660075, Russia, Krasnoyarsk, ul. Maerchaka, 6-224.

**Review.** *The article concerns various approaches to understanding legal regimes. The authors of the article analyze the normative interpretation of legal regimes and draw the conclusion that it is insufficient and incapable of explaining the difference in real application of the same combinations of normative regulation means, the need for realistic understanding of the legal regimes as legal and factual characteristics of the legal implementation processes. The article draws the analogy between the terms «legal regime» and «political regime», establishing the common basis for legal and political regimes, since both of these characterize law and state in its functional aspect. From this standpoint the real degree of application and guarantees of rights and lawful interests of people is substantiated as the main criterion of legal regime in various social spheres. The authors also point out the main directions for the further theoretical legal development of the definition of legal regime, its types and levels.*

**Keywords:** *legal regime, legal regulation, political regime, human rights, implementation of right, lawful interests, legal life, legal policy, legal activity, theory of law.*

## Концепции вины в юридической науке

**Аннотация.** В статье рассматриваются основные концепции понятия вины, сложившиеся в юридической науке: нормативная, оценочная, психологическая, опасного состояния. Автор приводит и подвергает анализу взгляды на вину ученых дореволюционного, советского и современного периодов. В ходе исследования автор устанавливает, что в рамках нормативного подхода проблема определения уголовно-правовой категории вины не ставится. В теории опасного состояния вина понимается как изменчивая и внутренне присущая человеку склонность к совершению преступлений. В рамках оценочной концепции вина рассматривается, во-первых, как оценка судом всех субъективных и объективных обстоятельств, связанных с преступлением, во-вторых, как морально-политическая оценка поведения правонарушителя с точки зрения классовых позиций. Сторонники психологической концепции понимают под виной психическое отношение лица к совершаемому деянию и его последствиям. Автор приходит к выводу, что нельзя определять психологическую и оценочную концепции вины как противоположные. Рассматривая психологическую и оценочную концепции вины в неразрывном единстве, автор дает комплексное общеправовое понятие вины.

**Ключевые слова:** вина, виновность, субъективное вменение, концепции вины, психологическая концепция вины, нормативная концепция вины, теория опасного состояния, оценочная концепция вины, общественная опасность, общественная вредность, умысел, неосторожность, интеллектуальный компонент, волевой компонент.

Вина является основанием привлечения лица к юридической ответственности и ее центральным принципом. Несмотря на это в законодательстве и юридической науке нет четкого общепризнанного понятия вины. Определение вины как психического отношения лица к совершенному деянию устарело, необходимо выработать иной, общеправовой подход к определению данного понятия.

Дореволюционная школа отечественного уголовного права отстаивала принцип субъективного вменения, придерживаясь психологической концепции вины.

По мнению Н.С. Таганцева, вменение лицу преступного деяния означает признание лица не только совершившим это деяние, но и виновным в нем, а поэтому уголовно-ответственным; без вины нет ответственности и вменения. В учении Н.С. Таганцева основное внимание уделялось разработке форм вины, а не термина «вина»<sup>1</sup>.

В науке послереволюционного периода также не существовало четкого, общепризнанного понятия вины и понятия виновности, не были определены границы данных понятий.

В ст. 10 Руководящих начал по уголовному праву РСФСР 1919 г. законодатель отступил от принципа наступления юридической ответственности только при наличии вины: «преступление в классовом обще-

стве вызывается укладом общественных отношений, в которых живет преступник. Поэтому наказание не есть возмездие за вину, не есть искупление вины»<sup>2</sup>.

Ни в УК РСФСР 1922 г.<sup>3</sup>, ни в Основных началах уголовного законодательства СССР и союзных республик 1924 г.<sup>4</sup>, ни в УК РСФСР 1926 г.<sup>5</sup> не употребляется понятие «вина», хотя сохранен умысел (прямой и косвенный) как необходимое условие уголовной ответственности. Основанием уголовной ответственности становится общественная опасность — либо субъекта, либо деяния, либо того и другого, а вменяемость и вина в той или иной форме представляются как необходимые условия применения мер наказания.

УК РФ<sup>6</sup> также не содержит понятия вины.

<sup>2</sup> Постановление Наркомюста РСФСР от 12.12.1919 «Руководящие начала по уголовному праву РСФСР» // Собрание узаконений РСФСР. 1919. № 66. С. 590.

<sup>3</sup> Постановление ВЦИК от 01.06.1922 «О введении в действие Уголовного Кодекса РСФСР.» (вместе с «Уголовным Кодексом РСФСР») // Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 15. Ст. 153.

<sup>4</sup> Основные начала уголовного законодательства Союза ССР и Союзных Республик, утв. Постановлением ЦИК СССР от 31.10.1924 // Собрание законов СССР. 1924. № 24. Ст. 205.

<sup>5</sup> Постановление ВЦИК от 22.11.1926 «О введении в действие Уголовного Кодекса РСФСР редакции 1926 г.» (вместе с «Уголовным Кодексом РСФСР») // Собрание узаконений РСФСР. 1926. № 80. Ст. 600.

<sup>6</sup> Уголовный кодекс РФ от 13.06.1996 с изм. и доп. на 23.01.2015 № 63-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

<sup>1</sup> См.: Русское уголовное право. Часть общая: лекции: в 2 т. / под ред. Н.И. Загородникова. Т. 1. М.: Наука, 1994. С. 410.

В современной юридической науке существуют несколько концепций вины: нормативная, оценочная, психологическая, опасного состояния.

*Нормативная концепция вины.* Сторонники нормативного направления определяют вину как выраженную в законе конструкцию видов умысла и неосторожности. При этом не разрешаются возникающие внутренние юридико-практические противоречия. Проблема определения уголовно-правовой категории вины не ставится.

Законодатель ограничился не совсем удачной редакцией видов умысла и неосторожности. В действующей системе уголовно-правовых норм Общей части, функциональная и юридико-техническая стороны форм вины не нашли своего непосредственного выражения. Это создает существенные сложности в практике уголовного правоприменения. В общеправовом понимании сам нормативизм вреден. Он ограничивается регламентированными в правовых нормах признаками, невольно отстаивая позиции мертвых и отживающих уголовно-правовых норм. «Сам по себе нормативный подход к праву, — пишет В.В. Лазарев, — был бы не плох. Уязвимым его делает, как это ни парадоксально, государство. В силу разных причин, в определенных обстоятельствах оно удовлетворяется устаревшими нормами или, хуже того, издает акты, идущие в разрез с жизнью, принимает нормы, работающие на консервативные силы»<sup>7</sup>. В связи с этим на сегодняшний день нормативная концепция вины для выработки общеправового понятия вины бесполезна. Она не способствует устранению имеющихся в законодательстве противоречий, хотя «по мере изучения вопросов субъективной стороны преступления создается впечатление, что авторы уголовного закона придерживались разных позиций, и поэтому логики и системности решения ее проблем в УК РФ не наблюдается»<sup>8</sup>.

*Теория опасного состояния.* Понятие опасного состояния впервые было сформулировано итальянским криминологом Р. Гарофало в книге «Критерии опасного состояния». Опасное состояние понималось им как перманентная (постоянная) и имманентная (внутренне присущая) человеку склонность к совершению преступлений.

С.В. Познышев понимал под виной такое настроение субъекта, при котором он осознает или имеет возможность осознавать, что действует преступно и находится в таких обстоятельствах, что мог бы удержаться от преступного поведения, если бы у него не были недоразвиты противодействующие этому чувства и представления (в силу личностных особенностей)<sup>9</sup>.

Вина, таким образом, складывается из двух элементов: положительного (определенное психическое настроение, вызывающее совершение преступного действия) и отрицательного (неспособность субъекта подавить это настроение, хотя по обстоятельствам дела это было возможно).

В качестве основного недостатка данной теории можно отметить, что вместо установления объективных обстоятельств дела, вместо требования установления хотя бы умысла и неосторожности как определенного психического отношения к содеянному, суду следует лишь объявить доказанным наличие у любого подсудимого преступного или виновного настроения, что открывает возможность неограниченного судебного произвола.

Вина лица за совершенное деяние подменяется опасностью личности как таковой, а само деяние воспринимается как внешнее проявление (один из симптомов) опасного состояния<sup>10</sup>.

Идеологами национал-социализма в Германии высказывались предложения построить всю систему уголовного права на основе особенностей личности преступника. В частности, в работах Вольфа, Мецгера, Зауэра и других немецких криминалистов сохранилась идея замены необходимости установления вины «типами» преступников. Привлечение к ответственности не связывается с совершением ими каких-либо конкретных деяний, предусмотренных в уголовном законе. Вольф предлагал исходить из «типов распада правового духа», наиболее опасным из которых считал тип революционера, Фрейслер доказывал, что типы преступников конструируются не при помощи признаков состава преступления, и писал, что законодатель должен ограничиваться таким описанием «типа», чтобы судья, столкнувшись с ним, мог сказать: «Этот субъект заслуживает виселицы»<sup>11</sup>.

Действительно, различные аспекты характеристики личности правонарушителя могут влиять на степень его вины в совершенном правонарушении. Так, нельзя ставить знак равенства между преступником, впервые совершившим кражу, и тем, кто занимается хищениями профессионально. Сказанное, однако, не означает безусловной виновности в совершении правонарушения ранее судимого (то есть потенциально опасного) лица.

*Оценочная концепция вины.* Представления юристов об оценочной концепции вины можно разделить на две группы

Первые оценочную концепцию вины рассматривают как оценку судом всех субъективных и объективных обстоятельств, связанных с преступлением.

Так, по мнению Б.С. Утевского, вина как основание уголовной ответственности должна включать следующие элементы:

<sup>7</sup> Теория права и государства: учебник / под ред. В.В. Лазарева. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2001. С. 57.

<sup>8</sup> Сатушиев А.Х. Актуальные проблемы концепции вины в уголовном праве и вопросы их преемственности // Юристы-Правоведы, 2007. № 4. С. 35.

<sup>9</sup> См.: Познышев С.В. Основные начала науки уголовного права: Общая часть уголовного права. М.: Изд. А.А. Карцева, 1912. С. 266, 267.

<sup>10</sup> См.: Лунеев В.В. Субъективное вменение. М.: Спарк, 2000. С. 10.

<sup>11</sup> См.: Маньковский Б.С. Расовая теория уголовного права германского фашизма // Проблемы уголовной политики. Кн. 1. М.: ОГИЗ. 1935. С. 131–153.

1) наличие совокупности субъективных и объективных обстоятельств, характеризующих подсудимого, совершенное им преступление, последствия, условия и мотивы совершения им преступления;

2) отрицательную общественную (морально-политическую) оценку от имени социалистического государства всех этих обстоятельств;

3) убеждение советского суда, что действия подсудимого на основании этой оценки должны повлечь за собой уголовную, а не какую-либо иную (административную, дисциплинарную, гражданскую) его ответственность<sup>12</sup>.

Другие под виной понимают морально-политическую оценку поведения правонарушителя с точки зрения классовых позиций.

Б.С. Маньковский подвергает критике определение вины как психического отношения лица к своим действиям и указывает, что субъективный подход к понятию вины является отражением буржуазного влияния в советском уголовном праве. Автор доказывает, что одного только психического отношения лица к своим действиям и их результатам недостаточно для признания виновности подсудимого. Вина имеется только тогда, когда, с точки зрения социалистического закона, поведение лица заслуживает осуждения. Оценка судом внутренних мотивов поведения субъекта является одним из конститутивных признаков понятия вины<sup>13</sup>.

*Психологическая концепция вины.* В современном отечественном уголовном праве психологическая концепция вины правонарушителя является господствующей. Однако ученые, ее придерживающиеся, также не едины в подходах к определению понятия вины

Разнообразие взглядов ученых-юристов на понятие вины связано, по-видимому, с тем, что в современной психологической науке также нет единого мнения относительно психологической природы чувства вины.

А.А. Пионтковский определял вину через ее формы, как «умысел и неосторожность, выраженные в совершенном лицом преступлении»<sup>14</sup>.

А.И. Рарог определяет вину как «психическое отношение лица в форме умысла и неосторожности к совершаемому им общественно-опасному деянию, в котором проявляется антисоциальная, асоциальная либо недостаточно выраженная социальная установка этого лица относительно важнейших социальных ценностей»<sup>15</sup>.

Нередко понятие вины дается через одну из ее форм или даже вид. Так, А.Ф. Черданцев пишет,

что «вина — это психическое отношение субъекта к своим действиям и последствиям, выражающееся в осознании, предвидении, желании наступления вредных последствий»<sup>16</sup>.

Интеллектуальный компонент содержания вины в приведенном определении складывается лишь из осознания лицом вредных последствий своих действий. Таким образом, получается, что субъект не осознает значения и характера совершаемых им действий, что в принципе не позволяет говорить о вине и юридической ответственности.

Ряд авторов определяют вину как отношение к уже совершенному общественно опасному деянию и его последствиям (или к совершенному противоправному деянию)<sup>17</sup>. Данная позиция представляется ошибочной, так как юридическое значение имеет лишь отношение лица к своему деянию в момент его совершения, а из данного определения следует, что субъект начал осознавать свои действия лишь после их совершения, а желать наступления определенных последствий — лишь после их наступления, что также лишает нас возможности говорить о виновности и о возможности наступления юридической ответственности. Поэтому правильнее говорить об отношении лица к совершаемому им деянию.

Кроме того, в науке нерешенным остается вопрос о допустимости применения понятия «общественная опасность», которое появилось в отечественной науке уголовного права после принятия УК РСФСР 1922 г. и использовалось при описании форм вины. Введение этого понятия в законодательство обусловлено стремлением сделать возможным привлечение любого неугодного лица к ответственности.

Общественные отношения, как известно, регулируются, кроме права, и другими социальными нормами (нормами морали, обычаяв, религиозными нормами). Несоблюдение социальных норм является, в принципе, общественно опасным поведением, так как обществу и его ценностям наносится определенный вред. Если рассматривать общественную опасность настолько широко, то любое деяние, нарушающее социальные нормы, но не нарушающее правовые нормы, можно посчитать общественно опасным.

С другой стороны, распространена точка зрения, что признаком общественной опасности обладают лишь деяния, запрещенные уголовным законом под угрозой наказания (преступления являются общественно опасными, так как посягают на самые значимые интересы общества). Этого нельзя сказать о гражданских, административных правонарушениях, применительно к которым чаще говорят об их общественной вредности.

<sup>12</sup> См.: Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М.: Госюриздат, 1950. С. 103.

<sup>13</sup> См.: Маньковский Б.С. Проблема ответственности в уголовном праве. М.; Л.: Изд-во Ан СССР, 1949. С. 115.

<sup>14</sup> Пионтковский А.А. Учение о преступлении. М.: Госюриздат, 1961. С. 105–106.

<sup>15</sup> Рарог А.И. Субъективная сторона и квалификация преступлений. М.: Профобразование, 2001. С. 10.

<sup>16</sup> Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М.: Юрайт, 2002. С. 307.

<sup>17</sup> См.: Уголовное право: Общая часть/ под ред. Б.В. Здравомыслова, Ю.А. Красикова, А.И. Рарога. М.: Юристъ, 1999. С. 173.

Если использовать понятие «общественная опасность» в узком смысле, включение его в понятие вины делает приведенное выше определение исключительно отраслевым, лишает возможности его использования во всех других отраслях права, кроме уголовного. Логичнее будет говорить об общественной вредности деяния.

Использование понятия «противоправность» представляется более удачным, так как оно, с одной стороны, позволяет однозначно трактовать деяние как нарушающее лишь нормы права, а не иные социальные нормы, а с другой — не допускает необоснованного его применения лишь к преступлениям. Но осознание противоправности не имеет для установления вины лица самостоятельного значения, так как предполагает осведомленность лица о том, что совершаемое им деяние нарушает нормы права, а незнание закона не исключает вину и не является основанием для освобождения от юридической ответственности.

Несмотря на разнообразие подходов, можно выделить моменты, объединяющие все указанные в рамках психологической концепции определения:

- 1) вина — это психическое отношение лица к определенным объективным явлениям;
- 2) это психическое отношение не только к явлениям, но и к их последствиям;
- 3) лицо осознает общественную вредность или общественную опасность своих деяний и их последствий.

Попытка авторов проекта УК 1996 г. дать законодательное понятие вины в соответствии с психологической концепцией завершилась неудачей. Ими было предложено следующее определение вины: «Вина — это сознательно-волевое психическое состояние лица, совершившего преступление, выраженное в форме умысла или неосторожности». Из данного определения не совсем понятно, к чему относится фраза «выраженное в форме умысла и неосторожности»: к субъекту или к преступлению. Кроме того, данное авторами проекта определение не дает правоприменителю никаких преимуществ по сравнению с традиционным определением. Поэтому в процессе работы над проектом был восстановлен первоначальный текст, достаточный для целей уголовно-правового регулирования<sup>18</sup>.

Термин «психическое отношение» в современных исследованиях по психологии практически не используется. Этот термин отличается неопределенностью: неясно, имеется ли в виду лишь последующая оценка субъектом совершенного поступка или то, что он его сознательно осуществил. В уголовно-

правовом определении вины вина раскрывается как умысел и неосторожность, а умысел и неосторожность, в свою очередь, характеризуются как внутреннее отношение лица к деянию и его последствиям.

В науке гражданского права психологический подход к понятию вины небезосновательно критикуют по следующим основаниям.

В процессе применения норм гражданского права правоприменители не исследуют вопрос о психическом отношении лица к деянию, а вопрос о степени вины, если и исследуется, не может кардинально повлиять на исход дела.

Правонарушения совершаются не только физическими, но и юридическими лицами. Говорить о психическом отношении лица к совершенному деянию не представляется возможным. Невозможно обнаружить у юридического лица сознание и волю.

Современные цивилисты (М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, Е.А. Суханов) считают, что в гражданском праве индивидуальные качества и психическое отношение лица к совершенному правонарушению не играют никакой роли для оценки вины должника. Поэтому для установления вины используется общая модель ожидаемого поведения в той или иной ситуации разумного и добросовестного участника имущественных отношений<sup>19</sup>.

Несмотря на отмеченные противоречия, в последние годы психологическая концепция вины в науке практически полностью заменила оценочную, но нельзя забывать о том, что вина — оценочная категория. Так как психические процессы происходят лишь в сознании лица, совершающего правонарушение, они в принципе не наблюдаемы и неизмеримы. Поэтому доказывание признаков субъективной стороны конкретного правонарушения основывается на исследовании объективных данных, полученных в ходе собирания и исследования доказательств по делу. Оценка доказательств осуществляется правоприменительным органом: следователем, судом, и зависит от конкретного лица, ее осуществляющего. Психологическую и оценочную концепции вины не следует, по нашему мнению, рассматривать как противоположные друг другу.

Учитывая изложенное, можно дать следующее общеправовое понятие вины: **вина — это психическое отношение лица к совершаемому им противоправному общественно-вредному деянию и его последствиям, в котором проявляется отрицательное субъективное отношение лица к ценностям общества и которому государством дана соответствующая объективная оценка с учетом всех обстоятельств совершения деяния.**

#### Библиография:

1. Лунеев В.В. Субъективное вменение. М.: Спарк, 2000. 70 с.
2. Маньковский Б.С. Проблема ответственности в уголовном праве. М.; Л.: Изд-во АН СССР, 1949. 124 с.
3. Маньковский И.А. Теории сущности юридического лица: история развития и современные научные подходы // Российский юридический журнал. 2010. № 4. С. 117–126.

<sup>18</sup> См.: Ситковская О.Д. Уголовный кодекс РФ: психологический комментарий. М.: Волтерс Клувер, 2009. С.28.

<sup>19</sup> См.: Пашенцев Д.А., Гарамита В.В. Вина в гражданском праве. М.: Юркомпания, 2011. С. 63.

4. Пашенцев Д.А., Гарамита В.В. Вина в гражданском праве. М.: Юркомпания, 2011. 143 с.
5. Пионтковский А.А. Учение о преступлении. М.: Госюриздат, 1961. 668 с.
6. Познышев С.В. Основные начала науки уголовного права: Общая часть уголовного права. М.: Изд. А.А. Карцева, 1912. 668 с.
7. Рарог А.И. Субъективная сторона и квалификация преступлений. М.: Профобразование, 2001. 134 с.
8. Сатушиев А.Х. Актуальные проблемы концепции вины в уголовном праве и вопросы их преемственности // Юрист-Правоведь. 2007. № 4. С. 35–39.
9. Ситковская О.Д. Уголовный кодекс РФ: психологический комментарий. М.: Волтерс Клувер, 2009. 109 с.
10. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая: лекции: в 2 т. / под ред. Н.И. Загородникова. Т. 1. М.: Наука, 1994. 380 с.
11. Теория права и государства: учебник / под ред. В.В. Лазарева. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2001. 520 с.
12. Уголовное право. Общая часть / под ред. Б.В. Здравомыслова, Ю.А. Красикова, А.И. Рарога. М.: Юрист, 1999. 348 с.
13. Утевский Б.С. Вина в советском уголовном праве. М.: Госюриздат, 1950. 319 с.
14. Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М.: Юрайт, 2002. 432 с.

#### References (transliteration):

1. Luneev V.V. Subektivnoevmenenie. M.: Spark, 2000. 70 s.
2. Man'kovskij B.S. Problemaotvetstvennosti v ugovolnomprave. M.; L.: Izd-vo AN SSSR, 1949. 124 s.
3. Man'kovskij I.A. Teoriisushhnostijuridicheskogolica: istorijarazvitija i sovremennyenauchnyepodhody // Rossijskij-uridicheskijzhurnal. 2010. № 4. S. 117–126.
4. Pashencev D.A., Garamita V.V. Vina v grazhdanskomprave. M.: Jurkompanija, 2011. 143 s.
5. Piontkovskij A.A. Uchenie o prestuplenii. M.: Gosjurizdat, 1961. 668 s.
6. Poznyshev S.V. Osnovnye nachala nauki ugovolnogo prava: Obshhaja chast' ugovolnogo prava. M.: Izd. A.A. Karceva, 1912. 668 s.
7. Rarog A.I. Subektivnaja storona i kvalifikacija prestuplenij. M.: Profobrazovanie, 2001. 134 s.
8. Satushiev A.H. Aktual'nye problemy koncepcii viny v ugovolnom prave i voprosy ih preemstvennosti // Jurist-Pravoved. 2007. № 4. S. 35–39.
9. Sitkovskaja O.D. Ugolovnyj kodeks RF: psihologicheskij kommentarij. M.: Volters Kluver, 2009. 109 s.
10. Tagancev N.S. Russkoe ugovolnoe pravo. Chast' obshhaja:lekcii: v 2 t. / pod red. N.I. Zagorodnikova. T. 1. M.: Nauka, 1994. 380 s.
11. Teorija prava i gosudarstva: uchebnik / pod red. V.V. Lazareva. 3-e izd., pererab. i dop. M.: Jurist, 2001. 520 s.
12. Ugolovnoe pravo. Obshhaja chast' / pod red. B.V. Zdravomyslova, Ju.A. Krasikova, A.I. Raroga. M.: Jurist, 1999. 348 s.
13. Utevskij B.S. Vina v sovetskom ugovolnom prave. M.: Gosjurizdat, 1950. 319 s.
14. Cherdancev A.F. Teorija gosudarstva i prava. M.: Jurajt, 2002. 432 s.

Материал поступил в редакцию 20 февраля 2015 г.

### **Concepts of guilt in legal science**

**YURCHAK, Ekaterina Valerievna** — lecturer of the Department of Theory of State and Law of the North-Western Institute (Filial Office) of the Kutafin Moscow State Law University.

[yurchak@bk.ru]

160000, Russia, Vologda, ul. Gertsena, 20-17.

**Review.** *The article concerns the key concepts of definition of guilt in legal science: normative, evaluative, psychological, of dangerous state. The author provides and analyses the attitudes to the problems of guilt of the legal scholars in pre-Revolution, Soviet and modern periods. In the course of studies the author establishes that within the normative approach the issue of criminal law category of guilt is not established. Within the dangerous state theory guilt is understood as changing and internally inherent human tendency towards committing crimes. In the evaluation concept the guilt is viewed, firstly, as evaluation by the court of all of subjective and objective circumstances related to a crime, secondly, as a moral and political evaluation of behavior of an offender from the class position. The supporters of the psychological concept regard guilt as a psychological attitude of a person towards the deed and its consequences. The author draws a conclusion that it is incorrect to regard psychological and evaluative guilt concepts as opposing ones. Evaluating psychological and evaluative guilt concepts in their unity the author provides a complex general legal definition of guilt.*

**Keywords:** *guilt, guilty, subjective imputation, concepts of guilt, psychological concept of guilt, normative concept of guilt, theory of dangerous state, evaluative concept of guilt, public danger, public harm, intent, negligence, intellectual component, will component.*

# КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Л.А. Нудненко\*, Л.А. Тхабисимова\*\*

## Влияние избирательной системы на реализацию принципа всеобщего избирательного права в России

**Аннотация.** В статье доказывается, что реализация принципа всеобщего избирательного права применительно к пассивному избирательному праву во многом зависит от существующей в стране избирательной системы; проведение выборов депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ только по пропорциональной избирательной системе является нарушением ст. 19 Конституции РФ, закрепляющей равенство прав граждан, независимо от членства в политических партиях; способствует политической коррупции.

**Ключевые слова:** избирательная система, принцип всеобщего избирательного права, пассивное избирательное право, политическая партия, депутат, Государственная Дума Федерального Собрания РФ.

Реализация принципа всеобщего избирательного права применительно к пассивному избирательному праву во многом зависит от существующей в стране избирательной системы. Как известно, 18.05.2005 г. в Федеральный закон «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ» было внесено изменение, отменившее смешанную избирательную систему и закрепившее только пропорциональные выборы депутатов Государственной Думы.

Здесь следует отметить, что абсолютное большинство зарубежных стран имеют либо мажоритарную, либо смешанную избирательную систему. Пропорциональная избирательная система применяется довольно редко. К примеру, страна с древнейшей из современных демократических конституций, США, с момента принятия конституции за более чем 200 лет никогда не меняла мажоритарной избирательной системы на пропорциональную. Там менялись правила избрания вице-президента (от избрания в легислатурах штатов к прямым выборам и т.д.) — но основные принципы избрания Палаты представителей с 1788 г. неиз-

менны. Так же как неизменной, при реформировании частных моментов, остается мажоритарная избирательная система в Великобритании.

Самым существенным аргументом против отмены смешанной избирательной системы на выборах депутатов Государственной Думы является то, что данное решение неудачно, с точки зрения реализации пассивного избирательного права беспартийных, которые лишаются возможности участвовать в выборах в качестве кандидатов в депутаты. Это является нарушением ряда статей Конституции РФ. В их числе:

- ст. 19 Конституции РФ, согласно которой все равны перед законом и судом. Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от принадлежности к общественным объединениям;
- ст. 32 Конституции РФ, провозглашающая, что граждане РФ имеют права избирать и быть избранными в органы государственной власти;
- ст. 30 Конституции РФ, закрепляющая, что никто не может быть принужден к вступлению в какое-либо объединение или пребыванию в нем;

---

© Нудненко Л.А., 2015

\* Нудненко Лидия Алексеевна — доктор юридических наук, профессор кафедры правового обеспечения государственной и муниципальной службы Института государственной службы и управления РАНХ и ГС при Президенте РФ, почетный работник высшей профессиональной школы РФ.

[nudnenko@rambler.ru]

119571, Россия, г. Москва, пр-т Вернадского, д. 82, стр. 1.

© Тхабисимова Л.А., 2015

\*\* Тхабисимова Людмила Аслановна — доктор юридических наук, профессор, заместитель директора Юридического института Пятигорского государственного лингвистического университета.

[thabisimova@rambler.ru]

360000, Россия, г. Нальчик, ул. Маяковского, д. 73.

- ст. 55, ч. 2 Конституции РФ, в соответствии с которой в Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права человека и гражданина.

Попыткой исправить этот недостаток является предписание ст. 37 Федерального закона от 18.05.2005 № 51-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ» (далее — Федеральный закон о выборах), которая допускает возможность включения в партийный список до 50 % беспартийных граждан при определенных условиях, изложенных в данной статье. Так, каждый гражданин РФ, обладающий пассивным избирательным правом, не позднее чем через 3 дня со дня официального опубликования решения о назначении выборов депутатов Государственной Думы вправе обратиться в любое региональное отделение любой политической партии с предложением включить его в федеральный список кандидатов, выдвигаемый этой политической партией. В случае поддержки этой кандидатуры не менее чем 10 членами политической партии она должна быть рассмотрена на конференции (общем собрании) регионального отделения политической партии при решении вопросов, связанных с участием политической партии в выборах<sup>1</sup>.

Кандидатура, поддержанная конференцией (общим собранием) регионального отделения политической партии, подлежит рассмотрению на съезде политической партии при решении вопроса о выдвижении федерального списка кандидатов наравне с иными кандидатурами, которые предлагаются к включению в федеральный список кандидатов.

Отсутствие вышеуказанных обращений не препятствует принятию политической партией по собственной инициативе и в соответствии с ее уставом решения о включении гражданина РФ, не являющегося членом данной политической партии, в выдвигаемый ею федеральный список кандидатов. Указанные лица могут составлять не более 50 % от числа кандидатов, включенных в федеральный список.

И хотя ст. 37 Федерального закона о выборах прямо не провозглашает, фактически она предполагает признание беспартийным гражданином программы политической партии, от которой он изъявил желание баллотироваться. В случае избрания в Государственную Думу такой депутат будет обязан претворять программу данной политической партии в жизнь, подчиняться ее дисциплине, нести ответственность в виде прекращения полномочий депутата Государственной Думы за выход по личному заявлению из состава фракции данной политической партии.

В подтверждение этого аргумента можно привести в качестве примера ситуацию с депутатом Го-

сударственной Думы 6-го созыва А. Сидякиным, который, будучи беспартийным и членом Общероссийского народного фронта (далее — ОНФ), был избран в состав Государственной Думы от политической партии «Единая Россия». За критические высказывания А. Сидякина в социальных сетях в связи с голосованием за законопроект, названный в средствах массовой информации «законом Димы Яковлева», он был отстранен от должности координатора ОНФ по Приволжскому федеральному округу. Мнение А. Сидякина по вопросу принятия Федерального закона о запрете усыновления российских сирот иностранными гражданами, высказанное во время общения в социальных сетях, расходилось с линией партии «Единая Россия»<sup>2</sup>.

Этот пример — доказательство того, что пропорциональная система выборов обеспечивает единство политической партии, не позволяет возникнуть в ней внутренней оппозиции. Политологи отмечают, что она способствует отрыву руководства партии от рядовых партийцев и ослаблению связи депутатов со своими избирателями<sup>3</sup>. Депутат, избранный по партийному списку в орган государственной власти, превращается из публичного политика в номенклатурную фигуру, которой манипулирует партийное начальство. «Политологи отмечают, что переход к пропорциональным выборам в современной России фактически означает возвращение к номенклатурному порядку формирования представительных органов. Сама Дума превратилась в машину для голосования, в которой больше нет места для дискуссий»<sup>4</sup>.

Современные исследования показывают, что широкое применение пропорциональной избирательной системы с так называемыми закрытыми партийными списками не только не препятствует, но отчасти способствует проявлению признаков, характерных для политической коррупции. Вряд ли можно представить более благоприятную для коррупции систему, чем та, при которой вопросы выдвижения кандидатов и операции с полученными мандатами кулуарно решаются центральными аппаратами политических партий, а избиратели лишены возможности осуществлять индивидуальный контроль в отношении избранных лиц. Коррупционный потенциал пропорциональной системы особенно ярко проявляется при исследовании проблемы отказа избранного кандидата от мандата, который стал традиционным явлением на выборах в Российской Федерации<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> См.: Автор законов о митингах и «иностраннных агентах» лишился поста в ОНФ. URL: <http://lenta.ru/news/2013/01/15/out/>

<sup>3</sup> См.: Анохин Н.В., Мелешкина Е.Ю. Пропорциональная избирательная система и опасности президентализма: российский случай // Полис. 2007. № 5. С. 11.

<sup>4</sup> Денисов С.А. Использование норм государственного (конституционного) права против оппозиции // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 18. С. 18.

<sup>5</sup> См.: Волков В.Э. Злоупотребление пассивным избирательным правом в контексте противодействия коррупции //

<sup>1</sup> См.: Нудненко Л.А. К вопросу о пропорциональных выборах депутатов законодательных органов государственной власти субъектов Российской Федерации // Право и политика. 2004. № 6. С. 22–28.

Так, на выборах депутатов Государственной Думы 5-го созыва от полученных мандатов отказались 132 кандидата (116 избранных по списку «Единой России», 9 — «Справедливой России», 4 — КПРФ, и 3 — ЛДПР). В Московской областной, Нижегородской, Новосибирской, Рязанской, Самарской и Челябинской региональных группах списка «Единой России» от получения мандатов отказались целиком первые тройки, то есть все кандидаты, которые значились в избирательном бюллетене.

В соответствии со ст. 37 Федерального закона о выборах об основных гарантиях избирательных прав на выборах в Государственную Думу 5-го созыва в составе федеральных списков всех политических партий было 630 беспартийных, в частности в списке «Единой России» — 51 беспартийный кандидат.

На выборах в Государственную Думу в 2011 г. число беспартийных кандидатов составляло 150 чел. У представителей общественных объединений, трудовых коллективов появилась возможность войти в партийный список из 600 чел. «Но чтобы занять в списке так называемое проходное место, попасть в десятку региональной группы, нужно было активно поучаствовать в предварительных голосованиях, заявить о своей программе. Тем не менее последнее слово в формировании списка остается за лидером «Единой России» который и предлагает окончательный вариант списка для утверждения на съезде партии. Препятствием на пути реализации пассивного избирательного права граждан является тактика «паровозов», так как в составе общефедеральной части списка и на первых позициях в региональных группах находятся члены федерального правительства, губернаторы, действующие депутаты»<sup>6</sup>.

В федеральном списке «Единой России» на выборах в Государственную Думу в 2011 г. были представители Союза женщин России, Федерации независимых профсоюзов, Всероссийского педагогического собрания, «Молодой гвардии Единой России», «Деловой России».

Согласно Конвенции о стандартах демократических выборов, избирательных прав и свобод в государствах — участниках СНГ, ратифицированной Россией в 2002 г., кандидаты и (или) списки кандидатов могут быть выдвинуты избирателями соответствующего избирательного округа в порядке самовыдвижения, а также политическими партиями (коалициями), иными общественными объединениями и другими субъектами права (п. 3 ст. 10)<sup>7</sup>.

Выборы и иные формы непосредственной демократии в системе местного самоуправления. Самара: Изд-во Самар. гос. ун-та, 2012. С. 213–214.

<sup>6</sup> См.: Ерыгина В.И. Новые модели партийного представительства в российском парламенте и совершенствование правового механизма их регулирования // Народовластие и права человека / под ред. Н.В. Витрука и Л.А. Нудненко. М.: РАП, 2012. С. 176–177

<sup>7</sup> См.: Международные избирательные стандарты: сб. док.

Итак, международные стандарты избирательного права предусматривают в качестве субъектов избирательного процесса не только политические партии, но и иные общественные объединения.

Таким образом, применение только пропорциональной избирательной системы на выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ является нарушением пассивного избирательного права беспартийных граждан, а также активного избирательного права граждан, которым не подходит ни одна из политических партий, выдвинувших списки кандидатов. Политические партии вполне могут участвовать в борьбе за власть, выдвигая не списки, а отдельных кандидатов. Кроме того, при пропорциональной избирательной системе избиратели выбирают депутатов в парламент — по их де-факто собственным корпоративным правилам (а не по правилам избирательной процедуры), которые определяют сами партии.

Итак, «неуместная “партизация власти” со стороны политической элиты может привести власть к несправедливости по ошибке или в связи с принятием “партизированных” законов. В конце концов проблематичным становится именно эффективное функционирование государства как механизма согласования общественных интересов с целью достижения справедливого общества. Конечно, при такой политике даже формальные правовые механизмы не могут играть определяющую роль в обеспечении и поддержании политико-правового порядка в правовом и демократическом государстве»<sup>8</sup>.

В науке конституционного права отмечается, что для дальнейшей демократизации политической системы России, восстановления пассивного избирательного права беспартийных граждан, во избежание подчинения общественных объединений партиям, а также таких издержек пропорциональной системы выборов, как подчинение избранных от партии беспартийных кандидатов партийной дисциплине при голосовании в парламенте, необходимо сохранить мажоритарную составляющую избирательной системы. В связи с этим заслуживает внимания и одобрения идея о восстановлении в составе Государственной Думы наряду с партийными фракциями депутатских групп как формы объединения беспартийных кандидатов<sup>9</sup>.

Требование возвращения смешанной избирательной системы на выборах в Государственную Думу содержалось в предвыборных программах всех, кроме «Единой России», политических партий накануне 04.12.2011 г.

М.: Весь мир, 2004. С. 768.

<sup>8</sup> Хачатрян А.Г. Модернизация парадигмального мышления о соотношении «политизации власти» и «партизации власти» в контексте культуры власти // Конституционное право и политика: сб. материалов междунар. науч. конф. (28–30 марта 2012 г.) / под ред. С.А. Авакьяна. М.: Юристъ, 2012. С. 47.

<sup>9</sup> См.: Ерыгина В.И. Указ. соч. С. 178.

После выборов в Государственную Думу Федерального Собрания РФ 04.12.2011 г., на которых оппозиционные партии набрали более половины голосов избирателей, лидер политической партии «Единая Россия» Д.А. Медведев высказался за возвращение смешанной избирательной системы на выборах в Государственную Думу Федерального Собрания РФ при условии, что выдвигать кандидатов в депутаты по одномандатным избирательным округам будут только политические партии. Таким образом, в случае реализации этого предложения беспартийные граждане по-прежнему были бы ограничены в реализации пассивного избирательного права. Кроме того, это сохранило бы отчуждение между обществом и государством, вытаскиванию реальных, но не отражаемых легальными партиями интересов в сферу параллельной политической деятельности несистемной оппозиции.

Таким образом, для усиления гарантий пассивного избирательного права необходимо возвращение к смешанной избирательной системе по выборам депутатов Государственной Думы, при этом право выдвигать кандидатов в депутаты должны иметь, кроме политических партий, и другие избирательные объединения, а также граждане в порядке «самовыдвижения».

В 2013 г. в Государственную Думу был внесен законопроект о восстановлении смешанной избирательной системы на выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ, при которой одна половина депутатов избирается по пропорциональной избирательной системе, а вторая половина депутатского корпуса — по мажоритарной избирательной системе из кандидатов, которые победили на выборах в одномандатных избирательных округах. Он был принят в виде Федерального закона от 22.02.2014 № 20-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ»<sup>10</sup>.

После парламентских выборов 2011 г., вызвавших протестные акции оппозиции под лозунгом «За честные выборы», бывший Президент РФ Д.А. Медведев внес в Государственную Думу законопроект, направленный на либерализацию законодательства о политических партиях, что в конечном счете должно сказаться и на реализации пассивного избирательного права российских граждан. По мнению Д.А. Медведева, российская политическая система требует сегодня и более внимательного отношения и «большого воздуха» внутри самой политической системы. Это необходимо, чтобы она стала более современной. Люди должны чувствовать, что эта политическая система в большей степени учитывает их пожелания, уважительно к ним относится и дает им возможности для реализации своих политических прав<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> См.: Российская газета. 2014. 26 февр.

<sup>11</sup> URL: [http://mail.rambler.ru/m/folder/INBOX/5095\\_1/](http://mail.rambler.ru/m/folder/INBOX/5095_1/)

Суть изменения — в резком сокращении требований к численности политических партий, необходимой для их регистрации компетентными органами государственной власти с 40 000 членов до 500. Данное изменение призвано расширить спектр представительства интересов членов гражданского общества в представительных (законодательных) органах государственной власти, расширить возможности реализации пассивного избирательного права. Однако у данного законопроекта имелись критики, которые полагали данную акцию популистской, чрезмерно либеральной мерой, «дескать, нате вам масштабную либерализацию! 500 человек вместо 40 тысяч — дух у обывателя захватывает... А что на практике получится? Организация работы партии в нашей необъятной стране — трудоемкое, а главное, затратное дело. Для этого нужны люди и серьезные ресурсы. У большинства из 68 будущих партий этого нет, а значит, работу они попросту не вытянут»<sup>12</sup>.

Думается, что в этих сомнениях есть рациональное зерно. Не случайно при обсуждении данного законопроекта в Государственной Думе имели место негативные отзывы на соответствующую норму проекта закона. Полагаем, что более предпочтительной является численность политической партии в 5000 чел., располагая которыми политическая партия смогла бы вести организационную работу по партийному строительству во всех 83 субъектах РФ.

К настоящему времени число зарегистрированных политических партий (включая парламентские) достигло 76<sup>13</sup>.

В связи с этим заслуживает внимания и обсуждения высказанное председателем «Справедливой России» С.М. Мироновым предложение судить о росте политического влияния партий, исходя из их результатов на выборах различных уровней. Например, зарегистрированная партия должна принимать участие в выборах регионального уровня. Получив места в законодательных собраниях (не менее чем в 10 субъектах РФ), партия имела бы право без подписных листов участвовать в выборах в Государственную Думу<sup>14</sup>.

В процессе обсуждения данного законопроекта в Государственной Думе высказывались предложения о закреплении нормы, разрешающей избирательные блоки на выборах в органы государственной власти. Такая возможность способствовала бы объединению нескольких политических партий в один блок, усиливала бы их позиции в конкурентной борьбе за места в представительных органах государственной власти, способствовала структуризации политической системы России.

<sup>12</sup> Блог Общественной палаты РФ. URL: <http://opr.ru/>

<sup>13</sup> URL: <http://minjust.ru/ru/press/news/doklad-ob-osushchestvlenii-ministerstvom-yusticii-rossiyskoy-federacii-gosudarstvennogo-6/>

<sup>14</sup> URL: [http://mail.rambler.ru/m/folder/INBOX/5095\\_1/](http://mail.rambler.ru/m/folder/INBOX/5095_1/)

К сожалению, данное предложение не было поддержано и не нашло отражения в действующем законодательстве о выборах.

Отмечая проблемы, связанные с действием только пропорциональной избирательной системы на выборах в Государственную Думу Федерального Собрания РФ до 22.02.2014 г., следует отметить интересное предложение В.Е. Чиркина о переходе к преференциальной пропорциональной системе, предполагающей ликвидацию республиканского избирательного округа и создание на территории РФ нескольких многомандатных избирательных округов, от которых политические партии будут выдвигать по несколько кандидатов<sup>15</sup>. При такой системе выборов, избиратели смогут выбирать кандидатов из списка политической партии, которой они отдали свои предпочтения.

Отказ от пропорциональной избирательной системы характерен для многих стран, отдавших предпочтение мажоритарной или смешанной избирательной системе. Так, в Украине отказались от пропорциональной избирательной системы и перешли к смешанной системе выборов, при которой половина депутатов Верховной Рады избирается по мажоритарной избирательной системе. В основе мотивации решения об изменении подходов к формированию украинского парламента называются: определенное разочарование общества от деятельности парламента дважды избираемого по пропорциональной избирательной системе; принцип закрытости партийных списков; жесткая, местами доходящая до абсурда, внутрифракционная дисциплина.

После реформы 2004 г. в Конституцию Украины была внесена норма, согласно которой решение о лишении депутата мандата при его выходе (или не вхождении) из фракции должен принимать не сам парламент или суд, как во всех других случаях досрочного прекращения полномочий парламентария, а руководящий орган партии. Фактически этот институт гражданского общества наделялся государственно-властными полномочиями. «Крепостное» депутатское право, смешавшись с абсо-

лютной конъюнктурностью и самовольностью партийных лидеров, формировавших списки, вызвало у большинства электората ностальгию по временам мажоритарных выборов. Одним из лозунгов кампании по изменению избирательной системы был призыв обновить элитарный клуб политиков. А поскольку партии, которые финансируются определенными промышленно-финансовыми группами, являются препятствием на этом пути, необходимо минимизировать их влияние на формирование списка кандидатов. В конечном счете были сформулированы новые правила избрания депутатов Верховной Рады Украины, которые теперь дают возможность попасть в парламент независимым кандидатам<sup>16</sup>.

Аналогичная реформа была осуществлена в Италии в 1993 г., когда пропорциональная избирательная система на выборах в верхнюю палату парламента была заменена на смешанную избирательную систему.

Обозначенная тенденция была реализована в Российской Федерации 22.02.2014 г. посредством принятия Федерального закона № 20-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ». Согласно ст. 3 этого закона 225 депутатов Государственной Думы избираются по одномандатным избирательным округам (один округ — один депутат). 225 депутатов Государственной Думы избираются по федеральному избирательному округу пропорционально числу голосов избирателей, поданных за федеральные списки кандидатов в депутаты Государственной Думы.

Число голосов избирателей, поданных за федеральный список кандидатов, определяется как сумма голосов избирателей, поданных за соответствующий федеральный список кандидатов в каждом субъекте РФ и за пределами территории РФ.

Действие Федерального закона распространяется на выборы депутатов Государственной Думы созывов, избираемых после дня его вступления в силу.

#### Библиография:

1. Анохин Н.В., Мелешкина Е.Ю. Пропорциональная избирательная система и опасности президенциализма: российский случай // Полис. 2007. № 5. С. 8–24
2. Барабаш Ю.Г. Непосредственная демократия в Украине: состояние и перспективы развития // Народовластие и права человека / под ред. проф. Н.В. Витрука и Л.А. Нудненко. М.: РАП, 2012. С. 87–89.
3. Волков В.Э. Злоупотребление пассивным избирательным правом в контексте противодействия коррупции // Выборы и иные формы непосредственной демократии в системе местного самоуправления. Самара: Изд-во Самар. гос ун-та, 2012. С. 213–214.
4. Денисов С.А. Использование норм государственного (конституционного) права против оппозиции // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 18. С. 15–21.
5. Ерыгина В.И. Новые модели партийного представительства в российском парламенте и совершенствование правового механизма их регулирования // Народовластие и права человека / под ред. Н.В. Витрука и Л.А. Нудненко. М.: РАП, 2012. С. 176–177.
6. Международные избирательные стандарты: сб. док. М.: Весь мир, 2004. 1149 с.

<sup>15</sup> См.: Чиркин В.Е. Оптимальная избирательная система для России (субъективные заметки) // Журнал российского права. 2004. № 11. С. 13–14.

<sup>16</sup> См.: Барабаш Ю.Г. Непосредственная демократия в Украине: состояние и перспективы развития // Народовластие и права человека / под ред. проф. Н.В. Витрука, Л.А. Нудненко. М.: РАП, 2012. С. 87–89.

7. Нудненко Л.А. К вопросу о пропорциональных выборах депутатов законодательных органов государственной власти субъектов Российской Федерации // Право и политика. 2004. № 6. С. 22–28
8. Хачатрян А.Г. Модернизация парадигмального мышления о соотношении «политизации власти» и «партизации власти» в контексте культуры власти // Конституционное право и политика: сб. материалов междунар. науч. конф. (28–30 марта 2012 г.) / под ред. С.А. Авакьяна. М.: Юристъ, 2012. С.42–49.
9. Чиркин В.Е. Оптимальная избирательная система для России (субъективные заметки) // Журнал российского права. 2004. № 11. С. 13–14.

**References (transliteration):**

1. Anohin N.V., Meleshkina E.Ju. Proporcional'naja izbiratel'naja sistema i opasnosti prezidencializma: rossijskij sluchaj // Polis. 2007. № 5. S. 8–24.
2. Barabash Ju.G. Neposredstvennaja demokratija v Ukraine: sostojanie i perspektivy razvitiya // Narodovlastie i prava cheloveka / pod red. prof. N.V. Vitruka i L.A. Nudnenko. M.: RAP, 2012. S. 87–89.
3. Vólkov V.Je. Zloupotreblenie passivnym izbiratel'nym pravom v kontekste protivodejstvija korruptcii // Vyborny i inye formy neposredstvennoj demokratii v sisteme mestnogo samoupravlenija. Samara: Izd-vo Samar. gos un-ta, 2012. S. 213–214.
4. Denisov S.A. Ispol'zovanie norm gosudarstvennogo (konstitucionnogo) prava protiv oppozicii // Konstitucionnoe i municipal'noe pravo. 2008. № 18. S. 15–21.
5. Erygina V.I. Novye modeli partijnogo predstavitel'stva v rossijskom parlamente i sovershenstvovanie pravovogo mehanizma ih regulirovanija // Narodovlastie i prava cheloveka / pod red. N.V. Vitruka i L.A. Nudnenko. M.: RAP, 2012. S. 176–177.
6. Mezhdunarodnye izbiratel'nye standarty: sb. dok. M.: Ves' mir, 2004. 1149 s.
7. Nudnenko L.A. K voprosu o proporcional'nyh vyborah deputatov zakonodatel'nyh organov gosudarstvennoj vlasti subektov Rossijskoj Federacii // Pravo i politika. 2004. № 6. S. 22–28.
8. Hachatrijan A.G. Modernizacija paradigmal'nogo myshlenija o sootnoshenii «politizacii vlasti» i «partizacii vlasti» v kontekste kul'tury vlasti // Konstitucionnoe pravo i politika: sb. materialov mezhdunar. nauch. konf. (28–30 marta 2012 g.) / pod red. S.A. Avak'jana. M.: Jurist", 2012. S. 42–49.
9. Chirkin V.E. Optimal'naja izbiratel'naja sistema dlja Rossii (subektivnye zametki) // Zhurnal rossijskogo prava. 2004. № 11. S. 13–14.

*Материал поступил в редакцию 26 января 2015 г.*

***The impact of electoral systems on the implementation of the principle of universal suffrage in the Russian Federation***

**NUDZENKO, Lydia Alekseevna** — Doctor of Law, Professor of the Department of Legal Support of State and Municipal Services of Institute of Public Service and Administration of the Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

[nudnenko@rambler.ru]

119571, Russia, Moskva, pr. Vernadskogo, 82, str. 1.

**TKHABISIMOVA, Lyudmila Aslanova** — Deputy Director of the Law Institute of Pyatigorsk State Linguistic University, Doctor of Law, Professor.

[thabisimova@rambler.ru]

360000, Russia, Nalchik, ul. Mayakovskogo, 73.

**Review.** *This paper argues that the implementation of the principle of universal suffrage in relation to passive suffrage is largely dependent on the countries' existing electoral system; the conduct of elections of deputies of the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation only by the proportional electoral system is a violation of article 19 of the RF Constitution, enshrining equal rights for all citizens regardless of membership in political parties; promotes political corruption.*

**Keywords:** *electoral system, the principle of universal suffrage, the passive right of suffrage, political party, Deputy, State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation.*

Д.Р. Салихов\*, Д.Д. Харламов\*\*

## Государственная измена и свободное распространение информации: между Сциллой и Харибдой

**Аннотация.** В данной статье анализируется проблема ограничения конституционного права на свободное распространение информации и установления уголовной ответственности за государственную измену. Данный вопрос приобрел особую остроту в связи с некоторыми уголовными делами по обвинению в оказании консультативной помощи иностранным государствам. Авторы статьи анализируют различные ситуации, связанные с передачей информации иностранному государству, международной либо иностранной организации или их представителям, и дают им правовую оценку. По мнению авторов, даже распространение общедоступной информации может быть основанием уголовно-правовой ответственности, но лишь в строго ограниченных случаях.

**Ключевые слова:** информация, государственная измена, криминализация, право на свободное распространение информации, пределы и ограничения конституционных прав, безопасность государства, основы конституционного строя, уголовная ответственность.

Недавние случаи из правоприменительной практики, получившие широкое освещение в средствах массовой информации, заставили задуматься о проблеме соотношения конституционного права на свободное распространение информации, предусмотренного ч. 4 ст. 29 Конституции РФ, с одной стороны, и уголовной ответственности за совершение государственной измены — с другой. На первый взгляд, данные институты либо вовсе не связаны между собой, либо связаны весьма опосредованно. Однако практика показала, что это совсем не так.

В данной статье мы пытаемся найти границы реализации указанного конституционного права, а также выявить универсальные критерии криминализации тех или иных деяний, связанных с распространением информации.

Действующее законодательство выделяет два вида информации: общедоступную информацию и информацию ограниченного доступа<sup>1</sup>. Указанная дифференциация имеет принципиальное значение и для нашей проблемы.

<sup>1</sup> Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 31. (ч. 1). Ст. 3448; (ч. 2). Ст. 5.

При этом если со вторым видом информации вопрос о порядке ее распространения и связанных с ним ограничениях довольно детально исследован<sup>2</sup>, то остается вообще нерешенным вопрос о допустимых ограничениях права на распространение общедоступной информации. Более того, часто встречается утверждение, что распространение общедоступной информации не может быть противоправным. Это суждение ниже мы попытаемся опровергнуть.

<sup>2</sup> См., напр.: Гришина Е.П., Саушкин С.А. Перспективы формирования организационно-правового режима защиты персональных данных на основе международных стандартов в деятельности кадровых служб органов ФТС России // Таможенное дело. 2009. № 4. С. 37–39; Загородников С.Н., Максимов Д.А. Чужие тайны и их защита: нормативно-правовые аспекты // Российский следователь. 2014. № 3. С. 40–44; № 4. С. 48–52; Мальцев В.А. Защита государственной тайны в Российской Федерации на современном этапе ее развития // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 4. С. 2–8; Терещенко Л.К. К вопросу о правовом режиме информации // Информационное право. 2008. № 1. С. 20–27; Соколов М.С. Некоторые вопросы противодействия угрозам информации, составляющей военную тайну // СПС «Консультант Плюс»; Фатьянов А.А. Правовые проблемы отнесения сведений к государственной тайне в условиях модернизации экономики // Административное право и процесс. 2012. № 7. С. 29–32; Шевердяев С.Н. Конституционно-правовой режим информации ограниченного доступа // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 1. С. 21–27.

© Салихов Д.Р., 2015

\* Салихов Дамир Равильевич — аспирант кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

[damirsalikhov@gmail.com]

119991, Россия, г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13–14.

© Харламов Д.Д., 2015

\*\* Харламов Даниил Дмитриевич — аспирант кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

[kharlamov91@mail.ru]

119991, Россия, г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13–14.

Прежде всего, анализируя субъективное право на свободное распространение информации, обращаем внимание на то, что в самой конституционной формуле прямо предусмотрено, что это право не является абсолютным: «каждый имеет право свободно... распространять информацию любым законным способом» (ч. 4. ст. 29 Конституции РФ). Очевидно, что законодатель имеет широкое дискреционное усмотрение в вопросе регулирования порядка распространения информации, в том числе общедоступной, однако любое ограничение свободного распространения информации должно быть обоснованным и обеспечивать должный баланс публичных и частных интересов.

Статья 275 УК РФ, запрещающая, в частности, «оказание... консультационной или иной помощи иностранному государству, международной либо иностранной организации или их представителям в деятельности, направленной против безопасности РФ», является одним из примеров законодательного ограничения анализируемого конституционного права.

Прежде всего, следует разрешить в целом вопрос о пропорциональности такого ограничения конституционного права.

Так, очевидно, что регулирование является правоограничивающим по своей природе и что такое ограничение преследует цели защиты основ конституционного строя и обеспечения обороны страны и безопасности государства, а значит, цель ограничения, в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, является легитимной.

Следующие этапы теста на пропорциональность<sup>3</sup> предусматривают установление соответствия или несоответствия средства заявленным целям и поиск иного средства, столь же эффективного, но менее правоограничивающего. Самый простой способ проверки — представить, что будет, если убрать эти правоограничивающие нормы из правового регулирования. В качестве альтернативного средства для достижения заявленных целей можно предложить иные виды ответственности, но, учитывая общественную опасность такого рода деяний, явно невозможно предусмотреть иной вид ответственности за такое противоправное распространение информации. Вопрос же размера и характера санкций за совершение данного преступления является в значительной мере предметом правовой целесообразности и усмотрения законодателя при условии

<sup>3</sup> См., напр.: Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2 (81). С. 47–66; Косла М. Пропорциональность: посягательство на права человека? Ответ Ставросу Цакиракису // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5. С. 58–66; Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? В ответ на статью Мадхава Кослы // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5 (84). С. 67–70.

соблюдения принципов справедливости, соразмерности, правовой определенности и др.

С точки зрения обеспечения баланса интересов, такое ограничение является обоснованным: интерес обеспечения безопасности государства и общества превосходит по своему значению личный интерес, который является противоправным по своей природе.

При этом остается открытым вопрос о достаточной степени правовой определенности диспозиции ст. 275 УК РФ. Проанализируем подробнее ее диспозицию.

Как отмечено выше, в качестве предмета государственной измены может выступать как общедоступная информация, так и информация ограниченного доступа (точнее, один из ее видов — государственная тайна).

В ст. 275 УК РФ предусмотрены две формы государственной измены, связанные с передачей иностранному государству сведений, составляющих государственную тайну. Две эти формы разграничиваются по субъекту преступления в зависимости от того, была ли ему вверена в установленном порядке государственная тайна.

Первая форма предусматривает ответственность за выдачу иностранному государству, международной либо иностранной организации или их представителям сведений, составляющих государственную тайну, доверенную лицу или ставшую известной ему по службе, работе, учебе или в иных случаях, предусмотренных законодательством РФ.

Вторая форма устанавливает ответственность в том случае, если виновный не был допущен в установленном порядке к сведениям, содержащим государственную тайну, но совершил действия по передаче или по собиранию, похищению или хранению в целях передачи иностранному государству, международной либо иностранной организации или их представителям указанных сведений. В данной ситуации виновный несет уголовную ответственность за государственную измену в форме шпионажа. Диспозиция ст. 275 УК РФ является ссылочной, так как в части определения шпионажа она отсылает к ст. 276 УК РФ.

В обоих случаях общественно опасный характер действий виновного не вызывает сомнений.

Так, согласно ст. 2 Закона РФ «О государственной тайне»<sup>4</sup>, государственная тайна — это защищаемые государством сведения в области его военной, внешнеполитической, экономической, разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, *распространение которых может нанести ущерб безопасности РФ* (курсив наш. — Д.С., Д.Х.).

Таким образом, само содержание сведений, отнесенных законом к государственной тайне,

<sup>4</sup> Закон РФ от 21.07.1993 № 5485-1 «О государственной тайне» // Российская газета. 1993. 21 сент.

предопределяет общественно-опасный характер действий по передаче указанной информации иностранному государству или иностранной организации. Уголовную ответственность за передачу сведений, содержащих государственную тайну, несет как лицо, которому эти сведения были доверены в установленном порядке, так и лицо, которое получило доступ к указанной информации иным способом, в том числе незаконно.

При этом состав государственной измены в форме выдачи государственной тайны сконструирован законодателем таким образом, что для признания деяния оконченным не требуется наступления каких-либо конкретных общественно опасных последствий (например, последующее использование переданных сведений в деятельности, направленной против безопасности РФ)<sup>5</sup>. Такое законодательное решение объясняется именно тем, что сам по себе факт передачи сведений, отнесенных к государственной тайне, с учетом их содержания представляет значительную общественную опасность, достаточную для криминализации деяния.

Принципиально иного подхода придерживается законодатель, когда допускает общедоступную информацию в качестве предмета преступления, предусмотренного ст. 275 УК РФ. В этом случае уголовная ответственность ограничена рядом условий.

Сведения, не относящиеся к государственной тайне, могут быть предметом государственной измены лишь при одновременном наличии двух обстоятельств:

1. Передача или собирание сведений осуществляется по заданию иностранной разведки или лица, действующего в ее интересах, либо в рамках помощи (в том числе по собственной инициативе) иностранному государству, иностранной организации или их представителям в деятельности, направленной против безопасности РФ.
2. Сведения будут использованы против безопасности РФ.

Что же выступает в данном случае в качестве основания криминализации и формирует общественную опасность указанных деяний?

Естественно, в качестве основания криминализации здесь не всегда может выступать содержание сведений, так как они могут относиться к общедоступной информации, свободное распространение которой обычно не подлежит ограничению.

Однако действия по передаче даже общедоступной информации при определенных условиях становятся общественно опасными, но не сами по себе, а в силу своей целевой направленности и функционального назначения самой информации.

Допустим, некий гражданин РФ собирает из разных источников информацию о работе транспортной системы своего города. Сами по себе эти действия не являются общественно опасными. Если этот гражданин собирает сведения, например, чтобы занять свое свободное время или в научных целях, то его действия являются нормальным и законным способом реализации своего конституционного права.

Иная правовая оценка будет дана его действиям в том случае, если гражданин собирает эти сведения по заданию иностранной разведки для последующего использования при совершении диверсий на территории РФ. Целевая направленность действий такого гражданина и функциональное назначение собираемой и передаваемой информации превращают само по себе непроступное поведение в особо тяжкое преступление против основ конституционного строя и безопасности государства.

Сходная правовая оценка будет дана действиям лица, которое собирает и передает общедоступную информацию не по заданию иностранной разведки, но в рамках консультационной или иной помощи иностранному государству, международной либо иностранной организации или их представителям в деятельности, направленной против безопасности РФ.

Можно не согласиться с вышеизложенным, приведя в качестве примера ситуацию, когда гражданин публикует в каком-то печатном издании те же самые сведения о работе транспортной системы своего города. Но в данном случае адресатом информации не является ни один из субъектов, перечисленных в ст. 275 УК РФ. И хотя это не исключает их возможность ознакомиться с содержанием таких сведений, действия гражданина в таком случае не приобретают общественно опасного характера.

Вместе с тем поскольку при государственной измене (ст. 275 УК РФ) сведения могут передаваться любым способом, в рассмотренном при мере вполне возможно привлечь лицо к уголовной ответственности, естественно, при наличии всех остальных признаков состава преступления и при условии, что согласно предварительной договоренности с адресатом сведений, предусмотренным ст. 275 УК РФ, их передача осуществляется посредством публикации в общедоступном издании.

Следует отметить, что уголовная ответственность предусмотрена не просто за факт помощи иностранному государству, а именно за содействие деятельности, направленной против безопасности РФ. Если гражданин оказывает какую-либо помощь иностранному государству не в рамках враждебной деятельности, направленной против безопасности РФ, то состав преступления, предусмотренный ст. 275 УК РФ, в его действиях отсут-

<sup>5</sup> См.: Комментарий к уголовному кодексу РФ / отв. ред. В.М. Лебедев. М.: Юрайт-Издат, 2006. С. 702.

ствуется. Несомненно, следует максимально ограничивать в такой ситуации дискреционное усмотрение правоприменителя при решении вопроса о целевой направленности деятельности гражданина в пользу иностранного государства.

При этом следует обратить внимание на то, что распространение любых оценочных суждений, в принципе, не может образовывать состав государственной измены. Данный подход основывается на существующем в науке уголовного права подходе, в соответствии с которым обнаружение умысла во вне не является стадией совершения преступления и не влечет уголовной ответственности, поскольку не создает реальной угрозы правоохраняемым ценностям<sup>6</sup>. Данный принцип был сформулирован еще римскими юристами в виде латинской максимы «Cogitationis roepam nemo patitur» («Никого не наказывают только за намерение»), содержащейся в «Дигестах Юстиниана»<sup>7</sup>.

В соответствии с указанным подходом не образует состава государственной измены (ст. 275 УК РФ), например, критика политики РФ, выражение согласия и солидарности с позицией иностранного государства по тому или иному вопросу, связанному с интересами РФ.

Распространение такой информации, несмотря на пробное правовое регулирование<sup>8</sup>, относится не к праву на свободное распространение информации, а к свободе выражения мнений, гарантированной ч. 1 ст. 29 Конституции РФ.

Исследуемый вопрос о характере сведений, являющихся предметом государственной измены, получил особую актуальность в связи с широко обсуждаемым в прессе уголовным делом, возбужденным в отношении гражданки Д.

Не касаясь вопроса о наличии или отсутствии в ее действиях состава преступления, предусмотренного ст. 275 УК РФ, мы постараемся рассмотреть, как повлияет на уголовную ответственность за государственную измену характер и содержание распространенных сведений.

По сообщению защитника, гражданка Д. обвиняется в том, что предоставила иностранному государству сведения, которые являются достоверными и представляют государственную тайну со степенью секретности «секретно». Указанные сведения, предоставленные органам Украины, могли быть использованы против безопасности РФ, в частности поставить под угрозу эффектив-

ность проведения мероприятий по усилению государственной границы с Украиной<sup>9</sup>.

В том случае, если сведения, переданные гражданкой Д. в посольство Украины, действительно относятся к государственной тайне, содеянное при наличии к тому других оснований может квалифицироваться как государственная измена в форме шпионажа. При этом функциональное назначение сведений и цели их дальнейшего использования на квалификацию, как уже говорилось выше, не влияют. Тот факт, что сведения, содержащие государственную тайну, не были доверены Д., не исключает уголовную ответственность за государственную измену в форме шпионажа.

Если в ходе следствия будет установлено, что сведения, переданные в украинское посольство, не относятся к государственной тайне, то для привлечения Д. к ответственности следствию будет необходимо установить еще ряд обстоятельств.

В частности, необходимо установить, что Д., действуя по заданию иностранной разведки, собирала общераспространенные (общедоступные) сведения для их последующего использования против безопасности РФ.

Возможно также привлечение Д. к уголовной ответственности, если общедоступные сведения были собраны ею по собственной инициативе, а не по заданию иностранной разведки, но затем были переданы иностранному государству или организации в рамках помощи в деятельности, направленной против безопасности РФ.

При этом в силу ст. 5 УК РФ все фактические обстоятельства, вменяемые лицу, должны охватываться его виной (в данном случае в виде прямого умысла).

Следует также остановиться на проблеме оценки деяния гражданки Д. как малозначительного (ст. 14 УК РФ), так как данный аргумент широко используется в прессе.

По справедливому мнению Н.Ф. Кузнецовой, с малозначительными непроступными деяниями (ч. 2 ст. 14 УК РФ), являющимися, как правило, проступками и аморальными поступками, граничат только умышленные преступления небольшой тяжести<sup>10</sup>.

Государственная измена (ст. 275 УК РФ) отнесена законодателем к категории особо тяжких преступлений, поэтому вопрос о разграничении государственной измены и малозначительного деяния вообще не может ставиться.

Сам по себе факт совершения деяния, образующего предусмотренный ст. 275 УК РФ состав преступления, является достаточным основанием для привлечения виновного к уголовной ответственности.

<sup>9</sup> См. подробнее: URL: <http://www.kommersant.ru/doc/2658850> (дата посещения: 12.03.2015).

<sup>10</sup> См.: Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / науч. ред. В.Н. Кудрявцев. М.: Городец, 2007.

<sup>6</sup> См.: Уголовное право РФ. Общая часть: учебник для вузов / под ред. В.С. Комиссарова, Н.Е. Крыловой, И.М. Тяжковой. М.: Статут, 2012. С. 363.

<sup>7</sup> Дигесты Юстиниана / пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. VII. П/т. 2. М.: Статут, 2005. С. 183.

<sup>8</sup> Так, гражданское законодательство вводит лишь термин «сведения» и никак не закрепляет понятие оценочных суждений. Это неоднократно вызывало обоснованную критику (см., например, Постановление Европейского Суда по правам человека от 21.07.2005 № 23472/03 по делу от «Гринберг против Российской Федерации»).

«Малозначительной» государственной измены не существует, как не существует «малозначительного» изнасилования или «малозначительных» массовых беспорядков.

Вызывает интерес также ситуация, связанная с передачей информации, не соответствующей действительности. По нашему мнению, передача такой информации не может рассматриваться как оказание консультативной помощи, а значит, не может быть квалифицирована по ст. 275 УК РФ. Несомненно, определенный ущерб государству и его репутации распространение такой информации может нанести, но такой состав не предусмотрен ни УК РФ, ни законодательством об административных правонарушениях. Следовательно, распространение ложной информации о деятельности государства не образует состава государственной измены.

В УК РФ существует иной состав преступления (ст. 354.1 УК РФ «Реабилитация нацизма», введенная Федеральным законом от 05.05.2014 № 128-ФЗ), в котором в качестве предмета выступают заведомо ложные сведения о деятельности СССР в годы Второй мировой войны. Распространение указанных сведений, совершенное публично, образует состав преступления, предусмотренный ст. 354.1 УК РФ.

Иная правовая оценка должна быть дана действиям лица, заблуждающегося относительно ха-

рактера передаваемых сведений. Так, например, гражданин передает иностранному государству сведения, которые, по его мнению, относятся к государственной тайне. Однако в действительности сведения, которыми владеет субъект, к государственной тайне не относятся, так как имеет место намеренная дезинформация со стороны правоохранительных органов.

В данном случае квалификация должна даваться по правилам о фактической ошибке. Так как в рассмотренном нами примере преступное намерение не было реализовано, и избранному объекту посягательства вред не был причинен, ответственность наступает не за оконченное преступление, а за покушение на него<sup>11</sup>.

Таким образом, право на свободное распространение информации подлежит ограничению в интересах защиты основ конституционного строя и обеспечения безопасности государства посредством криминализации государственной измены. Ст. 275 УК РФ в должной степени правовой определенности устанавливает правовые границы правомерного поведения в вопросах передачи направленной против безопасности РФ информации иностранному государству, международной либо иностранной организации или их представителям. При этом такое ограничение права соответствует принципам соразмерности и пропорциональности.

#### Библиография:

1. Гришина Е.П., Саушкин С.А. Перспективы формирования организационно-правового режима защиты персональных данных на основе международных стандартов в деятельности кадровых служб органов ФТС России // Таможенное дело. 2009. № 4. С. 37–39.
2. Дигесты Юстиниана / пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. VII. П/т. 2. М.: Статут, 2005. 564 с.
3. Загородников С.Н., Максимов Д.А. Чужие тайны и их защита: нормативно-правовые аспекты // Российский следователь. 2014. № 3. С. 40–44; № 4. С. 48–52.
4. Комментарий к уголовному кодексу РФ / отв. ред. В.М. Лебедев. 5-е изд., доп. и испр. М.: Юрайт-Издат, 2006. 921 с.
5. Косла М. Пропорциональность: посягательство на права человека? Ответ Ставросу Цакиракису // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5. С. 58–66.
6. Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / науч. ред. В.Н. Кудрявцев. М.: Городец, 2007. 336 с.
7. Мальцев В.А. Защита государственной тайны в Российской Федерации на современном этапе ее развития // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 4. С. 2–8.
8. Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. А.И. Коробеева. Т. 1: Преступление и наказание. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2008. 1133 с.
9. Терещенко Л.К. К вопросу о правовом режиме информации // Информационное право. 2008. № 1. С. 20–27.
10. Соколов М.С. Некоторые вопросы противодействия угрозам информации, составляющей военную тайну // ЭНИ «Военное право». 2013. Вып. 4 // СПС «Консультант Плюс».
11. Уголовное право РФ. Общая часть: учебник для вузов / под ред. В.С. Комиссарова, Н.Е. Крыловой, И.М. Тяжковой. М.: Статут, 2012. 879 с.
12. Фатьянов А.А. Правовые проблемы отнесения сведений к государственной тайне в условиях модернизации экономики // Административное право и процесс. 2012. № 7. С. 29–32.
13. Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2 (81). С. 47–66.
14. Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? В ответ на статью Мадхава Кослы // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5 (84). С. 67–70.
15. Шевердяев С.Н. Конституционно-правовой режим информации ограниченного доступа // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 1. С. 21–27.

<sup>11</sup> См.: Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. А.И. Коробеева. Т. 1: Преступление и наказание. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2008. С. 500.

**References (transliteration):**

1. Grishina E.P., Saushkin S.A. Perspektivy formirovaniya organizacionno-pravovogo rezhima zashhity personal'nyh dannyh na osnove mezhdunarodnyh standartov v dejatel'nosti kadrovyyh sluzhb organov FTS Rossii // Tamozhennoe delo. 2009. № 4. S. 37–39.
2. Digesty Justiniana / per. s lat.; otv. red. L.L. Kofanov. T. VII. P/t. 2. M.: Statut, 2005. 564 s.
3. Zagorodnikov S.N., Maksimov D.A. Chuzhie tajny i ih zashhita: normativno-pravovye aspekty // Rossijskij sledovatel'. 2014. № 3. S. 40–44; № 4. S. 48–52.
4. Kommentarij k ugovolnomu kodeksu RF / otv. red. V.M. Lebedev. 5-e izd., dop. i ispr. M.: Jurajt-Izdat, 2006. 921 s.
5. Kosla M. Proporcional'nost': posjagatel'stvo na prava cheloveka? Otvet Stavrosu Cakirakisu // Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie. 2011. № 5. S. 58–66.
6. Kuznecova N.F. Problemy kvalifikacii prestuplenij: lekcii po speckursu «Osnovy kvalifikacii prestuplenij» / nauch. red. V.N. Kudrjavcev. M.: Gorodec, 2007. 336 s.
7. Mal'cev V.A. Zashhita gosudarstvennoj tajny v Rossijskoj Federacii na sovremennom jetape ee razvitiya // Konstitucionnoe i municipal'noe pravo. 2008. № 4. S. 2–8.
8. Polnyj kurs ugovolnogo prava: v 5 t. / pod red. A.I. Korobeeva. T. 1: Prestuplenie i nakazanie. SPb.: Jurid. centr Press, 2008. 1133 s.
9. Tereshhenko L.K. K voprosu o pravovom rezhime informacii // Informacionnoe pravo. 2008. № 1. S. 20–27.
10. Sokolov M.S. Nekotorye voprosy protivodejstvija ugrozam informacii, sostavljajushhej voennuju tajnu // JeNI «Voennoe pravo». 2013. Vyp. 4 // SPS «Konsul'tant Pljus».
11. Ugolovnoe pravo RF. Obshhaja chast': uchebnik dlja vuzov / pod red. V.S. Komissarova, N.E. Krylovoj, I.M. Tjzhkovej. M.: Statut, 2012. 879 s.
12. Fat'janov A.A. Pravovye problemy otnesenija svedenij k gosudarstvennoj tajne v uslovijah modernizacii jekonomiki // Administrativnoe pravo i process. 2012. № 7. S. 29–32.
13. Cakirakis S. Proporcional'nost': posjagatel'stvo na prava cheloveka? // Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie. 2011. № 2 (81). S. 47–66.
14. Cakirakis S. Proporcional'nost': posjagatel'stvo na prava cheloveka? V otvet na stat'ju Madhava Kosly // Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie. 2011. № 5 (84). S. 67–70.
15. Sheverdjaev S.N. Konstitucionno-pravovoj rezhim informacii ogranichenogo dostupa // Konstitucionnoe i municipal'noe pravo. 2007. № 1. S. 21–27.

*Материал поступил в редакцию 13 марта 2015 г.*

***Treason against the state and free dissemination of information: between Scylla and Charybdis***

**SALIOV, Damir Ravilievich** — postgraduate student of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Law Faculty of the Moscow State University named after M.V. Lomonosov.  
[damirsaliov@gmail.com]  
119991, Russia, Moskva, Leninskie gory, d. 1, str. 13-14.

**HARLAMOV, Daniil Dmitrievich** — postgraduate student of the Department of Criminal Law and Criminology of the Law Faculty of the Moscow State University named after M.V. Lomonosov.  
[kharlamov91@mail.ru]  
119991, Russia, Moskva, Leninskie gory, d. 1, str. 13-14.

**Review.** *This article analyzes the problem of limitation of the constitutional right to the free flow of information in connection with the establishment of criminal liability for treason. This issue has acquired special urgency in connection with certain criminal cases on charges of providing advice to foreign countries. The authors analyze different situations involving the transfer of information to a foreign state, an international or foreign organization or their representatives, and give them a legal assessment. According to the authors, distribution of even publicly available information can be the basis of criminal liability, but only in strictly limited circumstances.*

**Keywords:** *information, treason, criminalization, right to free flow of information, limits and restrictions of constitutional rights, security of state, foundations of constitutional order, criminal liability.*

## Проблема оценки соразмерности наказаний в актах судебного толкования (на примере административных штрафов)

**Аннотация.** Настоящее исследование посвящено одной из наиболее популярных сегодня проблем юридической науки — проблеме соразмерности — на примере некоторых решений Конституционного Суда РФ, связанных с оценкой конституционности административных наказаний. Автор предпринимает попытку проанализировать институт соразмерности с отраслевых позиций и обосновать наличие определенных трудностей при отраслевом применении данного подхода. Автором делается обоснованный вывод, что при достаточно глубокой проработанности проблемы соразмерности в качестве универсального правового принципа слишком мало внимания уделяется конкретным отраслевым дисфункциям при использовании данного принципа. В частности, отмечается наличие существенных проблем при использовании количественного подхода к соразмерности при осуществлении конституционного толкования. Автор приходит к выводу, что использование Конституционным Судом РФ критериев соразмерности при осуществлении конституционного толкования возможно исключительно с точки зрения качественного подхода. Количественные же критерии являются инструментарием законодателя и правоприменителя, а потому не могут использоваться Конституционным Судом РФ при обосновании конституционности оспариваемых положений.

**Ключевые слова:** Конституционный Суд РФ, конституционное толкование, соразмерность, пропорциональность, административные наказания, административный штраф, уголовный штраф, количественные и качественные характеристики соразмерности, конституционная соразмерность.

### Введение

Как известно, одной из ключевых функций правосудия является установление справедливого баланса при рассмотрении тех или иных правовых споров. Между тем достижение подобного баланса зачастую осуществляется посредством правильного подхода к толкованию необходимых нормативных предписаний. Собственно говоря, на данном подходе и построен активно обсуждаемый сегодня в научном сообществе принцип пропорциональности или, как его еще иногда называют, — принцип соразмерности<sup>1</sup>. При этом большинство исследователей данного вопроса концентрируют свой научный анализ на проблемах универсальности подхода, его функциональных возможностей и пр. Как бы за кадром остаются некоторые отраслевые или даже институциональные аспекты применения пропорциональности. В этой связи особый интерес, по нашему мнению, представляет конституционно-правовой анализ институционального применения принципа пропорциональности на примере оценки соразмерности наказаний.

<sup>1</sup> Стоит оговориться, что в науке существуют подходы, в рамках которых данные понятия содержательно разграничиваются, но для целей настоящего исследования мы будем использовать их как тождественные.

Начать анализ данной проблемы необходимо со структурирования предмета исследования и постановки необходимых вопросов, которые позволят сделать исследование более системным и логичным, а также в некоторой степени более репрезентативным. В рамках такого научного препарирования проблемы соразмерности наказаний (на примере административных штрафов) стоит выделить следующие концептуальные блоки анализа: 1) возможность/необходимость установления ответственности (наказания) за конкретное деяние; 2) определение пределов, в рамках которых это наказание может быть установлено; 3) соотношение административных и уголовных санкций.

Но прежде чем начать предметный анализ поставленных вопросов необходимо, как зачастую говорят практикующие юристы, «определиться в понятиях». В данном случае необходимо ответить на вопрос о том, может ли являться объектом оценки с позиций пропорциональности установленная за противоправное деяние санкция, скажем, штраф в размере 100 000 руб.? Ответ, казалось бы, очевиден — конечно, да. Между тем представляется, что решение данной головоломки несколько сложнее. Это связано с необходимостью определить тот объект, с которым происходит соизмерение некой абстрактной санкции. Исходя из общего понимания

наказания, можно сделать вывод, что таким объектом являются те общественные отношения, которые претерпели негативное воздействие от правонарушения, за которое предусмотрена конкретная санкция. Таким образом, можно говорить о том, что предусмотренная в конкретной норме санкция должна быть соразмерна причиненному данным правонарушением ущербу (вреде). Данный подход, вне всякого сомнения, представляется справедливым. Но не стоит забывать и о такой функции наказания, как общая и специальная превенция, а именно направленность на предотвращение совершения подобных деяний в будущем. Более того, очевидно, что данная цель выступает в качестве первостепенной в контексте стабильности правового регулирования и общего уважения к закону, а уж в экстраординарных случаях — восстановления нарушенной справедливости. В этой связи перед нами неизбежно встает вопрос о критериях оценки соразмерности в данной ситуации. Учитывая, что установление санкции за конкретные правонарушения находится в компетенции законодателя, основной функцией которого в том числе и является оценка целого спектра социально-экономических, политических, психологических и прочих факторов, которые влияют на превентивную эффективность вводимого наказания, можно прийти к выводу, что в данной ситуации анализ соразмерности наказания превращается в анализ целесообразности его установления в конкретном размере<sup>2</sup>. Подобная ситуация, по нашему мнению, вряд ли может рассматриваться в контексте проблемы пропорциональности. С учетом сказанного можно сделать вывод, что о соразмерности наказания стоит говорить лишь с точки зрения его концептуальной оценки, оценки целого комплекса мер и институтов, обеспечивающих применение данного наказания на практике (в том числе сроков привлечения, размеров, различных альтернатив наказанию, процедур применения и пр.).

Сделав необходимую оговорку, можно перейти к непосредственному анализу поставленных ранее проблем.

### **1. Возможность/необходимость установления ответственности (наказания) за конкретное деяние**

Учитывая многообразие видов правонарушений, в качестве иллюстрации считаем возможным

<sup>2</sup> Подобной позиции придерживаются и некоторые авторы, справедливо отмечая, что говорить о соразмерности можно лишь в отношении качественной характеристики нормы, а именно: полноты регулирования, четкости в формулировании оснований применения и пр. (См.: Тарибо Е.В., Козленко М.С. О соразмерности наказания за непредставление сведений (комментарий к Постановлению Конституционного Суда РФ от 17.01.2013 № 1-П) // Конкуренция и право. 2013. № 2. С. 51–57). Между тем спорным представляется вывод авторов о существовании некой количественной характеристики соразмерности. Подробнее об этом см. далее.

остановиться на подробном анализе установления административного наказания в области проведения публичных мероприятий, а также за ряд экономических правонарушений (антимонопольных и т.п.). Следуя устоявшейся логике проверки соразмерности<sup>3</sup>, начнем наш анализ с установления легитимности цели. Говоря о самой возможности введения соответствующих санкций, Конституционный Суд РФ (далее — КС РФ) неоднократно отмечал, что правовое регулирование ответственности за конкретные виды правонарушений, как следует из Конституции РФ (ст. 71 п. «в» и «о»), (ст. 72 п. «к» ч. 1), (ст. 76 ч. 1 и 2), возложено на законодателя, который в пределах своих правотворческих полномочий вправе вводить и изменять меры ответственности, в том числе их вид и размер, будучи вместе с тем связан предписаниями ст. 55 (ч. 3) Конституции РФ<sup>4</sup>. Между тем предложенной позиции вряд ли достаточно для оценки легитимности цели введения подобного ограничения права. Указанная КС РФ ограничительная оговорка также весьма условно определяет границы подобного государственного вмешательства. Кроме того, зачастую установление публично-правовой ответственности за конкретное деяние относится скорее к нормативному регулированию, нежели к ограничению права<sup>5</sup>, так как в этой ситуации государство в лице федерального законодателя устанавливает определенные содержательные рамки осуществления того или иного права, выход за которые влечет вторжение в права иных лиц, а потому запрещается (ст. 17 ч. 3 Конституции РФ). В случаях же, когда данный запрет игнорируется, и наступает юридическая ответственность в качестве механизма обеспечения соблюдения гражданами конституционных предписаний.

Между тем КС РФ подчеркивал, что, даже имея целью воспрепятствование злоупотреблению правом, такое правовое регулирование не должно посягать на само существование того или иного права и приводить к утрате его реального содержания<sup>6</sup>. В этой связи оценке, с точки зрения легитимности,

<sup>3</sup> См., напр.: Меллер К. Принцип соразмерности: в ответ на критику // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 4 (101). С. 86–106; Урбина Ф. «Балансирование как аргументирование» и проблемы, связанные с разрешением споров на основании неправовых критериев: ответ Каю Меллеру // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 4 (101). С. 107–113 и др.

<sup>4</sup> Постановления Конституционного Суда РФ от 12.05.1998 № 14-П; от 14.05.1999 № 8-П; от 15.07.1999 № 11-П; от 27.05.2003 № 9-П; от 18.07.2003 № 14-П; от 30.10.2003 № 15-П; от 24.06.2009 № 11-П; от 28.01.2010 № 2-П и др. // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru> (дата посещения: 09.03.2015).

<sup>5</sup> Подробнее о соотношении данных понятий см.: Малютин Н.С. Роль судебного толкования в разграничении теоретико-правовых конструкций правового регулирования, ограничения и умаления прав и свобод человека и гражданина // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 3. С. 20–27.

<sup>6</sup> См. указанные постановления КС РФ (сноска № 4).

подлежит не само установление наказания, а избрание конкретного вида. В частности, в отношении некоторых экономических правонарушений КС РФ отмечал, что установление административной ответственности имеет своей целью стимулирование правомерного поведения хозяйствующих субъектов, иных лиц, а также исходит из необходимости защиты российского рынка, развития национальной экономики, то есть реализации значимых задач экономической политики РФ<sup>7</sup>.

Подобного подхода придерживается КС РФ и в вопросе установления ответственности в сфере реализации права на манифестации<sup>8</sup>. КС РФ также справедливо отметил, что введение административной ответственности за ряд правонарушений при организации и проведении публичных мероприятий реализуется в целях и интересах национальной безопасности и общественного порядка; охраны здоровья и нравственности; защиты прав и свобод лиц, не участвующих в организации и проведении публичного мероприятия, а также в целях предотвращения совершения правонарушений и преступлений. Реализация данных целей и обосновывает объективную необходимость введения адекватных мер реагирования публичной власти на противоправное поведение<sup>9</sup>. Ограничиваясь пределами проверки теста легитимности цели, отметим, что в данном случае установление административных наказаний в обоих случаях проходит данный этап конституционной оценки.

Говоря о пригодности данных средств воздействия государства на рассматриваемые общественные отношения, трудно не согласиться с их эффективностью, так как любое потенциальное обременение, возникающее у лица при несоблюдении нормативно установленных требований, стимулирует его правомерное поведение. Кроме того, не стоит забывать и о компенсаторной функции наказания. Каким образом государство может восстановить нарушенные права и интересы третьих лиц в случае, скажем, когда при проведении митинга под руку разгоряченным участникам попались несколько неудобно расположен-

ных транспортных средств или раздражающих магазинных витрин? А ведь введение наказания для организатора публичного мероприятия ни в коем случае не должно и не может превращаться в некую компенсацию бездействия государственного аппарата в части избличения конкретных виновников данных правонарушений и привлечения их к ответственности. Между тем подобное нормативное регулирование требует от организатора повышенной ответственности в вопросе организации данного мероприятия в части оценки численности участников, проработки маршрута движения и прочих нюансов.

Можно сделать вывод, что, регулируя общественные отношения, федеральный законодатель имеет возможность адекватно реагировать на актуальные для конкретных социальных реалий вызовы, в том числе посредством установления ответственности за совершение тех или иных деяний с целью стимулировать общественно полезное поведение всех субъектов правоотношений в государстве. Применительно к конкретной ситуации установление административных наказаний в виде штрафа является адекватным средством реагирования государства на противоправное поведение граждан и их объединений. Кроме того, данное наказание соотносится с конституционной ограничительной оговоркой (ст. 55 ч. 3) в части легитимности цели вмешательства государства в права и свободы человека. Между тем открытым остается вопрос о пределах действия федерального законодателя в части установления ответственности. Возможно ли установление любого вида наказания за, скажем, экономические правонарушения в сфере антимонопольного законодательства с аргументацией, сводящейся к констатации некой целесообразности, которую определил законодатель? Подобная ситуация представляется несколько абсурдной в свете анализа принципа пропорциональности, так как в соответствии с третьим подтестом оценке подвергается сама необходимость ограничительных мер. Критерий необходимости требует, чтобы не существовало иных, менее обременительных средств способных достичь легитимной цели в равной мере<sup>10</sup>. Таким образом, можно сделать вывод, что при определении вида наказания и меры ответственности (его размера) законодатель все же действует в строго определенных рамках, о которых применительно к установлению административного штрафа и предлагаем поговорить в следующем пункте.

## 2. Пределы установления ответственности

Согласившись с утверждением, что само установление штрафа как вида ответственности может быть предметом конституционной оценки, с точки зрения проверки компетенции правотвор-

<sup>7</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 17.01.2013 № 1-П «По делу о проверке конституционности положений ч. 5 ст. 19.8 Кодекса РФ об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Маслянский хлебоприемный пункт» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 4. Ст. 304.

<sup>8</sup> См. Постановления Конституционного Суда РФ от 18.05.2012 № 12-П и от 14.02.2013 № 4-П // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru> (дата посещения: 09.03.2015).

<sup>9</sup> В частности, как показывает практика, более 20 % проверок, проводимых антимонопольными органами, заканчивается привлечением к административной ответственности (см. Доклад о состоянии конкуренции в Российской Федерации // Официальный сайт ФАС России. URL <http://www.fas.gov.ru/> (дата посещения: 18.03.2015); Кинев А.Ю. Административная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2014. № 2. С. 120–129.

<sup>10</sup> Меллер К. Указ. соч. С. 88–89.

ческого органа и легитимности цели, мы переходим к более глубокой и более сложной части анализа данного вопроса, связанной в том числе с оценкой возможностей и качества судебного толкования наказаний. Анализируя установление штрафов, с точки зрения их потенциальной неконституционности, можно прийти к выводу, что претензии в несоразмерности можно предъявить лишь к установлению чрезмерной нижней границы или же фиксированного размера данного административного наказания. Очевидно, что в случае, когда законодатель устанавливает некоторую дельту в санкции, выбор конкретного размера наказания осуществляется правоприменителем с учетом индивидуальных особенностей совершенного правонарушения, а потому установление даже неограниченных верхних пределов санкции само по себе не может вести к нарушению конституционных положений, так как сглаживается принципом индивидуализации наказания.

Таким образом, оценка соразмерности того или иного наказания переходит с качественно на количественный уровень, чем и руководствовался в ряде своих постановлений КС РФ. В указанном ранее постановлении по делу Маслянского хлебного пункта КС РФ отмечал, что при введении в качестве меры административной ответственности значительных по размеру безальтернативных штрафов законодатель в силу конституционных требований соразмерности и индивидуализации юридической ответственности обязан вводить соответствующие правила назначения и исполнения административных наказаний, в том числе критерии, позволяющие надлежащим образом учитывать имущественное и финансовое положение привлекаемого к ответственности лица. Как справедливо отметил КС РФ, такой учет может осуществляться различными способами, в том числе путем установления «гибкой» дифференциации размера штрафных санкций, более мягких альтернативных санкций за конкретные виды административных правонарушений, а также правил замены конкретных санкцией более мягкими, включая назначение административного наказания ниже низшего предела.

Таким образом, можно сказать, что при установлении ответственности законодатель связан не только ограничительной конституционной оговоркой, но и конституционным принципом формальной определенности. Так, в частности, конструируя состав административного правонарушения, законодатель должен предусмотреть четкие гарантии и механизм их реализации, которые позволили бы виновному лицу при определенных обстоятельствах свести к минимуму негативные последствия санкции<sup>11</sup>. Только такой

анализ, на наш взгляд, может быть предметом конституционной оценки. В противном случае, переходя от качественного критерия к количественному, КС РФ, как нам кажется, вторгается в компетенцию либо законодательного органа, оценивая целесообразность установления именно такой санкции, либо же в компетенцию рядового правоприменителя, говоря о непропорционально высоком (низком) наказании за конкретное, совершенное данным лицом правонарушение. Именно по такому пути, как нам кажется, и пошел КС РФ в целой серии постановлений, истолковавших нормы КоАП РФ таким образом, что суды общей юрисдикции могут, исходя из обстоятельств дела, снижать установленный законодателем размер административного штрафа и назначать наказание ниже низшего предела санкции. КС РФ, в частности, отметил, что установленный в КоАП РФ штраф при определенных обстоятельствах может превращаться в инструмент подавления экономической активности хозяйствующих субъектов. Между тем нетрудно оценить и некоторые негативные моменты использования количественного подхода в конституционном истолковании. Так, например, можно представить ситуацию, когда несколько абсолютно одинаковых (с точки зрения организационно-правовой формы, численности коллектива и т.п.) хозяйствующих субъектов совершают аналогичное административное правонарушение. В этой ситуации суды общей юрисдикции, руководствуясь приведенной правовой позицией КС РФ, могут прийти к парадоксальным выводам о назначении разных по величине административных наказаний. При этом комизм ситуации усиливается тем фактом, что больший по размеру штраф будет наложен на субъекта, который умело ведет свой бизнес, а потому имеет стабильно высокие доходы. За это он должен понести большее наказание? А достигается ли в таком случае цель подобного наказания? Еще больший парадокс имеет место в случае, когда и минимально установленный КоАП РФ размер штрафа может быть «непосильным бременем» для хозяйствующего субъекта. Нетрудно догадаться, что, следуя подобной логике, мы должны снова снизить размер налагаемого наказания, исходя, естественно, из имущественного положения привлекаемого к

гласно которой в условиях, когда в стране отсутствует уголовная ответственность юридических лиц, их административная ответственность выступает в известной мере в качестве превращенной формы ответственности уголовной. Отсюда, повышение административных санкций должно сопровождаться *дополнительными законодательными и правоприменительными мерами, направленными на обеспечение надлежащего уровня гарантий прав привлекаемых к административной ответственности лиц* (выделено нами. — Н.М.)» (Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ А.Н. Кокотова к Постановлению Конституционного Суда РФ от 17.01.2013 № 1-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2013. № 4).

<sup>11</sup> Подобной позиции придерживается в своем особом мнении и судья КС РФ А.Н. Кокотов: «Не случайно в отечественной правовой доктрине имеется позиция, со-

ответственности лица. Таким образом, недалек тот час, когда суды будут назначать наказание в виде штрафа размером в 0 руб. 00 коп. Можно ли в таком случае говорить о том, что наказание выполняет свою функцию? Достигается ли цель подобного наказания? Едва ли.

Подобная ситуация наблюдается и в случае соотношения размеров административных и уголовных штрафов.

### 3. Соотношение административных и уголовных санкций

Еще одной достаточно сложной проблемой является использование критериев соразмерности при соотнесении размеров штрафных санкций административного и уголовного наказания. Действительно, следуя законодательной логике установления наказания соответствующего общественной опасности деяния и учитывая, что общественная опасность преступлений в разы превышает опасность от административных правонарушений, можно сделать вывод о явной несоразмерности административных штрафов, их карательной функции и т.п. Но при более детальном анализе ситуации, подобная убежденность перестает быть столь безальтернативной.

В качестве одного из аргументов стоит назвать невозможность привлечения юридического лица к уголовной ответственности, в соответствии с действующим законодательством. В этой связи законодатель не имеет иной возможности, нежели закрепить ряд существенных правонарушений в КоАП РФ, предусмотрев для них значительное по размеру наказание в виде штрафа. Подобные юридико-технические конструкции позволяют законодателю и правоприменителю активно использовать критерий соразмерности при назначении наказания юридическим лицам.

Ситуация, связанная с установлением повышенных размеров штрафных санкций для физических лиц, представляется несколько более сложной. В частности, существует институт уголовной ответственности, который позволяет достаточно четко разграничить деяния физического лица с точки зрения их общественной опасности, а потому позволяет четко определиться с формами государственно-властного воздействия на подобное негативное поведение индивида. Следовательно, простого соотношения меры наказания с общественной опасностью вряд ли будет достаточно для оценки. И действительно, анализ уголовно-правовых норм показывает, что, помимо назначения наказания в рамках уголовной ответственности, презюмируется наступление иных неблагоприятных последствий для нарушителя, в том числе наличие судимости, поражение в иных правах (избирательные и т.п.), что в значительной степени ужесточает, возможно, и менее существенный по размеру уголовный штраф в соотношении с администра-

тивным. Кроме того, зачастую административное законодательство предусматривает назначение административного штрафа в качестве одного из альтернативных видов наказания, что позволяет правоприменителю действовать более гибко в вопросах назначения наказания. Таким образом, в конечном счете вопрос о потенциальном правоограничении лиц при назначении наказания в идее штрафа сводится к оценке законности и обоснованности правоприменительных решений, что в силу существующего нормативного порядка не может быть предметом оценки КС РФ, в том числе с позиций соразмерности.

### Заключение

Завершая настоящий анализ проблем соразмерности наказания, необходимо сделать следующие краткие выводы, которые, вероятно, станут отправной точкой для нового витка исследований данной проблематики.

Можно сделать вывод, что КС РФ, используя в процессе конституционного истолкования норм об ответственности принцип соразмерности, должен оценивать исключительно качественную характеристику нормативного материала, его роль и место в системе действующего правового регулирования. Подобная позиция основана на предположении, что КС РФ, анализируя соразмерность того или иного наказания, способен оценить только карательно-восстановительную функцию нормы об ответственности, в то время как количественные методы требуют обязательной оценки всех параметров нормы, к числу которых относится и превентивный потенциал, рассчитать который КС РФ вряд ли удастся. Кроме того, как уже неоднократно повторялось, оценка такого потенциала и его фиксация в действующем нормативном порядке связана, прежде всего, с анализом политической, социально-экономической и иной целесообразности, а потому входит в сферу ведения законодательного органа. Принятие на себя подобных полномочий не просто добавляет масла в огонь критики со стороны ярых приверженцев чистой концепции разделения властей, но и создает целый ряд практических проблем, в том числе касающихся деятельности и самого КС РФ. Так, вводя в свой инструментарий количественный метод оценки соразмерности, КС РФ вряд ли должен стесняться оценивать с точки зрения пропорциональности ограничений и индивидуальные акты правоприменения, что, по сути, означает фактическое установление в РФ системы так называемой полной конституционной жалобы. В этой ситуации обостряются проблемы не только всем известного контрмажоритарного парадокса, но и проблемы, связанные с разрешением конфликта юрисдикций и прочими процедурными аспектами деятельности высших судебных инстанций.

Таким образом, можно констатировать, что при всех очевидных достоинствах использования принципа пропорциональности существует и ряд весьма серьезных недостатков, даже если не принимать во внимание обсуждаемый рядом авторов неправовой характер и чрезмерный субъективизм данного принципа. В рамках настоящего исследования автором была предпринята попытка обозначить проблему возможности использования некоего методологического инструментария при оценке соразмерности наказаний в виде штрафов, и он пришел к выводу о том, что при универсаль-

ности самого метода пропорциональности (соразмерности) используемые в рамках данного метода средства могут (а может, и должны) быть различными, в зависимости от субъекта применения данного метода. Так, в частности, как уже было отмечено, в сложившейся системе функционирования высших судебных инстанций в РФ использование количественного подхода при определении соразмерности наказания входит в прерогативу лишь законодательных и правоприменительных органов, в то время как качественная оценка относится к функциям Конституционного Суда.

#### Библиография:

1. Кинев А.Ю. Административная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2014. № 2. С. 120–129.
2. Меллер К. Принцип соразмерности: в ответ на критику // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 4 (101). С. 86–106.
3. Тарибо Е.В., Козленко М.С. О соразмерности наказания за непредставление сведений (комментарий к Постановлению Конституционного Суда РФ от 17.01.2013 № 1-П) // Конкуренция и право. 2013. № 2. С. 51–57.
4. Урбина Ф. «Балансирование как аргументирование» и проблемы, связанные с разрешением споров на основании неправовых критериев: ответ Каю Меллеру // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 4 (101). С. 107–113.

#### References (transliteration):

1. Kinev A.Ju. Administrativnaja odgovetstvennost' za narushenie antimonopol'nogo zakonodatel'stva // Vestnik Universiteta imeni O.E. Kutafina. 2014. № 2. S. 120–129.
2. Meller K. Princip sorazmernosti: v otvet na kritiku // Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie. 2014. № 4 (101). S. 86–106.
3. Taribo E.V., Kozlenko M.S. O sorazmernosti nakazaniya za nepredstavlenie svedenij (kommentarij k Postanovleniju Konstitucionnogo Suda RF ot 17.01.2013 № 1-P) // Konkurencija i pravo. 2013. № 2. S. 51–57.
4. Urbina F. «Balansirovanie kak argumentirovanie» i problemy, svjazannye s razresheniem sporov na osnovanii nepravykh kriteriev: otvet Kaju Melleru // Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie. 2014. № 4 (101). S. 107–113.

*Материал поступил в редакцию 29 марта 2015 г.*

### ***Problem of evaluating punishment proportionality in the acts of judicial interpretation (based upon examples of administrative fines)***

**MALYUTIN, Nikita Sergeevich** — leading consultant of the Department of Analysis and Generalization of Practice of the Constitutional Court of the Russian Federation, postgraduate student of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Law Faculty of the.

[n\_malyutin@mail.ru]

119991, Russia, GSP-1, Moskva, Leninskie gory, d. 1, str. 13.

**Review.** *This study is devoted to the one of the most popular problems in the legal science — proportionality problem based upon some decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation regarding constitutionality of the administrative punishments. The author attempts to analyze the institution of proportionality from the standpoint of branches of law and to substantiate the presence of certain difficulties in application of the approach based upon the branch-by-branch principle. The author draws a substantiated conclusion that while there is sufficient analysis of the proportionality problem in general as a universal legal principle, too little attention is paid to its malfunctions when it is applied in various branches of law. In particular, the author notes significant problems regarding quantity approach towards proportionality in the sphere of constitutional interpretation. The author draws a conclusion that the use of the proportionality criteria by the Constitutional Court of the Russian Federation in the process of constitutional interpretation is only possible based upon quality principle. Quantity criteria are instruments of the legislator and legal practice, and they may not be applied by the Constitutional Court of the Russian Federation when evaluating constitutionality of the said provisions.*

**Keywords:** *The Constitutional Court of the Russian Federation, constitutional interpretation, proportionality, administrative punishments, administrative fine, criminal fine, quality and quantity characteristics, constitutional proportionality.*

## Конституционно-правовой анализ четвертого антимонопольного пакета

**Аннотация.** В статье рассматривается вопрос о конституционности внесенного в настоящий момент в Государственную Думу законопроекта, известного как «четвертый антимонопольный пакет». Одно из положений указанного проекта позволяет Правительству РФ очень детально регулировать коммерческую деятельность монополистов, занимающих более 70 % рынка, вплоть до издания типовых договоров. Таким образом, речь идет о взаимодействии бизнеса и государства с явным преобладанием последнего. В этой связи анализ четвертого антимонопольного пакета представляется крайне интересной сферой апробации такого научного направления, как конституционная экономика, одной из составляющих которого является как раз исследование пределов государственного регулирования коммерческих отношений. Основопологающей концептуальной позицией автора по заявленной проблеме является выявленный в конституционно-правовой науке принцип субсидиарности государственного вмешательства в экономическую сферу. В соответствии с этим принципом, публичные власти могут регулировать хозяйственные отношения только в случаях, когда рынок сам не может с этим справиться. В статье показано, что существуют частноправовые средства, с помощью которых можно эффективно решить задачи, поставленные разработчиками четвертого антимонопольного пакета. Кроме того, с позиции ст. 55 Конституции РФ, свобода экономической деятельности может быть ограничена, но не может быть умалена, то есть ее существо не должно быть выхолощено в результате ограничительных мер. В случае с детальным регулированием договорных отношений крупных монополистов именно это и происходит. Таким образом, конституционность предложенного законопроекта вызывает некоторые вопросы.

**Ключевые слова:** конституционная экономика, субсидиарность, антимонопольное законодательство, четвертый антимонопольный пакет, Высший Арбитражный Суд РФ, Конституция РФ, частное право, публичное право, ограничение прав, умаление прав.

В последние полтора десятилетия, благодаря усилиям отечественных конституционалистов (в первую очередь — П.Д. Баренбойма, Г.А. Гаджиева, А.В. Захарова, В.Д. Зорькина, В.И. Лафитского и др.<sup>1</sup>), в системе общественных наук прочно утвердилась дисциплина «конституционная экономика». Сторонники этой школы постулируют, что при решении важнейших экономических проблем необходимо принимать во внимание не только экономические закономерности, но и конституционные положения. Само появление такого научного направления ознаме-

новало новый уровень развития юриспруденции, фиксацию того, что конституционные нормы — это не просто красивые декларации, но и практическое руководство для принятия экономических решений.

Одним из наиболее ярких примеров влияния конституционной доктрины на экономическую систему общества, пожалуй, является антимонопольное законодательство. По законам рынка, сформулированным Адамом Смитом, человек является эгоистом, всегда стремящимся к максимизации своей выгоды<sup>2</sup>. Именно поэтому одной из специфических черт современной экономики выступает укрупнение капиталов, формирование гигантских коммерческих фирм. Это естественное развитие капитализма. Антимонопольное законодательство несколько противоречит этому естеству, поскольку оно исходит из того, что бесконтрольное расширение частных компаний несет угрозы публичным интересам. В связи с этим

<sup>1</sup> См., напр.: Баренбойм П.Д., Гаджиев Г.А., Лафитский В.И., Мау В.А. Конституционная экономика. М.: Юстицинформ, 2006; Мау В.А. Экономическая реформа: сквозь призму конституции и политики. М.: Ад Маргинем, 1999; Тамбовцев В.А. Право и экономическая теория. М.: Инфра-М, 2005; Правовая реформа, судебная реформа и конституционная экономика: сб. ст. / сост. П.Д. Баренбойм. М.: Изд. М.Ю. Тихомирова, 2004; Зорькин В.Д. Тезисы о правовой реформе // Законодательство и экономика. 2004. № 2. С. 4–10; Очерки конституционной экономики / отв. ред. Г.А. Гаджиев. М.: Юстицинформ, 2009; Конституционно-правовые основы собственности и предпринимательства: проблемы реализации: сб. док. М.: Ин-т права и публ. политики, 2010.

<sup>2</sup> См.: Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов. М.: Ось-89, 1997.

© Рузанов И.В., 2015

\* Рузанов Илья Владиславович — ассистент кафедры государственного и административного права Самарского государственного университета.

[iruzanov@yandex.ru]

443011, Россия, г. Самара, ул. Академика Павлова, д. 1, ауд. 219.

законодатель искусственно ограничивает возможности их роста.

Такой подход полностью противоречит классической концепции свободы рынка, исходя из которой государство не вправе препятствовать естественному развитию частных компаний. Представляется, что само существование антимонопольного законодательства имеет свои концептуальные корни в конституционных нормах, которые направлены на усиление этических начал в правоприменительной практике, превращая государство в нравственного цензора экономического оборота<sup>3</sup>. Таким образом, анализ антимонопольного законодательства может быть весьма плодотворной сферой исследований конституционной экономики. Тем более что, по мнению экспертов, построение теоретической конституционно-правовой модели взаимоотношений публичной власти и бизнеса в Российской Федерации является одним из пунктов программы научно-исследовательской работы в области конституционной экономики<sup>4</sup>.

В этом контексте большой интерес, с точки зрения апробации методологии указанного научного направления, представляет обсуждающийся в настоящее время так называемый четвертый антимонопольный пакет. Юридически он представляет собой проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и отдельные законодательные акты РФ», который был одобрен 04.09.2014 на заседании Правительства РФ и в ближайшее время будет внесен в Государственную Думу РФ.

Это весьма объемный документ, содержащий много любопытных новелл, однако, с точки зрения заявленной проблемы, особый интерес представляют положения законопроекта, наделяющие Правительство РФ полномочиями по утверждению правил недискриминационного доступа к товарам хозяйствующих субъектов, не осуществляющих естественно-монопольные виды деятельности, в случае выявления факта нарушения антимонопольного законодательства.

Указанные предложения вызывают наиболее острую критику как экспертов, так и бизнес-сообщества. Предлагаемые нормы позволяют осуществлять государственное регулирование условий договоров, включая возможность создания типовых договоров, установления требований к характеристикам товара и порядку определения потребителей, минимальному уровню поставок и очередности доступа к товарам. Указанные

<sup>3</sup> См.: Гаджиев Г.А. Этические основы философско-правовой категории «общее благо» в контексте конституционной экономики // *Философия права в начале XXI столетия* через призму конституционализма и конституционной экономики / сост. П.Д. Баренбойм, А.В. Захаров. М.: Летний сад, 2010. С. 84.

<sup>4</sup> См.: *Очерки конституционной экономики* / отв. ред. Г.А. Гаджиев. М.: Юстицинформ, 2009. С. 277.

правила будут касаться компаний, занимающих долю рынка не менее 70 %, и нарушивших антимонопольное законодательство.

Такой подход вызывает серьезный общественный интерес, поскольку, по некоторым оценкам, он обеспечивает переход от рынка к прямому государственному управлению в ряде секторов экономики<sup>5</sup>.

Как отмечают специалисты, по состоянию на январь 2014 г. в реестре монополистов Федеральной антимонопольной службы (далее — ФАС) состоит 113 компаний и 8 холдингов с долей рынка более 65 %<sup>6</sup>. В этой связи утверждения о переходе российской экономики с рыночных рельсов выглядят несомненным преувеличением, поскольку 113 компаний и 8 холдингов — это никак не вся экономика России. Вместе с тем, как уже отмечалось, вопрос крайне интересен для конституционной экономики, поскольку законопроект представляет ярчайший образец государственного вмешательства в частные отношения и требует конституционного анализа.

Причиной появления антимонопольного законодательства является существующая асимметрия возможностей участников хозяйственного оборота. В конституционно-правовой науке проблема экономического неравенства сторон договор также осознается. Так, авторы учебного пособия по конституционной экономике указывают на необходимость учитывать наряду с формальным юридическим равенством совершенно явные различия в их экономических весовых категориях<sup>7</sup>. Поэтому не случайно, что Конституция в ст. 34 отдельно акцентирует внимание на недопустимости экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Конституционной наукой показано, что государственное регулирование экономики должно осуществляться на принципе субсидиарности<sup>8</sup>. Это означает, что публичные власти могут вмешиваться в частные отношения только в случае, когда рыночные механизмы не справляются с задачей обеспечения общего блага.

Опираясь на эту позицию, следует признать, что антимонопольное вмешательство в договорные отношения частных лиц — это скорее исклю-

<sup>5</sup> См., напр.: Правительство сможет устанавливать правила игры на низко конкурентных рынках. URL: <http://www.rbcdaily.ru/economy/562949992267187> (дата посещения: 09.09.2014).

<sup>6</sup> См.: Правительство хочет влиять на условия договоров крупных монополистов. URL: <http://www.vedomosti.ru/finance/news/33049691/kontrol-za-dogovorom#ixzz3CeUHGKc6> (дата посещения: 09.09.2014).

<sup>7</sup> См.: *Конституционная экономика* / отв. ред. Г.А. Гаджиев. М.: Юстицинформ, 2010. С. 112.

<sup>8</sup> См.: Дорошенко Е.Н. Конституционно-правовое регулирование экономических отношений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 82.

чение, чем правило. Экономисты обращают внимание на неэффективность государственного регулирования тарифов и вообще частных договорных отношений. Так, в литературе подчеркивается, что инструмент ограничения повышения цен имеет негативное влияние на экономику, поскольку следование рекомендованным ценам может служить инструментам координирования деятельности конкурирующих предприятий<sup>9</sup>, то есть когда анти-монопольный орган устанавливает требование не поднимать цены на продукцию более чем на 5 %, производители понимают это требование как призыв к увеличению цен ровно на 5 %.

Можно также предположить, что разработка подобного рода требований требует больших организационных усилий от Правительства РФ, создавая значительные издержки. Обоснованность данного аргумента усиливается тем фактом, что 65 % участников реестра монополистов ФАС РФ — субъекты малого и среднего бизнеса<sup>10</sup>.

Эмпирические подтверждения этой статистики можно найти в судебной практике. Так, в рамках дела № А45-5920/2011 было признано монополистом и оштрафовано за несоблюдение требований, предъявляемых к монополистам, ТСЖ «Тихая площадь» из Новосибирска. Эта организация обеспечивает доступность коммунальных услуг для коммерческих фирм, ведущих свой бизнес на первом этаже жилого дома, которым управляет ТСЖ. Поскольку товарищество является единственным поставщиком коммунальных услуг в соответствующем доме, оно признано субъектом монополии. Сложно представить, какой управленческий коллапс может возникнуть, если на уровне Правительства будут разрабатываться договоры для всех ТСЖ России, в домах которых имеются коммерческие объекты.

Таким образом, принцип subsidiarity публично-правового вмешательства в частные экономические отношения теоретически обоснован и применительно к антимонопольной сфере. Государственное регулирование договорных отношений, ориентацию на которое предлагает обсуждаемый в настоящей статье законопроект, неэффективно и в большинстве случаев должно уступать место частноправовым инструментам.

Такие инструменты содержатся в ГК РФ. Речь в первую очередь идет об институте недействительности сделок, который позволяет обеспечить как публичный интерес, так и частный. Здесь, правда, необходимо отметить, что новая редакция ГК РФ содержит явно выраженную тенден-

цию к сокращению случаев недействительности сделок. Прежде всего, в новой редакции ГК РФ (в частности, в ст. 168) сделан акцент на том, что, по общему правилу, недействительные сделки являются оспоримыми. И лишь в случае явного нарушения публичных интересов или интересов третьих лиц сделка квалифицируется в качестве ничтожной.

Полагаем, что это оправданный шаг законодателя. Не секрет, что Россия является одним из лидеров по количеству сделок, ежегодно признаваемых судами недействительными. Наверное, такая ситуация была оправдана в условиях становления рыночной экономики, когда у российских граждан не было опыта капиталистических отношений, вследствие чего они нередко заключали дефектные сделки. Однако в настоящее время рыночной экономике в России уже больше 20 лет, и участники экономических отношений, особенно юридические лица, должны нести ответственность за свои действия, поэтому количество ничтожных сделок, безусловно, должно сокращаться. Это отвечает и ценности стабильности гражданского оборота.

Вместе с тем гражданское законодательство сохраняет институты, которые могут быть действенным средством борьбы с теми негативными явлениями, нивелировать которые призвана антимонопольная политика. Так, в ГК РФ сохраняется ст. 169, устанавливающая, что сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, **ничтожна**. Полагаем, что сделки, направленные на ограничение конкуренции, сопряженные с использованием своего экономически сильного положения для извлечения необоснованной выгоды, могут быть квалифицированы как противоречащие основам правопорядка, поскольку конкуренция является одной из основ конституционного строя.

Кроме того, ч. 2 ст. 168 ГК РФ прямо устанавливает ничтожность сделок, нарушающих требования закона или иного правового акта и при этом посягающих на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц.

Снова подчеркнем, что защита конкуренции — это публичный интерес, и потому нормы ст. 168 ГК РФ могут быть действенным оружием для борьбы с нарушениями антимонопольных правил.

Отдельно хотелось бы остановиться на вкладе, внесенном Высшим Арбитражным Судом РФ (далее — ВАС РФ) в борьбу со злоупотреблениями доминирующим положением некоторых компаний. Один из последних документов ВАС РФ, изданный им до упразднения, является Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16<sup>11</sup>. В п. 9 указанного Постановления указа-

<sup>9</sup> См.: Авдашева С.Б., Дзагурова Н.Б., Крючкова П.В., Юсупова Г.Ф. Развитие и применение антимонопольного законодательства в России. По пути достижений и заблуждений. М.: Макс Пресс, 2011. С. 91.

<sup>10</sup> См.: Кому и зачем нужен 4-й антимонопольный пакет. URL: <http://naiz.org/upload/iblock/dde/dde09907a174160e-daecfe511d17996f.pdf> (дата посещения: 09.09.2014).

<sup>11</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ. 2014. № 5.

но: «В тех случаях, когда будет установлено, что при заключении договора, проект которого был предложен одной из сторон и содержал в себе условия, являющиеся явно обременительными для ее контрагента и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон (несправедливые договорные условия), а контрагент был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (то есть оказался слабой стороной договора), суд вправе применить к такому договору положения п. 2 ст. 428 ГК РФ о договорах присоединения, изменив или расторгнув соответствующий договор по требованию такого контрагента. В то же время, поскольку согласно п. 4 ст. 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения, слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании ст. 10 ГК РФ или о ничтожности таких условий по ст. 169 ГК РФ».

Прошло немного времени с момента принятия Постановления Пленума ВАС РФ, и пока преждевременно говорить о том, как воспримут приведенную позицию нижестоящие суды. Тем более сложно это делать ввиду присоединения ВАС РФ к Верховному Суду РФ и уже продекларированного намерения пересмотреть ряд правовых позиций ВАС РФ.

Вместе с тем, ВАС РФ продемонстрировал мощный частноправовой инструмент борьбы с негативными проявлениями доминирования на рынке.

Таким образом, ФАС, выступившая разработчиком четвертого антимонопольного пакета, исходила из конституционно значимых ценностей — необходимость поддержки конкуренции. Проблема, на решение которой направлен законопроект, действительно существует и требует разрешения. Вместе с тем приоритетом должны обладать частноправовые способы решения обозначенной проблемы, на существование которых указал ВАС РФ в одном из последних Постановлений Пленума.

Безусловно, существуют критически важные монополии, чьи злоупотребления несут особые

угрозы свободной конкуренции. Если законодатель выберет способом минимизации риска этой угрозы тотальное регулирование коммерческой деятельности таких монополий, то возникает вопрос как экономический — эффективность деятельности компаний, так и юридический — конституционность ограничений. В начале статьи было отмечено, что Конституция РФ эксплицитно обозначает границу свободы экономической деятельности, отдельно указывая на недопустимость монополизации и недобросовестность конкуренции. Статья 55 Конституции РФ также указывает на возможность ограничения прав и свобод. Вместе с тем конституционная наука исходит из того, что ограничение права не должно приводить к его умалению, то есть существо содержания права не должно затрагиваться ни при каких обстоятельствах<sup>12</sup>. Иной подход приводит к непропорциональности ограничения и неконституционен.

Если Правительство РФ определяет условия типовых договоров, требования к характеристикам товара и порядку определения потребителей, минимальному уровню поставок и очередности доступа к товарам (как это предлагается законопроектом четвертого антимонопольного пакета), по мнению автора, можно говорить о выхолащивании сущности экономической свободы. По существу, государство в такой модели выполняет управленческие функции, превращая менеджмент предприятия в технического исполнителя своей воли. В такой ситуации логичнее поставить вопрос о национализации предприятия. Действительно, стратегически важные предприятия, имеющие системообразующее значение для экономики, должны прямо или косвенно контролироваться публичными властями, как это и происходит, например, в нефтяной и газовой промышленности. Во всех иных случаях для достижения конституционно-правовых целей необходимо использовать частноправовой инструментарий. Такой подход отвечает как требованиям экономической эффективности, так и конституционно-правовому принципу субсидиарности государственного регулирования экономики.

#### Библиография:

1. Авдашева С.Б., Дзагурова Н.Б., Крючкова П.В., Юсупова Г.Ф. Развитие и применение антимонопольного законодательства в России. По пути достижений и заблуждений: доклад / науч. ред. С.Б. Авдашева. М.: Макс Пресс, 2011. 112 с.
2. Гаджиев Г.А. Этические основы философско-правовой категории «общее благо» в контексте конституционной экономики // Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики / сост. П.Д. Баренбойм, А.В. Захаров. М.: Летний сад, 2010. 320 с.
3. Дорошенко Е.Н. Конституционно-правовое регулирование экономических отношений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. 191 с.
4. Конституционная экономика / отв. ред. Г.А. Гаджиев. М.: Юстицинформ, 2010. 256 с.

<sup>12</sup> См.: Краснов М.А. Некоторые аспекты проблемы ограничения конституционных прав (на примере экономических прав) // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 1. С. 84.

5. Краснов М.А. Некоторые аспекты проблемы ограничения конституционных прав (на примере экономических прав) // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 1. С. 82–93.
6. Очерки конституционной экономики / отв. ред. Г.А. Гаджиев. М.: Юстицинформ, 2009. 280 с.
7. Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов. Антология экономической классики: в 2 т. М.: Эконов, 1993. 475 с.

**References (transliteration):**

1. Avdasheva S.B, Dzagurova N.B, Krjuchkova P.V, Jusupova G.F. Razvitie i primeneniie antimonopol'no go zakonodatel'stva v Rossii. Po putidostizhenij i zabluzhdenij: doklad / nauch. red. S.B. Avdasheva. M.: Maks Press, 2011. 112 s.
2. Gadzhiev G.A. Jetcheskie osnovy filosofsko-pravovoj kategorii «obshhee blago» v kontekste konstitucionnoj ekonomiki // Filosofija prava v nachale XXI stoletija cherez prizmu konstitucionalizma i konstitucionnoj ekonomiki / sost. P.D. Barenbojm, A.V. Zaharov. M.: Letnij sad, 2010. 320 s.
3. Doroshenko E.N. Konstitucionno-pravovoe regulirovanie ekonomicheskikh otnoshenij: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2004. 191 s.
4. Konstitucionnaja ekonomika / отв. ред. Г.А. Гаджиев. М.: Justicinform, 2010. 256 с.
5. Krasnov M.A. Nekotorye aspekty problemy ogranichenija konstitucionnyh prav (na primere jekonomicheskikh prav) // Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie. 2013. № 1. S. 82-93.
6. Ocherki konstitucionnoj ekonomiki / отв. ред. Г.А. Гаджиев. М.: Justicinform, 2009. 280 с.
7. Smit A. Issledovanie o prirode i prichinah bogatstva narodov. Antologija jekonomicheskoi klassiki: v 2 t. M.: Jekonov, 1993. 475 s.

*Материал поступил в редакцию 10 сентября 2014 г.*

**Constitutional legal analysis of the 4<sup>th</sup> anti-monopoly package**

**RUZANOV, Ilya Vladislavovich** — assistant of the Department of State and Administrative Law of the Samara State University.

[iruzanov@yandex.ru]

443011, Russia, Samara, ul. Akademika Pavlova, d. 1, aud. 219.

**Review.** *The article concerns the issue of constitutionality of the legislative draft of the so-called «4<sup>th</sup> anti-monopoly package», which is currently brought to the State Duma. One of the provisions of the said draft allows the Government of the Russian Federation to provide in-detail regulation of commercial activities of monopolies having over 70 per cent of the market, up to issuing the model contracts. Therefore, the provisions are for the interaction between business and state with the obvious domination of the latter. That is why, the analysis of the 4<sup>th</sup> anti-monopoly package is of great interest for the approbation of the scientific direction of constitutional economy, exploring the boundaries of the state regulation of commercial relations. The fundamental conceptual position of the author on the issue is the constitutional legal principle of subsidiary state intervention in the economic sphere. According to this principle the public government may regulate economic relations only when the market itself is not capable of doing so. The article shows that there are private law means, allowing for the efficient achievement of the goals established by the developers of the 4<sup>th</sup> anti-monopoly package. Additionally, from the standpoint of the Art. 55 of the Constitution of the Russian Federation, the freedom of economic activity may only be limited, but it cannot be diminished, its nature should not be abolished due to the restrictive measures. However, it may be this very case with the regulation of contract relations of the large monopolies. That is why, there are reasonable doubts regarding constitutionality of the said draft.*

**Keywords:** *constitutional economy, subsidiary, anti-monopoly legislation, 4<sup>th</sup> anti-monopoly package, the Supreme Arbitration Court, Constitution, private law, public law, limitation of rights, diminishing the rights.*

# АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Ю.П. Гапон\*

## О некоторых проблемах реализации мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях в подразделениях пограничного контроля

**Аннотация.** При применении отдельных мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях должностными лицами подразделений пограничного контроля на практике возникают некоторые проблемные вопросы, требующие разрешения. Проведенное исследование позволяет выделить такие насущные проблемы, как имеющиеся в законодательстве коллизии и правовые неопределенности, в частности существующие противоречия между нормами административного законодательства, регулирующими сроки применения административного задержания. Недостаточно полным, по мнению автора статьи и других ученых, является и перечень субъектов, уполномоченных применять такую меру обеспечения производства, как доставка. Помимо этого требуют более детального урегулирования вопросы, связанные с порядком его применения. Для устранения обозначенных проблем автором предлагаются возможные пути совершенствования правового регулирования административного производства в области защиты государственной границы РФ.

**Ключевые слова:** производство по делам об административных правонарушениях, меры обеспечения производства по делам об административных правонарушениях, доставка, административное задержание.

Сегодня пункты пропуска — это один из передовых рубежей противодействия современным вызовам и угрозам безопасности стран Содружества<sup>1</sup>. Исполняя государственную функцию по осуществлению пограничного контроля в пунктах пропуска через государственную границу РФ, должностные лица подразделений пограничного контроля пограничных органов наделены, в том числе, и правом «осуществлять пограничными нарядами задержание и личный досмотр лиц, в отношении которых имеются основания подозревать их в нарушении режима государственной границы, режима в пунктах пропуска, доставку таких лиц в распоряжение подразделений пограничного контроля пограничных органов или иные места для выяснения обстоятельств нарушения; — делать в документах на право пересечения государственной границы

соответствующие отметки и при необходимости временно изымать такие документы, а также изымать недействительные документы»<sup>2</sup>. Однако при применении рассматриваемых мер в подразделениях пограничного контроля на практике возникают некоторые проблемные вопросы, требующие разрешения.

Соглашаясь с А.Ю. Соколовым, отметим, что «одним из проблемных моментов выступает отсутствие в КоАП РФ комплексного правового регулирования порядка применения доставки»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> См. п. 6. Приказа ФСБ России от 08.11.2012 № 562 «Об утверждении Административного регламента Федеральной службы безопасности РФ по исполнению государственной функции по осуществлению пограничного контроля в пунктах пропуска через государственную границу РФ» (зарегистрировано в Минюсте России 18.02.2013 № 27155) // Российская газета. 2013. 27 февр.

<sup>3</sup> Соколов А.Ю. Проблемные вопросы применения мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях в сфере охраны правил рыболовства, сохранения сводных биологических ресурсов и сре-

<sup>1</sup> См.: Мухин С. Пункт пропуска — не «теплое местечко» // Пограничник содружества. 2013. № 3 (75). С. 9–17.

© Гапон Ю.П., 2015

\* Гапон Юлия Павловна — соискатель кафедры конституционного и административного права Южно-Уральского государственного университета.

[yuligolovina@yandex.ru]

457100, Россия, Челябинская обл., г. Троицк, 5-й мкр., д. 14, кв. 75.

Полагаем, что в настоящее время существует необходимость исследования следующих вопросов: 1) порядка действий должностных лиц, уполномоченных осуществлять доставку; 2) порядка действий лица, к которому применяется указанная мера; 3) прав и обязанностей данных лиц в момент осуществления доставки. Должностные лица, применяющие доставку как меру обеспечения производства по делам об административных правонарушениях, должны точно знать: обязаны ли они перед осуществлением доставки представиться и предъявить служебное удостоверение? Может ли во время доставки доставляемое лицо использовать мобильный телефон? Что может и должно предпринять уполномоченное должностное лицо в случае, если гражданин откажется добровольно следовать за ним в служебное помещение?

Наряду с этим, значимым является и перечень субъектов, полномочных применять доставку. В силу ч. 1 ст. 27.2 КоАП РФ, список лиц, приведенных в Кодексе является исчерпывающим. Однако интересен подход В.А. Тюрина, который высказал предложение о необходимости расширения субъектного состава правоприменителей доставки и предоставлении соответствующих полномочий негосударственным формированиям, к числу которых относятся народные дружины, общественные инспектора охраны природы, работники частных охранных и сыскных структур<sup>4</sup>. Данная инициатива была поддержана и А.Ю. Соколовым, который обосновал необходимость возложения на внештатных общественных инспекторов Федерального агентства по рыболовству и сотрудников негосударственных формирований дополнительных полномочий по доставлению лиц<sup>5</sup>. Отмечая рациональное зерно в приведенных рассуждениях, считаем, что существует необходимость предоставления соответствующих полномочий по применению доставки как меры обеспечения производства членам добровольных народных дружин (далее — ДНД), добровольных казачьих дружин (далее — ДКД) и внештатными сотрудниками пограничных органов ФСБ России, которые оказывают помощь пограничной службе ФСБ России в охране государственной границы РФ.

В соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 27.2 КоАП РФ, доставка осуществляется: «должностными лицами пограничных органов, военнослужащими, должностными лицами органов внутренних дел (полиции), а также другими лицами, исполняющими обязанности по охране Государственной

границы РФ, при выявлении административных правонарушений в области защиты и охраны Государственной границы РФ — в служебное помещение пограничного органа, служебное помещение органа внутренних дел (полиции), служебное помещение воинской части или в помещение органа местного самоуправления сельского поселения»<sup>6</sup>. Данная законодательно закрепленная формулировка не дает четкого определения, кто относится к «лицами, исполняющими обязанности по охране Государственной границы РФ».

Ст. 38 Федерального закона РФ от 01.04.1993 № 4730-1 «О Государственной границе РФ» устанавливает, что «граждане участвуют на добровольных началах в защите Государственной границы в пределах приграничной территории в составе общественных объединений, добровольных народных дружин, в качестве внештатных сотрудников пограничных органов и в иных формах». Анализ данного закона, Федерального закона от 05.12.2005 № 154-ФЗ «О государственной службе российского казачества»<sup>7</sup>, Постановления Правительства РФ «О Порядке привлечения граждан к защите Государственной границы РФ»<sup>8</sup> (далее — Постановление Правительства РФ № 339), а также приказа ФСБ России от 17.11.2010 № 566 «Об организации работы пограничных органов с добровольными народными дружинами по защите государственной границы РФ»<sup>9</sup> позволяет сделать вывод о том, что членам ДНД, ДКД и внештатным сотрудникам пограничных органов ФСБ России не дано право осуществлять доставку самостоятельно. Перечисленные лица могут лишь «оказывать содействие пограничным нарядам в задержании лиц, подозреваемых в нарушении режима государственной границы РФ, пограничного режима, режима в пунктах пропуска через государственную границу РФ, и доставке задержанных в распоряжение соответствующих подразделений пограничных органов» (п. 12 Постановления Правительства РФ № 339).

<sup>6</sup> Кодекс РФ об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от ред. от 05.05.2014) // Российская газета. 2001. 31 дек.

<sup>7</sup> Федеральный закон от 05.12.2005 № 154-ФЗ (ред. от 02.07.2013) «О государственной службе российского казачества» // Российская газета. 2005. 8 дек.

<sup>8</sup> Постановление Правительства РФ от 15.04.1995 № 339 «О Порядке привлечения граждан к защите Государственной границы РФ» // Собрание законодательства РФ. 1995. № 17. Ст. 1545.

<sup>9</sup> Приказ ФСБ РФ от 17.11.2010 № 566 «Об организации работы пограничных органов с добровольными народными дружинами по защите государственной границы РФ» (вместе с «Инструкцией по организации работы пограничных органов с добровольными народными дружинами по защите государственной границы РФ», «Рекомендациями по определению условий приема в члены добровольной народной дружины по защите государственной границы РФ, формированию структуры и организации ее работы, порядку реорганизации или упразднения»)(зарегистрировано в Минюсте РФ 28.12.2010 № 19413) // Российская газета. 2011. 12 янв.

ды их обитания // Административное право и процесс. 2012. № 12. С. 33.

<sup>4</sup> См.: Тюрин В.А. Проблемы применения мер пресечения в административном праве России: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 99.

<sup>5</sup> См.: Соколов А.Ю. Указ. соч. С. 35.

При этом довольно часто на практике встречаются ситуации, когда первыми выявляют (обнаруживают) административное правонарушение именно члены ДНД, ДКД и внештатные сотрудники пограничных органов ФСБ России. Перечисленные лица также первыми способны пресечь, в случае обнаружения, совершаемое административное правонарушение в сфере защиты государственной границы РФ. В связи с этим представляется необходимым наделить членов ДНД, ДКД и внештатных сотрудников пограничных органов ФСБ России полномочиями по доставлению лиц, в чьих действиях усматриваются признаки состава административного правонарушения, в служебное помещение пограничного органа, служебное помещение органа внутренних дел (полиции), служебное помещение воинской части или в помещение органа местного самоуправления сельского поселения, а также в штаб ДНД при своевременном извещении об этом должностных лиц пограничных органов. По нашему мнению, это приведет не только к более эффективному привлечению к ответственности нарушителей установленных режимов (государственной границы РФ, пограничного режима и режима в пунктах пропуска), но и будет способствовать предупреждению правонарушений в целом.

Полагаем, что существует объективная необходимость изложить п. 7 ч. 1 ст. 27.2 КоАП РФ в следующей редакции: «должностными лицами пограничных органов, военнослужащими, должностными лицами органов внутренних дел (полиции), *членами добровольной народной дружины, добровольной казачьей дружины и внештатными сотрудниками пограничных органов ФСБ России*, а также другими лицами, исполняющими обязанности по охране Государственной границы РФ, при выявлении административных правонарушений в области защиты и охраны Государственной границы РФ — в служебное помещение пограничного органа, служебное помещение органа внутренних дел (полиции), *в штаб добровольной народной дружины*, служебное помещение воинской части или в помещение органа местного самоуправления сельского поселения» (курсив наш. — Ю.Г.).

Существенной проблемой при практической реализации в подразделениях пограничного контроля мер обеспечения производства являются имеющиеся в законодательстве коллизии. Так, например, в настоящий момент существуют противоречия между нормами административного законодательства, регулирующими сроки применения административного задержания, в частности п. 2 ст. 27.5 КоАП РФ и п. 4 ст. 30 Закона РФ «О Государственной границе РФ». Так, п. 2 ст. 27.5 КоАП РФ устанавливает, что лицо, в отношении которого ведется производство по делу об адми-

нистративном правонарушении, посягающем на установленный режим государственной границы РФ и порядок пребывания на территории РФ, об административном правонарушении, совершенном во внутренних морских водах, в территориальном море, на континентальном шельфе, в исключительной экономической зоне РФ, или о нарушении таможенных правил, в случае необходимости для установления личности или для выяснения обстоятельств административного правонарушения может быть подвергнуто административному задержанию на срок не более 48 час.<sup>10</sup> В то же время закон РФ «О Государственной границе РФ» устанавливает несколько иные сроки административного задержания. Согласно п. 4. ст. 30 пограничные органы в пределах пограничной территории имеют право осуществлять административное задержание лиц, совершивших нарушение режима государственной границы, пограничного режима или режима в пунктах пропуска через государственную границу, на срок до 3 часов для составления протокола, а в необходимых случаях для установления личности и выяснения обстоятельств правонарушения — до 3 суток с сообщением об этом письменно прокурору в течение 24 час. с момента задержания или на срок до 10 суток — с санкции прокурора<sup>11</sup>. В связи с этим у должностных лиц подразделений пограничного контроля возникают затруднения в определении приоритета нормы закона. Однако несмотря на то, что норма предусмотренная законом «О Государственной границе РФ» представляется наиболее логичной и уместной при реализации должностными лицами пограничных органов административного задержания, ее положение помимо противоречия с КоАП РФ также не соответствует и п. 2 ст. 22 Конституции РФ. Названная конституционная норма устанавливает, что «арест, заключение под стражу и содержание под стражей допускаются только по судебному решению. До судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов». В соответствии с определением Конституционного Суда РФ от 05.03.2009 № 544-О-П, закрепленное в Конституции РФ понятие «задержание» носит общий характер, то есть охватывает не только задержание лица за виновные противоправные действия в рамках уголовно-процессуального или административного законодательства, но и иные виды задержания. Постановлением Конституционного Суда РФ от 14.03.2002 № 6-П «По делу о проверке конституционности ст. 90, 96, 122 и 216 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалоба-

<sup>10</sup> Кодекс РФ об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от ред. от 05.05.2014) // Российская газета. 2001. 31 дек.

<sup>11</sup> Закон РФ от 01.04.1993 № 4730-1 (ред. от 07.06.2013) «О Государственной границе РФ» // Российская газета. 1993. 4 мая.

ми граждан С.С. Маленкина, Р.Н. Мартынова и С.В. Пустовалова» положения ст. 90, 96, 122 и 216 УПК РСФСР, допускающие задержание лица, подозреваемого в совершении преступления, на срок свыше 48 час. и применение в качестве меры пресечения заключения под стражу без судебного решения были признаны не соответствующими Конституции РФ, ее ст. 17, 22 и 46 (ч. 1), а также абз. 2 п. 6 разд. 2 «Заключительные и переходные положения». На основании чего положения УПК РСФСР, а также все иные нормативные правовые положения, допускающие задержание до судебного решения на срок свыше 48 час., а также арест (заключение под стражу) и содержание под стражей без судебного решения с 01.07.2002 не подлежат применению.

Исходя из этого, должностные лица пограничных органов ФСБ России при возникновении вопросов о сроках административного задержания обязаны руководствоваться исключительно положениями КоАП РФ. Между тем на практике при применении рассматриваемой меры обеспечения производства у должностных лиц пограничных органов периодически возникают затруднения с проведением необходимой проверки установления личности задержанного правонарушителя. Ведь задержание лица, совершившего административное правонарушение, осуществляется также в выходные и праздничные дни. Эти обстоятельства лишают возможности уполномоченное должностное лицо пограничного органа проверить заявленную правонарушителем информацию о его личности, месте работы, учебы, жительства и т.д. Особенно остро данная проблема встает в отношении иностранных граждан и лиц без гражданства, информацию о которых необходимо получать в соответствующих инстанциях других стран. Нельзя забывать также и о том, что пограничные органы ФСБ России могут рассматривать дела об административных правонарушениях, совершенные во внутренних морских водах, в территориальном море, а также на континентальном шельфе. Следовательно, в определенных случаях по объективным причинам сотрудникам по-

граничных органов сложно уложится в установленные п. 2. ст. 27.5 КоАП РФ 48 час. В связи с чем даже при исключительно добросовестном отношении должностных лиц пограничных органов могут иметь место факты нарушения сроков задержания либо факты, когда должностные лица, действуя по норме административного законодательства, не получив подтверждения информации, полученной из уст правонарушителя, вынуждены, соблюдая установленные законом сроки, освобождать его.

Таким образом, представляется необходимым п. 4. ст. 30 Закона РФ «О Государственной границе РФ» изложить в следующей редакции:

«4) осуществлять административное задержание лиц, совершивших нарушения режима Государственной границы, пограничного режима или режима в пунктах пропуска через Государственную границу, на срок до трех часов для составления протокола, а в необходимых случаях для установления личности и выяснения обстоятельств правонарушения — до 48 часов или на срок до десяти суток по судебному решению, если правонарушители не имеют документов, удостоверяющих их личность и установление личности правонарушителей за период до 48 часов по объективным причинам не представляется возможным» и далее по тексту.

Дополнить п. 2 ст. 27.5 КоАП РФ после слов: «на срок не более 48 часов» следующим содержанием: «или на срок до десяти суток по судебному решению, если установление личности правонарушителя за период до 48 часов по объективным причинам не представляется возможным».

Подводя итог, следует отметить, что в данной статье нами были рассмотрены не все, а лишь наиболее актуальные проблемные вопросы применения некоторых мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях. Между тем представляется, что «устранение отмеченных недостатков позволит существенно повысить уровень организации по подготовке и осуществлению мер, направленных на устранение причин и условий, способствующих нарушению законности»<sup>12</sup>.

#### Библиография:

1. Гречкина О.В. Особенности административного производства по делам о нарушении таможенных правил // Таможенное дело. 2006. № 3. С. 12–15.
2. Мухин С. Пункт пропуска — не «теплое местечко» // Пограничник содружеств». 2013. № 3 (75). С. 9–17
3. Соколов А.Ю. Проблемные вопросы применения мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях в сфере охраны правил рыболовства, сохранения сводных биологических ресурсов и среды их обитания // Административное право и процесс. 2012. № 12. С. 33–35
4. Тюрин В.А. Проблемы применения мер пресечения в административном праве России: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. 341 с.

<sup>12</sup> Гречкина О.В. Особенности административного производства по делам о нарушении таможенных правил // Таможенное дело. 2006. № 3. С. 12.

**References (transliteration):**

1. Grechkina O.V. Osobennosti administrativnogo proizvodstva po delam o narushenii tamozhennykh pravil // Tamozhennoe delo. 2006. № 3. S. 12–15.
2. Muhin S. Punkt propuska — ne «teploe mestechko» // Pogranichnik sodruzhestv». 2013. № 3 (75). S. 9–17
3. Sokolov A.Ju. Problemnye voprosy primeneniya mer obespecheniya proizvodstva po delam ob administrativnykh pravnarushenijah v sfere ohrany pravil rybolovstva, sohraneniya svodnykh biologicheskikh resursov i sredy ih obitaniya // Administrativnoe pravo i process. 2012. № 12. С. 33–35
4. Tjurin V.A. Problemy primeneniya mer presecheniya v administrativnom prave Rossii: dis. ... d-ra jurid. nauk. M., 2004. 341 s.

*Материал поступил в редакцию 1 сентября 2014 г.*

***On some problems regarding implementation of proceedings on administrative offences cases in the border guard departments***

**GAPON, Yulia Pavlovna** — postgraduate student of the Department of Constitutional and Administrative Law of the South Urals State University.

[yuligolovina@yandex.ru]

457100, Russia, Chelyabinskaya oblast, g. Troitsk, 5 mikrorayon, d. 14, kv. 75.

**Review.** *Some topical issues arise in the sphere of guarantees of proceedings on cases regarding administrative offences committed by the border guard officials, and these problems require their solutions. This study allows to establish relevant legislative conflicts of law and ambiguities, including those regarding administrative detention periods. In the opinion of the author and other legal scholars, there is an incomplete list of subjects competent to deliver an offender. The issues regarding its application also require more detailed regulation. In order to avoid the said problems the author discusses the possible ways to improve the administrative regulation in the sphere of protection of the state boundary of the Russian Federation.*

**Keywords:** *proceedings on administrative offences cases, measures regarding guarantees in administrative offence cases, delivery, administrative detention.*

## Альтернативная или исключительно судебная подведомственность районному суду дел об административных правонарушениях, указанных в ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ, производство по которым осуществлялось в форме административного расследования

**Аннотация.** В статье анализируются подходы к пониманию подведомственности дел об административных правонарушениях, указанных в ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ, производство по которым осуществлялось в форме административного расследования. Обсуждается, является ли она альтернативной или исключительно судебной подведомственностью районного суда, вносятся предложения по формированию единой правоприменительной практики. Автор придерживается подхода, что дела об административных правонарушениях, названных в ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ, производство по которым проводилось в форме административного расследования, подлежат рассмотрению судьями лишь в том случае, когда административный орган или должностное лицо передают дело на рассмотрение судье.

**Ключевые слова:** подведомственность, альтернативная подведомственность, судебная подведомственность, виды (уровни) подведомственности, дела об административных правонарушениях, административное расследование.

Государственные функции осуществляют различные органы, их должностные лица, наделенные властными полномочиями по выполнению соответствующих функций. Эффективность деятельности аппарата публичной власти зависит от правильного определения компетенции органов, их структурных подразделений, должностных лиц. При осуществлении публичной власти действуют нормы о подведомственности.

Подведомственность является одним из обязательных элементов компетенции и определяет предметы, объекты, на которые распространяется власть субъекта, которыми он ведает. Понятие подведомственности существенно отличается от понятия компетенции, которая означает совокупность правомочий суда или иного правоприменительного органа. Подведомственность же характеризует конкретное дело, подлежащее разбирательству в определенном порядке, означает «подвести под ведомство».

«Институт подведомственности в правовом регулировании общественных отношений играет роль распределительного механизма, с помощью которого государство обеспечивает подключение к нему различных форм разрешения юридических дел в соответствии с характером тех общественных отношений, из которых эти дела возникают. Действие этого механизма обеспечивается путем указания в законе на определенные критерии, в зависимости от которых конкретные

дела поступают на разрешение указанных в законе органов»<sup>1</sup>.

В литературе подведомственность определяют как относимость требующих разрешения споров о праве и иных материально-правовых вопросов индивидуального значения к ведению тех или иных органов государства в зависимости от свойства юридических дел, в силу которого они подлежат разрешению определенными юрисдикционными органами<sup>2</sup>.

Таким образом, подведомственность — это свойство дел, в силу которого их рассмотрение и разрешение отнесено законом к ведению определенного юрисдикционного органа.

В зависимости от отрасли права различают несколько видов отраслевой подведомственности. В рамках отрасли права подведомственность может быть общей, специальной, исключительной и альтернативной.

Для определения конкретного органа или лица, уполномоченного рассматривать конкретное дело об административном правонарушении, необходимо решить, какой орган компетентен в данной сфере, к полномочиям какого должностного лица отнесен данный вопрос, где территориально должно

<sup>1</sup> Осипов Ю.К. Подведомственность юридических дел: учеб. пособие / отв. за вып. В.М. Семенов. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1973. С. 121.

<sup>2</sup> См.: Бахрах Д.Н. Подведомственность юридических дел и ее уровни // Российское право. 2005. № 4. С. 46–60.

быть рассмотрено дело и т.п. Поэтому в научной литературе принято говорить о видах (уровнях) подведомственности. Например, Д.Н. Бахрах выделяет семь уровней подведомственности:

- 1) международную;
- 2) государственную;
- 3) родовую;
- 4) видовую;
- 5) иерархическую (инстанционную);
- 6) территориальную;
- 7) должностную<sup>3</sup>.

Положения ст. 22.1 КоАП РФ определяют родовую подведомственность, какой именно вид власти уполномочен рассматривать дела об административных правонарушениях, то есть определяет административную и судебную подведомственность.

КоАП РФ уделяет большое внимание видовой подведомственности — механизму разделения труда в рамках одной из трех ветвей публичной власти.

Предметная подведомственность определена гл. 23 КоАП РФ, в которой перечислены судьи, должностные лица, уполномоченные рассматривать дела об административных правонарушениях, а также разграничена подведомственность дел между судами (мировыми судьями, судьями районных, гарнизонных военных и арбитражных судов).

Должностная подведомственность определяет, какое именно должностное лицо соответствующего органа уполномочено рассматривать то или иное дело.

Часть 1 ст. 23.1 КоАП РФ определяет родовую (судебную) подведомственность дел об административных правонарушениях. Все не названные в ней дела рассматриваются не в судебном, а в административном порядке, то есть комиссиями по делам несовершеннолетних и защите их прав, иными органами и государственными учреждениями (ст. 22.1 КоАП РФ).

Так, в ст. 23.2–23.79 КоАП РФ приведены дела об административных правонарушениях соответствующих категорий, рассмотрение которых отнесено к компетенции комиссий по делам несовершеннолетних и защите их прав, многочисленных органов исполнительной власти, а также указаны, какие должностные лица от их имени уполномочены рассматривать такие дела, то есть определена должностная подведомственность.

Часть 3 ст. 23.1 КоАП РФ определяет видовую подведомственность районных, гарнизонных, арбитражных судов по рассмотрению дел об административных правонарушениях, а последний абзац ч. 3 этой статьи закрепляет иерархическую подведомственность мировых судей по остаточной формуле, указывая, что в остальных случаях дела об административных правонарушениях, указанных в ч. 1 и 2 настоящей статьи, рассматриваются мировыми судьями.

В соответствии с абз. 2 ч. 3 ст. 23.1 КоАП РФ дела об административных правонарушениях, которые указаны в ч. 1, 2 этой статьи и производство по которым осуществлялось в форме административного расследования, рассматриваются судьями районных судов.

В связи с этим имеется позиция, согласно которой дела об административных правонарушениях, названных в ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ, и производство по которым проводилось в форме административного расследования, подлежат рассмотрению в суде во всех случаях, а не только в тех, когда административный орган или должностное лицо передает дело на рассмотрение судьбе<sup>4</sup>.

В Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за 4-й квартал 2007 г. по этому поводу указано, что в тех случаях, когда в отношении лиц, совершивших административные правонарушения, перечисленные в ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ, производилось административное расследование, административный орган или должностное лицо, к которым поступило дело о таком административном правонарушении, обязаны передать его на рассмотрение суда, поскольку в абз. 2 ч. 3 ст. 23.1 КоАП РФ установлена исключительная судебная подведомственность районному суду в отношении таких дел.

Ответ обосновывается позицией, которая нашла свое отражение в подп. «а» п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса РФ об административных правонарушениях», где разъясняется, что дела об административных правонарушениях, указанных в ч. 1 и 2 ст. 23.1 КоАП РФ, рассматривают судьи районных судов в том случае, когда по делу проводилось административное расследование (ст. 28.7 КоАП РФ).

Вместе с тем в отношении перечисленных в ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ составов возможность отнесения их рассмотрения к компетенции суда поставлена законодателем в зависимость от усмотрения соответствующего административного органа или должностного лица. Если дело относится к альтернативной подведомственности (ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ), то рассматривается судьей в случае, когда должностное лицо, к которому поступило дело о таком правонарушении, передает его на рассмотрение судьбе, уполномоченному назначать административные наказания иного вида или размера либо применять иные меры воздействия, в соответствии с законодательством РФ (п. 1 ч. 2 ст. 29.9 КоАП РФ).

Основанием для передачи дела о таком административном правонарушении на рассмотрение судьбе и его принятия судьей в производство является обоснование в протоколе об административном

<sup>3</sup> См.: Бахрах Д.Н. Указ. соч. С. 46–60.

<sup>4</sup> См.: Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за четвертый квартал 2007 г., утвержденный Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 27.02.2008 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 5. С. 31.

правонарушении и определении о передаче дела необходимости обсуждения вопроса о применении наказания, отнесенного к исключительной компетенции судей. В противном случае такие дела об административных правонарушениях должны рассматриваться правомочными должностными лицами специальных органов административного надзора.

Такое определение о передаче дела выносится в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 29.4 КоАП РФ и должно отвечать требованиям ст. 29.12 КоАП РФ, в том числе содержать мотивы принятого решения. Но и в том случае, если указанное определение отсутствует, судья не вправе отказать в принятии материалов дела, поскольку такой отказ КоАП РФ не предусмотрен<sup>5</sup>.

Согласно другой правовой позиции, абз. 2 ч. 3 ст. 23.1 КоАП РФ не установлена альтернативная подведомственность дел об административных правонарушениях административным или судебным органам в зависимости от факта проведения административного расследования по делам, а определена подсудность дел, отнесенных к компетенции судей общей юрисдикции и переданных им на рассмотрение в соответствии с ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ. Иное противоречило бы ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ, прямо предусматривающей рассмотрение указанных в ней дел судьями только в тех случаях, когда орган, должностное лицо передают дело на рассмотрение судьей<sup>6</sup>.

Аналогичную правовую позицию разделял Верховный Суд РФ ранее, разъясняя в «Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за первый квартал 2003 г.», что дела об административных правонарушениях, названных в ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ, производство по которым проводилось в форме административного расследования, подлежат рассмотрению судьями лишь в том случае, когда административный орган или должностное лицо передают дело на рассмотрение судьей<sup>7</sup>. К сожалению, в последующем данное разъяснение признано утратившим силу<sup>8</sup>.

На наш взгляд, приоритет по рассмотрению дел об административных правонарушениях, предусмотренных статьями, конкретно перечисленными в ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ, передан органам или должностным лицам, к которому поступило дело о таком административном правонарушении (первичная, приоритетная подведомственность), в то время как судьи могут рассматривать эти дела в порядке вторичной, отложенной подведомственности. С учетом проведения административного расследования

по таким делам затем определяется исключительная подсудность подобных дел районным судам.

Подобная позиция согласуется и с п. 9 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 27.01.2003 № 2 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Кодекса РФ об административных правонарушениях», согласно которому дело об административном правонарушении, подведомственном арбитражному суду в соответствии с п. 3 ч. 3 ст. 23.1 КоАП РФ, не становится подведомственным районному суду, если по нему проводилось административное расследование, а подлежит рассмотрению арбитражным судом.

Представляется, что ограничение подведомственности рассмотрения районными судами дел об административных правонарушениях, которые указаны в ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ и производство по которым осуществлялось в форме административного расследования, усмотрением соответствующего административного органа или должностного лица отвечает принципам оперативности и экономичности юрисдикционного процесса, ответственности должностных лиц органов исполнительной власти за результаты расследования.

Не обязательно передавать все такие дела на рассмотрение в районные суды, увеличивая нагрузку судей, только из-за факта осуществления производства по делу в форме административного расследования, если должностное лицо административного органа вправе назначить наказание в пределах своей компетенции.

Например, в настоящее время районные суды рассматривают почти все дела об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 12.24 КоАП РФ, за нарушение правил дорожного движения или правил эксплуатации транспортного средства, повлекшее причинение легкого или средней тяжести вреда здоровью потерпевшего, поскольку практически по каждому такому делу производство осуществляется в форме административного расследования из-за проведения судебно-медицинской экспертизы потерпевшим.

Правовое регулирование в области административного расследования является несовершенным и не только затрудняет его применение на практике, но и приводит к искажению его сущности и роли должностными лицами органов исполнительной власти.

Решение о проведении административного расследования принимается одновременно с решением о возбуждении дела об административном правонарушении (п. 4 ч. 4 ст. 28.1 и ч. 2 ст. 28.7 КоАП РФ), которое оформляется соответствующим определением, отвечающим требованиям ч. 3 ст. 28.7 КоАП РФ.

Возбуждение дела об административном правонарушении и назначение проведения административного расследования позволяет увеличить сроки административного расследования, а также по письменному ходатайству должностного лица, в произ-

<sup>5</sup> См.: Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за четвертый квартал 2008 г., утвержденный Постановлениями Президиума Верховного Суда РФ от 25.03.2009, от 04.03.2009 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>6</sup> См.: Зрелов А.П. Административное расследование. Особенности правового регулирования, коллизии и правовые пробелы КоАП РФ // СПС «Консультант Плюс».

<sup>7</sup> См.: Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за первый квартал 2003 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12. С. 25–26.

<sup>8</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 5. С. 31.

водстве которого находится дело, их продлить (ч. 5 ст. 28.7 КоАП РФ), в том числе безосновательно.

Кроме того, к действиям должностных лиц государственных органов, связанным с проведением административного расследования, не применяются положения Федерального закона от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля».

Таким образом, определенные положительные моменты для решения вопроса о формальном осуществлении производства по делу в форме административного расследования у должностных лиц государственных органов имеются. Между тем формальное объявление административного расследования влечет серьезные последствия и не отвечает задачам производства по делам об административных правонарушениях.

На практике типична ситуация, когда определение о проведении административного расследования выносится формально, исключительно для безосновательного увеличения сроков расследования, уклонения от соблюдения положений Федерального закона от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» при осуществлении проверок, для изменения подведомственности дела и передачи его для рассмотрения в районный суд либо для передачи дела для рассмотрения в районный суд вместо мирового суда.

Например, решением судьи Верховного Суда Республики Башкортостан от 04.12.2013 отменено постановление судьи Стерлитамакского городского суда Республики Башкортостан от 18.10.2013 в отношении директора Общества с ограниченной ответственностью «А» о назначении наказания в виде штрафа по делу об административном правонарушении, предусмотренном ст. 8.2 КоАП РФ, за нарушение санитар-

но-эпидемиологических требований к условиям проживания в жилых зданиях и помещениях, с указанием на нарушение подведомственности рассмотрения дела, которое территориальным отделом Управления Роспотребнадзора по Республике Башкортостан было направлено для рассмотрения в городской суд в связи с осуществлением производства по делу в форме административного расследования.

В решении судьи второй судебной инстанции в том числе сказано, что рассмотрение дела, предусмотренного ст. 8.2 КоАП РФ, отнесено к подведомственности должностных лиц органов, осуществляющих функции по контролю и надзору в сфере обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения (ч. 1 ст. 23.13 КоАП РФ). Проведение по данному делу по ст. 8.2 КоАП РФ, санкция которой предусматривает в отношении должностного лица штраф, административного расследования не является безусловным основанием для его рассмотрения судьей городского суда. В рамках административного расследования у директора Общества с ограниченной ответственностью «А» истребованы сведения по делу об административном правонарушении, которые не были представлены в связи с их отсутствием, произведен осмотр территории, то есть экспертиза или иные процессуальные действия, требующие значительных временных затрат, не проводились, фактически оснований для административного расследования не имелось<sup>9</sup>.

В целях формирования единой правоприменительной практики представляется необходимо уточнить п. 2 ч. 3 ст. 23.1 КоАП РФ указанием на то, что судьями районных судов рассматриваются дела об административных правонарушениях, указанные в ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ, производство по которым осуществляется в форме административного расследования, в случае их обоснованной передачи на рассмотрение судье для обсуждения применения наказания, назначение которого отнесено к исключительной компетенции судей.

#### Библиография:

1. Бахрах Д.Н. Подведомственность юридических дел и ее уровни // Российское право. 2005. № 4. С. 46–60.
2. Зрелов А.П. Административное расследование. Особенности правового регулирования, коллизии и правовые пробелы КоАП РФ // СПС «Консультант Плюс».
3. Осипов Ю.К. Подведомственность юридических дел: учеб. пособие / отв. за вып. В.М. Семенов. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1973. 123 с.

#### References (transliteration):

1. Bahrah D.N. Podvedomstvennost' juridicheskikh del i ee urovni // Rossijskoe pravo. 2005. № 4. S. 46–60.
2. Zrelov A.P. Administrativnoe rassledovanie. Osobennosti pravovogo regulirovanija, kollizii i pravovye probely KoAP RF // SPS «Konsul'tant Pljus».
3. Osipov Ju.K. Podvedomstvennost' juridicheskikh del: ucheb. posobie / отв. zavyp. V.M. Semenov. Sverdlovsk: Izd-vo Sverdl. jurid. in-ta, 1973. 123 s.

*Материал поступил в редакцию 19 сентября 2014 г.*

<sup>9</sup> Официальный сайт Верховного Суда Республики Башкортостан. Судебное делопроизводство. Административные дела — первый пересмотр. Дело № 12-509/2013. URL: [http://vs.bkr.sudrf.ru/modules.php?name=sud\\_delo/](http://vs.bkr.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo/)

***Alternative or exclusively judicial competence of the district court over the administrative offence cases under part 2 of Art. 23.1 of the Administrative Offences Code of the Russian Federation, when the pre-trial proceedings took place in the form of administrative investigation***

**ABZEMILOVA, Zaituna Ravhatovna** — PhD in Law, Judge of the Supreme Court of the Republic of Bashkortostan. [abzemilova@mail.ru]

450002, Russia, Respublika Bashkortostan, Ufa, ul. Matrosova, 1.

**Review.** *The article contains analysis of the approaches towards understanding competence over over the administrative offence cases under part 2 of Art. 23.1 of the Administrative Offences Code of the Russian Federation (hereinafter, AOC of RF), when the pre-trial proceedings took place in the form of administrative investigation. The author discusses whether there is an alternative competence or exclusive judicial competence of the district court, proposals are made for the formation of the uniform judicial practice. The author follows the approach providing that cases administrative offence cases under part 2 of Art. 23.1 of the AOC of the RF, when the pre-trial proceedings took place in the form of administrative investigation, should fall within judicial competence only when an administrative body or an official transfer such a case to a judge.*

**Keywords:** *competence, alternative, judicial competence, types (levels) of competence over administrative offences cases, administrative investigation.*

# ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО

К.Ю. Чугунова\*

## Информационное оружие как угроза национальной безопасности Российской Федерации\*\*

**Аннотация.** В работе исследуется проблема обеспечения информационной безопасности государства с учетом новых угроз национальной безопасности, глобальных вызовов и кризисов современности. В настоящее время существенно возрастает угроза применения информационного оружия против информационной инфраструктуры РФ. Разработка рядом государств стратегий ведения информационных войн, предусматривающих создание средств опасного воздействия на информационные сферы других стран, нарушение нормального функционирования информационных и телекоммуникационных систем, сохранности информационных ресурсов, получение несанкционированного доступа к ним является одним из источников внешних угроз национальной безопасности государства. В статье анализируется законодательство РФ в сфере информационной безопасности, а также некоторые теоретические аспекты в области применения информационного оружия. Сделан вывод о том, что уровень обеспечения национальной безопасности существенным образом зависит от состояния информационной безопасности РФ, и в ходе технического прогресса эта зависимость будет только возрастать.

**Ключевые слова:** национальная безопасность, информация, информационное оружие, права человека, информационная безопасность, кибербезопасность, национальные интересы, стратегические приоритеты, российское общество, совершенствование законодательства.

Если прошлый XX в. прозвали «веком атома и кибернетики», то век сегодняшний смело можно назвать информационным. Информационная сфера является системообразующим фактором жизни общества и оказывает влияние на такие важнейшие сферы его деятельности, как политическая, экономическая, оборонная и другие составляющие безопасности РФ. Государство стремится обеспечить информационную безопасность, то есть обеспечить состояние защищенности национальных интересов в информационной сфере, определяющихся не только интересами государства, но также личности и общества. В Доктрине информационной безопасности РФ<sup>1</sup>, утвержденной Президентом РФ в августе 2000 г., отмечено, что анализ состояния информационной безопасности РФ показывает, что ее уровень не в полной мере соответствует потребностям общества и государства, что, несомненно, отрицательно сказывается не только на информационной сфере,

но и на всех сферах функционирования общества, с которыми так или иначе связана информационная безопасность.

Современные технологии достигли такого уровня, что процессы распространения, получения и обработки информации фактически стали непрерывными и охватывающими огромные территории, кроме того, возрос уровень информационной культуры и образования. Страны теперь предпочитают приобретать превосходство друг над другом не с помощью участия в кровопролитных войнах, а при помощи ведения войн информационных. Информационные технологии в наше время делают возможным «управление» при минимальном насилии и кровопролитии, в особенности при достижении желаемого результата при фактически минимальных ресурсных затратах. Однако такая ситуация весьма опасна в силу того, что информационное оружие способно разрушительно влиять как на технические и технологические системы, так и на людей. Кроме того, в отличие от привычного оружия, информационное оружие достаточно сложно вычислить,

<sup>1</sup> Доктрина информационной безопасности РФ (утв. Президентом РФ 09.09.2000 № Пр-1895) // Российская газета. 2000. 28 сент.

© Чугунова К.Ю., 2015

\* Чугунова Ксения Юрьевна — студент Института права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 4-й курс.

[chugunovaks@mail.ru]

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

Данная статья подготовлена в рамках Программы развития деятельности студенческих объединений МГЮА имени О.Е. Кутафина; НИР «Правовые основы обеспечения национальной безопасности РФ».

оно может долгое время оказывать поражающее воздействие на объект и так и не быть обнаруженным. В последнее время, чтобы подчеркнуть возросшую угрозу информационного оружия, в некоторых научных публикациях по отношению к информационному оружию стал применяться термин «оружие массовых разрушений».

Полковник ВВС США Р. Шафрански утверждал, что уже сейчас имеются средства, позволяющие создавать информационное оружие, и так как информационное оружие является весьма мощным оружием, войска и гражданское население должны быть защищены от него<sup>2</sup>. В Доктрине информационной безопасности РФ угрозы информационной безопасности подразделяются на внешние и внутренние. В качестве одного из источников внешних угроз информационной безопасности выделяется разработка рядом государств концепций информационных войн, предусматривающих создание средств опасного воздействия на информационные сферы других стран мира, нарушение нормального функционирования информационных и телекоммуникационных систем, сохранности информационных ресурсов, получение несанкционированного доступа к ним. В данной Доктрине говорится о возросшей угрозе применения информационного оружия против информационной инфраструктуры РФ. Связано это, прежде всего, с интенсивным внедрением зарубежных информационных технологий в сферы деятельности личности, общества и государства, а также с широким применением открытых информационно-телекоммуникационных систем, интеграцией отечественных информационных систем с международными информационными системами. Законодательного определения информационного оружия нет. Но в целом его можно определить как средства уничтожения, искажения или хищения информации; средства преодоления систем защиты; средства ограничения допуска законных пользователей; средства дезорганизации работы технических средств, компьютерных систем<sup>3</sup>. Таким образом, понятие информационного оружия — весьма широкое, им могут являться не только всевозможные технические средства, но и люди, которые принимают, изменяют, распространяют информацию. Даже средства массовой культуры и искусства могут являться информационным оружием. В связи с возросшей ролью информационного оружия и опасности, которую оно представляет для РФ, необходимо совершенствование правового регулирования в данной сфере.

<sup>2</sup> См.: Теория информационного оружия. Полковник ВВС США Р. Шафрански (Theory of Information Warfare. Preparing For 2020 by Colonel Richard Szafranski, USAF). URL: <http://www.iwar.org.uk/iwar/resources/airchronicles/szfran.htm>

<sup>3</sup> См.: Рассторгуев С.П. Информационная война. М.: Радио и связь, 1999. С. 56

К основным «информационным правам», закрепленным Конституцией РФ как нормативно-правовым актом, обладающим высшей юридической силой, можно отнести:

1) право на свободу и личную неприкосновенность (ст. 22). Применительно к информационной сфере это означает свободу получения и распространения информации, получение и распространение которой не запрещено законом;

2) неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, защита чести и доброго имени (п. 1 ст. 23) — предполагает обеспечение сохранности и нераспространения сведений о лице, которые само лицо желает сохранить в тайне. Каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения (п. 2 ст. 23). Сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускаются (п. 1 ст. 24);

3) свобода совести и вероисповедания, распространения религиозных и иных убеждений — то есть, опять же, речь идет о свободном распространении информации (ст. 28);

4) свобода мысли и слова, свобода поиска, получения, передачи, производства и распространения информации любым законным способом. Недопустимость ограничения свободы доступа к информации иначе, чем федеральным законом (ст. 29).

Гарантия и защита «информационных прав» подчеркивает значимость развития информационной сферы, что находит отражение в нормативных правовых актах, составляющих основу обеспечения информационной безопасности.

В Федеральном законе РФ от 13.12.1996 № 150-ФЗ «Об оружии»<sup>4</sup> содержится законодательное определение понятия «оружие» — это устройства и предметы, конструктивно предназначенные для поражения живой или иной цели, подачи сигналов. Упоминания о существовании информационного оружия мы в данном акте не встретим. Что же понимается под «поражением», законодатель не разъясняет. С одной стороны, информационное оружие полностью не подпадает ни под один из видов оружия, перечисленных в законе. Но, с другой стороны, разве информационное оружие не поражает цель, будь то техническое средство, технологическая система или человек? Представляется, что с учетом динамики развития общества и требований актуализации законодательства в настоящее время целесообразно указание в данном Законе об оружии на такой вид оружия, как информационное.

<sup>4</sup> Федеральный закон от 13.12.1996 № 150-ФЗ «Об оружии» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 51. Ст. 5681.

Федеральный закон РФ от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации»<sup>5</sup> также не содержит упоминания об информационном оружии, однако ст. 16 закона посвящена защите информации.

Поскольку информационное оружие предназначено для подрыва информационной и, как следствие, национальной безопасности через воздействие на информацию и ее носители, из данной статьи можно вывести признаки информационного оружия: а) осуществляет неправомерный доступ, уничтожение, модифицирование, блокирование, копирование, предоставление, распространение и иные неправомерные действия в отношении информации; б) нарушает порядок доступа к информации и в целом оказывает неблагоприятное воздействие на информацию; в) воздействует на средства обработки информации.

Среди принципов правового регулирования отношений в сфере информации, информационных технологий и защиты информации закреплено обеспечение безопасности РФ при создании информационных систем, их эксплуатации и защите содержащейся в них информации.

В Стратегии национальной безопасности РФ на период до 2020 г.<sup>6</sup> отмечена вероятность рецидива односторонних силовых подходов в международных отношениях, противоречий между основными участниками мировой политики, угрозы применения оружия массового уничтожения и его попадания в руки террористов, совершенствования форм противоправной деятельности в кибернетической области, а также усиления глобального информационного противоборства. В современном мире информационное оружие вполне можно назвать оружием массового уничтожения. Информационные угрозы национальной безопасности можно увидеть фактически в ключевых сферах функционирования общества: оборона — разработка и системная реализация комплекса информационных и иных мер, направленных упреждение или снижение угрозы деструктивных действий со стороны государства-агрессора, информационные и другие высокотехнологичные средства ведения вооруженной борьбы являются угрозой военной безопасности; экономика — государственная политика направлена на развитие индустрии информационных и телекоммуникационных технологий, средств вычислительной техники, радиоэлектроники, телекоммуникационного оборудования и программного обеспечения и др.

Как большинство актов в сфере информационной безопасности, Доктрина информационной безопасности РФ, пожалуй, основной акт в этой области, не имеет статуса федерального закона. Доктрина представляет собой совокупность официальных взглядов на цели, задачи, принципы и основные направления обеспечения информационной безопасности РФ. Трудно представить, как можно обеспечить информационную безопасность «совокупностью взглядов», помимо взглядов должны быть предприняты конкретные действия. В Доктрине дано понятие информационной безопасности как состоянию защищенности ее национальных интересов в информационной сфере, определяющихся совокупностью сбалансированных интересов личности, общества и государства. Доктрина также определяет методы обеспечения информационной безопасности. К методам защиты от информационного оружия можно отнести следующие: разработка, использование и совершенствование средств защиты информации и методов контроля эффективности этих средств, развитие защищенных телекоммуникационных систем, повышение надежности специального программного обеспечения; создание систем и средств предотвращения несанкционированного доступа к обрабатываемой информации и специальных воздействий, вызывающих разрушение, уничтожение, искажение информации, а также изменение штатных режимов функционирования систем и средств информатизации и связи; выявление технических устройств и программ, представляющих опасность для нормального функционирования информационно-телекоммуникационных систем, предотвращение перехвата информации по техническим каналам, применение криптографических средств защиты информации при ее хранении, обработке и передаче по каналам связи.

Совершенствование правового регулирования в области обеспечения информационной безопасности государства — актуальная задача законодателя. В 2013 г. был разработан проект Концепции Стратегии кибербезопасности РФ<sup>7</sup>. Проект этот неоднозначен, о чем свидетельствует уже его название «концепция стратегии». В нем отмечен недостаток существующего правового регулирования киберпространства как элемент, «принимая во внимание комплексный характер проблемы и ее масштаб», усматривают необходимость создания не нормативно-правового акта в этой области, а некоего «специального документа» с не совсем понятным правовым статусом (такая тенденция характерна для всей правовой базы в сфере информационной без-

<sup>5</sup> Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 31. Ст. 3448.

<sup>6</sup> Указ Президента РФ от 12.05.2009 № 537 «О Стратегии национальной безопасности РФ до 2020 г.» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 20. Ст. 2444.

<sup>7</sup> Проект Концепции Стратегии кибербезопасности РФ. URL: <http://council.gov.ru/media/files/41d4b3dfbdb25cea8a73.pdf/>

опасности, поскольку большинство актов в этой области не имеют статуса закона). Подчеркивая важность безопасности киберпространства для обеспечения информационной безопасности, а как следствие, и национальной безопасности РФ, авторы проекта изложили всю концепцию стратегии кибербезопасности на 10 листах. Чтобы понять, безопасность какой системы стоит обеспечить, в проекте дается определение киберпространству как сфере деятельности в информационном пространстве, образованной совокупностью коммуникационных каналов Интернета и других телекоммуникационных сетей, технологической инфраструктуры, обеспечивающей их функционирование, и любых форм осуществляемой посредством их использования человеческой активности (личности, организации, государства). Кибербезопасность, в свою очередь, определяется как совокупность условий, при которых все составляющие киберпространства защищены от максимально возможного числа угроз и воздействий с нежелательными последствиями. Как отмечено в самом проекте, он связан с другими актами в области информационной безопасности, в частности с Доктриной информационной безопасности РФ. Поскольку кибербезопасность является составной частью информационной безопасности, то связь этих документов должна быть особенно тесной. Но уже при первом прочтении обоих актов обнаруживаются некоторые противоречия. В частности, в Доктрине информационной безопасности отмечается защита интересов личности, общества и государства. В проекте же интересы общества теряются, но зато появляются интересы организаций. Каких конкретно организаций, авторы не уточняют. В проекте также указаны первоочередные действия, которые необходимо реализовать в целях обеспечения кибербезопасности. Но, в сущности, никаких конкретных действий не отмечено, авторы ограничились «развитием», «совершенствованием», «разработкой» и «наращиванием». Каким образом планируется реализация данных действий, опять же, не раскрывается. В проекте также указано на значение международного сотрудничества в области кибербезопасности и некоторое влияние международного опыта на создание данного проекта (к слову, в США национальная Стратегия безопасности в киберпространстве была принята еще в 2003 г.). С одной стороны, нельзя не отметить попытки российского законодателя идти в ногу со временем, уделяя внимание угрозам информационной безопасности, в частности кибербезопасности, и защите от этих угроз. Но пока попытки эти весьма робкие, до определенной степени еще не продуманные, поэтому не могут принести положительного результата.

Следует обратить внимание и на такой весьма интересный проект Федерального закона «Об информационно-психологической безопасности»<sup>8</sup>. В нем раскрывается понятие информационно-психологической безопасности, но понятие это составлено некорректно, в связи с чем теряется его истинный смысл. «Информационно-психологическая безопасность — состояние защищенности, отдельных лиц и (или) групп лиц от негативных информационно-психологических воздействий и связанных с этим иных жизненно важных интересов личности, общества и государства в информационной сфере». Даже если проигнорировать пунктуационную ошибку, из определения непонятно, с чем связаны жизненно важные интересы личности, общества и государства — с состоянием защищенности или с негативным информационно-психологическим воздействием? На наш взгляд, жизненно важные интересы на то и жизненно важные, что ни от чего не зависят и ни с чем не связаны, а обусловлены самой человеческой жизнью. В данном проекте нет упоминания об информационном оружии, но есть понятие «средства воздействия», что, в сущности, одно и то же. Под средствами воздействия понимаются технические и программные средства, используемые для негативного информационно-психологического воздействия на человека или группу лиц. Опять же, нельзя согласиться с данным определением в силу его неполноты. Мы уже выяснили, что в качестве информационного оружия (средства воздействия) могут использоваться не только технические и программные средства, но и сам человек может быть средством воздействия на других лиц, и даже массовое искусство и культура могут являться мощным информационным оружием. Если ранее, исходя из положений Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и защите информации», мы выводили признаки информационного оружия через его воздействие на технические и технологические системы, то из содержания проекта можно выделить признаки информационного оружия через его воздействие на человека. Можно указать следующие признаки информационного оружия: причиняет вред здоровью человека; блокирует на неосознаваемом уровне свободу волеизъявления человека, искусственно прививает ему синдром зависимости; ведет к утрате способности к политической, культурной, нравственной самоидентификации человека; манипулирует общественным сознанием; разрушает единое информационное и духовное пространство РФ, традиционные устои общества и общественной нравственно-

<sup>8</sup> Проект Федерального закона «Об информационно-психологической безопасности» // СПС «Консультант Плюс».

сти, а также нарушает иные жизненно важные интересы личности, общества и государства. Несмотря на то, что информационное оружие является крайне опасным, что видно из признаков информационного оружия, законодатель допускает возможность применения в определенных случаях специальных средств и методов информационно-психологического воздействия органами и организациями, входящим в государственную систему обеспечения информационно-психологической безопасности. В частности, с согласия лица, допускается применение средств и методов воздействия в следующих случаях: с научными целями, при проведении исследований в области психики; при подготовке специалистов, использующих средства и методы воздействия на психику; при подготовке специалистов, чья деятельность связана с экстремальными и чрезвычайными ситуациями; при подготовке специалистов по проведению антитеррористических операций; при подготовке специалистов в области информационной безопасности. Но законом предусмотрена возможность применения такого воздействия и без согласия лица: во-первых, в чрезвычайных ситуациях, возникающих во время катастроф природного, техногенного и антропогенного происхождения с целью локализации и ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций; во-вторых, при проведении антитеррористических и миротворческих операций, в ходе военных действий при отражении внешней агрессии по отношению к государству. Если со всеми предыдущими пунктами еще можно согласиться, то последний пункт вызывает серьезные опасения. Что понимать под миротворческими операциями или отражением внешней агрессии? В связи с последними событиями, являются ли действия России на территории Украины миротворческой операцией по защите русскоязычного населения, а действия США и ряда других стран проявлением внешней агрессии по отношению к России? И дают ли все эти события право России применять информационное оружие (специальные средства и методы воздействия, если следовать букве закона) по отношению к населению без согласия самих лиц, под такое воздействие попадающих? Но пока все это лишь дает почву для размышлений. С одной стороны, это только проект, данный федеральный закон не принят, и положения, в

нем содержащиеся, применяться не могут, но, с другой стороны, отсутствие полноценно нормативно-правовой базы в области обеспечения информационной безопасности создает угрозу бесконтрольного и безнаказанного применения информационного оружия. Настораживает также тот факт, что данный законопроект был внесен в Государственную Думу еще в 1999 г., и мог вступить в силу после его принятия в 2001 г., но в том же 2001 г. законопроект был снят с рассмотрения Государственной Думы в связи с отзывом субъектом законодательной инициативы. Между тем значение данного проекта, будь он продуман, грамотно теоретически проработан и принят, могло быть колоссальным. Поскольку информационно-психологическое воздействие есть не что иное, как воздействие информационного оружия. Это мог бы быть первый законодательный акт, не только признававший существование информационного оружия, но и предусматривающий способы борьбы с ним и меры обеспечения информационной безопасности в связи с применением информационного оружия.

Информационная безопасность является составной частью национальной безопасности РФ. Информационные технологии в современном мире развиваются с необычайной скоростью, а информационные системы все чаще подвергаются воздействию информационного оружия, что обуславливает необходимость постоянного совершенствования средств и методов обеспечения информационной безопасности. Следует признать, что если информационной безопасности РФ в рамках обеспечения национальной безопасности уделяется определенное внимание, хотя, по нашему мнению, недостаточное, о чем свидетельствует статус принимаемых в этой области актов (концепция, стратегия, доктрина и т.д.), то проблема использования информационного оружия по вине законодателя остается вне рамок правового регулирования. Национальная безопасность РФ, как отмечено в Стратегии информационной безопасности, существенным образом зависит от обеспечения информационной безопасности, и в ходе технического прогресса эта зависимость будет возрастать. В связи с чем Россия больше не может игнорировать вопросы применения информационного оружия и защиты национальных интересов в этой сфере.

#### Библиография:

1. Козориз Н.Л. Информационная безопасность в глобальном информационном пространстве // Право и государство. 2013. № 7. С. 146–150.
2. Логунов А.Б. Региональная и национальная безопасность: учеб. пособие. М.: Вуз. учебник, 2009. 432 с.
3. Марков А.А. Некоторые аспекты информационной безопасности в контексте национальной безопасности // Вестник СПбГУ. Сер. 12. 2011. Вып. 1. С. 26–35.
4. Правовое обеспечение информационной безопасности : учеб. пособие / под ред. С.Я. Казанцева. 3-е изд. М.: Академия, 2008. 240 с.

5. Расторгуев С.П. Информационная война. М.: Радио и связь, 1999. 416 с.
6. Стрельцов А.А. Обеспечение информационной безопасности. Теоретические и методологические основы / под ред. В.А. Садовниченко и В.П. Шерстюка. М.: МЦНМО, 2002. 86 с.

**References (transliteration):**

1. Kozoriz N.L. Informacionnaja bezopasnost' v global'nom informacionnom prostranstve // Pravo i gosudarstvo. 2013. № 7. S. 146–150.
2. Logunov A.B. Regional'naja i nacional'naja bezopasnost': uceb. posobie. M.: Vuz. uchebnik, 2009. 432 s.
3. Markov A.A. Nekotorye aspekty informacionnoj bezopasnosti v kontekste nacional'noj bezopasnosti // Vestnik SPbGU. Ser. 12. 2011. Vyp. 1. S. 26–35.
4. Pravovoe obespechenie informacionnoj bezopasnosti: uceb. posobie / pod red. S.Ja. Kazanceva. 3-e izd. M.: Akademija, 2008. 240 s.
5. Rastorguev S.P. Informacionnaja vojna. M.: Radio i svjaz', 1999. 416 s.
6. Strel'cov A.A. Obespechenie informacionnoj bezopasnosti. Teoreticheskie i metodologicheskie osnovy / pod red. V.A. Sadovnichego i V.P. Sherstjuka. M.: MCNMO, 2002. 86 s.

*Материал поступил в редакцию 16 сентября 2014 г.*

***Information weapons as a threat to national security of the Russian Federation***

**CHUGUNOVA, Ksenia Yurievna** — 4<sup>th</sup> year student of the Institute of Law of the Kutafin Moscow State Law University. [chugunovaks@mail.ru]  
123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The article concerns the problem of state information security guarantees taking into account the new threats to national security, global challenges and the modern crises. Currently, there is a significantly growing threat of use of information weapons against the information infrastructure of the Russian Federation. The development of the information warfare strategies by many states, presupposing the formation of the means of dangerous influence over the information spheres of other states, disruption of the normal functioning of information and telecommunications systems and preservation of information resources, gaining unsanctioned access to them form one of the sources for the outer threats to national security of a state. The article contains analysis of the legislation of the Russian Federation in the sphere of application of information weapons. The conclusion is made that the current level of national security guarantees greatly depends upon the situation in the sphere of information security of the Russian Federation, and this dependency shall grow in the course of technical progress.*

**Keywords:** *national security, information, information weapons, human rights, information security, cyber-security, national interests, strategic priorities, Russian society, legislative improvement.*

# ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Ю.К. Цареградская\*

## Государственный долг в дореволюционной России: историко-правовые аспекты становления и развития

**Аннотация.** Рассматривается эволюция развития института государственного долга России в дореволюционный период. Указывается, что многие инструменты современной долговой политики государства, в частности виды государственного долга (внутренний и внешний), формы и виды государственного кредита (государственные займы, государственные облигации, «золотые займы», срочные и бессрочные, выигрышные и др.), Долговая книга, органы управления государственным долгом, методы управления государственным долгом (консолидация, унификация, аннулирование) и др., юридически были оформлены именно в тот период развития государства. Опыт функционирования и управления государственным долгом в Российской империи позволяет автору сделать выводы о том, что на современном этапе развития государства необходимо в структуре государственного долга стремиться к соотношению внешней и внутренней задолженности — 50 на 50, не превышая критического порогового значения, что позволит избежать роста геополитических и социальных противоречий в современной России.

**Ключевые слова:** государственный долг, внешний долг, внутренний долг, государственный кредит, финансовое право, долговая политика, бюджет, дореволюционный период, финансы, управление государственным долгом.

Исследование закономерностей эволюции и выделение факторов динамики государственной задолженности России позволяет раскрыть проблемы в финансовой политике государства на протяжении всего периода его развития и выявить возможные перспективы управления государственным долгом России. Историю становления и развития государственного долга российского государства можно условно разделить на три этапа. Первый этап — вторая половина XVIII в. — 1917 г.; второй этап — 1917–1991 гг. и третий этап — 1991 г. — по настоящее время. В данной статье будет уделено внимание первому этапу развития российского государственного долга.

Изучение исторических аспектов данного института позволяет отметить, что наиболее общими политическими и экономическими предпосылками широкого развития государственного долга в дореволюционной России явились ее государственная политика, направленная на расширение территории, необходимость привлечения иностранного капитала в различные сферы экономики и пр.

Первые попытки осуществления займа предпринимались еще во времена правления Михаила Федоровича, когда в Англию и Голландию были направлены посольства, которым было поручено

просить у правительств этих стран денежной помощи. Данные государства также были заинтересованы в партнерских отношениях с Московским государством, так как вели обширную торговлю с Россией, а английские и голландские купцы пользовались «особенным покровительством закона и такими торговыми льготами, которых никогда не имели русские купцы»<sup>1</sup>. Однако попытки займа не были успешными, поскольку английский король готов был оказать помощь, но при условии, что английским купцам будут предоставлены большие льготы и право на беспощадную торговлю. Московское правительство не согласилось на подобные требования, и переговоры на тот период закончились безрезультатно.

В период императорской России попытки осуществить внешний заем связаны с временами правления Петра I, который не прибегал к внешним займам, несмотря на тяжелую войну со Швецией. Он отмечал, что если бы ему еще пришлось воевать 20 лет, то он и тогда бы воевал, не прибегая к займам. Однако существует упоминание о том, что в начале войны со Швецией Петр I сде-

<sup>1</sup> Цит. по: Брежский Н.К. Государственные долги России: историко-статистическое исследование. СПб.: Типо-лит. А.М. Вольфа, 1874. С. 18.

© Цареградская Ю.К., 2015

\* Цареградская Юлия Константиновна — кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

[uliacar2008@rambler.ru]

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

лал все же заем в Голландии, но подробностей об этом факте не сохранилось<sup>2</sup>.

Считается, что успешно первый внешний заем в российском государстве был заключен во время правления Екатерины II в 1769 г. В марте 1769 г. было внесено предложение генерал-прокурором А.А. Вяземским о займе 2 млн руб., а в апреле того же года был издан указ, положивший начало русскому внешнему государственному долгу, который в течение долгого времени служил основанием для заключения и управления внешними займами. Данный указ содержал следующие основные правила:

1. В случае неожиданного разрыва дружбы с Генеральными Штатами (Голландией) облигации ни аресту, ни конфискации не подлежат.
2. Облигации будут выпущены в 500 тыс. гульденов, которые останутся у банкиров в Амстердаме до полного их выкупа.
3. По облигациям платить 5 % ежегодно с того дня, который отмечен в облигации.
4. Заем заключить на 10 лет, оставляя право выплачивать после 5 лет суммы, которые считаются необходимыми<sup>3</sup>.

Для осуществления указа в том же году был образован Комитет уполномоченных для производства денежных переговоров в иностранных землях. Комитет выполнял следующие функции: а) ведение переписки с банкирами; б) прием и рассмотрение предложений о займах; в) наблюдение за ходом дел по внешним займам. Соответственно данный комитет можно рассматривать как орган, осуществляющий управление государственным долгом. Комитету уполномоченных для производства денежных переговоров в иностранных землях удалось успешно осуществить займы в Голландии, Австрии, Швеции, Франции, Англии, Италии.

Таким образом, данный указ содержал первые основы правового регулирования государственного долга. Следует отметить, что за время правления Екатерины II происходит становление практики внешних заимствований и увеличение задолженности государства, а к концу ее правления государственный долг достиг размера в 215 млн руб., структура которого состояла из: 1) внешних займов (41,5 млн руб.), 2) заимствований казначейством кредитных ресурсов у казенных банков (более 7 млн руб.), 3) выпуска бумажных денег (166 млн руб.)<sup>4</sup>.

Начало XIX в., период правления Александра I, характеризуется многочисленными реформами общественной жизни и государственного устройства (в 1802 г. было образовано Министерство финансов). Ведение войн Россией требовало

дополнительных денежных средств, а проблемы с получением внешних и внутренних заимствований вынуждают правительство Александра I прибегнуть к дополнительному выпуску ассигнаций, что обесценило их стоимость<sup>5</sup>.

Учитывая дефицит государственного бюджета, в 1809 г. министру финансов было поручено разработать положение о внутренних займах для привлечения дополнительных средств. Несмотря на выгодные условия для вкладчиков и высокий процент по внутренним займам, средств поступило немного. Данное положение заставило правительство принять некоторые меры для улучшения экономической ситуации. Для этой цели было решено: 1) учредить Комиссию погашения государственных долгов, которой был предоставлен капитал, сформировавшийся за счет средств, полученных от продажи государственного имущества; 2) открыть внутренний публичный заем.

Учреждение Комиссии произошло в мае 1810 г. на следующих основаниях: 1) все суммы от продажи государственного имущества поступают в распоряжение Комиссии и направляются на погашение государственных долгов; 2) Комиссия ежегодно представляет публичный отчет. В государственное имущество, предназначенное для погашения долгов, входили: 1) оброчные казенные земли в 26 губерниях, 2) пустопорожные земли в 11 губерниях, 3) мельницы, 4) казенные леса в 47 губерниях, 5) леса в западных губерниях. Это имущество было оценено в 183 млн руб., а правительство рассчитывало получить 200 млн руб. вследствие превышения продажной цены над оценкой. Данные прогнозы не оправдались, и в казну было получено 292458 руб.<sup>6</sup>

Таким образом, несмотря на неудачную кредитную и долговую политику, в этот период Россия впервые применила такую форму государственного кредита — внутренний облигационный заем, который был выпущен на сумму 100 млн рублей под 6 % годовых со сроком погашения 7 лет.

В 1815 г. российское правительство осуществляет мероприятия по упорядочиванию государственного внешнего долга, в частности по отношению к голландскому займу были приняты меры по его реструктуризации. Указом от 18.10.1815 г. долг был увеличен на 18 млн гульденов, накопившимися платежами по этому займу вследствие приостановления выплат в 1812—1815 гг. Погашение долга должно было производиться ежегодно в размере 1 млн. гульденов с уплатой 5 % по займу, начиная с 01.01.1816 г.<sup>7</sup> Правительству России удалось до-

<sup>2</sup> См.: Брежский Н.К. Указ. соч. С. 127.

<sup>3</sup> См.: Там же. С. 128—130.

<sup>4</sup> См.: Брокгауз Ф.А., Ефрон И.А. Энциклопедический словарь. Т. XVI-а. М.: Рус. слово, 1996. С. 619.

<sup>5</sup> См.: Печорин Я. Наши государственные ассигнации до замены их кредитными билетами 1769—1843гг. // Вестник Европы. 1876. Т. IV. С. 620.

<sup>6</sup> См.: Брежский Н.К. Указ. соч. С. 174—175.

<sup>7</sup> См.: Гейлер И.К. Сборник сведений о процентных бумагах (фондах, акциях и облигациях) России. СПб.: Тип. В. Безобразова и Ко, 1871. С. 24—25.

биться отсрочки голландского долга размером 101,1 млн гульденов до 1891 г.<sup>8</sup>

В мае 1817 г. сформировали Совет государственных кредитных установлений, в функции которого входило преобразование Комиссии погашения долгов. В том же году Комиссию преобразовали и при ней учредили Государственную долговую книгу. Данная Книга состояла из 3 частей: 1) для внесения долгов по внешнему займу (голландскому); 2) для внутренних срочных долгов; 3) для долгов бессрочных<sup>9</sup>. Структура Книги закрепила и новую систему государственных долгов — все они были разделены на два вида: 1) долги, приносящие проценты, как срочные, так и бессрочные; 2) государственные ассигнации. Срочные долги поделили на два разряда: долги по внешнему займу и внутренние долги.

В Книгу была сделана запись об общей сумме долга на 01.01.1818 г.: 1) государственные внутренние долги — 64764265 руб., среди которых: срочных — 18408359 руб., бессрочных обыкновенных — 37155045 руб., бессрочных неприкосновенных — 9200861 руб.; 2) государственные внешние долги по голландскому займу в размере 50600000 гульденов<sup>10</sup>.

Таким образом, в практике российского государства данного периода появляется новая форма государственного долга — облигации бессрочного займа, выпускаемые Государственной комиссией погашения долгов.

В 1842 г. правительство приступило к строительству Петербургско-Московской железной дороги и для ее строительства было привлечено 5 внешних займов, что положило начало выпуску в России железнодорожных займов.

Анализируя данный период, следует согласиться с мнением некоторых исследователей, в частности В.А. Мальцева, Е.В. Покачаловой и др., считающих, что начало XIX в. характеризуется развитием государственного кредита и государственного долга, поскольку появляются новые виды займов, в частности процентные; меняются цели заимствования, государство начинает использовать заемные средства на развитие инфраструктуры<sup>11</sup>. По мнению А.В. Мальцева, государственный долг России в 1825 г. равнялся примерно ее годовому бюджету, а в 1855 г. превышал бюджет страны более чем в 2 раза, а структура государственного долга улучшилась<sup>12</sup>. Данное его

суждение основывается на том, что произошло уменьшение внешнего долга и появились внутренние заимствования.

Вторая половина XIX в. — правление императора Александра II, которое связано с преобразованиями во всех сферах государственной жизни, в том числе и финансовой. С 1860 г. происходят значительные преобразования в кредитной политике — меняется система записи и учета государственных долгов в России. Впервые новая классификация прозвучала в речи министра финансов в 1859 г., однако в Отчетах Государственных кредитных установлений за этот год была сохранена прежняя система, и только начиная с 1860 г. В Отчетах исчисление государственных долгов производится по новой системе, которая заключалась в следующем: 1) все займы, внесенные в Государственную долговую книгу, делятся на срочные и бессрочные; 2) в каждой из этих групп выделяют внешние и внутренние займы (самую обширную группу составили срочные внешние займы); 3) займы из Сохраненных Казен передали в ведение Государственного банка<sup>13</sup>.

С учреждением Государственного банка произошли изменения и в отношении государственного долга. Он сосредоточил в себе кредитные обороты государства: выпускал в обращение кредитные билеты, реализовывал государственные займы и ликвидировал бывшие кредитные установления. Исходя из такой функциональной направленности Банка, снизилось значение Комиссии погашения долгов и Государственной долговой книги. С 1859 г. многие займы не записывались в Книгу или заносились в нее спустя несколько лет после их заключения. В 1861 г. появляются и новые разряды государственных долгов — пятипроцентные вечные вклады и четырехпроцентные металлические билеты Государственного банка. Первая разновидность долга была связана с реоформлением долга кредитных установлений, а четырехпроцентные металлические билеты были выпущены для усиления средств Государственного банка и консолидации некоторой части кредитных билетов<sup>14</sup>.

К 1880 г. происходит возрастание объемов государственного долга, и в этот период впервые в российском государстве происходит переориентация использования государственного долга, который начинает рассматриваться не как источник погашения дефицита бюджета, а как инструмент финансово-кредитного регулирования экономики. Данная переориентация была связана с деятельностью Министерства финансов, в частности с министром финансов А.А. Абазу, который и стал инициатором подобного использования государственного кредита. Впоследствии эта инициатива

<sup>8</sup> См.: Покачалова Е.В. Становление и развитие публично-го долга и его форм (финансово-правовые аспекты). Саратов: Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2007. С. 102.

<sup>9</sup> См.: Коломиец А.Г. Государственный бюджет России в XIX веке // Государственные финансы России: XIX — первая четверть XX века / под ред. И.В. Караваевой. М.: Юнити-Дана, 2003. С. 60–62; Брежский Н.К. Указ соч. С. 182.

<sup>10</sup> См.: Брежский Н.К. Указ. соч. С. 185.

<sup>11</sup> См.: Покачалова Е.В. Указ. соч.

<sup>12</sup> См.: Государственные финансы России... С. 14 (автор главы: В.А. Мальцев).

<sup>13</sup> См.: Брежский Н.К. Указ. соч. С. 205–206.

<sup>14</sup> См.: Там же. С. 210.

была продолжена его приемником на посту министра Н.Х. Бунге, который с научной точки зрения подошел к функционированию государственного кредита и долга, поскольку защитил докторскую диссертацию на тему: «Теория кредита».

Данный период развития новой концепции государственного кредита и долга связан с правлением Александра III, который поддержал концепцию развития рыночных отношений в России. В это время происходит признание всех выпущенных Государственным банком кредитных билетов государственным долгом и принимается решение о погашении этого долга путем передачи Государственному банку золота, что свидетельствует о формировании золотого запаса Государственного банка<sup>15</sup>.

В конце XIX в. правительство вводит еще одну новацию в сфере государственного кредита и долга, так называемые золотые займы. Выпуск этих займов осуществлялся при участии Министерства финансов, возглавляемого вначале И.А. Вышнеградским, а затем — С.Ю. Витте. Номинал данных государственных облигаций был выражен одновременно в валютах нескольких государств (голландских гульденах, французских франках, германских марках, американских долларах и др.) На каждой купюре указывалось соотношение валют исходя из их золотого содержания. Кроме того, номинальная стоимость была выражена и в золотых рублях<sup>16</sup>. Облигации погашались в любой стране через зарубежные банки и кредитные учреждения. На внутреннем российском рынке владелец такой облигации имел право на погашение капитальной суммы займа и получение процентов по выбору: в виде золотых монет или государственными кредитными билетами исходя из рыночного соотношения с золотым рублем. Эти условия повышали интерес потенциальных кредиторов к данному виду займа. В течение 7 последующих лет с 1889 г. по 1896 г. было осуществлено 6 выпусков четырехпроцентного золотого займа на сумму 12 млн руб.<sup>17</sup> Подобная политика в сфере государственного кредита и долга ускорила процессы денежной реформы в стране, результатом которой стал золотой рубль, признанный официально, по этой причине отпала необходимость размена кредитных билетов на золото. Несмотря на эффективную финансовую политику государства, объем государственного долга за 13 лет правления Александра III увеличился на 1609 млн руб., с 4984 млн руб. в 1881 г. до 6593 млн руб. к 1894 г.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> См.: Государственный банк. Краткий отчет деятельности за 1860–1910 гг. / под ред. Е.Н. Сланского. СПб.: Т-во Р. Голике и А. Вильборг, 1910. С. 138–139.

<sup>16</sup> См.: Таранков В.И. Ценные бумаги государства Российского. М.; Тольятти: Интер-Волга, 1992. С. 91–94.

<sup>17</sup> См.: Министерство финансов. 1802–1902. Ч. 1. СПб.: Экспедиция заготовления гос. бумаг, 1902. С. 390.

<sup>18</sup> См.: Там же. С. 90.

Правление Николая II связано с рядом мероприятий в сфере управления государственным долгом, в частности происходит унификация некоторых займов, конверсия ранее выпущенных внутренних облигационных займов в свидетельстве четырехпроцентной ренты, которые являлись основной формой государственного внутреннего долга. В этот период основу государственного долга составляли долгосрочные и бессрочные займы. Долгосрочные займы могли заключаться на достаточно длительные сроки — 50–80 лет, а бессрочные обязательства характеризовались тем, что государство выплачивало только договорный процент, соответственно, для держателя такой заем становился рентой.

Начало XX в. было сложным для российского государства, это связано и с войнами, и с непростой внутриполитической ситуацией. В этих условиях периодически возникает потребность в заимствованиях. В 1905–1909 гг. были выпущены облигационные процентные займы под 4–5 % годовых. В 1915–1916 гг. правительство выпускает так называемые военные займы со сроком обращения 10 лет. Оценивая развитие долговой политики в этот период, ученые не приходят к единому мнению по вопросу соотношения внутренних и внешних займов в структуре государственного долга. Одна позиция состоит в том, что в начале XX в. государственный кредит приобретает внешнюю направленность, так как к 1917 г. Россия становится крупнейшим заемщиком в мире, на которого приходилось около 11 % мирового объема международных долгов. Другая заключается в том, что общественно-политическая ситуация в стране в 1904–1905 гг. приводит к сокращению доли зарубежного капитала в России, и несмотря на то, что средний ежегодный приток иностранных инвестиций в Россию после введения золотого стандарта увеличился почти в 4,4 раза, они составили только 11% всех чистых капиталовложений. Как справедливо констатирует П. Грегори, «иностранцам приходилось играть лишь вспомогательную роль в повышении уровня накопления внутреннего капитала»<sup>19</sup>. Причем он доказывает, что индустрия в России была построена в основном на национальные капиталы, поскольку государство стремилось избежать чрезмерной зависимости от иностранных инвестиций, валовые иностранные инвестиции составляли до 20 % от внутренних накоплений<sup>20</sup>.

В подтверждение этих данных необходимо проанализировать статистику, показывающую динамику государственного внешнего долга начала XX в. (см. *табл. 1*).

<sup>19</sup> Грегори П. Экономический рост Российской империи (конец XIX — начало XX в.). М.: РОССПЭН, 2003. С. 44.

<sup>20</sup> См.: Там же. С. 28.

**Таблица 1**  
**Государственный внешний долг России**  
**конец XIX— начало XXв. (млн руб.)<sup>21</sup>**

Год	1891	1896	1900	1903	1910	1914
Сумма	4997	5944	6275	6652	9055	8824

Как видно из *табл. 1* внешний долг России увеличивался и за 1900–1914 гг. вырос в 1,4 раза. Как свидетельствует статистический ежегодник того периода, на 01.01.1913 г. государственный внешний долг России составлял 53 руб. на одного жителя, в то время как во Франции — 295, Германии — 146, Англии — 148<sup>22</sup>. За этот же период и произошло снижение доли государственного долга, принадлежавшего иностранцам, с 52 % в 1907 г. до 48 % в 1913 г.<sup>23</sup> При этом процентные платежи по государственному внешнему долгу в 1907–1913 гг. оставались практически без изменений (см. *табл. 2*), что свидетельствует о погашении долга и отсутствии новых внешних займов.

**Таблица 2**  
**Платежи по государственному внешнему долгу**  
**России начало XX в. (млн руб.)<sup>24</sup>**

Год	1907	1908	1909	1910	1911	1912	1913
Сумма	213	227	225	229	226	221	221

Таким образом, состояние внутреннего и внешнего долга Российской империи на 01.01.1914 г. можно охарактеризовать количеством государственных процентных бумаг, находящихся в обращении в России и за рубежом. Так, из 12 744 млн руб. государственных обязательств на внутренний долг приходилось 7264 млн руб. (57 %), а на внешний — 5480 млн руб. или 2 8108,5 млрд долл. (43 %)<sup>25</sup>.

После 1914г. в России происходят крупные общественно-политические события, связанные в том числе и с изменением государственного управления. В марте 1917 г. произведен выпуск внутреннего государственного пятипроцентного займа под названием «Заем Свободы. 1917 год» со сроком обращения 49 лет. Данный заем имел политико-экономическую природу, поскольку содержал призыв о спасении свободы и достоинства государства<sup>26</sup>. Помимо облигаций данного займа Временное правительство для привлечения

дополнительных денежных средств применяет и выигрышные займы.

Таким образом, до Первой мировой войны Российская империя по общей сумме государственного долга занимала второе место после Франции, а по размерам внешнего долга была первой в мире, так как среди экономически развитых стран внешний государственный долг, кроме России, имела только Япония. Данный период становления и развития государственного долга заканчивается в 1917 г., когда первое советское правительство принимает постановление об отказе от всех долговых обязательств царской России, в том числе и по внешним займам.

Таким образом, анализируя историю становления государственного долга в дореволюционной России, приходим к следующим выводам:

Постоянная практика государственного заимствования начинается с правления Екатерины II, и с этого периода можно проследить определенные фазы развития государственного долга, в частности государство прибегает к внешним займам в 1769 г. у Голландии, что вызвано было чрезвычайными расходами на ведение первой русско-турецкой войны (1768–1774 гг.).

Во времена правления Александра I была учреждена Государственная долговая книга, заложившая основу фиксации и структурирования современного государственного долга.

Правление Александра III ознаменовано признанием всех выпущенных Государственным банком кредитных билетов государственным долгом и принятием решения о погашении этого долга путем передачи Государственному банку золота, что свидетельствует о формировании золотого запаса Государственного банка.

В 1917 г. советское правительство использует аннулирование прежнего долга как метод управления государственным долгом, принимая решение об отказе от всех долговых обязательств царской России.

Опыт функционирования и управления государственным долгом в Российской империи позволяет для современной России сделать выводы о том, что:

- необходимо создать условия для предпочтительного развития в России внутренней составляющей государственного долга;
- в структуре государственного долга соотношение внешней и внутренней задолженности не должно превышать критического порогового значения — 50 на 50;
- следует стремиться к снижению внешней задолженности как одного из факторов роста геополитических и социальных противоречий;
- снижение внешней задолженности следует достигать за счет проведения эффективной денежно-кредитной политики.

<sup>21</sup> См.: Экономическая история России. XX век. Кн. 1: На рубеже двух столетий. М.: ИздАТ, 1999. С. 120.

<sup>22</sup> См.: Статистический ежегодник на 1914 год / под ред. В.И. Шараго. СПб.: Тип. Экономия, 1914. С. 361.

<sup>23</sup> См.: Грегори П. Указ. соч. С. 223.

<sup>24</sup> См.: Там же.

<sup>25</sup> Государственный долг Российской империи анализируется в долларах США по официальному курсу 1913 г.: 1 долл. = 1,95 кред. руб.

<sup>26</sup> См.: Таранков В.И. Указ. соч. С. 154.

**Библиография:**

1. Белоусов Р. Экономическая история России. XX век. Кн. 1: На рубеже двух столетий. М.: ИздАТ, 1999. 410 с.
2. Брежский Н.К. Государственные долги России: историко-статистическое исследование. СПб: Типо-лит. А.М. Вольфа, 1874. 348 с.
3. Гейлер И.К. Сборник сведений о процентных бумагах (фондах, акциях и облигациях) России. СПб.: Тип. В. Безобразова и Ко, 1871. 496 с.
4. Государственные финансы России: XIX — первая четверть XX века / под ред. И.В. Караваевой. М.: Юнити-Дана, 2003. 304 с.
5. Государственный банк. Краткий отчет деятельности за 1860—1910 гг. / под ред. Е.Н. Сланского. СПб.: Т-во Р. Голике и А. Вильборг, 1910. 176 с.
6. Грегори П. Экономический рост Российской империи (конец XIX — начало XX в.). М.: РОССПЭН, 2003. 214 с.
7. Печорин Я. Наши государственные ассигнации до замены их кредитными билетами 1769—1843 гг. // Вестник Европы. 1876. Т. IV. С. 607—649.
8. Покачалова Е.В. Становление и развитие публичного долга и его форм (финансово-правовые аспекты). Саратов: Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2007. 428 с.
9. Таранков В.И. Ценные бумаги государства Российского. М.; Тольятти: Интер-Волга, 1992. 648 с.

**References (transliteration):**

1. Belousov R. Jekonomicheskaja istorija Rossii. XX vek. Kn. 1: Na rubezhe dvuh stoletij. M.: IzdAT, 1999. 410 s.
2. Brezhskij N.K. Gosudarstvennye dolgi Rossii: istoriko-statisticheskoe issledovanie. SPb: Tipo-lit. A.M. Vol'fa, 1874. 348 s.
3. Gejler I.K. Sbornik svedenij o procentnyh bumagah (fondah, akcijah i obligacijah) Rossii. SPb.: Tip. V. Bezobrazova i Ko, 1871. 496 s.
4. Gosudarstvennye finansy Rossii: XIX — pervaja chetvert' XX veka / pod red. I.V. Karavaevoj. M.: Juniti-Dana, 2003. 304 s.
5. Gosudarstvennyj bank. Kratkij otchet dejatel'nosti za 1860—1910 gg. / pod red. E.N. Slanskogo. SPb.: T-vo R. Golike i A. Vil'borg, 1910. 176 s.
6. Gregori P. Jekonomicheskij rost Rossijskoj imperii (konec XIX — nachalo XX v.). M.: ROSSPJeN, 2003. 214 s.
7. Pechorin Ja. Nashi gosudarstvennye assignacii do zameny ih kreditnymi biletami 1769—1843 gg. // Vestnik Evropy. 1876. T. IV. S. 607—649.
8. Pokachalova E.V. Stanovlenie i razvitie publicnogo dolga i ego form (finansovo-pravovye aspekty). Saratov: Izd-vo Sarat. gos. akad. prava, 2007. 428 s.
9. Tarankov V.I. Cennye bumagi gosudarstva Rossijskogo. M.; Tol'jatti: Inter-Volga, 1992. 648 s.

*Материал поступил в редакцию 27 января 2015 г.*

***National debt in the pre-Revolution Russia:  
historical and legal aspects of formation and development***

**TSAREGRADSKAYA, Yulia Konstantinovna** — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Financial Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[uliacar2008@rambler.ru]

123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The author views the evolution of the development of the institution of the national debt of Russia in the pre-Revolution period. It is noted that many instruments of the modern debt policy of the state, including types of national debt (internal and external), forms and types of state credit (public loans, government bonds, «golden loans», limited and unlimited in their period, lottery loans, etc.). Debt book, national debt management bodies, methods of management of national debt (consolidation, unification, annulment), etc. were legally formed at the above-mentioned period of development of the Russian state. The experience of functioning and management of the national debt in the Russian Empire allows the author to draw the conclusions that at the current stage of state development it is necessary to achieve the 50-50 correlation of internal and external debt, without surpassing the critical amount, allowing to avoid the growth of geopolitical and social contradictions in the modern Russia.*

**Keywords:** *national debt, external debt, internal debt, public credit, financial law, debt policy, budget, pre-Revolution period, finances, managing national debt.*

## Фонды и имущество казенных предприятий: финансово-правовое значение

**Аннотация.** Статья посвящена финансово-правовому значению фондов и имущества казенных предприятий. Позиция законодателя обусловлена особенностями правового статуса казенного предприятия, и в частности спецификой ответственности казенного предприятия. В казенном предприятии уставом могут быть предусмотрены резервный и иные фонды. Фонды создаются предприятием за счет прибыли, остающейся в его распоряжении. Возникновение правосубъектности казенного предприятия не связано с моментом передачи имущества казенному предприятию. Без передачи имущества ограничена лишь степень ответственности казенного предприятия, однако собственник предприятия может быть привлечен к субсидиарной ответственности. Привлечение собственника к субсидиарной ответственности связано с отсутствием уставного фонда как отличительной чертой казенных предприятий. Финансово-правовое значение данного отличия казенных предприятий от предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения, заключается в том, что учреждение казенного предприятия является моментом возникновения финансовой правосубъектности, включая одновременное возникновение и право-, и дееспособности. При этом резервный фонд приобретает особое значение как гарантия интересов собственников предприятия и покрытия убытков, так как финансово-хозяйственная деятельность казенных предприятий подвержена влиянию рисков. Также в казенном предприятии формируются социальный, жилищный фонд, фонд развития предприятия, материального поощрения работников, конкретные размеры которых устанавливаются коллективным договором.

**Ключевые слова:** казенное предприятие, финансово-правовое значение, фонды, имущество, правосубъектность, правоспособность, уставный фонд, резервный фонд, фонд материального поощрения работников, фонд развития, жилищный фонд, социальный фонд.

В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» (далее — ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»), государственное или муниципальное предприятие до момента завершения формирования собственником имущества его уставного фонда не вправе совершать сделки, не связанные с учреждением государственного или муниципального предприятия<sup>1</sup>. Тем самым, как верно отмечается в литературе, в случае несформированности уставного фонда к моменту государственной регистрации предприятия последнее приобретает правоспособность лишь в том объеме, в каком это необходимо для его учреждения<sup>2</sup>. Исходя из этого до формирования уставного фонда государственное

или муниципальное унитарное предприятие не вправе совершать определенные сделки. Таким образом, на практике до формирования уставного фонда унитарное предприятие имеет ограниченную финансовую правоспособность.

В казенном предприятии, согласно п. 3 ст. 12 ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях», уставный фонд не формируется. При этом, согласно п. 6 ст. 113 ГК РФ, собственник имущества казенного предприятия несет субсидиарную ответственность по обязательствам такого предприятия при недостаточности его имущества.

Полагаем правильным присоединиться к мнению Н.В. Ласкиной, которая считает, что такая позиция законодателя обусловлена особенностями правового статуса казенного предприятия, и в частности спецификой ответственности казенного предприятия, по обязательствам которого, в случае недостаточности имущества самого казенного предприятия, отвечает собственник имущества, закрепленного за унитарным предприятием на праве оперативного управления. Учитывая, что основное предназначение уставного фонда заключается в формировании минимального размера имущества, Н.В. Ласкина считает, что в слу-

<sup>1</sup> Федеральный закон от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» (ред. от 04.11.2014) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 48. Ст. 4746.

<sup>2</sup> См.: Юсупова З.Г. Об особенностях правосубъектности казенных предприятий и правосубъектности предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения // Актуальные проблемы экономики и права. 2011. №1. С. 227.

чае с казенными предприятиями необходимость формирования такого фонда отпадает, поскольку интересы кредиторов казенного предприятия гарантированы субсидиарной ответственностью учредителя — собственника имущества<sup>3</sup>.

Финансово-правовое значение данного отличия казенных предприятий от предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения, заключается в том, что учреждение казенного предприятия является моментом возникновения финансовой правосубъектности, включая одновременное возникновение и право-, и дееспособности.

При этом возникновение правосубъектности не может быть связано с передачей имущества казенному предприятию. По общему правилу, право на имущество, закрепляемое за унитарным предприятием на праве хозяйственного ведения или на праве оперативного управления собственником этого имущества, возникает с момента передачи такого имущества унитарному предприятию, если иное не предусмотрено федеральным законом или не установлено решением собственника о передаче имущества унитарному предприятию.

Таким образом, без передачи имущества ограничена лишь степень ответственности казенного предприятия, однако это не мешает привлечь к субсидиарной ответственности собственника предприятия. Следовательно, возникновение правосубъектности не связано с моментом передачи имущества казенному предприятию.

Здесь необходимо отметить особенности передачи имущества собственником унитарному предприятию. Указанная передача осуществляется специально уполномоченными федеральными государственными органами, государственными органами субъектов РФ либо органами местного самоуправления. Также передача имущества унитарному предприятию осуществляется на основании распорядительного акта, принятого в соответствии с компетенцией собственника, установленной актами, определяющими положение и компетенцию этих органов. Такие документы могут издаваться в форме приказов, распоряжений, постановлений, содержащих указание на закрепление определенного состава имущества за тем или иным унитарным предприятием. Кроме того, факт передачи подтверждается актом приема-передачи имущества в стоимостной оценке имущества, утверждаемой учредителем.

Отметим в данном контексте, что казенное предприятие при создании наделяется имуществом, необходимым и достаточным для осуществления видов деятельности, предусмотренных уставом предприятия. При этом казенное предприятие осуществляет свою деятельность в соответствии с утвержденными в установленном порядке уполномоченным органом программой

деятельности и основанной на этой программе сметой доходов и расходов.

По общему правилу, распределение и использование доходов казенного предприятия осуществляются в соответствии со сметой доходов и расходов, а размер чистой прибыли предприятия, полученной по результатам отчетного года (нераспределенной прибыли), определяется на основании данных бухгалтерской отчетности. Собственник имущества казенного предприятия также имеет право на получение части доходов, произведенных казенным предприятием в ходе своей деятельности. Порядок распределения доходов казенного предприятия определяется либо Правительством РФ, либо уполномоченными органами государственной власти субъектов РФ, либо муниципалитетами.

Кроме того, для обеспечения деятельности на предприятии могут создаваться различные фонды.

За Правительством РФ закреплена необходимость определения особенностей осуществления права хозяйственного ведения и права оперативного управления в отношении недвижимого имущества, находящегося за пределами РФ и являющегося федеральной собственностью, а также ценных бумаг, долей, паев, находящихся за пределами РФ.

Вместе с тем следует учитывать, что если для осуществления какого-либо вида деятельности необходима лицензия, предприятие приступает к осуществлению этого вида деятельности после получения в установленном порядке лицензии. Значит, независимо от признания унитарного предприятия юридическим лицом, оно не может стать полноценным участником финансовых правоотношений до момента получения им лицензии.

Согласно ст. 12 ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях», уставной фонд обязательно должен создаваться в государственных (муниципальных) унитарных предприятиях с целью не только гарантировать интересы кредиторов, но и обеспечить правоспособность предприятия в полном объеме. Ввиду того что уставный фонд формируется за счет как денежных средств, так и иного имущества, момент окончания формирования уставного фонда определяется в зависимости от вида имущества, что следует из п. 2 ст. 13 ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях». Моментом окончания формирования уставного фонда государственного (муниципального) предприятия, в состав которого включено иное, кроме денежных средств, имущество, является момент фактической передачи такого имущества по акту приема-передачи имущества в стоимостной оценке имущества, утвержденной собственником имущества, и закрепление данного имущества на балансе государственного (муниципального) предприятия согласно бухгалтерской отчетности предприятия<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> См.: Ласкина Н.В. Комментарий к Федеральному закону от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» // СПС «Гарант».

<sup>4</sup> Письмо Минфина России от 22.09.2005 № 03-06-01-04/373 «Об определении стоимости здания, полученного организацией в хозяйственное ведение, для целей начисления налога

Несмотря на то, что в казенном предприятии не формируется уставный фонд, в нем, как и в иных унитарных предприятиях, могут быть созданы резервный (п. 1 ст. 16 ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях») и иные (п. 2 ст. 16 ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях») фонды в соответствии с их перечнем и в порядке, который предусмотрен уставом предприятия.

Финансово-хозяйственная деятельность коммерческих предприятий подвержена влиянию рисков. В этой связи средства резервного фонда используются исключительно на покрытие убытков унитарного предприятия. Средства, зачисленные в иные фонды, могут быть использованы унитарным предприятием только на цели, определенные федеральными законами, иными нормативными правовыми актами и уставом унитарного предприятия. Ст. 16 ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» не закрепляет обязательности для унитарного предприятия создавать резервные и иные фонды. Данный вопрос решает собственник имущества унитарного предприятия, утверждающего соответствующий устав. Исходя из анализа ст. 16 во взаимосвязи с п. 3 ст. 9 Закона об унитарных предприятиях, можем сделать вывод, что унитарное предприятие создает резервный фонд и иные фонды за счет остающейся в его распоряжении чистой прибыли в порядке и в размерах, которые предусмотрены уставом унитарного предприятия. Отчисления в резервный фонд отражаются в бухгалтерском учете записью по дебету счета № 84 «Нераспределенная прибыль (непокрытый убыток)» и кредиту счета № 82 «Резервный капитал». В бухгалтерском балансе, форма которого утверждена Приказом Минфина России от 02.07.2010 № 66н, информацию о созданных фондах отражают по дополнительно введенной строке. Формирование и использование всех фондов, которые формируются в предприятия за счет чистой прибыли, отражают в специальном Отчете об изменениях капитала (форма № 3). По мнению И.А. Федорова, создание резервов, как отмечается в Принципах МСФО, может предусматриваться учредительными документами организации или законодательством с тем, чтобы определенным образом защитить саму организацию и ее кредиторов от последствий возможных убытков. При этом создание таких резервов представляет собой использование нераспределенной прибыли, а не расход (то есть является не фактором прибыли, а ее ассигнованием)<sup>5</sup>.

Д.А. Басангов, С.А. Шайдуров считают, создавать унитарное предприятие такие фонды вправе или обязаны. По их мнению, этот вопрос должен

на имущество» // Финансовый вестник. Финансы, налоги, страхование, бухгалтерский учет. 2005. № 23.

<sup>5</sup> См.: Федоров И.А. Резервный фонд и его использование // Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. 2012. № 9 (100). С. 80–88.

оставаться на усмотрение руководителя предприятия, исходя из того, что создаваться фонды должны, но с учетом потребности в них унитарного предприятия и иных факторов, если обязанность создания императивно не установлена собственником имущества предприятия<sup>6</sup>.

Приказ Минэкономразвития России от 25.08.2005 № 205<sup>7</sup>, предусматривает создание фондов:

3.10. Предприятие создает резервный фонд, размер которого составляет не ниже процентов уставного фонда Предприятия, если иное не установлено законодательством РФ. Резервный фонд Предприятия формируется путем ежегодных отчислений в размере процентов, если иное не установлено законодательством РФ, от доли чистой прибыли, остающейся в распоряжении Предприятия, до достижения размера, предусмотренного настоящим пунктом Устава. Средства резервного фонда используются исключительно на покрытие убытков Предприятия.

3.11. Из прибыли, остающейся в распоряжении, Предприятие также имеет право образовывать следующие фонды: социальный фонд в размере, установленным коллективным договором на основании действующего законодательства РФ, средства которого используются на решение вопросов укрепления здоровья работников Предприятия, в том числе на профилактику профессиональных заболеваний.

Жилищный фонд, в размере, установленным коллективным договором, на основании действующего законодательства РФ, средства которого используются на приобретение и строительство (долевое участие) жилья для работников предприятия, нуждающихся в улучшении жилищных условий, в целях последующей передачи по договорам найма служебного жилого помещения и жилого помещения в общежитии работникам предприятия, нуждающимся в улучшении жилищных условий<sup>8</sup>. Речь идет о жилищных фондах коммерческого использования. Жилые помещения жилищного фонда коммерческого использования предоставляются из расчета общей площади. Жилые помещения предоставляются в порядке очередности, исходя из даты принятия решения уполномоченным органом о принятии на учет граждан, нуждающихся в предоставлении жилого помещения жилищного фонда коммерческого использования. Принятие решений

<sup>6</sup> См.: Басангов Д.А., Шайдуров С.А. Комментарий к Федеральному закону «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» (постатейный). М.: Деловой двор, 2009.

<sup>7</sup> Приказ Минэкономразвития РФ от 25.08.2005 № 205 «Об утверждении Примерного устава федерального государственного унитарного предприятия, основанного на праве хозяйственного ведения» // Российская газета. 2005. 7 окт.

<sup>8</sup> Устав Федерального казенного предприятия «Аэропорты Камчатки». URL: <http://www.airkam.ru/about/organization-charter>.

о включении (или исключении) жилого помещения в жилищный фонд коммерческого использования осуществляется на основании обращений казенных предприятий, за которыми закреплен жилищный фонд на праве оперативного управления. Жилые помещения жилищного фонда коммерческого использования предоставляются гражданам в случае принятия их на учет нуждающихся в содействии в улучшении жилищных условий в форме предоставления жилого помещения жилищного фонда коммерческого<sup>9</sup>. Для рассмотрения вопроса о постановке граждан на учет необходим определенный пакет документов, включая ходатайство руководителя предприятия о предоставлении жилого помещения коммерческого использования по договору найма. Граждане, которым предоставлены жилые помещения по договорам найма, вносят плату за пользование жилым помещением жилищного фонда коммерческого, а также плату за содержание и текущий ремонт жилого помещения, плату за коммунальные услуги в соответствии с действующим законодательством РФ.

Социальный фонд, в размере, установленном коллективным договором, на основании действующего законодательства РФ, средства которого используются на решение вопросов укрепления здоровья работников предприятия, в том числе на профилактику профессиональных заболеваний. Так, в коллективных договорах предприятий фиксируются мероприятия в части оплаты труда, доплат за работу во вредных и тяжелых условиях труда, установления надбавок, услуг социально-культурного назначения, медицинского обслуживания, подготовки и переподготовки кадров, программ санитарно-курортного обслуживания (например, летние лагеря для детей работников казенного предприятия), детского и юношеского спорта и т.д. На основе таких мероприятий составляется социальный план предприятия, который включает данные социальные программы.

Фонд материального поощрения работников Предприятия является основным стимулирующим фондом. Он предназначен для премирования в денежной форме рабочих, инженерно-технических работников и служащих, а также других категорий трудящихся за показатели, которые прямо или косвенно отражают рост эффективности производства<sup>10</sup>. Определяется в размере, установленном коллективным договором, на основании действующего законодательства РФ, средства которого используются на материальное поощрение работников предприятия. Так, в соответствии со

ст. 129 ТК РФ, в понятие «заработная плата», наряду с доплатами и надбавками стимулирующего характера и иными поощрительными выплатами, входят и премии работникам, которые относятся к стимулирующим выплатам. Материальное поощрение производится за достигнутые индивидуальные экономические результаты работы, добросовестный труд, выполнение или перевыполнение производственных планов предприятия. Как правило, расчет материального вознаграждения по результатам труда производится ежеквартально после распределения прибыли и формирования фонда материального поощрения.

Фонд развития предприятия, средства которого используются на обновление основных средств, покупку оборудования, новой техники и технологий и иного имущества, проведения научно-исследовательской работы.

При необходимости указываются другие фонды, создаваемые за счет чистой прибыли предприятия, порядок их формирования и цели, на которые могут быть использованы средства указанных фондов. Например, создание фонда специального назначения для финансирования расходов текущего характера. Фонд специального назначения создается за счет прибыли, остающейся в распоряжении предприятия, из средств которого выплачивается вознаграждение руководителю предприятия за вычетом средств, направленных на потребление.

### Выводы

Возникновение правосубъектности не связано с моментом передачи имущества казенному предприятию. Без передачи имущества ограничена лишь степень ответственности казенного предприятия, однако собственник предприятия может быть привлечен к субсидиарной ответственности.

Фонды создаются предприятием за счет прибыли, остающейся в его распоряжении.

В казенных предприятиях уставной фонд не формируется.

Резервный фонд имеет особое значение. Сформированный предприятием, он становится не только гарантией защиты интересов кредиторов, но и собственников предприятия. Эффективные механизмы деятельности предприятия путем создания стабильно действующего механизма резервирования ресурсов создают необходимые условия в борьбе с финансово-хозяйственными рисками и для покрытия убытков.

Конкретные размеры социального фонда, жилищного фонда, фонда развития предприятия и т.д. устанавливаются коллективным договором на основании действующего законодательства РФ. Данные фонды формируются путем ежегодных отчислений от чистой прибыли, остающейся в распоряжении предприятия, в размере, определяемом в установленном порядке.

<sup>9</sup> Положение о жилых помещениях жилищного фонда Нижегородской области коммерческого использования, утвержденное Постановлением Правительства Нижегородской области от 04.12.2008 № 571 // СПС «Гарант».

<sup>10</sup> См.: Кудрявцев С.П. Экономический анализ деятельности промышленных предприятий и объединений. М.: Экономика, 1990.

Имущество, предоставленное казенным предприятиям, вместе с доходами и расходами предприятия, а также созданными фондами будут составлять имущественно-производственные основы финансовой деятельности казенных предприятий.

#### Библиография:

1. Басангов Д.А., Шайдуров С.А.. Комментарий к Федеральному закону «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» (постатейный). М.: Деловой двор, 2009. 248 с.
2. Кудрявцев С.П. Экономический анализ деятельности промышленных предприятий и объединений. М.: Экономика, 1990. 239 с.
3. Ласкина Н.В. Комментарий к Федеральному закону от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» // СПС «Гарант».
4. Федоров И.А. Резервный фонд и его использование // Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. 2012. № 9 (100). С. 80–88.
5. Юсупова З.Г. Об особенностях правосубъектности казенных предприятий и правосубъектности предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения // Актуальные проблемы экономики и права. 2011. № 1. С. 227–231.

#### References (transliteration):

1. Basangov D.A., Shajdurov S.A.. Kommentarij k Federal'nomu zakonu «O gosudarstvennyh i municipal'nyh unitarnyh predprijatijah» (postatejnyj). M.: Delovoj dvor, 2009. 248 s.
2. Kudrjavcev S.P. Jekonomicheskij analiz dejatel'nosti promyshlennyh predprijatij i ob"edinenij. M.: Jekonomika, 1990. 239 s.
3. Laskina N.V. Kommentarij k Federal'nomu zakonu ot 14.11.2002 № 161-FZ «O gosudarstvennyh i municipal'nyh unitarnyh predprijatijah» // SPS «Garant».
4. Fedorov I.A. Rezervnyj fond i ego ispol'zovanie // Akcionernoe obshhestvo: voprosy korporativnogo upravlenija. 2012. № 9 (100). S. 80–88.
5. Jusupova Z.G. Ob osobennostjah pravosub"ektnosti kazennyh predprijatij i pravosub"ektnosti predprijatij, osnovannyh na prave hozjajstvennogo vedenija // Aktual'nye problemy jekonomiki i prava. 2011. № 1. S. 227–231.

*Материал поступил в редакцию 13 февраля 2015 г.*

### ***Funds and property of treasury enterprises: financial and legal meaning***

**SHEPELEVA, Dina Viktorovna** — postgraduate student of the Department of Financial Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[dianasaxara@rambler.ru]

143005, Russia, Moskovskaya oblast, Odintsovo, ul. Chistyakovoi, 6-210.

**Review.** *The article is devoted to the financial legal matters regarding funds and property of treasury enterprises. The position of the legislator is due to the specificities of the legal status of the treasury enterprises. The charter of the treasury enterprise may provide for the reserve funds and other types of funds. The funds are made by the enterprises based upon their profits, remaining within their competence. Formation of the legal competence of a treasury enterprise is not related to the moment, when the property is transferred to it. Without transfer of property, the only limitation regards responsibility of the treasury enterprise, while its owner may be brought to subsidiary responsibility. Bringing the owner to subsidiary responsibility is due to the absence of authorized capital stock, which is a typical feature of treasury enterprises. Financial legal value of this feature differing treasury enterprises from the enterprises under operational control is that the establishment of the treasury enterprise is the moment when its financial legal competence appears, at the same time with their legal capability. At the same time reserve fund has special value as a guarantee of interests of owners of an enterprise, allowing to cover the losses, since financial and economic activities of treasury enterprises are subjected to some risks. The treasury enterprise also forms social and housing funds, funds for the development of an enterprise, material support of employees, their specific amounts being established by the collective agreements.*

**Keywords:** *treasury enterprise, financial legal meaning, funds, property, legal capability, legal competence, charter funds, reserve fund, material support of employees fund, development fund, housing fund, social fund.*

# ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Е.Б. Подузова\*

## Организационные аспекты изменения договорных обязательств\*\*

**Аннотация.** В данной статье автор формулирует понятие организационного обязательства, исследует некоторые его особенности, в частности организационную поведенческую обязанность. Базируясь на определении понятия «организация договорных связей», автор приходит к выводу о наличии организационных элементов в конструкциях, изменяющих договорные обязательства (договор (соглашение) об уступке права требования, соглашение о переводе долга, соглашение об изменении договора). В статье анализируются новеллы гражданского законодательства об изменении договорных обязательств, например, новые правила о перемене лиц в обязательствах, вступившие в силу с 01.07.2014 г. Предлагаются определенные пути дальнейшего развития законодательства об изменении договорных обязательств, дается оценка мнениям ученых-цивилистов относительно перспектив развития института изменения договорных обязательств. Статья подготовлена на основе анализа современных актуальных нормативных правовых актов, юридической литературы и правоприменительной практики, а также базируется на общенаучных и частнонаучных методах познания.

**Ключевые слова:** организационное обязательство, организационная обязанность, поведенческая обязанность, содержание, изменение обязательства, цессия, уступка права требования, перевод долга, кредитор, должник, соглашение, договор.

На современном этапе развития гражданского права и законодательства организационные обязанности (например, обязанность по информационному взаимодействию, обязанность по сотрудничеству между сторонами, обязанность по обеспечению стороной создания товара, который в дальнейшем подлежит передаче по уже заключенному между сторонами договору купли-продажи) присутствуют во многих правоотношениях. В частности, в имущественных обязательственных правоотношениях, к примеру, в обязательствах из договора подряда (ст. 718 ГК РФ), а также в имущественных вещных правоотношениях, например, в правоотношениях общей долевой и общей совместной собственности (ст. 246, 247, 253 ГК РФ)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> В английском праве организационная поведенческая обязанность вытекает из принципов построения и функционирования таких вещных конструкций, как, к примеру, траст и совладение (co-ownership). См. Об этом под-

Организационный договор и организационные отношения стали вновь актуальными темами научных исследований. В современной российской цивилистике прекращается дискуссия о сущности организационного обязательства<sup>2</sup>.

Предлагаем квалифицировать как организационное такое обязательство, в силу которого каждая из его сторон обязана совершить действия, направленные на организацию договорных отношений (связей) либо на организацию совместной деятельности. Содержание организационного обязательства составляют особые организационные обязанности — поведенческие обязанности, то есть обязанности по организации договорных

робней: Mac Kenzie J.A., Phillips M. Landlaw. Great-Britain. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 271, 272, 279–281.

<sup>2</sup> См., напр.: Харитоновна Ю.С. Управление в гражданском праве: проблемы теории и практики // СПС «Консультант Плюс»; Егорова М.А. Правовой режим зачета в гражданско-правовых обязательствах // СПС «Консультант Плюс».

© Подузова Е.Б., 2015

\* Подузова Екатерина Борисовна — кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). [ekaterinacivil@gmail.com] 123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

\*\* Базовый материал для последующей подготовки данной статьи был собран в рамках Программы стратегического развития ФГБОУ ВПО Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА); НИР «Новые договорные конструкции и реформирование классических договорных моделей в условиях перехода к инновационной экономике», проект № 2.1.1.4. Данная работа выполнена с использованием СПС «Консультант Плюс».

отношений (связей) или обязанности по организации совместной деятельности<sup>3</sup>.

Понятие организационной обязанности неразрывно связано с такой категорией, как организация договорных отношений (связей). Представляется, что организация договорных отношений (связей) может быть истолкована как в узком, так и широком своем значении. Так, под организацией договорных отношений (связей) в узком смысле слова понимаются действия, направленные на заключение договоров в будущем<sup>4</sup>, а в широком смысле — понимаются не только действия, направленные на заключение договоров в будущем, но и действия по изменению и прекращению уже существующих договорных отношений (связей). При этом для заключения договоров в будущем применима конструкция организационного договора и его отдельных видов — предварительного договора (ст. 429 ГК РФ), рамочного договора, соглашения о процедуре переговоров<sup>5</sup>.

Для изменения существующих отношений (связей) в нормах ГК РФ<sup>6</sup> закреплены самостоятельные правовые конструкции, например, договор (соглашение) о цессии, соглашение о переводе долга, соглашение об изменении договора. Стороны обязательственного правоотношения, применяя ту или иную конструкцию, изменяющую обязательство, принимают на себя обязанность по изменению этого обязательства, то есть возлагают на себя поведенческую организационную обязанность. Следовательно, закрепленные в ГК РФ конструкции изменения договорных обязательств обладают организационными элементами.

Новая редакция гл. 24 ГК РФ «Перемена лиц в обязательстве», введенная Федеральным законом № 367-ФЗ<sup>7</sup> вступила в силу 01.07.2014 г.

Теперь, согласно п. 2 ст. 382 ГК РФ, если договором был предусмотрен запрет уступки требования, сделка по уступке может быть признана недействительной по иску должника в случае, когда доказано, что другая сторона сделки знала или должна была знать об указанном запрете. Такие запреты существуют в действующем законодательстве.

<sup>3</sup> См. об этом подробнее: Подузова Е.Б. Организационные обязательства: особенности оснований возникновения и структуры // VI Междунар. науч.-практ. конф. «Кутафинские чтения». Гармонизация российской правовой системы в условиях международной интеграции. Секция гражданского и семейного права: сб. тезисов М.: Изд. центр МГЮА, 2014. С. 175–78.

<sup>4</sup> См. об этом подробнее: Подузова Е.Б. Организационные договоры в гражданском праве. М.: Проспект, 2014.

<sup>5</sup> См. об этом подробнее: Там же.

<sup>6</sup> Гражданский кодекс РФ (ч. 1) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

<sup>7</sup> Федеральный закон от 21.12.2013 № 367-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса РФ и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) РФ» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 51. Ст. 6687.

Так, например, в ст. 12. Федерального закона «О потребительском кредите (займе)»<sup>8</sup> предусмотрено, что запрет уступки прав (требований) по договору потребительского кредита (займа) может быть установлен в самом договоре потребительского кредита.

Представляется, что в случае уступки требования по договору потребительского кредита, совершенной в нарушение установленного в договоре запрета, такая сделка уступки права требования должна быть признана недействительной, поскольку новый кредитор в силу принципа добросовестности (п. 3, 4 ст. 1 ГК РФ) не мог не знать о запрете, содержащимся в договоре потребительского кредита, из которого и возникло уступаемое право требования.

По общему правилу, должник должен быть уведомлен в письменной форме о состоявшемся переходе прав кредитора к другому лицу, требования к процедуре уведомления должника, а также последствия такого уведомления установлены в ст. 385 ГК РФ.

В том случае если должник не был уведомлен в письменной форме о состоявшемся переходе прав кредитора к другому лицу, обязательство должника прекращается его исполнением первоначальному кредитору, произведенным до получения уведомления о переходе права к другому лицу (п. 3 ст. 382 ГК РФ). Кроме того, если должником выступает физическое лицо, первоначальный и новый кредиторы солидарно обязаны возместить ему необходимые расходы, вызванные переходом права, в случае если уступка, которая повлекла такие расходы, была совершена без согласия должника (п. 4 ст. 382 ГК РФ).

В связи с данной формулировкой этой правовой нормы возникает двоякое понимание ее смысла в контексте всех правил ст. 382 ГК РФ. Если отсутствие согласия должника — физического лица на переход права влечет определенные материальные последствия для первоначального и нового кредиторов, то такое согласие является обязательным в случае перехода права в отношении данной категории должников. Либо данное согласие должника — физического лица обязательным не является, достаточно лишь уведомить такого должника о состоявшемся переходе права и возместить ему необходимые расходы. Двоякий смысл правила п. 4 ст. 382 ГК РФ может вызывать определенные проблемы в правоприменительной практике.

Одной из форм перехода права — цессии посвящены ст. 388–390 ГК РФ. При этом цессия понимается в смысле более узком, чем в содержании данной категории. Как справедливо отмечается в литературе, цессия (*от лат. cessio* — уступка, передача) представляет собой передачу права в силу

<sup>8</sup> Федеральный закон от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 51. Ст. 6673.

заключенной между прежним кредитором (цедентом) и новым кредитором (цессионарием) сделки либо на основании иных предусмотренных непосредственно законом юридических фактов, приводящую к замене кредитора в обязательстве<sup>9</sup>.

Согласно п. 4 ст. 388 ГК РФ, право на получение неденежного исполнения может быть уступлено без согласия должника, если уступка не делает исполнение его обязательства значительно более обременительным для него. Соглашением между должником и цедентом может быть запрещена или ограничена уступка права на получение неденежного исполнения.

По нашему мнению, в условиях действия данных правил сторонам неимущественного договора, например организационного договора, следует заключать соглашение о запрете цессии, поскольку для стороны организационного договора, а соответственно, и организационного обязательства важна конкретная личность другой стороны, с которой она обязуется совершать действия по организации договорных связей<sup>10</sup>, личность другой стороны важна, как представляется, для большинства неимущественных договоров.

В основе цессии лежит соглашение (п. 2 ст. 389 ГК РФ) либо договор (ст. 389.1 ГК РФ), при этом данные понятия используются как тождественные.

Согласно доктрине общего права, соглашение (agreement) и договор (contract)<sup>11</sup> могут использоваться как равнозначные понятия только в том случае, когда не ставится вопрос о возможности принудительного исполнения договора посредством обращения стороны в суд. В том случае, когда речь идет о договоре, который не может быть исполнен принудительно посредством обращения стороны в суд, используется термин «соглашение (agreement)», а не «договор (contract)». К таким договорам относятся, например, так называемые домашние соглашения (domestic agreements), которые используются в сугубо частной сфере отношений, не регулируемых правом (к примеру, соглашение между взрослыми членами семьи о том, кто и в какие дни забирает детей из школы). Кроме того, в общем праве предварительные договоры в ряде случаев квалифицируются в качестве договоров, которые не могут быть принудительно исполнены

посредством обращения стороны договора в суд. Это связано с тем, что ряд предварительных договоров не проходят так называемый тест на наличие встречного предоставления (consideration test).

В общем праве была выработана доктрина встречного предоставления, играющая значительную роль в теории правоприменительной практике.

Согласно классическому определению, встречное предоставление базируется на принципе взаимного обмена (reciprocity), означающего, что каждая сторона договора совершает или обещает совершить по отношению к другой стороне что-либо взамен, в противном случае сторона, совершившая или обещавшая совершить что-либо, не обязана в дальнейшем исполнять обязательство. Встречное предоставление должно быть достаточным, но не обязательно равным, эквивалентным. В силу современной интерпретации доктрины встречного предоставления, встречное предоставление должно отражать намерение сторон договора, а также соответствовать этому намерению<sup>12</sup>.

В российском праве на основании ст. 423 ГК РФ все договоры в зависимости от наличия или отсутствия встречного предоставления подразделяются на возмездные и безвозмездные.

Организационный договор относится к безвозмездным договорам, поскольку организация договорных отношений (связей) не предполагает наличия встречного предоставления. Однако, по российскому праву, отсутствие встречного предоставления не лишает стороны договора возможности принудительно исполнить договор посредством обращения в суд. Если одна сторона нарушает организационный договор, другая сторона в судебном порядке может требовать заключения основных договоров либо возмещения убытков, а также взыскания неустойки, если она была предусмотрена организационным договором<sup>13</sup>.

В российской цивилистической науке справедливо указывается на нетождественность понятий «соглашение» и «договор», понятие «соглашение» шире, чем понятие «договор», договор, в отличие от соглашения, всегда является основанием возникновения обязательственных правоотношений<sup>14</sup>. Таким образом, в российской доктрине критерием отграничения договора от соглашения является возникновение нового обязательства.

Считаем, что поскольку в силу заключения соглашения о цессии, определяющего взаимные права и обязанности цедента и цессионария (п. 1 ст. 389.1 ГК РФ), возникает новое обязательственное правоотношение (ст. 307 ГК РФ), в основе цессии лежит не соглашение, а договор.

<sup>9</sup> См.: Гражданское право. Обязательственное право: учебник: в 4 т. М.: Волтерс Клувер, 2008. (автор главы: Суханов Е.А.) // СПС «Консультант Плюс».

<sup>10</sup> Как справедливо отмечается в судебной практике, уступка права (требования) по обязательству, в котором уступающий требование кредитор является одновременно и лицом, обязанным перед должником, не влечет перевод на цессионария соответствующих обязанностей цедента. Цедент не освобождается от исполнения продолжающих лежать на нем обязанностей. См.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса РФ» // СПС «Консультант Плюс».

<sup>11</sup> См.: O'Sullivan J., Hilliard J. The Law of Contract. NY., 2008. P. 11–129; McKendrick E. Contract law. NY.: Palgrave Macmillan, 2013. P. 17–111; Chandler A., Brown I. Law of Contract. Questions and Answers. Hampshire, 2013. P. 1–75.

<sup>12</sup> См.: O'Sullivan J., Hilliard J. Op. cit. P. 94–98; McKendrick E. Op. cit. P. 68–71; Chandler A., Brown I. Op. cit. P. 34–56.

<sup>13</sup> Об ответственности за неисполнение организационного договора см. подробнее: Подузова Е.Б. Ответственность за неисполнение организационного договора // Гражданское право. 2014. № 2. С. 24–26.

<sup>14</sup> См. об этом подробнее: Василевская Л.Ю. Правовая природа соглашения об отступном: проблемы определения и толкования // Закон. 2009. № 3. С. 161–169.

Перечень существенных условий договора между цедентом и цессионарием в ст. 389.1 ГК РФ не предусмотрен<sup>15</sup>.

Как представляется, условием о предмете данного договора выступают действия по уступке права, возникшего в рамках определенного в договоре обязательства<sup>16</sup>.

При заключении договора цессии сторонам, в частности, необходимо согласовать также условие о его возмездности<sup>17</sup> либо о его безвозмездности, о порядке уведомления должника, о перечне необходимых документов, подтверждающих права нового кредитора, а также подтверждающих следующие обстоятельства: уступаемое требование существует в момент уступки, если только это требование не является будущим требованием; цедент правомочен совершать уступку; уступаемое требование ранее не было уступлено цедентом другому лицу; цедент не совершал и не будет совершать никаких действий, которые могут служить основанием для возражений должника против уступленного требования (п. 2 ст. 390 ГК РФ). Поскольку указанные обстоятельства являются условиями совершения цессии, при их нарушении цессионарий вправе потребовать от цедента возврата всего переданного по соглашению об уступке, а также возмещения причиненных убытков (п. 3 ст. 390 ГК РФ).

Другим способом перемены лиц в обязательстве выступает перевод долга. С внесением изменений в гл. 24 ГК РФ значительно увеличилась сфера правового регулирования отношений, связанных с переводом долга.

В основе перевода долга лежит соглашение между первоначальным и новым должниками (абз. 1 п. 1 ст. 391 ГК РФ) либо в обязательствах, связанных с осуществлением их сторонами пред-

принимательской деятельности, соглашение между кредитором и новым должником (абз. 2 п. 1 ст. 391 ГК РФ).

С нашей точки зрения, положения абз. 2 п. 1 ст. 391 ГК РФ нуждаются в уточнении, поскольку не содержат никаких дополнительных условий перевода долга в силу соглашения между кредитором и новым должником. На основе данной правовой нормы кредитор может в любое время без каких-либо последствий для себя заключить соглашение с новым должником о переводе долга, даже не уведомляя об этом первоначального должника. В этом случае первоначальный должник, не подозревая о том, что он уже не является должником по обязательству, может исполнить обязательство, затратив определенные материальные ресурсы, однако кредитор не примет исполнение от данного должника, потому что, согласно абз. 2 п. 1 ст. 391 ГК РФ, данное обязательство обязан исполнить уже новый должник, и кредитор заинтересован в исполнении обязательства именно новым должником. При этом никакие затраты первоначальному должнику не возмещаются. Правила п. 3 ст. 391 ГК РФ о солидарной ответственности первоначального должника и нового должника, о субсидиарной ответственности первоначального должника либо об освобождении первоначального должника от исполнения обязательства кардинальным образом не смягчают положение первоначального должника при отсутствии уведомления о переводе долга и заинтересованности кредитора в исполнении обязательства исключительно новым должником.

Согласно п. 2 ст. 391 ГК РФ, перевод должником своего долга на другое лицо допускается с согласия кредитора и при отсутствии такого согласия является ничтожным; если кредитор дает предварительное согласие на перевод долга, этот перевод считается состоявшимся в момент получения кредитором уведомления о переводе долга.

В ГК РФ ничего не говорится о форме согласия кредитора и о том, что же считать моментом получения указанного уведомления о переводе долга. Кредитору, первоначальному и новому должникам остается лишь по собственному усмотрению использовать простую письменную либо нотариальную форму согласия кредитора на перевод долга. В ст. 165.1 ГК РФ четкого определения и закрытого перечня юридически значимых сообщений не содержится, представляется, что уведомление кредитора о переводе долга относится к числу юридически значимых сообщений и считается полученным кредитором в момент его доставки (п. 1 ст. 165.1 ГК РФ).

В качестве положительных моментов изменения нормативных правил о переводе долга, упрощающих практику применения норм о перемене лиц в обязательствах, выделим следующие. Новый должник вправе выдвигать против требования кредитора возражения, основанные на отношениях между кредитором и первоначальным должником, но не вправе

<sup>15</sup> По мнению практикующих юристов, проблема определения существенных условий договора цессии имеет принципиальное значение для применения данной конструкции на практике. См. об этом подробнее: Горюхицкий А., Мартынов И. Оспаривание соглашений об уступке прав (требований) // СПС «Консультант Плюс».

<sup>16</sup> В судебной практике признается, что в условии о предмете договора цессии включается указание на конкретное обязательство, из которого возникло соответствующее право. См.: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.10.2007 № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса РФ».

<sup>17</sup> В связи с вопросом о возмездности либо безвозмездности договора цессии имеет важное значение позиция Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, изложенная в п. 9 Информационного письма от 30.10.2007 г. № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса РФ». Так, соглашение об уступке права (требования), заключенное между коммерческими организациями, может быть квалифицировано как дарение только в том случае, если будет установлено намерение сторон на безвозмездную передачу права (требования). Отсутствие в сделке уступки права (требования) условия о цене передаваемого права (требования) само по себе не является основанием для признания ее ничтожной как сделки дарения между коммерческими организациями.

осуществлять в отношении кредитора право на зачет встречного требования, принадлежащего первоначальному должнику (ст. 392 ГК РФ). Если при переводе долга первоначальный должник освобожден от обязательства, обеспечение исполнения обязательства, предоставленное третьим лицом, прекращается, за исключением случая, когда такое лицо согласилось отвечать за нового должника (п. 2 ст. 392.1 ГК РФ). Долг может перейти с должника на другое лицо по основаниям, предусмотренным законом, при этом не требуется согласие кредитора, если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства (ст. 392.2 ГК РФ). В случае одновременной передачи стороной всех прав и обязанностей по договору другому лицу (передача договора) к сделке по передаче применяются правила об уступке требования и о переводе долга (ст. 392.3 ГК РФ).

Изменение содержания договорного обязательства возможно в силу внесения изменений в содержание договора.

В Проекте закона о внесении изменений в ГК РФ<sup>18</sup> предлагается скорректировать ряд правил гл. 29 ГК РФ, дополнить эту главу новыми нормами права.

Как отмечается в юридической литературе, согласно итоговому тексту законопроекта, действующие правила о расторжении (изменении) договора по требованию одной из сторон в судебном порядке (п. 2 ст. 450 ГК РФ) остаются неизменными, хотя на всех этапах обсуждения данного законопроекта выдвигалась идея сохранить данный способ расторжения (изменения) договора лишь в качестве вспомогательного, имея в виду, что роль основного способа досрочного прекращения (изменения) договора в случае его нарушения была бы отведена одностороннему (внесудебному) отказу от договора.

В Проекте предлагается п. 1 ст. 450 ГК РФ изложить в следующей редакции: «Изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или иным законом. Многосторонним договором, связанным с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности, может быть предусмотрена возможность изменения или расторжения такого договора по соглашению как всех, так и большинства лиц, участвующих в договоре, если иное не установлено законом. Данным согла-

шением может быть предусмотрен порядок определения такого большинства».

Как представляется, положения п. 1 ст. 450 ГК РФ в редакции Проекта нуждаются в корректировке. В силу п. 3 ст. 154 ГК РФ, для заключения многостороннего договора обязательно выражение согласованной воли трех либо более сторон, то есть всех сторон данного договора. Если для возникновения многостороннего договорного обязательства требуется волеизъявление всех его сторон, то и при динамическом развитии данного обязательства также требуется волеизъявление всех его сторон. По сути, в абз. 2 п. 1 ст. 450 ГК РФ признается законным отказ стороны от права изменять договор, однако, согласно п. 2 ст. 1 ГК РФ, гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. В правиле нормы об изменении многостороннего договора усматривается аналогия с порядком принятия решения большинством голосов при управлении некоторыми типами юридических лиц. С нашей точки зрения, подобная аналогия неуместна, поскольку говорить о новом субъекте права при заключении многостороннего договора безосновательно.

Следует поддержать предлагаемую редакцию п. 3 ст. 450 ГК РФ, в части, предусматривающей, что в случае, когда исполнение договора связано с осуществлением предпринимательской деятельности не всеми его сторонами, право на одностороннее изменение или отказ от договора может быть предоставлено договором лишь стороне, не осуществляющей предпринимательскую деятельность. Данная норма призвана защищать сторону-потребителя, на практике всегда являющуюся слабой стороной в договоре.

Подводя итоги, необходимо отметить, что законодательство любой отраслевой принадлежности должно совершенствоваться согласно развитию и изменению отношений, им регулируемых. Само выбранное направление реформирования гражданского законодательства об изменении обязательств является перспективным. Однако существуют некоторые положения, которые требуют уточнения и корректировки.

#### Библиография:

1. Василевская Л.Ю. Правовая природа соглашения об отступном: проблемы определения и толкования // Закон. 2009. № 3. С. 161–169.
2. Городисский А., Мартвель И. Оспаривание соглашений об уступке прав (требований) // Корпоративный юрист. 2010. № 7 // СПС «Консультант Плюс».
3. Гражданское право. Обязательственное право: учебник: в 4 т. / под ред. Е.А. Суханова. М.: ВолтерсКлувер, 2008 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>18</sup> Проект Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ». Разработан Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства. Опубликован 07.02.2012 // СПС «Консультант Плюс».

4. Егорова М.А. Правовой режим зачета в гражданско-правовых обязательствах. М.: Дело, 2012 // СПС «Консультант Плюс».
5. Подузова Е.Б. Организационные договоры в гражданском праве. М.: Проспект, 2014. 184 с.
6. Подузова Е.Б. Организационные обязательства: особенности оснований возникновения и структуры // VI Междунар. науч.-практ. конф. «Кутафинские чтения». Гармонизация российской правовой системы в условиях международной интеграции. Секция гражданского и семейного права: сб. тезисов М.: Изд. центр МГЮА, 2014. С. 175–178.
7. Подузова Е.Б. Ответственность за неисполнение организационного договора // Гражданское право. 2014. № 2. С. 24–26.
8. Харитонов Ю.С. Управление в гражданском праве: проблемы теории и практики. М., 2011 // СПС «Консультант Плюс».
9. Chandler A., Brown I. Law of Contract. Questions and Answers. Hampshire, 2013. 302 p.
10. MacKenzie J.A., Phillips M. Land law. Great-Britain. Oxford: Oxford University Press, 2012. 612 p.
11. McKendrick E. Contract law. NY.: Palgrave Macmillan, 2013. 390 p.
12. O'Sullivan J., Hilliard J. The Law of Contract. NY., 2008. 492 p.

**References (transliteration):**

1. Vasilevskaja L.Ju. Pravovajaprirodasoglasheniyaobotstupnom: problemyopredelenija i tolkovanija // Zakon. 2009. № 3. S. 161–169.
2. Gorodisskij A., Martvel' I. Ospiravaniyesoglashenijobustupkeprav (trebovanij) // Korporativnyj jurist. 2010. № 7 // SPS «Konsul'tant Pljus».
3. Grazhdanskoe pravo. Objazatel'stvennoe pravo: uchebnik: v 4 t. / pod red. E.A. Suhanova. M.: VoltersKluver, 2008. // SPS «Konsul'tant Pljus».
4. Egorova M.A. Pravovoj rezhim zacheta v grazhdansko-pravovyh objazatel'stvah. M.: Delo, 2012 // SPS «Konsul'tant Pljus».
5. Poduzova E.B. Organizacionnyedogovory v grazhdanskomprave. M.: Prospekt, 2014. 184 s.
6. Poduzova E.B. Organizacionnye objazatel'stva: osobennosti osnovanij vznikovenija i struktury // VI Mezhdunar. nauch.-prakt. konf. «Kutafinskie chtenija». Garmonizacija rossijskoj pravovoj sistemy v uslovijah mezhdunarodnoj integracii. Sekcija grazhdanskogo i semejnogo prava: sb. tezisov M.: Izd. centr MGJuA, 2014. S. 175–178.
7. Poduzova E.B. Otvetstvennost' za neispolnenie organizacionnogo dogovora // Grazhdanskoe pravo. 2014. № 2. S. 24–26.
8. Haritonova Ju.S. Upravlenie v grazhdanskom prave: problemy teorii i praktiki. M., 2011 // SPS «Konsul'tantPljus».

*Материал поступил в редакцию 12 января 2015 г.*

**Organization aspects of changes in contractual obligations**

**PODUZOVA, Ekaterina Borisovna** — PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State University.  
[ekaterinacivil@gmail.com]  
123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *In this article the author formulates the definition of organizational obligation, studying some of its specific features, including the organizational behavior obligation. Based upon the definition of the term «organization of contractual ties» the author draws a conclusion on the presence of organizational elements in the constructions amending contractual obligations (treaty (contract) on cession, agreement on transfer of a debt, an agreement on amendments to the initial contract). The article provides analysis of the novel features of the civil legislation on changes in contractual obligations, such as new rules on substitution of a party to a contract, which came into force starting July 1, 2014. The author offers some ways for the further development of the legislation on the changes in the contractual obligations, providing evaluation of the perspectives of development of the institution of changes in the contractual obligations. The article is prepared based upon the analysis of the modern topical normative legal acts, legal literature and practice, as well as on general and specific scientific cognition methods.*

**Keywords:** *organizational obligation, organizational obligation, behavior obligation, contents, changes in an obligation, cession, transfer of a title, transfer of a debt, creditor, debtor, agreement, contract.*

## К вопросу о правовой природе преимущественных гражданских прав как субъективных прав

**Аннотация.** При разрешении непростого вопроса о правовой природе преимущественных прав в качестве основной задачи автором ставится исследование юридической структуры преимущественных гражданских прав как субъективных прав. Для выполнения поставленной задачи проводится последовательный анализ понятия субъективного права, а также основных его отличительных признаков. В ходе исследования автором ставится вопрос о наличии особенностей, присущих субъективным правам, у преимущественных гражданских прав. В качестве основных параметров, по которым проводилось сравнение, были выделены следующие: принадлежность преимущественного гражданского права конкретному субъекту; наличие возможности у субъекта по своему усмотрению осуществить свое преимущественное право собственными действиями; наличие у обладателя преимущественного права возможности обратиться к компетентным органам с требованием защиты нарушенного права; наличие корреспондирующей обязанности преимущественному праву. В ходе проведенного исследования автор пришел к выводу, что структура преимущественного гражданского права сходна со структурой субъективных прав.

**Ключевые слова:** преимущественные права, обладатель преимущественного права, структура преимущественных прав, осуществление преимущественных прав, реализация преимущественных прав, предоставление преимущественных прав, субъективные права, признаки субъективных прав, правовая природа, структура субъективного права, юридическая структура, корреспондирующая обязанность.

Категория преимущественных прав является одной из самых спорных в теории права. Несмотря на неоднократные попытки российских цивилистов охарактеризовать правовую природу названной нами группы прав, в литературе и правоприменительной практике не сложилось устойчивого мнения относительно их правовой природы, равно как и нет общего определения преимущественных прав. Среди ученых по-прежнему продолжаются споры по поводу того, относится ли данная группа прав к субъективным гражданским правам или обособлена от них<sup>1</sup>, принадлежит к ограниченным вещным правам или к обязательственным<sup>2</sup>, обладает или нет признаками вторичных прав<sup>3</sup>.

Следует заметить, что большинство цивилистов относят преимущественные права к субъективным гражданским правам<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> См.: Кузнецова Л.В. Преимущественные права в гражданском праве России. М.: Ось-89, 2007. С. 20–21; Субботин М.В. Преимущественные права в российском гражданском законодательстве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 21.

<sup>2</sup> См.: Леонова Л.Ю. Преимущественные права в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 68.

<sup>3</sup> См.: Скловский К., Смирнова М. Институт преимущественной покупки в российском и зарубежном праве // СПС «Консультант Плюс»; Никольский С.Е. Преимущественные права в наследственном праве России: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 32.

<sup>4</sup> См.: Субботин М.В. Преимущественные права в российском гражданском законодательстве: дис. ... канд. юрид.

При этом весьма интересную точку зрения по данному вопросу высказала Л.В. Кузнецова. В своей монографии, посвященной преимущественным правам в российском гражданском праве, автор пришла к выводу, что преимущественные права характеризовать в каждом конкретном случае в качестве субъективного гражданского права не всегда представляется возможным<sup>5</sup>. В качестве основного аргумента автор приводит следующий: «преимущественные права существуют вне рамок конкретного гражданского правоотношения и не обеспечиваются конкретной корреспондирующей обязанностью. Управомоченное лицо не состоит по поводу принадлежащего ему преимущества ни в относительных, ни в абсолютных правоотношениях, поскольку не наделено законом ни правом требования совершения определенных действий от противостоящего ему лица (другого собственника, акционера и т.п.), ни правом требовать от всех прочих лиц воздерживаться от нарушения предложенной ему привилегии»<sup>6</sup>. В качестве примера Л.В. Кузнецова приводит п. 1 ст. 621 ГК РФ и ст. 250 ГК РФ. В обоих случаях,

наук. М., 2007. С. 21–22; Леонова Л.Ю. Преимущественные права в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 165.

<sup>5</sup> См.: Кузнецова Л.В. Указ. соч. С. 18.

<sup>6</sup> Там же. С. 20.

по мнению автора, преимущественное право, несмотря на то, что основано на обязательстве, не обеспечивается встречной соответствующей обязанностью лица непременно заключить договор аренды или купли-продажи<sup>7</sup>.

Разделяя с определенной долей условности позицию Л.В. Кузнецовой о том, что преимущественные права не являются субъективными гражданскими правами, И.И. Кубарь утверждает, что «закон действительно прямо не говорит о наличии обязанности любого воздержаться от нарушения, предоставленного управомоченному лицу преимущества. Вместе с тем закон прямо и не указывает на аналогичную обязанность лиц по отношению, например, к праву собственности, но это не означает, что такая пассивная обязанность отсутствует»<sup>8</sup>. Однако далее автор утверждает, что «все участники гражданского оборота обязаны соблюдать первоочередный порядок осуществления управомоченным лицом имеющихся у них прав»<sup>9</sup>. Таким образом, исследователь признает наличие корреспондирующей преимущественному праву конкретного лица обязанности пассивного типа других лиц, не наделенных подобной привилегией, воздерживаться от совершения нарушений осуществления управомоченным лицом его преимущественного права. Что касается наличия или отсутствия обязанности активного типа, которая заключается в необходимости совершения конкретных действий (заключить договор аренды, купли-продажи и т.д.), то И.И. Кубарь не приводит аргументов, позволяющих в целом оценить его позицию.

Остановимся подробнее на анализе позиции Л.В. Кузнецовой. Мы не разделяем ее, поскольку анализ ст. 621 ГК РФ позволяет прийти к выводу, что преимущественному праву арендатора корреспондирует обязанность арендодателя заключить именно с ним, а не с другим лицом, не наделенным преимущественным правом, договор аренды, но только при соблюдении в совокупности следующих условий: надлежащее исполнение арендатором своих обязанностей по договору; письменное уведомление арендодателя о намерении заключить договор аренды на новый срок, сделанное в срок, указанный в договоре аренды, или в разумный срок; намерение арендодателя продолжить сдавать в аренду соответствующее имущество в течение следующего года после окончания срока действия договора аренды.

Нельзя также согласиться с мнением Л.В. Кузнецовой, что нет встречной обязанности у продавца при продаже доли в праве общей собственности. По ее мнению, «собственник свободен в решении вопроса об отчуждении принадлежащей ему доли в праве собственности и принимает своей волей и

в своем интересе»<sup>10</sup>. В обоснование своей позиции автор ссылается на ст. 1 ГК РФ и ст. 209 ГК РФ.

Да, действительно, собственник вправе по своему выбору совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и законные интересы других лиц, в том числе отчуждать свое имущество в собственность другим лицам (п. 2 ст. 209 ГК РФ). Как следует из указанной нормы, только собственник вправе принять решение продавать ему долю или нет, следовательно, остальные сособственники не вправе требовать продажи доли в праве общей собственности, если он не намеревается ее отчуждать, то есть до намерения продавца продать свою долю, у него не возникает обязанности заключить договор купли-продажи с другими сособственниками.

Обязанность продать долю другому сособственнику появляется только при наличии определенных условий, а именно: намерение собственника продать свою долю, выразившееся в направлении извещения в письменной форме остальным участникам долевой собственности; согласие правообладателя приобрести продаваемую долю на предложенных продавцом условиях (п. 1, 2 ст. 250 ГК РФ).

Таким образом, в решении вопроса о наличии у продавца обязанности продать долю другому сособственнику ключевым моментом является намерение продавца продать свою долю.

Итак, анализируя нормы ст. 621 и ст. 250 ГК РФ, мы пришли к выводу, что в обоих рассмотренных нами случаях преимущественному праву арендатора или собственника корреспондирует обязанность арендодателя или продавца заключить с ними соответствующий договор, но только при наличии совокупности определенных условий.

Вместе с тем наличие встречной обязанности отдельным преимущественным правам еще не дает нам оснований для отнесения преимущественных прав к категории субъективных гражданских прав.

Разрешая непростой вопрос о правовой природе преимущественных прав, следует выявить признаки субъективных гражданских прав и сопоставить с исследуемыми нами правами.

В доктрине существуют различные взгляды на определение понятия и содержания субъективного гражданского права. Начало было положено в XIX в. Так, Д.И. Мейер под субъективным правом понимал «меру свободы живущего в обществе — меру, в пределах которой он может совершать известные действия»<sup>11</sup>. При этом автор обращал внимание на такую существенную черту права, как возмож-

<sup>7</sup> См.: Кузнецова Л. В. Указ. соч. С. 20–22.

<sup>8</sup> Кубарь И.И. Категория преимущественных прав в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 31–32.

<sup>9</sup> Там же. С. 32.

<sup>10</sup> Кузнецова Л.В. Указ. соч. С. 22.

<sup>11</sup> Мейер Д.И. Русское гражданское право: в 2 ч. Ч. 1. М.: Статут, 1997. С. 222.

ность его принудительного осуществления, без которой «нет, собственно, и права»<sup>12</sup>.

Таким образом, цивилист подчеркивал, что субъективное право само по себе, во-первых, не может быть безграничным, во-вторых, оно обеспечивается своего рода гарантией — в случае невозможности управомоченного лица самостоятельно его осуществить, оно может быть осуществлено посредством приведения в действие механизма принудительного осуществления. К сожалению, Д.И. Мейер не предложил более детального анализа важных, на наш взгляд, положений, а именно: как, каким способом и кем должно быть принудительно реализовано субъективное право; что непосредственно входит в его содержание.

Г.Ф. Шершеневич, исследуя субъективные права, отмечал, что «под именем права в смысле субъективного понимается обусловленная объективным правом возможность осуществления интереса»<sup>13</sup>.

Важно обратить внимание, что автор имплементирует в структуру субъективного права такую важную правовую категорию, как интерес. Однако не совсем ясно, о чем интересе идет речь: об интересе правообладателя, отдельных социальных групп или государства в целом?

Ю.С. Гамбаров определял категорию субъективного права как «все то, что нам дается или, точнее, обеспечивается действием того или иного объективного права»<sup>14</sup>. Одной из характерных черт субъективного права, по мнению цивилиста, является то, что оно тесно связано с конкретным лицом и как бы прикреплено к нему. В свою очередь, данное лицо «выводит для себя возможность действовать или требовать какого-либо действия от другого лица»<sup>15</sup>.

Детально анализируя понятие и сущность субъективного права, автор не оставляет без внимания и такой вопрос, как его содержание. По его мнению, «каждое субъективное право состоит из следующих элементов: лицо, которому оно предоставляется; предмет, из которого оно удовлетворяется; защита, без которой не существовало бы всякого права»<sup>16</sup>.

Основным преимуществом приведенной позиции Ю.С. Гамбарова является указание на такие существенные черты субъективного права, как принадлежность к конкретному лицу; возможность в определенных пределах совершения определенных действий; защита данного права.

Таким образом, анализ разных мнений до-революционных исследователей субъективного права показал, что в этот период обращалось внимание на то, что субъективное право непо-

средственно связано с лицом и предоставляет ему меру или возможность определенного поведения, а также на возможность требования определенного поведения от обязанного лица. Особо делался акцент на том, что существование субъективного права обеспечивается действием объективного права. Однако вопрос о содержании субъективного права не был до конца исследован.

Великая Октябрьская социалистическая революция положила начало новому, не известному истории человечества, социалистическому обществу и праву<sup>17</sup>. В советской литературе исследование субъективного права было продолжено. Как справедливо заметил О.С. Иоффе, «некоторые авторы, имея в качестве специального предмета своего исследования другие цивилистические проблемы, предпосылают их анализу изложение своих взглядов на понятие субъективных прав»<sup>18</sup>. В этот период большинство цивилистов раскрывали субъективное право через его содержание.

Так, С.Н. Братусь в своей работе «Юридические лица в советском гражданском праве» посвящает целую главу детальному анализу субъективного права. Под субъективным правом ученый понимает сферу власти, признаваемой объективным правом за управомоченным. Содержание субъективного права заключается не только в том, что запрещено делать обязанному лицу, но и в «поведении, дозволенном субъекту»<sup>19</sup>.

Основным достоинством приведенной позиции, на наш взгляд, является указание С.Н. Братуся на то, что, обладая субъективным правом, управомоченный может в определенных границах, установленных нормами объективного права, воздействовать на деятельность и поведение других участников гражданского правоотношения. Указание на признание субъективного права объективным позволяет нам говорить о том, что субъективное право является не безграничным, оно очерчено известными пределами, в рамках которых может действовать управомоченный субъект.

Однако О.С. Иоффе критикует мнение С.Н. Братуся. Он утверждает, что субъективное право не позволяет совершать определенные действия, а предоставляет возможность их совершения<sup>20</sup>. Основной аргумент автора заключается в том, что «все, не запрещенное законом, является в то же время дозволенным, независимо от наличия или отсутствия специального правомочия на совершение этих действий. Но закон действует

<sup>12</sup> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 224.

<sup>13</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права: в 2 т. Т. 2 // СПС «Гарант».

<sup>14</sup> Гамбаров Ю.С. Гражданское право: Общая часть / под ред. В.А.Томсинова М.: Зерцало, 2003. С. 380.

<sup>15</sup> Там же. С. 380.

<sup>16</sup> Там же. С.389.

<sup>17</sup> См.: Агарков М.М. Избр. труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. 1: Социальная ценность частного права и отдельных институтов общей части гражданского права. М.: Статут, 2012. С. 138.

<sup>18</sup> Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Л.: Изд-во ЛГУ, 1949. С. 82.

<sup>19</sup> Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве: Понятие, виды, государственные юридические лица М.: Изд-во Минюста СССР, 1947. С. 10–33.

<sup>20</sup> См.: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 83.

по-разному и тогда, когда, не запрещая, он тем самым дозволяет, и тогда, когда, регулируя поведение конкретных обязанных лиц, он не только дозволяет совершение определенных действий, но и обеспечивает возможность их совершения»<sup>21</sup>.

Схожей позиции относительно соотношения дозволения и предоставления возможности придерживаются В.П. Грибанов, Н.Г. Александров<sup>22</sup>.

Таким образом, определяя субъективное гражданское право через его содержание, российские цивилисты выявили проблему построения структуры содержания субъективного гражданского права. Ставился вопрос о соотношении двух юридических категорий: «дозволение» и «возможность».

Важно отметить, что, несмотря на выдвигание разных доводов, к общему знаменателю исследователи так и не пришли.

Нам представляется следующая картина соотношения указанных категорий. Для начала следует обратиться к семантике указанных терминов. Лингвистическое значение термина «возможность» означает «то, что при наличии определенных условий может стать действительностью»<sup>23</sup>; «дозволение» представляет собой разрешение на что-либо<sup>24</sup>. Постараемся спроецировать значения данных категорий на содержание субъективного гражданского права.

Если говорить о «возможности», то получается, что «возможность» субъекта совершить определенные действия в рамках конкретного правоотношения предполагает реализацию им действий, предусмотренных нормами объективного права. «Дозволение» же субъекту на совершение определенных действий представляет собой своего рода «разрешение государства» на совершение субъектом определенных действий, вне зависимости от того закреплены ли они нормами объективного права или нет.

В связи с изложенным утверждение О.С. Иоффе о том, что «все, не запрещенное законом, является в то же время дозволенным, независимо от наличия или отсутствия специального правомочия на совершение этих действий», представляется нам обоснованным.

Поэтому, полагаем, вполне корректно употреблять термин «возможность», а не «дозволение».

Современные цивилисты, как и советские, также предлагают рассматривать понятие субъективного гражданского права через его содержание, определяя его как меру дозволенного

поведения субъекта гражданского правоотношения, которое состоит из ряда юридических возможностей<sup>25</sup>.

Итак, проанализировав разные теоретические подходы к категории субъективного гражданского права, мы пришли к следующим основным выводам.

Субъективное гражданское право представляет собой меру возможного поведения конкретного субъекта гражданского правоотношения, в рамках которой субъект обладает следующими возможностями: по своему усмотрению совершить определенные действия; требовать от обязанного лица совершения определенных действий; обратиться к компетентным органам с требованием защиты нарушенного права. Субъективному праву корреспондирует встречная обязанность.

Вышеизложенные позиции лягут в основу дальнейшего исследования правовой природы преимущественных прав.

Для проведения всестороннего анализа правовой природы преимущественных прав необходимо установить, обладают ли указанные права основными отличительными особенностями, присущими субъективным гражданским правам. В качестве основных параметров, по которым мы будем проводить сравнение, выделим следующие: принадлежность преимущественных прав конкретному субъекту; наличие возможности субъекта по своему усмотрению осуществить преимущественное право собственными действиями; наличие у обладателя преимущественного права возможности обратиться к компетентным органам с требованием защиты нарушенного права; наличие корреспондирующей обязанности.

1. Принадлежность преимущественных прав конкретному субъекту.

Преимущественное право в каждом случае предоставляется определенному нормами объективного права субъекту гражданского правоотношения. В качестве субъекта может выступать арендатор по договору аренды, срок действия которого истек или истекает (ст. 621 ГК РФ); наниматель по договору найма жилого помещения, срок действия которого истек или истекает (ст. 684 ГК РФ); исполнитель, организовавший создание единых технологий (ст. 7 Федерального закона от 25.12.2008 № 284-ФЗ «О передаче прав на единые технологии»)<sup>26</sup>; водопользователь по

<sup>21</sup> Иоффе О.С. Указ. соч.

<sup>22</sup> См.: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2001. С. 292; Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М.: Госюриздат, 1955. С. 108–109.

<sup>23</sup> Энциклопедический словарь: в 2 т. Т. 1 / под ред. Б.А. Введенского. М.: Сов. энциклопедия, 1963. С. 205.

<sup>24</sup> Малый академический словарь. URL: <http://enc-dic.com/academic> (дата посещения: 29.03.2015).

<sup>25</sup> См.: Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 1 / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 1998. С. 103–104 (автор главы: В.С. Ем); Малько А.В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение. 1998. № 4. С. 62–63; Власова А.В. Структура субъективного гражданского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1998. С. 10–12; Крашенинников Е.А. Интерес и субъективное гражданское право // Правоведение. 2000. № 3. С. 133–135.

<sup>26</sup> Федеральный закон от 25.12.2008 № 284-ФЗ «О передаче прав на единые технологии» // Собрание законодательства РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6239; 2011. № 23. Ст. 3271; 2011. № 27. Ст. 3880; 2011. № 50. Ст. 7343.

договору водопользования, срок действия которого истек или истекает (ст. 15 ВК РФ)<sup>27</sup> и т.д.

2. Наличие возможности субъекта по своему усмотрению осуществить преимущественное право собственными действиями.

Данная особенность усматривается в структуре преимущественного права и проявляется в том, что обладатель преимущественного права для его реализации имеет спектр конкретных действий, таких как, например, письменное уведомление другой стороны о желании заключить договор на новый срок (п. 1 ст. 621 ГК РФ; п. 1 ст. 15 ВК РФ); выражение согласия на заключение договора на новый срок (ст. 685 ГК РФ); заявление о своем намерении уплатить размер вознаграждения за отчуждение права на единую технологию по лицензионному договору (п. 3 ст. 7 Федерального закона от 25.12.2008 № 284-ФЗ «О передаче прав на единые технологии») и т.д.

3. Наличие возможности обладателя преимущественного права обратиться к компетентным органам с требованием защиты нарушенного права.

В случае нарушения преимущественного права управомоченный субъект вправе обратиться в суд с требованием перевода прав и обязанностей по заключенному договору с третьим лицом, не обладающим преимущественным правом, либо с требованием возмещения убытков, связанных с отказом от заключения с ним договора (п. 1

ст. 621 ГК РФ; п. 3 ст. 15 ВК РФ), либо с требованием признания договора, заключенного с третьим лицом, не обладающим преимущественным правом, недействительным (ст. 684 ГК РФ).

4. Наличие обязанности, корреспондирующей преимущественному праву.

Преимущественному праву конкретного субъекта противостоит встречная обязанность. Она возникает только при соблюдении совокупности определенных условий, необходимых для реализации конкретного преимущественного права. При этом для реализации каждого отдельного преимущественного права закон закрепляет свою особую совокупность условий. В данном исследовании на примере преимущественного права арендатора на заключение договора аренды на новый срок (ст. 621 ГК РФ) и преимущественного права участника общей долевой собственности на покупку доли в праве общей собственности (ст. 250 ГК РФ) мы указали на совокупность условий, при которых возникает обязанность, корреспондирующая указанным преимущественным правам.

Таким образом, структура преимущественных прав сходна со структурой субъективных гражданских прав.

Данный вывод дает нам основания полагать, что преимущественные права являются субъективными гражданскими правами.

#### Библиография:

1. Агарков М.М. Избр. труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. 1: Социальная ценность частного права и отдельных институтов общей части гражданского права. М.: Статут, 2012. 428 с.
2. Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М.: Госюриздат, 1955. 176 с.
3. Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве: Понятие, виды, государственные юридические лица М.: Изд-во Минюста СССР, 1947. 364 с.
4. Власова А.В. Структура субъективного гражданского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1998. 23 с.
5. Гамбаров Ю.С. Гражданское право: Общая часть / под ред. В.А.Томсинова М.: Зерцало, 2003. 816 с.
6. Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 1. / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 1998. 816 с.
7. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2001. 411 с.
8. Крашенинников Е.А. Интерес и субъективное гражданское право // Правоведение. 2000. № 3. С. 133–141.
9. Кубарь И.И. Категория преимущественных прав в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 235 с.
10. Кузнецова Л.В. Преимущественные права в гражданском праве России. М.: Ось-89, 2007. 336 с.
11. Леонова Л.Ю. Преимущественные права в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 194 с.
12. Малько А.В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение. 1998. № 4. С. 58–70.
13. Мейер Д.И. Русское гражданское право: в 2 ч. Ч. 1. М.: Статут, 1997. 290 с.
14. Никольский С.Е. Преимущественные права в наследственном праве России: дис. ... канд.юрид.наук. М., 2006. 184 с.
15. Скловский К., Смирнова М. Институт преимущественной покупки в российском и зарубежном праве // Хозяйство и право. 2003. № 11 // СПС «Консультант Плюс».
16. Субботин М.В. Преимущественные права в российском гражданском законодательстве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 200 с.

#### References (transliteration):

1. Agarkov M.M. Izbr. trudypograzhdanskoppravu: v 2 t. T. 1: Social'najacennost' chastnogoprava i otdel'nyhinstitutov obshhejchastigrazhdanskogoprava. M.: Statut, 2012. 428 s.
2. Aleksandrov N.G. Zakonnost' i pravootnosheniya v sovetskomobshhestve. M.: Gosjurizdat, 1955. 176 s.
3. Bratus' S.N. Juridicheskie lica v sovetskom grazhdanskom prave: Ponjatie, vidy, gosudarstvennyye juridicheskie lica M.: Izd-vo Minjusta SSSR, 1947. 364 s.
4. Vlasova A.V. Struktura subektivnogo grazhdanskogo prava: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. SPb., 1998. 23 s.

<sup>27</sup> Водный кодекс РФ от 03.06.2006 № 74-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2006. № 23. Ст. 2381.

5. Gambarov Ju.S. Grazhdanskoe pravo: Obshhaja chast' / pod. red. V.A.Tomsinova. M.: Zercalo, 2003. 816 s.
6. Grazhdanskoe pravo: uchebnik: v 2 t. T. 1. / otv. red. E.A. Suhanov. M.: Statut, 1998. 816 s.
7. Griбанov V.P. Osushhestvlenie i zashhita grazhdanskih prav. M.: Statut, 2001. 411 s.
8. Krashennikov E.A. Interes i subektivnoe grazhdanskoe pravo // Pravovedenie. 2000. № 3. S. 133–141.
9. Kubar' I.I. Kategorija preimushhestvennyh prav v grazhdanskom prave: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2008. 235 s.
10. Kuznecova L.V. Preimushhestvennye prava v grazhdanskom prave Rossii. M.: Os'-89, 2007. 336 s.
11. Leonova L.Ju. Preimushhestvennye prava v grazhdanskom prave: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2005. 194 s.
12. Mal'ko A.V. Subektivnoe pravo i zakonnyj interes // Pravovedenie. 1998. № 4. S. 58-70.
13. Mejer D.I. Russkoe grazhdanskoe pravo: v 2 ch. Ch. 1. M.: Statut, 1997. 290 s.
14. Nikol'skij S.E. Preimushhestvennye prava v nasledstvennom prave Rossii: dis. ... kand.jurid.nauk. M., 2006. 184 s.
15. Sklovskij K., Smirnova M. Institut preimushhestvennoj pokupki v rossijskom i zarubezhnom prave // Hozjajstvo i pravo. 2003. № 11 // SPS «Konsul'tant Pljus».
16. Subbotin M.V. Preimushhestvennye prava v rossijskom grazhdanskom zakonodatel'stve: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2007. 200 s.

*Материал поступил в редакцию 3 апреля 2015 г.*

### ***On the issue of the legal nature of the preemptive civil rights as subjective rights***

**GLUSHKOVA, Elena Andreevna** — postgraduate student of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[Helen.gloushkova@yandex.ru]

123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *Resolving a complicated issue of legal nature of preemptive rights, the main goal of the author is to study the legal structure of the preemptive civil rights as subjective rights. In order to achieve this goal, the author provides consecutive analysis of the definition of the subjective rights, as well as its main elements. In the course of studies the author establishes the matter of specific features of the subjective rights in preemptory civil rights. The main parameters for the comparison were as follows: the preemptory right belonging to a specific subject, possibility for the subject to implement a preemptive rights at his will by his own actions; presence of the possibility to obtain protection by claims to competent bodies regarding violations of rights on the part of the person having these rights; presence of the corresponding obligation to a preemptive right. In the course of studies the author came to a conclusion that the structure of a preemptive civil right is similar to the structure of the subjective rights.*

**Keywords:** *preemptive rights, holder of a preemptive right, structure of preemptive rights, implementation of preemptive rights, realization of preemptive rights, provision of preemptive rights, subjective rights, characteristic features of subjective rights, legal nature, structure of subjective right, legal structure, corresponding obligation.*

# БАНКОВСКОЕ ПРАВО

Д.С. Петряшов\*

## Существенные условия договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты

**Аннотация.** Основное внимание в статье уделяется проблеме состава существенных условий договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты. Подробно рассмотрен вопрос о предмете договора. По мнению автора, предмет анализируемого договора образуют действия банка по открытию банковского счета, выдаче банковской карты и расчетно-кассовому обслуживанию, а также действия клиента по оплате оказанных услуг. Анализируя состав существенных условий договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты, автор в качестве исходного пункта применяет идею о том, что существенные условия используются для закрепления необходимого минимума в содержании договора. Количество существенных условий должно быть минимальным, а сами условия предельно точны. Предлагается рассматривать договор на выдачу, использование и обслуживание банковской карты заключенным, когда сторонами согласованы в надлежащей форме условия о предмете договора, о виде банковской карты, подлежащей выдаче клиенту (держателю карты), и размере платы за оказанные кредитной организацией клиенту финансовые услуги. На этом основании делаются предложения по совершенствованию действующего гражданского законодательства России.

**Ключевые слова:** договор, банковская карта, выпуск и обслуживание, предмет, существенные условия, банковский счет, кредитная организация, клиент, держатель.

Договор на выдачу, использование и обслуживание банковской карты представляет собой непоименованный ГК РФ<sup>1</sup> договор. Ввиду отсутствия специального нормативно-правового регулирования, вопрос о составе существенных условий данного договора является открытым. Наличие предусмотренного законом минимального перечня существенных условий отвечает интересам клиента и банка-эмитента, так как уменьшаются риски признания договора незаключенным, а стороны обладают большими возможностями самостоятельно определять содержание договора.

Существенными признаются условия, в отношении которых необходимо достижение соглашения сторон для признания договора заключенным (ч. 1 ст. 432 ГК РФ). К числу существенных, прежде всего, относится условие о предмете договора.

Понятие «предмет договора» гражданским законодательством не определяется. Трудности вызывает также текст закона, где в одном случае вещи обозначены в качестве предмета договора (ст. 455, ст. 554 ГК РФ), в другом — как объ-

ект договора (ст. 607, ст. 1013 ГК РФ). В доктрине гражданского права понятие «предмет договора» является дискуссионным.

Некоторые юристы под предметом гражданско-правового договора понимают предметы материального мира (вещи)<sup>2</sup>. Другие считают, что действия сторон (воздержание от известных действий) характеризуют предмет гражданско-правового договора<sup>3</sup>. Третьи придерживаются точки зрения о комплексном характере предмета договора, который включает в свой состав действия сторон и объект, на который эти действия направлены<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> См.: Гражданское право: учебник. Т. 2 / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 2005. С. 9 (автор главы: Елисеев И.В.), С. 158 (автор главы: Сергеев А.П.), С. 174 (автор главы: Иванов А.А.), С. 314 (автор главы: Толстой Ю.К.); Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М.: Норма: Инфра-М, 2013. С. 208; Обыденнов А.Н. Предмет и объект как существенные условия гражданско-правового договора // СПС «Консультант Плюс».

<sup>3</sup> См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2000. С. 462; Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2001. С. 236; Синайский В.И. Русское гражданское право. Киев: Тип. А.М. Пономарева, И.И. Врублевского, 1912. С. 179.

<sup>4</sup> См.: Гавзе Ф.И. Обязательственное право (общие положения). Минск: Изд-во БГУ, 1968. С. 26; Брагинский М.И.

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

© Петряшов Д.С., 2015

\* Петряшов Дмитрий Сергеевич — аспирант кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

[3000iii@mail.ru]

160034, Россия, г. Вологда, ул. Псковская, д. 9а.

Оставляя в стороне подробное рассмотрение всех достоинств и недостатков предложенных концепций, исследование которых не является целью данной работы, при анализе предмета договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты мы будем придерживаться наиболее приемлемой, на наш взгляд, точки зрения на предмет договора как действия обязанной стороны.

Во-первых, условие о предмете характеризует природу договора и позволяет отграничить договор от других гражданско-правовых сделок. Если придерживаться точки зрения на предмет договора как на вещь, то происходит отождествление предмета и объекта договора, вследствие чего не представляется возможным определить, например, в чем состоит отличие между договором купли-продажи недвижимого имущества и договором аренды, а также затруднительно охарактеризовать цель и предмет некоторых гражданско-правовых договоров (например, договор подряда или возмездного оказания услуг). Посредством указания на действия сторон в отношении объекта договор приобретает свойственную ему специфику и содержание<sup>5</sup>.

Во-вторых, в судебной практике при характеристике предмета договора возмездного оказания услуг договор признается заключенным, если в тексте соглашения исчерпывающим образом определены конкретные действия или деятельность, которую обязан осуществить исполнитель<sup>6</sup>.

Договор на выдачу, использование и обслуживание банковской карты относится к банковским сделкам и группе гражданско-правовых договоров о возмездном оказании услуг. Правила о выдаче, использовании и обслуживании банковских карт крупных кредитных организаций РФ характеризуют договор на выдачу, использование и обслуживание банковской карты как договор на оказание финансовых услуг, в том числе услуг по расчетно-кассовому обслуживанию клиента по операциям, совершенным с применением

банковской карты, услуг по кредитованию счета, информационных и прочих услуг. В частности, Правилами ОАО «ОТП Банк» о выдаче, использовании и обслуживании банковских карт (п. 2.11) отмечается, что банк оказывает услуги клиенту по обслуживанию операций с применением банковской карты и в этом качестве выступает посредником между клиентом и платежной системой<sup>7</sup>. Из смысла закона (ч. 2 ст. 779 ГК РФ) также следует, что договор на выдачу, использование и обслуживание банковской карты является договором на оказание услуг.

Услуга представляет собой совершение известных действий или осуществление определенной деятельности (ч. 1 ст. 779 ГК РФ). По договору на выдачу, использование и обслуживание банковской карты банк-эмитент обязуется открыть клиенту банковский счет. Однако наличие банковского счета в порядке гл. 45 ГК РФ не является обязательным. Согласно Федеральному Закону РФ от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе»<sup>8</sup> (далее — Закон о платежной системе) (ч. 2 ст. 7), при выдаче предоплаченной банковской карты остаток средств учитывается путем формирования записи, отражающей объем обязательств банка перед клиентом. При выдаче кредитной карты используется ссудный счет банка-эмитента.

Полагаем, в тексте договора недостаточно предусмотреть, что банк обязуется открыть клиенту банковский счет, следует надлежащим образом индивидуализировать действие должника. Договор должен содержать сведения о виде банковского счета, номере счета, размере неснижаемого остатка (обеспечительный депозит) и необходимости предоставления кредита (овердрафт).

Следует отметить, что авторы, выделяющие в составе предмета договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты условия о кредитовании счета и предоставлении обеспечительного депозита, относят их к факультативным. Тем самым они в составе предмета гражданско-правового договора выделяют обязательные и факультативные элементы<sup>9</sup>. Однако в предмете договора не может быть разных уровней, что следует из значения понятия «существенное условие договора».

Отдельными юристами в состав предмета договора на выдачу, использование и обслуживание

Общее учение о хозяйственных договорах. Минск: Наука и техника, 1967. С. 138–139; Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. С. 211.

<sup>5</sup> См.: Замотаева Т.Б. Предмет и объект договорного обязательства // Проблемы осуществления гражданских прав: межвуз. сб. науч. тр. Самара: Изд-во Самар. ун-та, 2002. С. 49–54.

<sup>6</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 23.01.2007 № 1-П «По делу о проверке конституционности положений п. 1 ст. 779 и п. 1 ст. 781 Гражданского кодекса РФ в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В.В. Макеева» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2007. № 1; Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29.09.1999 № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1999. № 11.

<sup>7</sup> См.: Правила выпуска и обслуживания банковских карт ОАО «ОТП Банк». URL: [www.otpbank.ru/f/retail/cards/pravila\\_vypuska\\_i\\_obsługivaniya\\_kart.pdf](http://www.otpbank.ru/f/retail/cards/pravila_vypuska_i_obsługivaniya_kart.pdf) (дата посещения: 25.09.2014).

<sup>8</sup> Собрание законодательства РФ. 2011. № 27. Ст. 3872.

<sup>9</sup> См.: Спиранов И.А. Правовое регулирование операций с банковскими картами: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 64; Жульев А.С. Расчеты с использованием банковских карт как самостоятельная форма безналичных расчетов: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005. С. 92.

банковской карты дополнительно включается режим банковского счета<sup>10</sup>. Но правовой режим банковского счета представляет собой порядок и особенности регулирования общественных отношений, складывающихся по поводу открытия и ведения счета карты<sup>11</sup>. В юридической литературе режим правового регулирования банковских счетов подразделяется на общий и специальный<sup>12</sup>. Причем банковские счета, допускающие возможность совершения платежных операций с применением банковской карты, являются специальными, так как расходные операции по ним возможны исключительно с применением банковской карты. Поэтому отсутствует какая-либо необходимость определять режим «карточного счета» в договоре, а следовательно, условие о режиме банковского счета не может быть признано существенным.

Помимо действий по открытию банковского счета (включая сведения о банковском счете), банк-эмитент обязан произвести эмиссию и выдать банковскую карту клиенту (держателю карты). Без выпуска банковской карты нет никакого смысла в заключении договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты<sup>13</sup>. Однако в отдельных случаях выдача банковской карты может представлять собой оферту и не входит в содержание договора как обязанность на стороне банка. Нередко банк возлагает обязанность по выдаче карты клиенту (держателю карты) на третье лицо. Например, в рамках «зарплатного проекта» структурное подразделение организации-работодателя (как правило, бухгалтерия) получает платежную карту от банка-эмитента и вручает ее держателю, выполняя роль «посредника».

Если договором предусмотрен выпуск виртуальной банковской карты, то пластиковая карта не выдается. Клиенту (держателю карты) сообщаются необходимые для совершения платежных операций посредством сети Интернет реквизиты. Полагаем, в данном случае более корректно говорить об обязанности банка по договору информировать клиента об условиях использования платежного инструмента, в том числе о его реквизитах (ст. 9 Закона о платежной системе). Следовательно, действия по выдаче банковской карты могут заключаться во вручении клиенту (держателю карты) банковской карты как предмета

материального мира (движимой непотребляемой вещи) или в предоставлении сведений, необходимых для совершения платежных операций в сети Интернет.

В тексте соглашения при формулировании предмета договора необходимо не только указать на действия по выдаче банковской карты, но также определить вид банковской карты. В тех случаях когда, исходя из условий договора, определить вид банковской карты не представляется возможным, договор не считается заключенным, так как без банковской карты клиент лишен возможности беспрепятственно воспользоваться своими правами по договору. Следовательно, условие о виде банковской карты, наряду с предметом договора, является отдельным и самостоятельным существенным условием договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты.

Некоторые авторы в состав предмета анализируемого договора включают платежные операции с применением банковской карты, на совершение которых имеет право клиент (держатель карты)<sup>14</sup>. Судебной практикой перечень платежных операций с применением банковской карты признается существенным условием договора<sup>15</sup>. Считаем возможным согласиться с данной точкой зрения, однако необходимо сделать уточнение. В состав предмета договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты, помимо указания на действия по открытию банковского счета и выдаче банковской карты, входят действия по расчетно-кассовому обслуживанию клиента. Но необходимо не только указать, что банк обязуется осуществлять расчетно-кассовое обслуживание, то есть осуществлять согласованный с клиентом комплекс платежных операций и банковских услуг, но также привести в тексте договора перечень платежных операций, на совершение которых имеет право клиент (держатель карты)<sup>16</sup>. В зависимости от выбора вида банковского счета, а в отдельных случаях вида банковской карты, клиенту (держателю карты) доступен определенный набор платежных операций, предусмотренный специальным законодательством, локальными актами кредитной организации и платежной системы, банковскими обычаями<sup>17</sup>. Указание же в договоре на конкретный перечень допустимых платежных операций с применением банковской карты (по

<sup>10</sup> См.: Спиранов И.А. Указ. соч. С. 76; Клеченова Е.Г. Правовое регулирование операций с использованием банковских карт: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 85–86.

<sup>11</sup> См.: Кальгина А.А. Правовой режим банковского счета: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 6–7.

<sup>12</sup> См.: Гражданское право: учебник. Ч. 2 / под ред. В.П. Монолина, А.И. Масляева. М.: Юрист, 2007. С. 307 (автор главы: Ефимова Л.Ю.).

<sup>13</sup> См.: Овсянникова И.Л. Гражданско-правовое регулирование операций с банковскими картами юридических лиц: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 94.

<sup>14</sup> См.: Спиранов И.А. Указ. соч. С. 79; Клеченова Е.Г. Указ. соч. С. 85.

<sup>15</sup> Постановление Президиума Красноярского краевого суда от 18.09.2012 № 44Г-50/2012 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>16</sup> См., например: Условия эмиссии и обслуживания международных дебетовых банковских карт ОАО «СКБ-банк» (п. 3.1). URL: [www.skbbank.ru/personal/cards/debet\\_cards](http://www.skbbank.ru/personal/cards/debet_cards) (дата посещения: 16.10.2014).

<sup>17</sup> См.: Курбатов А.Я. Банковские счета в российском праве: понятие, виды, правовые режимы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 7–8.

видам операций, по территории обслуживания) представляет собой конкретизацию предмета договора.

Договор на выдачу, использование и обслуживание банковской карты является двусторонне-обязывающим. Каждая из сторон выступает в роли должника и кредитора. Следовательно, в состав предмета договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты входят не только действия банка, но и действия клиента в соответствии с принятыми обязанностями. Как правило, согласно данным банковской практики, клиент (держатель карты) обязуется оплачивать банковские услуги и «соблюдать правила пользования банковскими картами»<sup>18</sup>.

Действия (воздержание от их совершения) клиента по соблюдению правил пользования банковскими картами при совершении операций по счету большинством специалистов включается в содержание договора. Однако нет точного ответа на вопрос о том, что следует понимать под «правилами пользования банковскими картами». Одни авторы включают сюда императивные предписания закона и внутрибанковские правила<sup>19</sup>. Другие упоминают только внутрибанковские правила, не характеризуя последние по существу<sup>20</sup>. Третьи используют формулировку «правила осуществления расчетов и требований по безопасности»<sup>21</sup>, или обязанность «выполнять требования по осуществлению с использованием... карт безналичных операций»<sup>22</sup>. Если правила осуществления расчетов предусмотрены ГК РФ (гл. 46), то требования безопасности использования банковской карты определяются договором. Между тем считаем, что некорректно говорить об обязанности соблюдать правила кредитной организации по выдаче, использованию и обслуживанию банковских карт, так как они образуют содержание договора с клиентом. Здесь следует применять категорию «надлежащее исполнение обязательства из договора». Мы считаем, что обязанность соблюдать банковские правила, независимо от того, понимать ли под ней требования действующего законодательства или разрабатываемые кредитными организациями внутрибанковские правила, не входит в предмет договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты. Некорректно также включать в состав обязанностей клиента по договору обязанность соблю-

дать требования действующего законодательства, включая правовые акты Банка России, так как их исполнение опирается на государственно-властное принуждение.

Исходя из вышесказанного, предмет договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты определяется, на наш взгляд, указанием в тексте договора на действия банка по открытию банковского счета, действия по выдаче банковской карты и расчетно-кассовому обслуживанию клиента по платежным операциям с применением банковской карты (перечень платежных операций, на совершение которых имеет право держатель карты), а также действия клиента по оплате предоставленных услуг.

Помимо предмета к числу существенных относятся условия, названные законом или иным правовым актом в качестве существенных или необходимых для договора данного типа (ч. 1 ст. 432 ГК РФ).

Однако формирование достаточно обширного перечня существенных условий связано с повышением рисков признания договора незаключенным<sup>23</sup>. Поэтому в интересах стабильности гражданского оборота следует определить перечень существенных условий, минимально необходимых и достаточных для признания договора заключенным. В противном случае если вступившим в силу судебным решением договор будет признан незаключенным, стороны будут вынуждены применять к фактически сложившимся отношениям нормы института о неосновательном обогащении.

Федеральный закон РФ от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности»<sup>24</sup> (далее — Закон о банках) (ст. 30) называет пять существенных условий любой банковской сделки. В обязательном порядке в договоре, одной из сторон которого является банк, должны содержаться указание на величину процентных ставок по кредитам и вкладам (депозитам), стоимость банковских услуг, сроки выполнения банковских услуг, имущественная ответственность сторон за нарушение договора, порядок расторжения договора.

Отдельными авторами поддерживается точка зрения, что только условие о стоимости банковских услуг может быть отнесено к числу существенных условий договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты<sup>25</sup>.

Считаем возможным согласиться с данным мнением по следующим основаниям. Сроки оказания банковских услуг, также как порядок расторжения договора и ответственность сторон, урегулированы гражданским законодатель-

<sup>18</sup> Правила выдачи и использования банковских карт ОАО АКБ «РОСБАНК» (п. 3.34). URL: <www.rosbank.ru/files/persons/docs/over/over\_vne\_paket\_prav0001u\_n\_kr\_szf\_hab.pdf> (дата посещения: 14.10.2014).

<sup>19</sup> См.: Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. II. П / т. 2 / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 2000. С. 249 (автор главы: Шерстобитов А.Е.).

<sup>20</sup> См.: Гражданское право: учебник / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 2. С. 531 (автор главы: Медведев Д.А.).

<sup>21</sup> Спиранов И.А. Указ. соч. С. 63–64.

<sup>22</sup> Овсянникова И.Л. Указ. соч. С. 93.

<sup>23</sup> См. подробнее: Филиппова С. Существенные условия договора в проекте ГК РФ // ЭЖ-Юрист. 2011. № 23. С. 1, 3.

<sup>24</sup> Собрание законодательства РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

<sup>25</sup> См.: Спиранов И.А. Указ. соч. С. 76–78; Клеченова Е.Г. Указ. соч. С. 84–89; Овсянникова И.Л. Указ. соч. С. 93–94.

ством РФ, являются обычными условиями договора. В случае отсутствия в договоре условия о размере процентов по кредиту, вкладу (депозиту) их размер определяется на основании размера ставки рефинансирования Банка России (ст. 809 ГК РФ).

В юридической литературе условие о цене признается существенным для любого возмездного договора<sup>26</sup>. Мы поддерживаем данную точку зрения. Если в возмездном договоре цена не определена, условие о цене все равно считается согласованным сторонами, потому что является определяемым согласно закону (ч. 3 ст. 424 ГК РФ). Договор на выдачу, использование и обслуживание банковской карты является возмездным договором, так как одной из сторон выступает кредитная организация, преследующая в качестве основной цели своей деятельности извлечение прибыли. Размер платы по договору ранжируется в зависимости от избранной банковской карты. По каждому виду банковских карт есть отдельные маркетинговые предложения (Gold, Secured, Platinum, Premium, Business, Social, Student, Low-cost Cards)<sup>27</sup>. Для каждой группы предусмотрены свои размеры ставок, тарифов и проценты за выдачу, использование и обслуживание карты.

В юридической литературе, вслед за нормами Закона о банках и мнениями отдельных авторов, условие о плате за использование банковской карты рассматривается в качестве существенного условия договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты<sup>28</sup>. Однако не уточняется, является ли существенным возмездный характер договора, размер платы, порядок или форма осуществления платежей.

Анализ банковских Правил крупнейших отечественных и американских кредитных организаций, а также собственный опыт автора позволяет сделать вывод о том, что с клиента обычно взимаются несколько типов платежей. Они выражаются либо в твердой денежной сумме, либо в процентах от нее.

Фиксированный размер вознаграждения предусмотрен за первичный выпуск банковской карты, обслуживание банковской карты, выпуск дополнительной банковской карты, замены утерянной карты, перевыпуск карты. В фиксированном значении определяется и плата за приостановление операций по карте и их возобновление, предоставление информации о платежном лимите,

получение выписок, предоставление отчета о состоянии счета.

Думается, несправедливой является практика взимания платы за обслуживание банковской карты. Фактически кредитная организация обслуживает банковский счет клиента, предусматривающий использование банковской карты. В тех случаях когда банковский счет в порядке гл. 45 ГК РФ отсутствует, «обслуживание» заключается в учете остатка средств клиента на внутреннем счете кредитной организации. Считаем невозможным также установить, в чем выражается обслуживание виртуальной банковской карты, не имеющей материального носителя.

На наш взгляд, отношения банка и клиента по поводу обслуживания банковской карты в действительности представляют услуги по учету остатка денежных средств на счету, то есть услуги по обслуживанию счета.

Для кредитной организации более выгодно взимание платы за обслуживание банковской карты, так как по одному счету допускается выдача нескольких карт. В целях обеспечения баланса интересов сторон полагаем необходимо предусмотреть правило, согласно которому цена договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты устанавливается за обслуживание банковского счета, предполагающего использование банковской карты (карточного счета), но не банковской карты.

В процентном исчислении устанавливаются комиссионные сборы кредитной организации за совершение платежных операций по счету (применение денежных средств на счет, получение наличных денег, оплата товаров, работ, услуг), плата за пользование денежными средствами кредитной организации. Денежные средства в соответствующей части списываются в безакцептном порядке согласно тарифам кредитной организации.

Думается, именно размер платы за использование банковской карты как условие о цене является существенным условием договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты, а в интересах клиента (держателя карты) быть надлежащим образом проинформированным о размере платы за пользование банковской картой.

Таким образом, по нашему мнению, в Законе о платежной системе (ст. 9) должно быть предусмотрено согласование сторонами таких существенных условий договора на выдачу, использование и обслуживание банковской карты, как предмет договора, условие о виде банковской карты и размере платы за оказываемые клиенту финансовые услуги. При этом правило ч. 3 ст. 424 ГК РФ к данному договору применению не подлежит.

<sup>26</sup> См.: Витрянский В.В. Существенные условия договора // *Хозяйство и право*. 1998. № 7. С. 4–5, 7; Андреева Л. Существенные условия договора: споры, продиктованные теорией и практикой // *Хозяйство и право*. 2000. № 12. С. 90–91.

<sup>27</sup> См.: Дебетовые банковские карты ОАО «Сбербанк России». URL: [sberbank.ru/moscow/ru/person/bank\\_cards/debet](http://sberbank.ru/moscow/ru/person/bank_cards/debet) (дата посещения: 10.10.2014).

<sup>28</sup> См.: Спиранов И.А. Указ. соч. С. 76; Клеченова Е.Г. Указ. соч. С. 85–86.

**Библиография:**

1. Андреева Л. Существенные условия договора: споры, продиктованные теорией и практикой // *Хозяйство и право*. 2000. № 12. С. 89–96.
2. Брагинский М.И. *Общее учение о хозяйственных договорах*. Минск: Наука и техника, 1967. 260 с.
3. Витрянский В.В. Существенные условия договора // *Хозяйство и право*. 1998. № 7. С. 3–12.
4. Гавзе Ф.И. *Обязательственное право (общие положения)*. Минск: Изд-во БГУ, 1968. 126 с.
5. *Гражданское право: учебник. Т. 2 / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого*. М.: Проспект, 2005. 776 с.
6. Жульев А.С. Расчеты с использованием банковских карт как самостоятельная форма безналичных расчетов: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005. 192 с.
7. Замотаева Т.Б. Предмет и объект договорного обязательства // *Проблемы осуществления гражданских прав: межвуз. сб. науч. тр. Самара: Изд-во Самар. ун-та, 2002. С. 49–54*.
8. Иоффе О.С. *Обязательственное право*. М: Юрид. лит., 1975. 880 с.
9. Кальгина А.А. Правовой режим банковского счета: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. 232 с.
10. Клеченова Е.Г. Правовое регулирование операций с использованием банковских карт: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. 177 с.
11. Курбатов А.Я. Банковские счета в российском праве: понятие, виды, правовые режимы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. 20 с.
12. Мейер Д.И. *Русское гражданское право*. М.: Статут, 2000. 831 с.
13. Обыденнов А.Н. Предмет и объект как существенные условия гражданско-правового договора // *СПС «Консультант Плюс»*.
14. Овсянникова И.Л. Гражданско-правовое регулирование операций с банковскими картами юридических лиц: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 182 с.
15. Покровский И.А. *Основные проблемы гражданского права*. М.: Статут, 2009. 351 с.
16. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М.: Норма: Инфра-М, 2013. 496 с.
17. Синайский В.И. *Русское гражданское право*. Киев: Тип. А.М. Пономарева, И.И. Врублевского, 1912. 427 с.
18. Спиранов И.А. Правовое регулирование операций с банковскими картами: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. 161 с.

**References (transliteration):**

1. Andreeva L. Sushhestvennye uslovija dogovora: spory, prodiktovannye teoriej i praktikoj // *Hozjajstvo i pravo*. 2000. № 12. S. 89–96.
2. Braginskij M.I. Obshhee uchenie o hozjajstvennyh dogovorah. Minsk: Nauka i tehnika, 1967. 260 s.
3. Vitryanskij V.V. Sushhestvennye uslovija dogovora // *Hozjajstvo i pravo*. 1998. № 7. S. 3–12.
4. Gavze F.I. *Objazatel'stvennoe pravo (obshhie polozhenija)*. Minsk: Izd-vo BGU, 1968. 126 s.
5. *Grazhdanskoe pravo: uchebnik. T. 2 / pod red. A.P. Sergeeva, Ju.K. Tolstogo*. M.: Prospekt, 2005. 776 s.
6. Zhul'ev A.S. Raschety s ispol'zovaniem bankovskih kart kak samostojatel'naja forma beznalichnyh raschetov: dis. ... kand. jurid. nauk. Volgograd, 2005. 192 s.
7. Zamotaeva T.B. Predmet i ob'ekt dogovornogo objazatel'stva // *Problemy osushhestvenija grazhdanskih prav: mezhvuz. sb. nauch. tr. Samara: Izd-vo Samar. un-ta, 2002. S. 49–54*.
8. Ioffe O.S. *Objazatel'stvennoe pravo*. M: Jurid. lit., 1975. 880 s.
9. Kal'gina A.A. Pravovoj rezhim bankovskogo scheta: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2006. 232 s.
10. Klechenova E.G. Pravovoe regulirovanie operacij s ispol'zovaniem bankovskih kart: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2006. 177 s.
11. Kurbatov A.Ja. Bankovskie scheta v rossijskom prave: ponjatie, vidy, pravovye rezhimy: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2006. 20 s.
12. Mejer D.I. *Russkoe grazhdanskoe pravo*. M.: Statut, 2000. 831 s.
13. Obydenov A.N. Predmet i ob'ekt kak sushhestvennye uslovija grazhdansko-pravovogo dogovora // *SPS «Konsul'tant Pljus»*.
14. Ovsjannikova I.L. Grazhdansko-pravovoe regulirovanie operacij s bankovskimi kartami juridicheskich lic: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2007. 182 s.
15. Pokrovskij I.A. *Osnovnye problemy grazhdanskogo prava*. M.: Statut, 2009. 351 s.
16. Romanec Ju.V. *Sistema dogovorov v grazhdanskom prave Rossii*. M.: Norma: Infra-M, 2013. 496 s.
17. Sinajskij V.I. *Russkoe grazhdanskoe pravo*. Kiev: Tip. A.M. Ponomareva, I.I. Vrublevskogo, 1912. 427 s.
18. Spiranov I.A. Pravovoe regulirovanie operacij s bankovskimi kartami: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2002. 161 s.

*Материал поступил в редакцию 31 октября 2014 г.*

**Essential conditions of the contract for the issue, use and services for the banking card**

**PETRYASHOV, Dmitriy Sergeevich** — postgraduate student of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[3000iii@mail.ru]

160034, Russia, Vologda, Pskovskaya, 9a.

**Review.** *The attention of the author is mostly paid to the problem of essential conditions of the contract for the issue, use and services for the banking card. The author provides a detailed analysis of the object of this contract. In the opinion of the author the object of contract is formed with the activities of the bank on opening the bank account, issuing the banking card and money services, as well as payment of the client for these services. Having analyzes the essential conditions of the contract for the issue, use and services for the banking card the author takes the initial point that essential conditions are used to provide for the necessary minimum in the contract. The amount of essential conditions should be minimal, and the conditions themselves should be very precise. It is offered to view the contract for the issue, use and services for the banking card as being concluded, when the parties have agreed in the necessary form upon the object of the contract, type of the banking card to be issued to a client (holder of the card) and the amount of payment for the money services provided by the credit organization to a client. Upon this basis the proposals are made for the improvement of the current Russian legislation.*

**Keywords:** *contract, banking card, issue and services, object, essential condition, bank account, credit organization, client, holder.*

## Передача долга для взыскания коллектору: проблемы соблюдения банковской тайны

**Аннотация.** Информация, составляющая банковскую тайну, относится к информации ограниченного доступа, конфиденциальность которой гарантируется кредитной организацией в соответствии со ст. 857 ГК РФ и ст. 26 Федерального закона РФ от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности». Проблема соблюдения обязательств по сохранению в тайне информации, являющейся объектом правовой охраны режима банковской тайны, возникает при предоставлении указанных сведений коллекторским агентствам в связи с уступкой прав требования по кредитному договору. Недостаточно урегулированным остается вопрос о порядке доступа коллекторских агентств к сведениям, составляющим банковскую тайну, а также о гарантировании ими конфиденциальности полученной информации и ответственности за ее разглашение или раскрытие третьим лицам. В данной связи представляется целесообразным научное осмысление существующих правовых проблем и разработка предложений по их устранению.

**Ключевые слова:** банковская тайна, коллекторские агентства, информация ограниченного доступа, конфиденциальность информации, уступка прав требования.

Конфиденциальность информации, составляющей банковскую тайну, гарантируется на основании ст. 857 ГК РФ<sup>1</sup> и ст. 26 Федерального закона РФ от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности»<sup>2</sup> (далее — Закон «О банках»). Согласно положениям, установленным данными нормами, а также в соответствии с ч. 2 ст. 5 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»<sup>3</sup> (далее — Закон об информации), определяющей виды информации в зависимости от категории доступа к ней, информация, являющаяся объектом правовой охраны режима банковской тайны, относится к информации, доступ к которой ограничен федеральными законами (информации ограниченного доступа).

Установленный в отношении сведений, составляющих банковскую тайну, режим конфиденциальности информации, в соответствии с п. 7 ст. 2 Закона об информации, определяется как обязательное для выполнения лицом, получившим доступ к определенной информации, требование не передавать такую информацию третьим лицам без согласия ее обладателя. Данное требование является обязательным для выполнения субъектами, получившим доступ к информации, относящейся к банковской тайне и являющейся объектом правовой охраны, в соответствии с выполнением данными субъектами их должностных полномочий исключительно в случаях и порядке, предусмотренном законодательством РФ. Перечень субъектов, имеющих право на получение сведений, составляющих банковскую тайну, указан в ст. 857 ГК РФ и ст. 26 Закона «О банках».

Согласно ч. 2 ст. 857 ГК РФ такие сведения могут быть предоставлены:

- клиентам или их представителям;
- бюро кредитных историй на основаниях и в порядке, которые предусмотрены законом;
- государственным органам и их должностным лицам исключительно в случаях и порядке, которые предусмотрены законом.

Ст. 26 Закона «О банках» конкретизирует перечень государственных органов и их долж-

<sup>1</sup> Гражданский кодекс РФ (ч. 2) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (в ред. от 05.05.2014) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 410; 2014. № 30. (ч. I). Ст. 4225.

<sup>2</sup> Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» от 02.12.1990 № 395-1 (в ред. от 04.10.2014) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 6. Ст. 492; 2014. № 40. (ч. II). Ст. 5320.

<sup>3</sup> Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (в ред. от 21.07.2014 № 222-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 2006. № 31. (ч. I). Ст. 3448; 2014. № 30. (ч. I). Ст. 4223.

© Фаткина Е.В., 2015

\* Фаткина Елена Валерьевна — аспирант кафедры банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

[elena-fatkina@mail.ru]

115612, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

\*\* Данная статья подготовлена в рамках программы стратегического развития ФГБОУ ВПО «Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина» (МГЮА); НИР «Концептуальные основы деятельности коллекторских агентств в российском правовом порядке», проект № 2.1.1.6.

ностных лиц, которым может быть предоставлена информация, составляющая банковскую тайну, устанавливая исчерпывающий перечень субъектов, обладающих правом доступа к конфиденциальной информации в случаях и в порядке, предусмотренных законом. Следует отметить, что коллекторские агентства не названы в ст. 26 Закона «О банках» в качестве субъектов, которым на основании положений данной статьи может быть предоставлена информация, составляющая банковскую тайну, в случае уступки права требования по кредитному договору коллекторским агентствам. Кроме того, ст. 26 Закона «О банках» не содержит предписаний, запрещающих коллекторским агентствам разглашать полученные ими сведения о клиентах кредитной организации, составляющие банковскую тайну. В связи с этим возникает вопрос о правомерности предоставления кредитной организацией информации с ограниченным доступом субъекту, не имеющему на это право на законном основании, а также об охране данных сведений.

Положения, предусматривающие ответственность субъектов, получивших доступ к информации, составляющей банковскую тайну, в частности за разглашение банковской тайны или раскрытие конфиденциальной информации третьим лицам, установленные ст. 26 Закона «О банках», не распространяются на коллекторские агентства, что может создать предпосылки для несоблюдения режима конфиденциальности данной информации и угрозу для нарушения права на банковскую тайну.

Исходя из действующего законодательного регулирования правоотношений, складывающихся по поводу банковской тайны, можно сделать вывод о том, что кредитная организация, предоставляя коллекторским агентствам информацию, составляющую банковскую тайну, нарушает установленные положения о конфиденциальности информации ограниченного доступа. Правовым основанием ограничения банковской тайны является норма права, предусматривающая случаи предоставления информации, составляющей банковскую тайну, субъекта, которому производится раскрытие конфиденциальной информации, форму и порядок предоставления указанных сведений. Поскольку коллекторские агентства не указаны в ст. 26 Закона «О банках» в качестве субъектов обладающих правом доступа к сведениям, составляющим банковскую тайну, в случае уступки банком права требования по кредитному договору, действия банка по предоставлению информации о клиентах, являющейся объектом правовой охраны в соответствии со ст. 857 ГК РФ и ст. 26 Закона «О банках», могут быть рассмотрены как неправомерное раскрытие информации третьим лицам. Часть 3 ст. 857 ГК РФ устанавливает ответственность за разглаше-

ние банком сведений, составляющих банковскую тайну. Согласно положениям данной статьи, клиент, права которого нарушены, вправе потребовать от банка возмещения причиненных убытков. Однако необходимо констатировать, что в настоящее время банки достаточно часто совершают уступку прав требования по кредитному договору коллекторским агентствам. При этом недостаточно урегулированным остается вопрос о порядке доступа коллекторских агентств к сведениям, составляющим банковскую тайну, а также о гарантировании ими конфиденциальности полученной информации и ответственности за ее разглашение или раскрытие третьим лицам. Все это создает предпосылки несоблюдения установленного законодательством режима конфиденциальности сведений, составляющих банковскую тайну, и угрозу информационной безопасности указанных сведений. В данных условиях клиент кредитной организации, заключивший с ней кредитный договор, не может чувствовать себя полностью защищенным в отношении предоставляемой им информации кредитной организации, которая становится банковской тайной и должна подлежать правовой охране. Следует отметить, что право каждого на сохранение в тайне сведений о его банковских счетах, банковских вкладах, операциях по счету и сведений, предоставляемых им кредитной организацией, а также иных сведений, установленных кредитной организацией, вытекает из установленного ч. 1 ст. 23 Конституции РФ права на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну. Установленный законодательством правовой режим банковской тайны служит реализацией указанных конституционных положений, поскольку банковская тайна является одной из составляющих личной и семейной тайны, конфиденциальность сведений, составляющих банковскую тайну, обеспечивает неприкосновенность частной жизни граждан. В связи с этим проблема соблюдения банковской тайны при передаче долга для взыскания коллектору приобретает особую актуальность, так как существует значительный пробел в законодательном регулировании данного вопроса.

Учитывая существующее на данный момент законодательное регулирование рассматриваемого вопроса, можно установить следующее:

- в соответствии с нормами о банковской тайне кредитная организация гарантирует тайну сведений, являющихся объектом правовой охраны;
- информация, составляющая банковскую тайну, относится к конфиденциальной информации ограниченного доступа и может быть предоставлена государственным органам и их должностным лицам исключительно в случаях и в порядке, предусмотренных законом;

- коллекторские агентства не указаны в ст. 26 Закона «О банках» в качестве субъектов, обладающих правом доступа к сведениям, составляющим банковскую тайну, кроме того, коллекторские агентства не являются государственными органами, а следовательно, нет оснований для предоставления им информации, составляющей банковскую тайну в соответствии с ч. 2 ст. 857 ГК РФ;
- ст. 26 Закона «О банках» не содержит предписаний, запрещающих коллекторским агентствам разглашать полученные ими сведения о клиентах кредитной организации, составляющие банковскую тайну;
- ст. 857 ГК РФ и ст. 26 Закона «О банках» не устанавливают ответственность коллекторских агентств за разглашение сведений, составляющих банковскую тайну.

Таким образом, исходя из вышеизложенного, мы приходим к выводу о том, что предоставление кредитной организацией информации, составляющей банковскую тайну, коллекторским агентствам в случае уступки права требования по кредитному договору не соответствует требованиям, установленным законодательством о банковской тайне, и нарушает права и законные интересы клиента кредитной организации на соблюдение конфиденциальности информации ограниченного доступа. Однако учитывая сложившуюся банковскую практику по передаче долга для взыскания коллектору, необходимо разработать предложения по совершенствованию законодательства, регулирующего данный вопрос, во избежание проблем в правоприменении и для эффективного обеспечения реализации прав клиентов на соблюдение установленного законодательством режима конфиденциальности информации, составляющей банковскую тайну, а в отношении клиентов-граждан также и права на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, установленного ч. 1 ст. 23 Конституции РФ.

Не затрагивая вопрос о возможности уступки банком прав требования по кредитному договору, так как он является отдельной темой, необходимо, однако, отметить, что судебная практика достаточно противоречива в разрешении данной проблемы.

Согласно п. 2 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.10.2007 № 120<sup>4</sup> уступка банком прав кредитора по кредитному договору юридическому лицу, не являющемуся кредитной организацией, не противоречит законодательству. Было отмечено, что действующее законодательство не содержит норм, запрещающих банку уступить

права по кредитному договору организации, не являющейся кредитной и не имеющей лицензии на занятие банковской деятельностью. Уступка требований по кредитному договору не относится к числу банковских операций, указанных в ст. 5 Закона «О банках». Из названной нормы следует обязательность наличия лицензии только для осуществления деятельности по выдаче кредитов за счет привлеченных средств. По смыслу данного Закона с выдачей кредита лицензируемая деятельность банка считается реализованной. Ни Закон, ни ст. 819 ГК РФ не содержат предписания о возможности реализации прав кредитора по кредитному договору только кредитной организацией. В п. 16 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.09.2011 № 146 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров»<sup>5</sup> также было указано, уступка банком лицу, не обладающему статусом кредитной организации, не исполненного в срок требования по кредитному договору с заемщиком-гражданином, не противоречит закону и не требует согласия заемщика.

Необходимо при этом изложить позицию Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека, сформулированную в Письме от 02.11.2011 № 01/13941-1-32 «Об отдельных аспектах правоприменительной практики по привлечению банков к административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей (в связи с информационным письмом Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 146)»<sup>6</sup>, относительно вышеизложенного вывода, указанного в абз. 1 п. 16 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.09.2011 № 146 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров». Роспотребнадзор считает, что передача банком права требования долга с заемщика (тем более в ситуации спора о наличии долга между

<sup>4</sup> Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.10.2007 № 120 // Вестник ВАС РФ. 2008. № 1.

<sup>5</sup> Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.09.2011 № 146 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров» // Вестник ВАС РФ. 2011. № 11.

<sup>6</sup> Письмо от 02.11.2011 № 01/13941-1-32 «Об отдельных аспектах правоприменительной практики по привлечению банков к административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей (в связи с информационным письмом Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 146)» // СПС «Консультант Плюс».

первоначальным кредитором и заемщиком) различным небанковским организациям, а в первую очередь в качестве таковых сегодня выступают так называемые коллекторские агентства, не основана на ныне действующих нормах права.

Кроме того, по одному из императивных правил гл. 24 ГК РФ, закрепленному в п. 2 ст. 385 ГК РФ (данная норма в п. 16 Обзора даже не упоминается), «кредитор, уступивший требование другому лицу, обязан передать ему документы, удостоверяющие право требования, и сообщить сведения, имеющие значение для осуществления требования». Таким документом в рамках отношений по кредитному договору (ст. 819 ГК РФ) может являться только сам кредитный договор, требования к форме заключения которого изложены в ст. 820 ГК РФ.

Однако банк, исходя из нормы, закрепленной в ст. 26 «Банковская тайна» Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности», обязан гарантировать «тайну об операциях, о счетах и вкладах своих клиентов и корреспондентов» (аналогичная норма изначально закреплена также в п. 1 ст. 857 ГК РФ), что делает невозможным соответствующую уступку права требования по обязательствам, возникшим между банком и гражданином-потребителем, третьему лицу (в частности, тому же коллектору) без нарушения названного законоположения, тем более что связанная с этим перемена лица в обязательстве помимо прочего (если она состоялась) не будет позволять должнику реализовать свое право на выдвижение против требования нового кредитора (не являющегося исполнителем банковской услуги) возражений, которые он имел (мог иметь) против первоначального кредитора-банка (ст. 386 ГК РФ).

В Письме также было отмечено, что поскольку коллекторы в число лиц, перечисленных в п. 2 ст. 857 ГК РФ и в той же ст. 26 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности», которым в силу закона могут передаваться сведения, составляющие банковскую тайну, явно не входят, Роспотребнадзор полагает, что уступка права требования по обязательствам, возникшим между банком и гражданином-потребителем, третьему лицу (так же как и передача соответствующих сведений о должнике коллектору-агенту) без нарушения названных выше норм права объективно не возможна.

Правота именно такого подхода к вопросу о допустимости/недопустимости применения института договора цессии в рассматриваемой области потребительских правоотношений подтверждается соответствующей судебной практикой, причем на уровне надзорной инстанции, в то время как в п. 16 Обзора фигурирует ссылка лишь на инстанцию кассационную.

В частности, в определении Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.07.2011 № ВАС-8679/11 было однозначно указано, что, согласно взаимосвязанным положениям ст. 857 ГК РФ и ст. 26 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности», «право заемщика на сохранение информации о его банковском счете, операций по этому счету, а также сведений, касающихся непосредственно самого заемщика, являются тайной, и разглашение этих сведений третьим лицам, не указанным в законе, нарушает его права».

Необходимо при этом отметить, что предоставление банком сведений, составляющих банковскую тайну, коллекторским агентствам в связи с уступкой права требования по кредитному договору, безусловно, ограничивает установленные законом права и законные интересы клиентов кредитной организации на соблюдение конфиденциальности информации ограниченного доступа, поэтому должно осуществляться в случаях и в порядке прямо предусмотренных законом. Кроме того, должны быть установлены требования по неразглашению коллекторскими агентствами полученной информации, являющейся объектом правовой охраны банковской тайны, а также ответственность за разглашение указанной информации.

Верховный Суд РФ занимает противоположную Высшему Арбитражному Суду РФ позицию в данном вопросе. В соответствии с п. 51 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей»<sup>7</sup>, разрешая дела по спорам об уступке требований, вытекающих из кредитных договоров с потребителями (физическими лицами), суд должен иметь в виду, что Законом о защите прав потребителей не предусмотрено право банка, иной кредитной организации передавать право требования по кредитному договору с потребителем (физическим лицом) лицам, не имеющим лицензии на право осуществления банковской деятельности, если иное не установлено законом или договором, содержащим данное условие, которое было согласовано сторонами при его заключении.

Следует отметить, что, в соответствии с ч. 1 ст. 12 Федерального закона от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)»<sup>8</sup> (далее — Закон о потребительском кредите), кредитор вправе осуществлять уступку прав (требований) по дого-

<sup>7</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» // СПС «Консультант Плюс».

<sup>8</sup> Федеральный закон от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 51. Ст. 6673.

вору потребительского кредита (займа) третьим лицам, если иное не предусмотрено федеральным законом или договором, содержащим условие о запрете уступки, согласованное при его заключении в порядке, установленном настоящим Федеральным законом. При этом заемщик сохраняет в отношении нового кредитора все права, предоставленные ему первоначальным кредитором в соответствии с федеральными законами. Согласно п. 19 ч. 4 ст. 5 Закона о потребительском кредите, информация о возможности запрета уступки кредитором третьим лицам прав (требований) по договору потребительского кредита (займа) должна быть размещена кредитором в местах оказания услуг.

В связи с принятием и вступлением в силу Закона о потребительском кредите разрешился вопрос о возможности уступки кредитной организацией прав (требований) по договору потребительского кредита (займа) третьим лицам. Установленная ч. 1 ст. 12 Закона о потребительском кредите возможность включения в договор условия о запрете уступки, согласованного при его заключении в порядке, установленном данным Федеральным законом, позволит обеспечить права и законные интересы экономически слабой стороны договора — потребителя (физического лица). При этом следует отметить, что ч. 2 ст. 12 Закона о потребительском кредите закрепляет право кредитора передавать персональные данные заемщика и лиц, предоставивших обеспечение по договору потребительского кредита (займа), при уступке прав (требований) по данному договору в соответствии с законодательством РФ о персональных данных. На право предоставления кредитной организацией информации, составляющей банковскую тайну, в данной норме не указано. Однако ч. 3 вышеуказанной статьи предусматривает, что лицо, которому были уступлены права (требования) по договору потребительского кредита (займа), обязано хранить ставшую ему известной в связи с уступкой прав (требований) банковскую тайну и иную охраняемую законом тайну, персональные данные, обеспечивать конфиденциальность и безопасность указанных данных и несет ответственность за их разглашение. При этом вопрос о порядке передаче кредитной организацией информации, составляющей банковскую тайну, остается открытым. В связи с вышеизложенным представляется обоснованным внести изменения в ст. 26 Закона «О банках», дополнив ее следующим абзацем: «информация об операциях, о счетах и вкладах юридических лиц, граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и физических лиц предоставляется кредитной организацией лицу, осуществляющему дея-

тельность по возврату задолженности, в случае уступки прав (требований) по кредитному договору». Кроме того, необходимо закрепить в ст. 26 Закона «О банках» положения об ответственности за разглашение информации, составляющей банковскую тайну, а также за раскрытие данной информации третьим лицам, установленной в отношении лиц, осуществляющих деятельность по возврату задолженности, в частности коллекторских агентств, получивших доступ к указанной информации. Эта норма станет гарантией для клиентов кредитной организации, которым предоставлено право на конфиденциальность сведений, составляющих банковскую тайну, о соблюдении установленного законодательством режима конфиденциальности информации, составляющей банковскую тайну, и тем самым обеспечит реализацию права на личную тайну, закрепленную в ч. 1 ст. 23 Конституции РФ. В связи с этим ст. 26 Закона «О банках» необходимо дополнить: «лицо, осуществляющее деятельность по возврату задолженности, не вправе разглашать сведения, которые содержат банковскую тайну, полученные ими от кредитных организаций, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами. За разглашение банковской тайны лицо, осуществляющее деятельность по возврату задолженности, несет ответственность, включая возмещение нанесенного ущерба, в порядке, установленном федеральным законом».

Установление в ст. 26 Закона «О банках» права кредитной организации предоставлять сведения, составляющие банковскую тайну, лицам, осуществляющим деятельность по возврату задолженности, в частности коллекторским агентствам, при уступке прав (требований) по кредитному договору, а также положений об ответственности за разглашение информации, составляющей банковскую тайну, установленной в отношении указанных лиц, получивших доступ к указанной информации, позволит обеспечить конфиденциальность и информационную безопасность сведений, являющихся объектом правовой охраны банковской тайны, а также обеспечит право кредитной организации предоставлять указанные сведения коллекторским агентствам на законных основаниях. Законодательное закрепление вышеизложенных положений также позволит устранить проблемы, возникающие в правоприменительной деятельности в связи с соблюдением кредитной организацией банковской тайны при уступке прав требования по кредитному договору коллекторским агентствам, а также защитить права и законные интересы клиентов кредитной организации.

*Материал поступил в редакцию 3 декабря 2014 г.*

***Transferring a debt to a collector to recover: problems of bank secrecy***

**FATKINA, Elena Valerievna** — postgraduate student of the Department of Banking Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[elena-fatkina@mail.ru]

115612, Russia, Moskva, ul. Klyuchevaya, 4, k.1, kv. 126.

**Review.** *The information, which is a banking secret, falls within the scope of the limited access information, and its confidentiality is guaranteed by the credit organization in accordance with the Art. 857 of the Civil Code of the Russian Federation and Art.26 of the Federal Law of the Russian Federation «On Banks and Banking Activities». The problem of compliance with the obligations to keep secret the information, which is an object of legal protection under the banking secret regime, is created when the said information is provided by the banks to the collection agencies due to cession on credit contracts. There is insufficiently regulated issue on the access of collecting agencies to the information, which is banking secret, as well as to the guarantees of confidentiality of the said information, and the liability for its disclosure or revealing it to the third parties. There is lack of regulation of the procedure for the access of the collecting agencies to banking secret information and on their guarantees of confidentiality of the information received and responsibility for its divulging to the third parties. That is why it seems reasonable to provide scientific evaluation of the existing legal problems and to develop proposals for overcoming them.*

**Keywords:** *banking secret, collecting agencies, limited access information, confidentiality, cession.*

# ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Т.К. Миронова\*

## Понятие стажа в свете новейших изменений в законодательстве о социальном обеспечении

**Аннотация.** *Новейшие изменения в законодательстве о социальном обеспечении дают основание утверждать, что понятие стажа должно рассматриваться в более широком плане и соответствовать его международно-правовому значению. В международных правовых актах по вопросам социального обеспечения термин «стаж» обозначает достаточно объемное по своему содержанию понятие, которое включает периоды, связанные или не связанные с уплатой взносов, а также продолжительность проживания в стране. Следуя тенденции охвата общим понятием стажа всех периодов, с которыми связываются правовые последствия в праве социального обеспечения, общее определение стажа можно сформулировать следующим образом: «Стаж в праве социального обеспечения как юридически значимое обстоятельство (юридический факт) — это суммарная продолжительность работы и иной деятельности с уплатой или без уплаты страховых взносов, других предусмотренных законодательством периодов, а также в установленных случаях период проживания в стране, если с указанными периодами связано право на различные виды социального обеспечения и (или) они влияют на размер соответствующих денежных выплат». Исходя из данного определения, предлагается классификация стажа, согласно которой стаж можно разделить на три основных вида: 1) трудовой стаж; 2) страховой стаж; 3) период проживания. Каждый из основных видов стажа включает общий и специальный стаж. Специальный стаж может иметь более дробное внутривидовое деление, в зависимости от конкретных периодов, определяющих право на различные виды денежных выплат либо влияющих на получение отдельных натуральных видов обеспечения.*

**Ключевые слова:** *законодательство о социальном обеспечении, право социального обеспечения, стаж, страховой стаж, трудовой стаж, общий и специальный стаж, период проживания, конвенции МОТ.*

Стаж как важнейший компонент фактического состава, с которым связано возникновение правоотношений по социальному обеспечению, прочно занял свое место в ряду юридически значимых обстоятельств. С наличием стажа определенной продолжительности связывается не только возникновение права на различные виды социального обеспечения (денежные и натуральные), но и исчисление размера денежных выплат. Тенденции развития законодательства о социальном обеспечении показывают, что роль стажа остается значимой и будет впредь оказывать влияние на уровень социального обеспечения граждан. На протяжении последних десятилетий стаж как правовое понятие не остается неизменным, а демонстрирует новые грани проявления своей сущности.

Начало 2015 г. ознаменовалось вступлением в силу Федерального закона «О страховых

пенсиях»<sup>1</sup> (далее — Закон о страховых пенсиях) и появлением новелл в действующих законах, которые можно рассматривать как новый этап развития представлений о стаже. Произошедшие изменения демонстрируют повышение юридической значимости стажа в праве социального обеспечения, усложнение данного понятия, появление его новых видовых особенностей. Вместе с тем такое развитие не приводит к формированию общего подхода к пониманию самого стажа и не способствует выделению четких критериев его классификации.

Исследование законодательных новаций представляет научный интерес в контексте более

<sup>1</sup> Федеральный закон от 28.12.2013 № 400-ФЗ «О страховых пенсиях» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 6965; 2014. № 2 (ч. II) (поправка).

© Миронова Т.К., 2015

\* Миронова Тамара Карловна — доктор юридических наук, профессор кафедры трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). [mtk2009@mail.ru]  
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

общего анализа современных особенностей понимания стажа для целей социального обеспечения и уточнения его видового разнообразия. В этой связи актуальным представляется обращение к международным правовым актам, содержащим нормы о социальном обеспечении.

Термин «стаж» широко употребляется в международных правовых актах. В частности, он встречается во многих конвенциях Международной организации труда<sup>2</sup> (далее — МОТ). В конвенциях МОТ не содержится определения понятия стажа. Однако интерпретация содержания данного понятия в его международно-правовом значении, как правило, не различается, поскольку указаны основные признаки данного понятия. Согласно ст. 1 Конвенции МОТ № 102 «О минимальных нормах социального обеспечения» (1952), термин «стаж» означает либо период, в течение которого уплачивались взносы, либо стаж работы, либо продолжительность проживания в данной стране, либо какое-то сочетание этих условий<sup>3</sup>.

Приведенное положение показывает, что в международных правовых актах применяется достаточно объемная по своему содержанию интерпретация понятия стажа. Она включает понимание стажа в его традиционном общем смысле — как продолжительности работы и иной деятельности, так и в особом смысле, который связывается с периодом уплаты взносов и его продолжительностью. При этом необходимо констатировать, что уплата взносов выделяется как специфический критерий, характеризующий понятие стажа. Различные виды стажа могут либо включать данный критерий, либо он может отсутствовать. Исходя из этого, в конвенциях МОТ применяются термины «периоды страхования»; «периоды работы по найму»; «периоды профессиональной деятельности»; «периоды уплаты членских взносов»; «периоды, в течение которых не уплачивались членские взносы»<sup>4</sup>.

Специальный смысл понятию стажа придает его понимание в конвенциях МОТ как критерия, определяющего длительность проживания

в стране, с которым связывается право на отдельные виды социального обеспечения<sup>5</sup>.

Ввиду того, что правовое содержание понятия стажа является критерием наличия или отсутствия права на различные виды пенсий, пособий, других денежных выплат и непосредственно влияет на исчисление их размеров, необходимо в этой части проанализировать российское законодательство о социальном обеспечении.

Определение стажа как родового понятия в российском законодательстве о социальном обеспечении отсутствует. Отсутствие единого определения стажа не препятствует весьма широкому использованию различных терминов, включающих слово «стаж». В частности, в российском законодательстве о социальном обеспечении встречаются такие термины, как «стаж»; «трудовой стаж»; «общий трудовой стаж»; «страховой стаж»; «стаж на соответствующих видах работ»; «стаж государственной гражданской службы»; «стаж службы (выслуга лет)»; «выслуга лет (трудовой стаж)»; «стаж государственной службы»; «стаж муниципальной службы»; «страховой (трудовой) стаж»; «трудовой (страховой) стаж», «профессиональный стаж» и др. Такое разнообразие терминов при отсутствии четких и однозначных определений большинства понятий, обозначаемых указанными терминами, свидетельствует о недостаточной проработке понятийного аппарата института стажа в праве социального обеспечения. Даже в тех случаях, когда в законах закрепляется легальное определение какого-либо вида стажа, это определение чаще всего не является единым для законодательства о социальном обеспечении в целом.

В последние годы наибольшую юридическую значимость в праве социального обеспечения приобрел страховой стаж. Следует отметить, что термин «страховой стаж» применяется для обозначения данного понятия в общем смысле (без привязки к конкретному виду обязательного социального страхования), а также для обозначения страхового стажа в рамках конкретного вида такого страхования (например, в системе обязательного пенсионного страхования).

В ст. 3 Федерального закона от 16.07.1999 № 165-ФЗ «Об основах обязательного социального страхования» сформулировано общее определение: «страховой стаж» — суммарная продолжительность времени уплаты страховых взносов<sup>6</sup>. Согласно ст. 3 Закона о страховых пенсиях, «стра-

<sup>2</sup> См. напр.: Конвенции МОТ № 25, 35–40, 44, 45, 48, 53, 56, 57, 74, 83, 101, 102, 110, 118, 121, 125, 128, 130, 132, 146, 157, 158, 168, 188. Ссылки на конвенции МОТ приводятся по сборнику: Конвенции и рекомендации, принятые Международной Конференцией труда. Т. I: 1919–1956; Т. II: 1957–1990. Женева: Международное бюро труда, 1991.

<sup>3</sup> Конвенция МОТ № 102 «О минимальных нормах социального обеспечения» (1952) // Конвенции и рекомендации... Т. I. С. 1055–1086.

<sup>4</sup> Конвенция МОТ № 157 «Об установлении международной системы сохранения прав в области социального обеспечения» (1982) // Конвенции и рекомендации... Т. II. С. 1971–1982; Конвенция МОТ № 48 «Об установлении системы международного сотрудничества по сохранению прав, вытекающих из страхования по инвалидности, старости и на случай потери кормильца семьи» (1935) // Конвенции и рекомендации... Т. I. С. 361–369 и др.

<sup>5</sup> Конвенция МОТ № 118 «О равноправии граждан страны и иностранцев и лиц без гражданства в области социального обеспечения» (1962) // Конвенции и рекомендации... Т. II. С. 1330–1337; Конвенция МОТ № 130 «О медицинской помощи и пособиях по болезни» (1969) // Конвенции и рекомендации... Т. II. С. 1581–1599.

<sup>6</sup> Федеральный закон от 16.07.1999 № 165-ФЗ (ред. от 01.12.2014) «Об основах обязательного социального страхования» // Собрание законодательства РФ. 1999. № 29. Ст. 3686.

хой стаж» — суммарная продолжительность периодов работы и (или) иной деятельности, за которые начислялись и уплачивались страховые взносы в Пенсионный фонд РФ, а также иных периодов, засчитываемых в страховой стаж.

Зачастую в действующем законодательстве о социальном обеспечении термином «страховой стаж» обозначается такой вид стажа, как «общий страховой стаж». Следовательно, один и тот же термин «страховой стаж» обозначает три различных понятия.

Наличия в законодательстве формулировки понятия страхового стажа, даже с учетом его разного смыслового наполнения, недостаточно, так как право на досрочное пенсионное обеспечение по старости связано с понятиями «стаж на соответствующих видах работ» и «стаж работы в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях». Обе указанные разновидности относятся к такому виду стажа, как «специальный страховой стаж». Данный термин в законодательстве о социальном обеспечении вообще не используется.

Понятие страхового стажа применяется также в институте пособий и иных денежных выплат — это «страховой стаж для определения размеров пособий по временной нетрудоспособности, по беременности и родам». Содержание данного понятия раскрывается через перечисление включаемых в указанный стаж периодов<sup>7</sup>.

До 2002 г. право на пенсионное обеспечение определяла установленная продолжительность «трудового стажа» с выделением двух его видов — общего и специального трудового стажа. В современном российском законодательстве о социальном обеспечении понятия «трудовой стаж» и «общий трудовой стаж» по-прежнему применяются.

Если обратимся к понятию «общий трудовой стаж», то увидим следующее. Во-первых, в ст. 30 Федерального закона от 17.12.2001 № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в РФ»<sup>8</sup> (далее — Закон о трудовых пенсиях) понятие общего трудового стажа формулируется в целях определения расчетного размера трудовой пенсии для оценки пенсионных прав. Несмотря на то, что данное определение начинается со слов: «под общим трудовым стажем понимается», фактически данное понятие раскрывается через перечисление периодов работы, иной общественно полезной деятельности и других периодов до 01.01.2002 г., которые включаются в общий трудовой стаж. Можно было бы согласиться с таким подходом к формулированию понятия, если бы эта статья не содержала два определения общего трудового стажа (п. 3 и 4

ст. 30 Закона о трудовых пенсиях). В этой связи проблема неоднозначности понимания общего трудового стажа усугубляется включением различного набора периодов в каждом из определений.

Во-вторых, иное понимание общего трудового стажа предусматривает новая редакция ч. 2 ст. 13 Закона от 12.02.1993 № 4468-1 «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы и их семей»<sup>9</sup> (далее — Закон от 12.02.1993), согласно которой в общий трудовой стаж включаются: а) трудовой стаж, определяемый в порядке, установленном для назначения и перерасчета государственных пенсий до 2002 г.; б) страховой стаж, определяемый в порядке, установленном для назначения и перерасчета трудовых пенсий до 2015 г.; в) страховой стаж, определяемый в порядке, установленном для назначения и перерасчета страховых пенсий Законом о страховых пенсиях. Таким образом, в Законе от 12.02.1993 в общий трудовой стаж включается и трудовой, и страховой стаж.

Следует отметить, что отсутствует не только единое понятие общего трудового стажа. Одним из видов стажа является специальный трудовой стаж, в который, как правило, включаются понятия «выслуга лет» и «стаж государственной гражданской службы»<sup>10</sup>. Общего определения понятия «специальный трудовой стаж» законодательство не содержит (данный термин не применяется вообще), как нет и определения понятия «выслуга лет».

Ряд законов устанавливает особые требования к различным периодам, суммарная продолжительность которых дает дополнительные права по социальному обеспечению отдельным категориям лиц. Например, особую разновидность стажа составляют периоды работы в должностях членов летных экипажей воздушных судов гражданской авиации, дающие право на установление доплаты к пенсии этим лицам<sup>11</sup>. Специфическое

<sup>9</sup> Закон РФ от 12.02.1993 № 4468-1 (ред. от 04.11.2014, с изм. от 01.12.2014) «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы и их семей» // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 9. Ст. 328.

<sup>10</sup> Определение понятия «стаж государственной гражданской службы» сформулировано в ст. 2 Федерального закона от 15.12.2001 № 166-ФЗ (ред. от 21.07.2014) «О государственном пенсионном обеспечении в РФ» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 51. Ст. 4831. (далее — Закон о государственном пенсионном обеспечении).

<sup>11</sup> Федеральный закон от 21.11.2001 № 155-ФЗ (ред. от 21.07.2014) «О дополнительном социальном обеспечении членов летных экипажей воздушных судов гражданской авиации» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 49. Ст. 4561.

<sup>7</sup> Ст. 16 Федерального закона от 29.12.2006 № 255-ФЗ (ред. от 31.12.2014) «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 18.

<sup>8</sup> Федеральный закон от 17.12.2001 № 173-ФЗ (ред. от 28.12.2013, с изм. от 04.06.2014) «О трудовых пенсиях в РФ» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4920.

юридическое значение имеет стаж работы в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, с которым связано право граждан на получение жилищных субсидий при выезде из указанных районов и местностей и осуществляется определение размера этих субсидий<sup>12</sup>.

До 01.01.2015 в законодательстве о социальном обеспечении право на отдельные виды социального обеспечения не связывалось с конкретной продолжительностью проживания в стране. С указанной даты вступило в силу положение, согласно которому право иностранных граждан и лиц без гражданства на социальную пенсию по старости стало обуславливаться требованием постоянного проживания на территории РФ не менее 15 лет (ст. 11 Закона о государственном пенсионном обеспечении). Данное законоположение свидетельствует о том, что понятие стажа по российскому законодательству о социальном обеспечении стало более объемным и приблизилось к его международно-правовому пониманию.

Требование постоянного проживания при определении права иностранных граждан и лиц без гражданства на различные виды социального обеспечения и ранее было зафиксировано в законодательстве о социальном обеспечении. Например, в соответствии со ст. 3 Закона о трудовых пенсиях, право на трудовую пенсию имели иностранные граждане и лица без гражданства, постоянно проживающие в РФ. Аналогичное положение предусмотрено ст. 4 Закона о страховых пенсиях. Понятие «постоянное проживание» обусловлено получением вида на жительство, что предполагает определенный период проживания в стране<sup>13</sup>. Однако впервые в ст. 11 Закона о государственном пенсионном обеспечении установлена минимально необходимая продолжительность проживания в стране, определяющая право на получение конкретного вида пенсии.

Итак, необходимость четкого разграничения различных видов стажа и закрепления в законодательстве соответствующих им дефиниций обусловлены потребностями не только теории, но и практики правового регулирования в сфере социального обеспечения. Недостаточная разработанность в законодательстве понятийного аппарата отраслевого института стажа требует внимания ученых и специалистов как в части формирования общего понятия стажа, так и в части выделения критериев дифференциации различных его видов.

<sup>12</sup> Федеральный закон 25.10.2002 № 125-ФЗ (ред. от 17.07.2011) «О жилищных субсидиях гражданам, выезжающим из районов Крайнего Севера и приравненных к ним местностей» // Собрание законодательства РФ. 2002. № 43. Ст. 4188; 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4560.

<sup>13</sup> Федеральный закон от 25.07.2002 № 115-ФЗ (ред. от 31.12.2014) «О правовом положении иностранных граждан в РФ» (с изм. и доп., вступ. в силу с 31.03.2015) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

В российской науке права социального обеспечения на уровне самостоятельных исследований вопросы стажа рассматривались Д.Г. Вихровым и А.В. Менкеновым<sup>14</sup>. Различные аспекты, касающиеся стажа, затрагивались при рассмотрении ряда научных проблем в диссертационных исследованиях и монографической литературе<sup>15</sup>, а также в отдельных публикациях<sup>16</sup>. Вопросы, связанные с понятием стажа и его классификацией, находят отражение в учебниках и учебно-методической литературе по праву социального обеспечения<sup>17</sup>.

Определения стажа, содержащиеся во многих учебниках и научных публикациях, свидетельствуют о том, что авторы, как правило, используют термин «трудовой стаж» в качестве обобщающего, собирательного понятия. Формулировки определений различных видов стажа чаще всего совпадают с их легальными определениями либо имеют небольшие отличия. В составе общего понятия «трудовой стаж» выделяется такой его вид, как «страховой стаж».

С указанным подходом к пониманию трудового и страхового стажа сложно согласиться. Между понятием трудового стажа, сформировавшимся в советский период развития науки права социального обеспечения, и современным понятием страхового стажа имеются весьма существенные различия. Понятие страхового стажа (в отличие от трудового стажа — общего и специального) связано с уплатой страховых взносов, и это — важнейший отличительный признак. Страховой стаж — не просто периоды работы и

<sup>14</sup> См.: Менкенов А.В. Трудовой стаж и его роль в праве социального обеспечения: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2013; Вихров Д.Г. Страховой стаж и его юридическое значение в праве социального обеспечения: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2001.

<sup>15</sup> См.: Благодир А.Л. Право социального обеспечения: система отрасли. Киров: Изд-во ВятГУ, 2011. С. 168–169; Бутенко Е.И. Особенности юридических фактов в праве социального обеспечения России (теоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2010. С. 18, 22–23 и др.

<sup>16</sup> См.: Сулейманова Г.В. Некоторые вопросы правового регулирования порядка исчисления трудового стажа в целях пенсионного обеспечения // Северо-Кавказский юридический вестник. 2014. № 1. С. 83–87; Чупрова Е.В. Предотвращение ограничения конституционного права граждан на пенсионное обеспечение в процессе совершенствования законодательства РФ // Вестник Академии Ген. прокуратуры РФ. 2014. № 1 (39). С. 14–20; Корсаненкова Ю.Б. Значение страхового стажа в пенсионном обеспечении граждан РФ // Вестник РГГУ. 2013. № 3 (104). С. 123–129; Филиппова И.А. Трудовой стаж как категория права социального обеспечения и трудового права // Вестник Нижегородского университета. 2011. № 3–1. С. 267–273; Жаворонков Р.Н. О приобретении страхового стажа, необходимого для установления трудовой пенсии по инвалидности // Журнал российского права. 2011. № 3. С. 64–70 и др.

<sup>17</sup> См. напр.: Право социального обеспечения России: учебник для бакалавров / отв. ред. Э.Г. Тучкова. М.: Проспект, 2014. С. 138–166; Сулейманова Г.В. Право социального обеспечения: учебник для бакалавров. М.: Юрайт, 2013. С. 119; Агашев Д.В. Право социального обеспечения: курс лекций. Томск: Изд-во ЦНТИ, 2011 и др.

иной деятельности, с которыми связано право на различные виды социального обеспечения, а еще и уплата в течение этих периодов страховых взносов. Поэтому данный вид стажа следует рассматривать не как вид трудового стажа, а как самостоятельный вид стажа в праве социального обеспечения.

Закон о страховых пенсиях предусматривает, что в страховой стаж могут засчитываться отдельные периоды (военная служба, периоды ухода за малолетними детьми и др.<sup>18</sup>), в течение которых не осуществляется уплата страховых взносов в Пенсионный фонд. Но этот же закон содержит условие, согласно которому либо до соответствующего периода, либо после него должен быть период работы или иной деятельности с уплатой страховых взносов. Кроме того, за счет средств федерального бюджета Пенсионному фонду компенсируются расходы, связанные с зачетом указанных периодов в страховой стаж<sup>19</sup>. Средства федерального бюджета учитываются в качестве своего рода «страховых взносов» за отдельные не страховые периоды и определяют пенсионные права отдельных категорий граждан, которые в этом случае приобретают статус застрахованных лиц<sup>20</sup>.

Отграничение понятия страхового стажа от трудового стажа позволяет показать их различную правовую природу, разные юридические последствия наличия того или иного стажа. При этом не имеет значения тот факт, что многие периоды, указанные в законе, могут включаться как в страховой, так и в трудовой стаж. Определяющим фактором для приобретения права на отдельные виды социального обеспечения в первом случае является уплата страховых взносов (работодателем за застрахованное лицо либо самим застрахованным), а во втором — отсутствие такой обязанности либо отсутствие юридического значения уплаты взносов (даже если она осуществляется).

#### Библиография:

1. Агашев Д.В. Право социального обеспечения: курс лекций. Томск: Изд-во ЦНТИ, 2011. 180 с.
2. Благодир А.Л. Право социального обеспечения: система отрасли. Киров: Изд-во ВятГГУ, 2011. 185 с.
3. Бутенко Е.И. Особенности юридических фактов в праве социального обеспечения России (теоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб, 2010. 28 с.
4. Вихров Д.Г. Страховой стаж и его юридическое значение в праве социального обеспечения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. 27 с.
5. Жаворонков Р.Н. О приобретении страхового стажа, необходимого для установления трудовой пенсии по инвалидности // Журнал российского права. 2011. № 3. С. 64–70.
6. Корсаненкова Ю.Б. Значение страхового стажа в пенсионном обеспечении граждан Российской Федерации // Вестник РГГУ. 2013. № 3 (104). С. 123–129.

<sup>18</sup> Это так называемые нестраховые периоды.

<sup>19</sup> Ст. 17 Федерального закона от 15.12.2011 № 167-ФЗ (ред. от 31.12.2014) «Об обязательном пенсионном страховании в РФ» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 51. Ст. 4832.

<sup>20</sup> Федеральный закон от 04.07.2011 № 126-ФЗ (ред. от 02.07.2013) «О гарантиях пенсионного обеспечения для отдельных категорий граждан» // Собрание законодательства РФ. 2011. № 23. Ст. 3266; 2012. № 50 (ч. 5). Ст. 6966; 2013. № 27. Ст. 3466.

Учитывая положения международных правовых актов и следуя тенденции охвата общим понятием стажа всех периодов, с которыми связываются правовые последствия в праве социального обеспечения, можно сформулировать общее определение стажа:

Стаж в праве социального обеспечения как юридически значимое обстоятельство (юридический факт) — это суммарная продолжительность работы и иной деятельности с уплатой или без уплаты страховых взносов, других предусмотренных законодательством периодов, а также в установленных случаях период проживания в стране, если с указанными периодами связано право на различные виды социального обеспечения и (или) они влияют на размер соответствующих денежных выплат.

Исходя из данного определения, предлагается классификация стажа, согласно которой стаж подразделяется на три основных вида: 1) трудовой стаж; 2) страховой стаж; 3) период проживания. В каждом из основных видов выделяется общий и специальный стаж. Специальный стаж может иметь более дробное внутривидовое деление, в зависимости от конкретных периодов, определяющих право на различные виды денежных выплат либо влияющих на получение отдельных натуральных видов обеспечения.

Таким образом, проблема более широкого подхода к пониманию стажа и выработке критериев его классификации, являясь в основе своей теоретической, имеет непосредственный выход на правоприменительную практику. Научно обоснованная разработка понятийного аппарата института стажа в праве социального обеспечения на основе общего понятия стажа будет способствовать преодолению разобщенности и бессистемности законодательства о социальном обеспечении, исключению случаев дублирования терминов и понятий. Позитивным результатом этого будет совершенствование содержания правовых норм и практики их применения.

7. Менкенов А.В. Трудовой стаж и его роль в праве социального обеспечения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. 26 с.
8. Право социального обеспечения России: учебник для бакалавров / отв. ред. Э.Г. Тучкова. М.: Проспект, 2014. 456 с.
9. Сулейманова Г.В. Некоторые вопросы правового регулирования порядка исчисления трудового стажа в целях пенсионного обеспечения // Северо-Кавказский юрид. вестник. 2014. № 1. С. 83–87.
10. Филиппова И.А. Трудовой стаж как категория права социального обеспечения и трудового права // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. 2011. № 3–1. С. 267–273.
11. Чупрова Е.В. Предотвращение ограничения конституционного права граждан на пенсионное обеспечение в процессе совершенствования законодательства Российской Федерации // Вестник Академии Ген. прокуратуры РФ. 2014. № 1 (39). С. 14–20.

**References (transliteration):**

1. Agashev D.V. Pravosocial'nogo obespechenija: kurslekcij. Tomsk: Izd-vo CNTI, 2011. 180 s.
2. Blagodir A.L. Pravo social'nogo obespechenija: sistema otrasli. Kirov: Izd-vo VjatGGU, 2011. 185 s.
3. Butenko E.I. Osobennosti juridicheskikh faktov v prave social'nogo obespechenija Rossii (teoreticheskij aspekt): avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. SPb, 2010. 28 s.
4. Vihrov D.G. Strahovoj stazh i ego juridicheskoe znachenie v prave social'nogo obespechenija: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2001. 27 s.
5. Zhavoronkov R.N. O priobrenenii strahovogo stazha, neobhodimogo dlja ustanovlenija trudovoj pensii po invalidnosti // Zhurnal rossijskogo prava. 2011. № 3. S. 64–70.
6. Korsanenkova Ju.B. Znachenie strahovogo stazha v pensionnom obespechenii grazhdan Rossijskoj Federacii // Vestnik RGGU. 2013. № 3 (104). S. 123–129.
7. Menkenov A.V. Trudovoj stazh i ego rol' v prave social'nogo obespechenija: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2013. 26 s.
8. Pravo social'nogo obespechenija Rossii: uchebnik dlja bakalavrov / отв. ред. Je.G. Tuchkova. M.: Prospekt, 2014. 456 с.
9. Sulejmanova G.V. Nekotorye voprosy pravovogo regulirovanija porjadka ischislenija trudovogo stazha v celjah pensionnogo obespechenija // Severo-Kavkazskij jurid. vestnik. 2014. № 1. S. 83–87.
10. Filippova I.A. Trudovoj stazh kak kategorija prava social'nogo obespechenija i trudovogo prava // Vestnik Nizhegorodskogo universiteta im. N. I. Lobachevskogo. 2011. № 3–1. S. 267–273.
11. Chuprova E.V. Predotvrashhenie ogranichenijakonstitucionnogopravagrazhdannapensionnoeobespechenie v processosov ershenstvovanijazakonodatel'stvaRossijskojFederacii // VestnikAkademii Gen. prokuratury RF. 2014. № 1 (39). S. 14–20.

*Материал поступил в редакцию 6 апреля 2015 г.*

**Definition of time in employment  
in the light of the latest amendments to the social security legislation**

**MIRONOVA, Tamara Karlovna** — Doctor of Law, Professor of the Department of Labor Law and Social Security Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[mtk2009@mail.ru]

127224, Russia, Moskva, ul. Shirokaya, d. 13, k. 1, kv. 168.

**Review.** *The newest amendments in social security legislation allow one to stat that the definition of time in employment should be regarded in its broader aspect and correspond to its international legal meaning. In the international legal acts on social security issues the term «time in employment» has a rather wide scope, and it includes periods related or unrelated to payment of fees, as well as period of residency within the state. Following the tendency of inclusion of all of the periods bearing legal consequences in the social guarantees law into the time in employment, the general definition of time in employment may be shaped as follows «Time in employment in social security law as a matter of legal value (legal fact) — is a summary period of work and other activities with or without payment of labor insurance, other periods included into it according to legislation, and in some cases the periods of residency within the state, if these periods are related to the right to various types of social security guarantees and (or) they influence the amount of relevant monetary payments. Based upon this definition the time in employment may be divided into three main types: «time in labor employment» 2) «insured period», 3) «residency period». Each of the main types of time in employment includes general and specialized time in employment. Specialized time in employment may have subdivisions depending on specific periods defining the right of a person to various monetary payments or natural compensations.*

**Keywords:** *social security legislation, social security law, social security period, time in employment, general and specialized periods of time in employment, period of residency, the ILO.*

# ЗЕМЕЛЬНОЕ И ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

О.А. Романова\*

## Тенденции совершенствования законодательства в сфере кадастровой деятельности и индивидуализации земельных участков как объектов недвижимого имущества

**Аннотация.** В статье показано значение кадастровой деятельности для развития гражданского оборота, проанализированы последние тенденции совершенствования правового регулирования кадастровой деятельности как инструмента индивидуализации земельных участков в качестве объектов недвижимого имущества.

**Ключевые слова:** кадастровая деятельность, кадастровый инженер, Государственный кадастр недвижимости, земельный участок.

Развитие земельных и градостроительных отношений, стабильность гражданского оборота недвижимого имущества невозможны без существования государственной информационной базы данных, содержащей полные, сравнимые и достоверные сведения о существующих объектах недвижимого имущества, позволяющие точно индивидуализировать каждый объект. В России таким ресурсом является Государственный кадастр недвижимости (далее — ГКН), созданный в 2008 г. и объединивший сведения Государственного земельного кадастра об учтенных земельных участках и сведения о других объектах недвижимого имущества.

Формирование ГКН осуществляется посредством кадастровой деятельности, задачей которой является определение точных сведений об уникальных характеристиках недвижимого имущества с целью дальнейшего внесения этих сведений в ГКН при осуществлении государственного кадастрового учета объектов недвижимого имущества в целях последующей государственной регистрации прав на него.

Следовательно, именно от качества кадастровой деятельности зависит достоверность сведений ГКН, что непосредственно влияет на эффективность государственного и муниципального управления в сфере земельных отношений, даль-

нейшее развитие гражданского оборота недвижимости, количество судебных споров.

Понятие кадастровой деятельности в российское законодательство было впервые введено Федеральным законом от 24.07.2007 № 221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости» (далее — Закон о кадастре). В соответствии с п. 4 ст. 1 Закона о кадастре под *кадастровой деятельностью* понимается выполнение в отношении недвижимого имущества работ, также называемых Законом кадастровыми работами, в результате которых обеспечивается подготовка документов, содержащих сведения о недвижимом имуществе, которые необходимы для осуществления государственного кадастрового учета данного имущества. Таким образом, кадастровая деятельность является обязательным предварительным этапом государственного кадастрового учета недвижимого имущества. Однако если государственный кадастровый учет недвижимого имущества является функцией государственного управления и осуществляется, соответственно, федеральным уполномоченным органом государственной власти — Федеральной службой государственной регистрации, кадастра и картографии (Росреестром), то кадастровая деятельность является предпринимательской деятельностью, осуществлять которую с момента вступления в силу Закона о кадастре могут только кадастровые инже-

---

© Романова О.А., 2015

\* Романова Ольга Александровна — кандидат юридических наук, доцент кафедры экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). [Romanova\_85@inbox.ru]

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

неры<sup>1</sup> — физические лица, имеющие действующие квалификационные аттестаты кадастрового инженера. Таким образом, достоверность сведений ГКН об учтенных объектах недвижимого имущества полностью зависит от качества и единообразия выполнения кадастровых работ, что во многом обуславливается правовым регулированием организации и осуществления кадастровой деятельности.

При этом в силу исторических особенностей правового регулирования и развития отношений в сфере индивидуализации и учета земельных участков и других объектов недвижимого имущества в России к настоящему времени сложилась ситуация, когда сведения, содержащиеся в ГКН о существующих объектах недвижимости, зачастую не соответствуют фактическим. Особенно это касается земельных участков, образованных до вступления в силу Закона о кадастре, границы которых во многих случаях до настоящего времени не определены, и сведения о местоположении границ которых отсутствуют в ГКН или имеют недостоверный характер в силу ряда правовых, технических и других причин, обуславливающих низкую эффективность кадастровой деятельности.

Существование земельных участков с неопределенными характеристиками существенно тормозит развитие рыночных и предпринимательских отношений, снижает эффективность государственного и муниципального управления, приводит к возникновению большого количества земельных споров, связанных с местоположением границ земельных участков и их площадью.

Сложившаяся ситуация требует от государства значительных усилий, направленных на упорядочивание и оптимизацию кадастровой деятельности, в том числе путем совершенствования правового регулирования организации и осуществления кадастровой деятельности.

Основные мероприятия в этой области предусмотрены планом мероприятий («дорожной картой») «Повышение качества государственных услуг в сфере государственного кадастрового учета недвижимого имущества и государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее — «дорожная карта»), утвержденной Распоряжением Правительства РФ от 01.12.2012 № 2236-р<sup>2</sup> и направленной в целом на повышение качества оказания государственных услуг в этой сфере.

Целью реализации «дорожной карты» является существенное повышение достоверности сведений Единого государственного реестра прав на недви-

жимое имущество и сделок с ним, государственного кадастра недвижимости и в будущем Единого государственного реестра недвижимости, который предполагается создать путем их объединения к 2018 г. Предполагается, что это позволит снизить риски операций на рынке недвижимости и повысить капитализацию активов, что должно улучшить инвестиционный климат в РФ и повысить устойчивость рынка недвижимости в целом, а также создать условия для проведения налоговой реформы.

К одной из предпринимаемых государством мер, направленных на оптимизацию деятельности кадастровых инженеров и повышение качества оказываемых кадастровыми инженерами услуг, а также достоверности определяемых ими сведений об объектах недвижимого имущества, можно отнести усиление саморегулирования деятельности кадастровых инженеров, которое в настоящее время находится в процессе своего становления и развития.

По данным Государственного реестра саморегулируемых организаций в РФ на конец июня 2014 г. зарегистрирована всего 21 саморегулируемая организация в сфере кадастровой деятельности<sup>3</sup> (далее — СРО в сфере кадастровой деятельности), такие организации созданы далеко не во всех регионах страны. Такая ситуация, прежде всего, связана с добровольным характером саморегулирования в сфере кадастровой деятельности. Однако уже накоплен определенный опыт деятельности СРО кадастровых инженеров, который требует анализа и оценки эффективности саморегулирования в данной сфере с целью выработки направлений дальнейшего совершенствования правового регулирования и развития рассматриваемых отношений.

Несмотря на необязательный в настоящее время характер членства в СРО для кадастровых инженеров, в целом с момента вступления в силу Закона о кадастре наблюдается устойчивый рост как количества самих СРО в сфере кадастровой деятельности, так и их численности, создание региональных отделений.

Правовое регулирование рассматриваемых отношений сейчас является крайне скудным. Возможность саморегулирования в сфере кадастровой деятельности впервые была предусмотрена Законом о кадастре, где созданию и деятельности соответствующих саморегулируемых организаций посвящена всего одна статья.

В соответствии со ст. 34 Закона о кадастре в сфере кадастровой деятельности могут создаваться саморегулируемые организации путем добровольного объединения кадастровых инженеров в некоммерческие объединения в форме некоммерческого партнерства. Данной статьей определены также основные цели создания СРО в сфере кадастровой деятельности.

<sup>1</sup> Точнее, кадастровую деятельность в отношении земельных участков, а с 01.01.2013 — и в отношении зданий, строений, сооружений.

<sup>2</sup> Распоряжение Правительства РФ от 01.12.2012 № 2236-р «Об утверждении плана мероприятий («дорожной карты») «Повышение качества государственных услуг в сфере государственного кадастрового учета недвижимого имущества и государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (ред. от 24.11.2014) // Собрание законодательства РФ. 2012. № 50 (ч. 6). Ст. 7088.

<sup>3</sup> URL: [https://rosreestr.ru/wps/portal/p/cc\\_ib\\_state\\_services/cc\\_ib\\_other/cc\\_ib\\_registers/cc\\_ib\\_regestries\\_fedaralless\\_sved](https://rosreestr.ru/wps/portal/p/cc_ib_state_services/cc_ib_other/cc_ib_registers/cc_ib_regestries_fedaralless_sved)

Таким образом, законодательно установлены основные особенности правового статуса СРО в сфере кадастровой деятельности: определен конкретный субъект объединений — кадастровый инженер, организационно-правовая форма создаваемой организации — некоммерческое партнерство, а также условие создания — добровольность объединения, то есть членство в СРО для кадастровых инженеров в настоящее время не является обязательным для осуществления ими кадастровой деятельности.

Особенности создания и функционирования СРО в сфере кадастровой деятельности обуславливаются характером и спецификой самой кадастровой деятельности, правовое регулирование которой осуществляется Законом о кадастре.

Важнейшей особенностью ведения ГКН является соблюдение принципа единства технологии его ведения на всей территории РФ, обеспечение общедоступности и непрерывности актуализации содержащихся в нем сведений.

Данный принцип выражается в установлении жестких и единых технических, технологических и юридических требований к осуществлению каждого вида и этапа кадастровых работ, в нормативных правовых актах уполномоченного федерального органа государственной власти — Минэкономразвития России.

Следовательно, в самом характере кадастровой деятельности, установленном действующим российским законодательством, заложено противоречие между формой ее осуществления, с одной стороны, и целями и содержанием данной деятельности — с другой стороны, что, безусловно, существенно отражается на пределах ее саморегулирования.

Таким образом, специфика кадастровой деятельности обуславливает особенности и возможности ее саморегулирования. В научной литературе подчеркивается, что основной идеей саморегулирования является выполнение лицами, действующими на определенном рынке, правил и стандартов, исходящих не от государства, а от них самих и ими же утверждающихся<sup>4</sup>, то есть саморегулирование предполагает передачу государством определенных функций (или частей функций) по регулированию осуществления какой-либо деятельности соответствующим объединениям.

Однако анализ действующего законодательства показывает, что возможность саморегулирования в сфере кадастровой деятельности сильно ограничена, а если исходить из буквального толкования легального определения саморегулирования, то и вообще на данный момент отсутствует. Такой вывод делают и специалисты в области кадастровых отношений. Например, Президент Российской ассоциации частных землемеров В.В. Алакоз считает, что

«саморегулирование в сфере кадастровой деятельности Федеральным законом “О государственном кадастре недвижимости” не введено. В соответствии с п. 10 ст. 4 регулирование кадастровой деятельности осуществляется федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на осуществление функций по нормативно-правовому регулированию в сфере ведения государственного кадастра недвижимости, осуществления кадастрового учета и кадастровой деятельности — Минэкономразвития России»<sup>5</sup>.

Правила осуществления кадастровой деятельности, устанавливаемые уполномоченным государственным органом власти, не могут быть изменены для своих членов некоммерческим объединением кадастровых инженеров, как замечает В.В. Алакоз, «почему-то названным саморегулируемой организацией в сфере кадастровой деятельности»<sup>6</sup>.

Деятельность кадастровых инженеров в настоящее время полностью подконтрольна государству: квалификационные аттестаты кадастровых инженеров в настоящее время выдаются и аннулируются органами исполнительной власти субъектов РФ, которые формируют для этих целей квалификационную комиссию. При этом состав и порядок работы квалификационной комиссии, перечень документов, необходимых для получения квалификационного аттестата, порядок выдачи квалификационных аттестатов устанавливаются уполномоченным Правительством РФ федеральным органом исполнительной власти. Программы квалификационных экзаменов, порядок их проведения, форма квалификационного аттестата устанавливаются органом нормативно-правового регулирования в сфере кадастровых отношений. Основания аннулирования квалификационного аттестата кадастрового инженера установлены п. 7 ст. 29 Закона о кадастре. Органом кадастрового учета (Росреестром) ведется Государственный реестр кадастровых инженеров на основании получения уведомления и копии квалификационного аттестата от органа исполнительной власти субъекта РФ, выдавшего данный аттестат.

Таким образом, у СРО в сфере кадастровой деятельности в настоящее время практически отсутствует возможность влиять на процесс формирования своего профессионального сообщества и, соответственно, устанавливать критерии уровня подготовки и квалификации кадастровых инженеров. Единственная возможность воздействия СРО на этот процесс заключается в участии в работе квалификационной комиссии представителей СРО в сфере кадастровой деятельности.

Возможность установления обязательных для членов таких объединений правил осуществле-

<sup>4</sup> См.: Морозова И.Г. Некоторые вопросы исторического развития саморегулируемых организаций // Законодательство и экономика. 2012. № 11. С. 75–79.

<sup>5</sup> Алакоз В.В. О добросовестном заблуждении кадастровых инженеров о существовании саморегулирования в сфере кадастровой деятельности // Землеустройство, кадастр и мониторинг земель. 2011. № 2. С. 23.

<sup>6</sup> Там же.

ния ими кадастровой деятельности, как уже было показано, ограничена существующим нормативно-правовым регулированием данной сферы отношений. Законом о кадастре не предусмотрена возможность разработки СРО федеральных стандартов осуществления кадастровой деятельности. Остальные цели создания саморегулируемых СРО в сфере кадастровой деятельности и выполняемые в соответствии с ними функции присущи и другим видам некоммерческих объединений, не относящихся к саморегулируемым.

Вывод о фактическом и юридическом отсутствии саморегулирования в сфере кадастровой деятельности на сегодняшний день подтверждается и анализом деятельности и документов, выложенных на официальных сайтах существующих в России СРО кадастровых инженеров. Все разработанные саморегулируемыми организациями на сегодняшний день правила осуществления кадастровой деятельности представляют собой, по существу, правила поведения кадастровых инженеров — членом соответствующей организации при осуществлении ими кадастровой деятельности и часто совмещены с этическими правилами.

Однако государство возлагает большие надежды на усиление и дальнейшее развитие саморегулирования в сфере кадастровой деятельности, полагая, что именно саморегулирование способно решить проблему повышения качества кадастровых работ, с чем согласно и профессиональное сообщество кадастровых инженеров. В резолюциях 2-го и 3-го съездов кадастровых инженеров, состоявшихся в октябре-ноябре 2013 г. в Ростове-на-Дону и в июле 2014 г. в Калининграде, были высказаны предложения, направленные на существенное усиление роли СРО в сфере кадастровой деятельности<sup>7</sup>. Некоторые из этих предложений нашли свое отражение в проектах федеральных законов «О внесении изменений в Федеральный закон “О государственном кадастре недвижимости” и “О кадастровой деятельности”», разработанных Минэкономразвития России<sup>8</sup>.

Основным нововведением является установление обязательного членства кадастровых инженеров в одной из саморегулируемых организаций. Данное положение принципиально меняет место и роль СРО в осуществлении кадастровой деятельности. Обязательное членство позволяет передать СРО функции по отбору кадастровых инженеров и контролю над осуществлением ими кадастровых работ.

К существенному планируемому изменению правового статуса СРО в сфере кадастровой деятельности следует отнести передачу СРО полномочий по проведению квалификационных экзаменов и выдаче квалификационных аттестатов кадастровых инженеров, а также по приостанов-

лению и аннулированию действия квалификационного аттестата, которые сейчас осуществляют уполномоченными органами государственной власти субъектов РФ с участием Росреестра.

Важным возможным нововведением, предусмотренным в указанных законопроектах, является возможность создания Национального совета и иных объединений СРО кадастровых инженеров, что позволит выработать единую позицию СРО по различным вопросам осуществления кадастровой деятельности. Национальным советом будет называться некоммерческая организация, которая создается саморегулируемыми организациями в сфере кадастровой деятельности, регистрируется органом кадастрового учета и членами которой являются более чем 50 % саморегулируемых организаций в сфере кадастровой деятельности, объединяющих более чем 50% всех кадастровых инженеров.

Национальный совет предлагается создавать в целях формирования единых подходов к осуществлению кадастровой деятельности, выработки единой позиции кадастровых инженеров по вопросам регулирования их деятельности, координации деятельности СРО в сфере кадастровой деятельности, а также в целях их взаимодействия с органами государственной власти, органами местного самоуправления и потребителями услуг в области кадастровой деятельности. Для реализации указанных целей Национальному совету планируется предоставить соответствующие полномочия, в том числе осуществление содействия органам государственной власти РФ в выработке сбалансированной государственной политики в отношении кадастровой деятельности; формирование предложений по вопросам выработки государственной политики в сфере кадастровой деятельности; формирование предложений о совершенствовании правового и экономического регулирования кадастровой деятельности; осуществление предварительной экспертизы проектов нормативных правовых актов РФ, регулирующих кадастровую деятельность, и предоставление рекомендаций к их утверждению в установленном порядке; осуществление методической деятельности в области саморегулирования кадастровой деятельности, подготовки проектов нормативных актов, методических пособий и рекомендаций в сфере кадастровой деятельности; представление интересов саморегулируемых организаций в сфере кадастровой деятельности в федеральных органах государственной власти, органах государственной власти субъектов РФ, органах местного самоуправления; осуществление защиты прав и законных интересов саморегулируемых организаций в сфере кадастровой деятельности и кадастровых инженеров, в том числе участие в работе апелляционной комиссии в сфере кадастровой деятельности; разработка проектов нормативно-технических документов в сфере кадастровой деятельности, обеспечивающих эффективную деятельность членом

<sup>7</sup> См.: Портал национального объединения СРО в сфере кадастровой деятельности. URL: <http://ki-rf.ru/event/19/news/119>.

<sup>8</sup> Единый портал проектов НПА. URL: <http://regulation.gov.ru/>.

саморегулируемых организаций в сфере кадастровой деятельности, правил поведения лиц при осуществлении кадастровой деятельности, правил деловой и профессиональной этики, рассмотрение образовательных программ образовательных учреждений, осуществляющих профессиональное обучение специалистов в области кадастровой деятельности, и подготовка рекомендаций таких программ к утверждению; разработка и утверждение программ и организацию профессиональной переподготовки и повышения квалификации кадастровых инженеров; и, наконец, ведение реестра саморегулируемых организаций в сфере кадастровой деятельности — членов Национальной палаты.

Как видно, предусмотренные законопроектами положения, касающиеся правового статуса СРО в сфере кадастровой деятельности, свидетельствуют о намерении государства развивать саморегулирование кадастровой деятельности, прежде всего путем передачи полномочий по формированию профессионального сообщества кадастровых ин-

женеров, поддержанию и повышению их квалификации, а также контролю за качеством выполнения соответствующих услуг и работ.

И хотя действующая правовая модель СРО в сфере кадастровой деятельности, установленная Законом о кадастре, по существу, не предусматривает реального саморегулирования деятельности кадастровых инженеров, потенциал саморегулирования кадастровой деятельности далеко не исчерпан, о чем свидетельствуют рассмотренные законопроекты и мнение профессионального сообщества кадастровых инженеров, высказанное в резолюциях проведенных съездов. Обязательным условием для дальнейшего и экономически эффективного развития саморегулирования в сфере кадастровой деятельности является введение обязательного членства кадастровых инженеров в СРО, а также возможность участия профессионального сообщества кадастровых инженеров в правовом регулировании осуществления кадастровой деятельности.

#### Библиография:

1. Алакоз В.В. О добросовестном заблуждении кадастровых инженеров о существовании саморегулирования в сфере кадастровой деятельности. // Землеустройство, кадастр и мониторинг земель. 2011. № 2. С. 23–26.
2. Морозова И.Г. Некоторые вопросы исторического развития саморегулируемых организаций // Законодательство и экономика. 2012. № 11. С. 75–79.
3. Савенко О.В. Правовой статус саморегулируемой организации кадастровых инженеров как субъекта гражданско-правовых отношений // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 2. С. 37–42.

#### References (transliteration):

1. Alakoz V.V. O dobrosovestnom zabluzhdenii kadastrykh inzhenerov o sushhestvovanii samoregulirovaniya v sfere kadastrvoy dejatel'nosti // Zemleustrojstvo, kadastr i monitoring zemel'. 2011. № 2. S. 23–26.
2. Morozova I.G. Nekotorye voprosy istoricheskogo razvitija samoreguliruemym organizacij // Zakonodatel'stvo i jekonomika. 2012. № 11. S. 75–79.
3. Savenko O.V. Pravovoj status samoreguliruemoj organizacii kadastrykh inzhenerov kak sub'ekta grazhdansko-pravovykh odnoshenij // Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. 2011. № 2. S. 37–42.

*Материал поступил в редакцию 13 января 2015 г.*

### ***Tendencies of legislative improvement in the sphere of cadastre activities and individualization of land plots as objects of immovable property***

**ROMANOVA, Olga Aleksandrovna** — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[Romanova\_85@inbox.ru]

123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The article shows the importance of cadastral activities for the development of civil turnover, attention is paid to the latest tendencies of legal regulation improvement in the sphere of cadastral activities, when it serves as an instrument for the individualization of the plots of land as real estate objects.*

**Keywords:** *cadastral activities, cadastral engineer, the State Real Estate Cadastre, plot of land.*

Д.С. Гриц\*

## Земельные участки общего пользования: состав и правовое регулирование

**Аннотация.** Земля является основополагающим природным ресурсом, обеспечивающим реализацию естественных прав граждан. Согласно Конституции РФ, земля может находиться в частной собственности, однако эту возможность необходимо ограничивать законодательно для защиты естественных прав неограниченного круга лиц. Наличие земельных участков общего пользования, которые невозможно приобрести в частную собственность и на которых граждане имеют право свободно, без каких-либо ограничений находиться и использовать имеющиеся на этих участках природные объекты в допустимых пределах, является средством реализации конституционных прав граждан. В настоящий момент правовое понятие «земельного участка общего пользования» встречается в разных законодательных актах, не согласованных между собой и содержащих в себе разные правовые смыслы и значения. Отсутствие эффективных механизмов защиты права граждан на доступ к земельным участкам общего пользования является актуальной проблемой современного земельного законодательства. Существует ряд мер, которые необходимо предпринять для развития законодательства, регулирующего статус земельных участков общего пользования.

**Ключевые слова:** земельные участки общего пользования, земли общего пользования, территории общего пользования, естественные права человека, красные линии, градостроительное законодательство, земельное законодательство, земельные ресурсы, водные ресурсы, лесные ресурсы.

В системе природных ресурсов земля обладает такими свойствами, которые отличают ее от иных природных ресурсов. Представляется, что земля является настолько основополагающим ресурсом, что ее можно рассматривать в двух противоположных аспектах. С одной стороны, как указывает М.М. Бринчук, земля одновременно выступает в качестве средства производства и операционного базиса. В последнем качестве земля объективно необходима для развития рыночной инфраструктуры — под промышленные, социальные и иные объекты. Это обстоятельство предопределяет возможность и необходимость обладания землей на праве частной собственности<sup>1</sup>. С другой стороны, земля является основой жизнедеятельности человека: это место существования, развития, передвижения человека, в связи с чем отнесение земли и земельных участков к объектам частной собственности в полном объеме привело бы к пагубному влиянию на права неограниченного круга лиц.

Для реализации естественных прав неограниченного круга лиц законодателем выделяется особая группа земель — земельные участки общего пользования. Предназначение земельных участков общего пользования заключается в том, что они обеспечивают естественные потребности

человека и благоприятные условия его жизнедеятельности. В соответствии со ст. 18 Конституции РФ, права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием<sup>2</sup>. Данная категория земельных участков необходима для того, чтобы люди реализовывали свои конституционные права. Без земельных участков общего пользования существовала бы опасность ограничения граждан в реализации, в частности, права на свободу передвижения (ст. 27 Конституции РФ), права собираться мирно, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование (ст. 31 Конституции РФ), права иметь имущество (например, автомобиль или велосипед) в собственности, а именно пользоваться им (ст. 35 Конституции РФ), права выбирать род деятельности и профессию (ст. 37 Конституции РФ) и т.д. Таким образом, земля является местом нашего существования и передвижения, поэтому строго необходимо ограничивать возможность приобретения земельных участков в частную собственность, чтобы предоставить возможность реализации

<sup>1</sup> См.: Бринчук М.М. Экологическое право (право окружающей среды): учебник. М.: Юристъ, 1998.

<sup>2</sup> Конституция РФ от 12.12.1993 (в ред. от 21.07.2014) // Российская газета. 1993. 25 дек.

© Гриц Д.С., 2015

\* Гриц Дмитрий Сергеевич — адвокат (Адвокатский кабинет Грица Д.С.), аспирант, соискатель кафедры экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

[d.s.grits@yandex.ru]

115093, Россия, г. Москва, ул. Павла Андреева, д. 3, кв. 8.

указанных конституционных прав неограниченному кругу лиц.

Согласно п. 12 ст. 1 ГрК РФ<sup>3</sup>, территории общего пользования — территории, которыми беспрепятственно пользуется неограниченный круг лиц (в том числе площади, улицы, проезды, набережные, береговые полосы водных объектов общего пользования, скверы, бульвары).

Примечательно, что данное понятие было дополнено конструкцией «береговые полосы водных объектов общего пользования» в 2011 г. при внесении изменений в ГрК РФ в связи с введением в действие Федерального закона от 19.07.2011 № 246-ФЗ «Об искусственных земельных участках, созданных на водных объектах, находящихся в федеральной собственности, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ»<sup>4</sup>.

Теперь необходимо определить норму, где законодатель закрепляет «территории, которыми беспрепятственно пользуется неограниченный круг лиц». В соответствии со ст. 262 ГК РФ<sup>5</sup>, граждане имеют право свободно, без каких-либо разрешений находиться на незакрытых для общего доступа земельных участках, находящихся в государственной или муниципальной собственности, и использовать имеющиеся на этих участках природные объекты в пределах, допускаемых законом и иными правовыми актами, а также собственником соответствующего земельного участка. При этом согласно п. 2 указанной статьи, если земельный участок не огорожен либо его собственник иным способом ясно не обозначил, что вход на участок без его разрешения не допускается, любое лицо может пройти через участок при условии, что это не причиняет ущерба или беспокойства собственнику.

Если руководствоваться только п. 1 указанной статьи, то под территории общего пользования подпадают только земельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности. Однако следует обратить внимание на следующие конструкции: «право свободно находиться на участках» (п. 1 ст. 262 ГК РФ) и «может пройти через участок» (п. 2 ст. 262 ГК РФ). Законодателем не установлены временные ограничения в обоих случаях: ни на «нахождение», ни на «проход». Означает ли это, что любой гражданин, если не доставляет беспокойства собственнику, может «двигаться» по земельному участку, находящемуся в частной собственности

по одному метру в день с остановками на ночлег в палатке? В таком случае фактически все земельные участки, которые не огорожены собственником, или если иным способом не обозначено, что вход на них без разрешения собственника не допускается, в том числе и находящиеся в частной собственности (до момента, когда собственника это начнет беспокоить), являются территориями общего пользования, с точки зрения ГК РФ. Считаю, что ответ на поставленный мною вопрос: «нет», и отнесение к территории общего пользования земельных участков, находящихся в частной собственности, хоть и не огороженных, не соответствует замыслу законодателя и функции земельных участков общего пользования.

Неисчерпывающий список видов земельных участков общего пользования представлен в п. 12 ст. 85 ЗК РФ<sup>6</sup>, в соответствии с которым в составе земель населенных пунктов земельные участки общего пользования, занятые площадями, улицами, проездами, автомобильными дорогами, набережными, скверами, бульварами, водными объектами, пляжами и другими объектами, могут включаться в состав различных территориальных зон и не подлежат приватизации.

Что именно относится к «другим объектам», законодатель не конкретизирует, однако на основании анализа судебной практики можно утверждать, что к таким объектам относятся, в частности, особо охраняемые природные территории. Так, в споре индивидуального предпринимателя А.М. Патрикеева (далее — заявитель) с Государственной инспекцией по контролю над использованием объектов недвижимости г. Москвы о признании недействительным и отмене требования об устранении административного правонарушения заявитель проиграл. У заявителя в собственности находилось нежилое здание, которое он огородил забором и поставил шлагбаум, однако оказалось, что указанное нежилое здание находилось на земельном участке, находящемся в особо охраняемой природной территории «Природно-исторический парк “Тушинский”»<sup>7</sup>.

Законодатель также предусмотрел невозможность приобретения земельных участков общего пользования в частную собственность путем купли-продажи. Согласно п. 1 ст. 39.3 ЗК РФ, продажа земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, осуществляется на торгах, проводимых в форме аукционов. Однако, согласно подп. 18 п. 8 ст. 39.11 ЗК РФ, земельный участок, находящийся в государственной или муниципальной собственности, не может быть предметом аукциона, если является земельным

<sup>3</sup> Градостроительный кодекс РФ от 29.12.2004 № 190-ФЗ (в ред. от 31.12.2014) // Российская газета. 2004. 30 дек.

<sup>4</sup> Федеральный закон от 19.07.2011 № 246-ФЗ «Об искусственных земельных участках, созданных на водных объектах, находящихся в федеральной собственности, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ» (в ред. от 23.06.2014) // Собрание законодательства РФ. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4594.

<sup>5</sup> Гражданский кодекс РФ (ч. 1) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (в ред. 22.10.2014) // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

<sup>6</sup> Земельный кодекс РФ от 25.10.2001 № 136-ФЗ (в ред. 08.03.2015) // Собрание законодательства РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

<sup>7</sup> Постановление ФАС Московского округа от 05.06.2013 по делу № А40-137330/12-139-1328 // СПС «Консультант Плюс».

участком общего пользования или расположен в границах земель общего пользования, территории общего пользования.

Существует ответственность за нарушение права пользования земельными участками общего пользования. Так, в частности, согласно ст. 6.5 Закона г. Москвы «Кодекс города Москвы об административных правонарушениях»<sup>8</sup>, самовольное ограничение доступа на земельные участки общего пользования влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 500 до 1 тыс. руб.; на должностных лиц — от 2 до 5 тыс. руб.; на юридических лиц — от 5 до 10 тыс. руб. А при повторном нарушении, то есть за неисполнение законных требований уполномоченного органа исполнительной власти г. Москвы по контролю над использованием объектов недвижимости об устранении нарушения — самовольного ограничения доступа на земельные участки общего пользования, — влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 1 до 1,5 тыс. руб.; на должностных лиц — от 3 до 6 тыс. руб.; на юридических лиц — от 10 до 20 тыс. руб.

Стоит указать, что законодатель использует схожий термин «имущество (в том числе земельные участки) общего пользования» в Федеральном законе от 15.04.1998 № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан»<sup>9</sup>, чем может вызвать определенную путаницу. Так, в ст. 1 указанного закона имущество общего пользования определяется как имущество (в том числе земельные участки), предназначенное для обеспечения в пределах территории садоводческого, огороднического или дачного некоммерческого объединения потребностей членов такого некоммерческого объединения в проходе, проезде, водоснабжении и водоотведении, электроснабжении, газоснабжении, теплоснабжении, охране, организации отдыха и иных потребностей (дороги, водонапорные башни, общие ворота и заборы, котельные, детские и спортивные площадки, площадки для сбора мусора, противопожарные сооружения и т.п.). Очевидно, данное понятие не имеет никакого общего семантического значения с понятием «земельный участок общего пользования», рассматриваемым в настоящей статье. Используя одно и то же квалифицирующее определение — земельные участки общего пользования, законодатель в данном случае установил иной режим. Такие земельные участки являются общедоступными только для членов садоводческих, огороднических и дачных объединений граждан.

<sup>8</sup> Закон г. Москвы от 21.11.2007 № 45 «Кодекс города Москвы об административных правонарушениях» (в ред. от 18.06.2014) // Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2007. 12 дек.

<sup>9</sup> Федеральный закон от 15.04.1998 № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» (в ред. от 14.10.2014) // Собрание законодательства РФ. 1998. № 16. Ст. 1801.

Право общего землепользования как право свободно находиться на земельных участках общего пользования (ГК РФ) неразрывно связано с правом свободного пребывания граждан в границах некоторых природных объектов, что по смыслу этого права может именоваться правом общего природопользования, так как право землепользования, по предложенной классификации М.М. Бринчуком по критерию объекта природы, является одним из видов права природопользования<sup>10</sup>.

Рассмотрим земли лесного и водного фондов.

ЛК РФ<sup>11</sup> предусматривает в ст. 11, что граждане имеют право свободно и бесплатно пребывать в лесах и для собственных нужд осуществлять заготовку и сбор дикорастущих плодов, ягод, орехов, грибов, других пригодных для употребления в пищу лесных ресурсов (пищевых лесных ресурсов), а также недревесных лесных ресурсов. Если присмотреться к этой конструкции и сопоставить ее с формулировкой: «граждане имеют право свободно, без каких-либо разрешений находиться на не закрытых для общего доступа земельных участках, находящихся в государственной или муниципальной собственности, и использовать имеющиеся на этих участках природные объекты в пределах, допускаемых законом и иными правовыми актами, а также собственником соответствующего земельного участка», а также вспомнить, что, в соответствии со ст. 8 ЛК РФ, лесные участки в составе земель лесного фонда находятся в федеральной собственности, то на эти земли распространяется режим, предусмотренный ГК РФ для земельных участков общего пользования, хотя право общего землепользования дополняется правом граждан также свободно использовать природные ресурсы, тесно связанные с такими участками. Следовательно, считаю, что лесные участки — также являются видом земельных участков общего пользования.

На основании ст. 6 ВК РФ<sup>12</sup>, поверхностные водные объекты, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, являются водными объектами общего пользования, то есть общедоступными водными объектами, если иное не предусмотрено настоящим кодексом. Каждый гражданин вправе иметь доступ к водным объектам общего пользования и бесплатно использовать их для личных и бытовых нужд, если иное не предусмотрено настоящим кодексом, другими федеральными законами. Полоса земли вдоль береговой линии водного объекта общего пользования (береговая полоса) предназначена для общего пользования. Следовательно, береговую полосу также представляется необходимым считать территорией общего пользования (тем более что данный факт уже добавлен законодателем

<sup>10</sup> См.: Бринчук М.М. Указ. соч.

<sup>11</sup> Лесной кодекс РФ от 04.12.2006 № 200-ФЗ (в ред. 21.07.2014) // Российская газета. 2006. № 277.

<sup>12</sup> Водный кодекс РФ от 03.06.2006 № 74-ФЗ (в ред. 29.12.2014) // Собрание законодательства РФ. 2006. № 23. Ст. 2381.

в ГрК РФ, сделав уточнение, что в том числе территориями общего пользования являются и береговые линии водных объектов общего пользования).

Исходя из всего вышесказанного и законодательного закрепления и упоминания понятия «земельных участков общего пользования», представляется возможным сформулировать комплексное понятие земель общего пользования. Земля общего пользования — это совокупность не закрытых для общего доступа земель и земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности и не подлежащих передаче в частную собственность, на которых граждане могут находиться свободно, без каких-либо разрешений и использовать имеющиеся на этих участках природные объекты в пределах, допускаемых законом и иными нормативно-правовыми актами, а также собственником земельного участка.

Причем, с моей точки зрения, земельные участки общего пользования могут находиться в составе различных по целевому назначению категорий земель, в частности в составе земель населенных пунктов, земель особо охраняемых территорий и объектов, земель лесного и водного фондов. В случае если земельный участок общего пользования находится в рамках земель населенных пунктов, то это называется территорией общего пользования и ограничивается красными линиями. В соответствии с п. 11 ст. 1 ГрК РФ, красные линии — линии, которые обозначают существующие, планируемые (изменяемые, вновь образуемые) границы территорий общего пользования, границы земельных участков, на которых расположены линии электропередач,

линии связи (в том числе линейно-кабельные сооружения), трубопроводы, автомобильные дороги, железнодорожные линии и другие подобные сооружения (далее — линейные объекты).

В случае если земельный участок общего пользования находится в составе земель лесного фонда, то это лесной участок, а в случае водного фонда, то береговая полоса.

Правовой институт земельных участков общего пользования требует более тщательного и комплексного правового регулирования с целью внедрения дополнительных эффективных инструментов защиты права на доступ к земельным участкам общего пользования. Необходимо унифицировать правовую категорию «земельные участки общего пользования» и внести в нее лесные участки, так как в настоящий момент этот вопрос остается дискуссионным ввиду комплексности понятия природопользования и нежелания выделять аспект землепользования отдельно. Однако, с моей точки зрения, пребывание граждан в лесах прежде всего связано с передвижением по земле — лесному участку, что является основополагающей составляющей природопользования в лесах (для сбора грибов и ягод необходимо перемещаться по земле, на охоте также необходимо перемещаться по земле).

Также необходимо законодательное закрепление ответственности на федеральном уровне за административное правонарушение в виде самовольного ограничения доступа на земельные участки общего пользования, что позволит максимально оперативно и эффективно защищать право граждан на доступ к земельным участкам общего пользования.

#### Библиография:

1. Бринчук М.М. Экологическое право (право окружающей среды): учебник. М.: Юрист, 1998. 688 с.
2. Воронцова А.А. Некоторые особенности правового регулирования лесов (лесных насаждений), расположенных на землях различных категорий // Экологическое право. 2012. № 5. С. 2–7.
3. Жаворонкова Н.Г., Агафонов В.Б. Теоретические проблемы формирования концепции природоресурсного законодательства // Lexrussica. 2013. № 1. С. 25–33.
4. Жариков Ю.Г. Нормы гражданского права в сфере земельных отношений // Журнал российского права. 2011. № 11. С. 33–39.
5. Крассов О.И. Земельный участок как объект природы и природный ресурс // Экологическое право. 2013. № 6. С. 8–16.
6. Липски С.А. Правовое регулирование земельного вопроса в современной России // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2014. № 5. С. 65–72.
7. Саурин А.А. Конституционные основы права собственности на землю // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 2. С. 42–45.

#### References (transliteration):

1. Brinchuk M.M. Jekologicheskoe pravo (pravo okruzhajushhej sredy): uchebnik. M.: Jurist', 1998. 688 s.
2. Voroncova A.A. Nekotorye osobennosti pravovogo regulirovaniya lesov (lesnyh nasazhdenij), raspolozhennyh na zemljah razlichnyh kategorij // Jekologicheskoe pravo. 2012. № 5. S. 2–7.
3. Zhavoronkova N.G., Agafonov V.B. Teoreticheskie problemy formirovaniya koncepcii prirodoresurnogo zakonodatel'stva // Lexrussica. 2013. № 1. S. 25–33.
4. Zharikov Ju.G. Normy grazhdanskogo prava v sfere zemel'nyh otnoshenij // Zhurnal rossijskogo prava. 2011. № 11. S. 33–39.
5. Krassov O.I. Zemel'nyj uchastok kak ob'ekt prirody i prirodnyj resurs // Jekologicheskoe pravo. 2013. № 6. S. 8–16.
6. Lipski S.A. Pravovoe regulirovanie zemel'nogo voprosa v sovremennoj Rossii // Imushhestvennye otnosheniya v Rossijskoj Federacii. 2014. № 5. S. 65–72.
7. Saurin A.A. Konstitucionnye osnovy prava sobstvennosti na zemlju // Konstitucionnoe i municipal'noe pravo. 2013. № 2. S. 42–45.

*Материал поступил в редакцию 18 марта 2015 г.*

***Land plots for common use: elements and legal regulation***

**GRITS, Dmitriy Sergeevich** — Advocate, Advocate's Office of Grits, D.S., postgraduate student of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[d.s.grits@yandex.ru]

115093, Russia, Moskva, ul. Pavla Andreeva, d. 3, kv. 8.

**Review.** *Land is the fundamental natural resource, guaranteeing the implementation of natural rights of citizens. According to the Constitution of the Russian Federation land may be held as private property, however, this possibility should be legislatively limited in order to protect the natural rights of the wide range of persons. Presence of the land plots for common use, which may not be purchased and may not become private property, and where the citizens have a right to be present without any limitations and to use the natural objects present on this plot of land in acceptable ways, which serves as means for the implementation of constitutional rights of citizens. Currently, the legal definitions of the land plot for common use are present in several legislative acts, and they are not consistent with each other, having various legal meanings and values. The absence of efficient mechanisms for the protection of rights of citizens to access plots of land for common use involves topical issues of the modern land legislation. There is a number of measures, which should be taken in order to develop legislation regulating the status of plots of land for common use.*

**Keywords:** *land plots for common use, lands for common use, territories for common use, natural human rights, red lines, town planning legislation, land legislation, land resources, water resources, forest resources.*

## Лесоустройство как основная функция государства по обеспечению охраны лесов\*\*

**Аннотация.** Статья посвящена лесоустройству как основной функции государственного управления в области охраны и обеспечения рационального использования лесов. Большое значение для охраны лесов имеет государственное регулирование лесных отношений. Лесоустройство рассмотрено в статье в качестве науки и в качестве практической деятельности, проанализировано законодательство в данной области, основное внимание уделено ЛК РФ. Также в работе исследовано соотношение лесоустройства с государственной инвентаризацией лесов, определено содержание лесоустройства. Автором выявлены тенденции развития лесного законодательства, приводятся предложения по его совершенствованию, в конце статьи приводятся выводы по теме исследования.

**Ключевые слова:** лесоустройство, лес, лесное право, лесное законодательство, государственное управление в области использования и охраны лесов.

Лесоустройство — это центральная функция государственного управления в области охраны и обеспечения рационального использования лесов. Лесоустройством является совокупность мероприятий по организации рационального использования лесов, поэтому ему принадлежит, пожалуй, решающая роль в организации охраны лесов. Полноценная охрана лесов невозможна без лесоустройства.

Правовое регулирование лесоустройства осуществляется ЛК РФ<sup>1</sup> (гл. 5), приказом Федерального агентства лесного хозяйства от 12.12.2011 № 516 «Об утверждении Лесоустроительной инструкции»<sup>2</sup>, приказом Рослесхоза от 15.07.1997 № 94 «Об установлении порядка проведения лесоустройства (парко- и лесоустройства) и о перечне лесоустроительной документации по лесам, не входящим в лесной фонд»<sup>3</sup> и др. В ЛК РФ лесоустройство занимает особое место: данные нормы выделены в отдельную главу — пятую.

Понятия лесоустройства не содержится в ЛК РФ. Для того чтобы дать определение лесоустройства, необходимо обратиться к специальной лесоводческой литературе.

Лесоустройство в литературе советского периода понималось достаточно широко. К нему относилось хозяйственно-техническое деление

леса, инвентаризация лесов, изучение условий роста леса, составление проекта перспективного плана организации лесного хозяйства и др.<sup>4</sup>

Лесоустройство можно рассматривать в качестве науки и в качестве практической деятельности.

Лесоустройство как наука разрабатывает принципы, методы и технику организации лесного хозяйства, повышения эффективности его ведения. В рамках данной науки устанавливаются обороты и возрасты рубок, способы рубок и способы лесовозобновления, определяются наиболее эффективные методы инвентаризации лесных ресурсов, даются обобщающие положения по проектированию всего комплекса лесохозяйственных мероприятий, выполняются исследования и теоретические разработки по проблемам и запросам практики лесоустройства.

Лесоустройство как практическая система (деятельность), опираясь на научный фундамент, осуществляет наиболее целесообразную организацию территории устранимого объекта; производит инвентаризацию лесов: изучает экономические и природные условия, состояние лесного хозяйства за предыдущие годы; исследует лесовозобновительные процессы, рост и состояние лесонасаждений.

В результате обработки этой информации о лесах лесоустроители получают достоверные сведения о лесных ресурсах и динамике протекающих процессов в лесу, создают и обновля-

<sup>1</sup> Лесной кодекс РФ от 04.12.2006 г. №200-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2006. № 50. Ст. 5278.

<sup>2</sup> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. № 23.

<sup>3</sup> СПС «Гарант».

<sup>4</sup> См.: Мотовилов Г.П. Лесоустройство. М.; Л.: Гослесбуиздат, 1951. С. 5.

© Быковский В.К., 2015

\* Быковский Вадим Кириллович — кандидат юридических наук, доцент кафедры экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). [vadimm@bk.ru]

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

\*\* При написании статьи использована СПС «Гарант».

ют информационные базы данных, содержащие информацию о лесах и лесохозяйственной деятельности, составляют лесоинвентаризационные документы и лесные карты, подготавливают и оформляют государственный учет лесных ресурсов в рамках лесничества, составляют проект организации и ведения лесного хозяйства<sup>5</sup>.

Основой для разработки лесохозяйственного регламента являются материалы лесоустройства лесничества (лесопарка), материалы специальных изысканий и исследований.

В ЛК РФ 1997 г. в отличие от действующего ЛК РФ в ст. 72 содержалось следующее определение лесоустройства: лесоустройство включает в себя систему мероприятий по обеспечению рационального использования лесного фонда, повышению эффективности ведения лесного хозяйства и осуществлению единой научно-технической политики в лесном хозяйстве. Иными словами, под лесоустройством понималась совокупность мероприятий, обеспечивающих рациональное использование лесов.

Действующий ЛК РФ в ст. 68 определяет содержание лесоустройства через проведение определенных мероприятий:

- 1) проектирование лесничеств и лесопарков;
- 2) проектирование эксплуатационных лесов, защитных лесов, резервных лесов, а также особо защитных участков лесов;
- 3) проектирование лесных участков;
- 4) закрепление на местности местоположения границ лесничеств, лесопарков, эксплуатационных лесов, защитных лесов, резервных лесов, особо защитных участков лесов и лесных участков;
- 5) таксацию лесов;
- 6) проектирование мероприятий по охране, защите, воспроизводству лесов.

Однако на основании только данной статьи ЛК РФ нельзя в полной мере правильно дать понятие лесоустройства (определить круг деятельности, подпадающей под понятие лесоустройства).

К лесоустройству необходимо отнести в первую очередь мероприятия по планированию рационального использования лесов. Планирование — это наиболее эффективный инструмент по обеспечению рационального лесопользования. Прежде всего планированию подлежит размер лесных ресурсов, которые можно изъять без значительного вреда лесной экосистеме с учетом ежегодного прироста древесины. Лесной план субъектов РФ и лесохозяйственный регламент являются документами лесного планирования.

Осуществлять результативно данные мероприятия можно только на основании достоверной информации. Поэтому к лесоустройству не-

обходимо отнести также мероприятия по таксации лесов.

Таким образом, можно утверждать, что лесоустройство является широким понятием, означающим систему разнообразных мероприятий, направленных на организацию рационального использования и охраны лесов. В лесоустройстве должны входить те мероприятия, которые направлены на организацию рационального использования лесов.

Понятие лесоустройства, которое можно вывести из ст. 68 ЛК РФ, заужено. Его содержание необходимо расширить. В это понятие необходимо включить также лесное планирование (ст. 85 ЛК РФ), в том числе составление лесного плана субъектов РФ (ст. 86 ЛК РФ), составление лесохозяйственного регламента (ст. 87 ЛК РФ), лесорастительное районирование (ст. 15 ЛК РФ). Данные мероприятия осуществляются для реализации целей, которые стоят перед лесоустройством.

Таким образом, вышеуказанные направления деятельности следует признать подфункциями государственного управления, входящими в основную функцию государственного управления — лесоустройства: лесное планирование, в том числе составление лесного плана субъектов РФ, проектирование лесов, составление лесохозяйственного регламента, лесорастительное районирование, таксацию лесов и др.

Необходимо определить соотношение лесоустройства с государственной инвентаризацией лесов. Согласно ч. 1 ст. 90 ЛК РФ, государственная инвентаризация лесов представляет собой мероприятия по проверке состояния лесов, их количественных и качественных характеристик. Данное понятие пересекается с понятием таксации лесов.

В соответствии со ст. 69. 1 ЛК РФ, таксация лесов проводится для выявления, учета и оценки количественных и качественных характеристик лесных ресурсов. При этом таксация лесов относится, согласно ЛК РФ, к лесоустройству, а инвентаризация лесов — нет. С отнесением лесной таксации к лесоустройству следует согласиться.

Толкование гл. 10 ЛК РФ позволяет утверждать, что ЛК РФ относит государственную инвентаризацию лесов к самостоятельной функции государственного управления в области использования и охраны лесов.

Скорее всего, целесообразно объединить данные, полученные в процессе государственной инвентаризации лесов и таксации лесов, в единую информационную базу.

Государственная инвентаризация лесов проводится уполномоченным федеральным органом исполнительной власти (ч. 4 ст. 90 ЛК РФ). Фактически она проводится федеральным государственным унитарным предприятием «Рослесинфорг». Получателем результатов работ является Федеральное агентство лесного хозяйства РФ.

<sup>5</sup> См.: Неволин О.А., Третьяков С.В., Ердяков С.В. и др. Лесоустройство: учеб. пособие для вузов. Архангельск: Изд-во Арханг. гос. техн. ун-та, 2005. С. 8–9.

Целями государственной инвентаризации лесов являются:

- своевременное выявление и прогнозирование развития процессов, оказывающих негативное воздействие на леса;
- оценка эффективности мероприятий по охране, защите, воспроизводству лесов;
- информационное обеспечение управления в области использования, охраны, защиты, воспроизводства лесов, а также в области государственного лесного контроля и надзора.

Государственная инвентаризация лесов обладает самостоятельным, контрольным характером, служит для оценки эффективности мероприятий по охране, защите, воспроизводству лесов. По этим причинам ее нецелесообразно включать в понятие лесоустройства.

В соответствии со ст. 70 ЛК РФ, выполнение работ, оказание услуг по лесоустройству осуществляются в соответствии с гражданским законодательством, если иное не установлено ЛК РФ. Органы государственной власти или органы местного самоуправления осуществляют закупки работ, услуг по лесоустройству в порядке, установленном законодательством РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Существующая тенденция развития лесного законодательства заключается в передаче части государственных функций, например в области охраны лесов, частным организациям. Данную тенденцию вряд ли следует оценить положительно. Задача обеспечения охраны лесов носит общегосударственный характер, и только государство может на необходимом высоком уровне выполнить эту задачу, поскольку заинтересовано в качестве лесоустроительных работ. Достаточно сложно наладить эффективный надзор за качеством лесоустроительных работ, производимых частными предприятиями. Так, в настоящее время государство практически самоустранилось от выполнения одной из основных своих функций в области обеспечения охраны лесов — лесоустройства.

1. Лесоустройство — это, пожалуй, главная функция государственного управления в области охраны лесов. Лесоустройством является планирование в области использования, охраны,

защиты, воспроизводства лесов (включая принятие лесного плана субъектов РФ и составление лесохозяйственного регламента каждого лесничества), проектирование лесов, районирование лесов, таксация лесов, проектирование мероприятий по охране, защите, воспроизводству лесов, инвентаризация лесов.

2. Отсутствие определения лесоустройства в ЛК РФ следует признать его недостатком.

3. Можно выделить следующие направления проведения лесоустройства:

- планирование в области использования, охраны, защиты, воспроизводства лесов (включая принятие лесного плана субъектов РФ и составление лесохозяйственного регламента каждого лесничества),
- проектирование лесов,
- районирование лесов,
- таксация лесов,
- проектирование мероприятий по охране, защите, воспроизводству лесов.

4. Органы государственной власти посредством собственных учреждений должны проводить полный цикл лесоустроительных работ. Фактически государство частично самоустранилось от обязанности по охране лесов. Объединение различных видов деятельности в единую систему и выполнение всех видов лесоустроительных работ государственными учреждениями упростит систему государственного управления в области использования и охраны лесов, что повысит его эффективность. В области обеспечения качества лесоустроительных работ работу государственных учреждений проще проконтролировать, чем деятельность частных фирм-однодневок.

Проведение лесоустройства негосударственными организациями следует оценить отрицательно. Это новелла ЛК РФ. Только государство может обеспечить надлежащее качество лесоустроительных работ. Поэтому целесообразно проводить лесоустройство государственными лесоустроительными учреждениями. При правовом регулировании лесоустройства должен использоваться императивный метод правового регулирования, поэтому проведение лесоустройства необходимо регулировать в первую очередь лесным законодательством, а не гражданским.

#### Библиография:

1. Мотовилов Г.П. Лесоустройство. М.; Л.: Гослесбумиздат, 1951. 379 с.
2. Неволин О.А., Третьяков С.В., Ердяков С.В. и др. Лесоустройство: учеб. пособие для вузов. Архангельск: Изд-во Арханг. гос. техн. ун-та, 2005. 588 с.

#### References (transliteration):

1. Motovilov G.P. Lesoustrojstvo. M.; L.: Goslesbumizdat, 1951. 379 s.
2. Nevolin O.A., Tret'jakov S.V., Erdjakov S.V. i dr. Lesoustrojstvo: ucheb. posobie dlja vuzov. Arhangel'sk: Izd-vo Arhangel'sk. gos. tehn. un-ta, 2005. 588 s.

*Материал поступил в редакцию 18 марта 2015 г.*

***Land plots for common use: elements and legal regulation***

**BYKOVSKIY, Vadim Kirillovich** — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[vadimm@bk.ru]

123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The article is devoted to the forestry management as the main function of state management in the sphere of protection and guarantees of rational use of forests. State regulation of forestry relations plays an important role in adequate protection of forests. The forestry management is viewed in the article both as a science and as a theoretical activity, the author has analyzed the legislation in this sphere, key attention is paid to the Forest Code of the Russian Federation. The article also contains analysis of the forestry in relation with the state inventory of forests, the author defines the forestry management. In his scientific article the author reveals the tendencies in the development of the forestry legislation, making proposal for its improvement, finally the article contains his conclusions related to the topic of the study.*

**Keywords:** *forestry management, forest, forest law, forest legislation, state administration in the sphere of use and protection of forests.*

# УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ

Е.В. Селина\*

## Проблемы конструирования составов преступлений против правосудия в сфере уголовного судопроизводства

**Аннотация.** В статье рассмотрены проблемы, вызванные несоответствием статей УК РФ, посвященных преступлениям против правосудия, тем изменениям, которые произошли в уголовно-процессуальном праве. Предложена новая редакция ст. 299 и 300 УК РФ. Рассмотрена новая обязанность потерпевшего, за неисполнение которой предусмотрена уголовная ответственность (ст. 308). Произведено сопоставление конституционного права каждого не свидетельствовать против себя самого, своего супруга или своих близких родственников с обязанностью потерпевшего не уклоняться от производства в отношении него судебной экспертизы в случаях, когда не требуется его согласие, от предоставления образцов почерка и иных образцов для сравнительного исследования. Предложено толкование, согласно которому норма об уголовной ответственности лица, признанного потерпевшим по уголовному делу, за уклонение от прохождения освидетельствования, от производства в отношении него судебной экспертизы или от предоставления образцов почерка и иных образцов для сравнительного исследования носит декларативный характер, поскольку не подкреплена процессуальным механизмом обязательного прохождения указанных процедур.

**Ключевые слова:** уголовное преследование, уголовное судопроизводство, уголовное дело, прекращение уголовного преследования, возбуждение уголовного дела, обвиняемый, подозреваемый, суд, прокурор, орган дознания, дознаватель.

Системе уголовно-правовых санкций органически присуще своеобразное свойство самозащиты от преступных злоупотреблений при их реализации, выражающееся во включении в эту систему тех преступлений, которые направлены против самого процесса применения уголовного закона. В Уголовном кодексе указанные преступления традиционно обособляются. В действующем УК РФ им посвящена гл. 31 «Преступления против правосудия». Как представляется, видовой объект преступлений указан в названии этой главы недостаточно полно, без учета преступлений, совершаемых в ходе досудебного уголовного судопроизводства. В теории судебной власти под правосудием понимается деятельность, осуществляемая только судом. Данный признак правосудия выражен в конституционном принципе осуществления правосудия только судом (ст. 118 Конституции РФ, ст. 8 УПК РФ). В смысле, используемом при применении уголовного права, определение этого понятия было дано Президиумом Верховного Суда РСФСР по уголовному делу

об оскорблении судьи в связи с осуществлением правосудия. Президиум Верховного Суда РСФСР указал: «По смыслу закона, деятельность судьи, связанная с рассмотрением дел и принятием решений, является правосудием»<sup>1</sup>.

В широком смысле этого понятия интересами правосудия служит законность не только судебного, но и досудебного производства, а также — процесса исполнения приговора или иного судебного решения. При этом более точным для гл. 31 УК РФ представляется название «Преступления против порядка осуществления судопроизводства и исполнения судебных решений». Но и после данного уточнения следует отметить, что укрывательство преступлений, являющееся одной из форм прикосновенности к преступлению и помещавшееся в ст. 18 УК РСФСР, органично принадлежит Общей, а не Особенной части Уголовного кодекса. Поэтому ст. 316 действующего УК РФ («Укрывательство преступлений») не

<sup>1</sup> Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1991. № 6.

© Селина Е.В., 2015

\* Селина Елена Викторовна — доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права, уголовного процесса и криминалистики Российского университета дружбы народов.  
[elena\_selina@bk.ru]

117198, Россия, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6.

может принадлежать главе о преступлениях против правосудия, которую она сегодня завершает. Также не соответствует данной главе ст. 304 «Провокация взятки либо коммерческого подкупа». Возможно, изначально законодатель видел в деянии, предусмотренном ст. 304 УК РФ, связь с преступлениями «против правосудия» через злоупотребления, допускаемые в ходе оперативно-розыскной деятельности, а следовательно — в связи с уголовным судопроизводством. Но сегодня Пленум Верховного Суда РФ однозначно отграничил провокационные нарушения, допускаемые в ходе оперативно-розыскной деятельности, от деяний, предусмотренных ст. 304 УК РФ. «От преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ, следует отграничивать подстрекательские действия сотрудников правоохранительных органов, спровоцировавших должностное лицо или лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, на принятие взятки или предмета коммерческого подкупа»<sup>2</sup>.

Сложность конструирования составов преступлений, направленных против законности осуществления судопроизводства, определяется бланкетным характером соответствующих правовых норм. Проблемы усугубляются перестроечным периодом уголовного судопроизводства, длящимся уже более 20 лет (после принятия Конституции РФ 1993 г.).

Конституция провозгласила абсолютно новые основы правопонимания и приоритета ценности неотъемлемых прав личности, в первую очередь — личности, вовлеченной в сферу уголовного судопроизводства. За годы действия Конституции РФ уголовно-процессуальное право было насыщено новыми, неизвестными ранее терминами — «реабилитация», «непричастность к совершению преступления», «уголовное преследование», «суд присяжных», «собираение доказательств защитником подозреваемого или обвиняемого», «алиби» и др. Технологические изменения, соответствующие новому принципиальному подходу, не могут быть одномоментными. Говоря о переходном периоде современного уголовного процесса, хочется привести слова Л.В. Головки: «В такой ситуации возникает острая потребность в концептуальном переосмыслении даже тех институтов, практическая ценность которых сама по себе сомнений не вызывает... Речь при этом, разумеется, идет о переосмыслении отнюдь не абстрактном, поскольку нас прежде всего интересует вполне конкретная проблема совместности или несовместности данного института с теми или иными моделями уголовного процесса,

<sup>2</sup> П. 34 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 № 24 (ред. от 03.12.2013) «О судебной практике по делам о взятничестве и об иных коррупционных преступлениях» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 9; 2014. № 1.

поиск оптимальной из которых для России, по-видимому, будет не только в ближайшие годы продолжаться, но и активизироваться»<sup>3</sup>.

Начнем с преступления, предусмотренного ст. 299 УК РФ — «Привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности». Из ч. 2 этой статьи следует, что преступные действия выражаются в обвинении, а не в признании заведомо невиновного человека виновным в совершении преступления, то есть речь идет об уголовном преследовании.

Уголовное преследование — это не привлечение к уголовной ответственности, а лишь предварительная деятельность, имеющая целью выяснение наличия или отсутствия оснований для такого привлечения. «Возбуждение уголовного дела против конкретного лица, привлечение его в качестве обвиняемого предполагает осуществление процессуальных действий с предварительной оценкой содеянного. Окончательно же вопрос об уголовной ответственности определяет приговор суда, вступивший в законную силу»<sup>4</sup>.

Уголовному процессу присущи свои понятия, корреспондирующие уголовно-правовым, они соотносятся с последними в качестве формы по отношению к содержанию. «Постановлению обвинительного приговора», соответствует «привлечение к уголовной ответственности», а «вынесению постановления о прекращении уголовного дела и (или) уголовного преследования или об отказе в возбуждении уголовного дела» — «освобождение от уголовной ответственности».

При этом следует отметить, что в отношении постановления об отказе в возбуждении уголовного дела вышесказанное составляет отчасти концептуальную гипотезу. Если, например, истек срок давности привлечения к уголовной ответственности, в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 24 УПК РФ, освобождение от уголовной ответственности должно быть оформлено постановлением об отказе в возбуждении уголовного дела, это бесспорно. Но нет полной ясности в части иных оснований освобождения от уголовной ответственности. Представляется справедливым, что правовой порядок отказа в возбуждении уголовного дела должен служить «полноправной процессуальной формой освобождения от уголовной ответственности не только в связи с истечением сроков давности (п. 1 ч. 3 ст. 24 УПК РФ), но и по всем остальным основаниям»<sup>5</sup>.

Понятие уголовного преследования еще полностью не утвердилось в российском уго-

<sup>3</sup> Головки Л.В. Постсоветская теория судебного контроля в досудебных стадиях уголовного процесса: попытка концептуального переосмысления // Государство и право. 2013. № 9. С. 17–32.

<sup>4</sup> Уголовное право РФ. Общая часть / под ред. В.С. Комиссарова, Н.Е. Крыловой, И.М. Тяжковой. 2-е изд. М.: Статут, 2014. С. 158.

<sup>5</sup> Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. С. 305.

ловно-процессуальном законодательстве, а в тех государствах, где оно органически присуще уголовному процессу, отсутствует понятие уголовного дела. Действующий УПК РФ о таком процессуальном действии, как возбуждение уголовного преследования, говорит лишь дважды и только в ч. 5, посвященной международному сотрудничеству (ст. 459 и 464). Для России действует порядок возбуждения уголовного дела, лишь подразумевающий под собой возбуждение уголовного преследования, если дело возбуждается в отношении конкретного лица (конкретных лиц).

В отношении некоторых составов преступлений (например, всех преступлений «против правосудия») не мыслится иное уголовно преследуемое лицо, чем определенное ходом публичных мероприятий. Однако уголовно-процессуальное законодательство не выделяет категории преступлений, которые могли быть совершены лишь определенным лицом. Для обеспечения прав фактически уголовно преследуемых лиц законодатель ввел понятие «защитник лица, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении» (п. 6 ч. 3 ст. 49 УПК РФ). Но это понятие предполагает, что гражданин сам определит себя в категорию уголовно преследуемых лиц (путем привлечения защитника). В качестве дополнительной гарантии прав личности, вовлеченной в сферу уголовного судопроизводства, эта мера вполне достаточна, но если вести речь об уголовной ответственности, связанной с такой категорией, как «уголовное преследование», то необходимой конкретики, без которой не может существовать уголовное право, мы не добьемся. Поэтому на сегодняшний день заменить слова «привлечение к уголовной ответственности» на словосочетание «уголовное преследование» в ст. 299 УК РФ не представляется возможным. При дальнейшем поиске правильной формулировки важно не утратить того преимущества термина «уголовное преследование», которое служит правовой охране прав лица, в отношении которого ведется производство по применению принудительной меры медицинского характера. Действующая ст. 299 УК РФ на это лицо как на потерпевшего не распространяется, поскольку в ней говорится о невиновном, а при исследовании обстоятельств совершения общественно опасного деяния невменяемым совсем нет речи о вине. Поэтому целесообразно найти для ст. 299 УК РФ общее понятие уголовно преследуемых лиц, включающих и такое лицо.

Представляется, что общее понятие для всех, напрасно вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства на стороне защиты, — «невиновность или непричастность к совершению деяния, инкриминируемого лицу в ходе уголовного судопроизводства». Что касается уголовного преследования лиц, причастность которых не исключена, но которые не подлежат уголовному пресле-

дованию по причине наличия оснований к освобождению от уголовной ответственности, то это деяние не охвачено ст. 299 УК РФ, хотя его общественная опасность видится не меньшей. Например, на основании амнистии лицо должно быть освобождено от уголовной ответственности вне дискреционного характера полномочий органов, ведущих уголовное судопроизводство. Поэтому следует расширить сферу объекта преступления, предусмотренного ст. 299 УК РФ, включив в него права и свободы лица, заведомо не подлежащего уголовному преследованию по иным основаниям (чем невиновность или непричастность).

Далее — ст. 300 УК РФ «Незаконное освобождение от уголовной ответственности». Логически понятие «незаконности решения об освобождении от уголовной ответственности» является более широким по отношению к оправдательному или освобождающему решению в отношении заведомо виновного лица.

По смыслу этой статьи имеется в виду уголовный закон (освобождение от уголовной ответственности заведомо виновного). Но буквально можно распространить ее и на уголовно-процессуальный закон. Нарушить уголовно-процессуальный закон при освобождении от уголовной ответственности можно и иным способом, чем освободить заведомо виновного. Следовательно может, например, нарушить закон, принимая решение об освобождении невиновного, невзирая на наличие у самого следователя оснований для самоотвода. Поэтому более четкой видится формулировка: «Вынесение или утверждение уголовно-процессуальных решений, с которыми связано прекращение уголовного преследования в отношении лица, заведомо не подлежащего освобождению от уголовной ответственности и (или) уголовного преследования».

Привлечь лицо к уголовной ответственности (вынести обвинительный приговор), согласно конституционной норме о презумпции невиновности, вправе только суд. Право освобождения от уголовной ответственности действующим законодательством предоставлено также следователю (дознавателю), а в случаях, когда основания освобождения от уголовной ответственности выясняются по уголовному делу, поступившему к прокурору с обвинительным актом или обвинительным постановлением, — также прокурору.

В ст. 300 УК РФ дано перечисление должностных лиц, являющихся специальными субъектами данного преступления. Этот перечень отражает прежний уголовно-процессуальный порядок, действовавший на основе УПК РСФСР 1960 г.

В современном уголовном процессе тот участник уголовного судопроизводства, который в ст. 300 УК РФ назван лицом, производящим дознание, именуется дознавателем. При этом применительно к действующему УПК можно только

гадать, кто может иметься в виду под понятием «лицо, производящее дознание». Ряд полномочий, отнесенных к сфере органов дознания, предоставлен не дознавателю, а именно органу дознания. В соответствии со ст. 157 УПК РФ, при наличии признаков преступления, по которому производство предварительного следствия обязательно, орган дознания возбуждает уголовное дело и производит неотложные следственные действия. В таком случае решение принимается коллективно на началах субординации: решение утверждается обычно дважды — начальником подразделения дознания и начальником территориального органа дознания. Но первую подпись может поставить сотрудник, уполномоченный руководителем органа дознания на определенные действия и принятие решений и не занимающий должности дознавателя.

Не занимающий должности дознавателя сотрудник органа дознания мог быть привлечен к производству отдельных процессуальных, в том числе следственных, действий, давших основу общему решению органа дознания. Но если он даже не ставил своей подписи на решении о возбуждении уголовного дела в отношении лица, он и в категорию субъекта преступлений, предусмотренных гл. 31 УК РФ, никак не попадает, а по определению он ближе всего к понятию «лица, производящего дознание». Поэтому замена понятия «лицо, производящее дознание» термином «дознаватель» представляется необходимой.

И все же не ясно, кто несет ответственность в случае возбуждения уголовного дела органом дознания. Поэтому важно выделение в ст. 299 и 300 УК РФ двух действий:

- принятие решений и
- их утверждение.

Кроме того, постановление о направлении уголовного дела в суд для применения принудительной меры медицинского характера утверждается прокурором.

В целом выход видится в скрупулезном отражении всех процессуальных действий, при помощи которых возбуждается, продолжается и прекращается уголовное преследование, в ст. 299 и 300 УК РФ, в том, чтобы изложить их в следующей редакции.

**«Статья 299. Вынесение или утверждение уголовно-процессуальных решений, с которыми связано возбуждение уголовного преследования в отношении лица, заведомо невиновного в совершении преступления либо не причастного к инкриминируемому деянию или по иным основаниям не подлежащего уголовному преследованию**

1. Вынесение или утверждение уполномоченным должностным лицом в ходе досудебного уголовного судопроизводства в отношении лица, заведомо невиновного в совершении преступления либо не причастного к инкриминируемому

деянию или по иным основаниям не подлежащего уголовному преследованию, постановлений о возбуждении уголовного дела, о применении к нему меры пресечения до предъявления обвинения, о направлении уголовного дела в суд для применения принудительной меры медицинского характера, а равно вынесение в отношении такого лица постановления о привлечении его в качестве обвиняемого либо уведомление такого лица о подозрении —

наказывается...

2. То же деяние, повлекшее тяжкие последствия или особо тяжкое преступление —

наказывается...»

**Статья 300. Вынесение или утверждение уголовно-процессуальных решений, с которыми связано прекращение уголовного преследования в отношении лица, заведомо не подлежащего освобождению от уголовной ответственности и (или) уголовного преследования**

Вынесение или утверждение уполномоченным должностным лицом в ходе досудебного уголовного судопроизводства в отношении лица, заведомо не подлежащего освобождению от уголовной ответственности и (или) уголовного преследования, постановления об отказе в возбуждении уголовного дела либо о прекращении уголовного дела и (или) уголовного преследования —

наказывается...»

Статья 308 УК РФ («Отказ свидетеля или потерпевшего от дачи показаний») действует в новой редакции, данной Федеральным законом от 28.12.2013 № 432-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в целях совершенствования прав потерпевших в уголовном судопроизводстве». Согласно действующей редакции, преступлением является уклонение потерпевшего от прохождения освидетельствования, от производства в отношении него судебной экспертизы в случаях, когда не требуется его согласие, или от предоставления образцов почерка и иных образцов для сравнительного исследования. К сожалению, данная норма не согласуется с уголовно-процессуальным производством.

Во-первых, действующий УПК РФ не содержит случаев, когда не требуется согласия потерпевшего на проведение в отношении него какого-либо поискового (обследующего) действия. Слова «когда не требуется его согласие» (ст. 308 УК РФ) в равной мере можно отнести как к одной лишь судебной экспертизе, так и к судебной экспертизе и освидетельствованию. Но в любом случае ни в отношении судебной экспертизы, ни в отношении освидетельствования норм о принуждении потерпевшего в УПК РФ не содержится.

Некий след обязательности мы видим в ст. 196 УПК РФ («Обязательное назначение судебной экспертизы»). Но слово «обязательное» адресова-

но органу, ведущему уголовное судопроизводство. Если бы обязывался потерпевший, то обязательным было бы участие в производстве экспертизы, а такого понятия УПК РФ не содержит.

По делам публичного обвинения возможно принудительное вовлечение в сферу уголовного судопроизводства потерпевшего, не подававшего заявления о совершенном в отношении него преступлении. Возможно, что он не желает давать показания против своего близкого родственника. При этом такие процессуальные действия, как освидетельствование, предоставление образцов для сравнительного исследования и судебная экспертиза, чаще всего производны от показаний потерпевшего. Если потерпевший оказался в больнице, и в связи с этим стало известно о его травмах, то возможно проведение судебно-медицинской экспертизы по медицин-

ским документам, выемка которых возможна по решению суда. В любом случае поиск той грани, за которой прекращается конституционное право «свидетельского иммунитета», в сфере «молчаливого свидетельства» (предоставления себя для обследования) составляет актуальную проблему уголовного судопроизводства, на решение которой потребуется время и исследование следственно-судебной практики. На данный момент норма об уголовной ответственности лица, признанного потерпевшим по уголовному делу, за уклонение от прохождения освидетельствования, от производства в отношении него судебной экспертизы или от предоставления образцов для сравнительного исследования носит декларативный характер, поскольку не подкреплена процессуальным механизмом обязательного прохождения указанных процедур.

#### Библиография:

1. Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. 544 с.
2. Головки Л.В. Постсоветская теория судебного контроля в досудебных стадиях уголовного процесса: попытка концептуального переосмысления // Государство и право. 2013. № 9. С. 17–32.
3. Уголовное право РФ. Общая часть / под ред. В.С. Комиссарова, Н.Е. Крыловой, И.М. Тяжковой. 2-е изд. М.: Статут, 2014. 878 с.

#### References (transliteration):

1. Golovko L.V. Al'ternativy ugovornomu presledovaniju v sovremennom prave. SPb.: Jurid. centr Press, 2002. 544 s.
2. Golovko L.V. Postsovetskaja teorija sudebnogo kontrolja v dosudebnyh stadijah ugovornogo processa: popytka konceptual'nogo pereosmyslenija // Gosudarstvo i pravo. 2013. № 9. S. 17–32.
3. Ugolovnoe pravo RF. Obshhaja chast' / pod red. V.S. Komissarova, N.E. Krylovoj, I.M. Tjazhkovoj. 2-e izd. M.: Statut, 2014. 878 s.

*Материал поступил в редакцию 20 мая 2015 г.*

### ***The problems of establishing the elements of crimes against justice in criminal judicial proceedings***

**SELINA, Elena Viktorovna** — Doctor of Law, Associate Professor, Professor of the Department of Criminal Law, Criminal Process and Forensic Studies of the Peoples' Friendship University of Russia.

[elena\_selina@bk.ru]

117198, Russia, Moskva, ul. Mikluho-Maklaya, 6.

**Review.** *The article considers the problems caused by the contradictions between the articles of the Criminal Code of the Russian Federation on crimes against justice with the changes that have occurred in the criminal procedure law. The author proposes new wording of Articles 299 and 300 of the Criminal Code. It is the duty of the victim, for nonperformance of which provides for criminal liability (article 308). The author compares the constitutional right for one not to testify against himself, his spouse or close relatives with the duty of the victim not to evade his forensic examination in cases where no consent of him is required, also from providing handwriting samples and other samples for comparative studies. The interpretation is proposed for the rule on the criminal liability of a person recognized as a victim in a criminal case for evasion from examination, judicial expertise, or from providing handwriting samples and other samples for comparative research, according to which it is merely declarative, since it is not supported by procedural mechanism for obligatory passage of these procedures.*

**Keywords:** *criminal prosecution, criminal proceedings, criminal proceedings, termination of criminal prosecution, a criminal case, the accused, the suspect, the court, the Prosecutor, the body of inquiry, investigator.*

## Об отражении значения преступлений небольшой и средней тяжести в институтах уголовного права

**Аннотация.** В статье раскрывается уголовно-правовое значение категорий преступлений, удельный вес которых в числе регистрируемых в стране составляет около трех четвертей. На основе анализа действующего уголовного законодательства делаются выводы о достаточно многообразном отражении такого значения в различных институтах уголовного права, о схожести уголовно-правового значения преступлений небольшой и средней тяжести, с одной стороны, и заметной обособленности их от значения тяжких и особо тяжких преступлений, с другой. Обращается внимание на несовершенство уголовного закона в рассматриваемом вопросе, предлагается ограничить круг деяний, признаваемых малозначительными, только теми, которые формально подпадают под признаки преступлений небольшой или средней тяжести.

**Ключевые слова:** категории преступлений, преступления небольшой и средней тяжести, уголовно-правовое значение, институты уголовного права, уголовное законодательство.

В общем числе преступлений, регистрируемых в стране, на долю преступлений небольшой и средней тяжести ежегодно приходится около 75 %. Причем в последние года этот показатель неуклонно растет с преобладанием в нем числа преступлений небольшой тяжести. В немалой степени это объясняется изменениями в уголовном законодательстве, связанными с расширением содержания названных категорий преступлений<sup>1</sup>. В этой связи можно задать вопрос о том, насколько широко отражается значение преступлений небольшой и средней тяжести в институтах уголовного права?

Уголовно-правовое значение категорий преступлений небольшой и средней тяжести на сегодняшний день раскрывается в следующих положениях УК РФ: при определении рецидива преступлений и его вида (п. «а» ч. 2, ч. 4 ст. 18 УК РФ); при установлении уголовной ответственности за приготовление к преступлению (ч. 2 ст. 30 УК РФ); уголовной ответственности за преступления, совершенные преступным сообществом (преступной организацией) (ч. 4 ст. 35 УК РФ)<sup>2</sup>; при регламентации оснований и порядка применения отдельных видов уголовного наказания, его условного неприменения (ст. 48, 57, 59, ч. 1 ст. 56, ч. 2 ст. 53, ст. 53.1, п. «а» ч. 1 ст. 58, п. «а» ч. 1 ст. 61, ч. 1, 2 ст. 69, п. «б» ч. 1 ст. 73, ч. 4 ст. 74 УК РФ); регламентирующих освобождение от уголовной ответственности, наказания и от его отбывания (ч. 1 ст. 75, 76, п. «а», «б» ч. 1 ст. 78, п. «а» ч. 3, п. «б» ч. 7

ст. 79, ч. 2 ст. 80, ст. 80.1, п. «а», «б» ч. 1 ст. 83, п. «в» ч. 2 ст. 86 УК РФ); особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних (ч. 6 ст. 88, ч. 1 ст. 90, ч. 1, 2 ст. 92, 93, 94, п. «б» ст. 95 УК РФ).

В связи с приведенной характеристикой прежде всего обратим внимание на то, как категории преступлений небольшой и средней тяжести вписываются законодателем при регламентации тех или иных институтов уголовного права.

1. При определении уголовно-правового значения преступлений небольшой и средней тяжести законодатель в ряде случаев такое значение дифференцирует в зависимости от формы вины. Однако поскольку умышленные и неосторожные преступления входят в содержание каждой из названных категорий преступлений, такая дифференциация обоснована в том случае, когда она проводится с учетом дополнительных признаков. В этой связи обратим внимание на две ситуации.

Во-первых, при определении круга осужденных, которым отбывание наказания в виде лишения свободы назначается в колонии-поселении, таких признаков два: а) вид наказания, который не имеет значения для лиц, осужденных за преступления, совершенные по неосторожности, и имеет значение для осужденных за умышленные преступления — лишение свободы; б) факт отбывания этого же вида наказания ранее (п. «а» ч. ст. 58 УК РФ). Примером же необоснованной, по нашему мнению, дифференциации уголовно-правового значения преступлений небольшой и средней тяжести может служить норма, предусмотренная в ч. 4 ст. 74 УК РФ: в случае совершения условно осужденным в течение испытательного срока преступления по неосторожности либо умышленного преступления небольшой или

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. 2001. № 11. Ст. 1102.

<sup>2</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.06.2010 № 12 (п. 2, 3, 6–9) «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участия в нем (ней)» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 8.

средней тяжести вопрос об отмене или о сохранении условного осуждения решается по усмотрению суда. Однако учитывая тот факт, что неосторожное преступление — это всегда преступление либо небольшой, либо средней тяжести представляется излишним в приведенной норме говорить не только о неосторожной, но и об умышленной форме вины. Сказанное касается и положения, предусмотренного п. «б» ч. 7 ст. 79 УК РФ.

Во-вторых, при определении понятия и видов рецидива законодатель, исключая судимости за преступления небольшой тяжести из рецидива преступлений (п. «а» ч. 4 ст. 18 УК РФ), зачем-то указывает только на умышленный характер таких преступлений. Это можно было бы объяснить содержанием общего понятия рецидива преступлений (ч. 1 ст. 18 УК РФ), но тогда следовало указать на умышленную форму вины и в п. «б» и «в» ч. 4 ст. 18 УК РФ. В конечном счете, за исключением ч. 1 ст. 18 УК РФ, это указание излишне даже применительно к преступлениям средней тяжести, так как неосторожные преступления, относящиеся к этой категории, ни при каких условиях не учитываются при определении рецидива преступлений, а умышленные (при признании рецидива опасным) — только при наличии как минимум четырех дополнительных признаков (условий): 1) наличие до этого двух или более судимостей; 2) наличие таких судимостей только за умышленное преступление средней тяжести; 3) такие судимости (осуждения) должны сопровождаться назначением наказания в виде лишения свободы; 4) первые три условия имеют значение только в том случае, когда этим же лицом совершается тяжкое преступление; (1) за это преступление лицо осуждается к лишению свободы, (2) исполнение назначенного наказания должно быть реальным (п. «а» ч. 2 ст. 18 УК РФ). Количество и характер названных признаков дает основание полагать, что судимости за преступления средней тяжести сами по себе не учитываются при признании рецидива преступлений.

2. Не могут не возникать вопросы по поводу регламентации наказания в виде принудительных работ и привязки этой меры к категориям совершенного преступления. Законодатель ограничивает применение данного вида наказания не только определенными категориями преступлений, но и сроком наказания в виде лишения свобода — 5 лет. В этой связи возникает два вопроса.

Во-первых, если принудительные работы могут назначаться только как альтернатива уже назначенному наказанию в виде лишения свободы в случаях, когда оба этих вида наказания обозначены в соответствующей санкции, почему суд не может делать это сразу? Е. Благов верно отмечает, что требование закона сначала назначить одно наказание, а потом вместо него другое противоречит логике принятия уголовно-правовых решений. К тому же такая одномоментная замена более строгого наказания менее строгим не соответствует правилу, изложенному в ч. 1 ст. 60

УК РФ: «более строгий вид наказания из числа предусмотренных за совершенное преступление назначается только в случае, если менее строгий вид наказания не сможет обеспечить достижение целей наказания»<sup>3</sup>. Автор также полагает, что указанная альтернативность противоречит ч. 1 ст. 45 УК РФ, где принудительные работы отнесены к числу основных видов наказаний<sup>4</sup>. По нашему же мнению, противоречие заключается не только в этом, но и в требовании назначения принудительных работ только в порядке замены лишению свободы (ч. 2 ст. 53 УК РФ), в то время как в санкциях соответствующих статей принудительные работы могут назначаться без таковой. Поэтому указание на альтернативность рассматриваемого вида наказания в ст. 53.1 УК РФ следует исключить<sup>5</sup>.

Во-вторых, ограничение 5 годами лишения свободы в данном случае наводит на мысль, что это условие может касаться осуждения только за неосторожное преступление средней тяжести, наказуемое свыше указанного ограничения, и тяжкое преступление, совершенное впервые, так как, согласно ч. 4 ст. 15 УК РФ, максимальный срок наказания в виде лишения свободы для данной категории установлен в 10 лет. А если преступления небольшой или средней тяжести, тяжкие преступления совершены в совокупности, распространяется ли на такие случаи рассматриваемое условие? Скорее всего, да, но тогда об этом нужно было прямо сказать в законе.

3. И еще об одном обстоятельстве: о сроках давности привлечения к уголовной ответственности. Полноценное рассмотрение этого вопроса, очевидно, требует не только специального уголовно-правового, но и криминологического обоснования, что выходит за рамки настоящей статьи. Возможно, с учетом принципов равенства, справедливости и гуманизма, оптимально положение, при котором сроки давности соответствуют максимальным срокам лишения свободы, установленным за совершение преступлений определенных категорий<sup>6</sup>. Однако в существующем решении данной проблемы

<sup>3</sup> Благов Е. Принудительные работы // Уголовное право. 2012. № 2. С. 15–16. См. также: Бриллиантов А.В. Правовые проблемы применения принудительных работ // Уголовное право. 2012. № 6. С. 16.

<sup>4</sup> См.: Там же.

<sup>5</sup> О совершенствовании законодательной регламентации данного вида наказания см. также: Тепляшин П.В. Новый Закон об уголовном наказании в виде принудительных работ // Законность. 2013. № 9. С. 43–44; Иванцова Н.В., Калачян К.Ю. Принудительные работы — альтернативный или самостоятельный вид наказания: пути правильного подхода // Российская юстиция. 2012. № 8. С. 58–61.

<sup>6</sup> См., напр.: Букалерева Л.В., Шельменкова Я.Ю. К вопросу об освобождении от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности // Административное и муниципальное право. 2013. № 9. С. 910–916; Балафендиев А. Освобождение от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности по УК РФ // Уголовное право. 2011. № 1. С. 4–8; Мальцев В. Освобождение от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности // Уголовное право. 2006. № 1. С. 46–48; Курс уголовного права. Общая часть / под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. Т. 2: Учение о наказании. М.: Зерцало, 1999. С. 187–188.

в ст. 78 УК РФ это предположение не находит своего отражения. Законодатель, дважды изменив содержание интересующих нас категорий преступлений с момента вступления в силу УК РФ 1996 г. (Федеральными законами от 09.03.2001 № 25-ФЗ, от 07.12.2011 № 420-ФЗ), по-видимому, забыл привести в соответствие с этими изменениями положения уголовного закона, которые являются базовыми для института давности. Лицо, совершившее преступление небольшой тяжести, по-прежнему освобождается от уголовной ответственности, если со дня его совершения истекло 2 года (при максимальной наказуемости данной категории преступлений лишением свободы сроком в 3 года). Лицо, совершившее преступление средней тяжести, по-прежнему освобождается от уголовной ответственности, если со дня его совершения истекло 6 лет (при максимальной наказуемости данной категории преступлений сроком в 5 лет лишения свободы за умышленные преступления) (п. «а», «б» ч. 1 ст. 78 УК РФ). Если такого рода выгода для одних и невыгода для других была сделана сознательно, было бы интересно ознакомиться с обоснованием такого решения. Сказанное касается и сроков давности, о которых идет речь в ст. 83 УК РФ.

Какие выводы можно сделать из приведенной характеристики уголовно-правового значения преступлений небольшой и средней тяжести?

Во-первых, значение названных категорий преступлений достаточно четко отличается от значения двух других: категорий тяжких и особо тяжких преступлений. Лишь в двух случаях значение преступлений небольшой и средней тяжести «перекликается» со значением тяжких преступлений: в одном — оно полностью уравнивается в значении с ними, когда речь идет о возможности условно-досрочного освобождения от отбывания наказания несовершеннолетнего (п. «а» ст. 93 УК РФ), в другом — уравнивается значение преступлений только средней тяжести с тяжкими преступлениями, когда речь опять же идет об особенностях уголовной ответственности несовершеннолетних: «Несовершеннолетний, осужденный к лишению свободы за совершение преступления средней тяжести, а также тяжкого преступления, может быть освобожден судом от наказания и помещен в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа» (ч. 2 ст. 92 УК РФ). Относительно меньшую обособленность преступлений небольшой и средней тяжести от других категорий преступлений, присущую институту уголовной ответственности несовершеннолетних, можно объяснить, во-первых, распространением действия на эту категорию лиц, совершивших преступление, общих положений УК РФ (предусмотренных, например, ч. 2 ст. 30, п. «а» ч. 1 ст. 61, ст. 69, ч. 1 ст. 75 УК РФ), во-вторых, спецификой преступности несовершеннолетних, в-третьих, социально-психологическими особенностями лиц в возрасте от

14 до 18 лет и спецификой мер, применяемых в связи с совершением ими преступлений<sup>7</sup>.

Во-вторых, при формальном показателе неравенства преступлений небольшой и средней тяжести в 2 года лишения свободы по умышленным преступлениям и в 7 лет (имея в виду, например верхний предел санкции, предусмотренной в ч. 3 ст. 267 УК РФ) по неосторожным, уголовно-правовое значение этих категорий преступлений во многом схоже. По существу, оно заметно отличается лишь в условиях применения наказания в виде лишения свободы (ст. 56 УК РФ) и в сроках давности привлечения к уголовной ответственности (ст. 78 УК РФ) и давности исполнения обвинительного приговора (ст. 83 УК РФ). При этом интересно, что сроки погашения судимости для этих категорий преступлений одинаковые (ст. 86 УК РФ). В связи с чем труднообъяснимыми представляются и установленные разрывы в сроках первого вида (от 2 до 6 лет) и полное отсутствие таковых в сроках последнего вида.

В-третьих, при достаточно многообразном проявлении уголовно-правового значения преступлений небольшой и средней тяжести в различных институтах уголовного права оно могло бы, на наш взгляд, проявлять себя и еще в одном случае.

Наряду с делением преступлений на категории в ст. 15 УК РФ, формально преступные деяния подразделяются в рамках ст. 14 УК РФ на две группы: «полноценно» преступные, то есть характеризующиеся всеми признаками преступления (ч. 1) и не являющиеся преступными в силу отсутствия общественной опасности (ч. 2), получившими название «малозначительных деяний». В стремлении определить круг деяний последнего вида в науке уголовного права высказываются предложения различного рода. Одни авторы в современной литературе предлагают именовать их «уголовными проступками»<sup>8</sup>. Другие, не решая проблему малозначительных деяний, этим же самым понятием предлагают обозначать преступления небольшой тяжести<sup>9</sup>, что соответствует традиционной теории уголовных проступков<sup>10</sup>. По

<sup>7</sup> См. также: Комментарий к Уголовному кодексу РФ / под ред. Ю.И. Скуратова, В.М. Лебедева. М.: Инфра-М: Норма, 1996; Комментарий к Уголовному кодексу РФ / под ред. А.В. Наумова. М.: Юристъ, 1996; Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть: курс лекций. М.: Юрид. лит., 1997.

<sup>8</sup> См., напр.: Михаль О.А., Власов Ю.А. Об уголовном проступке в российском уголовном праве // Современное право. 2014. № 3. С. 110–115; Рогова Е.В. Уголовный проступок в системе категоризации преступлений // Российский следователь. 2011. № 16. С. 26–29.

<sup>9</sup> См., напр.: Акутаев Р.М. Об уголовных проступках и категоризации преступлений в свете Постановления Конституционного Суда РФ от 14.02.2013 // Российская юстиция. 2013. № 5. С. 41–45.

<sup>10</sup> См., напр.: Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. М.: Изд-во МГУ, 1969; Костяркина И.О. Преступление и проступок в советском уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1989; Бишимбаева А.В. Проступок в уголовном праве (теоретические и практические аспекты): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Астана, 2007; Коняхин В.П., Жук М.С. Право уголовных проступков как

мнению Н.Г. Иванова, малозначительные деяния не достигают степени общественной опасности преступления и должны влечь за собой применение мер административного или дисциплинарного взыскания<sup>11</sup>. В попытках разрешить рассматриваемую проблему в литературе высказываются предложения и иного рода, в частности о завершении редакции нормы, предусмотренной в ч. 2 ст. 14 УК РФ, словами «присущей преступлению»<sup>12</sup>, о дополнении ее указанием наиболее широкий круг признаков, с учетом которых правоприменителю можно констатировать малозначительность деяния. В последнем случае, например В. Цепелев и Н. Мартыненко, основываясь на постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 24.05.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса РФ об административных правонарушениях»<sup>13</sup>, предложили следующую редакцию нормы о малозначительности в уголовном праве: «Не является преступлением действие (бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, но с учетом характера совершенного деяния, роли лица, его совершившего, тяжести наступивших последствий не представляющее большой общественной опасности»<sup>14</sup>.

В каждой из приведенных позиций есть «своя» правда. На наш взгляд, при сохранении понятия малозначительных деяний, а точнее — нормы, их

регламентирующей, последнее предложение наиболее конструктивно. Как показывает практика, в нем не хватает одного: указания на необходимость учета *обстоятельств, в силу которых содеянное не достигает степени общественной опасности, присущей преступлению* (например, для умышленных преступлений это направленность умысла, степень его реализации и причины частичной реализации). Вместе с тем круг формально уголовно-противоправных деяний, «претендующих» на признание их малозначительными, может быть ограничен указанием еще и на категории преступлений, которые могут признаваться малозначительными. В этой связи существующая редакция ч. 2 ст. 14 УК РФ могла бы быть изложена так: «Не является преступлением *небольшой или средней тяжести* действие (бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности». Отсюда следует, что деяния, подпадающие под признаки тяжких и особо тяжких преступлений, ни при каких условиях не должны признаваться малозначительными. Аналогом данного предложения может служить законодательное решение об исключении уголовной ответственности за приготовление к преступлениям небольшой и средней тяжести (ч. 2 ст. 30 УК РФ).

#### Библиография:

1. Акутаев Р.М. Об уголовных проступках и категоризации преступлений в свете Постановления Конституционного Суда РФ от 14.02.2013 // Российская юстиция. 2013. № 5. С. 41–45.
2. Балафендиев А. Освобождение от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности по УК РФ // Уголовное право. 2011. № 1. С. 4–8.
3. Бишимбаева А.В. Проступок в уголовном праве (теоретические и практические аспекты): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Астана, 2007. 36 с.
4. Благов Е.В. Принудительные работы // Уголовное право. 2012. № 2. С. 15–18.
5. Благов Е.В. Актуальные проблемы уголовного права (Общая часть). Ярославль: Изд-во ЯрГУ, 2008. 303 с.
6. Бриллиантов А.В. Правовые проблемы применения принудительных работ // Уголовное право. 2012. № 6. С. 16–21.
7. Букалерева Л.В., Шельменкова Я.Ю. К вопросу об освобождении от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности // Административное и муниципальное право. 2013. № 9. С. 910–916.
8. Иванов Н.Г. Модельный уголовный кодекс: Общая часть. Опус 1. М.: Юнити-Дана, 2003. 143 с.
9. Иванцова Н.В., Калачян К.Ю. Принудительные работы — альтернативный или самостоятельный вид наказания: пути правильного подхода // Российская юстиция. 2012. № 8. С. 58–61.
10. Комментарий к Уголовному кодексу РФ / под ред. А.В.Наумова. М.: Юристъ, 1996. 824 с.
11. Комментарий к Уголовному кодексу РФ / под ред. Ю.И.Скуратова, В.М.Лебедева. М.: Инфра-М: Норма, 1996. 592 с.
12. Коняхин В.П., Жук М.С. Право уголовных проступков как подотрасль российского уголовного права: прогностический анализ // Российский следователь. 2012. № 23. С. 6–9.
13. Костяркина И.О. Преступление и проступок в советском уголовном праве: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 1989. 23 с.

подотрасль российского уголовного права: прогностический анализ // Российский следователь. 2012. № 23. С. 6–9.

<sup>11</sup> Иванов Н.Г. Модельный уголовный кодекс: Общая часть. Опус 1. М.: Юнити-Дана, 2003. С.49.

<sup>12</sup> См.: Уголовный закон: Опыт теоретического моделирования. М.: Наука, 1987. С. 121; Благов Е.В. Актуальные проблемы уголовного права (Общая часть). Ярославль: Изд-во ЯрГУ, 2008. С. 45–46.

<sup>13</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 6.

<sup>14</sup> Цепелев В., Мартыненко Н. Малозначительность деяния в судебной практике и интересы потерпевшего // Уголовное право. 2012. № 3. С. 71.

14. Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. М.: Изд-во МГУ, 1969. 232 с.
15. Курс уголовного права. Общая часть / под ред. Н.Ф.Кузнецовой, И.М. Тяжковой. Т. 2: Учение о наказании. М.: Зерцало, 1999. 464 с.
16. Мальцев В. Освобождение от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности // Уголовное право. 2006. № 1. С. 45–49.
17. Михаль О.А., Власов Ю.А. Об уголовном проступке в российском уголовном праве // Современное право. 2014. № 3. С. 128–132.
18. Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть: курс лекций. М.: Юрид. лит., 1997. 496 с.
19. Рогова Е.В. Уголовный проступок в системе категоризации преступлений // Российский следователь. 2011. № 16. С. 26–29.
20. Тепляшин П.В. Новый Закон об уголовном наказании в виде принудительных работ // Законность. 2013. № 9. С. 43–44.
21. Цепелев В., Мартыненко Н. Малозначительность деяния в судебной практике и интересы потерпевшего // Уголовное право. 2012. № 3. С. 71–74.

#### References (transliteration):

1. Akutaev R.M. Ob ugovolnyh prostupkah i kategorizacii prestuplenij v svete Postanovlenija Konstitucionnogo Suda RF ot 14.02.2013 // Rossijskaja justicija. 2013. № 5. S. 41–45.
2. Balafendiev A. Osvobozhdenie ot ugovolnoj otvetstvennosti v svjazi s istecheniem srokov davnosti po UK RF // Ugolovnoe pravo. 2011. № 1. S. 4–8.
3. Bishimbaeva A.V. Prostupok v ugovolnom prave (teoreticheskie i prakticheskie aspekty): avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. Astana, 2007. 36 s.
4. Blagov E.V. Prinuditel'nye raboty // Ugolovnoe pravo. 2012. № 2. S. 15–18.
5. Blagov E.V. Aktual'nye problemy ugovolnogo prava (Obshhaja chast'). Jaroslavl': Izd-vo JarGU, 2008. 303 s.
6. Brilliantov A.V. Pravovye problemy primeneniya prinuditel'nyh rabot // Ugolovnoe pravo. 2012. № 6. S. 16–21.
7. Bukalero L.V., Shel'menkova Ja.Ju. K voprosu ob osvobozhdenii ot ugovolnoj otvetstvennosti v svjazi s istecheniem srokov davnosti // Administrativnoe i municipal'noe pravo. 2013. № 9. S. 910–916.
8. Ivanov N.G. Model'nyj ugovolnyj kodeks: Obshhaja chast'. Opus 1. M.: Juniti-Dana, 2003. 143 s.
9. Ivancova N.V., Kalachjan K.Ju. Prinuditel'nye raboty — al'ternativnyj ili samostojatel'nyj vid nakazaniya: puti pravil'nogo podhoda // Rossijskaja justicija. 2012. № 8. S. 58–61.
10. Kommentarij k Ugolovnomu kodeksu RF / pod red. A.V. Naumova. M.: Jurist, 1996. 824 s.
11. Kommentarij k Ugolovnomu kodeksu RF / pod red. Ju.I. Skuratova, V.M. Lebedeva. M.: Infra-M: Norma, 1996. 592 s.
12. Konjahin V.P., Zhuk M.S. Pravo ugovolnyh prostupkov kak podotrasl' rossijskogo ugovolnogo prava: prognosticheskij analiz // Rossijskij sledovatel'. 2012. № 23. S. 6–9.
13. Kostjarkina I.O. Prestuplenie i prostupok v sovetskom ugovolnom prave: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. M., 1989. 23 s.
14. Kuznecova N.F. Prestuplenie i prestupnost'. M.: Izd-vo MGU, 1969. 232 s.
15. Kurs ugovolnogo prava. Obshhaja chast' / pod red. N.F. Kuznecovoj, I.M. Tjzhkovej. Т. 2: Uchenie o nakazanii. М.: Zercalo, 1999. 464 s.
16. Mal'cev V. Osvobozhdenie ot ugovolnoj otvetstvennosti v svjazi s istecheniem srokov davnosti // Ugolovnoe pravo. 2006. № 1. S. 45–49.
17. Mihal' O.A., Vlasov Ju.A. Ob ugovolnom prostupke v rossijskom ugovolnom prave // Sovremennoe pravo. 2014. № 3. S. 128–132.
18. Naumov A.V. Rossijskoe ugovolnoe pravo. Obshhaja chast': kurs lekcij. M.: Jurid. lit., 1997. 496 s.
19. Rogova E.V. Ugolovnyj prostupok v sisteme kategorizacii prestuplenij // Rossijskij sledovatel'. 2011. № 16. S. 26–29.
20. Tepljashin P.V. Novyj Zakon ob ugovolnom nakazanii v vide prinuditel'nyh rabot // Zakonnost'. 2013. № 9. S. 43–44.
21. Cepelev V., Martynenko N. Maloznachitel'nost' dejaniya v sudebnoj praktike i interesy poterpevshego // Ugolovnoe pravo. 2012. № 3. S. 71–74.

*Материал поступил в редакцию 2 февраля 2015 г.*

#### **Reflection on the importance of crimes of small and moderate significance within the criminal law institutions**

**IVANOV, Idar Lazarevic** — PhD in Law, Deputy Prosecutor of the Republic of Sakha (Yakutia).

[aidar-ivanov@yandex.ru]

677891, Russia, Yakutsk, ul. Lenina, 48.

**Review.** *The article explores the meaning of the criminal law categories of crimes, their share in the number registered in the country being about three-quarters. Based on analysis of existing penal laws conclusions are drawn on diverse reflection of their values in the various institutions of criminal law, the similarity of weight of criminal law offenses ranging from small to moderate, on the one hand, and their isolation from the visible weight of grave and especially grave crimes, on the other hand. The author draws attention to the shortcomings of the criminal law in the matter, it is proposed to limit the range of acts recognized as insignificant, only to those that fall under the formal signs of crime small or moderate.*

**Keywords:** *categories of crimes, crimes of small and moderate, criminally-legal value, institutes of criminal law, criminal law.*

## Реформирование уголовно-исполнительной системы России в истории страны и на современном этапе

**Аннотация.** В статье проводится анализ реализации положений Концепции развития уголовно-исполнительной системы РФ до 2020 г., закрепившей гуманистические основы реформирования пенитенциарной системы, а также идеологические истоки данных идей в политико-правовой мысли России XVIII в. Основываясь на указанных исторических позициях, автор подчеркивает важность большего привлечения общественности к осуществлению модернизации уголовно-исполнительной системы.

**Ключевые слова:** реформирование уголовно-исполнительной системы, гуманизация наказаний, Екатерина II, Проект Уголовного уложения 1813 г., наказание.

В октябре 2010 г. распоряжением Правительства РФ была утверждена Концепция развития уголовно-исполнительной системы РФ до 2020 г.<sup>1</sup> В документе, закрепившем основы реформирования системы на ближайшие годы, был провозглашен постепенный отход от созданной ранее системы колоний, в которых из-за высокой концентрации осужденных, имеющих негативные характеристики<sup>2</sup>, исполнение наказаний осуществлялось не так эффективно, к построению системы тюрем (планировалось устройство тюрем общего, усиленного и особого режимов при наличии колоний-поселений с обычным и усиленным наблюдением, колонии для несовершеннолетних преобразовывались в воспитательные центры). Кроме того, в нормативном правовом акте содержались положения по развитию системы наказаний, не связанных с лишением свободы. Идеи, изложенные в Концепции, были восприняты в

научном сообществе совершенно различно: ряд ученых (например Ю.А. Реент), анализируя утвержденный документ, в целом одобряли реформу, указывая, конечно, на наличие определенных проблем при реализации положений Концепции<sup>3</sup>; другие (например В.И. Селиверстов) в ряде выступлений указывали на недостатки документа (к таковым можно отнести и необходимость серьезного увеличения финансирования уголовно-исполнительной системы России)<sup>4</sup>. В 2013–2014 гг., следуя общему направлению, заданному Концеп-

<sup>1</sup> См.: Распоряжение Правительства РФ от 14.10.2010 №1772-р «Концепция развития уголовно-исполнительной системы РФ до 2020 г.» // Собрание законодательства РФ. 2010. № 43. Ст. 5544.

<sup>2</sup> К ним, считал директор ФСИН России в 2009–2012 гг. А.А. Реймер, относится увеличение количества осужденных к лишению свободы за тяжкие и особо тяжкие преступления; растет удельный вес лиц, больных хроническим алкоголизмом и наркоманией, различными психическими расстройствами: «контингент осужденных, поступающих в места лишения свободы, становится все более сложным и потенциально опасным». В результате «высокая степень концентрации таких лиц в одном исправительном учреждении создает питательные условия для различного рода негативных проявлений». К последним начальник ФСИН России относил «сохранение и распространение “воровских традиций”, притеснение основной массы осужденных со стороны криминальных “авторитетов”». (Реймер А.А. Новый этап реформы уголовно-исполнительной системы в России: задачи ведомственной науки // Обеспечение процессов реформирования исполнения наказаний в РФ: сб. материалов Междунар. науч.-практ. конф., (г. Рязань, 29–30 октября 2009 г.). Рязань: Акад. ФСИН РФ, 2010. С. 3–7).

<sup>3</sup> Проф. Ю.А. Реент пишет следующее: «Начавшаяся реформа Федеральной системы исполнения наказаний идет непросто. Звучат даже высказывания о ее приостановке из-за большого количества обращений и жалоб от обитателей мест лишения свободы в правозащитные организации. Но с другой стороны, как говорится, “волков бояться — в лес не ходить”». Резюмируя свое исследование, ученый обращает внимание на следующее: «В 2011 г. реформа УИС завершает первую свою фазу. Начатые преобразования уже позитивно влияют на повседневную жизнь исправительных учреждений. Мнения о Концепции разные, но все единодушны в одном: необходимость коренных преобразований пенитенциарной системы назрела давно, и если задуманные мероприятия удастся полностью реализовать, то выиграют от этого все. И те, кто исполняет уголовные наказания, и те, кто их отбывает, и общество в целом» (Реент Ю.А. Концептуальные подходы к реформированию уголовно-исполнительной системы России на рубеже XX–XXI вв. // Гуманитарно-пенитенциарный вестник: науч.-публ. альманах. Рязань: Акад. ФСИН РФ, 2012. Вып. 6. С. 163–178).

<sup>4</sup> См.: Селиверстов В.И. Доклад о Концепции развития уголовно-исполнительной системы в РФ на заседании Союза криминалистов и криминологов (15.02.2011, МГЮА). URL: [http://www.crimpravo.ru/blog/ugolovno-ispolnitelnay\\_systema/768.html](http://www.crimpravo.ru/blog/ugolovno-ispolnitelnay_systema/768.html) (дата посещения: 04.02.2015); Доклад Постоянной комиссии по содействию ОНК и реформе пенитенциарной системы Совета «О ходе реформы Уголовно — исполнительной системы России и необходимости внесения изменений в концепцию реформы, создания институтов пробации и ресоциализации». URL: [http://www.president-sovet.ru/structure/group\\_10/materials/materialy\\_spetsialnogo\\_zasedanie\\_soveta/doklad\\_postoyannoy\\_komissii\\_po\\_sodeystviyu\\_onk\\_i\\_reforme\\_penitentsiarnoy\\_sistemy\\_soveta\\_o\\_khode\\_refo.php](http://www.president-sovet.ru/structure/group_10/materials/materialy_spetsialnogo_zasedanie_soveta/doklad_postoyannoy_komissii_po_sodeystviyu_onk_i_reforme_penitentsiarnoy_sistemy_soveta_o_khode_refo.php) (дата посещения: 10.01.2015).

цией, была утверждена Государственная программа «Юстиция»<sup>5</sup>. В указанной госпрограмме 2014 г. планировалось произвести реформирование в том числе и уголовно-исполнительной системы: стоимость подпрограммы «Регулирование государственной политики в сфере исполнения уголовных наказаний» в период с 2013 по 2020 гг. составляет 1957912203,1 тыс. руб. Учитывая определенные сложности в отечественной экономике (введение санкций, снижение цен на углеводороды, снижение доходной части бюджета и др.), представляется сомнительным предоставление вышеуказанной суммы в полной мере<sup>6</sup>.

Анализируя реализацию положений Концепции в последние годы, считаем необходимым особо учесть статистические показатели преступности (а в особенности — рецидивной преступности), а также международную оценку успешности реформирования пенитенциарной системы. Поданным Министерства внутренних дел РФ за 2014 г., органы внутренних дел рассмотрели 29,28 млн заявлений (сообщений) о преступлениях, об административных правонарушениях, о происшествиях, что на 3,3 % больше, чем за 2013 г.<sup>7</sup>; было зарегистрировано 2166,4 тыс. преступлений; каждое второе расследованное преступление (53,7 %) совершено лицами, ранее совершавшими преступления<sup>8</sup>. Как следует из характеристики, представленной ФСИН России на 01.01.2015 г., в учреждениях уголовно-исполнительной системы (далее — УИС) содержалось 671,7 тыс. чел. (в исправительных колониях отбывало наказание 550,8 тыс. чел., в колониях-поселениях — 40 тыс. и т.д.)<sup>9</sup>. При этом,

если исходить только из данных «Характеристики лиц, содержащихся в исправительных колониях для взрослых», количество лиц, совершивших преступления во второй раз в период с 2003 г. по 2013 г. снизилось (с 196350 до 129024), а количество лиц, совершивших преступления в третий и более раз — возросло более чем на 30 тыс. (в 2003 г. — 154508, в 2013 — 185368)<sup>10</sup>. В июле 2014 г. ФСИН России официально заявил, что в 727 исправительных колониях отбывают наказание не менее 556 тыс. чел., из которых 375 тыс. имеют по две и более судимости<sup>11</sup>. Таким образом, на данный момент, исходя из указанной статистической информации, не представляется возможным говорить о полноценном исправлении граждан после отбытия наказания, что связано как с организацией общественного контроля поведения лиц, отбывших наказание в виде лишения свободы, так и с негативными моментами реализации уголовно-исполнительной политики, к которым можно отнести условия содержания осужденных в учреждениях УИС (что подтверждается, например, решением Европейского Суда по правам человека в постановлении «Куликов против России» (жалоба № 48562/06), которая говорит о бесчеловечных условиях содержания в исправительной колонии<sup>12</sup>).

Для осуществления дальнейшего продуктивного реформирования уголовно-исполнительной системы необходимо использовать лучший исторический опыт. В этом контексте определенный интерес вызывают попытки реализации идей гуманизации наказания XVIII в. на практике, что позволит в существующих условиях предусмотреть возможные

<sup>5</sup> Данная госпрограмма была первоначально утверждена Распоряжением Правительства РФ от 04.04.2013 №517-р. Однако 15.04.2014 Распоряжение было отменено, государственная программа под таким же наименованием была утверждена Постановлением Правительства РФ. См.: Постановление Правительства РФ от 15.04.2014 № 312 «Об утверждении государственной программы РФ «Юстиция» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 18 (ч. II). Ст. 2158.

<sup>6</sup> Интересно, что целевыми индикаторами и показателями подпрограммы являются: «уровень побегов из-под охраны на 1 тыс. осужденных и заключенных; уровень привлечения к отбыванию наказания в виде исправительных работ (от числа осужденных к исправительным работам, подлежащих привлечению к труду); уровень привлечения к труду осужденных к наказанию в виде обязательных работ (от числа подлежащих привлечению к труду); количество жилых помещений специализированного жилищного фонда для сотрудников Федеральной службы исполнения наказаний; доля обеспеченности служебными жилыми помещениями сотрудников Федеральной службы исполнения наказаний; уровень денежного довольствия сотрудников Федеральной службы исполнения наказаний».

<sup>7</sup> «Всего возбуждено 1728,6 тыс. уголовных дел, что на 1,9 % меньше показателя аналогичного периода прошлого года» (Краткая характеристика состояния преступности РФ, в том числе в Крымском федеральном округе за январь-декабрь 2014 г. URL: <https://mvd.ru/reports/item/2994866/> (дата посещения: 19.02.2015).

<sup>8</sup> См.: Там же.

<sup>9</sup> См.: Краткая характеристика уголовно-исполнительной системы. URL: <http://фсин.рф/structure/inspector/iao/statistika/Kratkaya%20har-ka%20UIS/> (дата посещения: 19.02.2015).

<sup>10</sup> См.: Характеристика лиц, содержащихся в исправительных колониях для взрослых. URL: <http://фсин.рф/structure/inspector/iao/statistika/Xar-ka%20lic%20sodergahixsya%20v%20IK/> (дата посещения: 19.02.2015).

<sup>11</sup> Куликов В. Исправление тюрьмы // Российская газета. 2014. 19 июня. У М.И. Ивлиева, Н.В. Черемисиной приведены следующие данные: «Настораживают данные о числе преступлений, совершенных рецидивистами (лицами, уже имевшими судимость). С 2008 по 2013 гг. их число выросло на 17,7 % и составило 613 779 случаев. Динамика роста данного показателя отмечается в большинстве регионов РФ» (Ивлиев М.И., Черемисина Н.В. Экономико-статистический анализ криминогенной обстановки и уголовно-исполнительной системы в современной России // Социально-экономический явления и процесс. 2014. Т. 9. № 9. С. 51–57).

<sup>12</sup> ЕСПЧ впервые признал условия содержания в российской колонии бесчеловечными. URL: <http://european-court.ru/2012/11/27/11152/> (дата посещения: 03.03.2015). «Суд еще раз напоминает, что статьей 3 закрепляется одна из фундаментальных ценностей демократического общества. Конвенция полностью запрещает пытки, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание вне зависимости от обстоятельств или поведения пострадавшего... Суд отмечает, что заявитель провел более трех лет в заключении, находясь в бесчеловечных и унижающих достоинство условиях. Производя оценку на основании принципа справедливости, Суд присуждает заявителю 11500 евро, плюс любой налог, который может быть взыскан с этой суммой». С неофициальным переводом Постановления ЕСПЧ можно ознакомиться на официальном сайте Министерства юстиции РФ. URL: <http://minjust.ru/ru/kulikov-protiv-rossii-zhaloba-no-4856206> (дата посещения: 02.03.2015).

негативные последствия тех или иных действий. Попытки идеологического обоснования изменения ситуации в учреждениях, исполняющих наказание, предприняла Екатерина II в середине XVIII в. Ситуация в уголовно-исполнительной системе того времени, если исходить из имеющихся открытых данных, была сложной: во-первых, пенитенциарные учреждения переполнены (историк В.О. Ключевский пишет, что в тюрьмах к 1762 г., несмотря на освобождение до 17 тыс. чел. во время правления Елизаветы, оставалось до 8 тыс. подданных)<sup>13</sup>; во-вторых, содержание арестантов оставляло желать лучшего (как следует, например, из официальных отчетов 1767 г., лица, находящиеся в учреждении, содержались «до невозможности плохо», в казармах «теснота превеликая, крыши ветхи... продовольствие арестантов не обеспечено»<sup>14</sup>; подданные умирали без исповеди и причастия, так как «настоящие правительства перед духовенством о посещении их оставались без последствий, так как духовенство, поддерживаемое синодом, требовало жалованья, а дать его было не из чего»<sup>15</sup>).

Наличие очевидных недостатков отечественной системы исполнения наказаний подчеркивалась некоторыми зарубежными исследователями: так, например, пенитенциарист Кокс, анализируя содержание осужденных, обоснованно указывал на проблемы как уголовно-процессуального характера (чрезвычайную медлительность следствия и суда, что приводило к ситуации, когда некоторые арестанты находились в «русских тюрьмах» по 3 года, ожидая своей участи), так и организационным моментам исполнения наказаний (медицинская помощь больным арестантам «была поставлена очень слабо», заболевшие и здоровые продолжали оставаться в одном помещении. Только заразных переселяли в Москве в специальный барак)<sup>16</sup>.

На фоне таких проблем императрица в нескольких программных документах заявила о необходимости гуманного отношения к осужденным, важности разделения преступников в зависимости от общественной опасности совершенного деяния, необходимости предупреждения преступлений среди граждан, большем распространении правового просвещения<sup>17</sup>. Однако только некоторые

идеи просвещенного монарха были реализованы. М.Н. Гернет пишет, что в Москве построили острог, который был воздвигнут «под несомненным влиянием основных идей, вложенных Екатериною в ее проект тюремного устава». План и описание острога оставил известный исследователь тюрем того времени Джон Говард. Исходя из чертежа фасада здания, видно, что оно «не было чисто тюремного типа». М.Н. Гернет обращает особое внимание на внешний вид здания: «Нет внешней суровости, есть некоторая красота. К зданию, а именно к угловым башням, примыкают стены, окружающие с четырех сторон прямоугольный участок земли с тюремными зданиями». Руководствуясь идеями Екатерины, мужчин разместили отдельно от женщин. «Осужденные мужчины размещены в зданиях по левой стороне земельного участка. Число комнат в этих зданиях исчисляется от двух до трех. На плане обозначены часовня, помещение для стражи, будки для часовых, колодезь, колокольня, несколько дворов и пр. Размер тюремных камер вполне отвечал требованиям проекта Екатерины, а именно каждая из них имела по 3 сажени в длину и ширину и 2 сажени в высоту»<sup>18</sup>.

В это же время при Екатерине происходит некоторое усиление наказаний: так, например, в 1765 г. Сенат направляет в адрес губернаторов специальные указы, которые предоставляют помещикам право за «предерзостное состояние» отправлять своих людей в каторжную работу «на срок, который они сами посчитают необходимым»<sup>19</sup>, в 1775 г. в рамках изданного «Учреждения об управлении губерниями в Российской империи» предусматривалось создание смиренных и работных домов (к слову, «добро учрежденный» смиренный дом, если следовать логике ст. 391 указанного Учреждения,

наказания совершенному преступлению». Для этого императрица представила классификацию по роду преступлений, выделив четыре типа: 1. Против закона или веры, 2. Против нравов, 3. Против тишины и спокойствия, 4. Против безопасности граждан. На основе данной классификации можно представить следующую систему наказаний: «За преступления первого типа предлагалось изгнание из храмов, удаление из своих сообществ. По второму — исправительные наказания, для укрощения «дерзости обоего пола», — штрафы, лишение общественных выгод, бесчестие, изгнание из общества. Наказания за преступления третьего типа, по мысли императрицы, должны были заключаться в исправлении и «в других наказаниях, которые отрезвляют беспокойные умы и обращают их к порядку». По четвертому типу предполагалась смертная казнь. Таким образом, по трем типам из четырех проектировалось применение исправительных наказаний, к которым Екатерина II, бесспорно, относил и тюремное заключение» (Васильева С.А. Влияние личности Екатерины II на возникновение идеи исправления наказания в Российской империи // *Личность в истории Нового и Новейшего времени: материалы Всерос. науч.-практ. конф. Рязань: Концепция*, 2014. С. 26–28.

<sup>18</sup> Гернет М.Н. Указ. соч. С. 250–251.

<sup>19</sup> Детков М.Г. Тюрьмы, лагеря и колонии России. URL: <http://4prison.ru/blog/wp-content/uploads/2010/04/Детков-М.Г.-Тюрьмы-лагеря-и-колонии-России.-Вердикт-IM-1999.pdf> (дата посещения: 21.02.2015).

<sup>13</sup> См.: Ключевский В.О. Русская история. М.: Междунар. отношения, 2007. С. 773.

<sup>14</sup> Информация о тяжелом состоянии в пенитенциарном ведомстве содержится в следующих источниках: Скоморох О.А. История тюремного служения христианской церкви в связи с пенитенциарными реформами XVIII–XIX вв. // *Вестник русской христианской гуманитарной академии*. 2011. Т. 12. Вып. 1. С. 240–249; Упоров И.В. Пенитенциарная политика России в XVIII–XX вв. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 131.

<sup>15</sup> Фридман Е.Ф. Материалы к изучению тюремного вопроса. СПб.: Паровая тип. Муллер и Богельман, 1894. С. 5.

<sup>16</sup> Гернет М.Н. История царской тюрьмы. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1951. С. 256.

<sup>17</sup> Как отмечают некоторые авторы (например, кандидат исторических наук С.А. Васильева), Екатерина «запретила пытки и потребовала соблюдать принцип соразмерности

«ограждает общество от многих про дерзостей»<sup>20</sup>), а в одной из статей документа предусматривается право тюремной администрации осуществлять телесные наказания заключенных за нарушения установленных тюремных правил (орудием, используемым при исполнении наказания, были прутья, количество ударов за проступок не могло быть более трех; кроме того, к лицу, находящемуся в учреждении, могло быть применено ограничение пищи хлебом и водой и размещение в темном карцере<sup>21</sup>).

Таким образом, гуманность императрицы по отношению к подданным на бумаге и реальность, неумолимо вторгающаяся в жизнь каждого человека, находились все-таки в разных измерениях. В связи с этим возникает вопрос о причинах нереализованности положений гуманизации наказаний в конце XVIII в. Анализируя различные источники, попробуем выделить несколько: во-первых, важнейшей причиной можно считать сложную экономическую ситуацию в стране (к таковой можно отнести рост внешнего долга: к концу XVIII в. он составлял уже 41 млн руб., общая сумма государственного долга составляла 216 млн руб.<sup>22</sup>); во-вторых, отсутствие государственного аппарата, могущего производить реформы; в-третьих, негативный опыт реформирования по Учреждениям 1775 г., когда не было выполнено решение о создании во всех губернских городах смиренных домов<sup>23</sup>. Четвертая возможная причина отказа Екатерины II от модернизации уголовно-исполнительной системы — внешнеполитические проблемы (к таковым, например, можно отнести революционное движение во Франции)<sup>24</sup>.

Однако проблемная повестка дня, заданная императрицей, оказала серьезное влияние на попытки реформирования уголовно-исполнительной системы: в начале XIX в. начинаются масштабные работы по модернизации уголовного законодательства России. В результате создается Проект Уголовного уложения 1813 г. Данный документ своей структурой по вопросам наказания напоминает Баварское уложение, что проявилось в подразделении наказаний за преступления на семь родов, каждый из которых подразделялся по степени в зависимости от уровня опасности

преступления, а также иных обстоятельств, оказывающих влияние на вину правонарушителя<sup>25</sup>: 1) казнь смертная; 2) смерть политическая; 3) лишение свободы и чести; 4) позорные наказания; 5) беспозорные лишения свободы, телесные наказания; 6) денежные пени; 7) церковные наказания<sup>26</sup>.

Исследователь уголовного права Н.С. Таганцев отмечал, что представленный проект Уложения, «отступая от всех исторических традиций России, весьма щедро рассыпал смертную казнь как за общественные, так и за частные преступления»<sup>27</sup>. Исследователи А.Г. Безверхов и В.С. Коростелев указывают в своем масштабном исследовании, что смертная казнь «содержалась в шестнадцати параграфах этого источника с указанием непосредственно в санкциях соответствующих статей об ответственности за конкретные разновидности преступлений либо путем отсылки к положениям общей части Уложения, регламентирующим применение этого вида наказания»<sup>28</sup>.

Данный документ так и не был принят. Необходимо отметить, что идея введения смертной казни, а также наличие определенных «преференций» потенциально-казненному (например, женщин могли казнить только путем отсечения головы) на практике указывали на политико-правовые идеи, бытующие у отечественных и некоторых зарубежных ученых. Таким образом, говорить о гуманизации наказаний в рамках Проекта не представляется возможным.

Попытки реализовать заложенные Екатериной II гуманистические идеи привели к созданию в 1819 г. Общества попечительного о тюрьмах. Его прототипом можно назвать Лондонское человеколюбивое общество<sup>29</sup>. Д. Тальберг подчеркнул интересное правовое положение новой общественной структуры: «При самом возникновении Попечительного о тюрьмах общества было каким-то незаконнорожденным детищем филантропии, какой-то аномалией в порядке организации обществ, оно являлось не то частным, не то государственным учреждением»<sup>30</sup>. Задачами общественно-государственной организации, состоявшей из крупных

<sup>20</sup> «В самом деле, учреждение этим законом 1775 г. смиренных и работных домов открыло новые просторы для произвола административной власти помещиков над крепостными, хозяев над рабочими, родителей над детьми» (Гернет М.Н. Указ. соч. С. 86).

<sup>21</sup> См.: Там же. С. 87.

<sup>22</sup> См.: Никулин Р.Л., Бредихин В.Е., Захарцев С.Н. Проблемы истории экономического развития России. Ч. 1: IX век — первая половина XIX века: учеб. пособие. Тамбов: Изд-во Тамб. гос. техн. ун-та, 2005.

<sup>23</sup> См.: Упоров И.В. Указ. соч. С. 132.

<sup>24</sup> См.: Тарасов О.А., Васильева С.А. Становление и развитие тюремных учреждений и структур Рязанского края. Историко-документальные очерки. Ч. I (XII — первая половина XIX в.). Рязань: Узорочь, 2010. С. 38–39.

<sup>25</sup> «Попытка приведения их в систему была сделана в Проекте 1813 года, который, по примеру Баварского уложения, создал строго сочлененную лестницу наказаний, разделив их все на семь родов, а каждый род — на степени» (Таганцев. Н.С. Уголовное право (Общая часть). Ч. 1. СПб.: Гос. тип., 1902. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc101p/instrum105/>)

<sup>26</sup> См.: Проект Уголовного уложения Российской империи. СПб., 1813. Ст. 22–23. С. 11–12.

<sup>27</sup> Таганцев Н.С. Указ. соч.

<sup>28</sup> См.: Безверхов А.Г., Коростелев В.С. Проект Уголовного уложения Российской империи 1813 г. Самара: Изд-во Самар. ун-та, 2013. С. 18.

<sup>29</sup> См.: Печников А.П. Тюремные учреждения Российского государства (1649 — октябрь 1917 гг.): историческая хроника. М.: Щит-М, 2004. С. 14.

<sup>30</sup> Цит. по: Тарасов О.А., Васильева С.А. Указ. соч. С. 78.

Помещиков и духовенства, стало на первоначальном этапе нравственное исправление преступников, а в дальнейшем — улучшение их содержания в тюрьмах. При этом государство преследовало еще одну задачу — существенно уменьшить расходы государственного бюджета на содержание осужденных.

Основные обязанности общества были достаточно четко изложены в Правилах Попечительного о тюрьмах общества, утвержденных 19.07.1819 г.: 1) ближайший и постоянный надзор над заключенными; 2) размещение их по роду преступлений или обвинений; 3) наставление их в правилах христианского благочестия и доброй нравственности (для этих целей, как было указано в Правиле XI, осужденных снабжали книгами Священного Писания, проводили воспитательные беседы со священниками<sup>31</sup>); 4) занятие их приличными упражнениями; 5) заключение провинившихся или буйствующих в уединенное место<sup>32</sup>.

Президентом Общества стал А.Н. Голицын. Он же занимал должность Председателя Библейского и Человеколюбивого общества<sup>33</sup>. Первичное количество членов общества составляло около 30 чел. М.Н. Гернет по этому поводу пишет следующее: «Первоначальный состав членов общества включал представителей родовой аристократии. Здесь было восемь человек титулованных, но вместе с тем сюда

же вошли также митрополит, архиепископ и пастор. Среди членов общества оказались и оба брата Венинги. В дальнейшем число членов общества значительно увеличилось, но представители высшей аристократии по-прежнему занимали в нем преобладающее место»<sup>34</sup>. Ко всем членам общественной организации предъявлялись серьезные требования — они должны были быть «известны своим благомыслием, честностью и человеколюбием»<sup>35</sup>. Само Общество находилось, как было указано в уставе, под покровительством императора<sup>36</sup> и учреждалось при Министерстве юстиции<sup>37</sup>.

Подводя итог нашему исследованию, следует признать, что создание Общества попечительного о тюрьмах стало первым незавершенным этапом совершенствования пенитенциарной политики страны. Используя данный позитивный исторический опыт, считаем возможным предложить в рамках сегодняшней российской действительности расширение прав, предоставляемым общественным организациям в деле улучшения содержания осужденных, усилении контроля системы исполнения наказаний со стороны общественности. Данная политика будет соответствовать положениям, заложенным в Концепции развития уголовно-исполнительной системы РФ до 2020 г., а также лучшим международным нормативным правовым актам.

#### Библиография:

1. Безверхов А.Г., Коростелев В.С. Проект Уголовного уложения Российской империи 1813 г. Самара: Изд-во Самар. ун-та, 2013. 192 с.
2. Васильева С.А. Влияние личности Екатерины II на возникновение идеи исправления наказанием в Российской империи // Личность в истории Нового и Новейшего времени: материалы Всерос. науч.-практ. конф. Рязань: Концепция, 2014. С. 26–28.
3. Гернет М.Н. История царской тюрьмы. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1951. 328 с.
4. Ивлиев М.И., Черемисина Н.В. Экономико-статистический анализ криминогенной обстановки и уголовно-исполнительной системы в современной России // Социально-экономический явления и процесс. 2014. Т. 9. № 9. С. 51–57.
5. Ключевский В.О. Русская история. М.: Междунар. отношения, 2007. 912 с.
6. Никитин В.Н. Тюрьма и ссылка. 1560–1880. СПб.: Тип. Шпарварт, 1880. 673 с.
7. Никулин Р.Л., Бредихин В.Е., Захарцев С.Н. Проблемы истории экономического развития России. Ч. 1: IX век — первая половина XIX века: учеб. пособие. Тамбов: Изд-во Тамб. гос. техн. ун-та, 2005. 80 с.
8. Печников А.П. Тюремные учреждения Российского государства (1649 — октябрь 1917 гг.): историческая хроника. М.: Шит-М, 2004. 325 с.
9. Реент Ю.А. Концептуальные подходы к реформированию уголовно-исполнительной системы России на рубеже XX–XXI вв. // Гуманитарно-пенитенциарный вестник: науч.-публ. альманах. Рязань: Акад. ФСИН РФ, 2012. Вып. 6. С. 163–178
10. Реймер А.А. Новый этап реформы уголовно-исполнительной системы в России: задачи ведомственной науки // Обеспечение процессов реформирования исполнения наказаний в Российской Федерации: сб. материалов Межднар. науч.-практ. конф., (г. Рязань, 29–30 октября 2009 г.). Рязань: Акад. ФСИН РФ, 2010. С. 3–7.
11. Скоморох О.А. История тюремного служения христианской церкви в связи с пенитенциарными реформами XVIII–XIX вв. // Вестник русской христианской гуманитарной академии. 2011. Т. 12. Вып. 1. С. 240–249.
12. Таганцев Н.С. Уголовное право (Общая часть). Ч. 1. СПб.: Гос. тип., 1902. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc101p/instrum105/>
13. Тарасов О.А., Васильева С.А. Становление и развитие тюремных учреждений и структур Рязанского края. Историко-документальные очерки. Ч. I (XII — первая половина XIX в.). Рязань: Узорожье, 2010. 217 с.

<sup>31</sup> См.: Никитин В.Н. Тюрьма и ссылка. 1560–1880. СПб.: Тип. Шпарварт, 1880. С. 24.

<sup>32</sup> См.: Там же. С. 22.

<sup>33</sup> См.: Тарасов О.А., Васильева С.А. Указ. соч. С. 78.

<sup>34</sup> Гернет М.Н. Указ. соч. С. 100.

<sup>35</sup> Никитин В.Н. Указ. соч. С. 21, 559.

<sup>36</sup> См.: Там же. С. 22.

<sup>37</sup> См.: Уголовно-исполнительное право России: теория, законодательство, международные стандарты, отечественная практика конца XIX — начала XXI века: учебник для вузов / под ред. А.И. Зубкова. М.: Норма, 2005. С. 204.

14. Уголовно-исполнительное право России: теория, законодательство, международные стандарты, отечественная практика конца XIX — начала XXI века: учебник для вузов / под ред. А.И. Зубкова. М.: Норма, 2005. 720 с.
15. Упоров И.В. Пенитенциарная политика России в XVIII-XX вв. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. 610 с.
16. Фридман Е.Ф. Материалы к изучению тюремного вопроса. СПб.: Паровая тип. Муллер и Богельман, 1894. 46 с.

#### References (transliteration):

1. Bezverhov A.G., Korostelev V.S. Proekt Uголовного ulozhenija Rossijskoj imperii 1813 g. Samara: Izd-vo Samar. un-t, 2013. 192 s.
2. Vasil'eva S.A. Vlijanie lichnosti Ekateriny II na vozniknovenie idei ispravlenija nakazaniem v Rossijskoj imperii // Lichnost' v istorii Novogo i Novejshego vremeni: materialy Vseros. nauch.-prakt. konf. Rjazan': Konceptija, 2014. S. 26–28.
3. Gernet M.N. Istorija carskoj tjur'my. T. 1. M.: Jurid. lit., 1951. 328 s.
4. Ivliev M.I., Cheremisina N.V. Jekonomiko-statisticheskij analiz kriminogennoj obstanovki i uголовно-исполнител'noj sistemy v sovremennoj Rossii // Social'no-jekonomicheskij javlenija i process. 2014. T. 9. № 9. S. 51–57.
5. Kljuchevskij V.O. Russkaja istorija. M.: Mezhdunar. otnoshenija, 2007. 912 s.
6. Nikitin V.N. Tjur'ma i ssylka. 1560–1880. SPb.: Tip. Shparvart, 1880. 673 s.
7. Nikulin R.L., Bredihin V.E., Zaharcev S.N. Problemy istorii jekonomicheskogo razvitija Rossii. Ch. 1: IX vek — pervaja polovina XIX veka: ucheb. posobie. Tambov: Izd-vo Tamb. gos. tehn. un-ta, 2005. 80 s.
8. Pechnikov A.P. Tjurennye uchrezhdenija Rossijskogo gosudarstva (1649 — oktjabr' 1917 gg.): istoricheskaja hronika. M.: Shhit-M, 2004. 325 s.
9. Reent Ju.A. Konceptual'nye podhody k reformirovaniju uголовно-исполнител'noj sistemy Rossii na rubezhe XX — XXI vv. // Gumanitarno-penitencijarnyj vestnik: nauch.-publ. al'manah. Rjazan': Akad. FSIN RF, 2012. Vyp. 6. S. 163–178
10. Rejmer A.A. Novyj jetap reformy uголовно-исполнител'noj sistemy v Rossii: zadachi vedomstvennoj nauki // Obespechenie processov reformirovanija ispolnenija nakazanij v Rossijskoj Federacii: sb. materialov Mezhdunar. nauch.-prakt. konf., (g. Rjazan', 29–30 oktjabrja 2009 g.). Rjazan': Akad. FSIN RF, 2010. S. 3–7.
11. Skomoroh O.A. Istorija tjuremnogo sluzhenija hristianskoj cerkvi v svjazi s penitencijarnymi reformami XVIII–XIX vv. // Vestnik russkoj hristianskoj gumanitarnej akademii. 2011. T. 12. Vyp. 1. S. 240–249.
12. Tagancev N.S. Uголовное право (Obshhaja chast'). Ch. 1. SPb.: Gos. tip, 1902. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc101p/instrum105/>
13. Tarasov O.A., Vasil'eva S.A. Stanovlenie i razvitie tjurennyh uchrezhdenij i struktur Rjazanskogo kraja. Istoriko-dokumental'nye ocherki. Ch. I (XII — pervaja polovina XIX v.). Rjazan': Uzoroch'e, 2010. 217 s.
14. Uголовно-исполнител'noe pravo Rossii: teorija, zakonodatel'stvo, mezhdunarodnye standarty, otechestvennaja praktika konca XIX — nachala XXI veka: uchebnik dlja vuzov / pod red. A.I. Zubkova. M.: Norma, 2005. 720 s.
15. Uporov I.V. Penitencijarnaja politika Rossii v XVIII–XX vv. SPb.: Jurid. centr Press, 2003. 610 s.
16. Fridman E.F. Materialy k izucheniju tjuremnogo voprosa. SPb.: Parovaja tip. Muller i Bogel'man, 1894. 46 s.

*Материал поступил в редакцию 14 марта 2015 г.*

#### ***Reform of criminal penal system of Russia in the history of Russia and at its modern stage***

**SMOLYAROV, Maksim Vladimirovich** — assistant of the Department of Theory and History of State and Law of the Ryazan State University named after S.A. Esenin.

[msmolyarov@yandex.ru]

390035, Russia, Ryazan, ul. Ostrovskogo, 35/11, kv. 88.

**Review.** *The article provides analysis of the implementation of the provisions of the Concept for the Development of Criminal Penal System of the Russian Federation till 2020, having provided for the humanistic fundamentals for the reform of the penitentiary system, as well as the ideological foundations of these ideas in the political and legal thought of Russia in XVIII centuries. Based above the said historical positions, the author points out the importance of bringing the modernization of the criminal penal system to public attention.*

**Keywords:** *reform of the criminal penal system, humanization of punishments, Catherine the Great, Draft Criminal Charter of 1813, punishment.*

# УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

А.Л. Осипов\*

## Судебная проверка жалоб на полицейскую провокацию: применение процессуальных стандартов ЕСПЧ в уголовном судопроизводстве РФ

**Аннотация.** В последнее десятилетие актуализировался поиск приемлемых, с точки зрения доктрин государственного суверенитета и верховенства права, путей гармонизации российского уголовно-процессуального законодательства и международных стандартов справедливого правосудия, важнейшее место среди которых занимает практика Европейского Суда по правам человека. Деятельность данной наднациональной судебной инстанции свидетельствует о том, что одной из актуальных проблем российского уголовного судопроизводства остается использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности, полученных в результате полицейской провокации. На основе новейших решений Европейского Суда по правам человека, многие из которых не имеют официального перевода на русский язык, в статье анализируются содержание и тенденции эволюции правовых позиций данного международного органа в сфере совершенствования гарантий национальной судебной защиты от уголовного преследования, основанного на подстрекательских действиях сотрудников правоохранительных органов. Подробно рассматриваются правовые позиции Европейского Суда относительно предмета, пределов, способов и критериев оценки эффективности национальных судебно-контрольных процедур в указанной сфере правоприменения. Дается оценка уровня имплементации процессуальных стандартов Европейского Суда в современной российской судебной практике. Выявляются положительные тенденции, а также нормативные лакуны и aberrации судебного толкования, предлагаются направления совершенствования правового регулирования.

**Ключевые слова:** полицейская провокация, Европейский Суд по правам человека, прецедентное право, правовая позиция, судебный контроль, оперативно-розыскная деятельность, стандарты эффективности, справедливое правосудие, подсудимый, жалоба.

Европейский Суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) регулярно выносит решения в отношении России, в которых констатируются нарушения прав человека в связи с провокационным характером оперативно-розыскной деятельности (далее — ОРД) и использованием ее результатов для обоснования обвинительных приговоров. Речь идет о нарушении права подсудимого на справедливое судебное разбирательство, гарантированного ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция). Ситуация усугубляется тем, что ЕСПЧ выявил наличие структурной проблемы в системе российского законодательного регулирования ОРД, которая *de facto* и *de jure* переводит российские дела по жалобам на полицейские провокации в так называемую категорию *repetitive cases* с неизбежной перспективой вынесения по ним стереотипных решений,

констатирующих несправедливость судебного разбирательства<sup>1</sup>.

Как известно, ЕСПЧ в своей практике разработал не только само понятие «полицейской провокации», но и систему критериев, позволяющих выявить ее признаки в конкретном деле, а также оценить справедливость судебного разбирательства по такому делу в целом. В первом случае ЕСПЧ применяет фактологический тест на выявление признаков провокации (*substantive test of in citement*), во втором — процессуальный тест (*procedural test*)<sup>2</sup>. Оба подхода применяются, как

<sup>1</sup> Подробнее см.: Петров С.П. Без провокаций! О недопущении оперативными сотрудниками провокационных действий при документировании преступных действий лиц, занимающихся незаконным оборотом наркотических средств // Прокурор. 2012. №3. С. 92–96.

<sup>2</sup> Подробнее см.: Брэйди Н. Использование результатов оперативно-розыскных мероприятий в уголовном процес-

© Осипов А.Л., 2015

\* Осипов Артем Леонидович — кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). [osipov1280@mail.ru]

117437, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

правило, последовательно при рассмотрении соответствующей им категории жалоб. Поскольку предмет настоящей статьи составляют параметры эффективности национальных процедур судебного контроля в указанной сфере правоприменения, мы ограничимся подробным рассмотрением содержания и тенденций эволюции тех правовых позиций ЕСПЧ, которые составляют алгоритм процессуального теста на провокацию.

#### **Эволюция правовых позиций ЕСПЧ, определяющих предмет национального судебного контроля**

В постановлении ЕСПЧ по делу «Ваньян (Vanyan) против России»<sup>3</sup> исходным пунктом, определившим вектор судебного контроля в делах о полицейской провокации, явилась идентификация источника первоначальной информации о предполагаемой причастности или предрасположенности подозреваемого совершить инкриминируемое преступление. Начиная с упомянутого решения, ЕСПЧ тиражирует правовую позицию, согласно которой эта информация должна быть проверена национальным судом путем принятия достаточных мер к тому, чтобы установить где, когда и от кого поступила данная информация. Достаточно остро данный вопрос встал при рассмотрении ЕСПЧ дел «Веселов (Veselov) и другие против России»<sup>4</sup> и «Лагутин (Lagutin) и другие против России»<sup>5</sup>. Исходная информация должна касаться именно тех преступлений, в связи с выявлением которых планируется проведение последующих оперативно-розыскных мероприятий (далее — ОРМ). Данная информация должна быть персонифицированной, то есть указывать на расположенность определенного лица к совершению определенного типа преступлений. В постановлении по делу «Носко (Nosko) и Нефедов (Nefedov) против России»<sup>6</sup> одним из ключевых доводов ЕСПЧ в пользу констатации признаков провокации явилось проведение ОРМ в отношении неопределенного круга сотрудников экспертного учреждения, в котором работал осужденный Нефедов.

се в свете решений ЕСПЧ по жалобам в отношении РФ // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 5. С. 30–35; Илюшин А.А. Оценка доказательств, полученных в результате ОРМ при выявлении взяточничества // Законность. 2013. № 7. С. 59–61

<sup>3</sup> Постановление по делу «Ваньян (Vanyan) против России» от 15.12.2005. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#> (дата посещения: 10.02.2015).

<sup>4</sup> Постановление по делу «Веселов (Veselov) и другие против России» от 02.10.2012. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#> (дата посещения: 10.02.2015).

<sup>5</sup> Постановление по делу «Лагутин (Lagutin) и другие против России» от 24.04.2014. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#> (дата посещения: 10.02.2015).

<sup>6</sup> Постановление по делу «Носко (Nosko) и Нефедов (Nefedov) против России» от 30.10.2014. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#> (дата посещения: 10.02.2015).

Практика ЕСПЧ позволяет выделить два основных источника оперативной информации: полицейские агенты и частные лица. К первой категории относятся лица, которые находятся в той или иной зависимости от сотрудников правоохранительного органа и сотрудничают с ними с определенной регулярностью. Как указано в постановлении ЕСПЧ по делу «Банникова (Bannikova) против России»<sup>7</sup>, в такой ситуации национальный судебный контроль в отношении доводов подсудимого о провокации должен быть особенно тщательным, что само по себе не исключает вывода о законности ОРМ и допустимости сформированных на их основе доказательств. Логическим следствием сказанного явилось включение в предмет судебной проверки сведений, характеризующих интенсивность и продолжительность взаимодействия информатора с полицейскими службами в прошлом, сведений о личности самого информатора, о его судимостях и склонности к употреблению наркотических средств, факты привлечения данного информатора к проведению аналогичных оперативных мероприятий по другим уголовным делам. Отсутствие всесторонней проверки со стороны национального суда характеристики личности агента-информатора и природы его сотрудничества с полицией явилось одной из причин констатации нарушения ст. 6 Конвенции в постановлении ЕСПЧ по делу «Санду (Sandu) против Республики Молдова»<sup>8</sup>.

Традиционно к предмету судебной проверки жалобы подсудимого на провокацию ЕСПЧ относит порядок производства оперативного мероприятия с точки зрения правового стандарта «essentially passive manner». Данные подходы ЕСПЧ резюмированы в постановлении по делу «Носко (Nosco) и Нефедов (Nefedov) против России», согласно которому к предмету проверки суда относятся: 1) причины проведения ОРМ; 2) использование полицией перед проведением проверочной закупки или оперативного эксперимента возможностей проверить информацию о преступлении иным путем<sup>9</sup>; 3) пределы вмешательства сотрудников полиции и их агентов в совершение преступления; 4) природа такого вмешательства или побуждения, которому подвергся подсудимый в ходе данных ОРМ<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Постановление ЕСПЧ по делу «Банникова (Bannikova) против России» от 04.11.2010. URL: Официальный сайт ЕСПЧ: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#> (дата посещения: 10.02.2015).

<sup>8</sup> Постановление ЕСПЧ по делу «Санду (Sandu) против Республики Молдова» от 11.02.2014. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#> (дата посещения: 10.02.2015).

<sup>9</sup> См. также постановление ЕСПЧ по делу «Таранекс (Taraneks) против Литвы» от 02.12.2014. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#> (дата посещения: 10.02.2015).

<sup>10</sup> См. подробнее: Зенкин А.Н., Бондаренко О.В. Критерии провокации незаконного сбыта наркотиков в решении Европейского Суда по правам человека // Законность.

### **Эволюция правовых позиций ЕСПЧ, определяющих процедуры национального судебного контроля**

Согласно устоявшемуся в практике ЕСПЧ подходу заявления подсудимого о провокации в отношении него предполагают их разрешение в рамках состязательной и всесторонней судебной процедуры с возложением бремени опровержения таких заявлений на государственного обвинителя. ЕСПЧ не ограничивает перечень средств установления юридически значимых обстоятельств, входящих в предмет судебной проверки, относя к ним любые методы, предусмотренные национальным законодательством. Важное место в системе таких средств занимает изучение судом составленных в ходе подготовки и проведения оперативных мероприятий документов, материалов аудио-, видеозаписи. В постановлении по делу «Веселов (Veselov) и другие против России» к средствам доказывания обстоятельств незаконного вмешательства полицейских ЕСПЧ отнес копии приговоров в отношении полицейского агента по другим уголовным делам по аналогичным категориям преступлений. Национальный суд не вправе уклониться от исследования перечисленных источников доказательственной информации, ссылаясь на то, что верифицируемые ими обстоятельства выходят за пределы судебного разбирательства.

Не менее важную роль в системе контрольного инструментария судов играют допросы оперативных сотрудников и лиц, оказывавшим им помощь на добровольных началах при производстве ОРМ. При этом значительная часть сведений, затрагивающих порядок подготовки и реализации ОРМ, относится к государственной тайне. Данная категория дел в практике ЕСПЧ получила название «public-interest immunity cases» со специально разработанными под нее стандартами оценки справедливости судебного процесса.

В постановлении по делу «Лагутин (Lagutin) и другие против России» ЕСПЧ предложил предварительно использовать для этих целей процедуру исследования доказательств «ex parte». Согласно данной процедуре материал, содержащий сведения, составляющие государственную тайну, представляется стороной обвинения или непосредственно запрашиваемым органом власти суду, который самостоятельно определяет, насколько данный материал относим к разрешению вопроса о полицейской провокации. Установив такую относимость, национальный суд должен принять решение о раскрытии данной информации для стороны защиты («Малининас (Malininas) против Литвы» от 01.07.2008, «Булфински (Bulfinsky) против Румынии» от 01.06.2010).

2013. № 9. С. 45–49.; Орлов Д.В. Развитие Европейским Судом по правам человека судебно-интерпретационной деятельности по вопросу провокации преступления // Российская юстиция. 2013. № 7. С. 64–65.

### **Эволюция правовых позиций ЕСПЧ, определяющих критерии эффективности результатов национального судебного контроля**

Рассматривая дело «Furcht против ФРГ»<sup>11</sup> ЕСПЧ столкнулся с ситуацией, при которой один из региональных судов Германии, рассматривая дело в отношении гражданина Furcht, установил некоторые признаки провокационных действий со стороны правоохранительных органов, проводивших предварительные беседы и саму закупку наркотических средств у подсудимого. При этом национальные суды не исключили полученные в результате таких оперативных мероприятий доказательства и в итоге вынесли подсудимому обвинительный приговор. Особенностью данного дела было то, что национальные судебные инстанции расценили подстрекательство со стороны полиции в качестве обстоятельства, смягчающего наказание, что привело к значительному снижению его размера. Оценивая эффективность результатов судебного контроля в данном случае, ЕСПЧ констатировал, что выявление в деле признаков полицейской провокации во всяком случае должно влечь за собой исключение всех доказательств, полученных в результате оперативных мероприятий. Согласно позиции ЕСПЧ, говорить о том, что национальные власти однозначно признали нарушение ими конвенционного права подсудимого на справедливое судебное разбирательство можно лишь в том случае, если такое признание сопровождается ссылкой в национальном судебном решении на ст. 6 Конвенции или прецедентную практику ЕСПЧ. Кроме того, ЕСПЧ отметил, что само по себе смягчение наказания без исключения полученных в результате полицейских мероприятий доказательств не может рассматриваться в качестве эффективного компенсационного средства.

Дальнейшее развитие критериев оценки результативности национального судебного контроля связано с распространенной в российской оперативно-розыскной практике проблемой серийности ОРМ, многократно проводимых в отношении одного и того же лица с целью искусственного повышения показателей раскрываемости преступлений. ЕСПЧ подтвердил правильность подхода российских судебных инстанций, согласно которому сама по себе серийность ОРМ, каждое последующее из которых не направленно на пресечение преступлений, но создает условия для продолжения преступной деятельности, является признаком провокации этих преступлений. При этом характер ОРМ по первому эпизоду преступной деятельности зачастую выводится российскими судами за рамки тщательной

<sup>11</sup> Постановление ЕСПЧ по делу «Furcht против ФРГ» от 23.10.2014. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#> (дата посещения: 10.02.2015).

судебной проверки на провокационные риски и теряется на фоне сокрушительной критики действий полицейских по повторным эпизодам. В постановлении по делу «Еремцов (Yeremtsov) и другие против России»<sup>12</sup>, рассматривая жалобу подсудимого, ЕСПЧ констатировал, что исключение национальным судом повторных эпизодов его преступной деятельности со ссылкой на обусловившую их полицейскую провокацию, не освобождает суд от необходимости тщательной и всесторонней проверки доводов жалобы подсудимого относительно провокационного характера первоначального ОРМ<sup>13</sup>.

Так вкратце выглядят актуальные правовые позиции ЕСПЧ относительно параметров эффективности судебной контрольной процедур при рассмотрении жалоб подсудимых на провокацию. Ниже нами приводится анализ того, насколько данным параметрам соответствует современная российская судебная практика. Прежде всего отметим, что ни российское законодательство, ни системообразующая практика Верховного Суда РФ (далее — ВС РФ) не содержат четкого определения понятия полицейская провокация, а также не определяют стандартов доказывания и иных параметров судебной проверки жалоб на нее. Пунктирно границы рассматриваемых правовых категорий обозначены в двух постановлениях Пленума ВС РФ<sup>14</sup>, корреспондирующих декларативным положениям ст. 5 Федерального закона от 12.08.1995 № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», согласно которым при проведении ОРМ запрещается подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация). Лаконизм указанных правовых позиций в некоторой степени компенсируется рекомендациями, содержащимися в постановлении Пленума ВС РФ от 27.06.2013 № 21, которое расширяет возможности применения постановлений ЕСПЧ в российской судебной практике. С принятием данного решения впервые на уровне официального судебного толкования был декларирован подход, согласно которому содержание прав и свобод, закрепленных в российском законодательстве, должно определяться с учетом содержания аналогичных прав и свобод,

раскрываемого ЕСПЧ при применении Конвенции и Протоколов к ней. Это открывает возможность для имплементации в практику российского судебного контроля таких автономных правовых категорий, как «полицейская провокация», «полицейский агент», «предрасположенность к совершению преступления», «преимущественно пассивная манера расследования», являющейся условием *sine qua non* для гармонизации отечественной процессуальной практики со страсбургскими стандартами.

При анализе российской практики нами выявлены примеры, когда суды включали в предмет своей проверки наличие сведений о предрасположенности подсудимого к совершению определенного типа преступлений перед началом ОРМ<sup>15</sup>. Зачастую проверка доводов о провокации включает в себя оценку судом такого обстоятельства, как наличие наркотических средств в непосредственном распоряжении подсудимого (перед началом проведения мероприятий) или его обращение за их приобретением к третьим лицам (другим участникам наркобизнеса). Очевидно, что риск провокации со стороны полиции резко повышается во втором случае, так как подсудимый своими действиями демонстрирует отсутствие у него самостоятельных возможностей (и, возможно, намерений) совершить это преступление<sup>16</sup>. Показания оперативного сотрудника о предрасположенности подсудимого к совершению определенного типа преступлений не могут приниматься во внимание судом при оценке законности ОРМ в том случае, когда такие показания не могут быть проверены<sup>17</sup>.

В ряде случаев ВС РФ признавал, что предыдущая судимость подсудимого за совершение преступления того же вида (при условии ее погашения или снятия) не может рассматриваться как обстоятельство, свидетельствующее в пользу предрасположенности подсудимого к совершению определенного типа преступлений<sup>18</sup>. Очевидно, что в данном аспекте отечественный правоприменитель пошел дальше ЕСПЧ, который не закреплял в своих решениях подобных гарантий.

Встречаются случаи применения судами таких элементов стандарта «essentially passive manner», как настойчивость и неоднократность просьб полицейского агента совершить преступление<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Постановление ЕСПЧ по делу «Еремцов (Yeremtsov) и другие против России» от 27.11.2014 г. URL: Официальный сайт ЕСПЧ: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#> (дата посещения: последнее посещение 10.02.2015).

<sup>13</sup> См. подробнее: Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / под ред. Т.Г. Морщаковой. М.: Мысль, 2012.

<sup>14</sup> См.: п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 15.06.2006 № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 8; п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 09.07.2013 № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 9.

<sup>15</sup> См., напр.: Определение судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 22.10.2007 № 83-Д07-18; Определение судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 13.02.2008 № 83-Д08-2 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>16</sup> См.: Определение судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 07.10.2008 № 26-Д08-5 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>17</sup> Определение судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 13.12.2011 № 9-Д11-14 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>18</sup> Определение судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 07.12.2010 № 50-Д10-22 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>19</sup> Там же.

Как отмечалось выше, одним из направлений эволюции практики ЕСПЧ явилось включение в предмет судебного контроля жалоб на провокацию сведений о личности полицейского агента, обстоятельств, раскрывающих характер и степень интенсивности его сотрудничества с правоохранительными органами при раскрытии аналогичных преступлений. Между тем данные правовые позиции ЕСПЧ редко учитываются российскими судами. Так, в одном из своих решений ВС РФ признал законным отказ суда первой инстанции в истребовании материалов четырех уголовных дел о преступлениях, которые были раскрыты в результате действий одного и того же полицейского агента, поскольку «предметы судебного разбирательства по указанным стороной защиты уголовным делам не имели отношения к предмету доказывания по предъявленному подсудимым обвинению»<sup>20</sup>. В этом же решении ВС РФ, с точностью до наоборот применив подход ЕСПЧ, констатировал, что участие К. (полицейского агента) в качестве взяткодателя по другим уголовным делам, по которым виновные были осуждены и приговоры вступили в законную силу, свидетельствует об отсутствии фактов провокаций с его стороны и в данном деле.

Что касается правовых последствий констатации судом признаков полицейской провокации, то основной тенденцией российской судебной практики является исключение полученных таким путем доказательств с прекращением производства (или оправданием) по соответствующим эпизодам обвинения за отсутствием в деянии признаков состава преступления<sup>21</sup>. Вместе с тем в редких случаях нами обнаружены признаки и иной тенденции, которая предусматривает возможность переквалификации спровоцированного полицией деяния с сохранением возможности вынесения обвинительного приговора по таким эпизодам обвинения.

Так, отменяя приговор Останкинского районного суда г. Москвы от 15.03.2012, Судебная коллегия по уголовным делам Московского городского суда в своем кассационном определении от 14.05.2012 указала на то, что суд первой инстанции, правильно установив подстрекательские действия со стороны сотрудников право-

охранительных органов в отношении Р. в части склонения того к сбыту наркотических средств, оставил без должного внимания доказательств, касающиеся содействия Р. по приобретению наркотических средств К. Выводы суда об отсутствии оснований для переквалификации действий Р. на ст. 228 ч. 1 УК РФ не аргументированы и противоречат исследованным доказательствам. В данном случае российский суд второй инстанции проигнорировал значение правовых стандартов ЕСПЧ не столько в сфере определения сущностных признаков полицейской провокации, сколько в области критериев эффективности национального судебного контроля.

Подводя итоги проведенного исследования, можно заметить, что, несмотря на отдельные положительные изменения, российские суды продолжают игнорировать правовые стандарты ЕСПЧ, связанные как с предметом судебных проверок, так и с методикой их проведения. Не было выявлено ни одного случая удовлетворения судом ходатайства стороны защиты об исследовании сведений, характеризующих личность полицейского агента. Также не выявлено случаев исследования российскими судами материалов оперативного учета или иных документов и показаний, содержащих государственную тайну, на предмет оценки провокационности ОРД. Избирательность применения судами стандарта «essentially passive manner» также не позволяет судить об удовлетворительном уровне имплементации подходов ЕСПЧ в российской судебной практике.

Полагаем, что изменению ситуации могло бы способствовать дальнейшее развитие формулировок постановлений Пленума ВС РФ, описывающих предмет, пределы и способы судебных проверок жалоб на полицейскую провокацию в направлении их гармонизации с указанными выше подходами ЕСПЧ. Не менее актуальными остаются задачи включения в законодательство сформулированных ЕСПЧ материальных признаков провокации, введения судебной процедуры санкционирования проверочных закупок и оперативных экспериментов, совершенствования процессуальных практик исследования в суде материалов ограниченного доступа.

#### Библиография:

1. Брэйди Н. Использование результатов оперативно-розыскных мероприятий в уголовном процессе в свете решений ЕСПЧ по жалобам в отношении РФ // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 5. С. 30–35.
2. Зенкин А.Н., Бондаренко О.В. Критерии провокации незаконного сбыта наркотиков в решениях Европейского Суда по правам человека // Законность. 2013. № 9. С. 45–49.
3. Илюшин А.А. Оценка доказательств, полученных в результате ОРМ при выявлении взяточничества // Законность. 2013. № 7. С. 59–61.

<sup>20</sup> Определение судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 31.01.2013 № 32-О13-2 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>21</sup> Определение судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 16.04.2013 № 18-Д13-39 // СПС «Консультант Плюс».

4. Орлов Д.В. Развитие Европейским Судом по правам человека судебно-интерпретационной деятельности по вопросу провокации преступления // Российская юстиция. 2013. № 7. С. 64–65.
5. Петров С.П. Без провокаций! О недопущении оперативными сотрудниками провокационных действий при документировании преступных действий лиц, занимающихся незаконным оборотом наркотических средств // Прокурор. 2012. № 3. С. 92–96.
6. Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / под ред. Т.Г. Моршаковой. М.: Мысль, 2012. 584 с.

**References (transliteration):**

1. Brjeđi N. Ispol'zovanie rezul'tatov operativno-rozysknyh meroprijatij v ugovnom processe v svete reshenij ESPCh po zhalobam v otnoshenii Rossijskoj Federacii // Zhurnal konstitucionnogo pravosudija. 2013. № 5. S. 30–35.
2. Zenkin A.N., Bondarenko O.V. Kriterii provokacii nezakonnogo sbyta narkotikov v reshenijah Evropejskogo Suda po pravam cheloveka // Zakonnost'. 2013. № 9. S. 45–49.
3. Ijushin A.A. Ocenka dokazatel'stv, poluchennyh v rezul'tate ORM pri vyjavlenii vzjatochnichestva // Zakonnost'. 2013. № 7. S. 59–61.
4. Orlov D.V. Razvitie Evropejskim Sudom po pravam cheloveka sudebno-interpretacionnoj dejatel'nosti po voprosu provokacii prestuplenija // Rossijskaja justicija. 2013. № 7. S. 64–65.
5. Petrov S.P. Bez provokacij! O nedopushhenii operativnymi sotrudnikami provokacionnyh dejstvij pri dokumentirovanii prestupnyh dejstvij lic, zanimajushhhsja nezakonnym oborotom narkoticheskikh sredstv // Prokuror. 2012. № 3. S. 92–96.
6. Standarty spravedlivogo pravosudija (mezhdunarodnye i nacional'nye praktiki) / pod red. T.G. Morshhakovoj. M.: Mysl', 2012. 584 s.

*Материал поступил в редакцию 11 февраля 2015 г.*

***Judicial examination of complaints on police provocation:  
application of the procedural standards of the European Court of Human Rights  
in the judicial proceedings in the Russian Federation***

**OSIPOV, Artem Leonidovich** — PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Criminal Procedural Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[osipov1280@mail.ru]

117437, Russia, Moskva, ul. Akademika Artsimovicha, 9, kv. 43.

**Review.** *In the last decade the search for the ways for the harmonization of the criminal procedural legislation of Russia with the international standards of fair justice, which are enshrined by the practice of the European Court of Human Rights, which would be acceptable from the standpoint of the doctrines of state sovereignty and supremacy of law. The activities of the ECHR as the supranational judicial instance show that one of the topical problems in the Russian criminal judicial proceedings concerns the use of results of operative investigation activities in the form of police provocation as evidence. Based upon the newest decisions of the European Court of Human Rights, many of which have no official translation into Russian, the author analyzes contents and tendencies in the sphere of evolution of legal positions of this international body in the sphere of improvement of the guarantees of national judicial protection from the criminal prosecution based upon the enticements of the law enforcement officials. The author provides a detailed study of the legal positions of the ECHR regarding object, limitations, ways and criteria for the evaluation of efficiency of national judicial controlling procedures in this sphere of legal practice. The author provides an evaluation of implementation of the procedural standards of the European Court of Human Rights in the Russian modern judicial practice. The positive tendencies are uncovered, so are normative gaps and aberrations of judicial interpretation and the directions for the improvement of legal regulation are offered.*

**Keywords:** *police provocation, the European Court of Human Rights, precedent law, legal position, judicial control, operative investigation activity, efficiency standards, fair justice, criminal defendant, complaint.*

## К вопросу о понятии и сущности реабилитационных правоотношений в уголовном судопроизводстве России

**Аннотация.** Статья посвящена исследованию реабилитационных правоотношений в уголовном судопроизводстве России. Дается характеристика норм института реабилитации через призму уголовно-процессуальных норм. Изучены свойства норм реабилитационных правоотношений, их структура, а также присущие им признаки. Рассмотрена классификация норм института реабилитации. Специфика уголовно-процессуальных норм в реабилитационных правоотношениях такова, что в процессе реализации они выполняют как правоохранительную, так и регулятивную функции права. Методологическую основу работы составил комплекс общенаучных и специальных методов изучения правовых явлений и процессов в сфере уголовного судопроизводства, в том числе исторический, системно-структурный и аналитико-синтетический подходы. Установлено, что особенность реабилитационных норм заключается в двойственном характере исполнения функций и их взаимодействии. Определена сущность реабилитационных правоотношений. Дано понятие данных правоотношений.

**Ключевые слова:** реабилитационные правоотношения, уголовно-процессуальные правоотношения, реабилитация, институт реабилитации, нормы права, абстракция норм, всеобщность норм, правоохранительная и регулятивная функции.

Правоотношения представляют собой общественные отношения, основанные на нормах права, вследствие чего участники правоотношений становятся носителями прав и обязанностей, и именно поэтому должны во взаимоотношениях адаптировать свое поведение к воле государства.

Нормы права, являясь регуляторами общественных отношений, координируют поведение людей в силу объективной необходимости их существования и формируют модель поведения. Норма права — это установленное, санкционированное и охраняемое государством общеобязательное поведение участников общественных отношений<sup>1</sup>.

Каждая норма, как отмечает Б.В. Шейншлин, «составляет единство общего и единичного, основанное на том, что связывает всю совокупность норм в исторически определенную систему права»<sup>2</sup>. Основываясь на данном высказывании можно сделать вывод, что уголовно-процессуальные правоотношения состоят из множества единичных правоотношений, например, возникающих в ходе истребования или производства

правоохранительными органами выемки необходимых по делу материалов<sup>3</sup>, при проведении допроса, при судебном разбирательстве и иных процессуальных действиях.

В целом уголовно-процессуальные правоотношения регламентируются совокупностью норм уголовно-процессуального права, но каждая отдельная «частная» уголовно-процессуальная норма регулирует свою категорию правоотношений. Так, «общие» уголовно-процессуальные нормы содержат положения, формулирующие сущность уголовного судопроизводства и правила поведения его участников, а «частная» норма, например, определяет порядок реабилитации каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию.

Нормы, регулирующие правоотношения в сфере реабилитации, как и уголовно-процессуальные нормы, «представляют предписания государства в лице его высших органов»<sup>4</sup>, содержащиеся в Конституции, законах и подзаконных актах РФ. Данные нормы обладают высшей юридической силой и носят властный общеобязательный характер, выражающийся в однотипности и многократности применения. Характеризуя нормы

<sup>1</sup> См.: Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. М.: Юрид. лит., 1961. С. 94.

<sup>2</sup> Шейншлин Б.В. Сущность советского права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1959. С. 12.

<sup>3</sup> См.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. М.: Наука, 1968. С. 32.

<sup>4</sup> Божьев В.П. Уголовно-процессуальные правоотношения. М.: Юрид. лит., 1975. С. 30.

© Корчагина Л.И., 2015

\* Корчагина Любовь Игоревна — адъюнкт кафедры уголовного процесса Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя.

[Luba\_Korchagina@mail.ru]

117437, Россия, г. Москва, ул. Академика Волгина, д. 12.

института реабилитации через призму уголовно-процессуальных норм, необходимо отметить ответственность государства, выражающуюся не столько в принуждении, сколько в способности к собственному покаянию в виде возмещения вреда, причиненного гражданину в результате уголовного преследования в полном объеме, независимо от вины органов дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда (ч. 1 ст. 133 УПК РФ).

Общеобязательность положений, предусмотренных гл. 18 УПК РФ, адресована обвиняемому, подсудимому, осужденному, лицу, к которому были применены принудительные меры медицинского характера и т.д., и имеет непосредственное отношение к государству в лице его представителей. Таким образом, субъективные права одного участника, в данном случае «реабилитируемого», могут быть реализованы лишь в том случае, если другим участником (государством) будут исполнены соответствующие обязанности. Так, праву реабилитируемого на возмещение морального вреда соответствует обязанность прокурора от имени государства принести официальное извинение за причиненный ему вред (ч. 1 ст. 136 УПК РФ).

Уголовно-процессуальным нормам присущи такие свойства закона, как регулирование общественных отношений, абстрактность, всеобщность, общее установление<sup>5</sup>. Анализируя нормы института реабилитации как составляющей уголовно-процессуальных норм можно сделать вывод, что, как и прочим нормам, им присущи эти свойства. Так, нормы, регулирующие правоотношения, а в конечном счете общественные отношения, в сфере реабилитации, представляют собой не что иное, как правила поведения участников уголовного судопроизводства, и направлены на установление истины, восстановление попраных прав и честного имени каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию.

Абстрактность норм института реабилитации обусловлена абстрагированием закона от индивидуальности<sup>6</sup>. Если бы уголовно-процессуальные нормы вообще и нормы института реабилитации в частности были бы индивидуализированы, то предвзятый подход к каждому отдельному реабилитируемому был бы гарантирован. Например, одному возмещали бы имущественный вред, а другой довольствовался бы восстановлением в трудовых правах, что для современного демократического развитого общества неприемлемо. Всеобщность норм реабилитационных правоотношений обусловлена исторически прогрессивным изменением от примитивного права «помилования» до акта покаяния государства перед «без вины виноватыми», подобным переходу

от удовлетворения пострадавшего к осознанию обществом обязанности государства цивилизованного нести ответственность перед личностью за незаконное уголовное преследование. Государство, выражая волю всего общества, отображает в действительности общее установление уголовно-процессуальных норм, регулирующих и институт реабилитации.

Уголовно-процессуальная норма обладает формальной определенностью, «состоящей в точном формулировании правового положения участников уголовного процесса, их прав и обязанностей»<sup>7</sup>. Спроецировав данное свойство нормы на институт реабилитации необходимо указать, что гл. 18 УПК РФ устанавливает правовой статус участников процесса реабилитации. Так, например, правом на реабилитацию, в том числе правом на возмещение вреда, наделяются: подсудимый, в отношении которого вынесен оправдательный приговор либо прекращено уголовное дело в связи с отказом государственного обвинителя от обвинения; подозреваемый или обвиняемый, уголовное преследование в отношении которого прекращено по реабилитирующим основаниям; осужденный в случае полной или частичной отмены вступившего в законную силу обвинительного приговора суда и прекращения уголовного дела по реабилитирующим основаниям; а также лицо, к которому были применены принудительные меры медицинского характера, в случае отмены незаконного или необоснованного постановления суда о применении данной меры (ч. 2 ст. 133 УПК РФ). Точное формулирование правового положения участников заключается не только в наделении их правами, но и в четком разграничении обязанностей по несению ответственности в процессе реабилитации. Ответственность, согласно ч. 1 ст. 133 УПК РФ, возлагается на государство, в обязанности которого входит возмещение вреда, причиненного гражданину в результате уголовного преследования. Должностному лицу (прокурору) от лица государства вменяется обязанность принесения официального извинения реабилитированному за причиненный ему вред (ч. 1 ст. 136 УПК РФ).

Правовые нормы института реабилитации, как и уголовно-процессуальные нормы, системны, хотя и лишены такого элемента, как санкция, они включают в себя гипотезу и диспозицию<sup>8</sup>. Их системность заключается в структуре: если (гипотеза) в отношении подсудимого вынесен оправдательный приговор, то (диспозиция) он имеет право на реабилитацию, в том числе на возмещение вреда.

Проанализировав правовые нормы института реабилитации, можно сделать вывод, что им, как

<sup>5</sup> См.: Божьев В.П. Указ. соч. С.33,34.

<sup>6</sup> См.: Маркс К. и Энгельс Ф. Соч. Т. 2. М.: Политиздат, 1955–1974. С. 197.

<sup>7</sup> Божьев В.П. Указ. соч. С. 35.

<sup>8</sup> См.: Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства. М.: Норма: Инфра-М, 2010. С. 393.

и любым другим нормам права<sup>9</sup>, присущи следующие признаки:

- государственное регулирование. Государство посредством высших законодательных актов гарантирует реабилитацию каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию;
- общеобязательный характер;
- регулирование общественных отношений;
- формальная определенность;
- системность.

Классификация уголовно-процессуальных норм предполагает их деление на запрещающие (содержащие запрет совершать те или иные противоправные действия), обязывающие (наделяющие субъекта права обязанностью совершать определенные правомерные действия) и управомочивающие (предоставляют субъекту права возможность совершить определенные юридически значимые действия)<sup>10</sup>. Рассматривая нормы института реабилитации, следует отметить отсутствие запрещающих норм. Обязывающие нормы наделяют субъекта данных правоотношений обязанностью по исполнению предписанных правил поведения, так, например, по требованию реабилитированного, а в случае его смерти — его близких родственников или родственников суд, прокурор, следователь, дознаватель обязаны в срок не позднее 14 суток направить письменные сообщения о принятых решениях, оправдывающих гражданина, по месту его работы, учебы или месту жительства (ч. 4 ст. 136 УПК РФ). Управомочивающие нормы наделяют субъекта права возможностью совершить определенное правомочие, например, если требование о возмещении вреда судом не удовлетворено или реабилитированный не согласен с принятым судебным решением, то он вправе обратиться в суд в порядке гражданско-го судопроизводства (ч. 1 ст. 138 УПК РФ).

Специфика уголовно-процессуальных норм в реабилитационных правоотношениях такова, что в процессе реализации они выполняют как правоохранительную, так и регулятивную функции права. Правоохранительная функция норм выражается в воздействии государства на поведение субъектов, она реализуется в обеспечении гарантий прав личности, исполнимости санкций и запретов, получает конкретизацию в охранительных правоотношениях. Направленность охранительных правоотношений в сфере реабилитации заключается в защите личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения прав и свобод;

<sup>9</sup> См.: Нерсесянц В.С. Указ. соч. С. 393–395.

<sup>10</sup> См.: Зайдер Н.Б., Познанский В.А., Цыпкин А.Л. Демократические основы советского демократического правосудия / под ред. М.С. Строговича. М.: Наука, 1965. С. 127–128; Марченко М.Н. Теория государства и права. М.: Проспект, 2004. С. 578; Малахов В.П., Казаков В.Н. Теория государства и права. М.: Академ. проект, 2002. С. 126.

охране прав невиновных от уголовного преследования, наказания и реабилитация каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию (ст. 6 УПК РФ). Особенность данных отношений, отличающая их от других уголовно-процессуальных правоотношений, в двойственной природе возникающих противоречий, во-первых — между законным исполнением норм права гражданином и незаконным применением норм права правоохранительными органами; во-вторых — между государством, наделившим правоохранительные органы обязанностью законного исполнения норм права, и уполномоченными органами, нарушившими применение норм права.

Регулятивная функция проявляется в установлении правового статуса субъектов, в предоставлении прав и возложенных на них обязанностей. Ее эффективность напрямую зависит от обеспечения выполнения правоохранительной функции в уголовном процессе<sup>11</sup>. Поскольку в реабилитационных правоотношениях правом вынесения соответствующих актов наделяются исключительно государственные органы, постольку применение уголовно-процессуальных норм института регламентирует порядок, структуру и содержание процесса реабилитации. Предусмотрев круг и последовательность вопросов, подлежащих разрешению при вынесении реабилитационного решения, (гл. 18 УПК РФ) законодатель регламентировал процесс применения норм в реабилитационных правоотношениях. Так, при вынесении подсудимому оправдательного приговора законодатель гарантирует ему право на реабилитацию, выражающееся в возмещении имущественного вреда, устранении последствий морального вреда и восстановлении в трудовых, пенсионных, жилищных и иных правах (ч. 1, 2 ст. 133 УПК РФ). При незаконном процессуальном принуждении лица в ходе производства по уголовному делу законом закреплено лишь право на возмещение вреда, без признания права этого лица на реабилитацию (ч. 3 ст. 133 УПК РФ).

Рассматривая нормы уголовно-процессуального права вообще, необходимо отметить лежащую в их основе регулятивную (правоустановительную) функцию<sup>12</sup>. Данная функция уголовно-процессуального права с возникновением юридического факта (преступления) предопределяет уголовно-правовые отношения, являющиеся основой уголовной ответственности и соответствующих санкций. Таким образом, регулятивная функция, выступающая изначально как регулятор уголовно-процессуальных правоотношений, при возникновении юридического факта трансформируется в правоохранительную функцию норм уголовно-процессуального права.

<sup>11</sup> См.: Божьев В.П. Указ. соч. С. 44.

<sup>12</sup> См.: Там же. С. 43.

Следовательно, нормы, регулирующие реабилитационные правоотношения, в отличие от норм уголовно-процессуальных, изначально несут в себе как регулятивную, так и правоохранительную функции. Особенность реабилитационных норм заключается в двойственном характере исполнения функций и их взаимодействии.

Сущность института реабилитации в правовом обществе необходимо неразрывно связывать с истоками формирования понятия «реабилитации». Впервые, по утверждению Н.И. Миролюбова, термин «реабилитация» употребил средневековый французский легист Блейнианус (Bleynianus) для обозначения древнейшего института помилования осужденного с восстановлением всех его прежних прав (*от лат. rehabilitatio — восстановление*)<sup>13</sup>.

В связи с развитием социально-экономической жизни, морали общества, изменением отношения общества к наказаниям, понятие «реабилитации» становится способом восстановления утраченной правоспособности и общественного положения лиц, подвергшихся наказанию. Однако до настоящего времени в современной отечественной юридической литературе вопрос о понятии реабилитации остается дискуссионным. Учеными-процессуалистами высказываются разнообразные суждения по поводу реабилитации как уголовно-процессуального понятия. Так, реабилитация понимается как:

1. факт оправдания или прекращения уголовного дела по реабилитирующим основаниям, то есть *с наличием реабилитирующего решения*<sup>14</sup>. Например, Б.Т. Безлепкин, под реабилитацией понимает оправдание подсудимого или прекращение уголовного дела в отношении обвиняемого, а также подозреваемого за отсутствием события или состава преступления, либо недоказанностью участия указанных лиц в совершении преступления. По его мнению, реабилитация включает в себя только постановление оправдательного решения, круг субъектов, подлежащих освобождению, но без обеспечения реализации оправдательного решения. Наступающие после

оправдания последствия не входят в понятие реабилитации, а являются ее правовыми последствиями<sup>15</sup>.

2. факт восстановления нарушенных прав и репутации граждан, осужденных и необоснованно подвергнутых уголовному преследованию, то есть *с правовыми последствиями реабилитирующего решения*<sup>16</sup>. Так, М.В. Максименко определяет реабилитацию как гарантированное государством восстановление нарушенных прав и свобод лица, незаконно или необоснованно подвергнутого уголовному преследованию, возмещение такому лицу по его требованию в полном объеме причиненного имущественного вреда, а также компенсация неимущественного вреда.

3. вынесение реабилитирующего решения, возмещение вреда, восстановление нарушенных прав и законных интересов, то есть *наличие реабилитирующего решения с реализацией всех правовых последствий по нему*<sup>17</sup>. В частности, М.И. Пастухов, исследовавший основы этого процессуального института, указывал: «реабилитация предполагает не только признание гражданина в соответствующем процессуальном решении, но и принятие во исполнение этого решения мер, которые призваны вернуть невиновному то, что он утратил в связи с необоснованным уголовным преследованием и осуждением: возместить причиненный имуществен-

<sup>15</sup> См.: Безлепкин Б.Т. Указ. соч. С. 17–18.

<sup>16</sup> См.: Савицкий В.М. По поводу уголовно-процессуальных гарантий права невиновного на реабилитацию // Советское государство и право. 1965. № 9. С. 48; Полякова М.Ф. Реабилитация невиновных: гарантия чести и достоинства личности // Советское государство и право. 1976. № 10. С. 121; Кокорев Л.Д. Подсудимый в советском уголовном процессе. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1973. С. 63–64; Пастухов М.И. Оправдание подсудимого. Минск: Университетское, 1985. С. 74; Максименко М.В. Реабилитация в суде первой инстанции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2006. С. 6; Толстой А.В. Соотношение институтов уголовного преследования и реабилитации // Уголовное судопроизводство. 2006. № 2. С. 29–31; Бойцова В.В., Бойцова Л.В. Реабилитация необоснованно осужденных граждан в современных правовых системах. Тверь: Изд-во ТГУ, 1993. С. 7–8; Климова Г.З., Сенякин И.Н. Реабилитация как правовой институт (вопросы теории и практики). Саратов: Саратов. гос. акад. права, 2005. С. 138; Татьянин Д.В. Реабилитация в уголовном процессе России: дис. ... канд. юрид. наук. М. 2006. С. 33.

<sup>17</sup> См.: Шило Н.Я. Проблемы реабилитации на предварительном следствии. Ашхабад: Ылым, 1986. С. 16; Касумов Ч.С. Последствия реабилитации по советскому праву. Баку: Элм, 1991. С. 23–24; Уголовно-процессуальное право РФ. М.: Юристъ, 2004. С. 349; Пастухов М.И. Реабилитация невиновных: Основы правового института. Минск: Университетское, 1993. С. 18; Подопригора А.А. Реабилитация в уголовном процессе России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2004. С. 7; Проказин Д.Л. Реабилитация: основания, условия и содержание в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 9; Корнеев О.А. Институт реабилитации в уголовно-процессуальном праве России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2005. С. 7; Орлова М.В. Институт реабилитации в уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 7.

<sup>13</sup> Миролюбов Н.И. Реабилитация как специальный правовой институт // Журнал Министерства юстиции. 1902. № 3–4. С. 117. См. также: Большая советская энциклопедия. Т. 36. М., 1975. С. 138.

<sup>14</sup> См.: Зинькович В.В. Институт реабилитации — надежная охрана прав личности в советском уголовном процессе // Актуальные проблемы охраны прав личности в советском уголовном судопроизводстве. Свердловск: Изд-во СЮИ, 1989. С. 67; Безлепкин Б.Т. Вопросы реабилитации на предварительном следствии. Горький: МВД СССР, 1975. С. 13; Эдилян А.Г. Реабилитация в советском уголовном процессе: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. М., 1977. С. 9; Столмаков А.И. Правовосстановительные санкции в уголовном судопроизводстве // Советское государство и право. 1982. № 5. С. 111; Ефимов Е. Правовые вопросы восстановления трудового стажа реабилитированным гражданам // Социалистическая законность. 1964. № 9. С. 42.

ный и моральный вред, восстановить в прежних правах»<sup>18</sup>.

Нам представляется верной именно эта последняя точка зрения, представляющая собой составное понятие, включающее, с одной стороны, наличие правовой основы — постановление решения, которое будет являться основанием для полного восстановления в нарушенных правах лица, а с другой — сам процесс восстановления нарушенных и утраченных прав и свобод человека. Именно это определение содержит основные элементы понятия реабилитации: официальное признание лица невиновным в совершении преступления; гарантированное возмещение причиненного вреда и восстановление в правах, нарушенных в результате уголовного преследования и (или) осуждения<sup>19</sup>.

Несмотря на дискуссию, УПК РФ в п. 34 ст. 5 закрепил следующее определение: «реабилитация — порядок восстановления прав и свобод лица, незаконно или необоснованно подвергну-

того уголовному преследованию, и возмещения причиненного ему вреда».

Полагаем, что *сущность реабилитации* и заключается в признании отсутствия оснований для привлечения лица к уголовной ответственности, с одной стороны, и ликвидации всех негативных последствий незаконного или необоснованного уголовного преследования или осуждения, с другой.

Исследовав характер правоотношений, возникающих в сфере реабилитации, их специфику, отдельные аспекты и место в системе правовых отношений, проанализировав мнения процессуалистов<sup>20</sup>, предлагаем охарактеризовать реабилитационные правоотношения как обремененные в правовую форму общественные отношения по признанию за оправданным либо лицом, в отношении которого прекращено уголовное преследование, права на реабилитацию, а также на возмещение ему имущественного вреда, устранение последствий морального вреда и восстановление в трудовых, пенсионных, жилищных и иных правах.

#### Библиография:

1. Божьев В.П. Уголовно-процессуальные правоотношения. М.: Юрид. лит., 1975. 176 с.
2. Бойцова В.В., Бойцова Л.В. Реабилитация необоснованно осужденных граждан в современных правовых системах. Тверь: Изд-во ТГУ, 1993. 106 с.
3. Бойцова Л.В. Уголовная юстиция: гражданин, государство. Тверь: Изд-во ТГУ, 1994. 101 с.
4. Глыбина А.Н., Якимович Ю.К. Реабилитация и возмещение вреда в порядке реабилитации в уголовном процессе России. Томск: Изд-во Томск. ун-та, 2006. 146 с.
5. Ефимов Е. Правовые вопросы восстановления трудового стажа реабилитированным гражданам // Социалистическая законность. 1964. № 9. С. 42–45.
6. Зайдер Н.Б., Познанский В.А., Цыпкин А.Л. Демократические основы советского демократического правосудия / под ред. М.С. Строговича. М.: Наука, 1965. 392 с.
7. Зинькович В.В. Институт реабилитации — надежная охрана прав личности в советском уголовном процессе // Актуальные проблемы охраны прав личности в советском уголовном судопроизводстве. Свердловск: Изд-во СЮИ, 1989. С. 63–118.
8. Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. М.: Юрид. лит., 1961. 381 с.
9. Касумов Ч.С. Последствия реабилитации по советскому праву. Баку: Элм, 1991. 168 с.
10. Климова Г.З. Реабилитация как правовой институт (вопросы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2004. 30 с.
11. Климова Г.З., Сенякин И.Н. Реабилитация как правовой институт (вопросы теории и практики). Саратов: Саратов. гос. акад. права, 2005. 343 с.
12. Кокорев Л.Д. Подсудимый в советском уголовном процессе. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1973. 271 с.
13. Корнеев О.А. Институт реабилитации в уголовно-процессуальном праве России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2005. 23 с.
14. Максименко М.В. Реабилитация в суде первой инстанции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2006. 25 с.
15. Малахов В.П., Казаков В.Н. Теория государства и права. М.: Академ. проект, 2002. 448 с.
16. Марченко М.Н. Теория государства и права. М.: Проспект, 2004. 640 с.
17. Миролюбов Н.И. Реабилитация как специальный правовой институт // Журнал Министерства юстиции. 1902. № 3–4. С. 101–141.
18. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: Норма: Инфра-М, 2010. 552 с.
19. Орлова М.В. Институт реабилитации в уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. 25 с.
20. Пастухов М.И. Оправдание подсудимого. Минск: Университетское, 1985. 112 с.
21. Пастухов М.И. Реабилитация невиновных: Основы правового института. Минск: Университетское, 1993. 176 с.
22. Подопригора А.А. Реабилитация в уголовном процессе России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2004. 26 с.
23. Полякова М.Ф. Реабилитация невиновных: гарантия чести и достоинства личности // Советское государство и право. 1976. № 10. С. 121–124.

<sup>18</sup> Пастухов М.И. Реабилитация невиновных... С. 18.

<sup>19</sup> См.: Глыбина А.Н., Якимович Ю.К. Реабилитация и возмещение вреда в порядке реабилитации в уголовном процессе России. Томск: Изд-во Томск. ун-та, 2006. С. 42; Пастухов М.И. Реабилитация невиновных... С. 18.

<sup>20</sup> См.: Глыбина А.Н., Якимович Ю.К. Указ. соч. С. 50; Тагьянин Д.В. Указ. соч. С. 61; Подопригора А.А. Указ. соч. С. 88; Климова Г.З. Реабилитация как правовой институт (вопросы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2004. С. 5; Бойцова Л.В. Уголовная юстиция: гражданин, государство. Тверь: Изд-во ТГУ, 1994. С. 29–30.

24. Проказин Д.Л. Реабилитация: основания, условия и содержание в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. 23 с.
25. Савицкий В.М. По поводу уголовно-процессуальных гарантий права невиновного на реабилитацию // Советское государство и право. 1965. № 9. С. 48–56.
26. Столмаков А.И. Правовосстановительные санкции в уголовном судопроизводстве // Советское государство и право. 1982. № 5. С. 108–112.
27. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса: в 2 т. Т. 1. М.: Наука, 1968. 468 с.
28. Татьяна Д.В. Реабилитация в уголовном процессе России: дис. ... канд. юрид. наук. М. 2006. 263 с.
29. Толстой А.В. Соотношение институтов уголовного преследования и реабилитации // Уголовное судопроизводство. 2006. № 2. С. 29–31.
30. Уголовно-процессуальное право РФ. М.: Юристъ, 2004. 800 с.
31. Шейндлин Б.В. Сущность советского права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1959. 139 с.
32. Шило Н.Я. Проблемы реабилитации на предварительном следствии. Ашхабад: Ылым, 1986. 200 с.
33. Эдилян А.Г. Реабилитация в советском уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1977. 22 с.

#### References (transliteration):

1. Bozh'ev V.P. Ugolovno-processual'nye pravootnoshenija. M.: Jurid. lit., 1975. 176 s.
2. Bojcova V.V., Bojcova L.V. Reabilitacija neobosnovanno osuzhdennyh grazhdan v sovremennyh pravovyh sistemah. Tver': Izd-vo TGU, 1993. 106 s.
3. Bojcova L.V. Ugolovnaja justicija: grazhdanin, gosudarstvo. Tver': Izd-vo TGU, 1994. 101 s.
4. Glybina A.N., Jakimovich Ju.K. Reabilitacija i vozmeshhenie vreda v porjadke reabilitacii v ugolovnom processe Rossii. Tomsk: Izd-vo Toms. un-ta, 2006. 146 s.
5. Efimov E. Pravovye voprosy vosstanovlenija trudovogo stazha reabilitirovannym grazhdanam // Socialisticheskaja zakonnost'. 1964. № 9. S. 42–45.
6. Zajder N.B., Poznanskij V.A., Cypkin A.L. Demokraticheskie osnovy sovetskogo demokraticeskogo pravosudija / pod red. M.S. Strogovicha. M.: Nauka, 1965. 392 s.
7. Zin'kovich V.V. Institut reabilitacii — nadezhnaja ohrana prav lichnosti v sovetskom ugolovnom processe // Aktual'nye problemy ohrany prav lichnosti v sovetskom ugolovnom sudoproizvodstve. Sverdlovsk: Izd-vo SJuI, 1989. S. 63–118.
8. Ioffe O.S., Shargorodskij M.D. Voprosy teorii prava. M.: Jurid. lit., 1961. 381 s.
9. Kasumov Ch.S. Posledstvija reabilitacii po sovetskomu pravu. Baku: Jelm, 1991. 168 s.
10. Klimova G.Z. Reabilitacija kak pravovoj institut (voprosy teorii i praktiki): avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. Volgograd, 2004. 30 s.
11. Klimova G.Z., Senjakin I.N. Reabilitacija kak pravovoj institut (voprosy teorii i praktiki). Saratov: Sarat. gos. akad. prava, 2005. 343 s.
12. Kokorev L.D. Podsudimyj v sovetskom ugolovnom processe. Voronezh: Izd-vo Voronezh. un-ta, 1973. 271 s.
13. Korneev O.A. Institut reabilitacii v ugolovno-processual'nom prave Rossii: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. Cheljabinsk, 2005. 23 s.
14. Maksimenko M.V. Reabilitacija v sude pervoj instancii: avtoref. dis. ...kand. jurid. nauk. Vladimir, 2006. 25 s.
15. Malahov V.P., Kazakov V.N. Teorija gosudarstva i prava. M.: Akadem. proekt, 2002. 448 s.
16. Marchenko M.N. Teorija gosudarstva i prava. M.: Prospekt, 2004. 640 s.
17. Miroljubov N.I. Reabilitacija kak special'nyj pravovoj institut // Zhurnal Ministerstva justicii. 1902. № 3–4. S. 101–141.
18. Neresesjanc V.S. Obshhaja teorija prava i gosudarstva. M.: Norma: Infra-M, 2010. 552 s.
19. Orlova M.V. Institut reabilitacii v ugolovnom processe: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2006. 25 s.
20. Pastuhov M.I. Opravdanie podsudimogo. Minsk: Universitetskoe, 1985. 112 s.
21. Pastuhov M.I. Reabilitacija nevinovnyh: Osnovy pravovogo instituta. Minsk: Universitetskoe, 1993. 176 s.
22. Podoprigora A.A. Reabilitacija v ugolovnom processe Rossii: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. Rostov n/D, 2004. 26 s.
23. Poljakova M.F. Reabilitacija nevinovnyh: garantija chesti i dostoinstva lichnosti // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. 1976. № 10. S. 121–124.
24. Prokazin D.L. Reabilitacija: osnovanija, uslovija i soderzhanie v ugolovnom sudoproizvodstve: avtoref. dis. ...kand. jurid. nauk. M., 2006. 23 s.
25. Savickij V.M. Po povodu ugolovno-processual'nyh garantij prava nevinovного na reabilitaciju // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. 1965. № 9. S. 48–56.
26. Stolmakov A.I. Pravovosstanovitel'nye sankcii v ugolovnom sudoproizvodstve // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. 1982. № 5. S. 108–112.
27. Strogovich M.S. Kurs sovetskogo ugolovnogogo processa: v 2 t. T. 1. M.: Nauka, 1968. 468 s.
28. Tat'janin D.V. Reabilitacija v ugolovnom processe Rossii: dis. ... kand. jurid. nauk. M. 2006. 263 s.
29. Tolstoj A.V. Sootnoshenie institutov ugolovnogogo presledovanija i reabilitacii // Ugolovnoe sudoproizvodstvo. 2006. № 2. S. 29–31.
30. Ugolovno-processual'noe pravo RF. M.: Jurist, 2004. 800 s.
31. Shejndlin B.V. Sushhnost' sovetskogo prava. L.: Izd-vo LGU, 1959. 139 s.
32. Shilo N.Ja. Problemy reabilitacii na predvaritel'nom sledstvii. Ashhabad: Ylym, 1986. 200 s.
33. Jediljan A.G. Reabilitacija v sovetskom ugolovnom processe: avtoref. dis. ...kand. jurid. nauk. M., 1977. 22 s.

*Материал поступил в редакцию 14 сентября 2014 г.*

***On the issue of definition and nature of rehabilitation relations  
in the criminal judicial proceedings in Russia***

**KORCHAGINA, Lyubov Igorevna** — adjunct of the Department of Criminal Process of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation named after V.Y. Kikot.

[Luba\_Korchagina@mail.ru]

117437, Russia, Moskva, ul. Akademika Volgina, 12.

**Review.** *The article is devoted to the studies of legal relations concerning rehabilitation in criminal judicial proceedings in Russia. The author provides characteristics of the norms of the institution of rehabilitation through the prism of the criminal procedural norms. The author studies the qualities of the norms of rehabilitation legal relations, their structure, and characteristic features. The author studies the qualification of the norms within the institution of rehabilitation. The specific features of the criminal procedural norms in the rehabilitation legal relations is such, that in the process of their implementation they serve both law-enforcement and regulatory legal functions. The methodological basis for the work was formed with the complex of general scientific and specialized methods for studying legal matters and processes in the sphere of criminal judicial proceedings, including historical, systemic-structural and analytical synthetic approaches. It is established that the specificity of rehabilitation norms is in the dual character of implementation of functions and their interaction. The author defines the nature of rehabilitation relations, defining them.*

**Keywords:** *rehabilitation relations, criminal procedural relations, rehabilitation, institution of rehabilitation, norms of law, abstraction of norms, unilateral character of norms, law-enforcement and regulatory function.*

# ОРГАНИЗАЦИЯ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

В.П. Беляев\*

## Юридическая деятельность органов прокуратуры и следствия: проблемы взаимодействия

**Аннотация.** В статье рассмотрен ряд вопросов относительно оптимизации взаимодействия юридической деятельности органов прокуратуры и следствия в целях борьбы с преступностью. Осуществлен исторический обзор такого взаимодействия, что позволило показать позитивный характер взаимоотношений прокуроров и следователей на протяжении длительного периода. Дан анализ сложившейся на сегодня ситуации, ставшей результатом законодательного реформирования следствия, в том числе относительно соотношения процессуального руководства и прокурорского надзора в ходе расследования уголовных дел. Аргументировано мнение о необоснованном расширении процессуальных полномочий руководителей следственных органов в ущерб надзорным полномочиям прокуроров. Высказана личностная оценка возникших проблем в юридической деятельности следователей и прокуроров, а также предложены некоторые пути и формы (модель) оптимизации их взаимодействия в целях повышения эффективности противодействия преступности в современной России. В частности, подчеркнута необходимость принятия на законодательном уровне концепции организации органов предварительного следствия, включающей в себя создание единого федерального следственного органа, восстановление полноценного прокурорского надзора за следствием, четкое разграничение процессуальных полномочий прокуроров и руководителей следственных органов и т.д.

**Ключевые слова:** юридическая деятельность, борьба с преступностью, процессуальный контроль, прокуратура, следствие, прокурорский надзор, взаимодействие, полномочия, оптимизация, концепция организации следствия.

Одно из приоритетных направлений юридической деятельности<sup>1</sup> в современном российском государстве — это, безусловно, противодействие преступности, масштабы которой, мягко говоря, остаются значительными. По некоторым оценкам, за последние годы в стране фиксируется примерно 2 млн 400 тыс. преступлений<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Подробнее см.: Беляев В.П. Юридическая деятельность: признаки, субъекты, функции // Право и образование. 2004. № 6. С. 5–26; Беляев В.П., Сорокина В.В. Процессуальная форма юридической деятельности: вопросы теории и практики. М.: Юрлитинформ, 2011; Беляев В.П. К вопросу о социальном предназначении юридической деятельности // Известия Юго-Западного государственного университета. Сер.: История и право. 2014. № 1. С. 8–11 и др.

<sup>2</sup> См.: Горбачев А. Новая полиция — старая милиция // Наша власть. 2013. № 11–12 (129). С. 45.

Изложенное с убедительностью подтверждает необходимость принятия и осуществления соответствующих мер по дальнейшей оптимизации механизма противодействия преступности; несколько подробнее, в порядке небольшого отступления, остановимся на этом понятии.

С нашей точки зрения, противодействие преступности следует рассматривать как комплексную систему мер, направленную на пресечение (в самом широком смысле этого слова) преступлений и других правонарушений, включающую в себя профилактическую работу, непосредственно раскрытие и расследование преступлений (под непосредственным надзором прокуратуры), обеспечение соответствующего закону наказания и его реального исполнения. Заметим, что аналогичное мнение высказывают Ю.А. Воронин и

© Беляев В.П., 2015

\* Беляев Валерий Петрович — доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Юго-Западного государственного университета.

[belvp46@mail.ru]

305040, Россия, г. Курск, ул. 50-летия Октября, д. 94.

А.В. Майоров<sup>3</sup>, а по справедливому мнению Г.А. Аванесова, в систему борьбы с преступностью входят: расследование преступлений и розыск преступников, раскрытие преступлений, назначение и исполнение наказания, прокурорский надзор за всей этой деятельностью (подчеркнуто мною. — В.Б.), а также обеспечение законности в данной сфере, профилактика, предотвращение и пресечение преступлений<sup>4</sup>.

Представляется, что в контексте начатого разговора о противодействии преступности есть необходимость (хотя бы кратко) сослаться и на опыт отдельных зарубежных стран в обозначенном направлении. Изучение ряда источников показывает, что в таких странах, как США и Великобритания, при обозначении противодействия преступности предпочтительным является термин «контроль над преступностью». Так, в 1994 г. в США был принят федерального уровня закон «О контроле над насильственной преступностью и правоприменительной деятельности».

Свой фундаментальный труд Д. Гарланд так и назвал: «Культура контроля. Преступность и социальный порядок в современном обществе»<sup>5</sup>. Д. Гарланд отмечает, что в обществе растет страх перед преступностью, в целом увеличилась виктимизация, поэтому государству следует усиливать меры по противодействию преступности<sup>6</sup>.

Научный интерес вызывает также мнение Г. Паккера о существовании двух моделей уголовной юстиции, первая из которых основана на приоритете обеспечения общества, а вторая — на приоритете соблюдения прав граждан при осуществлении правосудия<sup>7</sup>. И в современный период преобладающей стала первая модель, предполагающая приоритет мер, направленных на обеспечение безопасности общества, защиту его от опасных индивидов, зачастую в ущерб охраны прав человека<sup>8</sup>. Со своей стороны заметим, что последнее обстоятельство нельзя признать приемлемым, поскольку безусловное соблюдение прав и свобод граждан в российском уголовном судопроизводстве не должно подвергаться сомнению.

Отметим и то, что к настоящему времени несколько изменился и сам процесс управления в сфере контроля над преступностью, получивший название *governance*<sup>9</sup>; при нем основными методами управления становятся не принуждение, а переговоры, выявление общих интересов, налаживание партнерских отношений; более широко используется термин «управление безопасностью» (*governance of security*)<sup>10</sup>.

В итоге можно сказать, что проблема противодействия преступности (контроля над ней) продолжает оставаться первоочередной и в мировом пространстве, что требует принятия необходимых мер.

Возвращаясь к рассмотрению заявленной темы, следует особо отметить, что важное место в механизме противодействия преступности отводится юридической деятельности сотрудников органов следствия и прокуратуры. В соответствии с действующим законодательством следователь является одной из главных фигур уголовного судопроизводства, поскольку он уполномочен участвовать в раскрытии преступлений, квалифицировать уголовное деяние, направлять ход расследования по уголовному делу, принимать решение о производстве процессуальных действий, доказывать виновность (невиновность) лиц, привлекаемых к уголовной ответственности, заканчивать расследование дела и т.д. В то же время прокурор обязан осуществлять надзор за законностью в деятельности следователей и принимать меры по устранению выявленных нарушений закона, соблюдению прав и свобод граждан, вовлеченных в орбиту уголовного судопроизводства.

Уместно подчеркнуть, что именно от должного взаимодействия органов предварительного следствия и прокуратуры в значительной степени зависит эффективность борьбы с преступностью, поэтому оптимизация взаимодействия юридической деятельности прокуроров и следователей в досудебном производстве является важнейшим фактором успешного противодействия преступности.

Каково же положение дел в этом плане сегодня, и что можно предложить в качестве путей (направлений), форм и способов названной выше оптимизации? Предпримем попытку дать ответ на поставленные вопросы, изложив свою точку зрения по обозначенной проблеме.

Начнем с краткой исторической справки по вопросу взаимодействия следователей и прокуроров при расследовании уголовных дел (историки говорят, что история — это философия, которая учит сегодня).

<sup>3</sup> См.: Воронин Ю.А., Майоров А.В. Теоретические основы формирования системы противодействия преступности в России // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2013. № 1. С. 7–16.

<sup>4</sup> См.: Аванесов Г.А. Криминология: учебник для вузов. М.: Изд-во Акад. МВД СССР, 1984.

<sup>5</sup> См.: Garland D. The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society. Oxford: Oxford University Press, 2001.

<sup>6</sup> См.: Idem. The Culture of High Crime Societies: Some Preconditions of Recent «Law and Order» Policies // British Journal of Criminology. 2000. Vol. 40. P. 360–364.

<sup>7</sup> См.: Packer H. The limits of criminal sanction. The limits of criminal sanction. Stanford: Stanford University Press, 1968. P. 18.

<sup>8</sup> См.: Tonry M. Symbol, Substance, and Severity in Western Penal Policies // Punishment and Society-international Journal of Penology. Vol. 3. №. 4. P. 517–536.

<sup>9</sup> См.: The Sage Dictionary of Criminology. 2 ed. E. McLaughlin, J. Muncie (eds). London: Sage paperback J. Treadwell, 2006.

<sup>10</sup> См.: Loader I., Sparks R. Contemporary Landscapes of Crime, Order and Control: Governance, Risk and Globalization // The Oxford Handbook of Criminology. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Для начала обратимся к истокам возникновения следственных органов и прокуратуры в России. Что касается первых, то вполне обоснованным, полагаем, является мнение Д.О. Серова и А.К. Аверченко о том, что зарождение отечественных органов предварительного следствия произошло не в 1860 г. (как считает, к примеру, А.Г. Мамонтов<sup>11</sup>), а на полтора столетия раньше, в первой четверти XVIII в.<sup>12</sup> (речь идет о так называемых майорских канцеляриях, следственной канцелярии генерал-прокуратуры Сената и Розыскной конторе Высшего суда).

Таким образом, есть основания полагать, что учреждение органов предварительного расследования в России, хотя и несколько самобытных и своеобразных, произошло в период правления Петра Великого, практически параллельно с образованием прокуратуры. Последняя была создана в 1722 г. в России как орган, осуществляющий от имени и по поручению императора повсеместный и постоянный надзор за действиями и решениями правительствующего Сената, других центральных и местных государственных учреждений<sup>13</sup>.

В то же время устоявшуюся в историко-правовой науке точку зрения об учреждении прокуратуры разделяют не все. Так, О.В. Воронин считает, что становление прокуратуры как самостоятельного публичного ведомства связано с учреждением Министерства юстиции, когда в его структуре была «организационно обособлена прокурорская служба»<sup>14</sup>. С таким утверждением согласиться нельзя, ибо общеизвестно, что с момента образования в 1722 г. прокуратура действовала как самостоятельный (автономный) орган и генерал-прокурор подчинялся исключительно царю. А утратила прокуратура свою самостоятельность именно в ходе министерской реформы 1802 г., то есть с момента ее организационного вхождения в состав Министерства юстиции (и вплоть до 1933 г.).

Характерно, что с момента образования и до начала XIX в. органы расследования и прокуратура действовали параллельно и самостоятельно; изученные источники не позволяют утверждать, что прокуратура осуществляла надзор за следствием.

Однако с 1802 г. впервые на прокуроров (хотя и косвенно) была возложена функция надзора за расследованием уголовных дел в соответствии

с указами императора 1802 г.<sup>15</sup> Это проявилось в том, что прокуроры должны были наблюдать за тем, чтобы при расследовании преступлений не использовались «пристрастные допросы» и истязания, не допускалось привлечение к ответственности невиновных, не было сокрытия преступлений и послабления преступникам<sup>16</sup>.

По нашему мнению, организационно-правовое оформление как органов расследования, так и прокурорского надзора за следствием окончательно произошло в ходе судебной реформы 60-х гг. XIX в. Появляется процессуальная фигура судебного следователя, поднадзорная в своей деятельности прокурору; следователи и прокуроры начинают тесно взаимодействовать в ходе расследования преступлений. Как пишет С.А. Шейфер, Устав уголовного судопроизводства (далее — УУС) установил гибкую систему таких взаимоотношений: прокуроры сами предварительных следствий не производят, но осуществляют наблюдение за деятельностью судебного следователя, в том числе путем личного присутствия при всех следственных действиях (ст. 278 и 280 УУС). В то же время прокурор вправе предъявлять судебному следователю требования об устранении нарушений закона (ст. 281 УУС), причем следователь обязан эти требования исполнить, а если к этому встретится препятствие, он должен его преодолевать, уведомляя об этом прокурора и ожидая его разрешения (ст. 282 УУС). Полномочия прокурора касались и применения судебным следователем мер пресечения (ст. 283, 284, 285 УУС), они позволяли прокурору, не вмешиваясь в конкретную деятельность судебного следователя, принимать меры к обеспечению надлежащего качества предварительного следствия. Особо значимым в этом отношении было право прокурора требовать дополнения предварительного следствия по сделанным им судебному следователю указаниям (ст. 286 УУС)<sup>17</sup>.

И в течение XIX — начале XX вв. (вплоть до революции 1917 г.) институт взаимодействия органов следствия и прокуратуры не подвергался никаким изменениям; практически они действовали «в одной упряжке», являясь реальной силой по борьбе с преступностью.

Полагаем, что в рамках настоящей статьи нет необходимости детально рассматривать эволю-

<sup>11</sup> См.: Мамонтов А.Г. Расследование преступлений в российском судопроизводстве первой половины XIX в.: учеб. пособие. М.: Изд-во Моск. ун-та МВД России, 2003. С. 24.

<sup>12</sup> См.: Серов Д.О., Аверченко А.К. Ведомственный следственный аппарат России: замыслы и реальность // Журнал российского права. 2005. № 10. С. 122–123.

<sup>13</sup> См.: Беляев В.П., Ларина О.Г. Образование института государственного контроля и надзора в России // История государства и права. 2012. № 17. С. 33–37.

<sup>14</sup> Воронин О.В. О некоторых тенденциях развития отечественной прокурорской деятельности // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 4 (10). С. 65–66.

<sup>15</sup> Именной указ Сенату от 08.09.1802 «О правах и обязанностях Сената» // Полное собрание законов Российской империи (далее — ПСЗ). Т. XXVII. № 20405; Манифест от 08.09.1802 «Об учреждении министерств» // ПСЗ. Т. XXVII № 20406; Именной указ от 07.11.1775 «Учреждение для управления губерний Всероссийской империи» // ПСЗ. Т. XX. № 14392.

<sup>16</sup> См.: Беляев В.П., Гусакова Ю.С., Ларина О.Г. Взаимодействие органов расследования и прокуратуры России в XVIII — начале XX вв. Курск: Изд-во Юго-Запад. гос. ун-та, 2012.

<sup>17</sup> См.: Шейфер С.А. Следственная власть: история и современность // Уголовная юстиция. М.: Акцион-Медиа, 2012. С. 11–12.

цию взаимодействия органов расследования и прокуратуры в советский период, поскольку при всех структурных новациях, изменениях, реформах следственных органов того времени незыблемым оставался прокурорский надзор за следствием, процессуальное (именно. — В.Б.) руководство деятельностью следователей со стороны прокуроров. Главное заключается в том, что это деловое сотрудничество приносило позитивные результаты в сфере противодействия преступности (достаточно высокий уровень раскрываемости преступлений, стабильный коэффициент преступности, фактическая ликвидация организованной преступности, устойчивые показатели следственной работы и т.п.).

По результатам изложенного можно констатировать, что на протяжении длительного времени в нашей стране действовал хорошо отлаженный механизм взаимодействия органов расследования и прокуратуры, позволяющий успешно противодействовать преступности.

Примечательно и то обстоятельство, что и в период кардинальной реформации нашего общества в конце прошлого века позитивная практика взаимодействия органов прокуратуры и следствия продолжилась, чему в решающей степени способствовало уголовно-процессуальное законодательство 2001 г.

Сложившаяся традиция была существенно изменена в связи с принятыми в 2007 г. поправками в УПК РФ и Закон о прокуратуре, которые в значительной степени сократили полномочия прокуроров по надзору за следствием (если говорить прямо, эти законодательные новеллы практически настолько секвестровали прокурорский надзор за следствием, что теперь, по справедливому замечанию отдельных авторов, «прокурору отводится роль пассивного наблюдателя, право надзора у него осталось, а действенных полномочий нет»<sup>18</sup>).

В результате на сегодняшний день прокурорский надзор за следствием фактически подменен ведомственным (процессуальным) контролем, что «ведет к нарушению правозащитного механизма в сфере уголовного судопроизводства, внутренний контроль не может быть столь же эффективным, как прокурорский надзор, так как следствие — это зона повышенного риска, вероятного ущемления прав и свобод человека»<sup>19</sup>. Надо также иметь в виду, что, в отличие от прокуроров, над руководителями следственных подразделений довлеют ведомственные показатели следственной работы (к примеру, количества расследованных и прекращенных дел, количества отмененных процессу-

альных решений, сроков следствия, их соотносимость с прошедшим периодом и т.п.), требования вышестоящих руководителей об улучшении таковых, непосредственная служебная подчиненность (фактически — зависимость); и все это, несомненно, негативно сказывается на беспристрастности следователя, его независимости. По этому поводу С.А. Шейфер пишет, что в руках руководителя следственного органа оказались сосредоточены широчайшие полномочия, в том числе и такие, которые существенно и в большей мере, чем прежде, ограничивают процессуальную самостоятельность следователя, у которого процессуальной самостоятельности нет, и нет осуществляемой им независимой следственной власти<sup>20</sup>.

Руководители следственных органов получили столь широкие полномочия по контролю над деятельностью следователей, что они в определенной степени превышают имевшиеся ранее прокурорские полномочия по процессуальному руководству и надзору за следствием. Как справедливо отмечает А.Ш. Магомедов, произошло «механическое лишение прокурора полномочий по процессуальному руководству и контролю за следствием и наделение ими руководителя следственного органа»<sup>21</sup>.

Со своей стороны добавим, что законодательные новации вплотную затронули и другие аспекты взаимодействия органов следствия и прокуратуры и опять-таки в направлении сужения прокурорских полномочий. К примеру, чем можно объяснить такое решение законодателя, как лишение прокурора всегда принадлежащего ему процессуального права на возбуждение уголовного дела (даже по результатам своей же, прокурорской проверки)? Ведь в рекомендации Комитета министров Совета Европы 2000 г. «О роли прокуратуры в системе уголовного правосудия» прописано, что прокуроры не только поддерживают обвинение в суде, но и во всех системах уголовного правосудия решают вопрос о возбуждении или продолжении уголовного преследования. Кстати, заметим, что среди прокуроров стран-участниц СНГ только российские прокуроры лишены права возбуждать уголовные дела.

Примечательно (и нигде официально не объяснено) и то, что при реформировании предварительного следствия, повлекшем значительное сокращение прокурорских надзорных полномочий, надзор за органами дознания остался неизменным; за прокурорами они оставлены в полном объеме (ч. 2 ст. 37 УПК РФ). И это при том, что, как известно, дознаватели (в отличие от следователей) расследуют менее сложные и не столь зна-

<sup>18</sup> Лапин С.Ю. Прокурор — следователь: революция началась // СПС «Консультант Плюс».

<sup>19</sup> Коршунов И.Г. О проблемах реформирования прокурорского надзора в современный период // Вестник Кемеровского государственного университета. 2013. № 4 (56). Т. 1. С. 294.

<sup>20</sup> См.: Шейфер С.А. Указ. соч. С. 11–20.

<sup>21</sup> Магомедов А.Ш. Просчеты законодателя при реформировании предварительного следствия // Исторические, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2013. № 6 (32). Ч. 2. С. 118.

чимые преступления. Чем руководствовался законодатель в данной ситуации, остается загадкой. Невольно прислушаешься к мнению А.И. Бойко и О.А. Бойко, когда они пишут: «Не все эти меры получают понимание и поддержку в прокурорско-следственном корпусе, но его возражения гасятся современным общественным мнением и господствующими идеологическими ветрами»<sup>22</sup>.

Далее при рассмотрении вопросов относительно взаимодействия органов следствия и прокуратуры в сфере противодействия преступности нельзя умолчать и о следующей проблеме. Дело в том, что с момента принятия Федерального закона от 28.12.2010 № 403-ФЗ «О Следственном комитете РФ» (далее — СКР) и до настоящего времени нет четкого определения правового статуса этого государственного органа, в том числе и при взаимодействии с прокуратурой (которая в силу закона призвана координировать деятельность всех правоохранительных органов по борьбе с преступностью), как и с другими правоохранительными органами. В результате высказываются разные подходы к названной проблеме.

Так, В.А. Медведев считает, что СКР одновременно совмещает функции органа судебной и исполнительной власти и при этом является независимой от прокуратуры РФ федеральной следственной структурой, единой и централизованной, созданной в целях совершенствования деятельности органов предварительного следствия и усиления прокурорского надзора за исполнением законов указанными органами. И в то же время автор ратует за возврат прокурору надзорных функций за предварительным следствием в качестве гарантии обеспечения эффективного надзора за следствием<sup>23</sup>.

В других источниках утверждается, что в настоящее время СКР не входит в структуру какого-либо органа государственной власти, ни в какую-либо из ветвей государственной власти. По сути, реализуемая им следственная власть является продолжением президентской власти и может рассматриваться как элемент сдержек и противовесов в системе разделения властей<sup>24</sup>.

В свою очередь считаем, что исходя из своей функциональной принадлежности СКР является обычным органом исполнительной власти, и если он пока законодательно не включен в систему таковых, то это не дает оснований причислить

его к иной (чем исполнительная) ветви власти, а тем более говорить об его исключительности. С удовлетворением можно констатировать, что «безнадзорный СКР» теперь становится поднадзорным прокуратуре<sup>25</sup>.

В продолжение темы еще раз подчеркнем, что юридическую деятельность следователей всех ведомств, где они имеются, нельзя оставлять без полноценного и постоянного прокурорского надзора, ибо реально (и объективно) существуют риски выхода их за рамки правового поля, ущемления и нарушения прав и свобод граждан в уголовном процессе. Именно в досудебном производстве надзорная функция прокуратуры, процессуальные полномочия прокуроров должны присутствовать в полном объеме, а решения прокурора должны быть обязательными не только для дознавателей, но и следователей. А пока, как отмечают некоторые ученые, требования прокурора об устранении выявленных им нарушений практически не обязательны для следователя и руководителя следственного органа<sup>26</sup>.

Как справедливо пишет И.Г. Коршунов, замена прокурорского надзора контролем со стороны руководителя следственного органа не может стать эффективным средством контроля. Предварительное следствие находится на недопустимо низком уровне, при расследовании допускаются не только грубые нарушения прав обвиняемых и потерпевших, но и процессуального порядка производства следственных действий<sup>27</sup>.

Поэтому только недоумение вызывают высказывания отдельных авторов, которые считают, что по важнейшим процессуальным вопросам в досудебном уголовном судопроизводстве процессуальное положение прокурора принципиально не изменилось<sup>28</sup>.

Наряду с изложенным, целесообразно обратиться и к тексту пояснительной записки к проекту Федерального закона «О следственном комитете РФ», в которой в качестве основной цели реформирования следствия названо создание необходимых условий для эффективной реализации полномочий прокуроров по надзору за процессуальной деятельностью органов следствия,

<sup>22</sup> Бойко А.И., Бойко О.А. Судебный контроль по уголовным делам — особый вид юридической деятельности // Северо-Кавказский юридический вестник. 2010. № 1. С. 83.

<sup>23</sup> См.: Медведев В.А. Правовой статус Следственного комитета Российской Федерации в реформируемой системе правоохранительных органов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 10, 17, 24.

<sup>24</sup> См.: Алексеев Н. Следственная власть является продолжением президентской власти. URL: <http://www.gazeta-yakutia.ru/index.php/archive/item/8906-nikolaj-alekseev-sledstvennaya-vlast-yavlyaetsya-prodolzheniem-prezidentskoj-vlasti> (дата посещения: 30.01.2015).

<sup>25</sup> См.: Госдума приняла закон о надзоре прокуратуры за Следственным комитетом. URL: <http://ria.ru/incidents/20141212/1037951280.html#14225621092213&message=resize&relto=register&action=addClass&value=registration> (дата посещения: 30.01.2015).

<sup>26</sup> См.: Самсонов В.В. Ошибки прокурорского надзора и ведомственного процессуального контроля в досудебном производстве // Юрист-Правовед. 2010. № 3. С. 53–58.

<sup>27</sup> См.: Коршунов И.Г. О проблемах реформирования прокурорского надзора в современный период // Вестник Кемеровского государственного университета. 2013. № 4 (56). Т. 1. С. 295.

<sup>28</sup> См.: Чеботарева И.Н., Жалнина А.В. Соотношение ведомственного контроля и прокурорского надзора за процессуальной деятельностью следователя // Известия Юго-Западного государственного университета. 2013. № 4 (49). С. 197.

усиления взаимодействия органов прокуратуры и следствия, повышения объективности следствия, а в итоге — обеспечение законности в сфере уголовного судопроизводства и неукоснительное соблюдение конституционных прав граждан<sup>29</sup>.

Однако, полагаем, реформирование процессуальных отношений следователей и прокуроров и их взаимодействия в досудебном производстве не достигло поставленной цели и не принесло ожидаемых результатов. Качество предварительного следствия остается невысоким, количество выявленных нарушений, допускаемых следователями при приеме, регистрации и рассмотрении сообщений о преступлениях возрастает. Доля уголовных дел, оконченных с нарушением установленного законом срока, растет угрожающими темпами.

Со своей стороны заметим, что несоблюдение сроков следствия — это не только формальное нарушение закона, а проблема, влекущая за собой утрату доказательств, несвоевременность привлечения виновных к уголовной ответственности (да и уход отдельных из них от таковой), увеличение всех затрат на производство расследования и т.д., что самым негативным образом сказывается на борьбе с преступностью.

Как представляется, в немалой степени в сложившемся положении повинны законодательные изменения, заменившие прокурорский надзор так называемым процессуальным контролем, который, повторимся, по своей природе никогда не сможет встать выше ведомственных интересов, быть объективным и беспристрастным. В то же время прокурорский надзор за соблюдением законов следственными органами — это, безусловно, действенное и эффективное средство противодействия преступности и одновременно — гарантия защиты граждан как от противоправных действий, так и от возможного беззакония со стороны должностных лиц следственных органов, «которые активно используют в своей деятельности широкий арсенал принудительных мер процессуального характера»<sup>30</sup>.

Наряду с изложенным, нельзя забывать и о таком важном обстоятельстве, на которое правильно указывает В.В. Самсонов, когда пишет, что поскольку «именно прокуратура поддерживает обвинение в суде, основывая свою позицию на материалах досудебного производства, значение прокурорского надзора в досудебном судопроизводстве по-прежнему нельзя недооценивать»<sup>31</sup>. Как нельзя недооценивать и то, что в соответствии с уголовно-процессуальным законом прокурор

и следователь являются участниками уголовного судопроизводства со стороны обвинения, и их эффективное взаимодействие — непереносимое условие результативной борьбы с преступностью.

В итоге по результатам проведенного исследования приходим к таким выводам и вносим следующие предложения:

В целях повышения эффективности противодействия преступности необходимо: первое — разработать и принять на законодательном уровне научно-обоснованную концепцию организации предварительного следствия, включающую в себя завершение структурирования следственной власти (создание единого федерального следственного органа, исключая ведомственное следствие), придание ей реальной независимости и самостоятельности.

Второе — в полном объеме восстановить полномочия прокурора по осуществлению полноценного (всестороннего) надзора за исполнением законов в деятельности следователей по принимаемым последними процессуальным решениям; внести в уголовно-процессуальное законодательство дополнение (уточнение) в целях четкого различения надзорных полномочий прокуроров (они должны быть исключительно надзорными и направленными не только на обеспечение законности при производстве процессуальных действий следователей, но и на соблюдение прав и свобод всех участников, вовлеченных в орбиту уголовного судопроизводства), и полномочий руководителей следственных подразделений с наделением их только административными функциями в отношении подчиненных им по службе следователей (следует заметить, что подобную точку зрения разделяют и другие ученые)<sup>32</sup>.

Важно подчеркнуть, что богатый российский опыт взаимодействия органов прокуратуры и следствия, сущность и содержание (природа) их взаимоотношений с объективностью свидетельствует о необходимости возврата к проверенному временем характеру этих продуктивных взаимоотношений.

Полагаем, что в перспективе реформа следствия должна пойти по пути создания единого федерального органа расследования уголовных дел, оперативное обеспечение которых будут обязаны осуществлять органы дознания (за ними должна быть оставлена только оперативно-розыскная функция), а надзор за расследованием уголовных дел (и процессуальное руководство) следует сосредоточить исключительно в руках прокуроров.

Считаем, что предложенная модель будет способствовать эффективной борьбе с преступностью, в том числе и путем соблюдения принципа неотвратимости наказания, исключению

<sup>29</sup> URL: [http://www.lexpages.ru/kodex/zakonoproekt\\_o\\_sledstvennom\\_komitete\\_sk\\_rf.php](http://www.lexpages.ru/kodex/zakonoproekt_o_sledstvennom_komitete_sk_rf.php) (дата посещения: 30.01.2015).

<sup>30</sup> Смоков С.М., Кузьменко В.Н. Прокурорский надзор или процессуальное руководство органами досудебного расследования // *Science and world*. 2013. № 3 (3). С. 176.

<sup>31</sup> Самсонов В.В. Ошибки прокурорского надзора и ведомственного процессуального контроля в досудебном производстве // *Юрист-Правовед*. 2010. № 3. С. 53.

<sup>32</sup> См.: Беляева Г.С. Правовой режим: общетеоретическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Курск, 2013. С. 33; Коршунов И.Г. О проблемах реформирования прокурорского надзора в современный период // *Вестник Кемеровского государственного университета*. 2013. № 4 (56). Т. 1. С. 293–296.

различных (ведомственных) подходов к проблеме пресечения преступлений, повышению роли и ответственности должностных лиц органов расследования и прокуратуры, а также повышению их профессионального мастерства.

Таковы, с нашей точки зрения, пути (направления) оптимизации юридической деятельности органов прокуратуры и следствия в направлении их взаимодействия в целях повышения эффективности противодействия преступности.

#### Библиография:

1. Аванесов Г.А. Криминология: учебник для вузов. М.: Изд-во Акад. МВД СССР, 1984. 500 с.
2. Алексеев Н. Следственная власть является продолжением президентской власти. URL: <http://www.gazetayakutia.ru/index.php/archive/item/8906-nikolaj-alekseev-sledstvennaya-vlast-yavlyaetsya-prodolzheniem-prezidentskoj-vlasti>.
3. Беляев В.П. Юридическая деятельность: признаки, субъекты, функции // Право и образование. 2004. № 6. С. 5–26.
4. Беляев В.П., Ларина О.Г. Образование института государственного контроля и надзора в России // История государства и права. 2012. № 17. С. 33–37.
5. Беляев В.П., Сорокина В.В. Процессуальная форма юридической деятельности: вопросы теории и практики: монография. М.: Юрлитинформ, 2011. 144 с.
6. Беляев В.П. К вопросу о социальном предназначении юридической деятельности // Известия Юго-Западного государственного университета. Сер.: История и право. 2014. № 1. С. 8–11.
7. Беляева Г.С. Правовой режим: общетеоретическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Курск, 2013. 213 с.
8. Бойко А.И., Бойко О.А. Судебный контроль по уголовным делам — особый вид юридической деятельности // Северо-Кавказский юридический вестник. 2010. № 1. С. 77–90.
9. Воронин О.В. О некоторых тенденциях развития отечественной прокурорской деятельности // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 4 (10). С. 65–66.
10. Воронин Ю.А., Майоров А.В. Теоретические основы формирования системы противодействия преступности в России // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2013. № 1. С. 7–16.
11. Горбачев А. Новая полиция — старая милиция // Наша власть. 2013. № 11–12 (129).
12. Коршунов И.Г. О проблемах реформирования прокурорского надзора в современный период // Вестник Кемеровского государственного университета. 2013. № 4 (56). Т. 1. С. 293–296.
13. Лапин С.Ю. Прокурор — следователь: революция началась // ЭЖ-Юрист. 2007. № 26 // СПС «Консультант Плюс».
14. Магомедов А.Ш. Просчеты законодателя при реформировании предварительного следствия // Исторические, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2013. № 6 (32). Ч. 2. С. 117–119.
15. Мамонтов А.Г. Расследование преступлений в российском судопроизводстве первой половины XIX в.: учеб. пособие. М.: Изд-во Моск. ун-та МВД России, 2003. 105 с.
16. Медведев В.А. Правовой статус Следственного комитета Российской Федерации в реформируемой системе правоохранительных органов. автореф. дис. ... канд юрид наук. М., 2011. 26 с.
17. Самсонов В.В. Ошибки прокурорского надзора и ведомственного процессуального контроля в досудебном производстве // Юрист-Правовед. 2010. № 3. С. 53–58.
18. Серов Д.О., Аверченко А.К. Ведомственный следственный аппарат России: замыслы и реальность // Журнал российского права. 2005. № 10. С. 122–123.
19. Смоков С.М., Кузьменко В.Н. Прокурорский надзор или процессуальное руководство органами досудебного расследования // Scienceandworld. 2013. № 3 (3). С. 176–178.
20. Чеботарева И.Н., Жалнина А.В. Соотношение ведомственного контроля и прокурорского надзора за процессуальной деятельностью следователя // Известия Юго-Западного государственного университета. 2013. № 4 (49). С. 197–200.
21. Шейфер С.А. Следственная власть: история и современность // Уголовная юстиция. М.: Актион-Медиа, 2012. С. 11–20.
22. Garland D. The Culture of Control. Oxford: Oxford University Press, 2001. 324 p.
23. Garland D. The Culture of High Crime Societies: Some Preconditions of Recent «Law and Order» Policies // British Journal of Criminology. 2000. Vol. 40. P. 360–364.
24. Loader I., Sparks R. Contemporary Landscapes of Crime, Order and Control: Governance, Risk and Globalization // The Oxford Handbook of Criminology. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 78–101.
25. Packer H. The limits of criminal sanction. Stanford: Stanford University Press, 1968. 388 p.
26. The Sage Dictionary of Criminology. 2 ed. E. McLaughlin, J. Muncie (eds). London: Sage paperback J. Treadwell, 2006. 504 p.
27. Tonry M. Symbol, Substance, and Severity in Western Penal Policies // Punishment and Society-international Journal of Penology. Vol. 3. №. 4. P. 517–536.

#### References (transliteration):

1. Avanesov G.A. Kriminologija: uchebnik dlja vuzov. M.: Izd-vo Akad. MVD SSSR, 1984. 500 s.
2. Alekseev N. Sledstvennaja vlast' javljaetsja prodolzheniem prezidentskoj vlasti. URL: <http://www.gazetayakutia.ru/index.php/archive/item/8906-nikolaj-alekseev-sledstvennaya-vlast-yavlyaetsya-prodolzheniem-prezidentskoj-vlasti>.
3. Beljaev V.P. Juridicheskaja dejatel'nost': priznaki, subekty, funkcii // Pravo i obrazovanie. 2004. № 6. S. 5–26.
4. Beljaev V.P., Larina O.G. Obrazovanie instituta gosudarstvennogo kontrolja i nadzora v Rossii // Istorija gosudarstva i prava. 2012. № 17. S. 33–37.

5. Beljaev V.P., Sorokina V.V. Processual'naja forma juridicheskoy dejatel'nosti: voprosy teorii i praktiki: monografija. M.: Jurlitinform, 2011. 144 s.
6. Beljaev V.P.K voprosu o social'nom prednaznachenii juridicheskoy dejatel'nosti // Izvestija Jugo-Zapadnogo gosudarstvennogo universiteta. Ser.: Istorija i pravo. 2014. № 1. S. 8–11.
7. Beljaeva G.S. Pravovoj rezhim: obshheteoreticheskoe issledovanie: avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk. Kursk, 2013. 213 s.
8. Bojko A.I., Bojko O.A. Sudebnyj kontrol' po ugovolnym delam — osobyj vid juridicheskoy dejatel'nosti // Severo-Kavkazskij juridicheskij vestnik. 2010. № 1. S. 77–90.
9. Voronin O.V. O nekotoryh tendencijah razvitija otechestvennoj prokurorskoj dejatel'nosti // Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo. 2013. № 4 (10). S. 65–66.
10. Voronin Ju.A., Majorov A.V. Teoreticheskie osnovy formirovanija sistemy protivodejstviya prestupnosti v Rossii // Kriminologicheskij zhurnal Bajkal'skogo gosudarstvennogo universiteta jekonomiki i prava. 2013. № 1. S. 7–16.
11. Gorbachev A. Novaja policija — staraja milicija // Nasha vlast'. 2013. № 11–12 (129).
12. Korshunov I.G. O problemah reformirovanija prokurorskogo nadzora v sovremennyj period // Vestnik Kemerovskogo gosudarstvennogo universiteta. 2013. № 4 (56). T. 1. S. 293–296.
13. Lapin S.Ju. Prokuror — sledovatel': revoljucija nachalas' // JeZh-Jurist. 2007. № 26 // SPS «Konsul'tant Pljus».
14. Magomedov A.Sh. Proschety zakonodatelja pri reformirovanii predvaritel'nogo sledstvija // Istoricheskie, politicheskie i juridicheskie nauki, kul'turologija i iskusstvovedenie. Voprosy teorii i praktiki. 2013. № 6 (32). Ch. 2. S. 117–119.
15. Mamontov A.G. Rassledovanie prestuplenij v rossijskom sudoproizvodstve pervoj poloviny XIX v.: ucheb. posobie. M.: Izd-vo Mosk. un-ta MVD Rossii, 2003. 105 s.
16. Medvedev V.A. Pravovoj status Sledstvennogo komiteta Rossijskoj Federacii v reformiruemoj sisteme pravoohranitel'nyh organov. avtoref. dis. ... kand jurid. nauk. M., 2011. 26 s.
17. Samsonov V.V. Oshibki prokurorskogo nadzora i vedomstvennogo processual'nogo kontrolja v dosudebnom proizvodstve // Jurist-Pravoved. 2010. № 3. S. 53–58.
18. Serov D.O., Averchenko A.K. Vedomstvennyj sledstvennyj apparat Rossii: zamysly i real'nost' // Zhurnal rossijskogo prava. 2005. № 10. S. 122–123.
19. Smokov S.M., Kuz'menko V.N. Prokurorskij nadzor ili processual'noe rukovodstvo organami dosudebnogo rassledovanija // Science and world. 2013. № 3 (3). S. 176–178.
20. Chebotareva I.N., Zhalnina A.V. Sootnoshenie vedomstvennogo kontrolja i prokurorskogo nadzora za processual'noj dejatel'nost'ju sledovatelja // Izvestija Jugo-Zapadnogo gosudarstvennogo universiteta. 2013. № 4 (49). S. 197–200.
21. Shejfer S.A. Sledstvennaja vlast': istorija i sovremennost' // Ugolovnaja justicija. M.: Aktion-Media, 2012. S. 11–20.

Материал поступил в редакцию 5 февраля 2015 г.

### **Legal activity of the prosecution and investigation bodies: interaction problems**

**BELYAEV, Valeriy Petrovich** — Doctor of Law, Professor of the Department of Theory and History of State and Law of the South-Western State University.

[belvp46@mail.ru]

305040, Russia, Kursk, 50 letia Oktyabrya, 94.

**Review.** *The article concerns a number of issues regarding optimization of the interaction in the legal activities of prosecution and investigation bodies in the sphere of fighting crime. The author provides a historical overview of this type of interaction, allowing to show the positive character of interactions between prosecutors and investigators throughout the long period of time. The author then provides analysis of the current situation, which followed from the legislative reform of investigation, including correlation of procedural supervision and prosecutor supervision in the course of investigation on criminal cases. The author substantiates the opinion on the unreasonable widening of the scope of the procedural competence of heads of investigation bodies at the cost of supervisory competence of the prosecutors. The author also provides a personal evaluation of the current problems in the legal activities of investigators and prosecutors, offering some ways and forms (models) for the optimization of their interactions in order to make fighting crime in Russia more efficient. In particular, the author stresses the need for the legislative provisions for the concept of organization of the preliminary investigation bodies, including formation of the joint federal investigation body, restoring the prosecutor supervision over investigation, establishing a clear distinction between the procedural competence of the prosecutors and the heads of investigative bodies, etc.*

**Keywords:** *legal activity, fighting crime, procedural control, prosecution, investigation, prosecutor supervision, interaction, competence, optimization, concept of investigation organization.*

# КРИМИНАЛИСТИКА И СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

В.Д. Корма\*, В.А. Образцов\*\*

## Проблемы и пути совершенствования парадигмы криминалистического распознавания

**Аннотация.** В статье дается анализ современного состояния учения о криминалистическом распознавании в уголовном судопроизводстве; определены дискуссионные проблемы общей и частных теорий указанной области научного знания, предложены пути их разрешения; освещены основные положения оригинальной авторской концепции.

**Ключевые слова:** криминалистическое распознавание, наблюдаемые и ненаблюдаемые уголовно-релевантные объекты, невоспринимаемые органами чувств познающих субъектов признаки объектов, принципы и модели технологии криминалистического распознавания.

С решением распознавательных задач каждому человеку приходится сталкиваться ежедневно и ежеминутно, а порой и ежесекундно — практически от первого и до последнего дня своей жизни<sup>1</sup>. Не случайно в философии, медицине, социологии и других отраслях науки все больше внимания уделяется теоретическим и прикладным аспектам распознавания, осуществляемого на профессиональной основе. Не составляет исключения в этом плане и криминалистика.

### Современное состояние учения о криминалистическом распознавании

Первые шаги на пути целенаправленного изучения криминалистами теоретических и прикладных аспектов распознавания в уголовном производстве были сделаны во второй половине минувшего столетия. Последующие годы показали, что определенный прогресс на этом пути имеется. Однако достигнутое еще далеко от желаемого. За пределами внимания ученых остается целый ряд неизученных актуальных проблем. А вопросы, ставшие предметом научных исследований, в зна-

чительной их части разработаны явно недостаточно. Имеющиеся пробелы в знаниях, допущенные просчеты, предложенные спорные решения, на наш взгляд, в значительной степени обусловлены односторонностью господствующей в криминалистике формально-логической парадигмы распознавания в досудебном уголовном производстве. Об этом красноречиво свидетельствует то, что основное внимание исследователей сконцентрировано на изучении одной группы уголовно-релевантных реалий — на материально-фиксированных наблюдаемых объектах. При всей важности объектов этой группы как носителей и источников фактической информации, с правовой и гносеологической точек зрения, они играют роль вспомогательного, подчиненного звена по отношению к исследуемым по уголовным делам событиям преступления и другим ненаблюдаемым объектам, являющимся элементами (обстоятельствами) предмета процессуального доказывания.

Установление указанных обстоятельств, зачастую сопряженное с преодолением значительных трудностей, образует главное направление практики доказывания. К сожалению, это направление наименее изучено в теории криминалистического распознавания и, как следствие, практи-

<sup>1</sup> См.: Горелик А.Л., Скрипкин В.А. Методы распознавания. М.: Высш. шк., 1977. С. 7.

© Корма В.Д., 2015

\* Корма Василий Дмитриевич — доктор юридических наук, профессор кафедры криминалистики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

[v.d.korma@gmail.com]

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

© Образцов В.А., 2015

\* Образцов Виктор Александрович — доктор юридических наук, профессор, ветеран Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

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

чески не обеспечено соответствующей научной продукцией.

Нельзя пройти мимо и такого печального обстоятельства как хронический «недуг» несоблюдения исследователями некоторых базовых законов логики при разработке основных понятий рассматриваемого нами учения. В первую очередь это касается нарушений логического закона тождества. Отмеченный недостаток выражается, во-первых, в подмене понятия распознавания как системы практической познавательной деятельности понятием логического приема как одного из элементов средств данной деятельности. Между тем криминалистическое распознавание, являясь составляющей процесса познания в уголовном производстве (деятельности внутри другой, более широкой деятельности), по всем строгим критериям и характеристикам полностью соответствует признакам родового понятия деятельности как специфической формы активного отношения человека к окружающему миру, содержание которой составляет его (мира) целесообразное изменение и преобразование<sup>2</sup>. (Это видно хотя бы из того, что, так же как и всем иным видам деятельности, криминалистическому распознаванию присущи такие элементы, как субъект, объект, цель, задачи, средства, процесс и результат воплощения цели в жизнь.)

Во-вторых, нарушение закона тождества также заключается в подмене понятия распознавания как системы деятельностного типа (целого) понятием классификационного распознавания, являющегося одним из видов (одной из форм, одним из направлений) исследуемой нами деятельности, то есть в подмене целого его частью. При этом не учитывается, что наряду с классификационным распознаванием существуют (на это указывает и практика, и результаты научных исследований<sup>3</sup>) диагностическое, идентификационное, нормативистское, атрибутивное, криптологическое, реконструкционное, одорологическое и другие виды распознавания.

Критикуя изложенный классификационный подход, В.Ю. Толстоуцкий резонно заметил, что его сторонникам не удалось раскрыть меха-

низм распознавания как движения знания от абстрактного к конкретному, поскольку решение серьезной научной проблемы свелось к задаче формально-логической, представляющей собой логическую классификацию<sup>4</sup>.

И с этим нельзя не согласиться. Тем более еще и потому, что ошибки в определении гносеологического статуса, содержания и назначения криминалистического распознавания привели к серии других ошибок, связанных с неосновательным сужением круга распознавательных задач, с просчетами в определении объема и структуры распознаваемых объектов, методов, средств распознавания и механизма их реализации.

Общие положения авторской концепции<sup>5</sup>:

1. В зависимости от того, в системе каких отношений (координат), в каком контексте и под каким углом зрения рассматривается понятие «криминалистическое распознавание»<sup>6</sup>, оно может употребляться в смысле: теории (криминалистического учения); цели; метода; способа; процесса и результата познавательной деятельности.
2. Субъектами криминалистического распознавания в досудебном уголовном производстве являются дознаватели, следователи, оперативные сотрудники, руководители оперативно-розыскных и следственных подразделений, прокуроры. В роли факультативных субъектов выступают привлекаемые первыми в случае необходимости для оказания им информационного содействия сведущие лица: судебные эксперты (производство экспертиз), а также другие лица, обладающие специальными знаниями, участвующие в производстве следственных, оперативно-розыскных и иных действий и мероприятий в качестве специалистов<sup>7</sup>.
3. При всех отличиях правового статуса, ведомственной принадлежности, функций и полно-

<sup>4</sup> См.: Толстоуцкий В.Ю. Криминалистическая информатика. Ижевск: Детектив-информ, 2003. С. 133.

<sup>5</sup> Данные положения сформулированы на основе результатов, полученных в ходе проведенных нами исследований по уголовным делам различных категорий. В наиболее полном виде они освещены в монографии: Корма В.Д., Образцов В.А. Криминалистическое распознавание: теория, метод, модели технологий. М.: Юрлитинформ, 2014.

<sup>6</sup> В словарях русского языка под словом «распознавание» понимается процесс определения, узнавания, мысленного воссоздания кого-нибудь, чего-нибудь по каким-либо признакам (См., напр.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. М.: Сов. энциклопедия, 1973. С. 608).

<sup>7</sup> В данный перечень не включены другие участники уголовного процесса, поскольку их поведение и деятельность хотя и изучаются в криминалистике (в рамках предмета научных исследований), объектом криминалистики как науки не являются. Объект науки криминалистики — это реальность, которая не только изучается, но и — это главное — обеспечивается продуктами научных исследований (подробней об этом см.: Корма В.Д., Образцов В.А. Проблемы совершенствования парадигмы криминалистики как теории здравого смысла // Вестник криминалистики. 2013. Вып. 2 (46). С. 7–17).

<sup>2</sup> См., напр.: Философский энциклопедический словарь. М.: Сов. энциклопедия, 1983. С. 151; Каган М.С. Человеческая деятельность (опыт системного анализа). М.: Политиздат, 1974. С. 38.

<sup>3</sup> См., напр.: Образцов В.А. Криминалистическое распознавание: теория, метод, процесс // Труды МГЮА. 1998. № 3. С. 131–142.; Проблемы криминалистического распознавания: материалы науч.-практ. конф. М.; Иркутск: Наука, 1999; Корухов Ю.Г., Майлис Н.П., Орлова В.Ф. Криминалистическая экспертная диагностика: метод. пособие. М.: Норма, 2003; Степаненко Д.А. Криминалистическая идентификация: понятие, принципы, технологии. Иркутск: БГУЭП, 2005. С. 17; Ищенко Е.П., Образцов В.А. Криминалистика: учебник. М.: Эксмо, 2007. С. 74–78; Полстовалов О.В. Процессуальные, нравственные и психологические проблемы криминалистической тактики на современном этапе: дис. ... д-ра юрид. наук. Уфа, 2009. С. 272.

мочий лиц указанных категорий, их объединяет сходство целей, принципов, правил и средств превращения неизвестного в известное, а тайного в явное. Иначе говоря, речь идет о содержании данной деятельности, ее направленности на получение и реализацию знания (информации) о недоступных для органов чувств субъектов распознавания признаках познаваемых уголовно-релевантных реалий.

4. Целью распознавательной активности в уголовном производстве является получение и использование вначале вероятностного, а затем достоверного знания о совокупности чувственно невоспринимаемых признаков ненаблюдаемого уголовно-релевантного объекта или знания об отдельных, недоступных для чувственного восприятия признаках наблюдаемого объекта. Эти знания являются элементом (частью) общей интегративной системы знаний о познаваемом уголовно-релевантном объекте, формируемой на основе творческого соединения в одно органичное целое результатов взаимодействия чувственной (эмпирической) и мыслительной (рациональной) форм познания.
5. Предметом распознавания в досудебном уголовном производстве служат неизвестные, значимые в правовом и гносеологическом отношении чувственно невоспринимаемые вышеуказанными субъектами признаки познаваемых уголовно-релевантных объектов. К числу данного рода признаков относятся самые разнообразные общие и частные, естественные и искусственно привнесенные, недоступные для чувственного восприятия черты, стороны, элементы, состояния, свойства, связи и отношения познаваемых уголовно-релевантных объектов.
6. Информационным продуктом распознавательной активности является новое, так называемое опосредствованное знание<sup>8</sup>. В отличие от непосредственного знания, полученного путем прямого усмотрения, восприятия с помощью органов чувств (зрения, слуха, вкуса, осязания и обоняния) наблюдаемого объекта, опосредствованное знание является результатом творческой мыслительной деятельности субъекта. Эта деятельность осуществляется путем выведения знаний о неизвестных признаках исследуемого объекта из уже имеющихся знаний о других признаках данного или другого объекта, находящегося с первым в закономерной информационной

<sup>8</sup> Опосредствованием называется отношение одного понятия (или объекта) к другому, мыслимое и познаваемое лишь через третье понятие (объект). Опосредствованное знание есть обоснованное, обусловленное, выводное знание, полученное через посредство другого знания (См.: Философский энциклопедический словарь. С. 459).

связи. Все это и обуславливает специфику распознавательных задач, а также методов, способов, приемов и других средств решения данных задач. Характерно то, что для решения задач, реализуемых с использованием возможностей непосредственного познания чувственно воспринимаемых признаков объектов, определяющее значение имеют методы наблюдения и эксперимента во всех их разновидностях. Однако при решении задач, реализуемых опосредствованно с использованием ресурсов, возможностей и инструментария мыслительной деятельности, ключевыми являются методы сравнительного анализа и сопоставления фактической и модельной информации различного типа и различной родовидовой принадлежности.

7. Формой реализации методов, способов, приемов и других средств распознавания в досудебном производстве служит тактическая операция (комбинация), складывающаяся из процессуальных и непроцессуальных действий, проводимых на этапах ее подготовки, осуществления и проверки полученных результатов.

Таким образом, своеобразие криминалистического распознавания в досудебном уголовном производстве обусловлено совокупностью нескольких взаимосвязанных факторов. Во-первых, закономерной связью данной формы познавательной деятельности с недоступными для чувственного восприятия субъектов познания признаками изучаемых ими реалий. Во-вторых, тем, что конечным продуктом их распознавательной активности является так называемое опосредствованное знание. И, наконец, в-третьих, тем, что это знание, в силу ограниченности возможностей чувственного познания, может быть получено лишь опосредствованным способом, связанным с творческой мыслительной деятельностью, но при обязательном условии теснейшего взаимодействия чувственного и рационального уровней познания.

В свете изложенных положений становится очевидным, что понятия «познание» и «распознавание» не являются синонимами. Они соотносятся между собой как целое (познание) и органичная часть данного целого (распознавание). Поэтому каждый случай распознавательной активности человека — это познание, но не всякое познание является распознаванием.

#### **О соотношении понятий «познаваемый объект» и «распознаваемый объект»**

Общепринятого представления о понятии распознаваемого объекта в криминалистической литературе не выработано. Отсутствуют также систематизация и научно-обоснованные критерии отграничения этого понятия от понятия познаваемого объекта. Отсюда и широкий разброс мнений

по поводу содержания и объема понятия распознаваемого объекта, употребляемого в смысле следов преступления; криминальных и криминалистических ситуаций; отдельных свойств исследуемых по уголовным делам предметов и т.д. В этом отношении ближе другим к истине, на наш взгляд, находятся те авторы, которые склонны относить к числу указанных объектов различные обстоятельства (факты), имеющие значение для уголовного производства. Отдавая предпочтение этой точке зрения, мы это делаем с рядом существенных оговорок, обусловленных необходимостью дифференцированного подхода к анализу затронутой проблемы с позиции деления объектов познания на наблюдаемые и ненаблюдаемые.

В гносеологии под наблюдаемыми подразумеваются объекты (люди, предметы материального мира, явления, процессы и т.д.), которые непосредственно или путем использования приборов, аппаратуры могут восприниматься органами чувств наблюдателя. Ненаблюдаемыми являются объекты, остающиеся за порогом чувственного восприятия. К последним, в частности, относятся различные абстрактные объекты (теоретические конструкции типа «точечная масса», «потенциал», «сущность» и т.п. не имеющие материального выражения объекты), а также некоторые реальные, конкретные субстанции (например, электромагнитное поле, атомные и субатомные частицы, фотоны), чувственное восприятие которых оказывается невозможным вследствие несоизмеримости их свойств с разрешающей способностью органов чувств или приборов, которыми пользуются в научном или практическом исследовании<sup>9</sup>.

*К числу ненаблюдаемых уголовно-релевантных объектов относятся:*

- непойманные заподозренные, подозреваемые, обвиняемые и осужденные лица, бежавшие из-под стражи;
- скрывшиеся с места происшествия неизвестные преступники<sup>10</sup> и очевидцы содеянного;
- невоспринимаемые органами чувств субъектов распознавания устанавливаемые события, процессы, явления прошлого, а также устанавливаемые реально возможные объекты будущего, распознаваемые на уровне предвидения, прогноза (о возможном появлении в том

или ином месте разыскиваемого преступника; о факте и возможности наступления смерти потерпевшего, находящегося на излечении в больнице после совершенного в отношении его покушения на убийство);

- не имеющие материального выражения (воплощения) устанавливаемые идеальные объекты (образы) реальных, отражаемые в правовых, криминалистических, психологических и иных научных понятиях (например, понятия события, состава, цели, мотива, способа преступления; вина; виновность; достоверность информации; допустимость доказательства);
- устанавливаемые замаскированные, уничтоженные, разрушенные или несохранившиеся (утраченные) по каким-то иным причинам материальные объекты (например, сожженная одежда, в которую был одет преступник во время совершения преступления);
- реально существующие, но не обнаруженные на момент исследования материальные объекты (сокрытый труп убитого человека, место нахождения которого неизвестно; угнанное в неизвестном направлении транспортное средство и т.д.). В том случае, когда имеется в виду ненаблюдаемый в момент исследования объект, понятия «познаваемый» и «распознаваемый» полностью совпадают по своему объему. В логике это называется совместимыми понятиями, находящимися в отношении равнообъемности). (Так, неизвестного преступника, скрывшегося с места совершенного им в условиях неочевидности преступления, или неизвестный мотив совершенного преступления обоснованно рассматривать и как познаваемые, и как распознаваемые объекты.) В таких ситуациях предметом и познания, и распознавания служит вся совокупность устанавливаемых уголовно-релевантных признаков объектов, поскольку каждый из их признаков не доступен для восприятия органами чувств познающе-распознающего субъекта.

Несколько иначе затронутый вопрос решается в случае исследования наблюдаемого уголовно-релевантного объекта.

*В группу наблюдаемых уголовно-релевантных объектов входят:*

- оказавшиеся в поле зрения и/или слуха субъектов распознавания отдельные факты (фрагменты, эпизоды), связанные с покушением на преступление; с действиями по приготовлению к совершению преступления; с действиями на том или ином этапе неоконченного преступления или в какой-либо период после совершенного преступного деяния, ставшие известными в результате непосредственного их восприятия работниками правоохранительных органов в процессе реализации ими своих профессиональных функций (Напри-

<sup>9</sup> См., напр.: Лекторский В.А. Объект, субъект, познание. М.: Наука, 1980.

<sup>10</sup> Обращая внимание на то, что «объект познания по уголовным делам не лежит на поверхности», А.М. Ларин обоснованно констатировал, что его основу «составляют факты прошлого, недоступные для непосредственного восприятия, как правило, скрытые и скрывающиеся. Страх перед ответственностью побуждает преступников маскироваться, и иногда весьма изощренно... Распознать виновного, отличить его от невиновного в этой обстановке подчас нелегко. Ошибки следователей и судей по своим последствиям подчас трагичны» (Ларин А.М. От следственной версии к истине. М.: Юрид. лит., 1976. С. 3–4).

- мер, в ходе наблюдения за членами преступной группы, конспиративно внедренным в нее оперативным сотрудником; при проведении под видом покупателя проверочной закупки сбываемого в торговой точке контрафактного продукта; при производстве так называемой контролируемой правоохранительным органом передачи предмета вымогательства в ходе проверки информации о факте вымогательства; при задержании подозреваемого с личным на месте происшествия);
- внешний облик наблюдаемых подозреваемых и других фигурантов дела; внешне проявляемая ими психофизическая активность в формальной обстановке уголовного производства и за его пределами; состояние их одежды, других сопутствующих вещей;
  - обнаруженные: а) материально фиксированные следы исследуемых преступлений и других событий; б) некоторые факты, относящиеся к числу общественно опасных последствий совершенного преступления (обгоревший дом; обезображенное лицо потерпевшего и др.); в) сохранившиеся продукты преступной деятельности (поддельные документы, неиспользованные взрывные устройства и т.д.); г) найденные предметы преступного посягательства (похищенные вещи, драгоценности, произведения искусства и др.); д) обстановка на месте происшествия и другие существующие в действительности, сохранившиеся на момент текущего познания свои свойства объекты, имеющие существенное значение для дела.

На первый взгляд может показаться, что все перечисленные наблюдаемые объекты не должны включаться в круг распознаваемых объектов, в силу того что их признаки являются доступными для органов чувств познающих субъектов. На деле же все обстоит не столь однозначно. Действительно, достаточное знание о внешних признаках наблюдаемого объекта может быть получено органолептическими способами. Но это только часть необходимого знания. Другая его часть (сущность, относимость к происшествию; причинно-следственные связи и т.д.), как отмечалось, это — предмет распознавательной активности.

Покажем это на следующем примере. В системе наблюдаемых объектов, без которых не обходится ни одно уголовное производство, особое место занимает установленный, доступный для информационного контакта человек: тот, кто является участником или наблюдателем (очевидцем) исследуемого по делу события, процесса, явления, а значит, носителем уголовно-релевантной фактической информации.

Будучи наблюдаемыми, с точки зрения их внешних признаков, действий и других реакций в условиях информационного контакта с субъек-

тами распознавания, указанные участники уголовного процесса вместе с тем являются ненаблюдаемыми, можно сказать закрытыми «черными ящиками». Это касается тех случаев, когда к моменту исследования (например, в ходе допроса или экспертизы) у субъекта распознавания отсутствуют знания о чертах характера его контактера, интеллекте, групповой принадлежности крови, подлинных намерениях и других признаках, связях и отношениях, подчас существенных с гносеологической и правовой точек зрения, недоступных для чувственного восприятия субъектов познания. Отсюда и задачи на распознавание, которые нередко приходится решать посредством использования возможностей института специальных знаний экспертов, специальных технологий, тактических приемов допроса, полиграфологических обследований и т.д. (Например, для распознавания: правдивости или ложности показаний; полноты, достоверности сообщаемой информации; замаскированных подлинных, а не внешне демонстрируемых замыслов, планов, интересов проверяемого лица; фактов симуляции заболеваний и много чего другого из области тайного, скрываемого, неизвестного, сознательно запутанного, недосказанного, имитируемого, фальшивого.)

Из этого следует, что понятие «наблюдаемый уголовно-релевантный объект», во всех случаях являясь объектом познания, не может рассматриваться в качестве синонима объекта распознавания. В роли последнего объекта в данном контексте выступает лишь та или иная часть, сторона, свойство познаваемого наблюдаемого объекта (объект внутри другого объекта).

К сказанному следует добавить, что в круг распознаваемых признаков обычно включаются только внутренние признаки наблюдаемых уголовно-релевантных объектов. Судя по всему, это положение нуждается в уточнении, поскольку оно не может распространяться на все без исключения ситуации. Не единичны случаи, когда предметом распознавания являются и внешние признаки исследуемых объектов. Так, в случае информационного контакта следователя с лицом, явившимся с повинной, признаки внешнего облика последнего не являются предметом распознавания, поскольку они познаются непосредственно с помощью органов чувств следователя. Однако все обстоит иначе в ситуации, связанной с поиском преступника, скрывшегося с места происшествия, личность которого не установлена. В этой ситуации решающее значение зачастую имеют результаты распознавания неизвестных признаков внешнего облика разыскиваемого лица: его возрастной, половой принадлежности; особых примет; функциональных и иных особенностей, отражаемых в так называемом субъективном портрете. И эта задача может быть успешно решена, как правило, опосредствован-

ным способом на основе сравнительного анализа и сопоставления фактической и модельной информации.

### Средства и механизм распознавания

В рамках господствующей в криминалистике формально-логической парадигмы указанные средства с некоторых пор стали называться распознающими объектами. Это название, строго говоря, является весьма условным. В теории познания под объектом понимается то, что противостоит субъекту (смотрящему, слушающему, сравнивающему и т.д.), тот фрагмент (элемент) реальной действительности, на который направлена его познавательная активность, а не то, с помощью чего он решает познавательные, в том числе распознавательные задачи<sup>11</sup>. Поэтому называть средства распознавания распознающими объектами представляется некорректным. Такое название с большой натяжкой, видимо, пригодно для обозначения лишь малой группы средств распознавания, а именно: технических распознающих систем.

Как видно из вышеизложенного, одни авторы относят к числу средств распознавания только научные классификации. Другие к этому вопросу подходят с более широких и более близких к истине позиций. Так, в перечень «распознающих» объектов, функционирующих в ходе экспертного диагностического распознавания (криминалистической диагностики), включаются не связанные с исследуемым преступлением обобщенные данные, характеризующие те или иные свойства, признаки, закономерности, присущие объектам того или иного порядка. Имеются в виду абстракции родового, видового и внутривидового уровней как продукты научных исследований (классификации; информационно-справочные системы; натурные коллекции; методические пособия; эталоны и т.д.), а также общие знания, содержащиеся в памяти субъектов распознавания, полученные ими в условиях общей и специальной профессиональной подготовки и практической деятельности<sup>12</sup>.

Перечисленные объекты, безусловно, важны не только для экспертной диагностики, но и для решения различных диагностических задач, возникающих в следственной практике, в иных сферах антикриминальной деятельности. Более того, накопленные научным и опытным путем

обобщенные знания родового, видового и внутривидового уровней, их материальные и идеальные носители с немалым успехом используются в качестве средств в ходе процессуального и непроцессуального, вероятностного (предварительного) и достоверного распознавания при решении идентификационных, группофикационных, атрибутивных, реконструкционных, криптологических<sup>13</sup> и других задач. Поэтому при более внимательном взгляде на проблему средств распознавания вышеуказанный их перечень необходимо дополнить, поскольку за его пределами остались нормативно-правовые понятия, нормы права, версии (гипотезы), методы, технический инструментарий, традиционные и новейшие средства и технологии.

Но дело не только в этом. Главное заключается в другом, в том, о чем шла речь выше: в подмене понятия распознавания как деятельности понятием логического приема как элемента средств деятельности, искусственно вырванного из «живого организма» взаимодействия возможностей, инструментария и продуктов чувственного и рационального познания<sup>14</sup>.

В результате за «бортом» процесса распознавания оказались знания, их источники и возможности, связанные с исследуемым по делу конкретным случаем из криминальной практики, с собираемой фактической уголовно-релевантной ориентирующей и доказательственной информацией, со средствами и способами ее обнаружения, анализа, оценки, проверки и процессуальной материализации в доказательства.

Как показывает практика, логическая операция отнесения познаваемого объекта к определенному классу объектов и экстраполяции знаний о признаках класса на неизвестные признаки исследуемого объекта осуществляется в ходе следственного, оперативно-розыскного, прокурорского и экспертного распознавания. Однако для того, чтобы воплотить ее в жизнь, необходимо вначале обнаружить, проанализировать, оценить материал для сравнительного исследования, в том числе установить какую-то часть признаков (свойств) распознаваемого объекта. А это — зачастую далеко непростая, трудоемкая, многозатратная задача. В том же случае, когда такой материал

<sup>13</sup> Криминалистическая криптология — это учение о криминальной и криминалистической маскировке. Понятие введено в лексикон юристов И.Я. Моисеенко (См.: Моисеенко И.Я. Криминалистическая криптология. Пермь: Изд-во Перм. ун-та, 1999).

<sup>14</sup> Между тем, что следует напомнить, чувственная и рациональная формы познания находятся в неразрывном единстве, выступают как две органично связанные, взаимодействующие друг с другом стороны единого процесса. «Абстрактные и наглядные образы, хотя они относятся к разным формам отражения действительности, идут рука об руку. Чувства доставляют материал для мышления, но и разум является руководителем чувств» (Коршунов А.М. Познание и деятельность. М.: Политиздат, 1984. С. 74, 91).

<sup>11</sup> Под средствами в философии понимаются все то, что используется человеком для достижения поставленной научной или практической, познавательной или/и преобразовательной цели (См., напр.: Трубников Н.Н. О категориях «цель», «средство», «результат». М.: Высш. шк., 1968. С. 84).

<sup>12</sup> См.: Снетков В.А. Криминалистическая диагностика в деятельности экспертно-криминалистических подразделений МВД России по применению экспертно-криминалистических методов и средств: учеб. пособие. М.: ЭКЦ МВД России, 1998. С. 6–8.

имеется в распоряжении сотрудников правоохранительных органов, и он включен в процедуру сравнения, сопоставления, полученный при этом результат выступает не в качестве конечного продукта, содержащего достоверное, доказанное знание, а представляет собой промежуточный продукт, содержащий знание предварительное, вероятностное, нуждающееся в проверке.

Как подчеркивали А.И. Винберг и Р.С. Белкин, сведения, полученные с помощью органов чувств в ходе допроса, обыска, выемки и других следственных действий, являются первой ступенью уголовно-процессуального доказывания. Они перерабатываются путем мышления. При этом по ходу дела ложное отсеивается, истинное сохраняется и осуществляется скачкообразный переход от чувственного к рациональному, от наблюдения, измерения и других методов непосредственного познания к методам логическим: анализу, синтезу, версии, модели, аналогии, дедукции и т.д.<sup>15</sup>

Таким образом, указанной логической операцией не только не начинается, но и не завершается распознавательная акция. Процесс идет дальше, развиваясь через соответствующую систему процессуальных действий, призванных подтвердить или опровергнуть вероятностный вывод (версию), ставший итогом предшествующих им практических действий и мыслительных операций субъектов распознавания.

Версия (гипотеза) — это гениальное, системообразующее изобретение мировой науки познания. Как элемент теории и практики распознавания в уголовном производстве криминалистическая версия представляет собой уникальный и универсальный феномен. Его гносеологическое значение определяется важностью выполняемой им функции соединения в одно целостное образование непосредственного и опосредствованного, чувственного и мыслительного, вероятностного и достоверного, фактического и модельного аспектов, возможностей, инструментария и результатов познавательной активности субъектов распознавания, их представлений о прошлом, настоящем и реально возможном в будущем, о том, что происходило, происходит и может произойти; о том, что и как еще необходимо сделать на пути незавершенного процесса познания по уголовному делу.

Однако версию, как и другие умозаключения, как говорится, к делу не пришьешь и в суд с ними не пойдешь. В споре обвинения и защиты побеждает тот, кто опирается на убедительные доказательства истинности своих идей, суждений и выводов.

Поэтому обобщенное, типологизированное, систематизированное знание класса абстракций,

о которых говорилось выше, — важное, но далеко не единственное звено системы средств распознавания. Наряду с ним в досудебном уголовном производстве широко и продуктивно реализуется другой вид «посредника» в распознавательной деятельности — знание о единичных, известных на момент исследования объектах. В качестве такого рода «посредников» выступают самые различные обнаруженные материальные следы преступления, связанные с ним предметы, вещества, документы и содержащаяся в них полезная информация, а также сведения, почерпнутые из сообщений потерпевших, очевидцев преступлений и других источников. В том случае, когда такая информация после ее мысленной переработки используется для решения намеченной распознавательной задачи, она приобретает статус средства распознавания<sup>16</sup>.

В этой связи нельзя не сказать о таком важном опосредствующем звене в деятельности правоохранительного распознавания, как институт сведущих лиц. Сведущие лица, как привлекаемые к участию в следственных и иных действиях и мероприятиях в качестве специалистов, так и судебные эксперты, проводящие исследования по инициативе правоохранительных органов, относятся, как отмечалось, к числу факультативных участников уголовного производства. Продуктом их деятельности является полученная ими фактическая информация, которую они передают инициатору их действий (заказчику) устно-речевым и письменно-речевым способами. Полученная последним информация используется им в своей дальнейшей познавательной, в том числе распознавательной деятельности.

Общее представление о гносеологическом механизме криминалистического распознавания дает сформулированный в диалектике алгоритм познания как процесса, идущего по линии от незнания к знанию предварительному, вероятностному, частичному, а от него к знанию полному, достоверному, доказанному. Этот алгоритм может быть трансформирован в совокупность принципов распознавательной активности, рассматриваемой с позиций: *теории доказательств* — от установления доказательственных (промежуточных) фактов к установлению главного факта-обстоятельств предмета доказывания по уголовным делам; *теории отражения* — от получения знания об отражающей системе как совокупности наблюдаемых уголовно-релевантных объектов к распознаванию других уголовно-релевантных объектов как элементов отражаемой системы (обстоятельств, подлежащих доказыванию); *учения о формах (уровнях) познания* — от результатов чувственного (непосредственного) познания признаков наблюдаемых уголовно-релевантных

<sup>15</sup> См.: Белкин Р.С., Винберг А.И. Криминалистика и доказывание. М.: Юрид. лит., 1969. С. 8.

<sup>16</sup> Видный советский философ А.М. Коршунов указывал на то, что полученное знание выступает и как результат, и как средство получения нового знания (См.: Коршунов А.М. Познание и деятельность. М.: Политиздат, 1984. С. 133).

объектов к опосредствованному познанию невоспринимаемых органами чувств субъектов познания признаков тех же объектов или других объектов, информационно связанных с первыми; *теории информации* — от фактической информации к модельной информации, от модельной информации к фактической информации.

Кроме того, в свете гносеологической трактовки понятия «образ»<sup>17</sup>, к риминалистическое распознавание может быть охарактеризовано как процесс формирования и развития в сознании познающего субъекта серии взаимодействующих друг с другом наглядно-чувственных образов и мысле образов (образа сложившейся ситуации как продукта осмысления результатов восприятия органами чувств признаков наблюдаемых объектов класса проявлений чувственно не воспринимаемой сущности; образов типовых и специфических средств распознавания; образов распознаваемых объектов и их признаков; образов программы проверки версий и др.).

В теории моделирования под образами понимаются идеальные (логические) информационные модели. Субъект распознавания в уголовном производстве имеет дело с двумя типами информационных моделей — вероятностными и достоверными. Первые (версии) служат средством познания, вторые — его целью и результатом.

С точки зрения гносеологии, криминалистическая версия есть отображение (образ) действительности. Но это — весьма специфическое, сложное, отнюдь не зеркальное отображение.

Мышление в форме версии — это не только отражение фактических обстоятельств события, но и средство его познания, не только логическое выражение мысли, но и информационная модель, форма мышления, имеющая гносеологическую, логическую и психологическую стороны. Эти стороны связаны между собой, с имеющейся фактической информацией и той информацией, которую предстоит обнаружить. Данного рода модели, как отмечал А.Р. Ратинов, действуют на разных уровнях, взаимно питая и переходя друг в друга. Как интерпретация в конкретно-образной форме познаваемых явлений, образно-понятийная модель — это промежуточное звено между логическим мышлением и объективной действительностью. Она действует в двух направлениях: во-первых, от действительности — к интерпретации (версии) как наглядное воспроизведение в сознании возможного механизма причин, участников и обстоятельств расследуемого события. Во-вторых, от интерпретации (версии) — к действительности

как указатель на недостающие знания, неустановленные факты, ненайденные следы, подлежащие выяснению и отысканию для того, чтобы придать имеющимся знаниям характер достоверных<sup>18</sup>.

Проверяемые криминалистические версии являются конкретными, поскольку они связаны с познанием конкретных (единичных) объектов. Это, однако, не означает, что при их построении не используются абстрактные знания родового, видового и внутривидового уровней. Речь идет об информации, в качестве которой выступают положения, отражающие опытное и научно-обобщенное знание, рассчитанное на использование во всех аналогичных ситуациях распознавания признаков наблюдаемых или ненаблюдаемых объектов. Роль обобщенных положений заключается в обогащении моделей, построенных воображением субъекта распознавания на основе анализа имеющихся фактических данных, путем мысленного заполнения недостающих в ней звеньев (и корректировки имеющихся) той информацией, которая почерпнута из указанных положений (правил).

В мысленных операциях и практических действиях существенное значение приобретает положение логики об асимметрии между подтверждением и опровержением версий. Для подтверждения версии требуется выявление определенной системы предсказываемых ею эмпирических данных. В то же время любая версия опровергается единственным противоречащим ей примером. Для признания версии доказанной требуется совокупность фактических данных, достоверно устанавливающих существование предполагаемых обстоятельств и исключающих всякое иное предложение. Для опровержения же версии достаточно и одного твердо установленного факта<sup>19</sup>.

В реальном познавательном процессе все выдвинутые версии сосуществуют, составляя своеобразное единство противоречий. Поэтому при собирании доказательств следователь или иной субъект распознавания оценивает воспринимаемые сведения как каждое в отдельности, так и все вместе, исходя из всей совокупности конкурирующих друг с другом версий. Любой устанавливаемый по делу факт мысленно сопоставляется с каждой из версий и в зависимости от его содержания (а значит, и от содержания версий) квалифицируется как подтверждающий одну из версий, колеблющий другую, опровергающий третью и т.д.

Практические действия до их реального осуществления выполняются мысленно, и это позволяет предвидеть ход и результаты своей деятельности, планировать и направлять ее. Протекая в наглядной, образной форме, мысленное планирование рождает множество динамических структур,

<sup>17</sup> Образ как результат отражения объекта в сознании человека на чувственной ступени познания в логике называется представлением, а на уровне мышления — понятием, суждением, умозаключением. Материальной формой воплощения образа выступают практические действия, язык, различные знаковые модели. Образ играет активно-действенную роль, регулируя поведение, осуществляет функцию управления действиями (См., напр.: Философский энциклопедический словарь. С. 446).

<sup>18</sup> Ратинов А.Р. Вступ. ст. // Пещак Я. Следственные версии. М.: Прогресс, 1976. С. 10–11.

<sup>19</sup> См.: Ларин А.М. От следственной версии к истине. М., 1976. С. 12, 62, 91–95, 160, 177–181.

так называемых рабочих моделей. Ими являются прообразы расследования, картины предстоящих следственных действий, намеченные приемы, методы и последовательность их выполнения, возможные действия участников процесса в той или иной ситуации, воображаемые последствия и результаты их поведения в различных вариациях.

Рассмотренные обстоятельства указывают на то, что механизм взаимодействия чувственной и мыслительной форм познания в ходе распознавательной деятельности в досудебном уголовном производстве представляет собой динамично развивающуюся организационно-технологическую структуру последовательного решения комплекса взаимосвязанных и взаимообусловленных задач. Общая модель этой деятельности складывается из нижеследующих этапов (частей).

*Первый:* а) сбор (изучение имеющейся) первичной фактической информации, являющейся результатом непосредственного (чувственного) познания при производстве первоначальных предметно-практических действий; б) творческое осмысление, анализ, оценка полученной информации. (Информационным продуктом данного этапа является версия (версии), как идеальная модель, содержащая предположительное знание о недоступном для чувственного восприятия признаке (признаках) устанавливаемого объекта.)

*Второй* — изучение построенной модели версии в целях выведения из нее логических следствий, служащих основой мысленной разработки и фиксации программы проверки выведенных следствий.

*Третий* — реализация намеченной программы (мысленной модели — образа предстоящей деятельности) путем производства запланированных предметно-практических действий, итогом которых является новая фактическая информация, полученная на чувственном уровне.

Эта информация, как и предыдущая, также становится предметом осмысления, анализа и оценки субъекта распознавания. В зависимости от содержания и объема накопленных фактических данных принимается решение о продолжении осуществляемой деятельности в избранном направлении либо решение о завершении распознавательной операции. В случае принятия первого решения работа развивается по той же схеме: от результатов чувственного познания как чувственно-наглядных образов к продуктам мышления (от предметно-практических действий к мыслительной деятельности и мыслеобразам); от результатов данного этапа мыслительной деятельности к предметно-практическим действиям; от результатов последних действий к новому витку рационального, опосредствованного познания и т.д.

В этой связи нелишне обратиться к разработкам всемирно известного медика, академика Е.И. Чазова и его соавторов, подразделяющих процесс распознавания патологии во врачебной диагностике на несколько стадий.

*На первой стадии* формируется эмпирическая база диагноза. Врач приступает к обследованию пациента, обнаружению симптомов его страдания и составлению на этой основе клинической картины болезни. Содержание этой категории врачебного мышления составляет упорядоченная, приведенная в систему совокупность клинических фактов (симптомов), выявленных при обследовании больного.

*На второй стадии* перед врачом встает вопрос: какое из известных ему видов заболеваний имеет клиническую картину, сходную с обнаруженной у пациента? Для ответа на этот вопрос врач обращается к своей памяти, которая хранит сведения о самых разнообразных нозологических формах, о том, какова клиническая картина каждой из них, что скрывается за ней (то есть каково анатомо-физиологическое содержание соответствующего заболевания), о патогенезе и возможной этиологии этой болезни. Такого рода информация представляет собой обобщенный (типизированный) образ заболевания, с которым сопоставляется выявленная при обследовании клиническая картина. Усвоенный врачом в процессе обучения и конкретизированный его собственным клиническим опытом, этот образ становится своеобразным внутренним эталоном, по которому врач судит о наличии либо отсутствии у пациента соответствующего заболевания. (Такого рода образы или эталоны называются клинко-диагностическими моделями нозологических форм.)

*На следующей стадии* осуществляются: интерпретация симптомов, выделение среди них наиболее существенных; истолкование механизма развития, установление их внутренней взаимосвязи; группировка отдельных симптомов в синдромы, характеризующие отдельные стороны распознаваемой болезни. После этого распознавательный процесс идет по линии выдвижения и проверки (верификации) диагностических гипотез: составление выявленной клинической картины болезни с известными заболеваниями, дифференциальная диагностика, установление основного диагноза.

*На заключительных стадиях* происходят: индивидуализация (конкретизация) основного диагноза (выявление осложнений, сопутствующих недугов, возрастных, социальных, наследственных факторов); ведется наблюдение за больным в ходе его лечения, производится последующая коррекция диагностического заключения<sup>20</sup>.

Мы глубоко убеждены в том, что рассмотренные положения имеют важное значение не только для медицинской, но и для криминалистической судебно-экспертной диагностики. Судя по всему, они могут оказаться полезными и для других видов и направлений криминалистического распознавания.

<sup>20</sup> См.: Чазов Е.И., Царегородцев Г.И., Кротков Е.А. Опыт философско-методологического анализа врачебной диагностики // Вопросы философии. 1986. № 9. С. 68–69.

В свете сказанного криминалистическое распознавание определяется нами как реализуемая в уголовном производстве путем собирания, проверки, оценки, сравнительного анализа и сопоставления фактической и модельной информации специфическая форма (система методов и технологий) получения и использования опосредствованного знания о невоспринимаемых органами чувств субъектов распознавания по-

знавательно и юридически значимых признаках наблюдаемых и ненаблюдаемых ими уголовно-релевантных объектов.

Конкретизация данного общего определения может быть осуществлена с учетом специфических функций отдельных категорий субъектов распознавания, особенностей определенных групп распознаваемых наблюдаемых и ненаблюдаемых объектов и других обстоятельств.

#### Библиография:

1. Белкин Р.С., Винберг А.И. Криминалистика и доказывание. М.: Юрид. лит., 1969. 216 с.
2. Горелик А.Л., Скрипкин В.А. Методы распознавания. М.: Высшая школа, 1977. 222 с.
3. Ищенко Е.П., Образцов В.А. Криминалистика: учебник. М.: Эксмо, 2007. 480 с.
4. Каган М.С. Человеческая деятельность (опыт системного анализа). М.: Политиздат, 1974. 328 с.
5. Корма В.Д., Образцов В.А. Криминалистическое распознавание: теория, метод, модели технологий: монография. М.: Юрлитинформ, 2014. 416 с.
6. Корма В.Д., Образцов В.А. Проблемы совершенствования парадигмы криминалистики как теории здравого смысла // Вестник криминалистики. 2013. Вып. 2 (46). С. 7–17.
7. Корухов Ю.Г., Майлис Н.П., Орлова В.Ф. Криминалистическая диагностика: метод. пособие. М.: Норма, 2003. 216 с.
8. Коршунов А.М. Познание и деятельность. М.: Политиздат, 1984. 142 с.
9. Ларин А.М. От следственной версии к истине. М.: Юрид. лит., 1976. 197 с.
10. Лекторский В.А. Объект, субъект, познание. М.: Наука, 1980. 358 с.
11. Моисеенко И.Я. Криминалистическая криптология. Пермь: Изд-во Перм. ун-та, 1999. 211 с.
12. Образцов В.А. Криминалистическое распознавание: теория, метод, процесс // Труды МГЮА. 1998. № 3. С. 131–142.
13. Пешак Я. Следственные версии. М.: Прогресс, 1976. 228 с.
14. Полстовалов О.В. Процессуальные, нравственные и психологические проблемы криминалистической тактики на современном этапе: дис. ... д-ра юрид. наук. Уфа, 2009. 642 с.
15. Проблемы криминалистического распознавания: материалы науч.-практ. конф. М.; Иркутск: Наука, 1999. 159 с.
16. Снетков В.А. Криминалистическая диагностика в деятельности экспертно-криминалистических подразделений МВД России по применению экспертно-криминалистических методов и средств: учеб. пособие. М.: ЭКЦ МВД России, 1998. 210 с.
17. Степаненко Д.А. Криминалистическая идентификация: понятие, принципы, технологии. Иркутск: БГУЭП, 2006. 239 с.
18. Толстолуцкий В.Ю. Криминалистическая информатика. Ижевск: Детектив-информ, 2003. 213 с.
19. Трубников Н.Н. О категориях «цель», «средство», «результат». М.: Высш. шк., 1968. 148 с.
20. Чазов Е.И., Царегородцев Г.И., Кротков Е.А. Опыт философско-методологического анализа врачебной диагностики // Вопросы философии. 1986. № 9. С. 68–71.

#### References (transliteration):

1. Belkin R.S., Vinberg A.I. Kriminalistika i dokazyvanie. M.: Jurid. lit., 1969. 216 s.
2. Gorelik A.L., Skripkin V.A. Metody raspoznavanija. M.: Vysshaja shkola, 1977. 222 s.
3. Ishhenko E.P., Obrazcov V.A. Kriminalistika: uchebnik. M.: Jeksmo, 2007. 480 s.
4. Kagan M.S. Chelovecheskaja dejatel'nost' (opyt sistemnogo analiza). M.: Politizdat, 1974. 328 s.
5. Korma V.D., Obrazcov V.A. Kriminalisticheskoe raspoznavanie: teorija, metod, modeli tehnologij: monografija. M.: Jurlitinform, 2014. 416 s.
6. Korma V.D., Obrazcov V.A. Problemy sovershenstvovanija paradigmy kriminalistiki kak teorii zdravogo smysla // Vestnik kriminalistiki. 2013. Vyp. 2 (46). S. 7–17.
7. Koruhov Ju.G., Majlis N.P., Orlova V.F. Kriminalisticheskaja diagnostika: metod. posobie. M.: Norma, 2003. 216 s.
8. Korshunov A.M. Poznanie i dejatel'nost'. M.: Politizdat, 1984. 142 s.
9. Larin A.M. Ot sledstvennoj versii k istine. M.: Jurid. lit., 1976. 197 s.
10. Lektorskij V.A. Ob'ekt, sub'ekt, poznanie. M.: Nauka, 1980. 358 s.
11. Moiseenko I.Ja. Kriminalisticheskaja kriptologija. Perm': Izd-vo Perm. un-ta, 1999. 211 s.
12. Obrazcov V.A. Kriminalisticheskoe raspoznavanie: teorija, metod, process // Trudy MGJuA. 1998. № 3. S. 131–142.
13. Peshhak Ja. Sledstvennye versii. M.: Progress, 1976. 228 s.
14. Polstovalov O.V. Processual'nye, nraivstvennye i psihologicheskie problemy kriminalisticheskoi taktiki na sovremennom jetape: dis. ... d-ra jurid. nauk. Ufa, 2009. 642 s.
15. Problemy kriminalisticheskogo raspoznavanija: materialy nauch.-prakt. konf. M.; Irkutsk: Nauka, 1999. 159 s.
16. Snetkov V.A. Kriminalisticheskaja diagnostika v dejatel'nosti jekspertno-kriminalisticheskikh podrazdelenij MVD Rossii po primeneniju jekspertno-kriminalisticheskikh metodov i sredstv: ucheb. posobie. M.: JeKC MVD Rossii, 1998. 210 s.
17. Stepanenko D.A. Kriminalisticheskaja identifikacija: ponjatije, principy, tehnologii. Irkutsk: BGUJeP, 2006. 239 s.
18. Tolstoluckij V.Ju. Kriminalisticheskaja informatika. Izhevsk: Detektiv-inform, 2003. 213 s.
19. Trubnikov N.N. O kategorijah «cel'», «sredstvo», «rezul'tat». M.: Vyssh. shk., 1968. 148 s.
20. Chazov E.I., Caregorodcev G.I., Krotkov E.A. Opyt filosofsko-metodologicheskogo analiza vrachebnoj diagnostiki // Voprosy filosofii. 1986. № 9. S. 68–71.

Материал поступил в редакцию 25 февраля 2015 г.

***Problems and the ways for the improvement of the paradigm of forensic identification***

**KORMA, Vasily Dmitriyevich** — Doctor of Law, Professor of the Department of Forensic Studies of the Kutafin Moscow State Law University.

[v.d.korma@gmail.com]

123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**OBRAZTSOV, Viktor Aleksandrovich** — Doctor of Law, Professor, Veteran of the Kutafin Moscow State Law University.

123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The article provides analysis of the current situation in the field of teaching on forensic identification in criminal judicial proceedings. The author defines topical issues in general and specific theories in this sphere of scientific knowledge. The authors offer possible solutions, discuss the key provision of their authentic concept.*

**Keywords:** *forensic identification, criminally relevant objects accessible and non-accessible for observation; the elements of objects which may not be perceived by the senses of examining persons; principles and models of the technology of forensic identification.*

## Предпосылки формирования частной теории портретной экспертизы

**Аннотация.** Судебная портретная идентификация человека по признакам внешнего облика, отображившимся на фото и видеоизображениях, основывается на общих положениях методики судебно-портретной экспертизы. Ядром методики являются положения криминалистической теории идентификации, криминалистического учения о внешнем облике человека и теории судебной экспертизы. В статье судебная портретная идентификация рассматривается с точки зрения частной научной теории, необходимость формирования которой объясняется высокой степенью значимости результатов исследований для практики гражданско-процессуального и уголовно-процессуального познания и доказывания. Становление частной теории портретной экспертизы связано с дискуссией об области использования положений теории судебной экспертизы применительно к объектам портретной экспертизы; приложении научных разработок к решению задач портретной идентификации; сочетании всеобщего научного потенциала для постижения свойств личности отождествляемых лиц; реформировании методологической базы; обобщении практического опыта.

**Ключевые слова:** портретная экспертиза, частная теория, отождествление личности, криминалистика, внешний облик, теория судебной экспертизы, габитоскопия.

Эффективность разрешения части судебных споров, связанных с необходимостью отождествления личности человека по фото или видеоизображению, зависит от качества портретной экспертизы, проводимой на основе положений: криминалистической теории идентификации, криминалистического учения о внешнем облике человека, теории судебной экспертизы.

В судебной практике портретная экспертиза занимает скромное место и назначается тогда, когда отсутствует очевидная разница между внешностью сравниваемых людей (к примеру, сопоставление лиц разных расовых групп) либо когда другие процессуальные действия не привели к быстрым и желаемым результатам установления тождества между сравниваемыми лицами.

Учитывая особенности объектов портретной идентификации, следует отметить, что они обладают теми же свойствами индивидуальности и устойчивости, что и объекты иных родов экспертиз. Трудность портретной идентификации состоит в многообразии отображения человека, запечатленного в различных условиях (освещения, ракурса, настроения и т.п.), что существенно влияет на результаты экспертизы.

На сложность подобных сравнительных исследований указывал К.Г. Прохоров, в аннотации к переводу книги Р.-А. Рейсса «Словесный

портрет. Опознание и отождествление личности по методу Альфонса Бертильона»<sup>1</sup>.

Обеспечению полноты отображения внешнего облика человека на портретах, независимо от условий его запечатления, ученые посвящали свои труды, начиная с зарождения фотографии и активного ее использования в криминалистике. Основы «сигналетической» фотографии, употребляемой для фиксации признаков внешности в целях регистрации правонарушителей, были заложены А. Бертильоном в середине XIX в., что существенно расширило практический потенциал правоохранительных органов того времени.

Сравнение по сигналетическими снимкам не потеряло своей актуальности и в наши дни. Однако все чаще экспертам приходится сравнивать внешний облик людей, запечатленных в различные годы их жизни, лиц с неодинаковыми мимическими выражениями, с косметическими изменениями собственной внешности. Обозначенным проблемам свои научные труды посвящали ученые последние полвека.

Особенно бурным для развития теории портретной идентификации был период 60–90 гг. прошедшего столетия<sup>2</sup>. В этот период, благодаря

<sup>1</sup> См.: Рейсс Р.-А. Словесный портрет. Опознание и отождествление личности по методу Альфонса Бертильона / пер. К.Г. Прохорова. М.: Т-во скоропеч. А.А. Левенсон, 1911.

<sup>2</sup> См.: Снетков В.А. Портретная идентификация личности в оперативно-розыскной и следственной работе. М.: Изд.

разработке практических рекомендаций по портретному отождествлению, получили импульс и научные исследования. Посредством трудов Н.В. Терзиева, А.А. Гусева, В.А. Снеткова портретная экспертиза вышла за грань практической экспертной деятельности и стала одним из направлений, воплотившим основные научные конструкции, заложившие основу построения криминалистического учения о внешнем облике человека — «габитоскопии»<sup>3</sup>.

Следствием возросшей потребности в методических разработках по данному направлению стали работы названных ученых и их последователей, которые были сориентированы на развитие теоретических основ в области портретной идентификации, характеристик ее объектов, этапов производства, различных направлений ее использования при решении задач оперативно-розыскных, следственных и экспертных подразделений.

Все, что было сделано в этом направлении, и по сей день злободневно и существенно. При этом, оценивая проделанный путь с точки зрения возросших практических потребностей, можно заметить недостатки процесса преобразований, характерные для минувшего периода и, к сожалению, не устраненные до настоящего времени. Вероятно, это объясняется некоторым снижением интереса научного сообщества к данной проблеме, ввиду глобальных политических изменений общества в рассматриваемый период.

Но, как справедливо отмечал В.С. Митричев, возникновение отдельных направлений криминалистических знаний связано с постоянным развитием их содержания, вследствие чего непременно достигается такой уровень, за которым дальнейшее их прогрессивное совершенствование оказывается невозможным без создания стройной системы теоретических концепций, то есть теории<sup>4</sup>.

ВНИИОП МООП СССР, 1968; Зинин А.М. Портретная идентификация по ретушированным фотоизображениям // Экспертная практика. 1969. Вып. 3. С. 78–82; Портретная криминалистическая экспертиза по фотокарточкам. М.: Изд. ВНИИ МВД СССР, 1971; Снетков В.А., Зинин А.М. Методика отождествления по признакам внешности лиц, сфотографированных со значительным разрывом во времени. М.: Изд. ВНИИ МВД СССР, 1971; Орлов П.Г. Идентификация личности по фотокарточкам. М.: ВШ КГБ при СМ СССР, 1974; Снетков В.А., Зинин А.М. Криминалистические средства и методы собирания, фиксации и использования признаков внешности при установлении личности. М.: Изд. ВНИИ МВД СССР, 1976; Савушкин А.В. Выявление и оценка искусственного изменения признаков внешности при проведении портретной криминалистической экспертизы. М.: ВНИИ МВД СССР, 1984 и др.

<sup>3</sup> См.: Терзиев Н.В. Криминалистическое отождествление личности по признакам внешности. М.: ВЮЗИ, 1956; Гусев А.А. Методы судебно-портретной экспертизы // Методы экспертных криминалистических исследований. М.: Изд-во ВНИИСЭ, 1977; Снетков В.А. Габитоскопия. Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1979.

<sup>4</sup> См.: Митричев В.С. Теория советской криминалистики (дискуссионная постановка вопроса о так называемых криминалистических учениях) // Рефераты научных со-

Таким образом, теория в той или иной области знания создается, когда для этого имеются соответствующие объективные предпосылки, когда для решения проблем, возникающих в ходе ее практической реализации, требуется комплексный подход в их решении. По справедливому замечанию С.А. Пичугина, расширение потенциальных возможностей экспертного познания за счет привлечения научных достижений позволяет внедрять оптимальные варианты решения практических задач<sup>5</sup>.

Р.С. Белкин, уделяя внимание развитию теоретических положений науки криминалистики, среди объективных предпосылок выделял эмпирические и теоретические<sup>6</sup>. К первым он относил опыт применения в борьбе с преступностью технико-криминалистических средств, ко вторым — научные и теоретические положения, определяющие исходные понятия, принципы, гипотезы.

С подобной позиции, по нашему мнению, следует рассмотреть и наличие предпосылок для формирования частной теории судебной портретной экспертизы.

Обе указанные Р.С. Белкиным предпосылки можно спроецировать и на развитие частной теории портретной идентификации. Однако складывается такая ситуация, при которой наблюдается дисбаланс в развитии практических рекомендаций и теоретического обоснования данного направления экспертной деятельности. Частичное объяснение этому находится в тесной взаимозависимости научной и исследовательской деятельности, особенно при исследовании уникальных объектов экспертизы, когда результаты экспертизы становятся частью научного исследования. На указанную тенденцию обращает внимание С.А. Смирнова, говоря о том, что «довольно сложно провести четкую границу между экспертным и научным исследованием»<sup>7</sup>.

Выход из сложившейся ситуации видится в дальнейшем развитии теории и совершенствовании экспертной практики. Осуществить это можно за счет обновления криминалистического учения о внешнем облике человека, уточнения и конкретизации накопленных в этой области научных знаний, восполнении имеющихся в нем пробелов на уровне частных теорий по отдельным направлениям решения идентификационных задач в судопроизводстве.

общений на теоретических семинарах — X криминалистических чтениях. М.: ВНИИСЭ, 1976. Вып. 10. С. 43–44.

<sup>5</sup> См.: Пичугин С.А. Концепция комплексного криминалистического исследования признаков внешности человека. М.: Юрлитинформ, 2014. С. 124.

<sup>6</sup> См.: Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. Общая и частные теории. М.: Юрид. лит., 1987. С. 136–139.

<sup>7</sup> Смирнова С.А. Организационно-тактические проблемы развития судебно-экспертной деятельности: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2002. С. 154.

Применительно к частной теории портретной идентификации, ее фундаментом могут стать теория судебной экспертизы, обобщающая большинство элементов судебно-экспертной деятельности<sup>8</sup>, учения о систематике и классификации, криминалистическое учение о признаках, криминалистическая теория идентификации и диагностики, криминалистическое учение о слеодообразовании и др.

К тому же следует учесть мнение Р.С. Белкина о том, что частные теории в зависимости от степени общности их предмета «могут быть “более общими” и “менее общими”, отражая, соответственно, большую или меньшую предметную область, более или менее значительную группу явлений и процессов»<sup>9</sup>.

Разбор существующих в криминалистике и судебной экспертизе знаний о комплексе признаков, свидетельствующих о наличии общего и целостного предмета теории судебной портретной экспертизы, позволяет констатировать, что к настоящему времени накоплен достаточный объем эмпирического и теоретического материала по данному вопросу. Научно аргументировано значение результатов судебной портретной экспертизы в качестве источников доказательственной информации как о свойствах разыскиваемого лица, так и о наличии выводов о тождестве разыскиваемого и проверяемого лица. Разработаны методики решения отдельных видов экспертных задач, в основном идентификационных, которые с успехом используются в практике правоохранительных органов. В целом же анализ имеющихся данных позволяет говорить о достаточности оснований для обобщения их в единую стройную систему теоретических знаний и практических навыков, образующих целостную частную теорию.

Предварительно теорию судебной портретной экспертизы можно определить как систему научных положений о выявлении, анализе и использовании информации о значимых свойствах внешности отождествляемых лиц и разрабатываемых на их основе практических рекомендаций по собиранию, исследованию, оценке и применению указанной информации в целях решения идентификационных и диагностических задач.

В формировании частной теории судебной портретной экспертизы объединяющим началом является знание закономерностей формирования сведений о внешнем облике человека в смежных с криминалистикой науках: медицине, биологии и антропологии. Обнаружение и преобразование в скрытых закономерностей значимо с точки зрения возможности извлечения информации о лич-

ности разыскиваемого человека в процессе судопроизводства. Обозначенная тенденция развития системы знаний о закономерностях внешнего облика человека тесно связана с тенденциями понимания их влияния на возможности использования свойств внешнего облика человека как самостоятельного объекта познания в процессе доказывания.

Рассмотрение подобной задачи представляется актуальной, если учесть некоторые важные особенности современного научного знания: возрастание роли судебных экспертиз, тенденцию к разработке алгоритмов действий судебных экспертов, автоматизацию программ экспертных исследований как одного из новых проявлений тенденции формализации системы, что, в свою очередь, свидетельствует о значении категорий и принципов научного познания. Следует также отметить, что систематизация знаний о внешнем облике человека и формализация процесса его исследования влечет обратную необходимость и является обязательным условием в переработке содержания частных криминалистических теорий, а также изменении их систематизации.

Наличие предпосылок создания теории судебной портретной экспертизы обязательно должно сопровождаться соблюдением условий, являющихся стимулом формирования теории. По справедливому утверждению А.А. Эксархопуло<sup>10</sup>, теория становится необходимой там и тогда, где и когда возникают научные проблемы, разрешение которых невозможно без теоретического исследования. Проблемность ситуации обнаруживается в тех случаях, когда вновь выявленные факты действительности невозможно объяснить с позиции накопленных знаний и опыта либо когда происходит опровержение устоявшихся представлений о фактах положениями вновь возникшей теории.

Обобщив теоретическую базу производства портретных экспертиз, нами выявлен круг общих и частных проблем, нуждающихся в разрешении на теоретическом уровне и объединяющихся в одну общую проблему — создания самостоятельной теории. Среди выявленных проблем необходимо назвать следующие:

- использование имеющихся научных положений теории судебной экспертизы в объяснении новых фактов и явлений;
- применение современных разработок из других областей научных знаний для решения проблемных ситуаций в портретной идентификации;
- сочетание научных знаний из разных отраслей судебной экспертизы, связанных с постижением свойств личности разыскиваемого

<sup>8</sup> См.: Россинская Е.Р., Галяшина Е.И., Зинин А.М. Теория судебной экспертизы: учебник. М.: Норма: Инфра-М, 2011. С. 60.

<sup>9</sup> Белкин Р.С. Курс криминалистики: в 3 т. Т. 2. М.: Юрист. 1997. С. 6.

<sup>10</sup> См.: Эксархопуло А.А. Криминалистическая теория: формирование и перспективы развития в условиях НТР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 1993. С. 15.

- человека, и формулирование вывода на основе комплекса знаний;
- переосмысление методов и подходов в решении диагностических и идентификационных задач портретной экспертизы;
  - обобщение практики применения экспертных методов и средств;
  - прогнозирование дальнейшего развития теории портретной экспертизы.

Попробуем раскрыть содержание обозначенных предпосылок создания частной теории портретной экспертизы.

Так, для того чтобы объяснить вскрываемые факты и явления в области портретной идентификации, следует воспользоваться уже выработанными теорией судебной экспертизы концепциями. В теории судебной экспертизы, где в достаточной степени развита научная база, указанная проблема становится первостепенной, поскольку любое изучаемое явление можно оценить с точки зрения данной теории. Подобный подход обладает значительной достоверностью и к тому же позволяет прогнозировать возможность изучения не только известных явлений, но и тех, которые будут открыты в дальнейшем. В нашем случае при исследовании внешности человека такая задача выражается в исследовании видеоизображений, которые имеют сходство в методике исследования, однако традиционной методике портретной экспертизы для решения вопросов идентификации по признакам внешности, зафиксированным на видеоизображениях, недостаточно.

Появление видеопортрета диктует необходимость развития представлений о его свойствах, закономерностях фиксации идентификационных признаков внешности человека, системе методов исследования и интерпретации результатов.

Так, анализируя возможности исследования отображения внешнего облика человека с использованием видеоизображений, В.Г. Булгаков пишет, что объем возможной информации о человеке многократно возрастает, если использовать видеоизображение для изучения двигательных особенностей и существенно снижается, если динамические характеристики изучать по отображению на фотографии. К сожалению, пишет В.Г. Булгаков: «устаревший методологический подход продолжает использоваться в криминалистике и судебной экспертизе»<sup>11</sup>.

По нашему мнению, здесь необходимо осуществить уточнение комплекса принципов реализации отождествления применительно к отдельным направлениям, видам и формам идентификации человека по материальным отображениям. В частности, при дифференциации сравниваемых лиц по двигательным характеристикам следует

использовать количественные (математические) методы для их оценки и сопоставления, что повысит объективность полученных экспертных выводов.

При использовании возможностей, разработанных в других отраслях знаний, а также приемов и технологий проведения исследований для объяснения явлений, встречающихся в практике производства портретных экспертиз, важно учитывать сущность интеграционных процессов и возможности приложении достижений одних наук для решения специфических задач в других областях. Такое проникновение может порождать новые внутренние проблемы, разрешение которых видится в совершенствовании классических теорий и учений.

Для теории судебной экспертизы такой путь научных исследований достаточно характерен, так как она развивается именно как наука, активно и творчески приспособливающая положения естественных и гуманитарных наук для решения собственных задач. Естественно, это относится и к судебной портретной экспертизе, так как познание проявления биологических и психических свойств человека — процесс многогранный и охватывает различные их проявления, как в статических, так и в динамических отображениях (источниках информации). Значительный материал, накопленный в области портретной экспертизы, анатомии, психологии, антропологии, требует их переосмысления с точки зрения решения задач доказывания в уголовном судопроизводстве.

В частности, многие динамические процессы (изменение состояния волосяного и кожного покровов) определялись лишь с точки зрения общих характеристик сравниваемых объектов, в то время как данные признаки также индивидуальны у человека, как и папиллярные узоры, естественно, при условии их качественного отображения. Подобный анализ динамики процесса формирования внешнего облика человека позволяет раскрыть существенные резервы для повышения эффективности методик экспертно-го исследования.

Решение практических потребностей посредством положений частной теории портретной идентификации возможно только с применением комплексного приложения усилий во взаимодействии с разделами теории судебной экспертизы и криминалистики. Новая проблема возникает в ходе обобщения взаимно обусловленных вопросов, имеющих общие точки соприкосновения. Применительно к теме нашего исследования такой объединяющей задачей может являться отождествление внешности с использованием изображений, полученных камерами видеонаблюдения (с возможностью записи речи). Сама по себе видеозапись является объектом различных видов экспертиз, и если речь идет о портретной экс-

<sup>11</sup> Булгаков В.Г. Основы криминалистического исследования динамических признаков человека. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 128–129.

пертизе, то по данному объекту может решаться широкий спектр идентификационных и диагностических задач. Однако квалификации эксперта только в области портретной экспертизы не всегда достаточно, необходимо привлечь специалистов из областей фото- и видеотехники, анатомии и физиологии, психологии и фоноскопии с целью получения всеобъемлющей информации о личности разыскиваемого лица.

В контексте данной проблемы для дальнейшего развития теории и совершенствования практики производства портретных экспертиз важно уточнить содержание учения об ее объектах, в отношении которых устанавливается тождество. Представляется, что в число объектов портретной идентификации следует включать только материально фиксированные отображения внешности человека «объективного» характера, имеющие не посредственное отношение к рассматриваемому судом событию. Однако только объектом проблема не исчерпывается, поскольку один и тот же объект может исследоваться в разных видах экспертиз. Объект портретной идентификации связан с понятием «портрета», что существенно сужает круг потенциальных исследуемых отображений.

Пересмотр сущности и состояния известных в теории судебной экспертизы проблем состоит в процедуре переосмысления спорных вопросов, решение которых традиционным способом (описательными средствами), противоречит выводу о необходимости использования объективных (количественных) методик. Переоценке в первую очередь будут подвергаться подходы к изучению динамических признаков внешности (походки, мимики, жестикуляции, артикуляции и их проявления). Помимо этого, новое видение специалистами имеет отношение к субъективной оценке установления степени портретного сходства лиц, преобразованных в целях коммерческого использования произведений искусства или заимствования облика известных личностей.

Известно, что «зло активнее добра», и зачастую правонарушители первыми пользуются достижениями науки в корыстных целях. Поэтому необходимо учитывать трудности извлечения знаний из обобщения результатов применения теоретических разработок в практической деятельности правоохранительных органов, то есть степень обратного влияния практики на науку.

Анализу и оценке может быть подвергнут опыт производства портретных экспертиз, опыт участия специалистов в составлении субъективных портретов с использованием материалов фото- и видеозаписей низкого качества, опыт применения методов и средств, заимствованных из других отраслей знаний (создание адекватных трехмерных моделей сравниваемых лиц, построение математических графиков динамики перемещения руки ног при движении). Огромный мас-

сив знаний, накопленных за многовековую историю криминалистики, требует их обобщения, анализа и синтеза с единых научных позиций.

Значительным по важности аргументом разработки теории судебной портретной экспертизы является потребность в исследовании свойств внешнего облика человека для отождествления по материалам видеofиксации незаконных действий правонарушителей при снятии денежных средств в банкоматах, фиксации преступных деяний членами криминального сообщества и в других аналогичных случаях, чем обуславливается постоянный к ней интерес. В пользу последнего тезиса свидетельствует и то, что основные положения портретной экспертизы на протяжении долгого времени включаются в учебники по судебной экспертизе и криминалистике.

Представляется, что для частной теории портретной идентификации решение спорных вопросов может выражаться в:

- анализе ориентиров развития и выявлении проблем, требующих научного разрешения в области теории и практики идентификации личности по внешнему облику;
- совершенствовании научного языка теории за счет уточнения имеющихся и формулирование новых определений основных понятий отождествления человека по внешнему облику;
- упорядочении организационной основы, структурного состава, комплекса принципов реализации отождествления в судопроизводстве применительно к отдельным направлениям, видам и формам идентификации человека по материальным портретным отображениям;
- разработке основ портретной идентификации на базе учета выявленного сходства и различия основных видов судопроизводства;
- изучении проблемных вопросов назначения, производства и использования результатов портретных экспертиз в системе доказывания;
- определении путей, средств и методов решения задач судопроизводства посредством портретной идентификации;
- построении наилучших алгоритмов портретных исследований, с точки зрения обеспечения процесса доказывания;
- обогащении рекомендаций по сбору, фиксации и исследованию объектов портретной экспертизы, а также использованию ее результатов;
- выработке критериев оценки результатов портретных экспертиз как доказательств по делу.

Таким образом, становление теории судебной портретной экспертизы предопределено самим ходом и логикой развития криминалистики и судебной экспертизы и обусловлено потребностями правоохранительных органов, а также путями совершенствования следственной, экспертной и судебной практик. То большое внимание, кото-

рое уделяется положениям судебной экспертизы, предопределено свойствам самого внешнего облика человека. Историческое накопление теоретического и эмпирического материала создает необходимые предпосылки для объединения имеющихся знаний о предмете, объектах и методах исследования отображений внешности человека в качественно новую систему научных и

практических положений, образующих частную теорию портретной экспертизы.

Как известно, целостное представление о частной теории является существенным стимулом дальнейшего развития общей теории судебной экспертизы, поскольку это способствует появлению новых подходов в решении задач, стоящих перед исследователями.

#### Библиография:

1. Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. Общая и частные теории. М.: Юрид. лит., 1987. 272 с.
2. Белкин Р.С. Курс криминалистики: в 3 т. Т. 2. М.: Юрист. 1997. 464 с.
3. Булгаков В.Г. Основы криминалистического исследования динамических признаков человека: монография. М.: Юрлитинформ, 2009. 176 с.
4. Гусев А.А. Методы судебно-портретной экспертизы // Методы экспертных криминалистических исследований. М.: Изд-во ВНИИСЭ, 1977. С. 55–67.
5. Зинин А.М. Портретная идентификация по ретушированным фотоизображениям // Экспертная практика. 1969. Вып. 3. С. 78–82.
6. Митричев В.С. Теория советской криминалистики (дискуссионная постановка вопроса о так называемых криминалистических учениях) // Рефераты научных сообщений на теоретических семинарах — X криминалистических чтениях. М.: ВНИИСЭ, 1976. Вып.10. С. 43–44.
7. Орлов П.Г. Идентификация личности по фотокарточкам. М.: ВШ КГБ при СМ СССР, 1974. 148 с.
8. Пичугин С.А. Концепция комплексного криминалистического исследования признаков внешности человека. М.: Юрлитинформ, 2014. 208 с.
9. Подволоцкий И.Н. Актуальные направления развития судебной портретной экспертизы // Судебная экспертиза: российский и международный опыт: материалы II Междунар. науч.-практ. конф. (г. Волгоград, 21–22 мая 2014 г.). Волгоград: ВА МВД России, 2014. С. 220–225
10. Рейсс Р.-А. Словесный портрет. Оpozнание и отождествление личности по методу Альфонса Бертильона / пер. К.Г. Прохорова. М.: Т-во скоропеч. А.А. Левенсон, 1911. 154 с.
11. Россинская Е.Р., Галяшина Е.И., Зинин А.М. Теория судебной экспертизы: учебник. М.: Норма: Инфра-М, 2011. 384 с.
12. Савушкин А.В. Выявление и оценка искусственного изменения признаков внешности при проведении портретной криминалистической экспертизы. М.: ВНИИ МВД СССР, 1984. 48 с.
13. Смирнова С.А. Организационно-тактические проблемы развития судебно-экспертной деятельности: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2002. 412 с.
14. Снетков В.А. Габитоскопия. Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1979. 324 с.
15. Снетков В.А. Портретная идентификация личности в оперативно-розыскной и следственной работе. М.: Изд. ВНИИОП МООП СССР, 1968. 100 с.
16. Снетков В.А. Портретная криминалистическая экспертиза по фотокарточкам. М.: Изд. ВНИИ МВД СССР, 1971. 36 с.
17. Снетков В.А., Зинин А.М. Криминалистические средства и методы собирания, фиксации и использования признаков внешности при установлении личности. М.: Изд. ВНИИ МВД СССР, 1976. 36 с.
18. Снетков В.А., Зинин А.М. Методика отождествления по признакам внешности лиц, сфотографированных со значительным разрывом во времени. М.: Изд. ВНИИ МВД СССР, 1971. 28 с.
19. Соколова О.А. Применение нетрадиционных методов при раскрытии и расследовании преступлений // Использование современных информационных технологий и проблемы информационной безопасности в деятельности правоохранительных органов: сборник научных статей. Калининград: Изд-во Калинингр. ЮИ МВД России, 2011. С. 115–122.
20. Терзиев Н.В. Криминалистическое отождествление личности по признакам внешности. М.: ВЮЗИ, 1956. 131 с.
21. Эксархопуло А.А. Криминалистическая теория: формирование и перспективы развития в условиях НТР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 1993. 33 с.

#### References (transliteration):

1. Belkin R.S. Kriminalistika: problemy, tendencii, perspektivy. Obshhaja i chastnye teorii. M.: Jurid. lit., 1987. 272 s.
2. Belkin R.S. Kurs kriminalistiki: v 3 t. T. 2. M.: Jurist. 1997. 464 s.
3. Bulgakov V.G. Osnovy kriminalisticheskogo issledovanija dinamičeskikh priznakov cheloveka: monografija. M.: Juritinform, 2009. 176 s.
4. Gusev A.A. Metody sudebno-portretnoj jekspertizy // Metody jekspertnyh kriminalisticheskikh issledovanij. M.: Izd-vo VNIISJe, 1977. S. 55–67.
5. Zinin A.M. Portretnaja identifikacija po retuširovannym fotoizobrazhenijam // Jekspertnaja praktika. 1969. Vyp. 3. S. 78–82.
6. Mitrichev V.S. Teorija sovetskoj kriminalistiki (diskussionnaja postanovka voprosa o tak nazyvaemyh kriminalisticheskikh učenijah) // Referaty nauchnyh soobshhenij na teoreticheskikh seminarah — H kriminalisticheskikh chtenijah. M.: VNIISJe, 1976. Vyp.10. S. 43–44.
7. Orlov P.G. Identifikacija lichnosti po fotokartochkam. M.: VSh KGB pri SM SSSR, 1974. 148 s.
8. Pichugin S.A. Koncepcija kompleksnogo kriminalisticheskogo issledovanija priznakov vnesnosti cheloveka. M.: Juritinform, 2014. 208 s.

9. Podvolockij I.N. Aktual'nye napravlenija razvitija sudebnoj portretnoj jekspertizy // Sudebnaja jekspertiza: rossijskij i mezhdunarodnyj opyt: materialy II Mezhdunar. nauch.-prakt. konf. (g. Volgograd, 21–22 maja 2014 g.). Volgograd: VA MVD Rossii, 2014. S. 220–225
10. Rejss R.-A. Slovesnyj portret. Opoznanie i otozhdestvlenie lichnosti po metodu Al'fonsa Bertil'ona / per. K.G. Prohorova. M.: T-vo skoropech. A.A. Levenson, 1911. 154 s.
11. Rossinskaja E.R., Galjashina E.I., Zinin A.M. Teorija sudebnoj jekspertizy: uchebnik. M.: Norma: Infra-M, 2011. 384 s.
12. Savushkin A.V. Vyjavlenie i ocenka iskusstvennogo izmenenija priznakov vneshnosti pri provedenii portretnoj kriminalisticheskoj jekspertizy. M.: VNII MVD SSSR, 1984. 48 s.
13. Smirnova S.A. Organizacionno-takticheskie problemy razvitija sudebno-jekspertnoj dejatel'nosti: dis. ... d-ra jurid. nauk. SPb., 2002. 412 s.
14. Snetkov V.A. Gabitoskopija. Volgograd: VSSh MVD SSSR, 1979. 324 s.
15. Snetkov V.A. Portretnaja identifikacija lichnosti v operativno-rozysknoj i sledstvennoj rabote. M.: Izd. VNIOP MOOP SSSR, 1968. 100 s.
16. Snetkov V.A. Portretnaja kriminalisticheskaja jekspertiza po fotokartochkam. M.: Izd. VNII MVD SSSR, 1971. 36 s.
17. Snetkov V.A., Zinin A.M. Kriminalisticheskie sredstva i metody sobiraniya, fiksacii i ispol'zovanija priznakov vneshnosti pri ustanovlenii lichnosti. M.: Izd. VNII MVD SSSR, 1976. 36 s.
18. Snetkov V.A., Zinin A.M. Metodika otozhdestvlenija po priznakam vneshnosti lic, sfotografirovannyh so znachitel'nym razryvom vo vremeni. M.: Izd. VNII MVD SSSR, 1971. 28 s.
19. Sokolova O.A. Primenenie netradicionnyh metodov pri raskrytii i rassledovanii prestuplenij // Ispol'zovanie sovremennyh informacionnyh tehnologij i problemy informacionnoj bezopasnosti v dejatel'nosti pravoohranitel'nyh organov: sbornik nauchnyh statej. Kaliningrad: Izd-vo Kaliningr. JuI MVD Rossii, 2011. S. 115–122.
20. Terziev N.V. Kriminalisticheskoe otozhdestvlenie lichnosti po priznakam vneshnosti. M.: VJuZI, 1956. 131 s.
21. Jeksarhopulo A.A. Kriminalisticheskaja teorija: formirovanie i perspektivy razvitija v uslovijah NTR: avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk. SPb., 1993. 33 s.

*Материал поступил в редакцию 28 ноября 2014 г.*

### ***Prerequisites for the formation of the specific theory of portrait expertise***

**PODVOLOTSKIY, Igor Nikolaevich** — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Judicial Expertise of the Kutafin Moscow State Law University.

[inpodvolockij@msal.ru]

123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The judicial portrait identification of a person based upon his appearance as reflected in photo and video-images is based upon the general provisions of the judicial portrait expertise. The nucleus of the method involves the provisions of the forensic identification theory, forensic teachings on the appearance of the person, theory of judicial expertise. It is offered to evaluate judicial portrait identification from the standpoint of the specific scientific theory. The need for its formation is due to the high relevance of the results of studies for the practice in civil and criminal procedural cognition and proof. Formation of the specific theory of portrait expertise is related to the discussion in the sphere of use of the provisions of the theory of judicial expertise towards the objects of portrait expertise, use of scientific developments for resolving the issues of portrait identification, combination of the universal scientific potential for the cognition of personal qualities of the persons identified, reformation of the methodological basis, generalization of practical experience.*

**Keywords:** *portrait expertise, specific theory, identification of a person, forensic studies, appearance, theory of judicial expertise, habitoscopy.*

С.А. Ядрихинский\*

## О некоторых правовых аспектах почерковедческой экспертизы в налоговых отношениях

**Аннотация.** В настоящей статье освещены отдельные проблемные правовые аспекты почерковедческой экспертизы в налоговых целях, связанные с ее правовым регулированием, порядком назначения и проведения, сферой применения. Автор статьи, имеющий богатый опыт налоговых споров, анализирует правоприменительную практику налоговых органов и судебно-арбитражную практику, обозначает типичные нарушения при производстве экспертизы, выявляет дефекты в содержании заключения эксперта.

**Ключевые слова:** почерковедческая экспертиза, эксперт, заключение эксперта, достоверность подписи, налоговый орган, налогоплательщик, налоговый контроль, допустимые доказательства, судебная практика.

Почерковедческая экспертиза является, пожалуй, одной из самых распространенных экспертиз, проводимых налоговым органом при осуществлении налогового контроля. О востребованности данного инструмента, а также о неоднозначности его применения свидетельствует многочисленная судебная практика.

Согласно подп. 11 п. 1 ст. 31 НК РФ налоговые органы вправе привлекать для проведения налогового контроля экспертов. Появление данного полномочия обязано принятием ч. 1 НК РФ. Предшествующий ему Закон РФ от 27.12.1991 № 2118-1 «Об основах налоговой системы в РФ» не содержал такой возможности.

В каких именно случаях привлекается эксперт, НК РФ не раскрывает, указав лишь, что он участвует в «необходимых случаях» и на «договорной основе» (п. 1 ст. 95 НК РФ). Необходимость участия эксперта в проведении определенных действий по осуществлению налогового контроля определяется налоговым органом, как отметил Конституционный Суд РФ в Определении от 16.07.2009 № 928-О-О, в случаях, когда возникает потребность в использовании специальных познаний, и определил их сферу и общую характеристику — наличие специальных познаний в науке, искусстве, технике или ремесле. Именно в этих случаях, согласно абз. 2 п. 1 ст. 95 НК РФ, и проводится экспертиза. Поэтому трудно согласиться с мнением А.П. Зрелова, предлагающего дифференцировать право налогового органа на проведение экспертизы и право на привлечение эксперта<sup>1</sup>. Ведь эксперт привлекается как раз для проведения экспертизы и не для чего иного.

<sup>1</sup> См.: Зрелов А. Правовые пробелы проведения экспертизы по инициативе налоговых органов // Налоговый вестник: комментарии к нормативным документам для бухгалтеров. 2013. № 2. С. 45–59.

Как правило, налоговый орган, назначая почерковедческую экспертизу, преследует цель доказать, что хозяйственные договоры, товарные накладные, счета-фактуры и иные документы подписаны неустановленными, то есть неуполномоченными лицами. На этом основании расходы налогоплательщика, согласно ст. 252 НК РФ, квалифицируются документально неподтвержденными (документ не обладает признаком достоверности), что дает повод для доначислений по налогу на прибыль, и, соответственно, для отказа применения налогового вычета по НДС. Документом, служащим основанием для принятия предъявленных сумм НДС к вычету или возмещению в порядке, предусмотренном НК РФ является счет-фактура, который подписывается руководителем и главным бухгалтером организации. При этом в состав реквизита «Подпись» включается как личная подпись, так и ее расшифровка (инициалы, фамилия). Счета-фактуры, составленные и выставленные с нарушением установленного порядка, не могут являться основанием для принятия предъявленных покупателю продавцом сумм налога к вычету или возмещению.

Проводить или не проводить экспертизу — решает налоговый орган. Как сказал законодатель, — это право налогового органа (подп. 11 п. 1 ст. 31 НК РФ), то есть не обязанность, что может быть истолковано как необязательное мероприятие. Вместе с тем необходимо учитывать, что полномочия налогового органа носят публично-правовой характер, что не позволяет налоговому органу произвольно отказаться от необходимости использования всех предоставленных законом инструментов осуществления налогового контроля. При реализации возложенной на налоговый орган функции, он во всех необходимых случаях обязан воспользоваться предоставленным ему правом проведения экспертизы (подп. 11 п. 1

© Ядрихинский С.А., 2015

\* Ядрихинский Сергей Александрович — кандидат юридических наук, профессор кафедры правовых дисциплин Череповецкого филиала Университета Российской академии образования.

[syadr@yandex.ru]

162610, Россия, г. Череповец, ул. Ломоносова, д. 38А.

ст. 31 НК РФ, ст. 95 НК РФ). Иное означало бы произвольное применение налоговыми органами норм права и приводило к неполному исследованию. В Постановлении от 15.07.1999 № 11-П Конституционный Суд РФ сделал важный вывод, что допущение возможности неограниченного усмотрения в процессе правоприменения, неизбежно ведет к произволу, а значит, к нарушению принципов равенства и верховенства закона.

И если проверяющие не прибегают к экспертизе на стадии налогового контроля, значит, у них нет сомнений в подлинности документов, что, в свою очередь, должно исключать возможность налогового органа ссылаться на недостоверность подписей в документах и являться препятствием для проведения налоговым органом экспертизы в последующем рассмотрении дела, то есть в процессе досудебного административного производства и судебного разбирательства.

Законодательную основу проведения экспертизы в налоговых целях составляет только НК РФ. Однако как в литературе<sup>2</sup>, так и в судебной практике можно встретить мнение, что помимо НК РФ производство экспертизы регулируется Федеральным законом от 31.05.2001 № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ» (далее — Закон № 73-ФЗ). Подвергнем это утверждение сомнению.

Во-первых, из преамбулы данного закона следует, что он определяет правовую основу, принципы организации и основные направления государственной судебно-экспертной деятельности в РФ в гражданском, административном и уголовном судопроизводстве. О налоговом производстве, как видно, ничего не говорится.

Во-вторых, объектом внимания данного закона является не просто экспертиза, а судебная экспертиза. Из понятия судебной экспертизы (ст. 9 Закона № 73-ФЗ), а также задач государственной судебно-экспертной деятельности (ст. 2 Закона № 73-ФЗ) следует, что вопросы перед экспертом имеют право поставить ограниченное количество субъектов, которым эксперт оказывается содействие, а именно: суд, судья, орган дознания, лицо, производящее дознание, следователь, в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному делу. В этом исчерпывающем списке, как видно, налоговых органов нет.

В-третьих, основаниями производства судебной экспертизы в государственном судебно-экспертном учреждении являются определение суда, постановления судьи, лица, производящего дознание, следователя (ст. 19 Закона № 73-ФЗ). Постановления

должностного лица налогового органа, являющегося по смыслу п. 3 ст. 95 НК РФ основанием проведения налоговой экспертизы, в этом перечне нет.

Существует ряд судебных постановлений, в которых сделан вывод, что на экспертизу, проводимую в рамках налоговой проверки, не распространяются требования Закона № 73-ФЗ. Так, в Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 13.09.2010 по делу № А13-17705/2009 судьи заключили, что при назначении экспертизы инспекция должна руководствоваться нормами НК РФ, поскольку Федеральный закон от 31.05.2001 № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ» не регулирует вопросы проведения экспертизы в рамках налоговых правоотношений. Аналогичный вывод сделан в Постановлении ФАС Волго-Вятского округа от 27.11.2008 по делу № А79-2506/2008, Определением ВАС РФ от 16.01.2009 № ВАС-17372/08 отказано в передаче данного дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора, а также в Постановлении ФАС Восточно-Сибирского округа от 05.11.2008 № А19-9585/07-52-5-Ф02-5297/08 по делу № А19-9585/07-52-5. Однако в большинстве случаев арбитражные суды охотно ссылаются на нормы Закона № 73-ФЗ.

В правоприменительной практике и в литературе поднимался вопрос о допустимости проведения налоговым органом экспертизы при камеральной проверке. Мнения разошлись. Одни авторы (А.П. Зрелов, Н.В. Никифорова и др.)<sup>3</sup> и большая часть судей считают, что НК РФ не запрещает проводить экспертизу при камеральном контроле (см, например, Постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 18.12.2009 по делу № А27-7063/2009; от 18.05.2009 № Ф04-2932/2009 (6425-А46-14); от 13.02.2008 по делу № Ф04-872/2008 (450-А67-42), № Ф04-872/2008 (456-А67-42); от 13.02.2006 по делу № Ф04-185/2006 (19515-А67-25); Постановление ФАС Поволжского округа от 30.09.2008 № А55-17745/2007), другие (И.В. Авдеева А.П. Зрелов в 2008 г. и др.)<sup>4</sup> — считают, что буквальное толкование п. 3 ст. 95 НК РФ позволяет говорить о назначении экспертизы лишь должностным лицом налогового органа, осуществляющим выездную налоговую проверку (см. Постановление ФАС Уральского

<sup>3</sup> См.: Зрелов А. Правовые пробелы проведения экспертизы по инициативе налоговых органов // Налоговый вестник: комментарии к нормативным документам для бухгалтеров. 2013. № 2. С. 45–59; Никифорова Н.В. Выемка документов: спорные вопросы // Налог на прибыль: учет доходов и расходов. 2013. № 10. С. 46–56.

<sup>4</sup> См.: Налоги и бизнес в 2012 году. Итоги и перспективы / Т.С. Бартечева, П.А. Гагарин, И.Л. Давидовская и др.; под ред. Д.Е. Фадеева. М.: Налоговый вестник, 2012; Зрелов А.П. Проведение экспертизы в рамках налогового контроля // Ваш налоговый адвокат. 2008. № 1 // СПС «Гарант» (в 2013 г. автор изменил свою позицию на противоположную); Авдеева И.В. Налоговая экспертиза как способ получения сведений о налогоплательщике // Налоговые споры: теория и практика. 2008. № 4. С. 20–23.

<sup>2</sup> См.: Борисов А.Н. Защита прав налогоплательщика при проведении налоговых проверок: Практические рекомендации. М.: Юстицинформ, 2009; Евсеев А.А. Необычный подход к вопросу о правомерности проведения экспертизы налоговым органом // Российский налоговый курьер. 2013. № 21. С. 74–78.

округа от 22.07.2009 № Ф09-5202/09-СЗ по делу № А71-10953/2008-А24).

Понять истинный смысл данной нормы невозможно без ее исторического толкования. Первоначальная редакция п. 1 и п. 3 ст. 95 НК РФ однозначно и недвусмысленно предусматривала проведение экспертизы лишь в случаях осуществления выездной налоговой проверки: «В необходимых случаях для участия в выездной налоговой проверке может быть привлечен эксперт» (п. 1); «Экспертиза назначается постановлением должностного лица налогового органа, осуществляющего выездную налоговую проверку» (п. 3).

Затем абз. 1 п. 1 ст. 95 НК РФ был изложен в следующей редакции: «1. В необходимых случаях для участия в проведении конкретных действий по осуществлению налогового контроля, в том числе при проведении выездных налоговых проверок, на договорной основе может быть привлечен эксперт»<sup>5</sup>.

Использование конструкции «в том числе» дало основание полагать, что выездная налоговая проверка — это одна из возможных форм налогового контроля (помимо других), в рамках которой можно привлекать эксперта для проведения экспертизы. При этом в 1999 г. п. 3 ст. 95 НК РФ изменению не подвергался.

И лишь Федеральный закон от 07.06.2011 № 132-ФЗ абз. 1 п. 3 ст. 95 НК РФ дополнил словами «если иное не предусмотрено настоящим Кодексом», то есть с 01.01.2012 (момент вступления в силу Федерального закона от 07.06.2011 № 132-ФЗ): «экспертиза назначается постановлением должностного лица налогового органа, осуществляющего выездную налоговую проверку, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом».

Этим же законом была дополнена ст. 262 НК РФ (абз. 5 п. 8), которая вводила право налоговых органов назначать экспертизу отчетов о выполненных НИОКР (п. 3 ст. 2, ч. 1 ст. 4 Закона № 132-ФЗ). Данная экспертиза производится государственными академиями наук, федеральными и национальными исследовательскими университетами, государственными научными центрами, национальными исследовательскими центрами или федеральными центрами науки и высоких технологий в рамках камеральной проверки декларации по налогу на прибыль по итогам налогового периода, если одновременно с ней налогоплательщик подает отчет о выполненных научных исследованиях и (или) опытно-конструкторских разработках (отдельных этапах работ) (п. 1, 2 ст. 88, абз. 2 п. 8 ст. 262 НК РФ).

Федеральный закон от 07.06.2011 № 132-ФЗ расширил сферу возможного назначения экспертизы, однако формула «если иное не предусмотрено настоящим Кодексом», введенная в п. 3 ст. 95 НК РФ, делает не безграничной возможность при-

влечения эксперта в рамках любой камеральной проверки, как это указано в п. 5 Письма ФНС России от 29.12.2012 № АС-4-2/22690, а лишь в случаях, прямо предусмотренных НК РФ. Такой случай установлен абз. 5 п. 8 ст. 262 НК РФ.

Отметим, что в настоящий момент судебная практика в большинстве своем занимает позицию налогового органа и допускает проведение экспертизы в рамках камеральных проверок.

В абз. 2 п. 3 ст. 95 НК РФ определено, что в постановлении о назначении экспертизы указываются основания для назначения экспертизы, фамилия эксперта и наименование организации, в которой должна быть произведена экспертиза, вопросы, поставленные перед экспертом, и материалы, предоставляемые в распоряжение эксперта. Форма постановления о назначении экспертизы утверждена Приказом ФНС России от 31.05.2007 № ММ-3-06/338@ «Об утверждении форм документов, используемых налоговыми органами при реализации своих полномочий в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах». Постановление о назначении экспертизы подлежит включению в состав приложений к акту налоговой проверки.

В литературе и судебной практике поднимался вопрос об обязательности указания фамилии эксперта<sup>6</sup>. Точнее сказать — будет ли являться отсутствие фамилии эксперта в постановлении настолько существенным нарушением закона, что сами результаты экспертизы могут быть признаны несостоятельными?

В арбитражной практике отсутствует единый подход к рассматриваемому вопросу. Одни суды считают данное нарушение существенным (Постановление ФАС Центрального округа от 20.06.2012 № 54-3201/2011; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 13.09.2010 № А13-17705/2009; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 07.04.2008 № Ф04-2346/2008 (3418-А27-41)), другие — формальным, не влекущим признание заключения эксперта недопустимым доказательством (см. например: Постановление ФАС Поволжского округа от 27.02.2010 № А12-8695/2009; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21.04.2009 № А42-4828/2008).

Вместе с тем абз. 2 п. 3 ст. 95 НК РФ необходимо рассматривать в системной связи с подп. 1 п. 7 ст. 95 НК РФ, в котором налогоплательщику при назначении и производстве экспертизы предоставлено право заявлять отвод эксперту. Очевидно, что это сделать невозможно в случае незнания фамилии эксперта. При этом право на отвод эксперта должно быть обеспечено как на стадии назначения экспертизы, так и на стадии ее

<sup>5</sup> Федеральный закон от 09.07.1999 № 154-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в часть первую Налогового кодекса РФ» // Собрание законодательства РФ. 1999. № 28. Ст. 3487.

<sup>6</sup> См.: Зрелов А. Назначение экспертизы в рамках проведения выездной налоговой проверки // Налоговый вестник. 2013. № 4. С. 52–63; Космынина Е.А. Налоговые проверки. М.: Налоговый вестник, 2012.

осуществления. Такой вывод следует из буквального толкования подп. 1 п. 7 ст. 95 НК РФ.

Закон не называет причин-оснований, по которым эксперт может быть отведен. Тем более что, в отличие от специалиста (ст. 96 НК РФ), закон не предъявляет к эксперту требования его незаинтересованности в деле.

Вероятно, таким основанием может являться лишь уровень компетентности эксперта. Согласно п. 2 ст. 95 НК РФ, заключение эксперта не может выходить за пределы его специальных познаний. Но как и кто эти пределы определяет? В целях выяснения степени научной компетенции эксперта и для решения вопроса об отводе эксперта полагаем, что налогоплательщик может попросить налоговый орган предоставить информацию или документы, подтверждающие квалификацию, специальность и опыт эксперта (дипломы, аттестаты, свидетельства, сведения об образовании и т.д.). В НК РФ данный порядок не определен, и такое субъективное права налогоплательщика (подтверждения квалификации эксперта) в законе не записано. Однако это — законный интерес налогоплательщика, который обеспечивает реализацию права, предусмотренного подп. 1 п. 7 ст. 95 НК РФ. Более того, согласно ч. 2 ст. 24 Конституции РФ, органы государственной власти и их должностные лица обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом (иного НК РФ не предусмотрено).

В Определении Конституционного Суда РФ от 18.12.2003 № 429-О отмечается, что для обеспечения возможности судебного обжалования постановления следователя, которым нарушаются права личности, обвиняемому должен быть предоставлен доступ к соответствующей информации, а форма и порядок ознакомления с материалами избираются следователем, прокурором и судом в пределах, исключающих опасность разглашения следственной тайны. Представляется, что сформулированная Конституционным Судом РФ в этом Определении правовая позиция в полной мере распространяется и на налоговые отношения как однопорядковые публично-правовые отношения. Соответственно, налогоплательщику для обеспечения права на отвод эксперта должен быть предоставлен доступ к соответствующей информации. В противном случае, ознакомившись с вынесенным постановлением о назначении экспертизы и его обоснованием, налогоплательщик не в состоянии не только должным образом аргументировать свою позицию относительно этого постановления, но и правильно определить, будет ли отвод эксперта отвечать его интересам.

Как правило, экспертиза проводится в рамках выездной налоговой проверки. Согласно подп. 3 п. 9 ст. 89 НК РФ, проведение экспертизы является одним из оснований для приостановления

проведения выездной налоговой проверки руководителем (заместителем руководителя) налогового органа. Экспертиза также может проводиться в качестве дополнительного мероприятия налогового контроля (п. 6 ст. 101 НК РФ).

Однако в практике нередко встречаются случаи, когда почерковедческая экспертиза проводится за рамками налоговой проверки. В п. 78 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 57 «О некоторых вопросах, возникающих при применении арбитражными судами части первой Налогового кодекса РФ» отмечается, что право налогового органа осуществлять сбор доказательств предоставляется на всех стадиях осуществления налогового контроля вплоть до вынесения вышестоящим налоговым органом решения по жалобе налогоплательщика на решение о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения или решения об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения. Данный вывод Пленум ВАС РФ сделал исходя из положений ст. 88, 89, 100, 101, 139 НК РФ.

С таким подходом трудно согласиться по следующим основаниям.

Понятие допустимости доказательства раскрывается в ст. 68 АПК РФ, согласно которой обстоятельства дела, которые, согласно закону, должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться в арбитражном суде иными доказательствами.

В п. 8 ст. 101 НК РФ установлено, что в решении о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения излагаются обстоятельства совершенного привлекаемым к ответственности лицом налогового правонарушения так, как они установлены проведенной проверкой, со ссылкой на документы и иные сведения, подтверждающие указанные обстоятельства. Кроме того, в этом же пункте установлено, что в решении излагаются доводы, приводимые налогоплательщиком в свою защиту, и результаты проверки этих доводов.

В соответствии п. 5 ст. 200 АПК РФ, обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого ненормативного акта, возлагается на налоговый орган.

Из вышеуказанных норм следует, что закон обязывает налоговый орган доказывать только те обстоятельства, которые были положены в основу принятого ненормативного акта налогового органа, и только теми документами, на которые есть ссылки в этом ненормативном акте и акте налоговой проверки.

Иное означало бы, что налогоплательщик лишился бы права знать, на чем основаны претензии налогового органа, и использовать закрепленные законом возможности для собственной защиты еще на досудебной стадии разбирательства (п. 7, ст. 21; п. 6 ст. 100 НК РФ). Такого рода нарушения в п. 14 ст. 101 НК РФ квалифицируются как существенные и являющиеся основанием для отмены

решения налогового органа вышестоящим налоговым органом или судом.

Данная позиция подтверждается Определением Конституционного Суда РФ от 12.07.2006 № 267-0, в п. 2.3 которого указано, что обнаружение и выявление налогового правонарушения, как следует из ст. 31, 82-101 НК РФ, происходит в рамках налогового контроля и фиксируется при оформлении результатов налоговых проверок — выездных и камеральных.

При выездной налоговой проверке итоговым актом налогового контроля и одновременно правоприменительным актом, которым возбуждается преследование за совершение налогового правонарушения, то есть начинается процесс привлечения к ответственности за совершение налогового правонарушения, выступает акт проверки, который вручается проверяемому лицу и на который проверяемое лицо может представить свои возражения.

При этом право на представление своих возражений у налогоплательщика возникает до принятия решения о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения.

И далее в п. 2.4 этого же Определения Конституционный Суд РФ указал, что в качестве гарантии права каждого на защиту своих прав и свобод всеми не запрещенными законом способами применительно к налоговой ответственности является вытекающее из ст. 24 (ч. 2) Конституции РФ право налогоплательщика знать, в чем его обвиняют, и представлять возражения на обвинения. Иное не соответствовало бы приведенным положениям Конституции РФ.

Очевидно, что при проведении экспертизы за пределами налоговой проверки налогоплательщик не сможет представить свои возражения на заключение эксперта.

В акте выездной налоговой проверки содержится исчерпывающий перечень документов, на которые ссылается налоговый орган в обоснование налогового правонарушения. Этот перечень расширению не подлежит, поскольку иные дополнительные доказательства никак не могли быть положены в его основу в связи с их отсутствием, следовательно, не могли попасть под критический взгляд налогоплательщика.

До принятия Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 57 суды единодушно не признавали экспертизу надлежащим доказательством, если она проведена после окончания выездной проверки и назначенных инспекцией дополнительных мероприятий налогового контроля; как будет дальше — покажет время.

Так, по делу № А66-4438/2011 было установлено, что налоговым органом вынесено постановление о назначении почерковедческой экспертизы на стадии рассмотрения апелляционной жалобы вышестоящим налоговым органом. Арбитражные суды посчитали это нарушением требований ст. 95 НК РФ, поскольку налогоплательщик был лишен возможности реализовать права, предусмотренные

п. 7 ст. 95 НК РФ (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 09.07.2012 № А66-4438/2011). Аналогичный вывод сделан в Постановлениях ФАС Поволжского округа от 28.09.2011 № А06-7370/2010; от 03.04.2009 № А55-5439/2008.

Интересным является вопрос о проведении почерковедческой экспертизы по копиям документов. НК РФ не закрепляет обязательность предоставления оригиналов документов на экспертизу. Решение этого вопроса находится в ведении самого эксперта, который обязан проверять полученные документы на предмет их соответствия разработанным методикам исследования и оценивать, являются ли они достаточными для проведения исследования. Согласно п. 5 ст. 95 НК РФ, эксперт может отказаться от дачи заключения, если предоставленные ему материалы являются недостаточными или если он не обладает необходимыми знаниями для проведения экспертизы. Тем не менее в практике не редко встречаются случаи, когда на исследование передаются не оригиналы, а копии документов, и эксперт именно по копиям проводит экспертизу.

Существуют различные разработанные методики проведения почерковедческих экспертиз, созданные еще в 60-70-е гг. XX в. такими великими криминалистами, как Е.Ф. Буринский (автор термина «судебное почерковедение»), С.М. Потапов, А.И. Винберг, Н.В. Терзиев, А.И. Манцвеева, В.Ф. Орлова, И.А. Славущая<sup>7</sup> и многие другие, которыми эксперт должен руководствоваться при проведении почерковедческой экспертизы.

С некоторыми из них можно ознакомиться на официальном сайте Российского Федерального центра судебной экспертизы при Министерстве юстиции РФ (РФЦЭС)<sup>8</sup>. В специальной литературе отмечается, что использование световых копий для производства почерковедческой экспертизы крайне нежелательно, а в отдельных случаях недопустимо.

Необходимость исследования подлинников документов связана с тем, чтобы исключить возможность выполнения подписи путем перекопирования.

По этой причине большинство судов не признают в качестве надлежащих и бесспорных доказательств заключения экспертов, сделанные по копиям документов (см., например, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда в Постановлении от 09.12.2011 № 09АП-31306/2011 (Постановлением ФАС МО от 11.04.2012 № А40-61617/11-129-262), а также Постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 10.01.2008 № Ф04-85/2008 (469-А67-41); от 16.03.2009 № Ф04-741/2009 (243-А27-14); Постановление ФАС Уральского округа от 12.02.2009 № Ф09-5527/08-С3; Постанов-

<sup>7</sup> См. напр.: Манцвеева А.И., Орлова В.Ф., Славущая И.А. Теоретические основы судебного почерковедения // Труды ЦНИИСЭ. Вып. 1. М.: Изд-во ЦНИИСЭ, 1967; Орлова В.Ф. Теория судебно-почерковедческой идентификации // Труды ВНИИСЭ. Вып. 6. М.: Изд-во ВНИИСЭ, 1973.

<sup>8</sup> URL: <http://www.sudexpert.ru>

ление ФАС Северо-Западного округа от 19.02.2009 № А42-2271/2008).

В Постановлении Президиума ВАС РФ от 06.03.2012 № 14548/11 по делу № А40-33999/10-47-296 сделан вывод о невозможности проведения экспертизы по вопросу подлинности подписи руководителя первоначального кредитора на договоре уступки права требования от 17.06.2008 ввиду отсутствия в материалах дела подлинника документа.

В Определении ВАС РФ от 17.05.2012 № ВАС-5533/12 по делу № А53-27001/2010 сделан вывод, что имеющихся в распоряжении инспекции копий документов недостаточно для проведения почерковедческой экспертизы.

В Постановлении ФАС Московского округа от 29.01.2013 по делу № А40-41467/12-99-223 судьи заключили, что проведение судебно-почерковедческой экспертизы на основании копий документов недопустимо. Аналогичный вывод содержит Постановление ФАС Московского округа от 09.03.2010 № КА-А40/1466-10-2 по делу № А40-53322/07-108-320; Постановление ФАС Московского округа от 07.08.2009 № КГ-А40/7214-09П по делу № А40-53308/07-90-293; Постановление ФАС Поволжского округа от 02.09.2010 по делу № А65-21012/2009; Постановление ФАС Уральского округа от 15.11.2011 № Ф09-7264/11 по делу № А07-3617/11.

Необходимо отметить, что в практике встречаются и противоположные решения, и основывались они на разъяснении Постановления Пленума ВАС РФ от 20.12.2006 № 66 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» (в настоящий момент утратило силу). В п. 10 Постановления было разъяснено, что если объектом исследования является не сам документ, а содержащиеся в нем сведения, в распоряжение эксперта, в силу положений ч. 6 ст. 71 и ч. 8 ст. 75 АПК РФ, могут быть предоставлены надлежаще заверенные копии соответствующих документов.

Правда, такое разъяснение добавляло мало ясности, а напротив, вызывало еще больше вопросов. Так, не понятно: является ли экспертиза подлинности подписи исследованием самого документа или содержащихся в нем сведений? Одни суды считали, что экспертиза подписи — это экспертиза самого документа (например, см.: Постановление ФАС Московского округа от 29.01.2013 по делу № А40-41467/12-99-223), другие — содержащихся в нем сведений (например, см.: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 11.03.2010 по делу № А44-1979/2009).

На смену Постановления Пленума ВАС РФ от 20.12.2006 № 66 пришло одноименное Постановление Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе», в котором Пленум ВАС РФ разъяснил, что в распоряжение эксперта могут быть предоставлены

надлежаще заверенные копии соответствующих документов, но лишь после того как они были приобщены к материалам дела (п. 9). Следовательно, в силу положений ч. 6 ст. 71 и ч. 8 ст. 75 АПК РФ, в материалах дела должен содержаться либо подлинник (оригинал) документа, либо этот оригинал представлялся в суд на обозрение.

Для проведения сравнительного исследования в почерковедческой экспертизе необходимы образцы подлинной подписи лица, идентификация личности исполнителя которой производится. При этом, согласно опубликованным методикам, для проведения полноценной почерковедческой экспертизы необходимо иметь три вида образцов подписи лица: свободные (выполненные до проведения экспертизы и в отрыве от нее), экспериментальные (выполненные специально в целях проведения экспертизы) и условно-свободные (выполненные после возникновения дела, но не специально для экспертизы)<sup>9</sup>.

Нередко налоговые органы не утруждают себя отбором оригинальных подписей, заменяя их подписями, содержащимися в банковских карточках, заявлениях и других документах, выдавая их за сравнительный образец. А это является нарушением процедуры отбора образцов подписей. Ведь одно из основных требований, предъявляемых к сравнительным образцам, — это несомненность их происхождения, то есть бесспорная принадлежность рукописей, подписей лицу, чья подпись подвергается экспертизе.

Конституционный Суд РФ в Определении от 25.02.2010 № 261-О-О вполне конкретно указал на недопустимость получения образцов для сравнительного исследования путем подмены установленного законом порядка производства следственных действий. Несмотря на то, что вывод Конституционного Суда РФ сделан применительно к уголовной сфере, правовое влияние данной позиции выходит далеко за рамки уголовного права, приобретая межотраслевой характер.

В Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 16.03.2010 по делу № А56-27793/2009 отражено, что в заключении эксперта представленные образцы для сравнения — это копии карточки с образцами подписей и оттиска печати ООО «БалтСервис», которые не могли быть положены в основу исследования. Документы, содержащие подлинные подписи указанного лица, инспекция не представляла эксперту и им не исследовались. Результаты назначенной и проведенной не в соответствии со ст. 95 НК РФ почерковедческой экспертизы не могут быть допустимыми доказательствами, в силу ст. 68 и 71 АПК РФ.

Аналогичный вывод сделан и в Постановлении ФАС Центрального округа от 24.03.2011 по делу

<sup>9</sup> Подробнее см.: Россинская Е.Р., Галяшина Е.И. Настольная книга судьи: судебная экспертиза. М.: Проспект, 2011; Криминалистика: учебник / О.В. Волохова, Н.Н. Егоров, М.В. Жижина и др.; под ред. Е.П. Ищенко. М.: Проспект, 2011; Судебная экспертиза в арбитражном процессе / Е.Н. Антонова, А.А. Ануфриев, О.Л. Братчикова и др.; под ред. Д.В. Гончарова, И.В. Решетниковой. М.: Волтерс Клувер, 2007.

№ А09-3103/2010 (Определением ВАС РФ от 20.07.2011 № ВАС-9343/11 отказано в передаче дела № А09-3103/2010 в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора данного постановления).

Правильность почерковедческой экспертизы зависит от правильно собранных сравнительных материалов — образцов почерка предполагаемого исполнителя. Сравнительный материал (образцы почерка) должен быть надлежащего качества и достаточным по количеству для исследования.

Надлежащее качество означает, что образцы должны быть сопоставимы по времени написания и виду документа, языку, содержанию, выполнены по возможности на сходной бумаге или бланке аналогичным пишущим прибором и в тех же условиях. При этом важно помнить о том, что подписи могут иметь различную транскрипцию — буквенную, безбуквенную, смешанную, причем основной ее элемент — росчерк — иногда у одного и того же лица варьирует по транскрипции в зависимости от вида подписываемого им документа<sup>10</sup>.

Достаточное количество подразумевает такой объем образцов, который обеспечил бы возможность полного и всестороннего сопоставления всех элементов, содержащихся в исследуемой подписи<sup>11</sup>.

Поскольку официальных требований относительно необходимого количества образцов не существует, в литературе указывается на целесообразность придерживаться общих рекомендаций. В частности, говорится, что свободных образцов почерка должно быть не менее 5–6, причем различных по характеру (материалы личного дела, заявления, черновые записи, письма и т.д.), свободных образцов подписей — не менее 10 (к ним можно отнести подписи в платежных ведомостях, заявлениях, поручениях на получение пенсии и др.). Экспериментальные образцы почерка отбираются в количестве не менее 12 листов<sup>12</sup>.

В учебнике по криминалистике указано, что минимальный объем свободных образцов для почерковедческой экспертизы равен 2–3 листам писчей бумаги, а количество подлинных подписей должно быть не менее 15–20. Экспериментальные подписи (не менее 20) отбираются в несколько приемов на разных листах бумаги и с разными размерами мест для их постановки<sup>13</sup>.

#### Библиография:

1. Авдеева И.В. Налоговая экспертиза как способ получения сведений о налогоплательщике // Налоговые споры: теория и практика. 2008. № 4. С. 20–23.
2. Борисов А.Н. Защита прав налогоплательщика при проведении налоговых проверок: Практические рекомендации. М.: Юстицинформ, 2009. 416 с.

<sup>10</sup> См.: Криминалистика: учебник для вузов / И.Ф. Герасимов, Л.Я. Драпкин, Е.П. Ищенко и др.; под ред. И.Ф. Герасимова, Л.Я. Драпкина. М.: Высш. шк., 1994. С. 167.

<sup>11</sup> См.: Россинская Е.Р., Галяшина Е.И. Указ. соч.

<sup>12</sup> См.: Там же.

<sup>13</sup> См.: Топорков А.А. Криминалистика: учебник. М.: Контракт: Инфра-М, 2012.

Так, в деле № А32-18174/2012 при оценке экспертных заключений в отношении подписей генерального директора суды исходили из того, что при проведении экспертизы не было обеспечено надлежащее качество и достаточное количество сравнительных материалов-образцов, и указали, что поскольку эксперту Е.А. Шатовой не представлялись экспериментальные и условно-свободные образцы подписей С.С. Баннова, П.Г. Резанова, А.П. Болдуева, А.А. Панченко, то результаты экспертизы не могут быть положены в доказательство соответствующих фактов (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 09.07.2013 по делу № А32-18174/2012).

В Постановлении ФАС Центрального округа от 06.02.2012 по делу № А09-821/2011 установлено и не опровергается налоговым органом, что никаких действий по отбору подписей у руководителя организации-контрагента и В.В. Гончарова ни инспекция, ни эксперт не совершали. Поскольку в распоряжение эксперта не было представлено достаточное количество свободных, условно-свободных и экспериментальных образцов, в этой связи заключение эксперта не может рассматриваться как достоверное доказательство. Аналогичный вывод сделан в Определении ВАС РФ от 16.11.2007 № 14651/07 по делу № А26-8715/2006-29; Постановлении ФАС Центрального округа от 06.03.2012 по делу № А64-5735/2010; Постановлении ФАС Поволжского округа от 18.09.2013 по делу № А57-23519/2012; Постановлении ФАС Поволжского округа от 11.08.2011 по делу № А12-16413/2010; Постановлении ФАС Поволжского округа от 04.03.2010 по делу № А57-7878/2009; Постановлении ФАС Уральского округа от 04.05.2011 № Ф09-2376/11-С3 по делу № А07-14332/2010.

Очевидно, что содержание заключения эксперта и результаты экспертного исследования должны быть полными, научно обоснованными и логически непротиворечивыми, основываться на специальных разработанных методиках.

В заключение отметим, что институт налоговой экспертизы во многом не урегулирован: остается достаточно неразрешенных вопросов, требующих разъяснений, в том числе и высшей судебной инстанцией, а следовательно, нуждается в дальнейшем изучении и исследовании.

3. Евсеев А.А. Необычный подход к вопросу о правомерности проведения экспертизы налоговым органом // Российский налоговый курьер. 2013. № 21. С. 74–78.
4. Зрелов А.П. Правовые пробелы проведения экспертизы по инициативе налоговых органов // Налоговый вестник: комментарии к нормативным документам для бухгалтеров. 2013. № 2. С. 45–59.
5. Зрелов А.П. Проведение экспертизы в рамках налогового контроля // Ваш налоговый адвокат. 2008. № 1 // СПС «Гарант».
6. Криминалистика: учебник / О.В. Волохова, Н.Н. Егоров, М.В. Жижина и др.; под ред. Е.П. Ищенко. М.: Проспект, 2011. 504 с.
7. Криминалистика: учебник для вузов / И.Ф. Герасимов, Л.Я. Драпкин, Е.П. Ищенко и др.; под ред. И.Ф. Герасимова, Л.Я. Драпкина. М.: Высш. шк., 1994. 528 с.
8. Налоги и бизнес в 2012 г. Итоги и перспективы / Т.С. Бартенева, П.А. Гагарин, И.Л. Давидовская и др.; под ред. Д.Е. Фадеева. М.: Налоговый вестник, 2012. 288 с.
9. Никифорова Н.В. Выемка документов: спорные вопросы // Налог на прибыль: учет доходов и расходов. 2013. № 10. С. 46–56
10. Орлова В.Ф. Теория судебно-почерковедческой идентификации // Труды ВНИИСЭ. Вып. 6. М.: Изд-во ВНИИСЭ, 1973. 335 с.
11. Россинская Е.Р., Галышина Е.И. Настольная книга судьи: судебная экспертиза. М.: Проспект, 2011. 464 с.
12. Судебная экспертиза в арбитражном процессе / Е.Н. Антонова, А.А. Ануфриев, О.Л. Братчикова и др.; под ред. Д.В. Гончарова, И.В. Решетниковой. М.: Волтерс Клувер, 2007. 256 с.
13. Труды центрального научно-исследовательского института судебных экспертиз: теоретические основы судебно-почерковедения. Вып. 1 / А.И. Манцетова, В.Ф. Орлова, И.А. Славущая; под ред. А.Р. Шляхова. М.: Изд-во ЦНИИСЭ, 1967. 338 с.

**References (transliteration):**

1. Avdeeva I.V. Nalogovaja jekspertiza kak sposob poluchenija svedenij o nalogoplatel'shshike // Nalogovye spory: teorija i praktika. 2008. № 4. S. 20–23.
2. Borisov A.N. Zashhita prav nalogoplatel'shshika pri provedenii nalogovyh proverok: Prakticheskie rekomendacii. M.: Justicinform, 2009. 416 s.
3. Evseev A.A. Neobychnyj podhod k voprosu o pravomernosti provedenija jekspertizy nalogovym organom // Rossijskij nalogovyj kur'er. 2013. № 21. S. 74–78.
4. Zrelov A.P. Pravovye probely provedenija jekspertizy po iniciative nalogovyh organov // Nalogovyj vestnik: kommentarii k normativnym dokumentam dlja buhgalterov. 2013. № 2. S. 45–59.
5. Zrelov A.P. Provedenie jekspertizy v ramkah nalogovogo kontrolja // Vash nalogovyj advokat. 2008. № 1 // SPS «Garant».
6. Kriminalistika: uchebnik / O.V. Volohova, N.N. Egorov, M.V. Zhizhina i dr.; pod red. E.P. Ishhenko. M.: Prospekt, 2011. 504 s.
7. Kriminalistika: uchebnik dlja vuzov / I.F. Gerasimov, L.Ja. Drapkin, E.P. Ishhenko i dr.; pod red. I.F. Gerasimova, L.Ja. Drapkina. M.: Vyssh. shk., 1994. 528 s.
8. Nalogi i biznes v 2012 g. Itogi i perspektivy / T.S. Barteneva, P.A. Gagarin, I.L. Davidovskaja i dr.; pod red. D.E. Fadeeva. M.: Nalogovyj vestnik, 2012. 288 s.
9. Nikiforova N.V. Vyemka dokumentov: spornye voprosy // Nalog na pribyl': uchet dohodov i rashodov. 2013. № 10. S. 46–56.
10. Orlova V.F. Teorija sudebno-pocherkovedcheskoj identifikacii // Trudy VNIISJe. Vyp. 6. M.: Izd-vo VNIISJe, 1973. 335 s.
11. Rossinskaja E.R., Galjashina E.I. Nastol'naja kniga sud'i: sudebnaja jekspertiza. M.: Prospekt, 2011. 464 s.
12. Sudebnaja jekspertiza v arbitrazhnom processe / E.N. Antonova, A.A. Anufriev, O.L. Bratcikova i dr.; pod red. D.V. Goncharova, I.V. Reshetnikovoj. M.: Volters Kluver, 2007. 256 s.
13. Trudy central'nogo nauchno-issledovatel'skogo instituta sudebnyh jekspertiz: teoreticheskie osnovy sudebnogo pocherkovedenija. Vyp. 1 / A.I. Mancvetova, V.F. Orlova, I.A. Slavuckaja; pod red. A.R. Shljahova. M.: Izd-vo CNIISJe, 1967. 338 s.

*Материал поступил в редакцию 16 декабря 2014 г.*

***On some legal aspects of handwriting expertise in tax relations***

**YADRIHNSKIY, Sergey Aleksandrovich** — PhD in Law, Professor of the Department of Legal Disciplines of the Cherepovets Filial Office of the University of the Russian Academy of Education.

[syadr@yandex.ru]

162610, Russia, Cherepovets, ul. Lomonosova, 38a.

**Review.** *This article concerns some topical legal issues of handwriting expertise for tax purposes, which are related to its legal regulation, procedure of its assigning and holding, sphere of its application. The author of the article having a great experience in tax disputes, analyzes the legal practice of tax bodies, judicial and arbitration practice, establishing the typical violations in holding expertise and defects in the expert opinions.*

**Keywords:** *handwriting expertise, expert, expert opinion, authenticity of signature, tax body, taxpayer, tax control, acceptable evidence, judicial practice.*

## Понятие криминалистического обеспечения расследования преступлений, совершаемых медицинскими работниками при оказании медицинских услуг

**Аннотация.** Преступления, совершаемые медицинскими работниками, относятся к категории преступлений, которые наиболее сложно раскрывать и расследовать. Преступления данной категории обычно вызывают большой общественный резонанс, что требует от правоохранительных органов высокого уровня подготовки для их расследования. Однако снабдить правоохранительные органы современным методическим обеспечением невозможно без разрешения теоретических задач, которые стоят перед криминалистической наукой. Одной из таких проблем является формулирование понятия криминалистического обеспечения расследования преступлений, совершаемых медицинскими работниками. Успешное формирование указанного понятия создаст объективные предпосылки для разработки соответствующих криминалистических методик, алгоритмов расследования определенных преступлений в различных следственных ситуациях, что должно удовлетворить потребности правоохранительных органов в методическом обеспечении расследования преступлений, совершаемых медицинскими работниками. Предлагаемое в настоящей статье определение понятия криминалистического обеспечения расследования преступлений, совершенных медицинскими работниками при оказании медицинских услуг, охватывает преступления, совершаемые медицинскими работниками с использованием их профессиональных знаний в области медицины, вне зависимости от формы совершенного преступления. Кроме того, предлагаемое нами определение отражает сложившееся в криминалистической науке представление о данном понятии и расширяет его за счет включения в его состав понятия общей теории криминалистики.

**Ключевые слова:** преступления медицинских работников, понятийный аппарат науки, криминалистическое обеспечение, расследование преступлений.

Понятийный аппарат любой, в том числе криминалистической, науки составляет ее первооснову, которая представлена в виде системы и отражает объекты познавательной деятельности.

Четкому разделению функций научного познания на конструктивный, познавательный и коммуникативный комплексы способствует ясная интерпретация используемого понятийного аппарата, что является одним из важных условий для исключения в будущем беспочвенных дискуссий, которые могут быть обусловлены различным смысловым наполнением одного и того же понятия.

Перед криминалистической наукой в настоящий момент стоит острая необходимость удовлетворить потребности правоохранительных органов в современных методах расследования преступлений, совершаемых медицинскими работниками при осуществлении своей профессиональной деятельности. Для успешной реализации поставленной задачи криминалистическая наука также должна сформировать теоретические предпосылки и определить понятие криминалистического обеспечения расследования указанных преступлений.

По мнению многих ученых, занимающихся данной проблемой, профессиональные преступления медицинских работников необходимо выделить в отдельную группу преступлений, отграничив от преступлений, совершаемых умышленно в сфере оказания медицинских услуг.

Однако именно в этой связи возникают противоречия в вопросе, какие преступления относятся к категории «профессиональных преступлений» медицинских работников? В настоящее время по данной проблеме в научном сообществе пока не сформировалось единого мнения.

К группе профессиональных преступлений медицинских работников В.П. Новоселов относит преступления, которые совершаются при осуществлении только лишь профессиональных функций в нарушение современных требований медицинской науки и практики, положений медицинской этики и деонтологии, предписаний закона и принятых нормативных актов<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> См.: Новоселов В.П. Ответственность работников здравоохранения за профессиональные правонарушения. Новосибирск: Наука, 1998. С. 34.

К преступлениям данного рода, по мнению В.П. Новоселова, необходимо отнести: умышленное убийство, а равно причинение вреда здоровью пациента различной тяжести; принуждение к изъятию органов и тканей человека в целях их трансплантации; незаконное производство аборт; торговля несовершеннолетними; разглашение тайны усыновления; подмена ребенка; незаконное изготовление, приобретение, хранение, пересылку, сбыт наркотических средств и психотропных веществ; незаконный оборот сильнодействующих и ядовитых веществ в целях их сбыта; нарушение санитарно-эпидемиологических правил; сокрытие информации об обстоятельствах, создающих опасность для жизни либо здоровья людей; стерилизацию мужчин и женщин без наличия медицинских показаний<sup>2</sup>.

По нашему мнению, перечень преступлений, предложенный В.П. Новоселовым, не отражает всей специфики медицинской деятельности, так как невозможно игнорировать преступления, которые совершаются медицинскими работниками по неосторожности. Также отсылка к этическим нормам является излишней, так как любое преступление является безнравственным без привязки к профессиональной деятельности и роду занятий.

Однако существует противоположная точка зрения, представителями которой являются Г.А. Пашинян и И.В. Ившин. Упомянутые исследователи относят к преступлениям медицинских работников причинение смерти по неосторожности; причинение тяжкого вреда по неосторожности; заражение ВИЧ-инфекцией; неоказание помощи больному, то есть только те преступления, которые совершаются медицинскими работниками в процессе осуществления своей профессиональной деятельности по неосторожности.

Очевидно, что профессиональные знания в области медицины, которые используются в качестве способа преступного посягательства, имеют свою специфику и образуют характерную только для данного способа преступления совокупность материальных и идеальных объектов, в которых данный способ преступления нашел свое отражение. Например, при возбуждении уголовного дела по ч. 2 ст. 109 УК РФ для следователя остается открытым вопрос о мотиве преступного поведения медицинского работника: ввел ли он лекарственный препарат вследствие невнимательного изучения истории болезни своего пациента либо он это сделал намеренно. В случае если следователь установит наличие умысла медицинского работника на совершение указанного преступления, потребуется перекалфикация уголовного дела на ст. 105 УК РФ. В данном случае способ соверше-

ния преступления совпадающий: введение лекарственного препарата, который оставил определенную систему следов преступления, одинаковую как для убийства, так и для причинения смерти по неосторожности. Поэтому ограничивать категорию профессиональных преступлений только умышленными, по нашему мнению, является необоснованным.

М.Ю. Федорова предлагает классификацию преступлений, в которой преступления медицинских работников она считает необходимым разделять на профессиональные и должностные преступления. Под профессиональными она предлагает понимать преступления, которые совершаются медицинскими работниками при осуществлении профессиональных функций с нарушением требований законодательства, современных требований медицинской науки и практики, положений медицинской этики и деонтологии<sup>3</sup>. Таким образом, по мнению М.Ю. Федоровой, в понятие «профессиональные преступления» должны входить как преступления, которое совершено умышленно, так и те, которые были совершены по неосторожности. К должностным преступлениям медицинских работников М.Ю. Федорова относит преступления, совершаемые медицинскими работниками, обладающими административно-распорядительными функциями в области медицины.

Предложенная М.Ю. Федоровой классификация не урегулирует расхождений, сложившихся в юридической науке, так как ряд ученых считает, что медицинский работник при осуществлении своих профессиональных обязанностей является также должностным лицом. По их мнению, «профессиональные медицинские преступления относятся, как и в других профессиях, к должностным преступлениям, связанным с халатным выполнением должностным лицом своих обязанностей»<sup>4</sup>.

До принятия УК РФ в 1996 г. уголовно-правовая оценка преступлений, совершенных медицинскими работниками, вызывала затруднения как в теории, так и в практической деятельности. Как показывает анализ литературы<sup>5</sup>, практическими работниками преступления медицинских работников данной категории рассматривались как должностные преступления, в том числе как халатность.

В примечаниях к ст. 285 УК РФ законодатель дает пояснение о том, кого надлежит считать

<sup>3</sup> См.: Федорова М.Ю. Медицинское право: учеб. пособие для вузов. М.: Владос, 2003. С. 291.

<sup>4</sup> Отгарков И.Ф. Врачебные правонарушения и уголовная ответственность за них. Л.: Медицина, 1966. С. 89.

<sup>5</sup> См.: Лейкина Н.С. Субъект должностного преступления в практике Верховного Суда СССР // Вопросы уголовного права и процесса. Ученые записки ЛГУ 1956. № 202. С. 92.

<sup>2</sup> См.: Новоселов В.П. Указ.соч. С. 35.

должностным лицом: лицо, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющее функции представителя власти либо выполняющее организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, государственных корпорациях, а также в Вооруженных Силах РФ, других войсках и воинских формированиях РФ.

Вместе с тем, согласно положениям Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий», субъектами должностных преступлений могут быть только те медицинские работники, которые совершают преступления, связанные с административно-хозяйственной и организационно-распределительной деятельностью. Соответственно, по мнению Верховного Суда РФ, только заведующий отделением, его заместитель, главный врач лечебного учреждения и его заместители могут рассматриваться в качестве должностных лиц, когда их деятельность связана, например, с закупкой медицинской техники и лекарственных препаратов. Однако если главный врач лечебного учреждения по какой-либо причине оказывает медицинскую помощь лицу, например проводит оперативное вмешательство, то в этот момент он выступает не как лицо, обладающее административно-распорядительными полномочиями, а как медицинский работник, выполняющий свои профессиональные функции, то есть в случае наступления неблагоприятных последствий у пациента его деяния не могут быть квалифицированы как халатность, а должны быть квалифицированы, в случае смерти пациента, по ч. 2 ст. 109 УК РФ.

Е.В. Черновых предлагает разделять преступления, совершаемые медицинскими работниками в сфере здравоохранения, на четыре основных блока, где основным критерием их распределения является степень распространенности совершаемых преступлений, а в качестве дополнительного критерия совершаемых деяний выступает личность медицинского работника<sup>6</sup>. Таким образом, Е.В. Черновых разделяет преступления на следующие группы: преступления в сфере лечебной и эстетической медицины; умышленные преступления медицинских работников, использующих свои профессиональные знания навыки и знания в качестве способа их совершения; должностные преступления медицинских работников; иные преступления медицинских работников.

При определении понятия медицинского работника Е.В. Черновых разделяет точку зрения Ю.Д. Сергеева и С.В. Ерофеева<sup>7</sup>, которые полагают, что к возможным субъектам указанных выше категорий преступлений относятся: врач, фармацевт, фельдшер, медицинская сестра, акушерка и другие медицинские работники, в том числе не работающие в медицинском учреждении: врач, работающий в медицинском издательстве или медицинском журнале, врач-пенсионер.

Очевидно, что объяснение классифицирующих признаков, предложенное Е.В. Черновых, является спорным. Исследователем была произведена классификация по признакам использования административно-распорядительных и организационно-хозяйственных полномочий у медицинского работника; а в случае если преступление совершено исключительно с использованием медицинских знаний, то классифицирующим признаком является форма вины медицинского работника<sup>8</sup>.

По нашему мнению, несмотря на сложности, которые связаны со спорностью классификации преступлений, предложенной Е.В. Черновых, мы будем использовать ее в дальнейшем, поскольку данная классификация, с одной стороны, объединяет в себе способ совершения преступления — использование медицинских знаний, а с другой — разграничивает совершаемые преступления по форме вины: неосторожность и умысел. Выделение в отдельную группу преступлений, связанных с исполнением отдельными медицинскими работниками административно-хозяйственных и исполнительно-распорядительных полномочий, позволяет исключить из категории умышленных преступлений те, совершение которых, как правило, не требует медицинских знаний, но связано с медициной как родом деятельности, например получение взятки от поставщика медицинского оборудования. Выделение в отдельную категорию так называемых иных преступлений, по нашему мнению, не оправдано, так как критерий частоты встречаемости преступлений не находит своего отражения в первых трех группах, а значит, нарушается основание деления классифицируемых объектов на классы.

Теперь считаем необходимым остановиться на определении понятия «криминалистическое обеспечение преступлений». В современной юридической литературе, посвященной раскрытию и расследованию преступлений, большое внимание уделяется этому понятию, в том время как в его содержание различными авторами вкладывается различный смысл.

<sup>6</sup> См.: Черновых Е.В. Преступления, совершаемые в сфере здравоохранения и их предупреждение: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009. С. 59-60.

<sup>7</sup> См.: Сергеев Ю.Д., Ерофеев С.В. Неблагоприятный исход оказания медицинской помощи. М.: НАМП, 2001. С. 29.

<sup>8</sup> См.: Черновых Е.В. Указ. соч. С. 61.

В подавляющем большинстве случаев под «криминалистическим обеспечением расследования преступлений» понимается создание условий для успешного применения криминалистических возможностей с целью успешного решения задач конкретной сферы правоохранительной деятельности<sup>9</sup>.

Р.С. Белкин определил криминалистическое обеспечение органов внутренних дел как систему криминалистических знаний и основанных на них навыков и умений их сотрудников использовать научные криминалистические рекомендации, применять криминалистические средства, методы и технологии их использования в целях предотвращения, выявления, раскрытия и расследования преступлений<sup>10</sup>.

В.Г. Коломацкий считает, что криминалистическое обеспечение деятельности органов внутренних дел — это система внедрения в практическую деятельность должностных лиц, подразделений, служб и органов внутренних дел по охране общественного порядка и борьбе с преступностью криминалистических знаний, воплощенных в умении работников использовать научные, методические, технико-криминалистические средства и технологии их применения в целях предотвращения, раскрытия и расследования преступлений<sup>11</sup>. По его мнению, система криминалистического обеспечения состоит из следующих подсистем: криминалистического знания, криминалистического образования (криминалистической подготовки), криминалистической техники.

Позиция Р.С. Белкина и В.Г. Коломацкого утвердилась в юридической литературе — многие авторы, среди которых В.А. Жбанов<sup>12</sup>, М.Ш. Махтаев<sup>13</sup>, в целом разделяя их позицию, вносили в определение криминалистического обеспечения

расследования преступлений уточнения и изменения.

П.Ю. Иванов указывает, что субъекты доказывания, помимо криминалистической техники, также используют тактические рекомендации по проведению отдельных следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий, а также методические основы расследования отдельных видов преступлений, которые не входят в состав технико-криминалистического обеспечения расследования<sup>14</sup>. К примеру, по мнению П.Ю. Иванова, термин «криминалистическое обеспечение расследования преступлений» охватывает как технико-криминалистические средства, то есть техническую сторону криминалистической науки, так и методические и методологические учения, которые могут позволить на более высоком уровне произвести обобщение закономерностей меняющейся преступной деятельности.

При определении понятия криминалистического обеспечения расследования преступлений ученые использовали понятие технико-криминалистического обеспечения, например В.Ю. Сокол<sup>15</sup>, технико-криминалистическое обеспечение расследования преступлений, например А.Я. Эрикаев<sup>16</sup>, методические аспекты криминалистического обеспечения.

Соглашаясь с позицией приведенных выше авторов, полагаем, что в понятие криминалистического обеспечения, помимо таких разделов криминалистического знания, как криминалистическая тактика, криминалистическая техника, криминалистическая методика, должно войти понятие общей теории криминалистики.

Криминалистическое обеспечение не может быть по своей природе исключительно разработкой криминалистических знаний, поскольку является еще и предоставлением данных знаний правоохранительным органам, хотя данный вопрос в криминалистической науке является спорным.

Так, З.И. Кирсанов считал, что криминалистическое обеспечение расследования преступлений состоит также в разработке и предоставлении судебно-следственным, оперативно-розыскным и другим правоохранительным органам криминалистических средств и методик получения, оценки и использования информации, необходимой для выяснения, предотвращения и раскрытия преступлений<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> См.: Ефремов И.А. Некоторые вопросы криминалистического обеспечения доказывания по уголовным делам об организованной преступной деятельности // Информационный бюллетень по материалам криминалистических чтений «Криминалистическое обеспечение борьбы с преступностью». М.: Норма: Инфра-М, 2001. № 13. С. 45.

<sup>10</sup> См.: Белкин Р.С. Понятие и содержание криминалистического обеспечения деятельности криминальной милиции // Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования / под ред. Т.В. Аверьяновой, Р.С. Белкина. М.: Новый юрист, 1997. С. 64.

<sup>11</sup> Коломацкий В.Г. Криминалистическое обеспечение деятельности органов внутренних дел по расследованию преступлений // Криминалистика: в 3 т. Т. 1: История, общая и частные теории. М.: Изд-во Акад. МВД России, 1995. С. 62.

<sup>12</sup> См.: Жбанов В.А. К вопросу о криминалистическом обеспечении органов дознания и таможенных расследований ГТК РФ // Информационный бюллетень по материалам криминалистических чтений «Криминалистическое обеспечение борьбы с преступностью». М.: Норма: Инфра-М, 2001. № 13. С. 9.

<sup>13</sup> См.: Махтаев М.Ш. Проблемы криминалистического обеспечения предупреждения преступлений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 200.

<sup>14</sup> См.: Иванов П.Ю. Порча земли: криминалистическое обеспечение расследования: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2004. С. 61-62.

<sup>15</sup> См.: Сокол В.Ю. Техничко-криминалистическое обеспечение раскрытия и расследования преступлений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 57.

<sup>16</sup> См.: Эрикаев А.Я. Криминалистическое обеспечение раскрытия и расследования вооруженных разбоев: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 12.

<sup>17</sup> См.: Кирсанов З.И. Система общей теории криминалистики: научно-методическое пособие. М.: Изд-во Акад. МВД России, 1992. С. 10.

Особое внимание стоит уделить позиции А.В. Шмониной. Так, по его мнению, «криминалистическое обеспечение расследования преступлений — это система представления криминалистических знаний правоохранительным органами основанных на этих знаниях навыков и умений их должностных лиц, создающая условия для эффективного установления истины по уголовным делам». В своей статье «Понятие и структура криминалистического обеспечения расследования преступлений» он отмечает, что в качестве объектов подобного вида обеспечения будут выступать общественные отношения по предоставлению криминалистических знаний лицам, которые принимают участие в производстве предварительного расследования по уголовному делу: органу дознания, дознавателю, следователям, специалистам, экспертам. Оказываемое воздействие на данных лиц создает у последних предпосылки для формирования профессионализма и выработки на их основе умений и навыков. К таким субъектам, по мнению А.В. Шмониной, относятся лица, которые передают криминалистические знания, в частности профессорско-преподавательский состав кафедр криминалистики, сотрудники криминалистических лабораторий и других структур, проводящих научно-педагогическую работу в области криминалистики. В качестве средств выступают криминалистические знания, состоящие из теорий, учений, методик, рекомендаций в области криминалистики. Доступность получения криминалистических знаний будет определяться формой их представления, в качестве которой могут выступать методические указания, практические пособия, монографии, диссертации<sup>18</sup>.

Таким образом, согласно положениям криминалистической науки, в понятие криминалистического обеспечения расследования преступлений включаются следующие признаки: систематизированность, использование достижений всех разделов криминалистической науки, научная обоснованность, практическая направленность на предотвращение совершения преступлений, раскрытие и расследование преступлений определенной категории, ориентированность на использование знаний специально уполномоченными субъектами уголовного процесса.

На основании перечисленных признаков можно обратиться к определению криминали-

стического обеспечения расследования преступлений, совершенных медицинскими работниками при оказании медицинских услуг. Указанное понятие можно определить как систему формирования криминалистических знаний, которые необходимы для эффективного расследования преступлений, совершенных медицинскими работниками при осуществлении ими своей профессиональной деятельности, предоставление таких знаний должностным лицам, которые принимают участие в расследовании данных действий, научно обоснованного внедрения указанных знаний в практическую деятельность.

Предлагаемое определение понятия криминалистического обеспечения расследования преступлений, совершенных медицинскими работниками при оказании медицинских услуг, охватывает преступления, совершаемые медицинскими работниками с использованием их профессиональных знаний в области медицины, вне зависимости от формы совершенного преступления, что, с одной стороны, четко выделяет данную группу профессиональных преступлений, а с другой — исключает должностные преступления, которые могут быть совершены лицами, обладающими медицинскими знаниями, при исполнении ими административно-распорядительных полномочий. Наша позиция основывается не только на Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий», но и также на том, что при совершении таких должностных преступлений, как халатность, получение взятки, превышение должностных полномочий, специальные профессиональные знания в области медицины не играют существенной роли при совершении преступления, поскольку взятки могут получать не только должностные лица от здравоохранения, а превышение должностных полномочий возможно не только медицинскими работниками, а например, сотрудниками полиции или аппарата судов.

Также предлагаемое нами понятие криминалистического обеспечения отражает сложившееся в криминалистической науке представление о данном понятии и расширяет его за счет включения в состав данного определения понятия общей теории криминалистики.

#### Библиография:

1. Белкин Р.С. Понятие и содержание криминалистического обеспечения деятельности криминальной милиции // Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования / под ред. Т.В. Аверьяновой, Р.С. Белкина. М.: Новый юрист, 1997. 400 с.

<sup>18</sup> См.: Шмонин А.В. Понятие и структура криминалистического обеспечения расследования преступлений // Труды академии управления МВД России. 2010. № 1. С. 93.

2. Ефремов И.А. Некоторые вопросы криминалистического обеспечения доказывания по уголовным делам об организованной преступной деятельности // Информационный бюллетень по материалам криминалистических чтений «Криминалистическое обеспечение борьбы с преступностью». М.: Норма: Инфра-М, 2001. № 13. С. 44–53.
3. Жбанов В.А. К вопросу о криминалистическом обеспечении органов дознания и таможенных расследований ГТК Российской Федерации // Информационный бюллетень по материалам криминалистических чтений «Криминалистическое обеспечение борьбы с преступностью». М.: Норма: Инфра-М, 2001. № 13. С. 8–11.
4. Иванов П.Ю. Порча земли: криминалистическое обеспечение расследования: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2004. 173 с.
5. Кирсанов З.И. Система общей теории криминалистики: науч.-метод. пособие. М.: Изд-во Акад. МВД России, 1992. 172 с.
6. Коломацкий В.Г. Криминалистическое обеспечение деятельности органов внутренних дел по расследованию преступлений // Криминалистика: в 3 т. Т. 1: История, общая и частные теории. М.: Изд-во Акад. МВД России, 1995. С. 61–77.
7. Лейкина Н.С. Субъект должностного преступления в практике Верховного Суда СССР // Вопросы уголовного права и процесса. Ученые записки ЛГУ 1956. № 202. С. 89–104.
8. Махтаев М.Ш. Проблемы криминалистического обеспечения предупреждения преступлений: дис. ... д-ра. юрид. наук. М., 2001. 472 с.
9. Мирошниченко Н.В. Причинение медицинскими работниками смерти и вреда здоровью пациентов: уголовно-правовые аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Пятигорск, 2007. 195 с.
10. Новоселов В.П. Ответственность работников здравоохранения за профессиональные правонарушения. Новосибирск: Наука, 1998. 312 с.
11. Сергеев Ю.Д., Ерофеев С.В. Неблагоприятный исход оказания медицинской помощи. М.: НАМП, 2001. 285 с.
12. Сокол В.Ю. Техничко-криминалистическое обеспечение раскрытия и расследования преступлений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. 188 с.
13. Федорова М.Ю. Медицинское право: учеб. пособие для вузов. М.: Владос, 2003. 320 с.
14. Черновых Е.В. Преступления, совершаемые в сфере здравоохранения и их предупреждение: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009. 253 с.
15. Шмонин А.В. Понятие и структура криминалистического обеспечения расследования преступлений // Труды академии управления МВД России. 2010. № 1. С. 3–8.
16. Эрикаев А.Я. Криминалистическое обеспечение раскрытия и расследования вооруженных разбоев: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. 211 с.

#### References (transliteration):

1. Belkin R.S. Ponjatie i sodержanie kriminalisticheskogo obespechenija dejatel'nosti kriminal'noj milicij // Kriminalisticheskoe obespechenie dejatel'nosti kriminal'noj milicij i organov predvaritel'nogo rassledovanija / pod red. T.V. Aver'janovoj, R.S. Belkina. M.: Novyj jurist, 1997. 400 s.
2. Efremov I.A. Nekotorye voprosy kriminalisticheskogo obespechenija dokazyvanija po ugovolnym delam ob organizovannoj prestupnoj dejatel'nosti // Informacionnyj bjulleten' po materialam kriminalisticheskix chtenij «Kriminalisticheskoe obespechenie bor'by s prestupnost'ju». M.: Norma: Infra-M, 2001. № 13. S. 44–53.
3. Zhdanov V.A. K voprosu o kriminalisticheskom obespechenii organov doznaniya i tamozhennyh rassledovanij GTK Rossijskoj Federacii // Informacionnyj bjulleten' po materialam kriminalisticheskix chtenij «Kriminalisticheskoe obespechenie bor'by s prestupnost'ju». M.: Norma: Infra-M, 2001. № 13. S. 8–11.
4. Ivanov P.Ju. Porcha zemli: kriminalisticheskoe obespechenie rassledovanija: dis. ... kand. jurid. nauk. N. Novgorod, 2004. 173 s.
5. Kirsanov Z.I. Sistema obshhej teorii kriminalistiki: nauch.-metod. posobie. M.: Izd-vo Akad. MVD Rossii, 1992. 172 s.
6. Kolomackij V.G. Kriminalisticheskoe obespechenie dejatel'nosti organov vnutrennih del po rassledovaniju prestuplenij // Kriminalistika: v 3 t. T. 1: Istorija, obshhaja i chastnye teorii. M.: Izd-vo Akad. MVD Rossii, 1995. S. 61–77.
7. Lejkina N.S. Sub'ekt dolzhnostnogo prestuplenija v praktike Verhovnogo Suda SSSR // Voprosy ugovolnogo prava i processa. Uchenye zapiski LGU 1956. № 202. S. 89–104.
8. Mahtaev M.Sh. Problemy kriminalisticheskogo obespechenija preduprezhdenija prestuplenij: dis. ... d-ra. jurid. nauk. M., 2001. 472 s.
9. Miroshnichenko N.V. Prichinenie medicinskimi rabotnikami smerti i vreda zdorov'ju pacientov: ugovolno-pravovye aspekty: dis. ... kand. jurid. nauk. Pjatigorsk, 2007. 195 s.
10. Novoselov V.P. Otvetstvennost' rabotnikov zdruvoohranenija za professional'nye pravonarushenija. Novosibirsk: Nauka, 1998. 312 s.
11. Sergeev Ju.D., Erofeev S.V. Neblagoprijatnyj ishod okazaniya medicinskoj pomoshhi. M.: NAMP, 2001. 285 s.
12. Sokol V.Ju. Tehniko-kriminalisticheskoe obespechenie raskrytija i rassledovanija prestuplenij: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 1998. 188 s.
13. Fedorova M.Ju. Medicinskoe pravo: ucheb. posobie dlja vuzov. M.: Vlados, 2003. 320 s.
14. Chernovyh E.V. Prestuplenija, sovershaemye v sfere zdruvoohranenija i ih preduprezhdenie: dis. ... kand. jurid. nauk. Saratov, 2009. 253 s.
15. Shmonin A.V. Ponjatie i struktura kriminalisticheskogo obespechenija rassledovanija prestuplenij // Trudy akademii upravlenija MVD Rossii. 2010. № 1. S. 3–8.
16. Jerikaev A.Ja. Kriminalisticheskoe obespechenie raskrytija i rassledovanija vooruzhennyh razboev: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2003. 211 s.

*Материал поступил в редакцию 24 марта 2015 г.*

**Definition of forensic guarantees of investigation  
of crimes committed by medical staff when providing medical services**

**ВЕНЕВ, Dmitriy Aleksandrovich** — postgraduate student of the Department of Forensic Studies of the Kutafin Moscow State Law University.

[venev\_woland@mail.ru]

123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The crimes committed by medical staff are hard to reveal and investigate. These crimes usually cause great public resonance, and it requires the law-enforcement bodies to be prepared to investigate them thoroughly with high level of competence. However, it is not possible to provide law-enforcement bodies with the modern methodological guarantees, unless the theoretical issues of forensic science are resolved first. One of such problems involves formulation of the definition of forensic guarantees of investigation of crimes committed by medical staff when providing medical services. Successful formulation of this definition shall form the prerequisites for the development of relevant forensic methods, algorithms of investigation for certain crimes in various investigation situations, which should satisfy the needs of law-enforcement bodies in the methodological guarantees for the investigation of crimes committed by medical staff. The offered definition of forensic guarantees of investigation of crimes committed by medical staff when providing medical services covers various crimes committed by medical workers with the use of their professional knowledge in the sphere of medicine in various types of crimes. Additionally, the definition offered by the author reflects its understanding in modern forensic studies, widening its scope by including the definitions of general forensic theory.*

**Keywords:** *crimes of medical staff, scientific definition apparatus, forensic guarantees, investigation of crimes.*

# МЕЖДУНАРОДНОЕ ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

К.К. Кожевников\*

## Демократия как международно-правовая ценность

**Аннотация.** Современный мировой порядок подвергается серьезным испытаниям. Как следствие, происходит переосмысление ряда ключевых сущностных связей, которые еще некоторое время назад объясняли происходящие международные процессы. Соотношение и взаимодействие демократии в ее новом субстантивном понимании с международным правом обретают новые смыслы. С юридической точки зрения, понятийный аппарат демократии, необходимый для адекватного понимания, отсутствует. В наши дни споры разворачиваются не вокруг демократии, а внутри нее — по поводу несовершенств демократических устройств, моделей и форм демократического развития. Существующее международно-правовое регулирование в различных частях света (ООН, ОАГ и др.) подчеркивает, что демократия становится «принципом принципов международного права». Традиционное рассмотрение демократии как периодического «подхода к урнам» заменяется глобальным процессом демократизации международного права во всех его областях. Рассмотрены вопросы становления и развития концепции универсализации международно-правовых стандартов прав человека как главнейшего стандарта демократии.

**Ключевые слова:** международное право, демократия, демократизация, права человека, международные отношения, ООН, ОАГ.

Великий русский поэт и дипломат Ф.И. Тютчев в 1836 г. написал: «Блажен, кто посетил сей мир в его минуты роковые». Сегодня человечеству, которое стоит на пороге ключевых изменений современного миропорядка, вновь приходится обращаться к этой провозглашенной истине. Интересно, что современная перемена существующего мирового уклада сопровождается не только традиционным перераспределением ресурсов влияния от одних государств к другим, как это происходило в результате военных конфликтов, но и неизбежно ведет к новым подходам к пониманию, казалось бы, устоявшимся понятиям, которые трансформируются вслед за современным международным правом. В различные периоды жизни международного права наблюдались несколько подобных коренных преобразований: Вестфальский мир 1648 г., завершивший Тридцатилетнюю войну в Европе, впервые установил право на государственную территорию и верховенство для всех участников, равенство, независимость и суверенитет, то есть такие принципы, которые стали основой права внешних отношений государств друг с другом. Юбилейная Ялтинская конференция 1945 г., где Советский Союз, Соединенные Штаты Америки и Великобритания выра-

зили твердую решимость сотрудничать со всеми странами для искоренения фашизма, тирании, рабства, угнетения и нетерпимости и решили учредить совместно «всеобщую международную организацию для поддержания мира и безопасности... и обеспечить такое положение, при котором все люди во всех странах могли бы жить, не зная ни страха, ни нужды»<sup>1</sup>, создав для осуществления этих целей ООН — институциональную основу современного международного права. Наконец, последние события, свидетелем которых является мировое сообщество, заставляют обращать внимание на тот факт, что нормы международного права, которые были установлены как непреложные обязательства «всех перед всеми», сегодня приобретают качественно новое содержание, а иногда даже утрачивают былое величие. Сегодня все громче звучат голоса сторонников теории, выражаясь словами Председателя Мюнхенской конференции по безопасности В. Ишингера, «коллапса мирового развития»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Тегеран, Ялта, Потсдам: сб. док. 3-е изд. М.: Междунар. отношения, 1971. С. 185.

<sup>2</sup> Ishinger W. The Crisis of Euro-Atlantic Security. URL: [https://www.securityconference.de/fileadmin/MSC\\_/2014/Ahtisaari\\_Symposium-final\\_05052014.pdf](https://www.securityconference.de/fileadmin/MSC_/2014/Ahtisaari_Symposium-final_05052014.pdf) (дата посещения: 12.02.2015).

© Кожевников К.К., 2015

\* Кожевников Кирилл Константинович — аспирант Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

[kirkozhevnikov@gmail.com]

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

Более того, на той же завершившейся 09.02.2015 г. 51-й Мюнхенской конференции по безопасности министр иностранных дел РФ С.В. Лавров подтвердил, что «конструкция стабильности, опирающаяся на Устав ООН и хельсинкские принципы давно подорвана действиями США и их союзников в Югославии, в Ираке, Ливии, расширением НАТО на Восток, созданием новых разделительных линий»<sup>3</sup>. Если современный международный правопорядок не остается прежним, как быть с существующими международно-правовыми понятиями, которые традиционно объясняли проходящие международные процессы? Представляется, что объективный временной процесс, а также все большее развитие интеграционных межгосударственных отношений придали новое звучание концепции государственного суверенитета, отличной от «вестфальской» концепции. Также и права человека, будучи в начале прошлого столетия самой «огосударственной» областью внутреннего регулирования, перестали быть таковыми и вышли на международную арену в качестве общепризнанных установок. Сущность демократических процедур также подверглась модификациям с течением времени: идея демократии в понимании, возникшем на площадях городов Древней Греции, в современном мире остается идеальным вариантом организации власти для относительно небольшой группы граждан и на относительно небольшой территории в рамках относительно небольшого города. Здесь возникает главное противоречие «классической» демократии и современной: разговоры о недемократичности основаны прежде всего на сравнении с историческим вариантом, что делает любое сопоставление методологически неверным, так как объектом и предметом сравнения выступают совершенно разные отношения и условия<sup>4</sup>. Подобную позицию на итоговой пленарной сессии XI заседания Международного дискуссионного клуба «Валдай» «Мировой порядок: новые правила игры или игра без правил?» выразил Президент РФ В.В. Путин, где заявил, что демократия должна поспевать за развитием общества, должна соответствовать его потребностям<sup>5</sup>.

Из множества понятий, сущностное содержание которых видоизменяется и требует нового взгляда, на первое место выходит именно понятие демократии и его современная трактовка международным правом. Однако нельзя сказать, что концепция демократии в международном праве — это изобретение наших дней. Вопросы государствен-

ных демократических транзитов — перехода к демократии, развития демократии через право — всегда занимали серьезное место в трудах зарубежных исследователей. Вместе с тем именно сегодня, когда термин «демократия» в контексте международных отношений и международного права обрел устойчивую негативную коннотацию, сопряженную с насильственной сменой государственных режимов, там, где того требуют национальные интересы «последнего суверена на планете»<sup>6</sup>, представляется особенно важным рассмотреть процесс демократизации международных отношений и роль международного права в их регламентации.

Стоит повторить известное утверждение: мировое сообщество не выработало единого правового определения демократии. При этом широта подходов к ее определению все же не перестает удивлять. Подтверждением данного факта является современная Антология концепций и определений демократии<sup>7</sup>, которая насчитывает сорок шесть определений того, что принято называть «демократией». Поэтому «слово “демократия” в наше время не столько выражает очерченный и специфический смысл, сколько является знаком расплывчатого одобрения популярных взглядов»<sup>8</sup>.

Поэтому в наши дни государства и международные организации спорят «внутри демократии» — по поводу несовершенств демократических устройств, моделей и форм демократического развития<sup>9</sup>.

Что же действительно представляет собой современная демократия, признаваемая международным правом? В первую очередь следует отказаться от понимания демократии исключительно как «подхода к урнам». Поэтому предлагается рассматривать демократию в международном праве через сам процесс демократизации, что существенно меняет представление о том, что в современном международном правопорядке может быть навязан единый демократический стандарт.

Под демократизацией международного права понимается объективный процесс восприятия общепризнанных демократических ценностей и принципов как международным сообществом в целом, так и отдельными государствами, результатом которого является формирование международно-правовой базы демократических стандартов, а также повышение качества глобального демократического диалога и сотрудничества. Демократизация международного права и международных отношений не ведет и не может вести к «одномерному воспроиз-

<sup>3</sup> Выступление и ответы на вопросы Министра иностранных дел России С.В. Лаврова в ходе дискуссии на 51-й Мюнхенской конференции по вопросам политики безопасности, Мюнхен, 07.02.2015. URL: [http://mid.ru/brp\\_4.nsf/0/5E26BDE162FEC0E643257DE5004B5FE0](http://mid.ru/brp_4.nsf/0/5E26BDE162FEC0E643257DE5004B5FE0) (дата посещения: 12.02.2015).

<sup>4</sup> См.: Канфора Л. Демократия. История одной идеологии. СПб.: Александрия, 2012. С. 36.

<sup>5</sup> См.: Стенограмма заседания Международного дискуссионного клуба «Валдай». URL: <http://news.kremlin.ru/transcripts/46860> (дата посещения: 16.01.2015).

<sup>6</sup> См.: Бзежинский З. Последний суверен на распутье. URL: [http://www.ng.ru/ideas/2006-02-17/1\\_suveren.html](http://www.ng.ru/ideas/2006-02-17/1_suveren.html) (дата посещения: 25.01.2015).

<sup>7</sup> См.: Концепции и определения демократии: антология / ред.-сост. А.В. Фененко. М.: Ком Книга, 2006.

<sup>8</sup> Даль Р. Демократия и ее критики / пер. с англ. под ред. М.В. Ильина. М.: РОССПЭН, 2003. С. 9.

<sup>9</sup> Торкунов А.В. Дефицит демократии и международное сотрудничество // Международные процессы. 2009. Т. 7. № 3 (21). С. 17.

водству “западного” либерально-демократического образца, скорее она приводит к возникновению и развитию различных новых политико-социальных аспектов, имея шансы стать одной из важнейших форм международного сотрудничества»<sup>10</sup>. Таким образом, демократия все в большей степени выступает принципом, пронизывающим международные отношения государств, то есть своего рода «принципом принципов» международного права, так как общепризнанные принципы международного права, закрепленные в Уставе ООН, Декларации о принципах международного права, касающихся дружеских отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН 1970 г., Заключительном акте 1975 г., являются элементами демократического международного права *per se*.

Как видно, международное право часто обращается к демократии как к образчику лучших практик процесса по улучшению государственного управления. Так, ст. 4 Устава ООН и Консультативное заключение Международного Суда ООН от 28.05.1948 «О приеме новых членов» подтверждает, что демократия как форма государственного правления не является предварительным условием для членства государств в ООН<sup>11</sup>, в то время как, например, такое условие является обязательным для Совета Европы, Организации американских государств (далее — ОАГ) и других международных организаций.

Демократическим идеалом можно назвать положение, содержащееся в преамбуле Устава ООН по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО), принятом 16.11.1945 г. в Лондоне, гласящее, что «только что закончившаяся ужасная мировая война стала возможной вследствие отказа от демократических принципов уважения достоинства человеческой личности, равноправия и взаимного уважения людей, а также вследствие насаждаемой на основе невежества и предрассудков доктрины неравенства людей и рас»<sup>12</sup>.

На 154-й сессии Межпарламентского Союза (далее — МПС), прошедшей 26.03.1994 г. в Париже, была единогласно принята Декларация о критериях для свободных и справедливых выборов<sup>13</sup>, закрепившая избирательные принципы и стандарты, которые необходимы для «строительства демократических систем государственного управления по всему миру» в рамках избирательного процесса. В соответствии с разд. 4 Декларации «Права и обязанности сторон»,

государствам следует: создать эффективные, независимые, недискриминационные процедуры регистрации избирателей; создать понятные критерии для регистрации избирателей и обеспечивать их применение без каких-либо изъятий; обеспечивать свободное создание и функционирование политических партий, по возможности регулировать финансовое обеспечение избирательных кампаний, не допускать слияния партии и государства, создавать равные условия для конкуренции на выборах в законодательные органы власти.

Активизация работы МПС по распространению демократических идеалов получила свое выражение в разработке и принятии Всеобщей Декларации по демократии от 16.09.1997 г.<sup>14</sup> Декларация, носящая столь громкое название, состоит из трех глав: принципы демократии; элементы и функционирование демократического правительства; международное измерение демократии. В преамбуле Декларации государства подтвердили, что «демократия — это универсально признаваемый идеал, основанный на общих для народов ценностях, вне зависимости от их местонахождения, их культурных, политических, социальных или экономических различий». Отдельного упоминания достойна гл. III «Международное измерение демократии». Так, в ст. 24 закреплено, что «демократия должна рассматриваться как международный принцип, применимый к международным организациям и государствам в их международных отношениях». В этой же статье Декларация вводит принцип международной демократии, которая не должна ограничиваться «равным или справедливым участием, но и включать экономические права и обязанности государств». Принцип демократии должен быть применен к международному управлению вопросами глобального и общечеловеческого значения. Для того чтобы сохранить демократию, парламентарии в ст. 26 договорились, что их деятельность будет соответствовать международному праву, что они будут избегать применения силы или угрозы ее применения, воздерживаться от любых действий, который могут поставить в опасность или нарушить суверенитет, политическую и территориальную целостность других государств, а также «делать шаги для разрешения противоречий мирными средствами».

Страны Западного полушария стали проводником идей универсальной демократии и международного сотрудничества на своих континентах. Так, в Американской Декларации прав человека, принятой 02.05.1948 г. (на несколько месяцев раньше Всеобщей Декларации от 10.12.1948 г.), в ст. 20 закреплено положение, которое полностью вошло во Всеобщую Декларацию прав человека 1948 г. (ст. 21), о праве каждого на «участие в

<sup>10</sup> Фисун А.А. Демократия, неопатримониализм и глобальные трансформации. Харьков: Константа, 2006. С. 86.

<sup>11</sup> См.: Дадзуани А.Г. Демократия и Организация Объединенных Наций. М.: Современная экономика и право, 2007. С. 11.

<sup>12</sup> Устав Организации ООН по вопросам образования, науки и культуры. Издание, включающее тексты документов и изменения, принятые Генеральной конференцией на 36-сессии. Париж, 2012.

<sup>13</sup> См.: Declaration on criteria for free and fair elections. Unanimously adopted by the Inter-Parliamentary Council at its 154th session. Paris, 26 March 1994. URL: <http://www.ipu.org/Cnl-e/154-free.htm> (дата посещения: 11.01.2015)

<sup>14</sup> Universal Declaration on democracy. Adopted by Inter-Parliamentary Council at its 161st session. Cairo 16 September 1997. URL: <http://www.ipu.org/cnl-e/161-dem.htm>. (дата посещения: 11.01.2015).

управлении своей страной, непосредственно или через посредство свободно избранных представителей» и «право на участие в периодических, нефальсифицированных выборах, которые должны проводиться при всеобщем и равном избирательном праве путем тайного голосования».

Первым в череде этих международно-правовых документов стоит Асунсьонская Декларация, принятая Резолюцией AG/RES 1064 (XX-O/90) на XX регулярной сессии ОАГ в Парагвае 09.06.1990 г.<sup>15</sup> Страны — члены ОАГ договорились о «совместной работе по консолидации демократических завоеваний путем борьбы с бедностью, сокращения социального неравенства». Стороны Декларации отрицают силу как средство достижения цели, называя его «несовместимым и с Уставом (ОАГ) и с принципом мирного урегулирования споров». Более того, в Асунсьоне страны придали ОАГ потенциал площадки, в рамках которой могут быть оказаны посреднические и «добрые услуги» по достижению договоренностей среди стран, «в которых мир отсутствует или подвергается угрозам».

Кроме того, на XX сессии ОАГ была принята Резолюция AG/RES 1048 (XX-0/90) от 08.06.1990 «Поддержка демократического процесса в Республике Гаити», которая поддержала реформы, инициированные в этой Республике Президентом Ж.-Б. Аристидом. Известно, что в декабре того же года в Гаити были проведены выборы, которые, по мнению международных наблюдателей, вошли в историю этого государства как самые честные и свободные. Однако спустя 9 месяцев, Президент был свергнут в ходе государственного военного переворота. В июле 1994 г., ОАГ убедила Совет Безопасности ООН дать санкцию на «все необходимые меры», для того чтобы заставить гаитянских военных отступить и вернуть Аристида к президентству. Это решение стало историческим: впервые ООН обратилась к международным действиям для восстановления демократически избранного лидера. В Резолюции Совета Безопасности ООН S/1994/904, принятой на 3413-м заседании от 31.07.1994 г., Совет Безопасности постановил, что «целью международного сообщества остается восстановление демократии в Гаити». Тот факт, что впервые международно-правовое реагирование в области демократии было осуществлено именно в стране Западного полушария не кажется случайным: активность, с которой ОАГ занимается распространением и, что важно, защитой демократических установлений, позволяет выводить решение проблем на мировой уровень, где ООН оказывает ОАГ материальную и репутационную поддержку.

Ежегодное обсуждение вопросов, посвященных распространению, защите и консолидированию де-

мократии органами ОАГ, привели к беспрецедентному результату в этой области для международного права. 14.12.1992 г. были приняты изменения в учредительный акт этой старейшей региональной международной организации мира. Изменения, получившие название «Вашингтонский протокол», ввели в Устав полностью измененную ст. 9, которая касалась механизма приостановления членства в Организации, в случае если «член Организации, чье демократически избранное правительство было свергнуто под действием силы, может быть лишен права участвовать в сессиях Генеральной Ассамблеи ОАГ, консультационных встречах и других официальных мероприятиях Организации». Решение о приостановлении может быть принято на специальной сессии Генеральной Ассамблеи 2/3 голосов государств-членов. Таким образом, Организация Американских государств стала первой международной организацией, которая поставила участие и членство в Организации в зависимость от демократичности национальных властей.

Объективный процесс демократизации международных отношений и увеличения удельного веса ООН в качестве главного проводника демократических идей оставляет нерешенным ключевой вопрос о сущности и возможности формирования стандартов демократии<sup>16</sup>. По мнению Э.Л. Кузьмина, «главная трудность заключается в выработке как согласованного подхода государств к формулированию стандартов демократии, так и общего понимания самого этого явления»<sup>17</sup>. Подобная полифония взглядов неизбежно влечет разносторонность позиций международного сообщества относительно ответа на вопрос, что такое демократия и какие ее стандарты могут быть признаны на международном уровне.

Однако на сегодняшний день объективно существует область международно-правового регулирования, которая позволяет констатировать универсальность проявления отдельных демократических элементов. Речь идет о международном праве прав человека. Появление прав человека, признаваемых и защищаемых на международном уровне, позволяет отметить, что права человека стали частью, «аспектом демократии». Более того, как пишет С.В. Черниченко, если смотреть на демократию под углом зрения прав человека, то распространение прав человека за пределы одного государства позволяет ему называться современной демократией<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Подробнее о демократических стандартах в международном праве см.: Кожевников К.К. Демократия и международное право: иллюзия или реальность? / предисл. Э.Л. Кузьмина. М.: Юрист, 2014.

<sup>17</sup> Кузьмин Э.Л. Международное право и демократия // Междунар. науч.-практ. конф. «Тункинские чтения»: сб. док. и ст. / под ред. А.С. Исполинова, А.А. Баталова. М.: Зерцало-М, 2011. С. 20.

<sup>18</sup> См.: Черниченко С.В. Очерки по философии международного права. М.: Научная книга, 2009. С. 523.

<sup>15</sup> Organization of American States. General Assembly. Twentieth regular session. Asuncion, Paraguay, June 4–9 1990. Proceedings. Vol. 1. General Secretariat. Washington, 1990. P. 1–4.

Стоит признать, что на протяжении длительного исторического периода вопросы государственного строя, политического режима и прав человека оставались предметом «сугубо самостоятельных забот каждого государства, делами, согласно терминологии Устава ООН (п. 7 ст. 2) по существу входящими во внутреннюю компетенцию любого государства»<sup>19</sup>. Однако развитие общественных отношений, увеличение интенсивности межгосударственных связей, рост внимания в мире к гуманитарной проблематике привели к необходимости проявлять должное внимание и к подобным исконно национальным предметам регулирования. Л.И. Захарова считает, что «готовность не считать более сферу прав человека сугубо внутрисударственной сферой возможна лишь там, где высокий уровень развития демократии существенно снизил остроту проблемы соблюдения насущных человеческих прав»<sup>20</sup>.

Признание виновным лица лишь по приговору суда, соразмерность правонарушения и наказания, надлежащая правовая процедура, презумпция невиновности, гарантии неприкосновенности личности, свобода слова, прений, печати, религии, право на свободу передвижения, право на петиции, ответственность должностных лиц — вот лишь неполный перечень правовых установлений, закрепленных в разные эпохи и в различных странах. Все они были полностью восприняты современным международным сообществом в целом ряде международных документов как *универсальные международно-правовые стандарты прав человека*. Нормы, особенно касающиеся прав человека, содержащиеся в сугубо национальных актах, как, например, английская Великая хартия вольностей 1215 г. или французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г., были *распространены* и вышли за пределы одного государства на более широкое общемировое пространство. Е.А. Лукашева называет такой процесс «глобализацией в сфере прав человека»<sup>21</sup>.

Вместе с тем сохраняет свою актуальность аргумент о несовместимости разных цивилизаци-

онных подходов, неприменимости в полной мере западноевропейских ценностей в области прав человека в восточных и арабских странах, а иногда и в православной среде. Вопрос о том, необходимо ли учитывать особенности конкретной цивилизации, государства, общества при выполнении международных обязательств по защите прав человека, стал краеугольным камнем теории «культурного релятивизма». Особенно интересен имплементационный элемент данной концепции, который, по словам М.Ю. Ижикова, «не отрицает универсального характера прав человека, но в процессе их реализации предлагает учитывать культурные, исторические, экономические и другие особенности конкретного общества»<sup>22</sup>. Представляется, что активное использование подобного подхода к реализации международных обязательств в сфере прав человека принесет оптимистичные результаты по усилению международного сотрудничества в области разрешения международных кризисов, связанных с однопольной оценкой каталога прав человека, которая нередко имеет место в международных отношениях. Тем не менее, «по всей видимости, дальнейшее развитие прав человека будет характеризоваться борьбой таких тенденций, как универсализация и акцентирование культурно-национальных особенностей их восприятия»<sup>23</sup>.

Подводя итог, следует отметить, что сегодня слова «демократия» и «демократизация» уже прочно вошли в словарный запас международного права. Однако важно, чтобы использование существующих механизмов распространения и упрочения демократии в мире не осуществлялось ни путем установления в качестве образца какой-либо одной модели демократии, ни по мотивам борьбы за влияние. «Единожды солгавши», адепты «интервенции под флагом демократии» обрекают не только себя, но и все цивилизованное международное сообщество на то, чтобы вновь доказывать важность и искренность демократических намерений, которые ведут к лучшему и более открытому миру.

#### Библиография:

1. Дадунани А.Г. Демократия и Организация Объединенных Наций. М.: Современная экономика и право, 2007. 289 с.
2. Даль Р. Демократия и ее критики / пер. с англ. под ред. М.В. Ильина. М.: РОССПЭН, 2003. 574 с.
3. Захарова Л.И. Международные стандарты в области прав человека и институт омбудсмана. М.: Монолит, 2002. 264 с.
4. Ижиков М.Ю. Взаимодействие международного и внутрисударственного права в области защиты прав человека: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. 218 с.
5. Канфора Л. Демократия. История одной идеологии. СПб.: Александрия, 2012. 500 с.
6. Концепции и определения демократии: антология / ред.-сост. А.В. Фененко. М.: КомКнига, 2006. 224 с.
7. Кузьмин Э.Л. Международное право и демократия // Междунар. науч.-практ. конф. «Тункинские чтения»: сб. док. и ст. / под ред. А.С. Исполинова, А.А. Баталова. М.: Зерцало-М, 2011. С. 18–25.
8. Права человека и процессы глобализации современного мира / отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: Норма, 2007. 464 с.
9. Тегеран, Ялта, Потсдам: сб. док. 3-е изд. М.: Междунар. отношения, 1971. 416 с.

<sup>19</sup> Кузьмин Э.Л. Указ. соч. С. 18.

<sup>20</sup> Захарова Л.И. Международные стандарты в области прав человека и институт омбудсмана. М.: Монолит, 2002. С. 88.

<sup>21</sup> Права человека и процессы глобализации современного мира / отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: Норма, 2007. С. 40.

<sup>22</sup> Ижиков М.Ю. Взаимодействие международного и внутрисударственного права в области защиты прав человека: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 11.

<sup>23</sup> Захарова Л.И. Указ. соч. С. 132.

10. Торкунов А.В. Дефицит демократии и международное сотрудничество // Международные процессы. 2009. Т. 7. № 3 (21). С. 16–24.
11. Фисун А.А. Демократия, неопатримониализм и глобальные трансформации. Харьков: Константа, 2006. 352 с.
12. Черниченко С.В. Очерки по философии международного права. М.: Науч. книга, 2009. 770 с.
13. Ishinger W. The Crisis of Euro-Atlantic Security. URL [https://www.securityconference.de/fileadmin/MSC\\_/2014/Ahtisaari\\_Symposium-final\\_05052014.pdf](https://www.securityconference.de/fileadmin/MSC_/2014/Ahtisaari_Symposium-final_05052014.pdf)

**References (transliteration):**

1. Daduani A.G. Demokratija i Organizacija Ob#edinennyh Nacij. M.: Sovremennaja ekonomika i pravo, 2007. 289 s.
2. Dal' R. Demokratija i ee kritiki / per. s angl. pod red. M.V. Il'ina. M.: ROSSPJeN, 2003. 574 s.
3. Zaharova L.I. Mezhdunarodnye standarty v oblasti prav cheloveka i institut ombudsmena. M.: Monolit, 2002. 264 s.
4. Izhihov M.Ju. Vzaimodejstvie mezhdunarodnogo i vnutrigosudarstvennogo prava v oblasti zashhity prav cheloveka: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2012. 218 s.
5. Kanfora L. Demokratija. Istorija odnoj ideologii. SPb.: Aleksandrija, 2012. 500 s.
6. Konceptii i opredelenija demokratii: antologija / red.-sost. A.V. Fenenko. M.: KomKniga, 2006. 224 s.
7. Kuz'min Je.L. Mezhdunarodnoe pravo i demokratija // Mezhdunar. nauch.-prakt. konf. «Tunkinskie chtenija»: sb. dok. i st. / pod red. A.S. Ispolinova, A.A. Batalova. M.: Zercalo-M, 2011. S. 18–25.
8. Prava cheloveka i processy globalizacii sovremennoogo mira / otv. red. E.A. Lukasheva. M.: Norma, 2007. 464 s.
9. Tegeran, Jalta, Potsdam: sb. dok. 3-e izd. M.: Mezhdunar. otnoshenija, 1971. 416 s.
10. Torkunov A.V. Deficit demokratii i mezhdunarodnoe sotrudnichestvo // Mezhdunarodnye processy. 2009. Т. 7. № 3 (21). С. 16–24.
11. Fisun A.A. Demokratija, neopatrimonializm i global'nyetransformacii. Har'kov: Konstanta, 2006. 352 s.
12. Chernichenko S.V. Ocherkipofilosofii mezhdunarodnomupravu. M.: Nauch. kniga, 2009. 770 s.

*Материал поступил в редакцию 21 февраля 2015 г.*

### ***Democracy as an international law value***

**KOZHEVNIKOV, Kirill Konstantinovich** — postgraduate student of the Kutafin Moscow State Law University.  
[kirkozhevnikov@gmail.com]  
123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The modern world order is facing grave challenges. As the result, there is an ongoing process of rethinking of the crucial ties within international law, which used to be able to explain international affairs. Correlation and interaction between democracy and international law gain a new substantive meaning. From legal point of view, there is no adequate definition apparatus for democracy in the international legal rules, while it is needed in order to achieve better understanding of its the notion. Nowadays, the disputes arise inside democracy, and they concern imperfections in democratic structures, models and forms of democratic development. The work of the international and regional organizations (such as the UN, the OAS, etc.) shows that democracy has become « the principle of principles» of international law in all its spheres. Traditional view of democracy as periodical «going voting» is substituted with the global process of democratization of international law in all of its spheres. The author views aspects of creation and development of the global human rights standards, them being the main democracy standards.*

**Keywords:** *international law, democracy, democratization, human rights, international relations, the UN, the OAS.*

## Пресная вода как объект международных правоотношений

**Аннотация.** В статье рассмотрена пресная вода с точки зрения международного экологического права, взаимосвязь с положениями международного права, правами человека. В целях разрешения противоречий между природоохранными и социальными целями интегрированного управления водными ресурсами, а также проблем суверенитета над трансграничными природными ресурсами автор обращает внимание на необходимость разграничения в пресноводных объектах двух компонентов — резервуара и ресурсов воды. Данный вывод обусловлен показанными в статье историческим развитием и современными тенденциями международно-правового регулирования использования международных водотоков. Кроме того, обоснована неприменимость режима минеральных ресурсов к ледниковым запасам пресной воды, а также необходимость двух компонентов выделения и в ледниках и айсбергах.

**Ключевые слова:** пресная вода, право на воду, использование водотоков, приоритетное использование водотоков, интегрированное управление, трансграничный водный объект, льды Антарктики и Арктики, ледники, айсберги.

В международном праве пресная вода выступает в двух тесно взаимосвязанных аспектах. Во-первых, в качестве средства обеспечения прав человека, что становится более актуальным в связи с самостоятельным выделением права на воду. Во-вторых, в международном экологическом праве вода выступает объектом, то есть благом, по поводу которого складывается правовое взаимодействие субъектов. Приоритетом обладает первый аспект. Международное право антропоцентрично. Нормы по охране окружающей среды, ресурсов, их устойчивому использованию имеют целью не сохранение их как таковых, а создание максимально благоприятных условий для существования и развития человека<sup>1</sup>.

В настоящей работе пресная вода рассматривается как незаменимый природный ресурс, выступающий в качестве объекта международных экологических правоотношений. Она содержится в различных источниках. Л.Б. де Шазурн выделяет семь таких естественных «резервуаров»: атмосфера, океаны, реки, озера, почва, ледники, снежники и грунтовые воды<sup>2</sup>.

Наиболее урегулированы международным правом отношения по использованию и охране трансгра-

ничных рек, озер и водоносных горизонтов. Оставив в стороне имеющиеся терминологические расхождения, следует отметить, что в последние десятилетия все яснее проявляется тенденция к выделению в трансграничном водном объекте двух компонентов: пресной воды и гидрологической системы резервуаров, в которых она пребывает. Еще в Древнем Риме в реке выделяли три составляющих элемента: водный поток, ложе и берега; русла рек считались частью территории и подчинялись верховенству государства, а воды — общим достоянием римских граждан<sup>3</sup>.

Обозначенная тенденция не нашла отражения ни в отечественной науке международного права, ни в договорной практике нашего государства. Так, либо вовсе не проводится разница между пресноводным объектом и его водами<sup>4</sup>, либо используется термин «трансграничные воды», однако фактически под ним понимаются трансграничные водные объекты<sup>5</sup>. Аналогичный подход был характерен и для зарубежной литературы<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> См.: Некотенева М.В. Правовые проблемы использования международных водотоков: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 16.

<sup>4</sup> См.: Махкамбаев С.Д. Международно-правовое регулирование сотрудничества государств по использованию трансграничных водных ресурсов в регионе Центральной Азии: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011; Некотенева М.В. Указ. соч. и др.

<sup>5</sup> См.: Бекашев К.А. Правовой режим международных водотоков // Lex Russica. 2009. № 2. 2009. С. 475–476; Косарева М.А. Трансграничные природные ресурсы в международном праве: понятие, статус, режим: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.

<sup>6</sup> См.: Броунли Я. Международное право: в 2 кн. Кн. 1 / под ред. Г.И. Тункина. М.: Прогресс, 1977. С. 389–395; Хименес де Аречага Э. Современное международное право / под ред. Г.И. Тункина. М.: Прогресс, 1983. С. 280–298.

<sup>1</sup> См.: Бринчук М.М. Потенциал природы как методологическое основание развития и совершенствования международного экологического права // Международное право — International Law. 2010. № 2 (42). С. 9; Traversi C. The Inadequacies of the 1997 Convention on International Water Courses and 2008 Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers // Houston Journal of International Law. 2011. Vol. 33. № 2. P. 480.

<sup>2</sup> См.: De Chazournes L.B. Freshwater in International Law. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 4.

Подобная ситуация объяснима историческим развитием сотрудничества государств по вопросам использования водных объектов. Приоритет судоходного использования в начале XX столетия в конце XX—XXI вв. в связи с нарастающим дефицитом пресной воды сменяется водопользованием для удовлетворения насущных потребностей человека.

С 60-х гг. XX в. активную кодификационную деятельность в данной сфере вела Ассоциация международного права (далее — АМП). В 1966 г. АМП приняла Хельсинкские правила использования вод международных рек<sup>7</sup>. В ст. 1 отмечается, что положения документа применяются к использованию вод международных водосборных бассейнов, под которыми понимается географическое пространство, охватывающее два или более государства и определенное границами водосбора системы вод, включая поверхностные и подземные воды, впадающие в общий конечный пункт. Главы 4 и 5 Правил 1966 г., содержащие нормы о судоходстве и сплаве леса, оперируют понятиями «река» и «озеро», разделяющие или пересекающие границы двух или более государств, и «водоток», то есть для целей судоходства и сплава леса была закреплена значимость использования самого трансграничного водного объекта, а не отдельно его водных ресурсов. Фактически Правила 1966 г. разграничили водные ресурсы и водные объекты, составляющие международный водосборный бассейн. В пользу данного вывода также говорит принятие АМП в 1980 г. Статей о взаимоотношении между водой, другими природными ресурсами и окружающей средой<sup>8</sup>.

В заменивших Правила 1966 г. Берлинских правилах по водным ресурсам<sup>9</sup>, принятых АМП в 2004 г., фокус еще более смещен в сторону ресурсной составляющей водных объектов — впервые дается понятие водной среды, вод, подземных вод, управления водами; также включены нормы о правах лиц на доступ к воде, к информации о водных ресурсах, на участие в управлении ими, охране вод во время войны или вооруженных конфликтов.

Практически в это же время на региональном уровне, а несколько позже на универсальном уровне принимаются акты, в которых вода признается в качестве ограниченного уникального природного ресурса, незаменимого для человека<sup>10</sup>.

Кроме того, в 1994 г. АМП завершила работу над Проектами статей о праве несудоходных видов использования международных водотоков, на основе которых в 1997 г. была принята одноименная Конвенция<sup>11</sup>. В качестве сферы применения ст. 1 Конвенции 1997 г. указывает на несудоходное использование международных водотоков и их вод, а также меры по защите, сохранению и управлению при таком использовании этих водотоков и их вод. В комментариях к данной статье АМП отмечает, что включение слов «и их вод» было обусловлено необходимостью исключить многочисленные вопросы о том, применяются ли статьи только к «каналу» или включают и его воды, а также изъятие из него воды<sup>12</sup>.

Данная мысль далее развита при комментировании понятия водотока. Отмечается, что слово «находятся» (имеются в виду части водотока) относится к каналу, дну озера или водоносному горизонту, которые статичны, а содержащаяся в них вода — в постоянном движении. Система поверхностных или грунтовых вод раскрывается как гидрологическая система, состоящая из ряда различных компонентов на поверхности и под поверхностью земли, через которые течет вода. К ним, в частности, относятся реки, озера, водоносные горизонты, ледники, водохранилища и каналы<sup>13</sup>.

В сферу действия Конвенции 1997 г. не вошли «замкнутые» водоносные горизонты. Работа по кодификации права водоносных горизонтов закончилась в 2008 г. принятием Проектов статей<sup>14</sup>. В контексте разграничения водных ресурсов и водных объектов сразу же привлекает внимание название темы работы АМП относительно водоносных горизонтов — «Общие природные ресурсы». Как отмечали члены Комиссии, «воду необходимо рассматривать как принадлежащий государству ресурс, как нефть и газ, признанные объектом суверенитета»<sup>15</sup>.

Водоносный горизонт определен как единство двух элементов: геологической породы, выступающей резервуаром, и содержащейся в ней воды<sup>16</sup>. Невозможно согласиться с критикой К. Траверси, которая отмечает необходимость смещения внимания от геологической породы к самой воде, что сблизит Проекты статей 2008 г. с предметом Конвенции 1997 г., устранив возможные проблемы с

<sup>7</sup> The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers 1966. URL: [http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/meetings/legal\\_board/2010/annexes\\_groundwater\\_paper/Annex\\_II\\_Helsinki\\_Rules\\_ILA.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/meetings/legal_board/2010/annexes_groundwater_paper/Annex_II_Helsinki_Rules_ILA.pdf) (дата посещения: 25.02.2015).

<sup>8</sup> International Law Association. Articles on the Relationship between Water, Other Natural Resources and the Environment. Belgrade, 1980 // Sources of International Water Law FAO legislative study. № 65. P. 313.

<sup>9</sup> International Law Association Committee on Water Resources Law (2004). 4th Report. Berlin Conference (2004).

<sup>10</sup> Ст. 1, 2, 11 Европейской водной хартии 1967 г.; Африканская конвенция о сохранении природы и природных ресурсов 1968 г.; Принцип 2 и Рекомендация 51 Стокгольмской Декларации ООН по проблемам охраны окружающей среды 1972 г.; Принцип 1 Дублинских принципов 1992 г.

<sup>11</sup> Конвенция о праве несудоходных видов использования международных водотоков от 21.05.1997. URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/watercrs.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/watercrs.shtml) (дата посещения: 25.02.2015).

<sup>12</sup> См.: Yearbook of the International Law Commission. 1994. Vol. II. Part 2. NY; Geneva: United Nations, 1997. P. 89.

<sup>13</sup> См.: Ibid. P. 90.

<sup>14</sup> Проекты статей по праву трансграничных водоносных горизонтов с комментариями // Доклад Комиссии международного права о работе ее 60-й сессии: док. ООН A/63/10. Н.-Й.: ООН, 2008. С. 18-85.

<sup>15</sup> Доклад Комиссии международного права о работе ее 56-й сессии: док. ООН A/59/10. Н.-Й.: ООН, 2004. С. 134.

<sup>16</sup> Доклад Комиссии международного права о работе ее 58-й сессии: док. ООН A/61/10. Н.-Й.: ООН, 2006. С. 203.

суверенитетом и обеспечит применение концепции разделяемых ресурсов<sup>17</sup>. Во-первых, Проекты статей 2008 г. во многом основаны на положениях Конвенции 1997 г.<sup>18</sup> и демонстрируют единый подход к выделению в водном объекте двух элементов. Именно наличие резервуара в виде геологической породы делает возможным накопление и дальнейшее изъятие значительных объемов воды.

Во-вторых, акцентирование внимания исключительно на водной составляющей приведет к коренным различиям с Конвенцией 1997 г. Объектом использования может являться и геологическая порода, например, при очистке вод путем искусственной подпитки. Иные виды деятельности, способные оказать воздействие на водоносный горизонт, также могут быть связаны с геологической породой, например, добыча содержащихся в ней минеральных ресурсов или ее разрушение при строительстве туннелей.

В-третьих, вода водоносного горизонта находится в постоянном движении. Поэтому расположение содержащей их геологической породы на территориях двух или более государств вызывает необходимость международного сотрудничества в освоении ресурсов пресной воды.

Хотя трансграничные реки, озера, водоносные горизонты и являются основными эксплуатируемыми источниками пресной воды, однако большая ее часть заключена в форме льда. Основное скопление ледниковых запасов пресной воды приходится на полярные регионы Земли и Гренландию.

В науке международного права нет единого мнения относительно режима льдов полярных регионов. Так, Л.Б. де Шазурн приравнивает их к минеральным ресурсам, считая разработку недопустимым по Мадридскому протоколу 1991 г. к Договору об Антарктике 1959 г.<sup>19</sup> По мнению других ученых, на ледниковую пресную воду не распространяется режим «минеральных ресурсов», их использование опосредовано нормами иных правовых режимов, применимых по аналогии<sup>20</sup>.

Согласно п. 6 ст. 1 Конвенции по регулированию освоения минеральных ресурсов Антарктики 1988 г.<sup>21</sup> «минеральные ресурсы» — неживые природные невозобновляемые ресурсы. В отличие от минеральных ресурсов, ледники и айсберги являются возобновля-

емыми. Кроме того, в Заключительном акте Четвертого Специального Консультативного Совещания по Договору об Антарктике 1988 г. отмечается, что минеральные ресурсы, по смыслу п. 6 ст. 1 Конвенции 1988 г., не включают лед<sup>22</sup>.

На следующем совещании консультативных сторон, состоявшемся в 1989 г. в Париже, была принята Рекомендация XV-21 «Использование антарктических льдов»<sup>23</sup>. В рассматриваемом документе проявлен осторожный подход — использование антарктических льдов для удовлетворения питьевых нужд признано нежелательным до проведения научных исследований на предмет возможного негативного воздействия подобной деятельности на уникальную среду Антарктики, а также зависимых и взаимосвязанных с ней экосистем. К сожалению, данный вопрос более не рассматривался на совещаниях консультативных сторон.

В отличие от Антарктики, в арктическом регионе отсутствует специальный договорный режим. К деятельности по использованию льдов Арктики будут применяться общие нормы Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., а также законодательство при арктических государствах. Правовой режим ледников и айсбергов в данном регионе будет различен, в зависимости от странственного расположения.

АМП включила ледники в перечень компонентов гидрологической системы. Подход АМП применим и ко льдам полярных регионов Земли, учитывая единую природу трансграничными ледниками. В данном случае роль «резервуара» фактически играет форма, в которой находится пресная вода, обеспечивающая ее обособление от иных компонентов окружающей среды.

В заключение следует подчеркнуть, что в пресноводных объектах, имеющих трансграничный характер или расположенных на международных пространствах, выделяют два тесно связанных компонента: гидрологическую систему резервуаров и содержащуюся в них воду. Использование ледников и айсбергов полярных регионов Земли для удовлетворения питьевых потребностей допустимо с международно-правовой точки зрения, на них не распространяется на режим минеральных ресурсов.

На практике подобное разграничение способствует не только разработке единого международно-правового подхода к использованию и охране ресурсов пресной воды, но и конкретизации обязательств государств по обеспечению населения питьевой водой для удовлетворения повседневных потребностей. Подобное разделение имеет особое значение

<sup>17</sup> См.: Traversi C. Op. cit. P. 473.

<sup>18</sup> См.: Eckstein G. Commentary on the U.N. International Law Commission's Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers // Colorado Journal of International Environmental Law and Policy. 2007. Vol. 18. № 3. P. 545.

<sup>19</sup> См.: De Chazournes L.B. Op. Cit. P. 42.

<sup>20</sup> См.: Joyner C.C. The Status of Ice in International Law // The Law of the Sea and Polar Maritime Delimitation and Jurisdiction. The Hague, 1991. P. 38; Machowski J. The status of polar ice under international law // Polish Polar Research. 1992. Vol. 13. № 2. P. 159; Vinales J.E. Iced Freshwater Resources: A Legal Exploration // Yearbook of International Environmental Law. 2009. Vol. 20. P. 189.

<sup>21</sup> Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities 02.06.1988. URL: [http://www.ats.aq/documents/recatt/Att311\\_e.pdf](http://www.ats.aq/documents/recatt/Att311_e.pdf) (дата посещения: 25.02.2015).

<sup>22</sup> Final Report of the Fourth Special Antarctic Treaty Consultative Meeting on Antarctic Mineral Resources. 02.06.1988. P. 39. URL: [http://www.ats.aq/documents/SATCM4\\_12/fr/SATCM4\\_12\\_fr001\\_e.pdf](http://www.ats.aq/documents/SATCM4_12/fr/SATCM4_12_fr001_e.pdf) (дата посещения: 25.02.2015).

<sup>23</sup> Рекомендация Консультативного Совещания по Договору об Антарктике XV-21 от 20.10.1989 г. URL: [http://www.ats.aq/documents/SATCM4\\_12/fr/SATCM4\\_12\\_fr001\\_e.pdf](http://www.ats.aq/documents/SATCM4_12/fr/SATCM4_12_fr001_e.pdf) (дата посещения: 25.02.2015).

для прояснения соотношения и разрешения противоречий между природоохранными и социальными целями в рамках интегрированного управления водными ресурсами. Кроме того, самостоятельное рассмотрение ресурсов воды и резервуара приводит к положительному разрешению проблем суверенитета над естественными ресурсами применительно к трансграничным водным объектам.

#### Библиография:

1. Бекяшев К.А. Правовой режим международных водотоков // LexRussica. 2009. № 2. С. 471–483.
2. Бринчук М.М. Потенциал природы как методологическое основание развития и совершенствования международного экологического права // Международное право — International Law. 2010. № 2 (42). С. 8–13.
3. Броунли Я. Международное право: в 2 кн. Кн. 1 / под ред. Г.И. Тункина. М.: Прогресс, 1977. 535 с.
4. Косарева М.А. Трансграничные природные ресурсы в международном праве: понятие, статус, режим: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 187 с.
5. Махкамбаев С.Д. Международно-правовое регулирование сотрудничества государств по использованию трансграничных водных ресурсов в регионе Центральной Азии: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 227 с.
6. Некотенева М.В. Правовые проблемы использования международных водотоков: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 227 с.
7. Хименес де Аречага Э. Современное международное право / под ред. Г.И. Тункина. М.: Прогресс, 1983. 480 с.
8. De Chazournes L.B. Freshwater in International Law. Oxford: Oxford University Press, 2013. 288 p.
9. Eckstein G. Commentary on the U.N. International Law Commission's Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers // Colorado Journal of International Environmental Law and Policy. 2007. Vol. 18. № 3. P. 537–610.
10. Food and Agriculture Organization of the United Nations. Development Law Service. Sources of International Water Law FAO legislative study 65. Food & Agriculture Org., 1998. 336 p.
11. Joyner C.C. The Status of Ice in International Law // The Law of the Sea and Polar Maritime Delimitation and Jurisdiction. The Hague, 1991. P. 23–48.
12. Machowski J. The status of polar ice under international law // Polish Polar Research. 1992. Vol. 13. № 2. P. 149–175.
13. Traversi C. The Inadequacies of the 1997 Convention on International Water Courses and 2008 Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers // Houston Journal of International Law. 2011. Vol. 33. № 2. P. 453–488.
14. Vinuales J.E. Iced Freshwater Resources: A Legal Exploration // Yearbook of International Environmental Law. 2009. Vol. 20. P. 188–206.
15. Yearbook of the International Law Commission. 1994. Vol. II. Part 2. NY; Geneva: United Nations, 1997. 183 p.

#### References (transliteration):

1. Bekjashev K.A. Pravovoj rezhim mezhdunarodnyh vodotokov // LexRussica. 2009. № 2. S. 471–483.
2. Brinchuk M.M. Potencial prirody kak metodologicheskoe osnovanie razvitija i sovershenstvovanija mezhdunarodnogo jekologicheskogo prava // Mezhdunarodnoe pravo — International Law. 2010. № 2 (42). S. 8–13.
3. Brounli Ja. Mezhdunarodnoe pravo: v 2 kn. Kn. 1 / pod red. G.I. Tunkina. M.: Progress, 1977. 535 s.
4. Kosareva M.A. Transgranichnye prirodnye resursy v mezhdunarodnom prave: ponjatie, status, rezhim: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2008. 187 s.
5. Mahkambaev S.D. Mezhdunarodno-pravovoe regulirovanie sotrudnichestva gosudarstv po ispol'zovaniju transgranichnyh vodnyh resursov v regione Central'noj Azii: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2011. 227 s.
6. Nekoteneva M.V. Pravovye problemy ispol'zovanija mezhdunarodnyh vodotokov: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2008. 227 s.
7. Himenes de Arechaga Je. Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo / pod red. G.I. Tunkina. M.: Progress, 1983. 480 s.

Материал поступил в редакцию 19 мая 2015 г.

### *Fresh water as an object of international relations*

**TEIMUROV, Elvin Sahavat-ogly** — postgraduate student of the Department of International Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[elv89@mail.ru]

109125, Russia, Moskva, 2 Saratovskiy proezd, 5, kv. 3.

**Review.** *The article evaluates fresh water from the standpoint of international environmental law and its correlation with the international human rights law. In order to resolve the contradictions between environmental and social purposes of the integrated management of water resources, as well as the problems of sovereignty over the trans-border natural resources, the author pays attention to the need to divide two types of fresh water objects: reservoirs and water resources. This conclusion is based upon the historical development and modern tendencies of international legal regulation of the international water flow, as it is shown in the article. Additionally, the author substantiates the position that the regime of mineral resources is not applicable to the ice flow supply of fresh water, as well as the need for two components for ice flow and for the icebergs.*

**Keywords:** *fresh water, right to water, use of water flow, priority use of water flow, integrated management, trans-border water objects, ices of Arctic and Antarctic regions, ice flow, icebergs.*

# ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Е.М. Сорокина\*

## Правовые основы компетенции Европейского союза в области пространства свободы, безопасности и правосудия на современном этапе

**Аннотация.** В статье будут рассмотрены правовые основы компетенции Европейского союза в области пространства свободы, безопасности и правосудия на современном этапе, значительное расширение которой произошло после вступления в силу Лиссабонского договора. Также в статье будут рассмотрены основные учреждения, созданные в целях сотрудничества в сфере уголовно-процессуального права в ЕС, и действующие процедуры сотрудничества между государствами — членами ЕС в сфере пространства свободы, безопасности и правосудия.

**Ключевые слова:** Европейский союз, пространство свободы, безопасности и правосудия, уголовно-процессуальное законодательство, Европол, Евроюст, европейский ордер на арест, правовая помощь.

Компетенция Европейского союза (далее — ЕС) как наднационального образования, которую ЕС приобрел с вступлением в силу Лиссабонского договора, распространяется в том числе на издание законодательных, административных и судебных актов в установленных Лиссабонским договором сферах.

Компетенция ЕС в области пространства свободы, безопасности и правосудия относится к совместной компетенции ЕС с государствами-членами (§ 2 ст. 2 и § 2 ст. 4 Договора о функционировании ЕС в редакции Лиссабонского договора<sup>1</sup>).

«Правовой режим совместной компетенции ЕС похож на правовой режим предметов совместного ведения РФ и субъектов федерации, предусмотренный действующей Конституцией РФ 1993 г. В сферах совместной компетенции ЕС правом издавать законодательство и другие юридически обязательные акты обладают и Союз, и отдельные государства-члены. Однако государства могут делать это лишь в том случае, если Союз не воспользовался своей компетенцией или прекратил ее осуществление. В случае противоречия национального закона и правового акта Союза по конкретному вопросу преимущественную силу имеет акт ЕС, что вытекает из принципа верховенства (примата) его права в целом»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Treaty on the Functioning of the European Union // Official Journal of the European Union. 2010. С. 83.

<sup>2</sup> Кашкин С.Ю., Четвериков А.О. Комментарии к основополагающим актам Европейского союза в редакции Лиссабонского договора. М., 2007 // СПС «Гарант».

Издаваемые ЕС нормативные акты являются обязательными для самих европейских институтов (органов управления ЕС), государств — членов ЕС, и для граждан ЕС, а также для всех физических и юридических лиц, проживающих, находящихся или занимающихся какой-либо деятельностью в ЕС.

Стоит отметить, что, с юридической точки зрения, ЕС не является полноценным федеративным государством. Компетенцией ЕС наделен не непосредственно от «европейского народа», который и имеет европейское гражданство, помимо собственно гражданства государства — члена ЕС, а посредством передачи части своей компетенции государствами ЕС, входящими в состав ЕС, и добровольного ограничения своего суверенитета путем подписания учредительных договоров ЕС, являющихся первичным правом ЕС.

Европейская интеграция и нормотворческая деятельность ЕС в рамках пространства свободы, безопасности и правосудия включает и гармонизацию (сближение) уголовно-процессуального права, то есть процедуру производства по уголовным делам.

«При этом следует признать, что европейская интеграция не означает радикального вторжения в сферу национальной уголовной юстиции либо отмены, централизации или тотальной унификации уголовно-правовых систем государств — членов ЕС. Напротив, они продолжают интегрироваться посредством политики кооперации,

© Сорокина Е.М., 2015

\* Сорокина Елизавета Михайловна — аспирант кафедры права Европейского союза Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

[Sorokina-liza@yandex.ru]

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

координации и гармонизации уголовно-правовой сферы. При этом централизация права и, в частности, унификация уголовного права означает правовую интеграцию только некоторых специфических сфер (например, сферы защиты финансовых интересов ЕС) или секторальную гармонизацию материального и процессуального уголовного права»<sup>3</sup>.

Развитие гармонизации уголовно-процессуального законодательства в ЕС происходило более медленными темпами, чем сближение норм материального уголовного права по причине еще большего числа национальных правовых порядков правосудия по уголовным делам в государствах-членах.

К правовым актам, имеющим наибольшую юридическую силу в ЕС, относятся учредительные договоры, являющиеся первичным правом ЕС.

Статья 82 Договора о функционировании ЕС в редакции Лиссабонского договора является первичной нормой, на основе которой строится политика в сфере гармонизации законодательства ЕС в уголовно-процессуальной сфере. Впоследствии во всех нормативных актах вторичного права, в преамбулах программных документах уголовно-процессуальной сферы всегда будет ссылка на ст. 82 Договора о функционировании ЕС.

Так, ст. 82 Договора о функционировании ЕС закреплено, что судебное сотрудничество по уголовным делам основано в ЕС на принципе взаимного признания приговоров и судебных решений и включает в себя сближение законодательных и процессуальных положений государств-членов.

Первичным правом ЕС за Европейским парламентом и Советом ЕС закреплена компетенция устанавливать минимальные правила посредством Директив, в соответствии с обычной законодательной процедурой, то есть законодательно определять основные направления в сфере уголовно-процессуального права.

Компетенция предоставлена европейским институтам в целях облегчения взаимного признания приговоров и судебных решений, а также полицейского и судебного сотрудничества по уголовным делам трансграничного характера, то есть в сфере, относящейся к области уголовного судопроизводства.

Данные минимальные правила должны учитывать различия между правовыми системами и традициями государств-членов, что в сфере уголовного процесса является более трудоемкой задачей, как отмечалось выше, по причине еще большего числа различий национального законодательства государств — членов ЕС в уголовно-процессуальной сфере.

Минимальные правила касаются следующих вопросов:

- a) взаимная допустимость доказательств между государствами-членами;
- b) права лиц в уголовном процессе;
- c) права жертв преступлений;
- d) другие специальные аспекты уголовного процесса, которые Совет предварительно определит посредством решения; в целях принятия данного решения Совет постановляет единогласно после одобрения Европейского парламента<sup>4</sup>.

Хотя компетенция ЕС по гармонизации в сфере уголовно-процессуального права охватывает установление минимальных правил в данной области на наднациональном европейском уровне, однако это не препятствует государствам — членам ЕС сохранять или устанавливать для лиц более высокий уровень защиты при производстве уголовных дел.

Лиссабонский договор расширил компетенцию ЕС по изданию нормативных правовых актов в области пространства свободы, безопасности и правосудия, тем самым государства-члены добровольно ограничили свой суверенитет в уголовно-правовой сфере.

Кроме того, в ЕС существуют изъятия для ряда государств — членов ЕС, на некоторые правовые акты ЕС в сфере пространства свободы, безопасности и правосудия не распространяют свое действие. Речь идет о двух протоколах к Договору о функционировании ЕС, в статьях которых содержатся особые позиции Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии (Протокол № 21)<sup>5</sup> и Дании (Протокол № 22)<sup>6</sup>.

Статьей 3 Протокола № 21 ДФЕС предусмотрена особая позиция Великобритании и Ирландии при принятии нормативных правовых актов в области пространства свободы, безопасности и правосудия. Согласно данной позиции, в течение 3 месяцев с момента издания инициативы Совета ЕС или проекта нормативно-правового акта в области пространства свободы, безопасности и правосудия Великобритания и Ирландия направляют Председателю Совета ЕС уведомления в письменной форме, если желают присоединиться к данному акту. В случае направления такого уведомления нормативно-правовой акт будет распространять свое действие на Великобританию и Ирландию.

Согласно ст. 1 Протокола № 22 Дания не участвует в принятии Советом предлагаемых мер в области пространства свободы, безопасности и правосудия, правовые акты в уголовной и уголовно-процессуальной сферах не имеют действия для Дании. Согласно действующей законодатель-

<sup>3</sup> Трикоз Е.Н. Формирование уголовно-правовой системы Европейского союза // Журнал российского права. 2007. № 10. С. 97.

<sup>4</sup> Official Journal of the European Union. 2010. С. 83.

<sup>5</sup> Protocol (№ 21) On the position of the United Kingdom and Ireland in respect of the area of freedom, security and justice // Official Journal of the European Union. 2010. С. 83. P. 295–298.

<sup>6</sup> Protocol (№ 22) On the position of Denmark // Ibid. P. 299–304.

ной процедуре, единогласие членов Совета, за исключением представителя правительства Дании, является необходимым и достаточным для принятия решения в области пространства свободы, безопасности и правосудия. Протоколом предусмотрено, что Дания впоследствии может перейти на режим, применяемый в отношении Великобритании и Ирландии.

В преамбулах нормативных актов, принимаемых в области пространства свободы, безопасности и правосудия, содержатся упоминания о позиции вышеназванных государств, в соответствии с протоколами № 21 и № 22, применительно к каждому конкретному нормативному акту, издаваемому в области пространства свободы, безопасности и правосудия.

Таким образом, можно отметить, что после вступления в силу Лиссабонского договора компетенция ЕС по изданию законодательных актов в области пространства свободы, безопасности и правосудия имеет двойственную правовую природу. В отношении 26 государств-членов произошло явное расширение компетенции ЕС в области пространства свободы, безопасности и правосудия, согласно ст. 82 Договора о функционировании ЕС в редакции Лиссабонского договора, однако Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии и Дания в уголовно-процессуальной сфере установили отличный от 26 государств-членов правовой режим.

После наделения ЕС компетенцией по гармонизации в сфере уголовного права и уголовного процесса Европейским Советом были утверждены программные документы, предшествующие стадии нормотворчества путем сближения законодательства государств-членов.

Первым программным документом стала программа, утвержденная на сессии в г. Тампере («программа Тампере»). За первым программным документом последовала «Гагская программа», принятая Советом Европы на его сессии в ноябре 2004 г. и сроком действия до 2009 г. Позже в 2009 г. Европейский Совет утвердил Стокгольмскую программу, официальное название «Стокгольмская программа — Открытая и безопасная Европа, служащая и защищающая граждан»<sup>7</sup>.

Впоследствии Советом ЕС на основе Стокгольмской программы были разработаны программные документы — «дорожные карты» (англ. — roadmap), предусматривающие ряд действий постепенного сближения уголовно-процессуальных мер государств — членов ЕС.

Программным документом, предшествующим гармонизации законодательства в уголовно-процессуальной сфере, стала дорожная карта от 30.09.2009, устанавливающая процессуальные

права подозреваемых и обвиняемых в уголовном процессе<sup>8</sup>.

Дорожной картой, устанавливающей процессуальные права подозреваемых и обвиняемых в уголовном процессе, предусмотрены меры в целях наделения подозреваемых и обвиняемых рядом процессуальных прав, по каждому из которых впоследствии предусматривалось издание законодательного акта.

*Мера А* — право на перевод: в целях понимать, что с ними происходит, и быть понятыми правоохранительными органами подозреваемые и обвиняемые, не владеющие языком, получают право на переводчика.

*Мера В* — право на информацию о правах: подозреваемые и обвиняемые должны быть проинформированы об их правах (в устной или письменной форме).

*Мера С* — юридическая помощь: право подозреваемых или обвиняемых на юридическую защиту как одна из гарантий права на защиту в уголовном процессе.

*Мера D* — сообщение родственникам, работодателям, представителям консульства: задержанный подозреваемый или обвиняемый, или лицо, свобода которого ограничена, имеет право сообщить о своем задержании.

*Мера E* — специальные меры для подозреваемых или обвиняемых, которые в силу возраста или психического развития не в состоянии понимать применяемые к ним меры.

*Мера F* — предусматривает изучение Зеленой книгой режима предварительного заключения из-за различий в процессуальных системах государств-членов, а именно изучение времени, которое будет проведено с момента задержания до вынесения судебного решения.

К настоящему моменту в отношении четырех мер, предусмотренных дорожной картой от 30.09.2009 г., были приняты юридически обязательные акты ЕС в форме Директив, а именно Директива 2010/64/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 20.10.2010 о праве на перевод в уголовном процессе<sup>9</sup>, Директива 2012/12/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 22.05.2012 о праве на информацию в уголовном процессе<sup>10</sup>, Директива 2013/48/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС от 22.10.2013 о праве на доступ к адвокату в уголовном процессе и при производстве по европейскому ордеру на арест, а также о

<sup>8</sup> Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings // Official Journal of the European Union. 2009. С. 295.

<sup>9</sup> Directive 2010/64/EU of the European Parliament and the Council of 20.10.2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings // Official Journal of the European Union. 2010. L 280/1.

<sup>10</sup> Directive 2012/13/EU of the European Parliament and the Council of 22.05.2012 on the right to information in criminal proceedings // Ibid. 2012. L. 142.

<sup>7</sup> The Stockholm programme — an open and secure Europe serving and protection citizens // Official Journal of the European Union. 2010. С. 115.

праве сообщить третьим лицам о своем лишении свободы, на общение с третьими лицами и консульством во время лишения свободы<sup>11</sup>.

Также в ЕС была опубликована дорожная карта от 10.06.2011 по усилению прав потерпевших в уголовном процессе<sup>12</sup>, ставшая первым этапом сближения законодательства ЕС в области защиты прав потерпевших от совершенных преступлений. Впоследствии на ее основании также была принята Директива о правах потерпевших<sup>13</sup>.

Кроме полномочий по опубликованию законодательных актов в форме директив и тем самым сближению законодательства государств-членов в области пространства свободы, безопасности и правосудия, ЕС на современном этапе также осуществляет координацию государств — членов ЕС в их борьбе с преступностью с рядом присущих только ЕС особенностей. Первой особенностью можно назвать тот факт, что сотрудничество в уголовно-процессуальной сфере осуществляется в рамках единого судебного и полицейского сотрудничества на всей территории ЕС.

В качестве второй особенности сотрудничества государств — членов ЕС в уголовно-процессуальной сфере можно отметить, что, кроме национальных правоохранительных органов следствия, прокуратуры и суда, координация в области пространства свободы, безопасности и правосудия осуществляется также специально созданными европейскими учреждениями, такими как Европейское полицейское ведомство — Европол, Евроюст, Европейское ведомство по борьбе с мошенничеством — ОЛАФ. Названные учреждения ЕС не являются по своей сути структурным подразделением национальной правоохранительной системы государств, к основной цели их создания отнесена деятельность по сотрудничеству в сфере борьбы с преступностью.

Такая сложная система сотрудничества государств — членов ЕС в сфере уголовного судопроизводства является составной частью международного сотрудничества ЕС в этой области посредством деятельности, осуществляемой как национальными органами дознания и следствия, прокуратурой и судом, так и специально созданными правоохранительными организациями ЕС.

Европейское полицейское ведомство создано на основе Конвенции о Европоле 1995 г., вступившей в силу 01.10.1998, впоследствии вместо Конвенции о Европоле в 2009 г. было принято Ре-

шение 2009/371/ПВД Совета от 06.04.2009 о создании Европейского полицейского ведомства — Европол (Europol)<sup>14</sup>. Европол осуществляет координацию, определяет основные задачи и направления полицейского сотрудничества национальных полиций государств-членов, оказывает помощь в деятельности полиций государств — членов ЕС в сфере предотвращения и расследования тяжких и особо тяжких форм преступлений, затрагивающих интересы двух и более стран, то есть имеющих трансграничный характер, а также в случае наличия факта, свидетельствующего о причастности структур организованной преступности к совершенному деянию.

Евроюст (Eurojust) — орган ЕС, создан решением Совета ЕС «О создании Евроюста в целях усиления борьбы с тяжкой преступностью» 2002/187/ПВД от 28.0.2002<sup>15</sup> (частично измененный решением от 16.12.2009) в целях координации работы национальных прокуратур и иных ведомств, осуществляющих уголовное преследование и расследование уголовных дел в государствах-членах.

Евроюст не относится к какому-либо органу власти ЕС, но именно через Евроюст осуществляется сотрудничество в сфере уголовного процесса, что подчеркивает интеграцию отношений в уголовной и уголовно-процессуальной сферах государств-членов.

«Действительно, создание постоянно действующего и централизованного участника, организующего плюрилатеральные отношения между органами правосудия различных европейских государств, свидетельствует о том, что отношения органов правосудия европейских государств вышли на новый уровень, а также о том, что Евроюст может представиться в будущем как один из элементов европейской интегрированной системы уголовного правосудия»<sup>16</sup>.

Сотрудничество между органами правосудия в рамках Евроюста осуществляется напрямую, а не посредством межправительственных запросов и иными более бюрократизированными способами.

Основной задачей Евроюста является содействие в проведении следственных действий на территории ЕС.

Третьим аспектом компетенции ЕС в уголовно-процессуальной сфере явилось внедрение принципа взаимного признания судебных решений в сфере уголовного правосудия, что «привнесло несколько значительных изменений

<sup>11</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and on the right to communicate upon arrest // Brussels 8.6.2011 2011/0154 (COD).

<sup>12</sup> Roadmap for strengthening the rights and protection of victims, in particular in criminal proceedings 10 June 2011 // Official Journal of the European Union. C. 187. P. 1.

<sup>13</sup> Directive 2012//29/EU of the European Parliament and the Council of October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA // Ibid. L 315/57.

<sup>14</sup> Council Decision 2009/371/JHA of 06.04.2009 establishing the European Police Office (Europol) // Official Journal of the European Union. L 121/37.

<sup>15</sup> Council Decision 2002/187/JHA of 28.02.2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime // Official Journal of the European Union. L. 63.

<sup>16</sup> Гурбанов Р.А. Субъекты сотрудничества судебных органов государств — членов ЕС в сфере уголовного правосудия // Право и политика. 2011. № 9. С. 1500.

(например, отмену принципа необходимости двойной наказуемости (двойного инкриминирования) деяния; отмену оснований для отказа в сотрудничестве и т.п.)»<sup>17</sup>, и привело к обоснованной необходимости углубления сотрудничества между государствами в сфере уголовного правосудия.

Координация государств — членов ЕС в рамках сотрудничества в уголовно-процессуальной сфере осуществляется посредством ряда процедур и документов. Одним из них является Европейский ордер на арест (англ. — European arrest warrant). Принятие 13.06.2002 Советом ЕС рамочного решения 2002/584/ПВД «О европейском ордере на арест и процедурах передачи лиц между государствами-членами»<sup>18</sup> и вступление его в силу с января 2004 г. изменило процедуру сотрудничества государств-членов в уголовно-процессуальной сфере, упростив механизм выдачи лиц, совершивших особо тяжкие преступления на территории государств — членов ЕС.

В рамочном решении государствами был утвержден список из составов тяжких преступлений. К лицам, совершившим перечисленные в рамочном решении преступления, может быть применен европейский ордер на арест. К данным преступлениям отнесены наиболее часто встречающиеся формы транснациональных преступлений, такие как терроризм, торговля оружием, незаконный оборот наркотических средств и психотропных веществ, торговля людьми, коррупция, мошенничество, фальшивомонетничество, киберпреступность, расизм и ксенофобия, отмывание преступных доходов.

Европейский ордер на арест заменил собой процедуру экстрадиции преступников, действующую в предыдущие годы, предусмотренную Европейской конвенцией о выдаче (заключена в Париже 13.12.1957).

После вступления в силу рамочного решения «О европейском ордере на арест и процедурах передачи лиц между государствами-членами», в случае когда передача какого-либо физического лица, разыскиваемого в целях уголовного преследования, исполнения наказания или иной меры безопасности, связанной с лишением лица свободы, требуется по запросу судебного органа государства-члена, решение выданное судом одного государства-члена в виде европейского ордера на арест должно быть признано и исполнено на всей территории ЕС.

В исключительных случаях, установленных ст. 3 и 4 рамочного решения «О европейском ор-

дере на арест и процедурах передачи лиц между государствами-членами», государству — члену ЕС позволено не выдавать физическое лицо другому государству.

Новеллой введенного в ЕС европейского ордера на арест стала отмена двойной криминализации деяния. Деяние, в совершении которого обвиняется предполагаемое к выдаче лицо, не обязательно должно являться уголовно-наказуемым деянием в государстве-члене, в которое направлен европейский ордер на арест, при этом, как писалось выше, список преступлений, в отношении которых выдается европейский ордер на арест, исчерпывающий и перечислен в ст. 2 рамочного решения.

На территории государств — членов ЕС взаимодействие в области уголовного судопроизводства осуществляется в рамках принципа взаимного признания судебных решений, в том числе приговоров<sup>19</sup>. До введения данной процедуры сотрудничество осуществлялось в рамках международных организаций, в том числе Совета Европы, однако «затяжные и тяжеловесные юридические процедуры, применяемые на уровне Совета Европы, не могли рассматриваться в качестве наиболее приемлемых рамок взаимодействия государств — членов Евросоюза»<sup>20</sup>.

Важное решение для улучшения координации действий государств в сфере уголовно-процессуального права было принято Европейским Советом в Тампере в 1999 г., оно ввело принцип взаимного признания судебных решений. Взаимное признание судебных решений означает, что любое судебное решение, вынесенное судебными органами одного государства — члена ЕС, должно признаваться и подлежать исполнению в любом другом государстве — члене ЕС.

При этом речь еще не шла о гармонизации уголовно-процессуального законодательства, однако рассматривалось как явный прорыв в уголовно-правовой и процессуальных сферах. «Акцент на взаимном признании вместо широко-масштабной гармонизации уголовного права был подходящим выбором как для государств-членов, опасавшихся утраты суверенитета в жизненно важной сфере, так и для институтов Евросоюза, которые стремились избежать подобным способом стагнации в развитии уголовного права объединения»<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Право Европейского союза: учебник / С.Ю. Кашкин, О.А. Четвериков и др.; под ред. С.Ю. Кашкина. 4-е изд., перераб. и доп. М: Юрайт, 2013. С. 875.

<sup>20</sup> Сафаров Н.А. Экстрадиция в международном уголовном праве: проблемы теории и практики. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 322–323.

<sup>21</sup> Аскеров З.А., Сафаров Н.А. Принцип взаимного признания судебных решений как фундаментальная основа системы уголовно-правового сотрудничества государств — членов Европейского союза // Известия вузов. Правоведение. 2011. № 4. С. 178.

<sup>17</sup> Гурбанов Р.А. Указ. соч. С. 1500.

<sup>18</sup> Council framework decision of 13.06.2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States // Official Journal of the European Union. 2002/584/JHA; Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26.02.2009 // Ibid. 2009. L. 81. P. 24.

Эволюция компетенции ЕС в области пространства свободы, безопасности и правосудия претерпела значительные качественные и количественные изменения. ЕС был пройден длительный и сложный путь от независимости государств — членов ЕС в сфере уголовного правосудия и наличия сотрудничества лишь путем заключения международных договоров, которыми предусматривались минимальные стандарты в уголовной и уголовно-процессуальной сферах, через постепенное ограничение компетенции государств — членов ЕС посредством передачи части своей компетенции институтам ЕС. Тем самым произошло наделение институтов ЕС правом издания рамочных решений в сфере пространства свободы, безопасности и правосудия на первоначальном этапе. В последствии приобретенная институтами ЕС компетенция в области пространства свободы, безопасности и правосудия дала право осуществлять гармонизацию законодательства государств — членов ЕС в области уголовного процесса.

Посредством создания собственной правовой наднациональной системы, в основу которой положен принцип верховенства и прямого действия правовых норм ЕС, и создания учреждений правоохранительной сферы на территории ЕС (Европол, Евроюст), а также путем введения таких процедур, как европейский ордер на арест, и взаимного признания приговоров и судебных решений, издания

нормативных правовых актов в сфере сближения законодательства в уголовной и уголовно-процессуальных сферах ЕС максимальным образом движется по пути гармонизации довольно разнообразной системы уголовно-процессуального законодательства государств — членов ЕС.

Одной из задач сближения законодательства в уголовно-процессуальной сфере ЕС является введение общих стандартов и правил в уголовно-процессуальной сфере в целях координации и усиления борьбы с транснациональной преступностью, получившей новый импульс в процессе стирания границ между государствами — членами ЕС. Однако при осуществлении гармонизации законодательства в уголовно-процессуальной сфере в целях борьбы с преступностью ЕС всегда гарантируются права человека, ведь Хартия ЕС об основных правах<sup>22</sup> наряду с Договором о ЕС и Договором о функционировании ЕС также относится к первичному праву ЕС.

Предпринимаемая ЕС сложная процедура гармонизации законодательства в сфере уголовного процесса направлена не только на устранение транснациональной преступности и облегчение привлечения к ответственности виновных лиц, но преследует цель защиты прав и свобод человека в уголовном процессе путем установления единых стандартов защиты в области уголовного судопроизводства.

#### Библиография:

1. Аскеров З.А., Сафаров Н.А. Принцип взаимного признания судебных решений как фундаментальная основа системы уголовно-правового сотрудничества государств — членов Европейского союза // Известия вузов. Правоведение. 2011. № 4. С. 178–198.
2. Гурбанов Р.А. Субъекты сотрудничества судебных органов государств — членов ЕС в сфере уголовного правосудия // Право и политика. 2011. № 9. С. 1500–1508.
3. Кашкин С.Ю., Четвериков А.О. Комментарии к основополагающим актам Европейского союза в редакции Лиссабонского договора. М., 2007 // СПС «Гарант».
4. Право Европейского союза: учебник / С.Ю. Кашкин, О.А. Четвериков и др.; под ред. С.Ю. Кашкина. 4-е изд., перераб. и доп. М: Юрайт, 2013. 647 с.
5. Сафаров Н.А. Экстрадиция в международном уголовном праве: проблемы теории и практики. М.: Волтерс Клувер, 2005. 416 с.
6. Трикоз Е.Н. Формирование уголовно-правовой системы Европейского союза // Журнал российского права. 2007. № 10. С. 97–104.

#### References (transliteration):

1. Askerov Z.A., Safarov N.A. Princip vzaimnogo priznaniya sudebnykh reshenij kak fundamental'naja osnova sistemy ugovolno-pravovogo sotrudnichestva gosudarstv — chlenov Evropejskogo sojuza // Izvestija vuzov. Pravovedenie. 2011. № 4. S. 178–198.
2. Gurbanov R.A. Sub'ekty sotrudnichestva sudebnykh organov gosudarstv — chlenov ES v sfere ugovolnogo pravosudija // Pravo i politika. 2011. № 9. S. 1500–1508.
3. Kashkin S.Ju., Chetverikov A.O. Kommentarii k osnovopolagajushhim aktam Evropejskogo sojuza v redakcii Lissabonskogo dogovora. M., 2007 // SPS «Garant».
4. Pravo Evropejskogo sojuza: uchebnyk / S.Ju. Kashkin, O.A. Chetverikov i dr.; pod red. S.Ju. Kashkina. 4-e izd., pererab. i dop. M: Jurajt, 2013. 647 s.
5. Safarov N.A. Jekstradicija v mezhdunarodnom ugovolnom prave: problemy teorii i praktiki. M.: Völters Kluver, 2005. 416 s.
6. Trikoz E.N. Formirovanie ugovolno-pravovoj sistemy Evropejskogo sojuza // Zhurnal rossijskogo prava. 2007. № 10. S. 97–104.

*Материал поступил в редакцию 25 декабря 2014 г.*

<sup>22</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union // Official Journal of the European Union. 2007. C. 303.

***Legal fundamentals of the competence of the European Union  
in the sphere of territory of freedom, security and justice at the current stage***

**SOROKINA, Elizaveta Mihailovna** — postgraduate student of the Department of the European Union law of the Kutafin Moscow State Law University.

[Sorokina-liza@yandex.ru]

123995, Russia, Moskva, ul.Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The article shall concern the legal fundamentals of the competence of the European Union in the sphere of territory of freedom, security and justice at the current stage, since the scope of this sphere widened considerably after the Lisbon treaty came into force. The article shall also study the key institutions, which were formed for the purposes of cooperation in the sphere of criminal procedural law in the EU and the relevant cooperation procedures among the Member States of the EU in the sphere of territory of freedom, security and justice.*

**Keywords:** *the European Union, territory of freedom, security and justice, criminal procedural legislation, EuroPol, EuroJust, European arrest warrant, legal aid.*

## Модель профессиональной общественной аттестации в сфере государственного управления: актуальные проблемы реализации\*\*

**Аннотация.** В статье анализируется современное состояние правового регулирования профессиональной общественной аттестации государственных служащих в Российской Федерации. Автор, последовательно рассматривая особенности аттестации и квалификационного экзамена, более пристальное внимание уделяет изучению признаков профессионально-общественной аттестации. Проведенный анализ позволил выявить ряд проблемных моментов в правовом регулировании процедуры аттестации государственных служащих и сформулировать предложения по его совершенствованию. В статье предлагается унифицировать процедуру аттестации для всех категорий государственных служащих, предусмотреть ответственность за ее непроведение. В работе делается вывод о необходимости создания системы индикаторов, свидетельствующих об уровне профессиональной подготовленности служащих. Проведенное исследование позволило автору сделать вывод о том, что на современном этапе сложилась необходимость трансформации модели профессиональной общественной аттестации в сфере государственного управления по следующим основным направлениям: необходимо унифицировать требования федерального и подзаконного нормативных актов к категориям лиц, не подлежащих аттестации; трансформировать участие представителей общественных советов с уровня общественного мониторинга в реальный инструментальный общественный контроль и открытого государственного управления; разработать индикаторы, позволяющие оценивать уровень профессиональной служебной деятельности, с соответствующей системой материального стимулирования государственных служащих, занимающихся научной деятельностью.

**Ключевые слова:** общественная аттестация, правовое регулирование, государственная служба, эффективность государственного управления, аттестационная комиссия.

*Качество государства зависит от качества людей, поэтому задача политики — обучение и изучение их нужд.*  
Платон

В отечественной юридической литературе в последнее время все чаще обозначается проблема эффективного государственного управления. Оценка эффективности как инструмента государственного управления становится предметом дискуссии между различными социальными группами, а аудит эффективности государственного управления становится критерием,

по которому судят о необходимости создания или ликвидации тех или иных государственных учреждений или организаций<sup>1</sup>.

Общая стратегическая цель, определяющая эффективность государственного управления, — повышение уровня социально-экономического

<sup>1</sup> См.: Глигич-Золотарева М.В. Аудит эффективности с позиций управления в федеративном государстве. Ч. 1: Общие подходы // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 7. С. 37–42; Она же. Аудит эффективности с позиций управления в федеративном государстве. Ч. 2. Использование методик оценки эффективности государственного управления в России // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 8. С. 33–39.

© Зенин С.С., 2015

\* Зенин Сергей Сергеевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), старший научный сотрудник НИИ ФСИН России.

[zeninsergei@mail.ru]

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

\*\* Данная статья подготовлена в рамках государственного задания Министерства образования и науки РФ на оказание услуг (выполнения работ) ФГБОУ ВПО Московским государственным юридическим университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА); НИР «Модель профессионально-общественной аттестации в сферах бизнеса и государственного управления».

развития, одним из элементов которого выступает повышение профессионализма, престижа и конкурентоспособности госслужбы<sup>2</sup>. Разработанная в рамках дистрибутивной парадигмы справедливости<sup>3</sup> система заслуг закрепляет правило распределения государственных должностей в зависимости от профессиональной компетенции, что, в свою очередь, предполагает не только конкурсный отбор наиболее квалифицированных кадров при зачислении на государственную службу, но и возможность должностного роста государственного служащего. Для этого используются различные способы оценки его профессиональных качеств — аттестация, квалификационный экзамен и др.<sup>4</sup>

В соответствии с ч. 1 ст. 48 Федерального закона № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе РФ» (далее — Федеральный закон № 79-ФЗ)<sup>5</sup>, цель аттестации — определение его соответствия замещаемой должности гражданской службы.

Фактическое отсутствие легального определения аттестации государственных служащих предполагает выявление ее признаков.

Так, Е.П. Поплавская<sup>6</sup> выделяет следующие особенности этого института.

Аттестация — это неуклонная процедура для любого государственного служащего. Ее несоблюдение в установленные сроки считается дисциплинарным проступком и предполагает наложение соответствующего дисциплинарного взыскания. Исключение составляют категории, прямо установленные в законе.

Процедура аттестации осуществляется в государственном учреждении либо специализированной организации. Ее результаты имеют юридическое значение не только для государственного служащего, но и для государства.

Является государственной процедурой. Она проводится в государственном органе, с которым у государственного служащего заключен служебный контракт или в другой, как правило, специализированной для этого организации.

Объектом проверки является теоретические, практические знания и навыки служащего по за-

нимаемой должности, а также его личностные качества, имеющее значение для прохождения государственной службы.

Осуществляется периодически — 1 раз в 3 года (очередная), а внеочередная — в иные периоды, но реже установленных для очередной аттестации.

Осуществляется специально создаваемыми для этого аттестационными комиссиями.

Используются разнообразные формы проведения аттестации.

Результатом аттестации является продолжение, изменение или прекращение служебного контракта, которое может сопровождаться прохождением переподготовки, повышения квалификации, стажировки или получением дополнительного образования гражданским служащим, а также изменением условий оплаты его труда<sup>7</sup>.

Современное законодательство в ст. 48, 49 четко отграничивает аттестацию от квалификационного экзамена, закрепляя за последним вопросы присвоения классного чина<sup>8</sup>. Как видим, продвижение по службе применительно для государственного служащего возможно только через процедуру сдачи квалификационного экзамена.

В.Б. Башуров в качестве особенностей аттестации гражданских служащих указывает следующие признаки: целевое назначение аттестации; периодичность проведения этой процедуры; субъектный состав лиц, подлежащих прохождению аттестации; предмет оценки; применяемые методы аттестационной оценки; варианты принимаемых решений и правовые последствия аттестации гражданских служащих<sup>9</sup>.

Как видно из предложенных классификаций признаков исследуемого института, в целом авторы занимают сходные позиции. Тем не менее хотелось бы обратить внимание на ряд особенностей.

Признавая аттестацию в качестве общеобязательной процедуры для всех государственных служащих, законодатель указал на ряд исключений. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 48 Федерального закона № 79-ФЗ, аттестации не подлежат гражданские служащие, замещающие должности гражданской службы категорий «руководители» и «помощники (советники)», в случае если с указанными гражданскими служащими заключен срочный служебный контракт. Перечисленные выше категории государственных гражданских служащих, относящиеся к управленческому аппарату (независимо от группы), исключены из процедуры профессиональной оценки их соот-

<sup>2</sup> См.: Показатели эффективности реформы государственного управления. М.: Алекс, 2004. С. 16.

<sup>3</sup> См.: Прокофьев А.В. Феномен общественной морали: философский анализ: дис. ... д-ра филос. наук. М., 2006. С. 204; Кашников Б.Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России. Великий Новгород: Изд-во НовГУ, 2004.

<sup>4</sup> См.: Пресняков М.В. Конституционная концепция справедливости // Известия вузов. Правоведение. 2011. № 6. С. 102–130.

<sup>5</sup> См.: Федеральный закон от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе РФ» (ред. от 02.04.2014) // Собрание законодательства РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

<sup>6</sup> См.: Поплавская Е.П. Понятие аттестации государственных гражданских служащих // Известия ТулГУ. Экономические и юридические науки. 2008. № 1. С. 249–256.

<sup>7</sup> См.: Поплавская Е.П. Указ. соч.

<sup>8</sup> См.: Федеральный закон от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе РФ» (ред. от 02.04.2014) // Собрание законодательства РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

<sup>9</sup> См.: Башуров В.Б. Отграничение квалификационного экзамена от аттестации государственных гражданских служащих Российской Федерации // Современное право. 2011. № 11. С. 82–88.

ветствия занимаемой должности. В целях недопущения кадрового протекционизма, на наш взгляд, необходимо унифицировать указанную процедуру для всех категорий государственных служащих, предусмотреть ответственность за неисполнение этого правила, а также поставить в зависимость решение руководителя государственного органа от решения комиссии, проводящей аттестацию<sup>10</sup>.

Кроме того, указ Президента РФ от 01.02.2005 № 110 (далее — Указ № 110), закрепивший Положение о проведении аттестации государственных гражданских служащих, в п. 3 расширил перечень гражданских служащих, не подлежащих аттестации: а) проработавших в занимаемой должности гражданской службы менее 1 года; б) достигших возраста 60 лет; в) беременных женщин; г) находящихся в отпуске по беременности и родам и в отпуске по уходу за ребенком до достижения им возраста 3 лет (аттестация указанных гражданских служащих возможна не ранее чем через 1 год после выхода из отпуска); д) в течение 1 года со дня сдачи квалификационного экзамена<sup>11</sup>. Представляется, что Указ № 110 несколько не соответствует положениям Федерального закона. Без сомнения, расширение перечня обусловлено необходимостью повышенной социальной защиты обозначенных категорий, тем не менее представляется целесообразным унифицировать требования федерального и подзаконного нормативных актов.

Временные рамки проведения аттестации, в соответствии с п. 4 Положения о проведении аттестации, предусматривают срок 1 раз в 3 года. Возможна и внеочередная аттестация по соглашению сторон служебного контракта с учетом результатов годового отчета о профессиональной служебной деятельности гражданского служащего; по решению представителя нанимателя в лице руководителя государственного органа или представителя этого руководителя, осуществляющих полномочия представителя нанимателя от имени РФ или субъекта РФ, после принятия в установленном порядке решения: а) о сокращении должностей гражданской службы в государственном органе; б) об изменении условий оплаты труда гражданских служащих<sup>12</sup>. Отметим, что временные рамки положений об аттестации в рамках ведомственного нормотворчества четко и

практически без изменений дублируют пункты, закрепленные в Положении о проведении аттестации<sup>13</sup>.

Состав членов аттестационных комиссий закрепляется в нормативных актах уполномоченных на то учреждений и организаций. Примером может послужить Приказ Минфина РФ от 27.05.2010 № 51н «Об утверждении Порядка создания единой аттестационной комиссии»<sup>14</sup>, Приказ Ростехнадзора от 26.03.2012 № 185 «Об утверждении Порядка работы аттестационной комиссии Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору»<sup>15</sup>, Приказ МВД России от 17.03.2008 № 245 «Об утверждении Регламента работы аттестационной комиссии Министерства внутренних дел РФ по вопросам федеральной государственной гражданской службы»<sup>16</sup>. Состав участников комиссии определяется, как правило, из числа руководителей и наиболее высококвалифицированных специалистов государственного учреждения, в том числе представители профсоюзной организации. Кроме того, в ряде случаев состав аттестационной комиссии формируется с учетом необходимости исключения возможности конфликта интересов, который мог бы повлиять на принимаемые аттестационной комиссией решения<sup>17</sup>. С учетом специфики осуществляемой деятельности также могут включаться представители научных, образовательных и других организаций, приглашаемых в качестве независимых экспертов — специалисты по вопросам, связанным с гражданской службой, без указания персональных данных экспертов, представители общественных советов.

<sup>13</sup> См. напр.: Приказ МЧС РФ от 28.03.2007 № 168 «Об утверждении Положения о порядке проведения аттестации и порядке сдачи квалификационного экзамена федеральными государственными гражданскими служащими центрального аппарата и руководителями территориальных органов, замещающими должности федеральной государственной гражданской службы, Министерства РФ по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2007. № 22.

<sup>14</sup> См.: Приказ Минфина РФ от 27.05.2010 № 51н «Об утверждении Порядка создания единой аттестационной комиссии» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 42.

<sup>15</sup> См.: Приказ Ростехнадзора от 26.03.2012 № 185 «Об утверждении Порядка работы аттестационной комиссии Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору» (ред. от 22.08.2014) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. № 35.

<sup>16</sup> См.: Приказ МВД России от 17.04.2008 № 245 «Об утверждении Регламента работы аттестационной комиссии Министерства внутренних дел РФ по вопросам федеральной государственной гражданской службы» (ред. от 28.07.2014) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2008. № 18.

<sup>17</sup> См.: Приказ Минобрнауки России от 28.07.2014 г. № 795 «Об утверждении Положения о порядке проведения аттестации работников, занимающих должности научно-педагогических работников» // Российская газета. 2014. 29 авг.

<sup>10</sup> См.: Антонова Н.М. Проблемы юридической ответственности в контексте реализации конституционного принципа равного доступа к государственной службе в Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2010. № 5. С. 23–26.

<sup>11</sup> См.: Указ Президента РФ от 01.02.2005 № 110 «О проведении аттестации государственных гражданских служащих РФ» (ред. от 19.03.2013) // Собрание законодательства РФ. 2005. № 6. Ст. 437.

<sup>12</sup> См.: Беляев А. Порядок прохождения государственной службы // Учреждения культуры и искусства: бухгалтерский учет и налогообложение. 2009. № 10. С. 40–52.

Общее число этих представителей и независимых экспертов в ряде случаев должно составлять не менее 1/4 от общего числа членов аттестационной комиссии. Все члены аттестационной комиссии при принятии решений обладают равными правами<sup>18</sup>.

Указом Президента РФ от 19.03.2013 № 208<sup>19</sup> в Указ № 110 внесены изменения, согласно которым в состав аттестационной комиссии в федеральном органе исполнительной власти, при котором, в соответствии со ст. 20 Федерального закона от 04.04.2005 № 32-ФЗ «Об Общественной палате РФ»<sup>20</sup>, образован общественный совет, а также аттестационной комиссии в органе исполнительной власти субъекта РФ, при котором, в соответствии с нормативным правовым актом субъекта РФ, образован общественный совет, наряду с лицами, названными в абз. 2 настоящего пункта, включаются представители указанных общественных советов. Общее число этих представителей и независимых экспертов должно составлять не менее 1/4 от общего числа членов аттестационной комиссии.

Кандидатуры представителей общественного совета при государственном органе для включения в состав аттестационной комиссии представляются этим советом по запросу руководителя государственного органа.

Формирование указанных выше общественных советов осуществляется в несколько этапов. По итогам собственного заседания Совет общественной палаты направляет руководителю федерального исполнительного органа предложение о создании такого совета (включая причины обращения, цель сотрудничества, план работы, сроки и предполагаемые результаты взаимодействия). Руководитель федерального органа исполнительной власти выносит решение по указанному вопросу.

Порядок образования общественных советов при федеральных органах исполнительной власти определяется в зависимости от того, кто осуществляет контроль над деятельностью федерального органа исполнительной власти — Президент РФ или Правительство РФ.

В соответствии с п. 2 Постановления Правительства РФ от 02.08.2005 № 481 «О порядке

образования общественных советов при федеральных министерствах, руководство которыми осуществляет Правительство РФ, федеральных службах и федеральных агентствах, подведомственных этим федеральным министерствам, а также федеральных службах и федеральных агентствах, руководство которыми осуществляет Правительство РФ»<sup>21</sup> (далее — Постановление № 481), предложение общественной палаты рассматривается в течении 1 месяца и в течение 2 месяцев образуется указанный общественный совет, функционирующий на бесплатной основе, финансирование деятельности самого общественного совета осуществляется из средств федерального бюджета, выделенных на финансирование соответствующего федерального органа исполнительной власти<sup>22</sup>.

При федеральных органах исполнительной власти контроль над деятельностью которых осуществляет Президент РФ (в том числе федеральные министерства, федеральные службы и федеральные агентства), образование общественных советов регулируется Указом Президента РФ от 04.08.2006 № 842 «О порядке образования общественных советов при федеральных министерствах, федеральных службах и федеральных агентствах, руководство деятельностью которых осуществляет Президент РФ, при федеральных службах и федеральных агентствах, подведомственных этим федеральным министерствам»<sup>23</sup>.

В рамках исследования особенностей формирования таких советов считаем верной позицию О.А. Околесновой, по мнению которой существующий сегодня порядок формирования ставит под сомнение их общественное начало. Если состав напрямую зависит от руководителя ведомства, при котором создается общественный совет, то деятельность подобных органов будет объективной только при условии их независимости от органов исполнительной власти, при которых они созданы. В противном случае их общественный

<sup>21</sup> См.: Постановление Правительства РФ от 02.08.2005 № 481 «О порядке образования общественных советов при федеральных министерствах, руководством которыми осуществляет Правительство РФ, федеральных службах и федеральных агентствах, подведомственных этим федеральным министерствам, а также федеральных службах и федеральных агентствах, руководством которыми осуществляет Правительство РФ» (ред. от 06.06.2013) // Собрание законодательства РФ. 2005. № 32. Ст. 3322.

<sup>22</sup> См.: Давыдов Л.В., Слобцов И.А., Степашина М.С. Комментарий к Федеральному закону от 04.04.2005 № 32-ФЗ «Об Общественной палате РФ» (постатейный) // СПС «Консультант Плюс».

<sup>23</sup> См.: Указ Президента РФ от 04.08.2006 № 842 «О порядке образования общественных советов при федеральных министерствах, федеральных службах и федеральных агентствах, руководством деятельностью которых осуществляет Президент РФ, при федеральных службах и федеральных агентствах, подведомственных этим федеральным министерствам» (ред. от 23 мая 2013 г.) // Собрание законодательства РФ. 2006. № 32. Ст. 3539.

<sup>18</sup> См.: Приказ Минспорта России от 13.09.2012 № 211 «Об утверждении Порядка работы аттестационной комиссии Министерства спорта РФ» (ред. от 30.05.2014) // Российская газета. 2012. 10 дек.

<sup>19</sup> См.: Указ Президента РФ от 19.03.2013 г. № 208 «О внесении изменений в Положение о проведении аттестации государственных гражданских служащих РФ, утвержденное Указом Президента РФ от 01.02.2005 № 110, и в Положение о конкурсе на замещение вакантной должности государственной гражданской службы РФ, утвержденное Указом Президента РФ от 01.02.2005 № 112» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 12. Ст. 1242.

<sup>20</sup> См.: Федеральный закон от 04.04.2005 № 32-ФЗ «Об Общественной палате РФ» (ред. от 20.04.2014) // Собрание законодательства РФ. 2005. № 15. Ст. 1277.

характер утрачивается, и не может быть достигнута основная цель их создания<sup>24</sup>.

Думается, что на практике будет весьма затруднительно реализовать право членов таких общественных советов вмешиваться в деятельность аттестационных комиссий, привлекать руководителей, ответственных за проведение аттестации к правовой ответственности<sup>25</sup>. Подразумевается, на наш взгляд, в лучшем случае реализация функции общественного мониторинга.

При проведении оценки в качестве ее предмета п. 2 Положения о проведении аттестации указывает «определение соответствия гражданского служащего замещаемой должности гражданской службы на основе оценки его профессиональной служебной деятельности», при этом согласно абз. 2 п. 17 вышеуказанного Положения оценивается «его соответствие квалификационным требованиям по замещаемой должности гражданской службы, его участие в решении поставленных перед соответствующим подразделением (государственным органом) задач, сложность выполняемой им работы, ее эффективность и результативность».

Требование о соответствии квалификационным характеристикам, предъявляемым в рамках указанного выше положения, выглядит, на наш взгляд, избыточным, прежде всего потому что ч. 1 ст. 22 Федерального закона № 79-ФЗ и п. 19 Положения о конкурсе на замещение вакантной должности государственной гражданской службы РФ<sup>26</sup> указывают на то, что граждане, поступающие на службу, должны удовлетворять квалификационным требованиям, установленным Федеральным законом № 79-ФЗ.

Кроме того, в 2013 г. Министерством труда России была разработана система квалификационных требований, нашедшая свое отражение в Методическом инструментарии по установлению квалификационных требований к должностям государственной гражданской службы<sup>27</sup>. Следует отметить, что разработанный в рамках компетентностного подхода инструментарий, адаптированный в основном на психометрические составляющие, на наш взгляд, не всегда объективно может дать точный прогноз, соответствует ли тот

или иной кандидат предъявляемым требованиям. На сегодняшний день разумное сочетание тестовых заданий с поведенческими процедурами, дополненными интервью, представляются, на наш взгляд, наиболее эффективным<sup>28</sup>.

Критерии сложности выполняемой работы, ее эффективность и результативность также, полагаем, требуют усовершенствования ввиду того, что на сегодняшний день унифицированной методики оценки и показателей деятельности государственного служащего, закрепленного в его должностном регламенте, не предусмотрено. А принятые на сегодняшний день методические рекомендации по комплексной оценке в ряде случаев носят рекомендательный характер и могут учитываться при проведении аттестаций<sup>29</sup>.

Результаты профессиональной служебной деятельности должны содержать индикаторы, которые позволили бы стать мерой, определяющей уровень профессионализма государственных служащих. Следует в этой связи указать на ч. 14–17 ст. 50 Федерального закона № 79-ФЗ, закрепляющие возможность особого порядка оплаты труда государственных служащих. На сегодняшний день нормативно этот вопрос остается неурегулированным, что без сомнения оказывает влияние на достижение конкретных результатов деятельности государственными служащими<sup>30</sup>. Также, полагаем, возникает вопрос о том, почему особый порядок оплаты труда государственного служащего предполагает его закрепление только за определенными категориями? Эффективность и результативность выполняемой работы должны стать универсальными критериями с соответствующим уровнем материального стимулирования.

Существующая в государственных органах система планирования достаточно часто не позволяет верно оценить результаты работы чиновника уровня руководителя за определенный период. Это приводит к смещению акцента с конечного результата деятельности на исполнение текущих обязанностей по организации работы государственного учреждения, исполнение конкретных поручений, демонстрацию лидерских качеств, что не всегда указывает на результативность их деятельности. Как справедливо указывает Д.А. Герасименко, это приводит к следующим проблемам:

<sup>24</sup> См.: Околеснова О.А. Субъекты информационно-правовых отношений в сфере общественного контроля // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 6. С. 22–26.

<sup>25</sup> См.: Нестеров А.В. Об общественном контроле и открытом государственном управлении // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 3. С. 12–18.

<sup>26</sup> См.: Указ Президента РФ от 01.02.2005 № 112 «О конкурсе на замещение вакантной должности государственной гражданской службы РФ» (ред. от 19.03.2014) // Собрание законодательства РФ. 2005. № 6. Ст. 439.

<sup>27</sup> См.: Методический инструментарий по установлению квалификационных требований к должностям государственной гражданской службы (документ опубликован не был) // СПС «Гарант».

<sup>28</sup> См.: Лурье Е. Психологические тесты в оценке компетенций // Кадровик. Кадровый менеджмент. 2009. № 9. С. 65–78.

<sup>29</sup> См.: Приказ ФНС России от 23.05.2012 № ММВ-7-4/349@ «Об утверждении Методических рекомендаций по комплексной оценке федеральных государственных гражданских служащих территориальных органов Федеральной налоговой службы» (ред. от 26.05.2014). Абз. 2 п. 13 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>30</sup> См.: Давыдов К.В. Должностные регламенты государственных гражданских служащих как элемент реформы государственной службы Российской Федерации: основные правовые проблемы // Административное право и процесс. 2011. № 4. С. 27–32.

- оценка итогов работы государственного служащего не соответствует успешности достижения целей, которые были перед ним поставлены, то есть не является адекватной;
- неадекватность оценки снижает эффективность работы как руководителей, которые были незаслуженно высоко оценены (возникает чувство «безнаказанности» контроля), так и тех, которые были незаслуженно недооценены (снижается мотивация к качественному исполнению обязанностей)<sup>31</sup>.

Большое влияние на вынесение решения по результатам профессиональной аттестации служебной деятельности государственного служащего оказывает анализ документов, которые передаются в аттестационную комиссию. К ним, в частности, следует отнести: а) административный регламент или положение о соответствующем органе; б) положение о подразделении, в котором проходит службу аттестуемый; в) регламент по замещаемой должности г) отзыв об исполнении обязанностей за период службы д) дополнительные сведения, представленные в аттестационную комиссию гражданским служащим о своей профессиональной служебной деятельности за аттестационный период; е) заявление гражданского служащего о его несогласии с представленным отзывом; ж) пояснительная записка гражданского служащего на отзыв непосредственного руководителя; з) аттестационный лист гражданского служащего с данными предыдущей аттестации, позволяющий сравнить сведения о гражданском служащем, проверить выполнение им замечаний и предложений аттестационной комиссии.

На собеседовании гражданскому служащему могут быть заданы вопросы о содержании результатов его профессиональной деятельности с учетом его опыта, знания им налагаемых законом ограничений и порядка их соблюдения; запретов, связанных с гражданской службой, требований к служебному поведению гражданского служащего. Текст вопросов и краткие ответы на них должны найти свое отражение в протоколе. Грамотное оформление аттестационной документации и четкое проведение самой аттестационной процедуры должно исключить основания для обращения работника в суд.

Так, в Апелляционном определении Верховного суда Республики Тыва от 02.07.2013 по делу № 33-565/2013 на решение Кызылского городского суда Республики Тыва от 04.04.2013, в частности, указано, что поскольку о проведении аттестации 10.01.2013, на которой не присутствовали

независимые эксперты и руководитель структурного подразделения, истица заранее не была предупреждена, а также не проводилось обсуждение профессиональных и личностных качеств истицы, и решение не соответствует нормативному правовому акту, суд правильно признал проведение аттестации в отношении истицы с нарушением установленного порядка, а ее результаты недействительными<sup>32</sup>.

Положение о проведении аттестации в п. 20 предусматривает ограниченный перечень результирующих решений, принимаемых по итогам аттестации: а) соответствует замещаемой должности гражданской службы; б) соответствует замещаемой должности гражданской службы с включением в кадровый резерв для замещения вакантной должности гражданской службы в порядке должностного роста; в) соответствует замещаемой должности гражданской службы при условии успешного прохождения профессиональной переподготовки или повышения квалификации; г) не соответствует замещаемой должности гражданской службы<sup>33</sup>.

В случае если по результатам голосования голоса членов аттестационной комиссии распределяются поровну, служащий все равно признается соответствующим занимаемой должности. Указанное правило, закрепленное в п. 19 Положения об аттестации, представляется избыточным, так как может применяться только по последнему основанию, а процедура голосования не предполагает тайного проведения. Следовательно, состав аттестационной комиссии заранее можно предусмотреть нечетный, председательствующий при подсчете голосов сможет принять окончательное решение. Полагаем целесообразным ориентировать членов аттестационной комиссии на четкое установление условий такого соответствия.

Решение, принимаемое аттестационной комиссией, представляет собой резолютивное юридическое действие, ввиду того что в нем итоги аттестации гражданского служащего подводятся в окончательном виде. Фактическая и юридическая обоснованность решения аттестационной комиссии определяет ее результат.

9. Итогом указанных выше видов решений может быть включение служащего в кадровый резерв для замещения вакантной должности гражданской службы в порядке должностного роста в рамках подп. «а» п. 23 Положения об аттестации. Как справедливо указывает В.Б. Башуров, оно не свойственно аттестации гражданских служащих, так как:

<sup>31</sup> См.: Герасименко Д.А. Специфика оценки результативности профессиональной служебной деятельности государственных служащих // Электронный вестник Ростовского социально-экономического института. 2014. № 1. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/spetsifika-otsenki-rezultativnosti-professionalnoy-služhebnoy-deyatelnosti-gosudarstvennyh-služhaschih> (дата посещения: 29.10.2014).

<sup>32</sup> См.: Апелляционное определение Верховного суда Республики Тыва от 02.07.2013 по делу № 33-565/2013 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>33</sup> См.: Некрасова Ю. Проведение аттестации госслужащих // Казенные учреждения: бухгалтерский учет и налогообложение. 2011. № 9. С. 73–77.

1) не соответствует цели аттестации;  
 2) не обеспечивает равного доступа граждан к государственной службе и, соответственно, противоречит правилу формирования на конкурсной основе для замещения должностей гражданской службы кадрового резерва (ст. 64 Федерального закона № 79-ФЗ);

- 3) не позволяет определить:
- в какой из кадровых резервов рекомендуется гражданский служащий к включению — в федеральный кадровый резерв, кадровый резерв федерального государственного органа, кадровый резерв субъекта РФ либо в кадровый резерв государственного органа субъекта РФ;
  - на какую из вышестоящих должностей гражданской службы гражданский служащий подлежит включению в кадровый резерв;
  - на основании каких данных аттестационной комиссией установлено соответствие гражданского служащего квалификационным требованиям по вышестоящей должности гражданской службы;
  - какие правовые последствия влечет данное решение аттестационной комиссии в отношении гражданского служащего в случае отражения мнения аттестационной комиссии в решении представителя нанимателя (правовом акте государственного органа)<sup>34</sup>.

Полагаем, наиболее справедливым здесь видится решение аттестационной комиссии о соответствии или несоответствии государственного служащего замещаемой должности и включении или не включении рекомендации к поощрению по результатам аттестации.

Следует указать особо на то обстоятельство, что в апреле 2014 г. в Указ № 110 были внесены изменения, исключаящие словосочетание «установленный порядок», оптимизировав тем самым процедуру принятия результирующего документа<sup>35</sup>.

Подпункт «б» п. 23 Положения об аттестации предусматривает принятие решения о соответствии гражданского служащего замещаемой должности гражданской службы при условии успешного прохождения профессиональной переподготовки или повышения квалификации.

Однако Положение об аттестации не указывает сроки реализации такого условия. Кроме того, полагаем ошибочным признавать государственного служащего соответствующим замещаемой должности ввиду отсутствия у него необходимых квалификационных характеристик.

Получается, что в одном случае аттестационная комиссия принимает решение о понижении гражданского служащего в должности или его переводе на нижестоящую должность с его согласия (подп. «в» п. 23 Положения об аттестации), а в другом — направляет на профессиональную подготовку или повышение квалификации. Представляется, что на практике при проведении аттестации субъективное мнение руководителя комиссии может иметь решающее значение.

Подводя итог всему вышесказанному, следует указать на необходимость существенной трансформации модели профессиональной общественной аттестации в сфере государственного управления по следующим основным направлениям:

- унифицировать требования федерального и подзаконных нормативных актов к категориям лиц, не подлежащих аттестации;
- трансформировать участие представителей общественных советов с уровня общественного мониторинга в реальный инструментальный общественный контроль и открытого государственного управления;
- разработать индикаторы, позволяющие оценивать уровень профессиональной служебной деятельности, с соответствующей системой материального стимулирования государственных служащих занимающихся научной деятельностью;
- в рамках итогового решения, на наш взгляд, представляется целесообразным принимать решение о соответствии или несоответствии гражданского служащего замещаемой должности и включении или не включении рекомендации к поощрению по результатам аттестации, направлении на учебу или включении в кадровый резерв, выделив критерии, предъявляемые к нему по должности.

#### Библиография:

1. Антонова Н.М. Проблемы юридической ответственности в контексте реализации конституционного принципа равного доступа к государственной службе в Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2010. № 5. С. 23–26.

<sup>34</sup> См.: Башуров В.Б. Указ. соч.

<sup>35</sup> См.: Указ Президента РФ от 19.03.2014 № 156 «О внесении изменений в Положение о проведении аттестации государственных гражданских служащих РФ, утвержденное Указом Президента РФ от 01.02.2005 № 110, и Положение о конкурсе на замещение вакантной должности государственной гражданской службы РФ, утвержденное Указом Президента РФ от 01.02.2005 № 112» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 12. Ст. 1263.

2. Башуров В.Б. Отграничение квалификационного экзамена от аттестации государственных гражданских служащих Российской Федерации // Современное право. 2011. № 11. С. 82–88.
3. Беляев А. Порядок прохождения государственной службы // Учреждения культуры и искусства: бухгалтерский учет и налогообложение. 2009. № 10. С. 40–52.
4. Давыдов К.В. Должностные регламенты государственных гражданских служащих как элемент реформы государственной службы Российской Федерации: основные правовые проблемы // Административное право и процесс. 2011. № 4. С. 27–32.
5. Некрасова Ю. Проведение аттестации госслужащих // Казенные учреждения: бухгалтерский учет и налогообложение. 2011. № 9. С. 73–77.
6. Нестеров А.В. Об общественном контроле и открытом государственном управлении // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 3. С. 12–18.
7. Околеснова О.А. Субъекты информационно-правовых отношений в сфере общественного контроля // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 6. С. 22–26.
8. Поплавская Е.П. Понятие аттестации государственных гражданских служащих // Известия ТулГУ. Экономические и юридические науки. 2008. № 1. С. 249–256.
9. Пресняков М.В. Конституционная концепция справедливости // Известия вузов. Правоведение. 2011. № 6. С. 102–130.

**References (transliteration):**

1. Antonova N.M. Problemy juridicheskoy otvetstvennosti v kontekste realizacii konstitucionnogo principa rovnogo dostupa k gosudarstvennoj sluzhbe v Rossijskoj Federacii // Gosudarstvennaja vlast' i mestnoe samoupravlenie. 2010. № 5. S. 23–26.
2. Bashurov V.B. Otgranichenie kvalifikacionnogo jekzamena ot attestacii gosudarstvennyh grazhdanskihslužhashhih Rossijskoj Federacii // Sovremennoe pravo. 2011. № 11. S. 82–88.
3. Beljaev A. Porjadok prohozhenija gosudarstvennoj sluzhby // Uchrezhdenija kul'tury i iskusstva: buhgalterskij uchet i nalogooblozhenie. 2009. № 10. S. 40–52.
4. Davydov K.V. Dolzhnostnye reglamenti gosudarstvennyh grazhdanskih služhashhih kak jelement reformy gosudarstvennoj sluzhby Rossijskoj Federacii: osnovnye pravovye problemy // Administrativnoe pravo i process. 2011. № 4. S. 27–32.
5. Nekrasova Ju. Provedenie attestacii gossluzhashhih // Kazennye uchrezhdenija: buhgalterskij uchet i nalogooblozhenie. 2011. № 9. S. 73–77.
6. Nesterov A.V. Ob obshhestvennom kontrole i otkrytom gosudarstvennom upravlenii // Gosudarstvennaja vlast' i mestnoe samoupravlenie. 2014. № 3. S. 12–18.
7. Okolesnova O.A. Subekty informacionno-pravovyh otnoshenij v sfere obshhestvennogo kontrolja // Gosudarstvennaja vlast' i mestnoe samoupravlenie. 2014. № 6. S. 22–26.
8. Poplavskaja E.P. Ponjatije attestacii gosudarstvennyh grazhdanskih služhashhih // Izvestija TulGU. Jekonomicheskie i juridicheskie nauki. 2008. № 1. S. 249–256.
9. Presnjakov M.V. Konstitucionnaja koncepcija spravedlivosti // Izvestija vuzov. Pravovedenie. 2011. № 6. S. 102–130.

*Материал поступил в редакцию 7 ноября 2014 г.*

**Model of the professional public attestation in the sphere of state administration: topical issues of its implementation**

**ZENIN, Sergey Sergeevich** — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University, senior scientific researcher of the Scientific Research Institute of the Federal Penitentiary Service of Russia.

[zeninsergei@mail.ru]

123995, Russia, Moskva, ul.Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The article provides analysis of the current situation with the professional public attestation of the public officials in the Russian Federation. The author consequently studies the specificities of attestation and qualification exam, paying special attention to the elements of professional public attestation. The said analysis has allowed to reveal a number of problems in the legal regulation of the procedure of attestation of state service officials, allowing to formulate proposals for its improvement. The article also proposes unification of the attestation procedure for all categories of state service officials, and formulates specific improvements. The conclusion is drawn on the need to form the system of indicators, showing the level of professional competence of the state service officials. The study has allowed the author that at the current stage of development there formed the need to transform the model of professional public attestation in the sphere of public administration in three key directions. In the opinion of the author, there is need to unify the requirements of federal laws and the by-laws to the various categories of persons, who are not subject to attestation: there is need to transform participation of the public councils at the level of public monitoring into an efficient instrument for social control and open public administration, there is also need to develop indicators, allowing to evaluate the level of professional service activities and the system of material support of state service officials, engaging in scientific activities.*

**Keywords:** *public attestation, legal regulation, state service, efficiency of state administration, attestation commission.*

# УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ 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 ученые степени, — перед аспирантами и соискателями.
3. Один Автор может опубликовать в течение года не более трех своих статей. Все исключения необходимо заранее согласовывать с редакцией.
4. **Направление Автором статьи для опубликования в Журнале считается акцептом**, т.е. согласием Автора на заключение Лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Актуальные проблемы российского права». Содержание договора опубликовано на сайте 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, а также включенных в Список сокращений, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.

### Список сокращений

АПК РФ — Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации  
БК РФ — Бюджетный кодекс Российской Федерации  
ГК РФ — Гражданский кодекс Российской Федерации  
ГПК РФ — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации  
ГрК РФ — Градостроительный кодекс Российской Федерации  
ЖК РФ — Жилищный кодекс Российской Федерации  
ЗК РФ — Земельный кодекс Российской Федерации  
КоАП РФ — Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях  
НК РФ — Налоговый кодекс Российской Федерации  
СК РФ — Семейный кодекс Российской Федерации  
ТК РФ — Трудовой кодекс Российской Федерации  
ТК ТС — Таможенный кодекс Таможенного союза  
УИК РФ — Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации  
УК РФ — Уголовный кодекс Российской Федерации  
УПК РФ — Уголовный процессуальный кодекс Российской Федерации

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).

Научное редактирование и корректура: Н.Р. Бочкарева  
Компьютерная верстка: О.В. Панова

Подписка на журнал возможна с любого месяца  
Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11178

#### Вниманию наших авторов!

Отдельные материалы журнала размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «Гарант».

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Актуальные проблемы российского права» обязательна.

Полная или частичная перепечатка материалов допускается только по письменному разрешению авторов статей или редакции.

Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору за соблюдением законодательства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия  
ПИ № ФС77-125128 от 28 июля 2006 г.

ISSN 1994-1471

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Адрес редакции: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Тел.: (499) 244-85-56. E-mail: actprob@msal.ru

Сайт: [http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific\\_journals/](http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific_journals/)

Подписано в печать 13.07.2015 г. Объем: 25,57 усл.печ.л., формат 60x84/8.

Тираж 250 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная.

Отпечатано в Издательском центре Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

**ДЛЯ ЗАМЕТОК**

**ДЛЯ ЗАМЕТОК**

**ДЛЯ ЗАМЕТОК**