

Председатель редакционного совета журнала

БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

Заместитель председателя редакционного совета

СИНЮКОВ Владимир Николаевич проректор по научной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, почетный сотрудник МВД России.

Исполняющий обязанности главного редактора журнала

СОКОЛОВА Наталья Александровна доктор юридических наук.

Ответственный секретарь

САЛИЯ Марианна Романовна эксперт отдела научно-издательской политики Управления организации научной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Редакционный совет журнала

БЕКЯШЕВ Камиль Абдулович доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки РФ.

БЕШЕ-ГОЛОВКО Карин доктор публичного права (Франция).

БОНДАРЬ Николай Семенович доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ, заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки РФ.

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

ДМИТРИЕВА Галина Кирилловна доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный юрист города Москвы.

ИСАЕВ Игорь Андреевич доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ.

КОМОРИДА Акио профессор Университета Канагава (Япония).

КОЛЮШИН Евгений Иванович доктор юридических наук, профессор, член Центризбиркома России, заслуженный юрист РФ.

МАЛИНОВСКИЙ Владимир Владимирович кандидат юридических наук, заместитель Генерального прокурора РФ, государственный советник юстиции 1 класса.

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

НОГО Срето	доктор юридических наук, профессор Университета Джона Нейсбитта (Белград, Сербия), президент Сербской королевской академии, Генеральный секретарь Ассоциации международного уголовного права, вице-президент Всемирного форума по борьбе с организованной преступностью в эпоху глобализации (штаб-квартира в Пекине).
ОТМАР Зойль	доктор права, почетный доктор права, Emeritus профессор Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).
ПАН Дунмэй	доктор юридических наук, профессор юридического института Хэйлунцзянского университета КНР, приглашенный исследователь Центра славянских исследований университета Хоккайдо Японии.
ПИЛИПЕНКО Юрий Сергеевич	доктор юридических наук, профессор кафедры адвокатуры и нотариата Института адвокатуры, президент Федеральной палаты адвокатов.
РАРОГ Алексей Иванович	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный юрист города Москвы.
РАДЬКО Тимофей Николаевич	доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ.
РАССОЛОВ Илья Михайлович	доктор юридических наук, и. о. заведующего кафедрой правовой информатики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Судебная и правоохранительная практика».
РЫБАКОВ Олег Юрьевич	доктор философских наук, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Российской правовой академии Министерства юстиции РФ, член российской секции Международной ассоциации философии права и социальной философии, член комиссии по науке Ассоциации юристов России, член Экспертного совета по праву Министерства образования и науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ.
ТУМАНОВА Лидия Владимировна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса и правоохранительной деятельности, декан юридического факультета Тверского государственного университета, заслуженный юрист РФ.
ФЕДОРОВ Александр Вячеславович	заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, кандидат юридических наук, профессор, главный редактор журнала «Наркоконтроль».
ХЕЛЛЬМАНН Уве	Dr. iur. habil, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).
ШЕВЕЛЕВА Наталья Александровна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой государственного и административного права Санкт-Петербургского государственного университета.
ШУГРИНА Екатерина Сергеевна	доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
де ЗВААН Яап	(почетный) профессор кафедры права Европейского Союза Университета Эразмус в Роттердаме (Нидерланды), профессор кафедры Жанна Монне.

Редакционная коллегия журнала

ГРОМОШИНА Наталья Андреевна	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЕРШОВА Ирина Владимировна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЖАВОРОНКОВА Наталья Григорьевна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЗУБАРЕВ Сергей Михайлович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ИЩЕНКО Евгений Петрович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминалистики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КАШКИН Сергей Юрьевич	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КОМАРОВА Валентина Викторовна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КОРНЕВ Аркадий Владимирович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЛЮТОВ Никита Леонидович	доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
СЛЕСАРЕВ Владимир Львович	доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
СМИРНОВ Александр Федорович	доктор юридических наук, профессор кафедры организации судебной и прокурорско-следственной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Chairman of the Council of Editors

**BLAZHEEV
Victor
Vladimirovich** Rector of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Professor, 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.

Vice-Chairman of the Council of Editors

**SINYUKOV
Vladimir
Nikolaevich** Vice-Rector on Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Law, Professor, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Officer of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation.

Editor-in-Chief of the Journal

**SOKOLOVA
Natalia
Aleksandrovna** Doctor of Law.

Executive Editor

**SALIYA
Marianna
Romanovna** Expert of the Division for the Scientific and Publishing Policy of the Department for the Organization of Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University.

Council of Editors

**BEKYASHEV
Kamil
Abdulovich** Doctor of Law, Professor of the Department of International Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Scientist of the Russian Federation.

**BECHET-GOLOVKO
Karine** Doctor of Public Law (France).

**BONDAR
Nikolay
Semenovich** Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Courts of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Scientist of the Russian Federation.

**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.

**DMITRIEVA
Galina
Kirillovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of the International Private Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education, Merited Lawyer of the City of Moscow.

**ISAEV
Igor
Andreevich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation.

**KOMORIDA
Akio** Professor of the Kanagawa University (Japan).

**KOLYUSHIN
Evgeniy
Ivanovich** Doctor of Law, Professor, Member of the Central Election Committee of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation.

- MALINOVSKIY Vladimir Vladimirovich** PhD in Law, Vice Prosecutor-General of the Russian Federation, Class 1 State Councillor of Justice.
- NOGO Sreto** Doctor of law, Professor of John Naisbitt University (Belgrade, Serbia), President of The Serbian Royal Academy, Secretary General of Association of international criminal law, Vice-President of the World Forum on fighting with organized crime in the Global Era (headquarter in Beijing).
- OTMAR Seul** Doctor of Law, Merited Doctor of Law, Emeritus Professor of the University Paris Ouest-Nanterre-La Defense (France).
- PAN Dunmey** Doctor of Law, Professor of the law Institute Heilongjiang University of China, invited researcher at the Slavic research Center of Hokkaido University of Japan.
- PILIPENKO Yuri Sergeevich** Doctor of Law, Professor of the Department of Advocacy and Notaries of the Advocacy Institute, President of the Federal Chamber of Advocates of Russia.
- RADKO Timofey Nikolaevich** Doctor of Law, Professor of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation.
- RAROG Aleksey Ivanovich** Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Lawyer of the City of Moscow.
- RASSOLOV Ilya Mikhailovich** Doctor of Law, Acting Head of the Department of Legal Information Science of the Kutafin Moscow State Law University, Editor-in-Chief of the Journal «Judicial and Law-Enforcement Practice».
- RYBAKOV Oleg Yurievich** Doctor of Philosophy, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory and History of State and Law of the Russian Law Academy of the Ministry of Justice of the Russian Federation, Member of the Russian Section of the International Association of Philosophy of Law and Social Philosophy, Member of the Commission on Science of the Association of Lawyers of Russia, Member of the Expert Committee on Law of the Ministry of Education and Science of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.
- TUMANOVA Lidia Vladimirovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Process and Law-Enforcement Activities, the Dean of the Law Faculty of the Tver State University, the Merited Lawyer of the Russian Federation.
- FEDOROV Aleksandr Vyacheslavovich** Vice-Chairman of the Investigation Committee of the Russian Federation, Colonel General, PhD in Law, Professor, Editor-in-Chief of the Journal «Drug Enforcement» (Narcocontrol).
- HELLMANN Uwe** Dr. iur. habil, Professor, Head of the Department of the Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the Potsdam University (Germany).
- SHEVELEVA Natalia Aleksandrovna** Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the St. Petersburg State University.
- SHUGRINA Ekaterina Sergeevna** Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- de ZWAAN Jaap Willem** (Emeritus) Professor of the Law of the European Union at Erasmus University Rotterdam (The Netherlands), also Jean Monnet Professor.

Editorial Board

- GROMOSHINA
Natalia
Andreevna** Doctor of Law, Professor of the Department of Civil and Administrative Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ERSHOVA
Inna
Vladimirovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Entrepreneurial and Company Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ZHAVORONKOVA
Natalia
Grigorievna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ZUBAREV
Sergey
Mikhailovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Administrative Law and Process of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ISHCHENKO
Yevgeniy
Petrovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Forensic Science of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KASHKIN
Sergey
Yurievich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Integration and European Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KOMAROVA
Valentina
Viktorovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KORNEV
Arkadiy
Vladimirovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- LYUTOV
Nikita
Leonidovich** Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Labour Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- MATSKEVICH
Igor
Mikhailovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Forensic Studies and Criminal Executive Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- SLESAREV
Vladimir
Lvovich** Doctor of Law, Professor of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- SMIRNOV
Aleksandr
Fedorovich** Doctor of Law, Professor of the Department of Forensic, Prosecution and Investigation Activity of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

СОДЕРЖАНИЕ

ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

- Гальперин М. Л. *Исполнительные действия — меры ответственности?* 9
Бондаренко Л. К. *Научный аспект в познавательном процессе субъектов экспертной деятельности* . . . 23

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

- Никиташина Н. А. *Классификация презумпций в семейном праве* 34

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

- Жаворонкова Н. Г., Выпханова Г. В. *Теоретико-правовые проблемы возмещения вреда, причиненного окружающей среде* 52
Быковский В. К. *Правовое регулирование защиты лесов* 68
Сычев В. Б. *Особенности рассмотрения Конституционным Судом Российской Федерации дел о соответствии Конституции России вопроса, предлагаемого на референдум Российской Федерации* 76
Фомина О. Ю. *Объективные и субъективные предпосылки преобразования процессуального положения лиц, участвующих в деле* 86

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ПРЕСТУПНОСТИ

- Антонян Ю. М., Гончарова М. В., Кургузкина Е. Б. *Убийство матерью новорожденного ребенка: уголовно-правовые и криминологические проблемы* 94
Яковлева Е. О. *Необходимость исследований эволюции метакогнитивных схем личности водителей в аварийных условиях* 115

ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

- Лун Чанхай, Коробеев А. И., Чучаев А. И. *Уголовный кодекс КНР: совершенствование в процессе реализации (к 20-летию со дня принятия)* 128

ПРАВО И ЭКОНОМИКА

- Овчаров А. О., Иванова Л. Н., Мазин Н. С. *Современные правовые механизмы разрешения международных экономических споров* 143

ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ

- Аблаева Э. Б. *Профессиональное обучение судей как одно из приоритетных направлений совершенствования судебной системы Республики Казахстан* 153

ИСТОРИЯ ПРАВА

- Исаев И. А. *«Мятеж не может кончиться удачей...» (легальные основания революционного мифа). Часть 2* 167

CONTENTS

ISSUES OF LAW ENFORCEMENT

- Galperin M. L.** *Enforcement Actions. Are They Measures of Responsibility?* 9
Bondarenko L. K. *A Scientific Aspect in the Cognitive Process of Subjects of Expert Activities* 23

THEORETICAL PROBLEMS OF BRANCHES OF LAW

- Nikitashina N. A.** *Classification of Presumptions in Family Law* 34

IMPROVEMENT OF LEGISLATION

- Zhavoronkova N. G., Vypkhanova G. V.** *Theoretical and Legal Problems of Compensation for Harm Caused to the Environment* 52
Bykovskiy V. K. *Legal Regulation of Forest Protection* 68
Sychev V. B. *Distinctive Features of Consideration of Cases by the Constitutional Court of the Russian Federation Concerning Compliance of the Issue Submitted to Referendum of the Russian Federation with the Constitution of Russia* 76
Fomina O. Yu. *Objective and Subjective Prerequisites for Transformation of the Procedural Position of the Persons Involved in the Case* 86

COMBATING CRIME

- Antonyan Yu. M., Goncharova M. V., Kurguzkina E. B.** *Newborn Child Murder Committed by his Mother: Criminal Legal and Criminological Problems* 94
Yakovleva E. O. *Necessity to Research the Evolution of Meta-Cognitive Aspects of Individual Drivers in Emergencies* 115

FOREIGN LAW

- Long Chang Hai, Korobeev A. I., Chuchaev A. I.** *The Criminal Code of the People's Republic of China: the Improvement in the Process of Implementation (the 20th Anniversary of the Adoption)* 128

LAW AND ECONOMICS

- Ovcharov A. O., Ivanova L. N., Mazin N. S.** *Modern Legal Mechanisms for Resolving International Economic Disputes* 143

CURRENT ISSUES OF LEGAL EDUCATION

- Ablaeva E. B.** *Professional Training of Judges as one of the Priority Directions of Improvement of the Judicial System of the Republic of Kazakhstan* 153

HISTORY OF LAW

- Isaev I. A.** *"The Rebellion can not end with good fortune..." (Legal Base of Revolutionary Myth). Part 2.* 167

ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

М. Л. Гальперин*

ИСПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ДЕЙСТВИЯ — МЕРЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ?

Аннотация. В статье автор анализирует применяемые в исполнительном производстве ограничения прав должника (исполнительные действия) с точки зрения признаков юридической ответственности. На примере ограничения права выезда за рубеж, на использование специальных прав, а также размещения информации о должнике в общедоступном реестре исполнительных производств, делается вывод о том, что в исполнительном производстве, помимо мер, признанных законодателем и правовой доктриной мерами ответственности, существует ряд мер принуждения, которые формально не признаются мерами ответственности, однако, исходя из ряда признаков ответственности, практики их применения могут быть признаны таковыми. Соответствующие меры представляют собой меры косвенного принуждения, т.е. направлены на понуждение самого должника исполнить требование исполнительного документа. Указанное не должно влечь за собой снижение уровня правовых гарантий для должника как адресата таких мер.

Ключевые слова: исполнительное производство, принуждение, ответственность, ограничение прав.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.009-022

В соответствии со ст. 64 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (далее — Закон об исполнительном производстве) *исполнительными действиями* являются совершаемые судебным приставом-исполнителем в соответствии с данным Законом действия, направленные на *создание условий* для применения мер принудительного исполнения, а равно на *понуждение* должника к полному, правильному и своевременному исполнению требований, содержащихся в исполнительном документе.

В указанной статье объединены в единый перечень *совершенно разные* по своему содержанию действия судебного пристава-исполнителя (адресатами которых являются как стороны исполнительного производства, так и иные лица). Часть исполнительных действий по своей правовой природе представляет собой *обеспечительные меры* (арест имущества), другие — *процессуальные действия*,

направленные на получение информации, необходимой в исполнительном производстве (запрос сведений, розыск должника, его имущества), акты судебного пристава по *санкционированию действий сторон* в исполнительном производстве (рассмотрение заявлений и ходатайств), действия по контролю за правильностью исполнения исполнительного документа третьими лицами и т.д. Исполнительные действия *в отношении должника* представляют собой *меры государственного принуждения*, т.е. действия, совершаемые органами публичной власти в отношении личности должника или его имущества, *вопреки или независимо от его воли*. Ряд исполнительных действий представляют собой *ограничение конституционных прав должника*. Например, в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 64 Закона об исполнительном производстве судебный пристав-исполнитель (в отличие от многих иных представителей публичной власти) имеет пра-

© Гальперин М. Л., 2018

* Гальперин Михаил Львович, кандидат юридических наук, профессор кафедры судебной власти факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»
mgalperin@hse.ru

109028, Россия, г. Москва, Б. Трехсвятительский пер., д. 3

во без специальной судебной санкции, лишь с разрешения в письменной форме старшего судебного пристава (а в случае исполнения исполнительного документа о вселении взыскателя или выселении должника — без указанного разрешения) входить без согласия должника в жилое помещение, занимаемое должником. Взыскатель и иные лица, кроме должностных лиц ФССП России, совершать исполнительные действия *не могут*.

Могут ли исполнительные действия включать в себя *меры юридической ответственности*?¹.

Первоначальный анализ перечня исполнительных действий из ст. 64 Закона об исполнительном производстве приводит к выводу о том, что на статус меры ответственности может претендовать только исполнительский сбор (п. 13 ч. 1 данной статьи). Как известно, исполнительский сбор прямо квалифицирован как мера публично-правовой ответственности Конституционным Судом РФ². Однако оценим на соответствие признакам юридической ответственности и *иные меры*, которые законодательство об исполнительном производстве квалифицирует как исполнительные действия, но которые представляют собой не просто действия судебного пристава и других должностных лиц, а *правоограничения* (прежде всего *личного* характера) для должника, наложение на него дополнительных обязанностей.

Один из ключевых признаков, позволяющих отграничить меры ответственности от иных мер

принуждения, представляющих собой правоограничения, — *осуждение* соответствующего лица, *негативная оценка* его поведения как результат применения мер ответственности³. Основанием для применения мер ответственности является полный состав правонарушения, а для применения, например, меры защиты часто достаточно только противоправности поведения правонарушителя, противоречия его закону или договору⁴.

Начнем анализ исполнительных действий с *временного ограничения на выезд должника из Российской Федерации*.

Возможность применения временного ограничения на выезд должника из Российской Федерации как исполнительное действие было предусмотрено Законом об исполнительном производстве в 2007 г. Задолго до этого норма о возможности временного ограничения права гражданина Российской Федерации на выезд из Российской Федерации в случае уклонения от исполнения обязательств, наложенных на него судом, до их исполнения либо до достижения согласия сторон, появилась еще в ст. 15 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»⁵. Является ли такое ограничение обеспечительной мерой, *мерой юридической ответственности*, мерой принудительного исполнения или иной мерой принуждения? Изначально, в том виде, в котором ограничение на выезд должника было предусмотрено Федеральным законом

¹ Заметим, что меры ответственности и процессуальные меры, направленные на понуждение должника к исполнению обязательства, разграничиваются Верховным Судом РФ, который указал, что поскольку взыскание процентов за пользование чужими денежными средствами (ст. 395 ГК РФ) является мерой ответственности за нарушение гражданско-правовых обязательств, а не способом обеспечения исполнения судебного акта (и наступает лишь при недобросовестности должника), то в силу своей правовой природы данная мера не может служить инструментом к принуждению исполнения судебного акта, для исполнения которого предусмотрен специальный правовой режим (гл. 24.1 Бюджетного кодекса РФ).

² Постановление Конституционного Суда РФ от 30.07.2001 № 13-П «По делу о проверке конституционности положений подпункта 7 пункта 1 статьи 7, пункта 1 статьи 77 и пункта 1 статьи 81 Федерального закона «Об исполнительном производстве» в связи с запросами Арбитражного суда Воронежской области, Арбитражного суда Саратовской области и жалобой открытого акционерного общества «Разрез «Изыхский»».

³ См., например: *Братусь С. Н.* Юридическая ответственность и законность (очерк теории). М., 2001. С. 90—120.

⁴ *Яковлев В. Ф.* О понятии правовой ответственности // Журнал российского права. 2014. № 1. С. 5—7.

⁵ Вместе с тем в судебной практике не существовало единого подхода относительно возможности применения установленного в ст. 15 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» ограничения права на выезд за рубеж судебным приставом-исполнителем (см.: письмо ФССП России от 15.11.2007 № 12/01-12863-АП «О судебной практике, сложившейся в Российской Федерации, по ограничению выезда должников из Российской Федерации»).

«О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию», такая мера являлась *обеспечительной*, как и все иные ограничения на выезд, предусмотренные в ст. 15 указанного Закона. Цель законодателя в данном случае, очевидно, заключалась в *пресечении выезда должника за рубеж и, как следствие, обеспечении исполнения им своих обязанностей на территории РФ*. Таким образом, формально ограничение на выезд должника неразрывно связано с содержанием его обязанности, предусмотренной исполнительным документом, поскольку исполнение такой обязанности должно осуществляться на территории РФ, на указанной территории применяются и меры принудительного исполнения, совершаются исполнительные действия в отношении должника.

По мнению М. З. Шварца, личные ограничения не могут быть признаны мерой принудительного исполнения (суррогатом таких мер). Но ученый допускает возможность при определенных условиях использования в исполнительном производстве ограничения выезда как меры *юридической ответственности*⁶. Также Ю. Г. Насонов предлагает считать ограничение на выезд за рубеж мерой юридической ответственности, которой «присущи признаки административного наказания: оно, во-первых, налагается за неисполнение должником в установленный срок требований, содержащихся в исполнительном документе (т.е. за правонарушение); во-вторых, оформляется

постановлением уполномоченного должностного лица; в-третьих, применяется в целях предупреждения дальнейшего неисполнения требований, содержащихся в исполнительных документах», при этом «права должника в производстве об административных правонарушениях более защищены, чем в исполнительном производстве»⁷.

Полностью соглашаясь с изложенной выше позицией М. З. Шварца в части условий для применения ограничения на выезд в исполнительном производстве, заметим, что законодатель должен обеспечить конституционный уровень гарантий прав граждан не только при привлечении к юридической ответственности, но и при применении иных мер принуждения (обеспечительных мер, мер пресечения), связанных с ограничением прав. Как указывал Конституционный Суд РФ, *все призванные обеспечивать исполнение конституционной обязанности меры государственного принуждения — как меры юридической ответственности за совершенные правонарушения, так и процедурные меры их выявления, должны отвечать конституционным принципам справедливости, соразмерности, адекватности, необходимости и правовой определенности*⁸.

Отсутствие в законе или ином нормативном правовом акте *специального формального «маркера» тех или иных мер именно как мер ответственности* не освобождает законодателя и правоприменителя от соблюдения соответствующих гарантий. Например, ст. 104

⁶ В качестве таких условий выделяются следующие: использование всего арсенала мер принудительного исполнения судебным приставом-исполнителем не позволило достичь целей исполнительного производства; вина должника в неисполнении, выраженная в отсутствии уважительных причин неисполнения исполнительного документа (ч. 1 ст. 67 Закона об исполнительном производстве); предупреждение должника о возможности применения соответствующей меры и предоставление ему возможности сообщить судебному приставу-исполнителю о причинах неисполнения исполнительного документа (см.: Шварц М. З. К вопросу о правовой природе личных ограничений в исполнительном производстве // Принудительное исполнение актов судов и иных органов. Полномочия должностных лиц при осуществлении исполнительных действий : сборник материалов Международной научно-практической конференции / отв. ред. А. О. Парфенчиков, Н. М. Кропачев, Д. Х. Валеев. М., 2013. С. 180—183).

⁷ Насонов Ю. Г. Ограничение права граждан на выезд из Российской Федерации в исполнительном производстве: исполнительное действие, элемент судебной защиты или наказание // Исполнительное право. 2013. № 3. С. 6—11.

Ученый также призывает четко определить цель такой меры, превратить ее из административного наказания, по сути, в «реальное» исполнительное действие, устранить собственное усмотрение судебного пристава-исполнителя при ее применении.

⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 27.09.2016 № 2153-О «По запросу Железнодорожного районного суда города Рязани о проверке конституционности пунктов 2 и 3 статьи 1 Федерального закона от 22 октября 2014 года № 308-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации»».

Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе) предусмотрено ведение реестра *недобросовестных* поставщиков (подрядчиков, исполнителей), т.е. поставщиков, уклонившихся от заключения контрактов, с которыми контракты расторгнуты по решению суда или в случае одностороннего отказа заказчика от исполнения контракта в связи с существенным *нарушением* ими условий контрактов. Информация, содержащаяся в реестре недобросовестных поставщиков, размещается в единой информационной системе и является *общедоступной*, а решение уполномоченного органа государственной власти о включении в реестр недобросовестных поставщиков может быть обжаловано в судебном порядке. В соответствии с ч. 1.1 ст. 31 Закона о контрактной системе заказчик вправе установить требование к участникам закупки об отсутствии в реестре недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) информации об участнике закупки, в том числе информации об учредителях, о членах коллегиального исполнительного органа, лице, исполняющем функции единоличного исполнительного органа участника закупки — юридического лица.

Является ли включение в указанный реестр недобросовестных поставщиков применением меры *юридической ответственности*? Очевидно, что является. Она применяется как последствие совершенного правонарушения (*нарушение договора, неправомерное уклонение от его заключения*), является принудительным (вопреки или независимо от воли правонарушителя) возложением на правонарушителя дополнительных юридических обязанностей либо иное неблагоприятное для него изменение первоначального правового статуса по сравнению с тем, которым он пользовался до привлечения к ответственности (включение в реестр может стать основанием для отказа в допуске к закупке, *несмотря на возможное желание, волю* лица принять в ней участие), наконец, присутствует явное осуждение правонарушителя как результат привлечения к ответственности, негативная оценка его поведения (включение в публичный реестр *недобросовестных* лиц).

Анализ приведенных положений Закона о контрактной системе позволил арбитражному суду в одном из решений сделать вывод о том, что включение хозяйствующего субъекта в реестр недобросовестных поставщиков представляет собой один из *видов юридической ответственности*, поскольку такое включение является санкцией за недобросовестное поведение поставщика в регулируемой сфере правоотношений и влечет за собой негативные последствия в виде лишения возможности хозяйствующего субъекта в течение определенного периода участвовать в государственных (муниципальных) торгах. Суд указал, что по смыслу ст. 55 (ч. 3) Конституции РФ введение ответственности за правонарушение и установление конкретной санкции, ограничивающей конституционное право, исходя из общих принципов права, должно отвечать требованиям справедливости, быть соразмерным конституционно закрепляемым целям и охраняемым законным интересам, а также характеру совершенного деяния. Исходя из указанного при рассмотрении судом заявления об оспаривании решения о включении в реестр недобросовестных поставщиков им оценивались не только формальные основания для включения в реестр, соблюдение процедуры вынесения решения, но и собственно наличие или отсутствие соответствующего правонарушения, вины лица в уклонении от заключения договора, рассматривался вопрос о *добросовестности* лица, включенного в реестр⁹.

Тезис о необходимости соблюдения конституционных гарантий в отношении всех мер принуждения, а не только мер ответственности, Конституционный Суд РФ подтвердил и в отношении исполнительного производства, указав, что, несмотря на то, что постановление судебного пристава-исполнителя о временном ограничении на выезд должника из Российской Федерации по своей правовой природе является *не мерой юридической ответственности гражданина за сам факт вынесения против него судебного постановления*, возлагающего на него обязанность, а *исполнительным действием*, пределы возможного взыскания по исполнительным документам не могут затрагивать основное содержание *конституционных прав гражданина-должника*, существо которых ни при каких обстоятельствах не должно

⁹ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 11.12.2015 по делу № А56-37217/2015.

быть утрачено. По мнению Конституционного Суда РФ, порядок исполнения требований, содержащихся в исполнительных документах, призван обеспечивать *соразмерность* применяемых к должнику *исполнительных действий* и учитывать *степень активности его уклонения от добровольного исполнения* возложенной на него исполнительным документом обязанности¹⁰. Соглашаясь с приведенной позицией Конституционного Суда РФ относительно необходимости предоставления надлежащих гарантий лицу, к которому применяются и иные, помимо юридической ответственности, меры принуждения, отметим, что формальное отнесение законодательством об исполнительном производстве тех или иных мер принуждения к исполнительным действиям само по себе не препятствует их классификации как мер ответственности или, например, обеспечительных мер.

Вызывает интерес позиция Европейского Суда по правам человека, который заключая, что власти страны не исполнили своего обязательства обеспечивать, чтобы любое вмешательство в право граждан покидать их собственную страну было оправданным и пропорциональным в течение всей его продолжительности в конкретных обстоятельствах дела, отметил, что служба судебных приставов не пояснила, каким образом запрет на выезд *мог служить цели погашения задолженности*, и не исследовала конкретную ситуацию заявителя и иные значимые обстоятельства дела, а, направляя указанные требования и поручения в органы внутренних дел и пограничного контроля, лишь подтверждала свое первоначальное требование установить в отношении заявителя ограничение на выезд и не пересматривала вопрос *обоснованности* продлеваемых ограничений права заявителя покидать страну. Таким образом, ограничение права заявителя покидать страну с самого начала и в

течение всей его продолжительности было основано исключительно на том, что он не погасил добровольно задолженность согласно решению суда, и автоматически продлевалось службой судебных приставов без новой оценки его обоснованности. Ни в одном решении суды страны не оценивали обоснованность и соразмерность ограничений на выезд, установленных в отношении заявителя¹¹.

В контексте правовой квалификации мер, предусмотренных ст. 67 Закона об исполнительном производстве, особое внимание необходимо обратить на изменения в указанную статью, внесенные Федеральным законом от 26.07.2017 № 190-ФЗ «О внесении изменений в статьи 65 и 67 Федерального закона “Об исполнительном производстве”». Указанным Федеральным законом требования исполнительных документов, неисполнение которых является основанием для наложения временных ограничений на выезд, были *дифференцированы*. Дифференциация принудительных мер в зависимости от защищаемых их применением ценностей является одним из основных конституционно-правовых требований к механизму *юридической ответственности* в публичном праве¹².

Внесенные указанным Федеральным законом изменения являются шагом на пути к четкой дифференциации мер принуждения, которые могут применяться к должнику в исполнительном производстве¹³, не просто в зависимости от вида исполнительного документа (судебный или несудебный), характера мер принудительного исполнения, которые должны быть применены для его исполнения (имущественного или неимущественного характера), но в зависимости от степени социальной значимости исполнения соответствующей обязанности должника. В данном случае допустимая степень правоограничений, применяемых к должнику, интенсивность принудительного

¹⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 03.07.2014 № 1563-О «По жалобе гражданина Зимина Бориса Дмитриевича на нарушение его конституционных прав частью 2 статьи 30 и частью 2 статьи 67 Федерального закона “Об исполнительном производстве”».

¹¹ Пункты 98, 99, 101 постановления ЕСПЧ от 11.07.2013 «Дело “Хлюстов (Khlyustov) против Российской Федерации”» (жалоба № 28975/05).

¹² Пункт 2 постановления Конституционного Суда РФ от 11.12.2014 № 32-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 159.4 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Салехардского городского суда Ямало-Ненецкого автономного округа».

¹³ Соответствующая дифференциация в той или иной степени также может быть обнаружена и в иных нормах Закона об исполнительном производстве, например, в ч. 3 ст. 35, ч. 3 ст. 65, ч. 2 ст. 67.1, ч. 3 ст. 99.

воздействия на него в исполнительном производстве ставятся в зависимость от значимости ценностей, на которые посягает должник, не исполняя требования исполнительного документа.

Необходимо признать, что в правоприменительной практике наложение ограничения на выезд за рубеж из действия, направленного на создание *условий* для применения мер принудительного исполнения *судебным приставом-исполнителем, недопущения уклонения должника* от участия в соответствующих процессуальных действиях, превратилось в полноценную меру понуждения должника к *самостоятельному исполнению* (помимо своей воли) требований исполнительного документа, в меру косвенного *личного* принуждения. Указанное подтверждается не только тем, что сама ФССП России полагает, что исполнение исполнительных документов осуществляется «в результате» применения таких мер¹⁴, но и в том, что в силу прямого указания ч. 14.2 ст. 30 Закона об исполнительном производстве судебный пристав-исполнитель в постановлении о возбуждении исполнительного производства специально *предупреждает* должника о возможном установлении в отношении него временных ограничений, предусмотренных законом, при неисполнении в установленный для добровольного исполнения срок без уважительных причин требований, содержащихся в исполнительном документе¹⁵.

Соответствующее предупреждение внешне выглядит как *угроза* применения к должнику *наказания* за неподчинение. В данном смысле можно говорить о присутствии признака *осуждения* должника в случае неисполнения им предписания исполнительного документа, психологическом воздействии на него, *не характерном для обеспечительных мер, но сходным с мерами ответственности*¹⁶. Заметим, что рядом ученых предлагается само содержащееся в постановлении судебного пристава-исполнителя предупреждение должника о негативных последствиях неисполнения им самостоятельно требований исполнительного документа (в том числе о применении мер принудительного исполнения, а также мер уголовной ответственности) считать неимущественной *ответственностью* в исполнительном производстве¹⁷.

В административном праве присутствует такой специальный вид административного наказания, как *предупреждение* — мера, выраженная в официальном *порицании* физического или юридического лица (ст. 3.4 КоАП РФ). Рядом авторов высказывается мнение о том, что указанная мера представляет собой не меру ответственности, а преимущественно профилактическую меру, призванную лишь побудить правонарушителя к добровольному исполнению нарушенной им обязанности с учетом того, что данное правовое средство «не содержит реальных правоограничений»¹⁸.

¹⁴ Парфенчиков А. О. Ограничение прав должника: новеллы законодательства и практика применения // Сборник материалов международной научно-практической конференции / отв. ред. А. О. Парфенчиков, В. А. Гуреев. М., 2016. С. 19.

Как отмечалось выше, отличие исполнительных действий от мер принудительного исполнения как раз заключается в том, что фактическое исполнение осуществляется в результате применения последних.

¹⁵ Частью 11 ст. 30 Закона об исполнительном производстве предусмотрено предупреждение должника в постановлении об исполнительном производстве и о принудительном исполнении требований исполнительного документа по истечении срока для добровольного исполнения с взысканием с него исполнительского сбора и расходов по совершению исполнительных действий. Однако предупреждение о возможном ограничении личных прав должника предусмотрено отдельной частью ст. 30 и осуществляется не только при первом поступлении исполнительного документа в ФССП России (как в соответствии с ч. 11 ст. 30), а во всех случаях.

¹⁶ Как отмечал Конституционный Суд РФ, «не только реальные ограничения, но и выявившаяся их опасность, прежде всего угроза потерять свободу, нарушают неприкосновенность личности, в том числе психическую, оказывают давление на сознание и поступки человека» (п. 5 постановления Конституционного Суда РФ от 03.05.1995 № 4-П «По делу о проверке конституционности статей 220.1 и 220.2 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В. А. Аветяна»).

¹⁷ Исполнительное производство : учебник для бакалавриата и магистратуры / под ред. С. Ф. Афанасьева, О. В. Исаенковой. М., 2015. С. 135—136 (автор раздела — С. Ф. Афанасьев).

¹⁸ Осинцев Д. В. Административная ответственность и ее превращенные формы // Российский юридический журнал. 2012. № 5. С. 148—160.

В свою очередь, согласимся с теми учеными, которые вслед за законодателем предлагают считать административное предупреждение полноценным видом наказания, имеющим определенную карательную направленность, оказывающим моральное воздействие на правонарушителя, создающим для него *психологический дискомфорт* посредством оценки его противоправного поведения и влекущим правовые последствия в виде, например, учета привлечения ранее к ответственности за однородное правонарушение как отягчающего обстоятельства (ч. 1 ст. 4.3 КоАП РФ)¹⁹.

В 2015 г. в российском законодательстве появился новый вид исполнительного действия (ст. 67.1 Закона об исполнительном производстве) — приостановление действия предоставленного должнику в соответствии с законодательством РФ права управления транспортными средствами, в том числе автомобилями, воздушными судами, судами морского, внутреннего водного транспорта, мотоциклами, квадрициклами и т.д. (*временные ограничения на пользование должником специальным правом*). В целом правовая конструкция в ст. 67.1 Закона об исполнительном производстве аналогична ст. 67, предусматривающей ограничение на выезд за рубеж. Но применяется соответствующее ограничение к должнику-гражданину или индивидуальному предпринимателю не по всем исполнительным документам, а только по содержащим требования, обозначенные в законе (в том числе о взыскании алиментов, о возмещении вреда, причиненного здоровью, в связи со смертью кормильца и т.д.).

Предположим, что в системе принуждения отсутствие прямой юридической связи между *объективной стороной* проступка и *содержанием реакции* на него государства возможно только при применении *мер юридической ответственности*. Каково же назначение ограничений специального права: *обеспечение* ис-

полнительного производства (как ограничение на выезд за рубеж в его изначальном понимании), *наказание* должника либо освобождение от работы судебного пристава-исполнителя посредством понуждения должника инициативно исполнить требования исполнительного документа «под гнетом» личного ограничения, особенно когда речь идет о требовании неимущественного характера, которое затруднительно исполнить без участия самого должника?

Полномочие по ограничению специального права отдано законом судебным приставам. Но нельзя забывать о том, что лишение права и в УК РФ, и в КоАП РФ является наказанием, назначаемым *исключительно судом* (например, ст. 3.8 КоАП РФ)²⁰. Кроме того, лишение (ограничение) специального права в уголовном праве и в законодательстве об административных правонарушениях и как мера ответственности, и как мера пресечения *всегда ограничено определенным сроком* (за исключением пожизненного лишения свободы). Очевидно, требование срочности, определенности параметров ограничения в данном случае проистекает из положений Конституции РФ²¹. В противном случае и заключение под стражу как мера пресечения могла бы использоваться в уголовном процессе не в течение определенного срока, продлеваемого судом в установленном законом порядке, а, например, до тех пор, пока преступление, в совершении которого обвиняется содержащийся под стражей, *не будет раскрыто или обвиняемый не признается в его совершении*. В соответствии же со ст. 67.1 Закона об исполнительном производстве ограничение права устанавливается не на заранее определенный срок, а сохраняется до исполнения требований исполнительного документа в полном объеме или до отмены ограничения права.

Вряд ли обоснованно применять ограничение личных прав должника на самом первом этапе исполнительного производства, до

¹⁹ Максимов И. В. Предупреждение как мера административного наказания // Юрист. 2004. № 11.

²⁰ С учетом большого количества оценочных понятий в ст. 67.1 Закона об исполнительном производстве процесс установления условий для применения соответствующих ограничений может стать достаточно сложным, связанным с установлением различных обстоятельств (см., например: письмо ФССП России от 28.04.2016 № 00010/16/37567-СВС).

²¹ См., например: постановление Конституционного Суда РФ от 10.10.2013 № 20-П «По делу о проверке конституционности подпункта «а» пункта 3.2 статьи 4 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», части первой статьи 10 и части шестой статьи 86 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Г. Б. Егорова, А. Л. Казакова, И. Ю. Кравцова, А. В. Куприянова, А. С. Латыпова и В. Ю. Синькова»).

совершения иных исполнительных действий. Безусловно, судебному приставу выгодно как можно скорее поставить должника в ситуацию, при которой он сам, «добровольно» исполнит исполнительный документ. Однако сила государственного принуждения должна наращиваться *постепенно с учетом необходимости экономии репрессии*. В самом Законе об исполнительном производстве, например в ч. 1 ст. 65, предусмотрено, что исполнительный розыск должника, его имущества объявляется не сразу после возбуждения исполнительного производства, а при условии, что совершенные *иные исполнительные действия не позволили* установить местонахождение должника, его имущества. Личные ограничения, предусмотренные ст. 67 и 67.1 Закона об исполнительном производстве, должны быть надлежащим образом вписаны в очередность мер принуждения в исполнительном производстве.

Следует признать, что, как и рассмотренное выше ограничение на выезд должника за рубеж, ограничение специальных прав представляет собой меру, сходную с мерами ответственности, с точки зрения как объема правоограничений, так и направленности на психологическое, карательное воздействие на должника, принуждение его к самостоятельному исполнению требований исполнительного документа, является аналогом меры принудительного исполнения. Ограничение специальных прав не может быть признано мерой обеспечительного характера, с учетом того, что по своему *содержанию* оно не связано с той обязанностью, исполнение которой обеспечивается ее применением. Напомним, что Европейский Суд по правам человека указал, что уклонение от исполнения требования исполнительного документа *само по себе* не может быть причиной применения к должнику меры в виде ограничения на выезд за рубеж. Не может и такое исполнительное действие (*обеспечительного* характера, в силу назначения, но не практики применения) являться и общей мерой *косвенного принуждения* к исполнению должником требования исполнительного документа, либо мерой

ответственности, наказанием должника за *отказ самостоятельно исполнить обязательство*.

Позволим себе предположить, что отличием обеспечительной меры (как и иных мер принуждения) от меры ответственности в *публичном праве* является направленность ответственности *на обеспечение как частной (в отношении конкретного лица, привлекаемого к ответственности), так и общей (в отношении неопределенного круга лиц) превенции правонарушения*. Целью административного или уголовного наказания является предупреждение совершения новых правонарушений как самими правонарушителями, так и другими лицами, а реализация указанной цели в аспекте общей и частной превенции обеспечивается посредством введения таких мер юридической ответственности, которые, будучи соразмерными и справедливыми, позволяют в конкретных обстоятельствах стимулировать участников правовых отношений к правомерному поведению²². Как образно отметил С. С. Алексеев, меры защиты могут быть охарактеризованы в качестве «первичных» правоохранительных санкций, имеющих ограниченную программу — восстановление конкретного нарушенного (нарушаемого) правового состояния, в отличие от мер ответственности, преследующих более глубокую «стратегическую» цель²³.

Выше мы отметили, что законодательство об исполнительном производстве предусматривает специальное *предупреждение* должника о возможном применении в отношении него личных ограничений. Сравнивая личные ограничения в исполнительном производстве с обеспечительными мерами в публичном праве (например, обеспечением иска в гражданском процессе, личным досмотром, задержанием в административном праве), отметим, что законодатель, как представляется, совершенно сознательно по общему правилу не просто не предусматривает предупреждения адресата таких мер об их применении, но устанавливает необходимость их *неожиданного* для соответствующего лица применения (наложения) без его специального оповеще-

²² Постановление Конституционного Суда РФ от 22.04.2014 № 13-П «По делу о проверке конституционности частей 5 и 7 статьи 12.16, части 1.2 статьи 12.17, частей 5 и 6 статьи 12.19 и части 2 статьи 12.28 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы».

²³ Алексеев С. С. Собрание сочинений. М., 2010. Т. 3. С. 374.

ния (например, ст. 141 ГПК РФ). Такой подход связан с тем, что эффект таких мер принуждения по замыслу законодателя обеспечивается собственно их оперативной реализацией, а не *угрозой* применения, *психологическим воздействием* на соответствующее лицо.

Попытка обеспечения применением личных ограничений в исполнительном производстве *общей превенции* подтверждается и явным использованием в средствах массовой информации, сводках ФССП России объявлений о возможности применения соответствующих мер в качестве *публичных предостережений* потенциальных неисправных должников. Такие объявления включают, например, описание случая выдачи судебным приставом должнику уведомления о возможном применении в отношении него ограничения водительских прав (после чего «он понял, что, похоже, его работа по грузоперевозкам находится под угрозой срыва, а стало быть, и дохода он получать не будет, и предпочел погасить задолженность по алиментам в полном объеме»²⁴), а также случаев исполнения требований исполнительных документов «только после ограничения в праве вождения автомобиля»²⁵, оплаты долга даже после простого рассказа о вступлении в силу закона, предусматривающего ограничение специальных прав должника²⁶.

Дальнейшее развитие законодательства об исполнительном производстве, очевидно,

идет по пути расширения ограничений прав должника, непосредственно не связанных с предметом взыскания, в целях побуждения к самостоятельному исполнению требования исполнительного документа, психологического воздействия на должника. В частности, прорабатываются предложения об ограничении для должника, *включенного в банк данных исполнительных производств*, выступать учредителем юридического лица, регистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя, проводить реорганизацию, открывать счета в кредитных организациях²⁷.

В юридической литературе высказывается мнение не просто о необходимости использования в качестве мер косвенного принуждения ограничений личного статуса должника, но о возможности признания судом *должника ограниченно дееспособным* в порядке особого производства на период *от пяти до десяти лет*, в зависимости от количества и суммы неудовлетворенных требований²⁸. Предлагаемые меры внешне сходны с мерами, применяемыми к несостоятельному лицу в рамках процедур несостоятельности (банкротства).

Как отмечал Конституционный Суд РФ, целями процедуры несостоятельности являются *предотвращение банкротства и восстановление платежеспособности должника*, а также создание условий для *справедливого* обеспечения экономических и юридических

²⁴ URL: <http://fssprus.ru/news/document23576187>.

²⁵ URL: <http://fssprus.ru/news/document23443098>.

²⁶ URL: <http://fssprus.ru/news/document23385185>.

²⁷ URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=54663>.

²⁸ Погашение всей задолженности должно влечь за собой восстановление дееспособности по решению суда. Должник, сознательно не исполняющий исполнительный документ, при введении такой нормы лишается ряда преимуществ полностью дееспособного лица, связанных с возможностью распоряжаться материальными правами. Для этой группы ограниченно дееспособных граждан предлагается ввести еще три запрета на период ограничения в дееспособности: 1) воспрещение осуществлять пассивное избирательное право; 2) воспрещение выступать учредителем юридического лица; 3) воспрещение без согласия органов опеки и попечительства выезжать за границу. По замыслу авторов идеи, предлагаемые меры должны побудить исполнить исполнительный документ лицо, которое юридически не имеет доходов и имущества для обращения взыскания. Для юридического лица такой стимулирующей нормой может выступать законодательно предусмотренная возможность взыскателя контролировать финансовую деятельность должника (см.: Кузнецов В. Ф. Система исполнительного производства (вопросы теории и практики) : дис. ... д-ра юрид. наук. Челябинск, 2004. С. 140—141 ; Стрельцова Е. Г. Меры принудительного исполнения в отношении должника — юридического лица, уклоняющегося от исполнения исполнительных документов по имущественным взысканиям // Принудительное исполнение актов судов и иных органов в отношении юридических лиц (организаций и предпринимателей). Проблемные аспекты : сборник материалов международной научно-практической конференции / отв. ред. А. О. Парфенчиков, Д. Х. Валеев. М., 2013. С. 187—188).

интересов всех кредиторов²⁹. Соответствующие ограничения прав должника как результат несостоятельности, как правило, призваны оградить самого должника и иных участников оборота от повторения ситуации возникновения задолженности, предупредить потенциальных контрагентов должника о его неплатежеспособности в прошлом для принятия информированного решения о вступлении с ним в отношения, но никак не могут иметь своей основной целью психическое воздействие на банкрота. Введение соответствующих мер в исполнительное производство не должно и не может обеспечивать цель *наказания* должника, унижения его достоинства, демонстративного «исключения» из гражданского оборота.

Вызывает сомнение соразмерность установления таких мер, как ограничение пассивного избирательного права должника, гарантированного Конституцией РФ, и установление над ним опеки. Необходимо помнить о пределах возможностей исполнительного производства как режима регулирования, границе между сферами регулирования законодательства об исполнительном производстве и законодательства о несостоятельности (банкротстве). Нельзя произвольно конструировать меры, которые призваны *устрашить* должника.

Напомним, что со времени Соборного уложения, если ответчик не уплачивал истцу присужденной суммы, то его «ставили на правеж». У каждого обвиненного стоял пристав и бил должника прутом. Правеж прекращался истечением срока правежа, сделкой между истцом и ответчиком, уплатой иска за ответчика кем-либо посторонним. Когда у ответчика не было имущества на оплату иска, тогда приступали к последнему, крайнему средству удовлетворения истцов и кредиторов: самого ответчика, *лично, отдавали истцу на отработку долга*. Эта отдача называлась «выдачей головою до искупу»³⁰. Фактически, «отдавать головою» должника взыскателю предлагается и в рамках приведенных выше предложений о введении финансового контроля взыскателя над должником.

Мы должны отдавать себе отчет в целях соответствующих ограничений прав: воспри-

нимаем ли мы их как исключительно меры наказания должника, либо так же, как меры косвенного принуждения, или, например, как меры обеспечительного характера? Как было отмечено, определение цели применения меры обуславливает режим ее применения, связь содержания меры с содержанием поступка, реакцией на который она является, и т.д. Любая мера принуждения должна применяться с учетом набора конституционно обусловленных гарантий прав адресата, необходимости обеспечения баланса интересов кредитора, должника, государства и общества. Представляется, что набор таких гарантий обусловлен как правовой квалификацией такой меры (например, как меры ответственности), так и объемом правоограничений, которые она предполагает.

В итоге в отношении рассмотренных выше двух видов исполнительных действий, представляющих собой ограничения личных прав должника (на выезд за рубеж и на использование специальных прав на управление транспортными средствами), следует признать, что соответствующие меры *в части* ограничения правового статуса должника, его осуждения, негативной оценки его бездействия по исполнению требований исполнительного документа, использования таких мер для воздействия на сознание должника, побуждения его к совершению действий помимо его воли *соответствуют признакам юридической ответственности*. Указанные меры используются в правоприменительной практике не в качестве обеспечительных мер, а как меры косвенного личного принуждения должника, заменяющие меры принудительного исполнения, и призванные облегчить деятельность судебного пристава по исполнению своих обязанностей.

Не все исполнительные действия, представляющие собой ограничение прав должника, прямо перечислены в ст. 64 Закона об исполнительном производстве. Так, М. З. Шварц обоснованно предлагает считать ограничением прав должника и *превращение сведений о наличии возбужденных в отношении должника исполнительных производств в общедоступную информацию* (включение в обще-

²⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 03.10.2002 № 231-О «По жалобе гражданина Харитонов Валентина Ивановича на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 57 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»».

³⁰ Гражданский процесс : хрестоматия / под ред. М. К. Треушников. М., 2005. С. 672—673.

доступный банк данных исполнительных производств в соответствии со ст. 6.1 Закона об исполнительном производстве). По мнению ученого, если положения закона о базе данных исполнительных производств рассматривать в свете принципов и идеологии законодательства о защите персональных данных, то вывод о том, что общедоступность такой информации является ограничением прав должника на неприкосновенность его личной жизни, права закрыть эту информацию от чужих глаз в самом широком конституционно-правовом контексте, станет очевидным.

Конечно, такая доступность обеспечивает защиту интересов потенциальных кредиторов, позволяя им предусмотрительно отказаться от вступления в отношения с субъектом, сведения о котором размещены в базе данных исполнительных производств. Но несомненно и то, что эта открытость весьма личной информации представляет собой ограничение права на уважение личной жизни, позволяет собирать и распространять информацию о физическом лице без ограничений, отражается на репутации должника и на его отношениях не только в правовом поле с потенциальными или имеющимися контрагентами, но и в плоскости *личных отношений*. Поэтому сводить понятие «ограничение прав должника» только к определенным мерам воздействия со стороны судебного пристава-исполнителя или суда было бы неоправданно. Решая, ограничен или не ограничен в своих правах должник, мы обязаны отвечать на этот вопрос в свете того совокупного правового воздействия, которому он подвергается с момента возбуждения исполнительного производства, включая косвенное воздействие и такое правоограничение, которое внешне таковым не выглядит, но в действительности его права ограничивает³¹.

Органы принудительного исполнения активно используют возможности средств массовой информации для размещения информации о должниках, опубликования для всеобщего сведения их фотографий³². В одном из сообщений ФССП России указывается, что опубликование «биометрических данных» должника в городской газете побудило его родственницу сообщить о местонахождении злостного должника судебным приставам, «дабы не позорить фамилию и избежать повторного упоминания о члене ее семьи в любимой газете»³³. В настоящее время прорабатывается введение в законодательство обязанности редакций всех средств массовой информации, учредителями (соучредителями) которых являются государственные органы, государственные органы субъектов РФ, органы местного самоуправления, размещать по требованию судебного пристава-исполнителя в *ближайшем* планируемом выпуске на безвозмездной основе информацию об объявлении розыска должника-гражданина³⁴. В одном из субъектов РФ детям, чьи родители являются должниками по алиментным обязательствам, судебные приставы предложили написать письма Деду Морозу, которые судебными приставами-исполнителями будут вручены родителям, являющимся должниками по исполнительным документам. В рейды по адресам злостных неплательщиков алиментов вместе с судебными приставами также были приглашены репортеры ведущих телерадиокомпаний региона, а также корреспонденты печатных изданий³⁵. Несмотря на объективно аморальное поведение многих должников, с точки зрения принципов правового государства вряд ли допустимо побуждать должника к выполнению его *имущественных* обязательств посредством освещения в СМИ его личной жизни³⁶, раскрытия неопределен-

³¹ Шварц М. З. Пределы и последствия ограничения прав должника // Ограничение прав должника: новеллы законодательства и практика применения : сборник материалов научно-практической конференции / отв. ред. А. О. Парфенчиков, В. А. Гуреев. М., 2016. С. 152—153.

³² См., например: URL: <http://fssprus.ru/news/document21355119>.

³³ URL: <http://fssprus.ru/news/document23051899>.

³⁴ URL: <http://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch#npa=49942>.

³⁵ URL: <http://fssprus.ru/news/document22081709>.

О «нестандартных» исполнительных действиях см. подробнее: письмо ФССП России от 27.05.2009 № 12/02-7646-АП «О практике применения территориальными органами ФССП России нестандартных методов сбора сведений о должниках и их имуществе».

³⁶ Обнародование ФССП России посредством передачи телерадиокомпаниями видеосъемки исполнительных действий по вселению взыскателя и выселению должника из жилого помещения стало основанием для признания судом соответствующих действий должностных лиц ФССП России нарушающими

ному кругу лиц сведений о его семейных отношениях³⁷.

Размещение информации о должнике в общедоступных источниках (прежде всего в реестре исполнительных производств) сходно с рассмотренной выше мерой — *включением предпринимателей в реестр недобросовестных поставщиков в соответствии с законодательством о контрактной системе* (мерой с точки зрения правоограничений, последствий для адресата, представляющей собой меру ответственности). В случае же с реестром исполнительных производств соответствующая информация размещается автоматически, без специального решения органа публичной власти, которое может быть обжаловано в суд, например, в связи с уважительными причинами неисполнения требования исполнительного документа должником.

Органами принудительного исполнения в целях облегчения работы судебного пристава по выявлению имущества должника давно ставится вопрос о введении в законодательство специального механизма *самостоятельного декларирования (раскрытия)* по требованию судебного пристава-исполнителя должником всего своего имущества и об установлении уголовной ответственности за уклонение от подачи такой декларации либо сообщение в ней заведомо ложных сведений³⁸. Одним из элементов такого механизма является положение ч. 1 ст. 17.14 КоАП РФ, в силу которой должник несет административную ответственность в виде штрафа за *предоставление недостоверных сведений о своих правах на имущество*.

Часть 1 ст. 17.14 КоАП РФ не предусматривает сейчас ответственность за *непредоставление* таких сведений. Ответственность за неисполнение требования о декларировании должником своего имущества (не предусмотренного пока законодательством) не может «*камуфлироваться*» общими нормами ответственности за невыполнение любых законных требований судебного пристава-исполнителя (ч. 1 ст. 17.14 КоАП РФ). Требование судебного пристава-исполнителя не может заключаться в общем предписании должнику исполнить требование исполнительного документа³⁹. В таком случае мера административной ответственности, предусмотренная ч. 1 ст. 17.14 КоАП РФ, может стать единственной мерой косвенного принуждения в исполнительном производстве, а такое исполнительное действие, как «направление законного требования» судебного пристава-исполнителя, — единственным исполнительным действием. Нельзя признать основанной на законе практику затребования под угрозой применения меры ответственности, предусмотренной ч. 1 ст. 17.14 КоАП РФ, у самого должника сведений о его имуществе судебным приставом-исполнителем⁴⁰ без специального указания на такое полномочие в законе⁴¹.

По нашему мнению, нельзя отнести к мерам не только *исполнительно-процессуальной* ответственности, но и юридической ответственности вообще *неблагоприятные процессуальные последствия*, связанные с нарушением субъектом исполнительного производства *процессуальной формы реализации своего субъективного права, в виде невозможности*

права и законные интересы граждан, причиняющими им моральный вред, поскольку в силу ст. 152.1 ГК РФ использование изображения гражданина допускается только с его согласия (см.: письмо ФССП России от 23.12.2011 № 12/01-31392-АП «О порядке проведения видеосъемки при совершении исполнительных действий и применении мер принудительного исполнения»).

³⁷ См. подробнее: *Гальперин М. Л.* Исполнительное производство : учебник для бакалавриата и магистратуры. М., 2017. С. 278—279.

³⁸ См.: *Парфенчиков А. О.* Проблемы развития и совершенствования системы принудительного исполнения судебных актов и актов иных органов в Российской Федерации // Эффективность принудительного исполнения судебных решений и актов других органов : сборник материалов Международной научно-практической конференции / отв. ред. А. О. Парфенчиков, Д. Х. Валеев. М., 2011. С. 12.

³⁹ См., например: решение Ленинградского областного суда от 07.08.2013 № 7-490/2013 ; постановление Верховного суда Республики Дагестан от 16.02.2017 № 4А-427/2016 ; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 27.08.2008 по делу № А29-2418/2008.

⁴⁰ См., например: постановление Санкт-Петербургского городского суда от 04.04.2011 № 4а-263/11.

⁴¹ В гражданском процессе с учетом принципа состязательности отсутствует ответственность не только за отказ стороны от объяснений и представления доказательств против себя, но даже за заведомо ложные объяснения (см.: *Гальперин М. Л.* Исполнительное производство : учебник для бакалавриата и магистратуры. С. 281).

его осуществления (например, отказ в возбуждении исполнительного производства)⁴². В данном случае на должника не возлагается дополнительных обязанностей, а невозможность реализовать свое процессуальное право обусловлено *несоблюдением установленной законом формы его реализации*, а следовательно, отсутствием процессуальных условий и оснований для удовлетворения соответствующего заявления должника⁴³.

Таким образом, можно констатировать, что в исполнительном производстве, помимо мер, признанных законодателем и правовой доктриной мерами ответственности (например, административный штраф, предусмотренный ст. 17.15 КоАП РФ), существует ряд мер принуждения, представляющих собой ограничения личных прав должника (на выезд за рубеж, на управление транспортным средством), размещение в общедоступных реестрах персональной информации о должнике, которые

формально не признаются мерами ответственности, однако, исходя из ряда признаков ответственности (негативное изменение правового статуса лица, наличие элемента осуждения), практики их применения, могут быть признаны таковыми. Соответствующие меры представляют собой меры *косвенного* принуждения, т.е. направлены на понуждение самого должника исполнить требование исполнительного документа.

Указанное не должно влечь за собой снижение уровня правовых гарантий для адресата мер принуждения. Представляется, что такие гарантии должны соответствовать гарантиям, предоставляемым лицам, привлекаемым к мерам публично-правовой ответственности, по модели которых сконструированы соответствующие исполнительные действия (например, лишение права на управление транспортным средством как административное наказание)⁴⁴.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Исаенкова О. В. Проблемы исполнительного права в гражданской юрисдикции : дис. ... д-ра юрид. наук. — Саратов, 2003.
2. Кузнецов В. Ф. Система исполнительного производства (вопросы теории и практики) : дис. ... д-ра юрид. наук. — Челябинск, 2004.
3. Серков П. П. Административная ответственность в российском праве: современное осмысление и новые подходы. — М., 2012.
4. Хохлов В. А. О правовой природе исполнительского сбора // Исполнительное производство: процессуальная природа и цивилистические основы : сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции / отв. ред. Д. Х. Валеев, М. Ю. Чельшев. — М., 2009. — С. 299—308.
5. Юдин А. В. Правовая природа обязанности должника по исполнению судебного акта // Исполнительное производство: процессуальная природа и цивилистические основы : сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции / отв. ред. Д. Х. Валеев, М. Ю. Чельшев. — М., 2009. — С. 193—197.

Материал поступил в редакцию 10 января 2018 г.

⁴² В литературе соответствующие последствия относят к мерам «неимущественной ответственности» в исполнительном производстве (см., например: Исполнительное производство : учебник для магистров / под ред. О. В. Исаенковой, С. Ф. Афанасьева. М., 2012. С. 135).

⁴³ Гальперин М. Л. Исполнительное производство : учебник для бакалавриата и магистратуры. С. 374.

⁴⁴ Распространение на иные, чем ответственность, меры принуждения в исполнительном производстве определенных правовых гарантий не освобождает от необходимости вычленения из всего массива таких мер именно мер юридической ответственности, определения путей их совершенствования.

ENFORCEMENT ACTIONS. ARE THEY MEASURES OF RESPONSIBILITY?

GALPERIN Mikhail Lvovich — PhD in Law, Professor of the Department of Juriciary of the Law Faculty at the National Research University “Higher School of Economics”
mgalperin@hse.ru
109028, Russia, Moscow, B. Trekhsvyatitelskiy per., d. 3

Abstract. *The paper analyzes restrictions of the debtor’s rights employed in enforcement procedures (enforcement actions) in the context of criteria of legal responsibility. Using as examples restrictions applied to the right to travel abroad, to exercise special rights, as well as to post information with regard to the identity of the debtor in the public register of enforcement proceedings, the author draws a conclusion that enforcement proceedings, in addition to measures recognized by the law-maker and the law doctrine as measures of responsibility, include a number of other enforcement measures that are not technically recognized as measures of responsibility. However, in the view of some criteria of responsibility, they can be treated as such based on the process of their implementation. Such measures are indirect measures of coercion, i.e. they are aimed at forcing the debtor to fulfill what is demanded under an enforcement document. The mentioned above should not entail any decrease in the level of legal safeguards for the debtor as the addressee of such measures.*

Keywords: *enforcement proceedings, coercion, responsibility, restriction of rights.*

REFERENCES

1. Kuznetsov, V.F. The System of Enforcement Proceedings (Issues of the Theory and Implementation). Doctoral Dissertation. — Chelyabinsk, 2004. — P. 151—152.
2. Isaenkova, O. V. Problems of Enforcement Law in Civil Jurisdiction. Doctoral Dissertation. — Saratov, 2003. — P. 17, 190, 211—231.
3. Serkov, P. P. Administrative Responsibility in Law of the Russian Federation: Current Understanding and New Approaches. M., 2012 (RIS KonsultantPlus)
4. Khokhlov, V. A. The Legal Nature of an Enforcement Fee // The Enforcement Proceedings: Procedural Nature and Civilistic Foundations : Collection of Proceedings of All-Russian Scientific and Practical Conference / Ed. by D. H. Valeev, M. Yu. Chelyshev. — M., 2009. P. 299—308.
5. Yudin, A. V. The legal nature of the obligation of the debtor to execute a court order // The Enforcement Proceedings: Procedural Nature and Civilistic Foundations : Collection of Proceedings of All-Russian Scientific and Practical Conference / Ed. by D. H. Valeev, M. Yu. Chelyshev. — M., 2009. — P. 193—197.

Л. К. Бондаренко*

НАУЧНЫЙ АСПЕКТ В ПОЗНАВАТЕЛЬНОМ ПРОЦЕССЕ СУБЪЕКТОВ ЭКСПЕРТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Аннотация. Исследуется проблема научного содержания юридического знания с материалистических позиций. Следуя концепции Н. П. Яблокова о единой природе познания и доказывания, исследуются факторы развития теории судебной экспертизы на современном этапе, определяющие научно-практический диапазон познавательного аспекта в экспертной деятельности.

С точки зрения самой сути поисково-познавательной деятельности субъектов доказывания выявляется общая методологическая платформа экспертной деятельности: судебно-экспертная эпистемология и судебно-экспертная гносеология. На основе этого анализируется система научного судебно-экспертного знания, включающая в себя познавательные процедуры, связанные, с одной стороны, с исследованием предмета судебно-искусствоведческой экспертизы, а с другой — с критическим анализом и оценкой результатов экспертизы с точки зрения их объективности.

Доказывается, что судебно-экспертная эпистемология, имея междисциплинарный характер, ассимилирует новые научные результаты по нескольким направлениям, в том числе и искусствоведения; вбирает в себя и перерабатывает как проблематичные, эмпирически обусловленные знания, так и достоверные знания.

Приводится периодизация развития судебной экспертизы как отдельной отрасли знания. Отмечается, что в первом периоде была актуальна судебно-экспертная эпистемология, которая была необходима для становления отдельной отрасли юридического знания. Судебно-экспертная эпистемология была направлена на формирование достоверности результатов экспертизы. В этой связи исследуется система процессуальных отношений субъектов экспертной деятельности, которая находит подтверждение в ст. 17, 37, 57, 58, 74, 80, 84, 87, 88, 282 УПК РФ.

Во второй фазе развития (1990-е гг. — начало XXI в.) актуализируются «неклассические проблемы» в развитии судебно-экспертной деятельности. В ситуации развития интеграции специальных знаний в судопроизводстве все большую актуальность приобретает неклассическая концепция, в которой усиливаются неэпистемологические¹ тенденции. Выявленные аспекты научного знания образуют систему судебно-экспертного знания в контексте судебно-искусствоведческой экспертизы.

Ключевые слова: судебно-экспертная деятельность, судебно-экспертная эпистемология, судебно-искусствоведческая экспертиза, научное знание, достоверность результатов экспертизы.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.023-033

¹ Неэпистемология — философско-методологическая дисциплина (см.: URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/> (дата обращения: 10.05.2017)).

© Бондаренко Л. К., 2018

* Бондаренко Людмила Константиновна, доктор философских наук, кандидат искусствоведения, профессор кафедры уголовно-процессуального права Северо-Кавказского филиала Российского государственного университета правосудия
sichaykin@mail.ru,
350002, Россия, г. Краснодар, ул. Леваневского, д. 187

Поиск решения проблемы объективности² (на современном уровне знаний) результатов судебно-искусствоведческой экспертизы (и вместе с этим оценки достоверности выводов эксперта) привел к необходимости изучения системы научного судебно-экспертного знания как результата научно обусловленного познавательного процесса субъектов экспертной деятельности.

В этой связи следует отметить, что юридическое знание как таковое в теоретическом и практическом аспекте представляет собой материалистически обусловленное единство диалектики и логики. Данный фундамент, основанный на принципах историзма и отражения³, является основой для всех отраслей научного юридического знания, в том числе и судебно-экспертного знания.

Н. П. Яблоков, исследуя природу криминалистической версии, отмечал, что процессы познания и доказывания едины в своем сущностном выражении⁴. С точки зрения самой сути поисково-познавательной деятельности субъектов доказывания, реализующейся в процессуальных функциях (поиска, исследования, доказывания, оценки), и вместе с этим функций субъектов экспертной деятельности: следователя, суда (назначение экспертизы, постановление вопросов эксперту, специалисту; при необходимости — наблюдение за ходом экспертизы, оценка достоверности полученных результатов); специалиста (дача показаний, дача заключения, высказывание мнения, суждений, консультации на досудебной и судебных стадиях, дача разъяснения, даже вне «всякой связи с дачей им письменного заключения»⁵,

консультации, необходимые для оценки объективности результатов экспертизы, после дачи заключения экспертом); эксперта (дача заключения, дача разъяснения в границах проведенного исследования (после письменного заключения, ст. 205 УПК РФ⁶), дача показаний в границах экспертизы в рамках судопроизводства); защитника (ходатайствовать о назначении экспертизы; заявлять отвод эксперту от имени подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, имеющих право знакомиться с экспертным заключением, на основании удовлетворения ходатайства в рамках адвокатской функции (исходя из современной судебно-экспертной практики⁷) привлекать в непроцессуальной форме иных специалистов и экспертов с целью получения рецензий на заключения экспертов, могущих фигурировать в деле как иные документы, и т.д.) — следует отметить наличие общей методологической платформы, на которой субъекты экспертной деятельности формируют свои научно-практические концепции (обусловленные также и когнитивными⁸ свойствами личности юристов и специалистов).

Исходя из этого в процессе исследования факторов развития теории судебно-искусствоведческой экспертизы на современном этапе можно выделить проблему научности⁹ познавательного аспекта экспертной деятельности.

Это особым образом актуализирует изучение системы научного судебно-экспертного знания, которое, в контексте развития теории и методологии судебно-искусствоведческой экспертизы, основывается, как представляется, на «судебно-экспертной эпистемологии»¹⁰

² См.: Федеральный закон от 30.12.2001 № 73. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (с изм. и доп. от 08.03.2015). Ст. 8 «Объективность, всесторонность и полнота исследования» // URL: <http://base.garant.ru/> (дата обращения: 01.01.2017).

³ См.: Теория познания // Большая советская энциклопедия. 3-е изд. М.: Советская энциклопедия, 1976. Т. 25. С. 436—438.

⁴ Яблоков Н. П. Криминалистика: учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2014. С. 61.

⁵ Россинская Е. Р., Галяшина Е. И. Настольная книга судьи: судебная экспертиза. М.: Проспект, 2011. С. 173.

⁶ Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 17.04.2017) // URL: <http://kodeks.systems.ru/upk-rf/> (дата обращения: 05.05.2017).

⁷ См. материалы уголовного дела Первомайского суда г. Краснодара № 1-200/2016 (ст. 224, ч. 3, п. 6, УК РФ), где автор выступала в качестве специалиста, по сути, внешнего рецензента.

⁸ URL: <https://odepressii.ru/obschee/kognitivnost.html> (дата обращения: 23.09.2017).

⁹ См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В. В. Виноградова. 4-е изд., доп. М.: Азбуковник, 1999. С. 397.

¹⁰ Эпистемология (от др.-греч. ἐπιστήμη — научное знание, наука, достоверное знание + λόγος — слово, речь) — философско-методологическая дисциплина (см.: URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/> (дата обращения: 10.05.2017)).

(и «судебно-экспертной гносеологии»¹¹) как методологической основе экспертной деятельности. На этой основе, по сути, формируются познавательные процедуры, связанные, с одной стороны, с исследованием предмета судебно-искусствоведческой экспертизы, с другой (в последующем) — с критическим анализом и оценкой результатов экспертизы с точки зрения их научной обоснованности (на предмет достоверности доказательств). Так, судебно-экспертная деятельность призвана максимально эффективно решать проблему объективности познания в рамках судопроизводства для эффективности процессуальных действий субъектов доказывания: собирания, исследования и оценки доказательств с целью установления юридически значимых фактов.

Таким образом, в контексте исследования системы судебно-экспертного знания выделяется эпистемология как процесс ассимиляции новых научных результатов, полученных (относительно судебно-искусствоведческой экспертизы) на практическом уровне экспертной деятельности и развития материнской науки — искусствоведения (его предмета научного изучения и социальной функции).

Условно названная в данном исследовании «судебно-экспертная эпистемология», как представляется, являет собой междисципли-

нарную зону, исходящую из философской дисциплины, основанной на материалистической доктрине¹², направленной на решение теоретических и практических проблем судебной экспертизы. «Судебно-экспертная эпистемология» вбирает в себя и перерабатывает как проблематичные, эмпирически обусловленные знания, так и достоверные знания, т.е. проверенные в процессе верификации — экспертной деятельности. Так, в фокусе судебно-экспертной эпистемологии находятся общие основания возникновения экспертного знания — вывода как результата в данном случае судебно-искусствоведческой экспертизы, дающего возможность рассматривать судебно-экспертное знание в качестве научно обоснованного знания, отражающего актуальный уровень знаний в материнской науке.

Эпистемология стала методологической основой формирования судебной экспертизы как самостоятельной отрасли научного юридического знания начиная с 40-х гг. XX в.¹³ К 70-м гг. прошлого века оно обрело статус самостоятельной научной проблемы, которая решалась коллективными усилиями ведущих деятелей (В. М. Галкин¹⁴, А. И. Винберг, Н. Т. Малаховская¹⁵, А. Р. Шляхов¹⁶, Ю. Корухов¹⁷, Ю. Орлов¹⁸, Р. С. Белкин¹⁹, И. А. Алиев²⁰, Т. Аверьянова²¹, Е. Р. Россинская и др.), ко-

¹¹ Гносеология (от др.-греч. γνῶσις — познание, знание + λόγος — слово, речь) — философская дисциплина, занимающаяся исследованиями, критикой и теориями познания (см.: URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki> (дата обращения: 13.09.2017); Философский энциклопедический словарь. М.: Советская энциклопедия, 1983).

¹² Теория познания // Большая советская энциклопедия. 3-е изд. М.: Советская энциклопедия, 1976. Т. 25. С. 436—438.

¹³ В развитии данного направления приняли также участие А. И. Винберг, Н. В. Терзиев, И. Н. Якимов, Л. П. Рассказов, Б. И. Шевченко и др. См.: *Моисеева Т. Ф.* Основы судебно-экспертной деятельности: конспект лекций. М.: РГУП, 2016. С. 27—28.

¹⁴ *Галкин В. М.* О принципах судебной экспертизы по уголовным делам: сб. научных трудов ЦНИИСЭ. М., 1970. Вып. 2. С. 76.

¹⁵ *Винберг А. И., Малаховская Н. Т.* Судебная экспертология (общетеоретические и методологические проблемы судебных экспертиз): учебное пособие. Волгоград, 1978. 182 с.

¹⁶ *Шляхов А. Р.* Теория и практика криминалистических экспертиз. М., 1962.

¹⁷ *Корухов Ю. Г.* Основы судебной экспертизы. М.: РФЦСЭ, 1997. Ч. 1: Общая теория. С. 59—60.

¹⁸ *Орлов Ю. К.* Заключение эксперта и его оценка (по уголовным делам). М., 1995; *Он же.* Использование специальных знаний в уголовном судопроизводстве // Судебная экспертиза: общие понятия: учебное пособие. М., 2004. Вып. 2; *Он же.* Судебная экспертиза как средство доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005; *Он же.* Основы теории доказательств в уголовном процессе: научно-практическое пособие. М.: Проспект, 2000.

¹⁹ *Белкин Р. С.* Криминалистическая энциклопедия. 2-е изд. М.: Мегатрон-XXI, 2000. 336 с.

²⁰ *Алиев И. А.* Проблемы экспертной профилактики. Баку: Азернешр, 1991. 311 с.

²¹ *Аверьянова Т. В.* Судебная экспертиза: курс общей теории. М.: Норма, 2007. 480 с.; *Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р.* Криминалистика. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма; Инфра-М, 2012. 944 с.

торые развили судебно-экспертную методологию, предоставив возможность решать на данной основе не только проблему применения специальных знаний в судопроизводстве, но и проблемы, связанные со становлением и развитием теории и практики частных видов судебных экспертиз, таких как судебно-искусствоведческая экспертиза (предметов изобразительного искусства).

Представляется, что (условно) на втором этапе формирования современной методологии судебной экспертизы (1970—1980-е гг., отделение проблемы изучения закономерностей развития экспертной деятельности от уголовного процесса и криминалистики) и актуализировалась «судебно-экспертная эпистемология», как научная база развития теории и методологии судебной экспертизы на современном этапе. Таким образом, доминирующий характер классической эпистемологии в первой фазе развития был обусловлен процессами становления отдельной отрасли юридического знания — судебно-экспертной деятельности (и ее научно-практической части — судебной экспертологии²²), которая к тому времени, накопив значительный объем фактической информации в области судебной экспертизы, потребовала самостоятельного (и достаточного в условиях развития судебно-экспертной деятельности на тот период) научного аппарата для систематизации на философской методологической основе фактов развития экспертной деятельности. (Криминалистические теории: идентификации²³, классификации и диагностики²⁴ сформировались в свое время тоже на основе теории познания, и теории отражения²⁵ в частности.)

Судебно-экспертная эпистемология как философское фундаментальное направление получила применение в области решения теоретических проблем судебной экспертизы: определения объекта и предмета (в данном

случае судебно-искусствоведческой экспертизы), структуры и компонентов экспертной деятельности, организации научного судебно-экспертного знания, определения методов экспертного исследования, функций и задач судебной экспертизы, а также тенденций развития научной базы судебно-экспертных знаний. Главным образом судебно-экспертная эпистемология была направлена на формирование достоверности результатов экспертизы, в контексте судебно-искусствоведческой экспертизы — выводов эксперта. Это, как известно, легло в основу методологических аспектов судебно-искусствоведческой экспертизы как теоретическая часть организации научного судебно-экспертного знания.

Ранее классическая эпистемология, по существу, была адаптирована в базовой юридической науке — науке уголовного процесса, что нашло отражение в закреплении научно-практических критериев оценки объективности доказательственной информации, поскольку объективная основа оценки достоверности доказательств определяется самим существом эпистемологии как философско-методологической дисциплины²⁶, направленной на формирование научных опор объективных, юридически обусловленных знаний о правовой реальности (что было адаптировано в контексте юридического знания в ст. 74 «Доказательства» УПК РФ). Таким образом, классическая эпистемология критической направленности²⁷ способствовала процессу верификации отдельной отрасли юридического знания, его «стандартизации» в контексте юридической науки, что стало основой процессуальной оценки доказательств (нашло закрепление в ст. 88 «Правила оценки доказательств» УПК РФ).

Вместе с тем в период доминирования данной философской методологической дисциплины была заложена научная нормативная

²² Винберг А. И., Малаховская Н. Т. Судебная экспертология (общетеоретические и методологические проблемы судебных экспертиз) : учебное пособие. Волгоград, 1978. 182 с.

²³ Сформулировано в 40-х гг. прошлого века С. М. Потаповым (см. об этом: Яблоков Н. П. Указ. соч.). В развитии этой теории приняли активное участие: В. А. Колдин, М. И. Сегай, В. С. Митричев, М. В. Салтевский, В. Ф. Орлова, Г. Л. Грановский, И. Д. Кучеров, В. А. Снетков и др. (см.: Аверьянова Т. В., Р. С. Белкин, Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Указ. соч. С. 21).

²⁴ Яблоков Н. П. Указ. соч.

²⁵ Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Указ. соч.

²⁶ Философский энциклопедический словарь. С. 33—41.

²⁷ Критика как основной подход к верификации научных знаний, представлений об истине в рамках научных концепций, также различных философских систем.

(от понятия «норма научного знания»²⁸) основа судебно-экспертного знания, которая вылилась главным образом в стремлении к фундаментализму²⁹. Например, это сказалось на развитии процессуально обусловленного алгоритма взаимодействия объектов познания; выделении и закреплении конкретных научных стандартных методов для изучения предметов целой группы судебных (криминалистических) экспертиз; на частном уровне — на введении в процессе объективизации информации (исследования в процессе решения идентификационных и диагностических задач и оценки результатов экспертизы) в «гуманитарных» видах судебных экспертиз, математических методов исследования.

Однако на этом этапе развития теории и методологии судебной экспертизы была установлена относительная (относительно процесса) степень научной объективности экспертных знаний. Так, в процессуальном праве признается относительное качество объективности знаний специалистов, привлекаемых для проведения судебной экспертизы (что доказывается процессуальным статусом субъектов экспертной деятельности и системой их процессуальных отношений).

Таким образом, законодателем учтено значение субъективных факторов, имеющих разнообразный характер, например, в части определения естественных пределов научных знаний сведущего лица³⁰, которое в некоторых случаях (объективных препятствий) не может объяснить природы неизученных вещей (когда не существует на определенный период време-

ни методов исследования или объективно не существует достаточного объема специальных знаний³¹, необходимого для достижения научной объективности, т.е. достоверности знаний эксперта³² в той или иной области научного знания). В этом случае субъекты экспертной деятельности, исходя из их процессуального статуса, наделены рядом полномочий, образующих эффективное взаимодействие (ст. 57, 58, 80 «Заключение и показания эксперта и специалиста», 84 «Иные документы» УПК РФ) с целью обеспечения объективности доказательств.

В этом контексте процессуальная самостоятельность субъектов оценки доказательств (ст. 17, 38 «Следователь», 87, 88, 282 «Допрос эксперта», ст. 283 «Производство судебной экспертизы» УПК РФ) также направлена на объективизацию информации, которая может диалектически взаимодействовать в форме конкуренции процессуально обусловленных позиций — мнений, суждений, выводов (что в контексте юридических знаний адаптировано в ст. 74 УПК РФ). Более того, следователь, суд, стороны в уголовном и гражданском процессе имеют право оценивать добытые в процессе, в данном случае выводные, знания, исходя из своего внутреннего убеждения (закреплено в ст. 17 «Свобода оценки доказательств» УПК РФ). Так, следователь на субъективном уровне понимания необходимости объема и качества специальных знаний имеет право на свое усмотрение (п. 2. ст. 37 УПК РФ) приглашать того или иного специалиста, которого *он считает*³³ специалистом в определенной

²⁸ Нормативизм, фундаментализм — результат развития научной мысли на протяжении нескольких веков, начиная с Античности по настоящее время (Платон, Аристотель; Ф. Бэкон и Р. Декарт (заложившие основу верификации); Дж. Беркли (материализм); И. Кант (традиционная онтология); концепция Э. Маха и исходящая из нее теория относительности А. Эйнштейна (см.: *Кириллин В. А.* Страницы истории науки и техники. М.: Наука, 1986. 511 с.; *Философский энциклопедический словарь*)). На более позднем этапе наблюдалось усиление субъективных тенденций, что вылилось в субъектоцентризм и наукоцентризм (см.: *Поппер К.* Логика и рост научного знания // *Избранные труды*. М.: Прогресс, 1983. 605 с.; *Фуко М.* Археология знания / пер. с фр.; общ. ред. Бр. Левченко. Киев: Ника-Центр, 1996. 208 с.).

²⁹ Это известный путь становления большинства новых направлений научной мысли. Адаптировано в контексте юридического знания в ст. 7 «Независимость эксперта»; ст. 8 «Объективность, всесторонность и полнота исследования» Федерального закона от 30.12.2001 № 73 «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (URL: <http://base.garant.ru/> (дата обращения: 01.01.2017)).

³⁰ Федеральный закон «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации».

³¹ См.: УПК РФ. Ст. 204 «Заключение эксперта»; ст. 206 «Предъявление заключения эксперта».

³² См.: *Россинская Е. Р.* Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. 3-е изд., доп. М.: Норма; Инфра-М, 2011. 736 с.

³³ Из интервью с бывшим следователем Следственного комитета РФ А. И. Г. (записано в Северо-Кавказском филиале Российского государственного университета правосудия, г. Краснодар, 30.06.2017).

области, а также принимать или не принимать, исходя из своего внутреннего убеждения, во внимание результаты экспертизы.

В третьей (условно) фазе развития (1990—2000-е гг.) вследствие изменения общественного правового сознания и вместе с этим правовой реальности, выделились, как представляется, «неклассические проблемы»³⁴ в развитии судебно-экспертной деятельности, которые потребовали от юристов помимо методологического ресурса классической эпистемологии также гносеологического подхода. В данном контексте актуализацию гносеологической связки «субъект — объект»³⁵ можно рассматривать как реакцию на усиление в юридической сфере постмодернистских тенденций. Прежние способы взаимодействия судопроизводства как отдельного вида юридической деятельности с реальностью оказались недостаточно гибкими. В итоге в неклассический³⁶ период (1980—2000-е гг., начало XXI в.) границы взаимодействия субъектов судебно-экспертной деятельности с правовой реальностью обозначились в более широком диапазоне. Это сказалось: в качественном изменении вектора развития научного судебно-экспертного знания; появлении новых видов судебных экспертиз, отражающих процесс развития судебной экспертизы как научной прикладной мысли; в появлении непроцессуальных форм взаимодействия спорящих сторон (например, внешние рецензии специалистов на заключение эксперта, формально подпадающие под понятие «иные документы» (ч. 2 ст. 74 УПК РФ)); развитии вариативных и качественно новых, вследствие синтеза методов исследования, комплексных экспертиз и пр.

Это было обусловлено несколькими объективными и субъективными факторами: общим развитием методологии естественных наук, появлением новых отраслей научного знания³⁷, что значительно расширило диапазон привле-

чения специальных знаний в судопроизводстве. Это способствовало появлению новых видов судебных экспертиз, а также развитию традиционных экспертиз; повлияло на разнообразие методов в решении экспертных, процессуально необходимых задач. Вместе с тем сформировались и новые требования к субъекту научного знания: эксперту, специалисту, следователю, суду, судье, от которых требуется основанная на диалектическом материализме научная позиция, осознаваемая ими как составная часть их мировоззрения, профессионального сознания, определяющая, с одной стороны, методы исследования предметов экспертизы, с другой — методы оценки результатов экспертизы.

Если ранее разработанный метод классической эпистемологии был достаточным для «классического юридического знания», то в постмодернистских условиях информационная среда актуализировала в экспертной деятельности неклассическую субъективную сторону научных знаний, обозначив проблему субъективного *понимания* природы научного знания и научного мировоззрения субъекта экспертного знания: его точку отсчета; субъективный уровень владения объемом информации; точку зрения, обусловленную социокультурным окружением и сферой интересов; праксиологический фокус, имеющий целеполагающий характер и непосредственные цели исследования предмета судебной экспертизы; профессиональные и личные цели субъекта экспертного исследования и пр., т.е. факторы, в совокупности влияющие на степень внутренней убежденности в объективности научной позиции исследователей — субъектов экспертной деятельности.

Выделенный институт внутреннего убеждения является в рамках судопроизводства проявлением системного научного знания в контексте постфундаментализма³⁸, являющегося продуктом неклассической эпистемологии, где субъекты оценки достоверности выводных зна-

³⁴ «Неклассические проблемы» связаны с относительностью системы значений и критериев оценки субъекта познания.

³⁵ Философский энциклопедический словарь.

³⁶ См.: *Сорос Дж.* Кризис мирового капитализма. М. : Инфра-М, 1992. 262 с. ; *Тоффлер Э.* Третья волна. М. : Аст, 2010. 795 с. ; *Федотова В. Г.* Хорошее общество. М. : Прогресс-Традиция, 2005. 544 с.

³⁷ Известные факторы создания единой информационной среды, распространения информационных цифровых технологий.

³⁸ Постфундаментализм — философское направление, сформировавшееся в постмодернистский период развития российского общества, выразившееся в выделении коммуникативного фактора в формировании научных знаний на основании признания концепции социокультурной обусловленности субъекта познания, а также признания коллективной сущности научного познания (см.: *Выготский Л. С.* Психоло-

ний: следователь, суд; опираются на собственный уровень понимания научности результатов экспертизы на основе профессиональных знаний и личностных морально-нравственных установок.

Если рассматривать институт доказательства в рамках судопроизводства, то в нем в высшей степени сбалансировано присутствие объективного и субъективного начал, где объективная сторона подвергается проверке в виде типичных стандартных процессуальных процедур (ст. 88 УПК РФ) и субъективная (ст. 17 УПК РФ) выступает как возможность принятия ответственного решения, включающего в себя в том числе и психологический комплекс, как-то: субъективное (социально-ролевое, личностное) переживание юридически значимой ситуации за принятое решение; переживание ответственности как общественно необходимое чувство справедливости, представляющее собой сложный аксиологический процесс корреляций аксиологически обусловленных значений. Особая роль внутреннего убеждения определена комплексом внутренних сознательных (предсознательных и бессознательных) переживаний, формирующихся в прокрустовом ложе, с одной стороны, экзистенциального фактора достаточной необходимости — объективных границ юридического знания, с другой — общественно обусловленного чувства ответственности и связанной с этим впоследствии чувством вины или морально-нравственного удовлетворения (неудовлетворения), являющегося внутренним компасом личности юриста.

Это некоторым образом отразилось на познавательных нормах, которые подверглись изменению в ходе развития судебно-экспертного знания вследствие констатации весьма широких рамок самого процесса познания, принципиально не исключающего фактора ситуативной целесообразности; относительной достоверности знаний, исходящих от мировоззренческой концепции познающего субъекта. В итоге можно отметить, что усложнение в данном случае структуры судебно-экспертного знания, модификации связей точных и гуманитарных наук привело к расширению позна-

вательных границ научного знания в рамках экспертной деятельности.

Соответственно, проблема определения границ научности экспертного знания — вывода эксперта в контексте судебно-искусствоведческой экспертизы требует решения группы задач, которые связаны: с исследованием интеграционных границ взаимодействия субъектов судебно-искусствоведческой экспертизы и соотношения предметных (специальных знаний) компонентов заключения судебно-искусствоведческой экспертизы с процессуальными нормативными знаниями. Исходя из этого осуществляется поиск типичных, т.е. устойчивых, в идеале исчисляемых и проверяемых признаков объектов судебно-искусствоведческой экспертизы, имеющих характерные особенности, с одной стороны, специфических художественных, историко-культурных признаков предметов изобразительного искусства, являющихся продуктом художественного творчества субъектов творчества (личности, группы, академического коллектива, народа³⁹), необходимых для определения статуса объекта экспертного исследования, с другой — признаков вещественных доказательств, актуальных в процессе доказывания (ст. 81 УПК РФ). При этом в поле зрения при оценке научной обоснованности, т.е. достоверности результатов судебно-искусствоведческой экспертизы, попадают также признаки научного судебно-искусствоведческого знания, актуального при получении вывода как продукта интеллектуальной деятельности (ГК РФ, часть первая) эксперта и специалиста в рамках судопроизводства.

Однако степень актуальности выявленных групп признаков определена все же юридическим диапазоном оценки результатов экспертизы. На основе логического мышления и продуктов мышления: мнения, суждения, вывода специалиста⁴⁰ (закреплено в виде консультаций со специалистом — ст. 58, 88 УПК РФ), вывода эксперта (ст. 57, 74 «Доказательства», 204 «Заключение эксперта», 282 «Допрос эксперта» УПК РФ) — могут быть предметом исследования и оценки достоверности субъектами доказывания и исследования доказательств в судебной стадии, в соответствии с процес-

логия искусства / общ. ред. В. В. Иванова ; комм. Л. С. Выготского и В. В. Иванова ; вступ. ст. А. Н. Леонтьева. 3-е изд. М. : Искусство, 1986. 573 с.).

³⁹ Федеральный закон от 25.06.2002 № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 26. Ст. 2519.

⁴⁰ См.: *Ивлев Ю. В.* Логика для юристов. 4-е изд. М. : Дело, 2005. 264 с.

суальными требованиями и (общенаучными, частнонаучными и специальными критериями) научной обоснованности результатов экспертизы.

В этой связи возникает ряд вопросов: какой аспект интеллектуальной деятельности в выводе эксперта подлежит оценке уполномоченными лицами; где заканчиваются когнитивные границы научного исследования субъектов экспертной деятельности; обладает ли полученный вывод специалиста, эксперта признаками научности? В этом контексте актуализируется интеграционная концепция судебно-экспертной деятельности.

Исходя из этого можно утверждать, что интеграционная концепция судебно-искусствоведческой экспертизы направлена на междисциплинарное взаимодействие специалистов — юристов и представителей иных областей научного знания, вступающих в процессуальные отношения в ходе экспертной деятельности.

- С методологических позиций она включает:
- «классическую эпистемологию», разработавшую алгоритм взаимодействия основных элементов экспертной деятельности — объекта экспертной деятельности как прикладной сферы процессуально обусловленного действия и, собственно, научного судебно-экспертного знания, существующего: 1) как продукт мышления субъектов судебно-экспертного знания и в то же время 2) как проявление коллективного мышления научного сообщества, создавшего автономно (имеющего свой понятийный аппарат и область применения) институт судебно-экспертного знания; определившую основные общие научные методы (методики) исследования предмета судебно-искусствоведческой экспертизы;
 - «судебно-экспертную гносеологию», расширившую границы понимания субъектно-объектных связей в экспертной деятельности и, собственно, границ научности экспертного знания за счет использования в решении экспертных задач синтетических и вариативных методов исследования, решающих адекватно для данного периода

проблему понимания научности знаний и, соответственно, проблему научной обоснованности выводов эксперта; усложнившую алгоритм взаимодействия субъектов экспертной деятельности. (Например, расширение поля взаимодействия участников процесса со специалистом на всех практически стадиях досудебного и судебного производства: консультации в ходе обнаружения, изъятия, фиксации материалов дела, содействие в составлении вопросов эксперту; консультации в ходе проведения первичной судебной экспертизы; консультации в процессе оценки результатов экспертизы; содействие иным профессиональным и непрофессиональным участникам судопроизводства после проведения экспертизы. Сама форма (мнение, суждение, вывод) функционирования научных в идеале знаний предполагает фактически широкое взаимодействие специалиста практически со всеми участниками процесса.)

Исходя из этого, можно отметить, что в ситуации развития интеграции специальных знаний в судопроизводстве все большую актуальность приобретает неклассическая концепция, в которой возрастают неопистемологические тенденции, усиливающие позиции гносеологии (как парной концепции исследования правовой реальности), в данном случае — судебно-экспертных знаний, именно с точки зрения взаимодействия субъекта знаний и объекта познания.

Таким образом, в самой системе экспертной деятельности актуальны как судебно-экспертная эпистемология, направленная на формирование методологической основы судебно-экспертного знания, раскрывающая классические основы обоснованности и степень достоверности доказательств и т.д., так и судебно-экспертная гносеология, которая, будучи, по сути, парной эпистемологии, является основой процесса познания с более личностных, определенной ситуацией научных позиций.

Данные аспекты образуют систему судебно-экспертного знания, которая, исходя из судебно-экспертной методологии, опирается в своем развитии на судебно-экспертную практику.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аверьянова Т. В. Судебная экспертиза : курс общей теории. — М. : Норма, 2007. — 480 с.
2. Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Криминалистика. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма : Инфра-М, 2012. — 944 с.
3. Алиев И. А. Проблемы экспертной профилактики. — Баку : Азернешр, 1991. — 311 с.
4. Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия. — 2-е изд. — М. : Мегатрон-XXI, 2000. — 336 с.
5. Большая советская энциклопедия. — 3-е изд. — М. : Советская энциклопедия, 1976. — Т. 25.
6. Винберг А. И., Малаховская Н. Т. Судебная экспертология (общетеоретические и методологические проблемы судебных экспертиз) : учеб. пособие. — Волгоград, 1978. — 182 с.
7. Выготский Л. С. Психология искусства / общ. ред. В. В. Иванова ; коммент. Л. С. Выготского и В. В. Иванова ; вступ. ст. А. Н. Леонтьева. — 3-е изд. — М. : Искусство, 1986. — 573 с.
8. Галкин В. М. О принципах судебной экспертизы по уголовным делам : сб. научных трудов ЦНИИСЭ. — М., 1970. — Вып. 2.
9. Ивлев Ю. В. Логика для юристов. — 4-е изд. — М. : Дело, 2005. — 264 с.
10. Кириллин В. А. Страницы истории науки и техники. — М. : Наука, 1986. — 511 с.
11. Корухов Ю. Г. Основы судебной экспертизы. — М. : РФЦСЭ. — 1997. — Ч. 1 : Общая теория. — С. 59—60.
12. Моисеева Т. Ф. Основы судебно-экспертной деятельности : конспект лекций. — М. : РГУП, 2016. — 200 с.
13. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка : 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В. В. Виноградова. — 4-е изд., доп. — М. : Азбуковник, 1999. — 944 с.
14. Орлов Ю. К. Заключение эксперта и его оценка (по уголовным делам). — М., 1995.
15. Орлов Ю. К. Использование специальных знаний в уголовном судопроизводстве // Судебная экспертиза : Общие понятия : учебное пособие. — М., 2004. — Вып. 2.
16. Орлов Ю. К. Судебная экспертиза как средство доказывания в уголовном судопроизводстве. — М., 2005.
17. Поппер К. Логика и рост научного знания // Избранные труды. — М. : Прогресс, 1983. — 605 с.
18. Россинская Е. Р., Галяшина Е. И. Настольная книга судьи : судебная экспертиза. — М. : Проспект, 2011. — 464 с.
19. Словарь философских терминов / науч. ред. В. Г. Кузнецов. — М. : Инфра-М, 2005. — 731 с.
20. Сорос Дж. Открытое общество : Реформируя глобальный капитализм. — М. : Институт «Открытое общество», 2001. — 453 с.
21. Тоффлер Э. Третья волна. — М. : Аст, 2010. — 795 с.
22. Федотова В. Г. Хорошее общество. — М. : Прогресс-Традиция, 2005. — 544 с.
23. Философский энциклопедический словарь. — М. : Советская энциклопедия, 1983. — 840 с.
24. Фуко М. Археология знания / пер. с фр. ; общ. ред. Бр. Левченко. — Киев : Ника-Центр, 1996. — 208 с.
25. Шляхов А. Р. Теория и практика криминалистических экспертиз. — М., 1962.
26. Яблоков Н. П. Криминалистика : учебник для вузов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2014. — 303 с.

Материал поступил в редакцию 9 октября 2017 г.

A SCIENTIFIC ASPECT IN THE COGNITIVE PROCESS OF SUBJECTS OF EXPERT ACTIVITIES

BONDARENKO Lyudmila Konstantinovna — Doctor of Philosophy, PhD in Arts, Professor of the Department of Criminal Procedure Law of the North Caucasian Branch at The Russian Academy of Justice
sichaykin@mail.ru
350002, Russia, Krasnodar, ul. Levanevskogo, d. 187

Abstract. The paper examines the issue of the scientific content of legal knowledge from a standpoint of materialism. Following the concept of N. P. Yablokov concerning the unified nature of cognition and proving, the

author scrutinizes the factors of the development of the theory of forensic expertise at the present stage that determines the range of scientific and practical elements of a cognitive aspect of expert activities.

From the standpoint of the essence of the search and cognitive activity of the subjects of proving, the author reveals a general methodological platform of expert activities: "forensic epistemology" and "forensic gnosiology". Based on this, the author analyzes the system of scientific forensic knowledge, including cognitive processes that are, on the one hand, associated with the study of the subject matter of forensic and art expertise and, on the other hand, with the critical analysis and evaluation of the results of the expertise from the standpoint of their objectivity.

It is proved that forensic epistemology, having an interdisciplinary nature, assimilates new scientific results in several areas, including the arts; absorbs and processes both problematic, empirically conditioned knowledge and reliable knowledge.

In this regard, the author divides into periods the development of forensic expertise as a separate branch of knowledge. To this end, it is noted that during the first period, "forensic epistemology", that was necessary for the formation of a separate branch of legal knowledge, gained its popularity. It is noted, that forensic epistemology was aimed at the formation of reliability of expertise results. (In this context, the paper examines the system of procedural relations of expert activity participants that is demonstrated in art. 17, 37, 57,58,74, 80, 84, 87, 88, 282 of the RF Code of Criminal Procedure.)

It is noted that during the second period of its development (the 90s of the 20th century — early 21st century) "non-classical problems" in the development of forensic activities became vital. It is argued that, when special knowledge is integrated into court proceedings, a non-classical concept, in which the influence of neo-epistemological trends become stronger, gains popularity in its turn. It is determined that the identified aspects of scientific knowledge form a system of forensic expert knowledge in the context of forensic and art expertise.

Keywords: forensic expert activity, forensic epistemology, forensic and art expertise, scientific knowledge, reliability of the results of expertise.

REFERENCES

1. Averyanova, T. V. Forensic Expertise. A Course of General Theory. — M.: Norma, 2007. — 480 p.
2. Averyanova T. V., Belkin R. S., Korukhov, Yu. G., Rossinskaya, E. R. Criminalistics. — 3rd ed., revised and supplemented. — M.: Norma : INFRA-M, 2012. — 944 p.
3. Aliev, I. A. Problems of expert prevention. — Baku : Azerneshr, 1991. — 311 p.
4. Belkin, R. S. Forensic Encyclopedia. — 2nd ed. — M.: Megatron—XXI, 2000. — 336 p.
5. The Great Soviet Encyclopedia. -3d ed. — M.: "Soviet Encyclopedia", 1976. — Vol. 25.
6. Vinberg, A. I., Malahovekaya, N. T. Forensic Expertology (theoretical and methodological problems of forensic examinations). A Study Guide. — Volgograd, 1978. — 182 p.
7. Vygotsky, L. S. Psychology of Art / Ed. by V. Ivanova, comments. L. S. Vygotsky and V. V. Ivanov, forwarded by A. N. Leontiev. 3rd ed. — M.: Art, 1986. — 573 p.
8. Galkin, V. M. The principles of forensic expertise in criminal matters. Collection of scientific works of the TsNIIE. — M. — 1970. — Iss. 2.
9. Ivlev, Yu. V. Logics for lawyers. — 4th edition — M.: "DELO", 2005. — 264 p.
10. Kirillin, V. A. Pages of History of Science and Technology. — M.: Nauka, 1986 (Science. World Outlook. Life.) — 511 p.
11. Korukhov, Yu. G. The basics of forensic expertise. Part 1: General Theory. — M.: RFCFE. — 1997. — P. 59 — 60.
12. Moiseeva, T. F. Fundamentals of forensic activities: Lecture Notes. — M.: RSUJ, 2016. — 200 p.
13. Ozhegov, S. I., Shvedova, N. Yu. Explanatory Dictionary of Russian Language: 80 000 words and phraseological expressions / Russian Academy of Sciences. The Russian Language Institute named after V. V. Vinogradov. 4th ed., supplemented. M.: Azbukovnik, 1999. — 944 p.
14. Orlov, Yu. L. An expert opinion and its assessment (in criminal cases). — M., 1995.
15. Orlov, Yu. K. The use of special knowledge in criminal proceedings // Forensic Expertise: General concepts: A Textbook. — M., 2004. — Iss. 2. — P. 3.
16. Orlov, Yu. K. Forensic expertise as a means of proving in criminal proceedings. — M., 2005. — P. 14.



17. *Popper, K.* The logics and growth of scientific knowledge. Selected works. — M: Progress, 1983 — 605 p.
18. *Rossinskiy, E. R., Galyashina, E. I.* Judge's Handbook: Forensic Expertise. — M.: Prospekt, 2011 — 464 p.
19. A dictionary of philosophical terms / Scient. Ed. Prof. V. G. Kuznetsov. — M.: INFRA-M, 2005. —XVI. — 731 p.
20. *Soros, G.* Open Society: Reforming global capitalism. — M.: Open Society Institute, 2001. — 453 p.
21. *Toffler, A.* The third wave. — M.:AST, 2010. — 795 p.
22. *Fedotova, V. G.* Good society. — M.: Progress-Tradition, 2005. — 544 p.
23. *Foucault M.* Archaeology of knowledge / [trans. from French, ed. by Br. Levchenko]. — K.: Nika-Tsentr, 1996. — 208 p.
24. Philosophical Encyclopedic Dictionary. — M.: "Soviet encyclopedia", 1983. — 840 p.
25. *Yablokov, N. P.* Criminalistics: Textbook for Higher Schools. — 2nd ed., revised and supplemented — M.: Urait Publishing House, 2014. — 303 p.
26. *Shlyakhov, A. R.* The Theory and practice of forensic examinations. — M., 1962.

КЛАССИФИКАЦИЯ ПРЕЗУМПЦИЙ В СЕМЕЙНОМ ПРАВЕ

Аннотация. В статье приводятся разнообразные классификации презумпций применительно к отрасли семейного права (общеправовые, отраслевые, межотраслевые; легальные и фактические; прямые и косвенные; опровергаемые и неопровергаемые; материальные и процессуальные; императивные и диспозитивные; очевидного и неустановленного факта). Автор учитывает, что в ряде государств нет деления на отрасли права, аналогичные российской правовой системе, и поэтому отдельные классификации для них не подходят. Особое внимание уделяется фактическим презумпциям, а также вопросам установления отцовства и материнства в суррогатных отношениях. При этом приводятся исторические примеры из отечественной и зарубежной практики. Кроме того, автором подробно рассматриваются такие вопросы, как определение будущего места проживания несовершеннолетнего ребенка при разводе его родителей, определение бремени доказывания при разводе супругов, когда один из них не согласен с разводом, а другой настаивает на нем и категорически возражает против предоставления срока для примирения, презюмирование добросовестности одной из сторон при заключении фиктивного брака, а также при разглашении тайны усыновления и т.п. Автор не ограничивается анализом основных положений российского семейного права, апеллируя к законодательству стран ближнего (Украина, Беларусь, Казахстан) и дальнего (Франция, Германия, США, Нидерланды, Япония, мусульманские государства) зарубежья, анализируя и сопоставляя их опыт решения аналогичных проблем с российской правовой действительностью. Делается вывод о том, что на использование презумпций как средства юридической техники в современном семейном праве России влияют такие факторы, как нестандартность регулируемой ситуации, усиление публичных начал и отсутствие легальных презумпций. Кроме того, в ряде случаев ставится вопрос о неудачности применения такого средства юридической техники, как презумпция, и необходимости его замены юридической фикцией. Статья имеет интерес не только для специалистов в области теории права, но и для широкого круга читателей.

Ключевые слова: правовая презумпция, классификация, семейное право, легальные и фиктивные презумпции, суррогатные отношения, генетическое донорство, презумпции материнства и отцовства, презумпция status quo.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.034-051

В последнее время из всех известных юридической науке вымыслов наибольшей популярностью пользуются фикции, пока правовые презумпции незаслуженно остаются в стороне, хотя в современном российском праве их

встречается немало. Конечно, часть их имеет общеправовой, часть — сугубо отраслевой, а часть — межотраслевой характер. Но подобная классификация характерна только для тех правовых систем, где существует четкое отрас-

© Никиташина Н. А., 2018

* Никиташина Наталья Александровна, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского права и процесса Института истории и права Хакасского государственного университета имени Н. Ф. Катанова
shinan@mail.ru

665010, Россия, Республика Хакасия, г. Абакан, пр. Северный, д. 9, кв. 68

левое деление. Кроме того, для крупных отраслей права (как гражданское право, например) предлагается делить отраслевые презумпции на четыре вида: базовые, общие, основные и специальные¹. Однако для семейного права такая классификация является излишней.

Общеправовые и межотраслевые презумпции не испытывают недостатка в исследованиях. Что касается отраслевых презумпций, то в отдельных отраслях права (прежде всего ведущих) тоже никаких существенных пробелов не наблюдается. Правда, это положение характерно не для всех отраслей права. Так, несмотря на явный интерес к сфере семейных отношений, презумпция как средство юридической техники (а в ряде случаев и как прием) исследована несколько фрагментарно. Как правило, рассматриваются одни и те же презумпции, а в качестве примеров приводятся только классические ситуации (исключение — презумпция материнства в суррогатных отношениях). За «бортом науки» остаются презумпция отцовства в суррогатных отношениях, презумпции отцовства и материнства в однополых браках или в иных «экзотических» формах брачных отношений (то, что Россия не признает такие браки, не должно обеднять картину исследования) и множество иных аспектов использования презумпции как средства регулирования не вполне типичных жизненных ситуаций. Кроме того, современная отечественная наука в основном уделяет внимание легальным презумпциям, т.е. предположениям, которые закреплены в норме права². В качестве примера чаще всего приводят презумпции отцовства и материнства, закрепленные в ст. 48, 51 Семейного кодекса РФ (СК РФ)³ и подтвержденные судебной практикой (п. 9 постановления Верховного Суда РФ)⁴.

В меньшей степени изучены фактические презумпции, т.е. предположения, основанные на разумных основаниях и житейском опыте, например, положение, согласно которому при отсутствии доказательств необычные факты признаются несуществующими⁵. Соответственно, по мнению некоторых авторов, фактические презумпции в нормах вообще не закрепляются, в то время как легальные — либо закрепляются, либо выводятся из них путем толкования. По мнению других ученых, фактические презумпции по форме закрепления ничем не отличаются от легальных. Их главное отличие состоит в другом: они основаны на фактических закономерностях, которые можно использовать (распространить) и на юридическую сферу, в то время как легальные презумпции суть обобщения юридической практики. Если для обоснования презумпции используются статистические данные, то говорят о статистических фактических презумпциях. В качестве примера фактической презумпции авторы приводят презумпцию вменяемости⁶. С данным примером можно не согласиться, поскольку вменяемость закреплена в уголовном законодательстве как элемент состава преступления. А вот другой пример — презумпция ожидания правонарушителем естественных последствий своих действий (согласно которой считается, что лицо, которое наносит пострадавшему большое количество телесных повреждений, действует с особой жестокостью)⁷, — на наш взгляд, более удачен.

В. В. Диаконов подразделяет фактические презумпции на оценочные и поисковые, а последние, в свою очередь, на высоковероятные, средневероятные и маловероятные⁸. В то же время оценочная презумпция на поверку может оказаться как истинной, так и ложной.

¹ См.: Кузнецова О. А. Презумпции в Российском гражданском праве : автореф. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002.

² Доржиев Ж. Б. Теория государства и права // URL: uristinfo.net/2010-12-16-20-00-40/216-teorija-gosudarstva-i-prava-zhb-dorzhev/5404-osnovnye-ponjatija-o-prave.html?start=3 (дата обращения: 01.08.2014).

³ Семейный кодекс РФ от 29.12.1995 № 223-ФЗ в ред. от 05.05.2014 // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

⁴ О применении судами СК РФ при рассмотрении дел об установлении отцовства и о взыскании алиментов см.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.10.1996 № 9 с изм. от 06.02.2007 № 6 // Законность. 1997. № 1. С. 25.

⁵ Доржиев Ж. Б. Указ. соч.

⁶ Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Уголовный процесс : учебник / под общ. ред. А. В. Смирнова. СПб. : Питер, 2004. 697 с.

⁷ Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Указ. соч.

⁸ Диаконов В. В. Теория государства и права : учеб. пособие // URL: <http://allpravo.ru/library/doc108p0/instrum151/item2785.html> (дата обращения: 03.05.2015).

Например, следователь делает вывод о виновности подозреваемого только на основании его сильного волнения, хотя последний заявляет о своей невинности. Он предполагает, что подозреваемый лжет, поскольку «совесть честного человека чиста и он спокоен». Это ложная и необоснованная оценочная презумпция⁹. Все фактические презумпции должны быть обоснованными, иначе они не имеют права на существование. Однако, по мнению В. В. Диаконова, «правоприменители иногда формулируют необоснованные фактические презумпции, выражающие не реально существующие причинно-следственные связи явлений, а лишь их собственные социальные, половые, расовые, религиозные предрассудки или личностные предубеждения». По его мнению, фактическая презумпция — это «утверждение о вероятном существовании факта, связанного необходимой неустойчивой причинно-следственной связью с другим (другими), достоверно установленным фактом или фактами»¹⁰. При этом поисковая презумпция позволяет достоверно установить факт отсутствия какой-либо информации, а предположение может подтвердиться или не подтвердиться, оценочная презумпция позволяет установить факт логического соответствия или противоречия доказательственной информации, полученной из одного источника, и доказательственной информации, полученной ранее из других источников доказательств, а также презумпции, отражающие типичные связи явлений¹¹.

Таким образом, констатируем, что, в отличие от легальных, фактические презумпции правового значения, по сути, не имеют. Но они могут учитываться при формировании внутреннего

убеждения судьи. Так, например, Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве 1918 г. устанавливал право матери еще до рождения внебрачного ребенка указать данные его отца в заявлении о признании отцовства, а суды, рассматривая аналогичные дела, применяли презумпцию истинности заявления матери («кому, как не матери знать, кто отец ее ребенка»)¹².

Другой яркий пример — при разводе супругов, имеющих общего несовершеннолетнего ребенка в возрасте до 10 лет, в вопросе определения его будущего места проживания в большинстве стран¹³, в том числе бывших республик СССР (Россия, Украина, Беларусь, Казахстан и др.)¹⁴, приоритет отдается матери ребенка. По мнению К. Печеник, в России по решению суда ребенок в 95 % случаев остается с матерью¹⁵. Психологи, конечно, объясняют этот выбор возникновением особой связи, сложившейся между ребенком и выносившей его матерью, проявляющейся в частности в том, что мать, как правило, любит своего ребенка независимо от его достижений и успехов, в отличие от отца. Юристы объясняют это явление тем, что большинство судей — женщины. Однако в данном случае мы действительно сталкиваемся с предположением, основанном на житейском опыте. Иными словами, в основании юридической фактической презумпции лежит презумпция биосоциальная (даже в природе, в подавляющем большинстве случаев именно самка заботится о потомстве). Закрепляет этот опыт и принцип 6 Декларации прав ребенка, согласно которому малолетний ребенок не может быть разлучен с матерью, кроме исключительных случаев (алкоголизм, наркомания, тяжелая болезнь и т.п.)¹⁶.

⁹ К числу аналогичных фактических презумпций относят и рассуждения судей о том, что «плохой муж» («плохая жена») автоматически означает «плохой отец» («плохая мать») и т.п.

¹⁰ *Диаконов В. В.* Указ. соч.

¹¹ Указ. соч.

¹² *Хазова О. А.* Установление отцовства // Закон. 1997. № 11. С. 80.

¹³ *Золовкин С.* Папины дочки. В Германии интересы детей на первом месте // Новые известия. 27.11.2007. URL: <http://demoscope.ru/weekly/2007/0311/gazeta019.php> (дата обращения: 11.05.2015).

¹⁴ См.: Семейный адвокат // Киев. URL: <http://xn----8sbahjda6aaooos5a2a9k.com.ua/index.php/article/25> (дата обращения: 11.05.2015) ; Делите ребенка бережно // URL: <http://www.interfax.by/article/25403> (дата обращения: 11.05.2015) ; De Facto // URL: <http://www.defacto.kz/content/s-kem-iz-roditelei-budet-prozhivat-rebenok> (дата обращения: 11.05.2015).

¹⁵ *Печеник К.* С кем останется ребенок после развода? // URL: http://letidor.ru/article/s_kem_ostanetsya_rebenok_posle_29610/ (дата обращения: 11.05.2015).

¹⁶ Декларация прав ребенка (принята Резолюцией 1386 Генеральной Ассамблеи ООН 20.11.1959) // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/childdec.shtml (дата обращения: 11.05.2015).

Случаи, когда по решению суда детей оставляют с отцом, в российской судебной практике встречаются, но реже — их примерно 6 %¹⁷. Однако в последнее время наметилась иная тенденция: участились случаи оспаривания места проживания ребенка со стороны отца. И все же, по данным ВЦИОМ, большинство российских мужчин склонны доверять психологам: только 3 % из них считают, что отцы воспитывают детей лучше, чем матери, 29 % доверяют в этом вопросе матерям и 48 % полагают, что все зависит от личности¹⁸.

В других странах этот вопрос в силу иных культурно-исторических традиций может решаться иначе. Так, в исламских государствах ребенок остается с матерью до тех пор, пока он не перестанет нуждаться в ее опеке. Мать теряет это право, только выйдя замуж повторно. При этом нормы шариата не связывают это событие с каким-то определенным сроком. Когда ребенок станет вполне самостоятельным, решение о его судьбе могут принять совместно его родители, он сам или судья. В некоторых случаях для разрешения этого вопроса разрешается прибегать к жребию¹⁹.

Во Франции с 2002 г. в 11 из 100 случаев суд стал оставлять ребенка, особенно если это мальчик, отцу. Как правило, это дети подросткового возраста, т.е. «шансы отцов на совместное проживание с ребенком прямо пропорциональны возрасту ребенка: 2 %, если малышу 2 года и 15 %, если ему 15 лет»²⁰. Многое по-прежнему зависит от личности судьи: одни удовлетворяют более 25 % исков отцов, другие — менее 4 %. В то же время, по подсчетам французских социологов, при беспристрастном

соблюдении равенства прав разведенных родителей с матерью бы оставались 70 % детей (а не 90 %, как сейчас)²¹.

Даже в странах, относящихся к одной правовой системе, наблюдается совершенно разный подход к данному вопросу. Так, в Германии суд предпочтет оставить ребенка матери, независимо от ее гражданства. А мать ребенка, родившегося в Германии, при разводе автоматически наделяется привилегированным статусом. Во Франции, напротив, больше прав на ребенка будет иметь лишь родитель с французским гражданством²². Правда, в странах, где распространены брачные контракты, будущие супруги заранее могут предусмотреть, с кем будут жить дети в случае их развода²³.

Впрочем, далеко за «национальными особенностями» ходить не надо. Как отмечают Х. Дачаева и Ж. Дахаева из г. Грозного, «в отличие от большинства российских регионов, на Северном Кавказе, в том числе в Чечне, ребенка при разводе оставляют с папой, а если он умирает — передают на воспитание родственникам последнего. Крайне редко мать подает в суд. И это вызывает всеобщее осуждение. <...> Имамы говорят, что лишь в 30 случаях из 100 дети остаются с мамами. Правда, по законам ислама мать нельзя разлучать с ребенком, и до 7 лет его рекомендуется оставлять с матерью»²⁴.

Конечно, имеются случаи (например, дело актрисы Н. Захаровой), когда суды отходят не только от описанной выше презумпции приоритета материнского воспитания, но и напрямую нарушают решения иностранных судов

¹⁷ *Телепнева Н.* Развод родителей: с кем останется ребенок? // URL: <https://deti.mail.ru/family/opredelenie-mesta-prozhivaniya-rebenka-posle-razvo/> (дата обращения: 11.05.2015).

¹⁸ *Верховская М.* Папины дочки. В России растет число отцов, которые оставляют у себя детей после развода // Новые известия. 27.11.2007. URL: <http://demoscope.ru/weekly/2007/0311/gazeta019.php> (дата обращения: 11.05.2015).

¹⁹ Кому остается ребенок после развода? // К Исламу. URL: <http://toislam.ws/books-fikh/134-rebenokposlerazvoda> (дата обращения: 11.05.2015).

²⁰ *Минеев А.* Папины дочки. Во Франции папам часто оставляют подростков // Новые известия. 27.11.2007. URL: <http://demoscope.ru/weekly/2007/0311/gazeta019.php> (дата обращения: 11.05.2015).

²¹ *Минеев А.* Указ. соч.

²² Развод с иностранцем: юридические аспекты и моральные издержки // Разводимся? URL: <http://razvodimsya.ru/all/razvod-s-inostrancem-yuridicheskie-aspekty-i-moralnye-izderzhki> (дата обращения: 11.05.2015).

²³ *Огнева-Сальвони Т.* Национальные особенности развода // Комсомольская правда. 22.07.2010. URL: <http://www.kp.ru/daily/24527.3/673041/> (дата обращения: 11.05.2015).

²⁴ *Дачаева Х., Дахаева Ж.* Папины дочки. В Чечне дети всегда остаются с отцами // Новые известия. 27.11.2007. URL: <http://demoscope.ru/weekly/2007/0311/gazeta019.php> (дата обращения: 11.05.2015).

в угоду своим политическим интересам²⁵. Но это совершенно иная ситуация.

Юридические презумпции могут быть закреплены в норме права как прямо (основной признак легальности), так и косвенно (данная форма закрепления присуща как легальным, так и фактическим презумпциям). Следовательно, различают презумпции прямые и косвенные, на что впервые обратила внимание еще В. И. Каминская²⁶. Прямые презумпции четко и ясно сформулированы в правовой норме и не требуют дополнительного толкования²⁷. О наличии косвенной презумпции можно сделать вывод лишь при помощи толкования: грамматического, логического, юридико-технического.

По юридической силе презумпции подразделяются на две группы:

- *опровергаемые* — положения, которые допустимо оспаривать (например, презумпция отцовства);
- *неопровергаемые* — положения, которые неоспоримы, поскольку, по мнению одних ученых, являются принципами права²⁸, а по мнению других — квазипрезумпциями²⁹, вероятность которых не столь велика, поэтому они по природе своей искусственны.

А. Ф. Федотов указывает, что «неопровержимая юридическая презумпция — это неопровержимое утверждение о конвенционально-достоверном существовании факта, связанного с другим (другими), достоверно установленным фактом или фактами»³⁰. Неопровержимые презумпции, по его мнению, делятся на два вида: общие (общеправовые) и специальные. К специальным неопровержимым презумпциям А. Ф. Федотов, в частности, относит презумпции: а) отцовства мужа, давшего согласие на искусственное оплодотворение жены;

б) отцовства и материнства супругов, давших согласие на вынашивание эмбриона суррогатной матерью³¹. В первом случае о презумпции можно говорить, на наш взгляд, только тогда, когда суррогатная мать решила оставить ребенка себе; во втором случае речь скорее всего следует вести не о презумпции, а о фикции, хотя в репродуктивных правоотношениях одно явление тесно связано с другим.

В последнее время эта классификация вообще подвергается критике³². Как уже было отмечено, презумпции как предположения вероятностные всегда могут быть опровергнуты. Другое дело, каков будет порядок этого опровержения. Именно поэтому не следует отождествлять презумпцию с принципом. И, напротив, даже невысокая вероятность (искусственность) квазипрезумпций при возможности их опровержения не позволяет характеризовать их как-то иначе.

По сфере применения в правоотношениях выделяют презумпции *процессуальные* и *материальные*³³. Эта классификация также является спорной, поскольку процессуальные презумпции могут базироваться на материальных. Обычно в качестве примера материальной презумпции приводят презумпцию отцовства, а в качестве процессуальной — презумпцию правильности и разумности естественного порядка вещей.

Кроме того, Ю. А. Сериков, используя в качестве критерия установленную законодателем модель определения факта — основания презумпции, выделяет императивные и диспозитивные презумпции. Если презумпция закреплена в диспозитивной норме, заинтересованной стороне достаточно будет указать на наличие иного варианта поведения. В случае императивной презумпции, очевидно, что

²⁵ Иванов П. Развод с иностранцем: с кем останутся дети // Letidor.ru. 06.08.2012. URL: http://letidor.ru/article/svoi_chuzhie_deti_32194/ (дата обращения: 11.05.2015).

²⁶ Каминская В. И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. М.-Л., 1948. С. 5.

²⁷ Быстров Д. В. Юридические презумпции и фикции // URL: http://www.pseudology.org/Legis/Presumptions_Fictions.htm (дата обращения: 11.05.2015).

²⁸ Бабаев В. К. Презумпции в российском праве и юридической практике // Проблемы юридической техники : сборник статей : в 2 т. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. Т. 1. С. 327.

²⁹ Каминская В. И. Указ. соч. С. 89.

³⁰ Федотов А. В. Понятие и классификация доказательственных презумпций // Журнал российского права. 2001. № 4.

³¹ Федотов А. В. Указ. соч.

³² Булаевский Б. А. Классификация правовых презумпций // Журнал российского права. 2010. № 11.

³³ Сериков Ю. А. Процессуальные функции правовых презумпций в гражданском судопроизводстве : автореф. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005.

иного варианта поведения нет, следовательно, и доказывание должно идти другим путем. К числу императивных презумпций в семейном праве причисляют презумпцию отцовства, а к числу диспозитивных — презумпцию признания спорного факта установленным или опровергнутым, в случае уклонения стороны от участия в экспертизе, непредставлении экспертам необходимых материалов и документов (по усмотрению суда).

Своеобразную классификацию презумпций предложил в 70-х гг. XX в. В. А. Ойгензихт. Согласно этой классификации в семейном праве из двух видов презумпций — очевидного и неустановленного факта — встречается только один вид — презумпции очевидного факта (например, презумпция отцовства)³⁴.

Чаще всего к частноправовым презумпциям, используемым для регулирования семейных отношений, относят презумпции, закрепленные в ст. 15, 28, 35, 48, 51, 52, 69, 83, 87, 107, 116, 139 и 158 (при ненарушении ст. 14) СК РФ³⁵.

Некоторые из этих презумпций (действительности брака, надлежащего поведения родителей) являются разновидностью общеправовых презумпций (презумпция добропорядочности гражданина, презумпция действительности любой зарегистрированной сделки). Другие презумпции имеют частноправовой (межотраслевой) характер: смерти супруга при объявлении его умершим, согласия супруга на совершение сделки по распоряжению совместным имуществом. Третьи презумпции имеют публично-правовой характер: презумпция невиновности при заключении фиктивного брака, при разглашении тайны усыновления. Обычно в частноправовых отношениях мы имеем дело с презумпцией виновности, однако в случае фиктивного брака, если обе стороны знали о его фиктивности, прокурор обязан такую фиктивность доказать. В странах, где фиктивный брак является уголовным преступлением или административным проступком, применение подобной презумпции было бы вполне логичным, но в семейном законодательстве России этот юридический феномен пока не нашел

должной поддержки. Презумпция невиновности при разглашении тайны усыновления, напротив, обусловлена тем, что разглашение тайны усыновления есть уголовное преступление, и здесь действует принцип, принятый в уголовном производстве. Это еще раз подчеркивает присутствие в семейных правоотношениях публичного элемента. Четвертая группа презумпций имеет сугубо отраслевой (или институциональный — все зависит от особенностей правовой системы) характер: презумпции отцовства и материнства.

Как видим, применение в семейно-правовых отношениях тех или иных презумпций напрямую связано с их функциональным значением, которое сложно переоценить. Нередко презумпции используются в ситуации, когда иными способами установить какой-либо факт не представляется возможным, т.е. в качестве юридического факта в ситуации невозможности неизвестности. Яркий пример такой презумпции закреплен в ч. 3 ст. 45 ГК РФ³⁶. Днем смерти супруга, ранее признанного пропавшим без вести, считается день, когда судебное решение вступило в законную силу. В случае, когда имели место обстоятельства, угрожавшие смертью или дающие основание предполагать гибель пропавшего от определенного несчастного случая, суд может признать днем смерти супруга день его предполагаемой гибели. Если бы не данная презумпция, вдове пришлось бы ждать его всю жизнь, не имея возможности вступить в другой брак. Под вопросом остались бы и отношения по поводу распоряжения совместно нажитым имуществом, да и государство отказало бы в поддержке детей.

Несколько реже презумпции используются для разрешения отдельных редко встречающихся казуистических ситуаций, в которых суд не может установить истину и не способен использовать презумпцию добропорядочности участников правоотношений. А. В. Федотов рассматривает эту ситуацию на примере презумпции правильности и разумности существующего порядка вещей, изменение которого требует наличия достаточных к тому оснований, иными словами, презумпции ценности

³⁴ Ойгензихт В. А. Понятие гражданско-правовой презумпции // Советское государство и право. 1975. № 10. С. 29.

³⁵ Сулимова С. Ю. Презумпции в Семейном кодексе РФ // Актуальные проблемы российского права на современном этапе : сборник статей V Всероссийской науч.-практ. конференции / под ред. В. В. Гошуляка. Пенза, 2006. С. 143—146.

³⁶ Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Рос. газ. 08.12.1994.

сохранения status quo³⁷. Об этой презумпции почти нет упоминаний в работах советских ученых, в отличие от дореволюционных и современных авторов³⁸. Возможно, именно поэтому в советский период (1980-е гг.) суд не воспользовался ею при рассмотрении следующего дела: в автокатастрофе погибли родители младенца, но остались две бабушки, которые и оспаривали в суде место жительства сироты. Спор был вызван тем, что одна из бабушек была верующим человеком, а другая — атеисткой. Советский суд (как и российский) считал, что ребенок должен проживать с той бабушкой, которая с высокой степенью вероятности способна вырастить из него достойного члена общества. Однако обе бабушки оказались достойными и образованными, обе имели завидное здоровье и сходные жилищные условия и т.п. Младенец также не мог выбрать, с какой из бабушек он хочет жить. В сложившихся условиях суд должен был применить презумпцию ценности сохранения случайно сложившегося status quo (в рассматриваемом деле в день гибели родителей ребенок оказался у верующей бабушки) и отказать истице (бабушке-атеистке) в удовлетворении иска о передаче ей ребенка на воспитание. В действительности же это дело не получило надлежащего разрешения, возможно, в связи с отсутствием в СССР свободы вероисповедания³⁹.

Необходимо отметить, что презумпцию ценности сохранения случайно сложившегося status quo можно использовать лишь тогда, когда предмет судебного спора является неделимое социальное благо, которое спорящие стороны к тому же не могут использовать поочередно. В настоящее время общеправовая презумпция ценности сохранения status quo признается как соответствующая частноправовому принципу недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в дела семьи, закрепленному в ст. 1 СК РФ.

Чаще всего презумпция используется для определения бремени доказывания. Для гражданской юрисдикции обязательным является установление действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей участников процесса. Прежде чем применить норму права, суд

должен знать, к каким обстоятельствам данная норма применима. Познавательная канва базируется на изучении неповторимых особенностей объектов исследования — феноменов предмета доказывания, а основным способом познания выступает судебное доказывание.

Рассмотрим эту ситуацию на примере презумпции прекращения брака. В статье 22 СК РФ определены две самостоятельные модели расторжения брака в суде, и каждой присуща своя система доказывания. Первая модель — «квазиискковая» (п. 1 ст. 22 СК РФ). Доказывание здесь, по существу, отсутствует, как и мотивировочная часть решения суда. Отсутствует оно и по второй модели, которую можно условно назвать «административной» (п. 2 ст. 22 СК РФ). Она базируется на непосредственном исследовании соответствующих обстоятельств, и его результат служит предпосылкой для вынесения судебного решения. В мотивировочной части решения достаточно указать на то, что супругам был назначен срок для примирения, но эта цель не была достигнута.

В России «доказывание» теоретически возможно только в довольно редко встречающейся ситуации, когда один из супругов не согласен с разводом, а другой настаивает на разводе и категорически возражает против предоставления срока для примирения, приводит веские, по его мнению, доказательства. За рубежом все обстоит несколько иначе. Например, в еврейской общине жена может просить права на развод перед раввинатным судом, только если у нее есть для этого веские причины, требующие доказывания, однако суд, учтя их, может поддержать просьбу жены о разводе, но не расторгнуть сам брак (сделать это может лишь муж посредством разводного письма — гета)⁴⁰. В США добиться развода можно только в суде, и только доказав, что он вызван изменой, уходом из семьи, наличием хронической болезни, не позволяющей исполнять супружеские обязанности, и т.п. Даже «несходство характеров» придется доказывать. Во Франции в расторжении брака и вовсе может быть отказано, если одна из сторон докажет, что развод причинит одному из супругов или их детям имущественный или моральный

³⁷ Федотов А. В. Указ. соч.

³⁸ См., например: Попов Б. В. Распределение доказательств между сторонами в гражданском процессе. Харьков, 1905. С. 7.

³⁹ Федотов А. В. Указ. соч.

⁴⁰ Аль-Кардави Ю. Любовь и секс в Исламе : сборник статей и фетв. М., 2004.

вред. И, напротив, в исламских странах доказательство факта вреда от нахождения в брачных отношениях служит основанием для развода⁴¹. В России закон гласит, что брак расторгается, если суд придет к выводу, что дальнейшая совместная жизнь супругов в силу определенных обстоятельств далее невозможна. Такой вывод суда носит откровенно предположительный характер. В своей познавательной деятельности по данной категории дел он опирается не только на доказательственные факты, но и на фактические презумпции.

Иными словами, факты, существование которых предполагается установленным при доказанности по делу других фактов, указанных в законе, являются презюмируемыми фактами. Главное их назначение состоит вовсе не в освобождении от доказывания, а в наиболее целесообразном распределении обязанностей по доказыванию этих фактов между сторонами. Презумпции также ограничивают свободу деятельности суда при оценке доказательств и делятся в этом смысле на две группы: 1) безусловно обязательные для суда и 2) подлежащие применению лишь тогда, когда они не были опровергнуты сторонами.

Для сравнения отметим, что по германскому законодательству презумпция прекращения брака при отсутствии фактических семейных отношений является неопровержимой, так как выводится непосредственно из нормы права: независимо от согласия другого супруга брак расторгается после 3 лет раздельного проживания⁴². В России само по себе раздельное проживание еще не является основанием для предположения о прекращении фактических семейных отношений, напротив, п. 1 ст. 31 СК РФ устанавливает право супруга на свободный выбор места пребывания и жительства.

Однако чаще всего презумпции в частном праве (особенно в семейных правоотношениях) позволяют сохранить нормальный психологический микроклимат в семье. Яркий пример тому — презумпция отцовства и презумпция материнства.

Так, в соответствии с ч. 2 ст. 48 СК РФ презумпция отцовства действует не только во время брака, но также и в течение определенного срока после его прекращения или признания недействительным. Если ребенок родился от лиц, «состоящих в браке между собой, а также в течение 300 дней с момента расторжения брака, признания его недействительным или с момента смерти супруга матери ребенка, отцом ребенка признается супруг (бывший супруг) матери, если не доказано иное» (ст. 52 СК РФ). В данном случае факт отцовства удостоверяется записью о браке родителей ребенка. Ранее действовавший срок в 10 месяцев заменен на срок в 300 дней. Это изменение уточняет возможные сроки вынашивания ребенка в соответствии с данными медицины: этот период равен сроку, в течение которого может протекать беременность⁴³. Однако еще Н. Ф. Качур отмечала, что если ребенок был зачат до регистрации брака, а родился уже после, но сами супруги «не желают ставить под сомнение происхождение ребенка по отцовской линии, то нет никаких оснований отказываться от ее применения и в данном случае. Поэтому закон при регистрации рождения ребенка не требует установления момента его зачатия, достаточно, чтобы ребенок родился после регистрации брака»⁴⁴.

Но и в этом случае может возникнуть ряд проблем. Так, в одном из дел, рассмотренных районным судом г. Москвы, отцовство было оспорено матерью ребенка со ссылкой на то,

⁴¹ Развод с иностранцем // Империя юридических услуг. URL: <http://law-service.org/family-cases/divorce-with-foreigner.html> (дата обращения: 12.05.2015).

⁴² Коржаков И. Доказывание по делам о расторжении брака // Российская юстиция. 1997. № 10. С. 46.

⁴³ В Риме ребенок, родившийся в течение 10 лунных месяцев (1 лунный месяц — 28 дней) после смерти отца-наследодателя, считался наследником. То же самое наблюдаем в английском праве до 1995 г. Принятый во многих странах срок в 300 дней не соответствует биологическому сроку. В. Б. Паничкин считает, что это связано с отказом законодателя от исчисления срока в лунных месяцах и их неправильным переводом в обычные календарные месяцы, причем по банковскому обычаю, принимающему любой месяц за 30 дней (постановление Президиума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 08.10.1998 № 13/14 «О практике применения положений ГК РФ о процентах за пользование чужими денежными средствами») (см.: Паничкин В. Б. Лица, имеющие право наследовать, в американском праве в сравнении с российским // Международное публичное и частное право. 2009. № 4).

⁴⁴ Качур Н. Ф. Презумпции в советском семейном праве : дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1982. С. 129.

что, несмотря на рождение ребенка в пределах 300 дней с момента расторжения брака, ответчик отцом ребенка не является, так как не проживал с истицей более 1,5 лет до рождения ребенка. При этом указанные обстоятельства ответчиком не оспаривались, каких-либо возражений с его стороны не последовало, а иные возможные доказательства не исследовались. Однако позже в указанном деле опровергнутая презумпция была восстановлена в связи с отказом от иска, т.е. вследствие одностороннего действия. Истице на основании ее заявления был восстановлен пропущенный срок для подачи кассационной жалобы на ранее принятое и вступившее в законную силу решение, а производство по делу было прекращено в связи с принятием отказа от иска⁴⁵.

Кроме того, указанная презумпция не имеет силы даже при рождении ребенка в течение установленного срока после расторжения брака, при его расторжении по причине признания мужа безвестно отсутствующим. То же относится к ситуации, когда супруг по объективным обстоятельствам (длительное раздельное проживание супругов и т.п.) не мог быть отцом рожденного его женой ребенка. Хотя истории известны примеры обратного. Так, законодательство Древней Индии, например, гласило, что «женщина считается полем, мужчина считается семенем. <...> Если не было заключено договора (*пробраз договора о суррогатном материнстве*. — *Авт.*) относительно приплода между собственником поля и собственником семени, то приплод (*дети*. — *Авт.*) принадлежит собственнику поля»⁴⁶.

Применение презумпции отцовства направлено прежде всего на защиту права ребенка иметь отца (прежде всего социального), даже если этот факт, в свою очередь, нарушает права как юридического, так и биологического отцов. Так, по мнению А. Б. Синельникова, закрепление данной презумпции — признак «двойной

морали»: «в результате измены жены муж может быть вынужден воспитывать чужого ребенка, но жена не имеет никаких материнских обязанностей по отношению к ребенку, который появился у ее мужа от внебрачной связи»⁴⁷. Женщина, состоящая в браке, вправе при регистрации родившегося у нее ребенка в качестве отца новорожденного указать данные своего мужа. И только после получения свидетельства о рождении ребенка можно обратиться в суд и оспорить данную презумпцию.

В связи с этим представляется интересным дело из практики Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ)⁴⁸. Суть его заключается в том, что гражданка Нидерландов, состоявшая в законном браке, родила ребенка, отцом которого в действительности являлся не ее муж, поскольку она уже несколько лет не проживала с ним, а другой мужчина. Более того, она не имела с мужем никаких контактов и даже не знала о его местонахождении. Однако их брак был расторгнут в суде только после рождения ребенка, тогда же она совместно с фактическим отцом ребенка обратилась в соответствующие органы с просьбой зарегистрировать последнего в качестве отца ребенка, но получила отказ. В соответствии с законами Нидерландов признание отцом ребенка, родившегося в зарегистрированном браке, другого лица возможно только в случае, если муж матери ребенка откажется от отцовства или если жена оспорит его отцовство (но при этом важно, чтобы ребенок родился в течение 306 дней после расторжения брака). Правительство Нидерландов обратило внимание ЕСПЧ на то, что заявители (родители ребенка) имели легальную возможность оформить взаимоотношения между отцом и сыном, используя процедуру усыновления после заключения брака между родителями⁴⁹. Более того, ничего не мешало им своевременно оформить развод. Суд не согласился с подобными аргументами и при-

⁴⁵ См.: Обзор судебной практики Мосгорсуда «Практика рассмотрения межмуниципальными народными судами г. Москвы гражданских дел по спорам, вытекающим из семейных правоотношений» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁶ Книга законов Ману // Хрестоматия по Всеобщей истории государства и права / под ред. К. И. Батыра и Е. В. Поликарповой. М., 1996. Т. 1 С. 47—48.

⁴⁷ Синельников А. Б. Антисемейная революция // Российский институт стратегических исследований. URL: <http://riss.ru/demography/demography-science-journal/6182/> (дата обращения: 14.05.2015).

⁴⁸ См.: Туманова Л. В., Владимирова И. А. Защита семейных прав в Европейском Суде по правам человека. М., 2007. С. 93—94.

⁴⁹ Максимович Л. Б., Шершень Т. В. Презумпция отцовства: законодательство и практика применения // Законы России: опыт, анализ, практика, 2009. № 11.

шел к заключению, что биологическая и социальная реальности должны превалировать над правовой презумпцией, особенно если последняя вступает в противоречие с установленными фактами и обоюдным желанием заинтересованных лиц.

Как уже отмечалось, данная презумпция была известна еще древнеримским юристам — «отцовство не может быть доказано»⁵⁰. И во времена, далекие от расцвета генетики, но характеризующиеся редкостью разводов и важностью сохранения наследства за кровным родственником, это существенно упрощало процесс установления отцовства. В настоящее время отцовство признается по суду с помощью генетических экспертиз. Однако до недавнего времени привлечение подобных доказательств было невозможно, что порой порождало небезынтересные казусы. Например, еще К. П. Победоносцев отмечал, что «Саксонский закон 1867 г. даже в случае, когда у матери оказывалось несколько любовников одновременно и нельзя было определить, от кого прижит ребенок, не только не освобождал их от отцовства, но, напротив, связывал всех вместе круговой ответственностью по содержанию ребенка»⁵¹. То же самое наблюдаем в Кодексе законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве РСФСР 1918 г. и Кодексе законов о браке, семье и опеке в 1926 г. С принятием Указа Президиума Верховного Совета СССР «Об увеличении государственной помощи беременным женщинам...» это положение было отменено, в силу чего в свидетельстве о рождении внебрачного ребенка в графе «отец» ставился прочерк⁵². В истории советского семейного права механизм установления отцовства менялся несколько раз. Так, в 1968 г. институт установления отцовства был снова восстановлен. В начале 1990-х ситуация осложнилась в связи

с распадом СССР: несмотря на то, что гражданство ребенка по законодательству автоматически определялось по гражданству родителей, требовалось дополнительно оформить вкладыш к паспорту, подтвердив свое гражданство, как будто презумпции отцовства и материнства на время перестали действовать.

Действующий СК РФ предусматривает две формы установления отцовства: добровольное установление в административном порядке и принудительное установление в судебном порядке.

Установления отцовства в судебном порядке вправе требовать: мать ребенка, ее муж, фактический отец ребенка, не являющийся мужем матери ребенка, опекун (попечитель) ребенка или лицо, на иждивении которого находится ребенок, а также сам ребенок по достижении им совершеннолетия⁵³. При этом суд принимает во внимание «любые доказательства, с достоверностью подтверждающие происхождение ребенка от конкретного лица» (ст. 49 СК РФ). А именно: показания генетической экспертизы, свидетельство о рождении ребенка, факт совместного проживания без регистрации брака, показания свидетелей и др.⁵⁴. То есть презумпция отцовства, которая в большинстве случаев подтверждается в суде, тем не менее является опровержимым предположением.

Несмотря на то, что СК РФ признает и сохраняет институт установления отцовства, он не может дать ответ на многие вопросы, возникающие в связи с применением презумпции отцовства к некоторым ситуациям. Один из таких случаев приведен в работе В. Н. Козловой. Так, истица К. обратилась в Абаканский городской суд с иском об установлении отцовства и взыскании алиментов с ответчика В. в пользу несовершеннолетнего сына, которому на момент подачи искового заявления исполнился

⁵⁰ Латинская юридическая фразеология / сост. Б. С. Никифоров. М., 1988. С. 237.

⁵¹ Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Часть вторая : Права семейные, наследственные и завещательные. Серия «Классика российской цивилистики» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵² Указ Президиума Верховного Совета СССР «Об увеличении государственной помощи беременным женщинам, многодетным и одиноким матерям, усилении охраны материнства и детства, об установлении почетного звания «Мать героиня» и учреждении ордена «Материнская слава» и «Медаль материнства»» // Ведомости Верховного Совета СССР. 1944. № 37.

⁵³ Беспалов Ю. Разбирательство дел об установлении отцовства // Российская юстиция. 2000. № 6. С. 27.

⁵⁴ Так, останки французского актера Ива Монтана были эксгумированы для того, чтобы доказать, что визуальное сходство предполагаемой дочери и утверждения ее матери не имеют под собой никаких оснований. Геномная экспертиза была предпринята и для определения претензий лже-Анастасий Романовых.

1 месяц. В предварительном судебном заседании ответчик заявил ходатайство о проведении геномной экспертизы, против которого истица не возражала. Судья разъяснила сторонам, что такая экспертиза проводится только по достижении ребенком 1 года, что объясняется особенностями данного вида экспертизы. Вместе с тем приостановить дело до достижения ребенком 1 года невозможно (такого основания приостановления производства по делу ГПК РФ не содержит). В связи с этим сторонам было предложено получать судебные повестки, извещающие о вызове в суд, но в судебное заседание не являться, для того чтобы дело было оставлено без рассмотрения. Истица было разъяснено, что в дальнейшем (через 11 месяцев) она вправе подать новое исковое заявление, которое будет принято к производству и рассмотрено, поскольку оставление заявления без рассмотрения не препятствует повторному обращению в суд с тождественным иском. Истица, посчитав позицию судьи обоснованной, получала повестки о вызове в суд, расписывалась в уведомлениях о вручении, но в суд трижды не явилась. Аналогично поступил и ответчик. Дело было оставлено без рассмотрения⁵⁵.

Еще одну проблему поднимает М. В. Антокольская. Она отмечает, что, поскольку СК РФ не признает юридических последствий за незарегистрированными браками, в том числе и в плане установления отцовства, применение презумпции отцовства фактического супруга к лицам, состоявшим в фактическом браке, позволит хоть как-то защитить интересы ребенка и его матери. Как правило, фактические брачные отношения характеризуются длительным и стабильным характером, что, с одной стороны, отличает их от кратковременной связи, а с другой — сближает с зарегистрированным браком⁵⁶.

В современном мире презумпция отцовства известна правовым системам многих зарубежных государств: Германии, Австрии, Швейцарии, Нидерландов, Франции, Канады, Японии

и др.⁵⁷ Однако при использовании, казалось бы, одного и того же правового средства регулирования семейно-правовых отношений каждое государство по-своему наполняет содержание этих средств:

Венгрия: отцом ребенка считается лицо, с которым мать ребенка состояла в браке с момента зачатия ребенка и до его рождения или в течение определенного отрезка времени с момента зачатия;

Италия: муж матери ребенка, зачатого в браке, т.е. родившегося не ранее чем через 180 дней со дня регистрации заключения брака, считается его отцом. Ребенок, родившийся по истечении 300 дней с момента вынесения судебного решения о прекращении совместного проживания супругов либо с момента, когда супруги расстались по взаимному согласию, не считается зачатым в браке;

Франция: дети, рожденные ранее 180-го дня после заключения брака, также предполагаются зачатыми до заключения брака⁵⁸.

Момент зачатия как основной элемент презумпции отцовства имеет юридическое значение и в тех государствах, где действует разновидность презумпции отцовства — презумпция законнорожденности.

Например, в Японии ребенок, родители которого состояли в зарегистрированном браке на момент его зачатия или родившийся не позднее 200 дней после заключения брака или 300 дней после его расторжения/аннулирования, считается законнорожденным (п. 2 ст. 772 Гражданского кодекса Японии). То есть ребенок, зачатый в браке, но родившийся после развода, считается законнорожденным, в то время как ребенок, родившийся в браке, но зачатый до его заключения, таковым не является⁵⁹.

Срок действия презумпции отцовства в разных зарубежных государствах может отличаться, хотя и не существенно:

— 300 дней — во Франции (ст. 311 французского Гражданского кодекса), Швейцарии (ст. 252 Гражданского кодекса), ФРГ (§ 1593

⁵⁵ Козлова В. Н. Проблемы разрешения дел по искам об установлении отцовства и взыскании алиментов // Семья в развивающейся России: исторический опыт, проблемы и перспективы : материалы межрегиональной научно-практической конференции / под ред. Л. В. Анжигановой. Абакан, 2006. С. 204.

⁵⁶ Антокольская М. В. Семейное право. М., 2001. С. 178.

⁵⁷ Максимович Л. Б., Шершень Т. В. Указ. соч.

⁵⁸ Указ. соч.

⁵⁹ Подробнее см., например: Гражданское и торговое право зарубежных стран / под общ. ред. В. В. Безбаха и В. К. Пучинского. М., 2004. С. 637—639 ; Гражданское и торговое право капиталистических госу-

Германского гражданского уложения), Италии и Польше;

— 306 дней — в Нидерландах.

В Марокко родство может быть законным и незаконным. Законным признается ребенок, рожденный в браке, добровольно признанный отцом или родившийся минимум через 6 месяцев после заключения брака или в течение года после расторжения брака. Такой срок устанавливают и другие арабские государства, за исключением Алжира, где максимальный срок, позволяющий считать ребенка рожденным в браке, составляет 10 месяцев после расторжения брака (ст. 43 Закона о семье 1984 г.)⁶⁰. Представляется, что презумпция отцовства мужа матери ребенка в случае рождения ребенка в течение года после расторжения брака в определенной мере отражает концепцию «спящего ребенка». Согласно данной концепции, которую признавали все школы права, женщина может вынашивать ребенка несколько лет, в маликитской школе максимум — 5 лет. Концепция «спящего ребенка» и вытекающая из нее презумпция отцовства позволяли устанавливать отцовство при рождении ребенка у разведенной или овдовевшей женщины, защищая женщину от весьма сурового наказания, а ребенка от пожизненного статуса внебрачного⁶¹.

Кстати, в России до октября 1917 г. презумпция отцовства также действовала в течение 306 дней⁶². Еще один пример — в первой половине XX в. в 46 штатах США иски об установлении отцовства носили уголовно-правовой, в других штатах — гражданско-правовой характер, при этом с иском об установлении отцовства могла обратиться в суд только мать ребенка. Так, в 1949 г. суд штата Северная Каролина запретил ребенку исследовать и устанавливать в судебном порядке отцовство своего биологического отца⁶³.

Другой презумпцией, применимой к ситуации установления происхождения детей, яв-

ляется *презумпция материнства*. Как правило, установление материнства не составляет проблемы. Еще в римском праве действовало положение «мать всегда известна, даже если она зачала вне брака». В подавляющем большинстве случаев оно и сейчас сохраняет свою силу.

В настоящее время ситуация упрощается тем, что роды происходят либо в медицинском учреждении, либо в присутствии врача или иных лиц, которые могут засвидетельствовать данный факт либо профессионально установить очевидные следы родов постфактум. Таким образом, материнство может быть установлено на основании медицинских документов (справки о рождении), свидетельских показаний или иных доказательств. В некоторых исключительных случаях материнство может устанавливаться в судебном порядке (если документ, подтверждающий материнство утерян, а выдача дополнительного экземпляра по каким-то причинам невозможна; либо в качестве матери записана другая женщина).

Такие случаи, конечно, не столь часты, но все же случаются. Так, в наше время в Ингушетии отмечался подобный случай: в 1967 г. в районной больнице по вине молодых врачей, приехавших на стажировку, произошла ошибка — подмена детей, о которой сами дети, воспитывавшиеся в соседних деревнях: М. Батажаев и Н. Белхороев, — узнали случайно через 42 года. Похожая история произошла и в роддоме г. Мценска, где обслуживающий медперсонал перепутал бирки новорожденных детей (русского и татарского мальчика). Благодаря внешнему сходству и случайной встрече семей, проживающих в разных городах, ошибка выяснилась через 2 года. Экспертиза ДНК на 99,999 % подтвердила эту ошибку. Суд, опровергнув презумпцию материнства, принял решение «поменяться детьми», что и было сделано. Тяжелее всего это решение

дарств / отв. ред. Е. А. Васильев. М., 1993. С. 524 ; Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / под ред. В. В. Залесского. М., 2004. С. 188—207 ; *Сакаэ Вагацума, Тору Ариидзуми*. Гражданское право Японии : в 2 кн. М., 1983. Кн. 2. С. 210—211.

⁶⁰ В исламе подсчет ведется по лунному календарю, в котором количество дней в году на 11 меньше, чем по солнечному, и составляет 354 дня.

⁶¹ *Борминская Д. С.* Новые тенденции в развитии мусульманского семейного права на примере Семейного кодекса Королевства Марокко 2004 г // Российский правовой портал : Библиотека Пашкова. URL: <http://constitutions.ru/?p=6276> (дата обращения: 11.05.2015).

⁶² См.: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 442.

⁶³ *Худякова О. Ю.* Развитие законодательства США об установлении происхождения детей // Международное публичное и частное право. 2009. № 4.

далось матерям, так как дети через год уже привыкли к новым семьям⁶⁴.

В таких случаях дело рассматривается по заявлению матери в порядке особого производства в суде общей юрисдикции, а решение суда об установлении факта, имеющего юридическое значение, является безусловным основанием для записи женщины в качестве матери ребенка. Но чаще всего материнство очевидно, поэтому СК РФ предусматривает возможность установления в судебном порядке только отцовства. Законодатель посчитал, что в противном случае мы окажемся в абсурдной ситуации.

Таким образом, если ребенок рожден в браке, согласие каждого из супругов на регистрацию их в качестве родителей рожденного ребенка презюмируется. Другое дело — установление отцовства и материнства в случаях суррогатного материнства. Большой интерес вызывает соотношение суррогатного материнства с рассматриваемыми презумпциями.

При регулировании отношений, возникающих в связи с суррогатным материнством, СК РФ сохраняет за суррогатной матерью право оставить рожденного ею ребенка у себя и быть зарегистрированной в органах ЗАГСа в качестве его матери. Это положение вытекает из ч. 2 п. 4 ст. 51 СК РФ, которая предусматривает, что «лица, состоящие в браке между собой и давшие свое согласие в письменной форме на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, могут быть записаны родителями ребенка только с согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери)». При оформлении договора в медицинском учреждении о выполнении услуг по вынашиванию ребенка женщина, желающая выступить в роли суррогатной матери, подписывает соответствующий документ, в котором она выражает свое согласие на применение по отношению к ней соответствующих процедур. Согласия ее мужа при этом долгое время никто официально не требовал, хотя обратные примеры и имелись, очень немногочисленные.

Если супруги длительное время проживали раздельно, но брак не расторгли, то муж суррогатной матери ребенка мог даже не знать, что его жена сначала подписала такой договор, потом родила и оставила ребенка себе⁶⁵. Только в 2011 г. требование об обязательном получении согласия супруга на суррогатное материнство было впервые закреплено в ч. 3 и 10 ст. 55 Закона «Об основах охраны здоровья граждан Российской Федерации»⁶⁶. Но это не решило всех существующих проблем.

Рассмотрим только некоторые из них:

1. Какое родство, генетическое или кровное, должно являться приоритетным, особенно при полной форме суррогатного материнства (ибо в разных странах допускаются разные его формы: полное, частичное; традиционное и гестационное).

В первом случае используется искусственное оплодотворение суррогатной матери с использованием семени предполагаемого отца и яйцеклетки суррогатной матери. После рождения ребенка мужчина-донор становится его отцом, а его жена — матерью в порядке усыновления. Гестационное суррогатное материнство предполагает использование биологических материалов только предполагаемых родителей: производится искусственное оплодотворение половых клеток предполагаемых родителей, и полученный в результате этого эмбрион имплантируется в матку суррогатной матери. Поначалу применение новых технологий породило правовые проблемы. Так, в Великобритании по закону 1985 г. юридической матерью ребенка до 1990 г. считалась женщина, которая его выносила и родила, хотя при применении гестационной формы никакого родства между ребенком и суррогатной матерью, естественно, не наблюдалось, что фактически превращало презумпцию в фикцию материнства⁶⁷. Однако и использование традиционной формы влечет за собой определенные трудности, не только юридические, но и этические. Поэтому во многих странах, например, в Израиле, суррогатное материнство допускается

⁶⁴ По материалам телепередачи «Верните маму» (программа «Очная ставка». НТВ. 09.06.2009).

⁶⁵ См.: *Никиташина Н. А., Токмашова Н. Ю.* Фиктивные состояния в семейном праве и защита прав граждан // *Правоохранительная деятельность как вид юридического процесса : материалы круглого стола*, 22.01.2011, г. Абакан / науч. ред. М. А. Буганова. Абакан, 2011. С. 80—82 ; *Шепилова Е. Е.* Права генетических родителей при их участии в программе суррогатного материнства // Там же. С. 82—83.

⁶⁶ Федеральный закон от 21.11.2011 № 232-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан Российской Федерации» (в ред. от 21.07.2014 № 243-ФЗ) // *Рос. газ.* 23.11.2011.

⁶⁷ *Айвар Л.* Спорные родители ребенка на заказ // *Домашний адвокат.* 2006. № 6.

только, если суррогатная мать не имеет генетического родства ни с ребенком, ни с одним из названных (генетических) родителей⁶⁸.

Однако фикция фикции рознь, и нам кажется, что в данном случае следует использовать в качестве средства урегулирования отношений именно фикцию, а не презумпцию, но уже в пользу генетических родителей, как, например, в США, Украине, Казахстане и Беларуси⁶⁹. Широкое применение современных медицинских технологий не должно связывать происхождение ребенка только с биологическим происхождением (кровным родством), поскольку цель появления таких технологий — решить проблему бездетных семей. В ином случае используемое средство не соответствует поставленной цели.

2. Роль суррогатной матери в определении судьбы выношенного ею ребенка, а в случае решения вопроса в ее пользу — срок, в течение которого она может и должна определить его судьбу (передать генетическим родителям или оставить себе).

Так, в Англии, согласно положениям Акта об оплодотворении и эмбриологии 1990 г. (в редакции 2008 г.) суррогатная мать должна дать свое согласие только через 6 недель после родов, а заказчики должны обратиться в суд за родительским предписанием в течение 6 месяцев после рождения ребенка⁷⁰. Если приоритет в суррогатных отношениях отдается генетическим родителям, то роль суррогатной матери не должна быть решающей. Так, в Законе штата Вирджиния, если суррогатная мать состоит в генетическом родстве с вынашиваемым ребенком, то в течение 180 дней с момента начала беременности она может прекратить договор в одностороннем порядке, если по истечении данного срока она не заявит об отказе от своих обязательств по договору, ее контрагенты автоматически приобретают родительские права. Во всех случаях будет применяться юридическая фикция. Однако пока законодатель основывает свою позицию на юридической презумпции материнства и на предположении о том, что женщина, выносившая ребенка, имеет с ним такую же

тесную связь, как и мать в обычных отношениях, а следовательно, может считаться его матерью.

3. Определение судьбы эмбриона при отказе суррогатной матери от дальнейшего вынашивания плода, в случае смерти или развода генетических родителей до рождения ребенка или отказа генетических родителей от больного ребенка.

Если приоритет в суррогатных отношениях отдается генетическим родителям, то действует фикция отцовства и материнства генетических родителей, но по действующему законодательству во всех случаях ситуация зависит от позиции суррогатной матери и наличия у нее законного мужа, но в случае развода генетических родителей до рождения ребенка или отказа генетических родителей от больного ребенка важными окажутся и содержание пунктов договора и способ донорства. В данной ситуации можно использовать опыт зарубежных стран: если операция по искусственному оплодотворению была произведена без согласия мужа, женщина, родившая ребенка, будет считаться его матерью по закону, но ее супруг не будет признан отцом ребенка⁷¹. Для этого необходимо внести соответствующее дополнение в ч. 2 ст. 48 СК РФ. Другой мерой, гарантирующей соблюдение прав супруга, будет являться получение в обязательном порядке согласия мужа суррогатной матери.

4. Возникновение алиментных обязательств у генетического отца в случае отказа генетических родителей от договора при рождении больного ребенка, отказе от здорового ребенка из-за изменений финансового или семейного положения родителей.

Для решения данной проблемы необходимо, на наш взгляд, закрепить в СК РФ положение о запрещении лицам отзываться свое заявление на вынашивание ребенка и в одностороннем порядке аннулировать договор, а также о запрещении заключать параллельно несколько договоров с разными контрагентами (суррогатными матерями) по поводу оказания одной и той же услуги — вынашивания ребенка.

⁶⁸ Афанасьева И. В. Правовое регулирование суррогатного материнства // Трезвый взгляд. 2007. № 2.

⁶⁹ Афанасьева И. В. Указ. соч.

⁷⁰ См.: Барашнев Ю. И. Новые технологии в репродуктивной и перинатальной медицине: потребность, эффективность, риск, этика и право // Российский вестник перинатологии и педиатрии. 2001. № 1. С. 6—11.

⁷¹ Афанасьева И. В. Указ. соч.

5. Определение компромисса прав генетического отца и прав ребенка, оставленного суррогатной матерью себе, при установлении отцовства и определении алиментных обязательств.

Словацкие ученые Я. Дроговец и П. Холлендер считают, например, что, доказав без труда отцовство ребенка на основании результатов геномной дактилоскопии, суррогатная мать может потребовать алименты на содержание ребенка от генетического отца. Однако, учитывая, что «заявитель желал быть отцом только при условии, что матерью ребенка будет являться его супруга», суд не должен удовлетворять иск суррогатной матери⁷². По мнению А. В. Майфата, участие генетического отца в репродуктивной деятельности с участием суррогатной матери, при ее последующем отказе передать ребенка генетическим родителям, является, по сути, донорством⁷³. А в соответствии с п.4 ст. 51 СК РФ донор не может быть признан отцом ребенка.

Но такое толкование небесспорно, как отмечает Е. С. Митрякова⁷⁴. Следовательно, нужна норма закона о том, что если супруги не приобрели родительских прав в силу отказа суррогатной матери, то последняя лишается права требовать признания отцовства в отношении мужчины, предоставившего свой генетический материал.

Таким образом, даже такие классические семейно-правовые презумпции, как презумпции отцовства и материнства, в современных нестандартных ситуациях не обеспечивают возложенную на них функцию, заставляя законодателя искать для этого другие правовые средства, заимствуя их из своего прошлого или из опередившей его зарубежной практики. При отсутствии легальных презумпций правоприменитель, как и прежде, прибегает к презумпциям фактическим. Влияет на развитие семейно-правовых презумпций и усиление публичного начала в данной отрасли права, начавшееся еще в советский период.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Антокольская М. В. Семейное право : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2001. — 178 с.
2. Бабаев В. К. Презумпции в российском праве и юридической практике // Проблемы юридической техники : сборник статей : в 2 т. / под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 2000. — Т. 1. — С. 323—330.
3. Барашнев Ю. И. Новые технологии в репродуктивной и перинатальной медицине: потребность, эффективность, риск, этика и право // Российский вестник перинатологии и педиатрии. — 2001. — № 1. — С. 6—11.
4. Беспалов Ю. Разбирательство дел об установлении отцовства // Российская юстиция. — 2000. — № 6. — С. 25—27.
5. Гражданское и торговое право зарубежных стран / ред. В. В. Безбах, В. К. Пучинский. — М., 2004. — 724 с.
6. Гражданское и торговое право капиталистических государств / отв. ред. Е. А. Васильев. — М., 1993. — 624 с.
7. Латинская юридическая фразеология / сост. Б. С. Никифоров. — М., 1988. — 334 с.
8. Каминская В. И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. — М.-Л., 1948. — 131 с.
9. Качур Н. Ф. Презумпции в советском семейном праве : дис. ... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1982. — 182 с.
10. Книга законов Ману // Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. — М., 1996. — Т. 1. — С. 47—48.
11. Козлова В. Н. Проблемы разрешения дел по искам об установлении отцовства и взыскании алиментов // Семья в развивающейся России: исторический опыт, проблемы и перспективы : матери-

⁷² Дикова И. Установление отцовства и материнства при применении ВРТ // URL: www.law-n-life.ru/arch/128/128-14.do (дата обращения: 30.08.2014).

⁷³ Цит. по: Афанасьева И. В. Указ. соч.

⁷⁴ Цит. по: Макаренко Г. Н. Правовое регулирование отношений установления отцовства и материнства // Юридический центр: адвокат по семейным спорам. URL: <http://www.to-1.ru/articles/142/> (дата обращения: 07.06.2011).

- алы межрегиональной научно-практической конференции / под ред. Л. В. Анжигановой. — Абакан, 2006. — С. 204—209.
12. Коржаков И. Доказывание по делам о расторжении брака // Российская юстиция. — 1997. — № 10. — С. 46—47.
 13. Никиташина Н. А., Токмашова Н. Ю. Фиктивные состояния в семейном праве и защита прав граждан // Правоохранительная деятельность как вид юридического процесса : материалы круглого стола, 22.01.2011, г. Абакан / науч. ред. М. А. Буганова. — Абакан, 2011. — С. 80—82.
 14. Ойгензихт В. А. Понятие гражданско-правовой презумпции // Советское государство и право. — 1975. — № 10. — С. 25—33.
 15. Паничкин В. Б. Лица, имеющие право наследовать, в американском праве в сравнении с российским // Международное публичное и частное право. — 2009. — № 4.
 16. Печеник К. С кем останется ребенок после развода? // URL: http://letidor.ru/article/s_kem_ostanetsya_rebenok_posle_29610/ (дата обращения: 11.05.2015).
 17. Попов Б. В. Распределение доказательств между сторонами в гражданском процессе. — Харьков, 1905.
 18. Развод с иностранцем // Империя юридических услуг. URL: <http://law-service.org/family-cases/divorce-with-foreigner.html> (дата обращения: 12.05.2015).
 19. Саказ Вагацума, Тору Ариидзуми. Гражданское право Японии : в 2 кн. — М., 1983. — Кн. 2. — 318 с.
 20. Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / под ред. В. В. Залесского. — М., 2004. — 440 с.
 21. Сулимова С. Ю. Презумпции в Семейном кодексе РФ // Актуальные проблемы российского права на современном этапе : сборник статей V Всероссийской НПК / под ред. В. В. Гошуляка. — Пенза, 2006. — С. 143—146.
 22. Туманова Л. В., Владимирова И. А. Защита семейных прав в Европейском Суде по правам человека. — М., 2007. — С. 93—94.
 23. Федотов А. В. Понятие и классификация доказательственных презумпций // Журнал российского права. — 2001. — № 4.
 24. Хазова О. А. Установление отцовства // Закон. — 1997. — № 11. — С. 80—84.
 25. Худякова О. Ю. Развитие законодательства США об установлении происхождения детей // Международное публичное и частное право. — 2009. — № 4.
 26. Шпилова Е. Е. Права генетических родителей при их участии в программе суррогатного материнства // Правоохранительная деятельность как вид юридического процесса : материалы круглого стола, 22.01.2011 г., г. Абакан / науч. ред. М. А. Буганова. — Абакан, 2011. — С. 82—83.
 27. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). — М., 1995. — 556 с.

Материал поступил в редакцию 7 ноября 2017 г.

CLASSIFICATION OF PRESUMPTIONS IN FAMILY LAW

NIKITASHINA Natalya Aleksandrovna — PhD in Law, Professor, Head of the Department of Civil Law and Civil Procedure of the Institute of History and Law at the Khakass State University named after N.F. Katanov
shinan@mail.ru
665010, Russia, Respublika Khakassia, Abakan, pr. Severnyi, d. 9, kv. 68

Abstract. *The paper provides different classifications of presumptions in relation to the area of Family Law (general legal classifications, classifications employed by different branches of law, intersectoral classifications, direct and indirect classifications, refutable and irrefutable classifications, substantive and procedural classifications, mandatory and discretionary classifications, classifications of an obvious and of an unascertained fact). The author considers, that in some States there is no division into branches of law analogous to the Russian legal system, and, therefore, certain classifications may not be applied to the legal systems of such states. Special attention is paid to the presumptions of fact, as well as the issues of determining paternity and maternity in surrogacy relationships. To this end, the author provides examples taken from national and international*

jurisprudence. In addition, the author discusses in detail such issues as determination of the future residence of the minor child when the parents are divorcing, the definition of burden of proof in divorce proceedings when one of the spouses does not agree with the divorce, and the other spouse insists on the divorce and is strongly opposed to being granted the period assigned for reconciliation, the presumption of good faith of one of the parties at the conclusion of a sham marriage and in cases when the secret of adoption is divulged, etc. The author goes beyond the analysis of the main provisions of Family Law of the RF, appealing to the legislation of near (Ukraine, Belarus, Kazakhstan) and far (France, Germany, USA, Netherlands, Japan, and Muslim States) countries of abroad analyzing and comparing their experience of dealing with the problems similar to the Russian legal reality. It is concluded that the use of presumptions as means of legal technique in modern Family Law of Russia is influenced by such factors as an irregular nature of the situation subject to regulation, strengthening of public foundations and the lack of legal presumptions. In addition, in some cases, the question is raised concerning the use of such a means of legal technique as the presumption and the need to substitute it with the legal fiction. The paper is of interest not only to experts in the area of the theory of law, but also to general public.

Keywords: legal presumption, classification, Family Law, legal and fictitious presumption, surrogate relationship, genetic donation, presumptions of maternity and paternity, status quo presumption.

REFERENCES

1. *Antokolskaya, M.V.* Family Law: A textbook / M. V. Antokolskaya. — 2nd edition, revised and expanded. — M., 2001. — 178 p.
2. *Babaev, V. K.* The presumption in Law of the Russian Federation and jurisprudence // Problems of Legal Technique: A collection of articles in 2 volumes / Ed. by V. M. Baranov. — N. Novgorod, 2000. Vol. 1. — P. 323—330.
3. *Barashnev, Yu. I.* New technologies in reproductive and perinatal medicine: the need, effectiveness, risk, ethics and law // The Russian Bulletin of Perinatology and Pediatrics. 2001. No. 1. — P. 6 — 11.
4. *Bespalov, Yu.* Proceedings to establish paternity // Russian Justice. 2000. No. 6. — P. 25—27.
5. *Bezbakh, V. V., Pucinskiy, V. K.* (ed.), Civil and commercial law of foreign countries. — M., 2004. — 724 p.
6. *Vasiliev, E. A.* (ed.), Civil and commercial law of capitalist States. — M., 1993. — 624 p.
7. *Kaminskaya, V. I.* The doctrine of legal presumptions in criminal proceedings. — M.; L., 1948. — 131 p.
8. *Kachur, N. F.* The presumption in Soviet Family Law: PhD Thesis. — Sverdlovsk, 1982. — 182 p.
9. *Batyr, K. I., Polikarpova, E. V.* (ed.). The Book of Manu Laws // A Reading-book on General History of the State and Law. — M., 1996. Vol. 1. — P. 47—48.
10. *Kozlova, V. N.* The problem of resolution of cases involving claims of paternity and alimony // Family in Developing Russia: Historical Experience, Problems and Prospects: Proceedings of the Interregional Scientific and Practical Conference / Ed. by L. V. Anzhiganova. — Abakan, 2006. — P. 204—209.
11. *Korzhaikov, I.* Proving in divorce cases // Russian Justice. 1997. No. 10. — P. 46—47.
12. *Nikiforov, B. S.* (comp. ed.) Latin legal phraseology. — M., 1988. — 334 p.
13. *Nikitashina, N. A., Tokmashova, N. Yu.* Fictitious states in Family Law and protection of the rights of citizens // Law Enforcement as a Legal Process: Proceedings of the Round Table held 22 January 2011 in Abakan / Ed. by M. A. Buganova. — Abakan, 2011. — P. 80—82.
14. *Oygensicht, V. A.* The concept of a civil law presumption // The Soviet State and Law. 1975. No. 10. — P. 25—33.
15. *Panichkin, V. B.* Persons entitled to inherit in American Law as compared with Russian law // International Public and Private Law. 2009. No. 4 // Access from RRLS "KonsultantPlus".
16. *Pechenik, K.* Who will the child stay with after divorce? [Electronic resource]
17. *Popov, B. V.* Distribution of evidence between the parties in civil proceedings. Kharkov, 1905. [Electronic resource] // Access from RLS "Garant" <<http://base.garant.ru/5190212/>> (last accessed: 10 November 2013).
18. Divorce with the foreigner [Electronic resource]: Empire Legal Services [website]
19. *Sakae Wagatsuma, Toru Ariizumi.* Civil Law of Japan. In 2 vol. Vol. 2. — M., 1983. — 318 p.
20. Family law of the Russian Federation and foreign countries: the main institutions / Ed. by V. V. Zalessky. — M., 2004. — 440 p.



21. *Sulimova, S. Yu.* The presumption in the Family Code of the Russian Federation // Actual Problems of Russian Law at the Present Stage: Coll. of art. of the Vth All-Russian SPC / Ed. by V. V. Goshulyak. — Penza, 2006. — P. 143—146.
22. *Tumanova, L. V., Vladimirova I. A.* Protection of family rights in the European Court of Human Rights. M., 2007. — P. 93—94.
23. *Fedotov, A. V.* The concept and classification of evidentiary presumptions // Journal of Russian Law. 2001. No. 4 [Electronic resource] // Access from RLS “KonsultantPlus” (last accessed: 12 May 2011).
24. *Khazova, O. A.* Determination of Paternity // *Zakon*. 1997. No. 11. — P. 80—84.
25. *Khudyakova, O. Yu.* The development of U.S. law on the establishment of the origin of children // International Public and Private Law. 2009. No. 4. [Electronic resource] // Access from RLS “KonsultantPlus”.
26. *Shepilova, E. E.* The rights of genetic parents if they participate in the surrogacy program // Law Enforcement as a Legal Process: Proceedings of the Round Table held 22 January 2011 Abakan / Ed. by M. A. Buganova. — Abakan, 2011. — S. 82—83.
27. *Shershenevich, G. F.* A Textbook of Russian Civil Law (based on the edition of 1907) / G. F. Shershenevich. M., 1995. — 556 p.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Н. Г. Жаворонкова*,
Г. В. Выпханова**

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ВОЗМЕЩЕНИЯ ВРЕДА, ПРИЧИНЕННОГО ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЕ¹

Аннотация. Современный механизм возмещения вреда, причиненного окружающей среде, требует пересмотра существующих и выработки новых теоретико-правовых положений и концептуальных подходов, обеспечивающих учет его специфики, преодоление коллизий экологического и гражданского законодательства. В числе дискуссионных вопросов, требующих решения на доктринальном и легальном уровнях, по-прежнему остаются проблемы терминологического несоответствия, определения и соотношения понятий «экологический вред», «экологический ущерб», «вред окружающей среде» и др.

Правовая природа вреда, причиненного окружающей среде и ее отдельным компонентам, его специфические особенности, в том числе прошлого, вызывают необходимость дальнейшего развития теоретического обоснования действующего законодательства в данной сфере, определения направлений его совершенствования на основе экологического законодательства. Гражданско-правовые нормы являются применимыми к пониманию вреда, причиненного здоровью и имуществу граждан негативным воздействием окружающей среды в результате хозяйственной и иной деятельности юридических и физических лиц, определению размера и порядку возмещения такого вреда, а также в отношении вреда, причиненного источником повышенной опасности.

Не менее проблемными являются и вопросы, связанные с возмещением вреда, причиненного компонентам окружающей среды. Как показывает анализ природоохранного и природоресурсного законодательства, в нем отсутствует легальное определение понятия вреда, причиненного подавляющему большинству компонентов окружающей среды. Необходимы актуализация и совершенствование методик расчета и практики возмещения вреда в результате экологических правонарушений и осуществления экологически опасных видов деятельности. Требуется пересмотр методик расчета вреда компонентам

¹ Статья подготовлена при информационной поддержке СПС «КонсультантПлюс». Исследование выполнено в рамках государственного контракта на оказание услуг по проведению экспертно-аналитических исследований № ГК- 17/304 от 11 декабря 2017 г. по теме «Анализ действующего правового механизма возмещения вреда, нанесенного окружающей среде».

© Жаворонкова Н. Г., Выпханова Г. В., 2018

* Наталья Григорьевна Жаворонкова, доктор юридических наук, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

viphanova@mail.ru

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

** Выпханова Галина Викторовна, доктор юридических наук, профессор кафедры экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

viphanova@mail.ru

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

о окружающей среды на основе их оценки с точки зрения единой методической базы, понятийного аппарата, механизмов выявления, оценки, реализации.

В целях преодоления внутриотраслевой коллизии природоохранного и природоресурсного законодательства целесообразны разработка и принятие специального нормативного правового акта в области возмещения вреда окружающей среде, основанного и согласующегося с положениями общей теории эффективности экологического законодательства в целом, обеспечивающей эффективности самой природоресурсной и природоохранной деятельности.

На эффективность возмещения экологического вреда оказывают влияние существующие пробелы в нормативных правовых актах, регулирующих определение вреда отдельным компонентам окружающей среды, которые приводят к правоприменительным проблемам, в том числе при проведении государственного экологического надзора и рассмотрении судебных споров.

Предлагаемые методологические подходы совершенствования теории и законодательства в области возмещения вреда окружающей среде, здоровью и имуществу граждан будут способствовать повышению эффективности его возмещения.

Ключевые слова: вред окружающей среде, прошлый экологический вред, ущерб, таксы и методики расчета вреда, природоресурсное и природоохранное законодательство, эффективность возмещения вреда, коллизии гражданского и экологического законодательства, компоненты окружающей среды.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.052-067

Проблема возмещения вреда, причиненного окружающей среде, рассматриваемая в нормативном контексте «возмещения вреда», «накопленного ущерба», с каждым годом становится все более актуальной и непосредственно связанной с эффективностью экономики внутри страны и в глобальном измерении. Речь идет не столько о состоянии окружающей среды, сколько о национальной и экологической безопасности, путях и факторах развития Российского государства на десятилетия вперед. Целевые ориентиры и показатели обеспечения экологической безопасности во многом обусловлены неблагоприятным состоянием окружающей среды в результате причиненного (в том числе накопленного) вреда. По экспертным оценкам, ежегодно экономические потери, обусловленные ухудшением качества окружающей среды и связанными с ним экономическими факторами, без учета ущерба здоровью людей, составляют 4—6 % валового внутреннего продукта².

В ежегодных государственных докладах о состоянии и об охране окружающей среды в Российской Федерации состояние окружающей среды оценивается как неблагоприятное. Прежде всего это относится к пониманию того

непреложного факта, что, не решив фундаментальную проблему «экологического вреда» (латентного «экологического ущерба»), ни одна страна в мире в силу глобальности происходящих процессов рассчитывать на сколько-нибудь ведущие роли ни в экономике, ни в политике, ни в демографии не может. Это связано с тем, что конкурентоспособность товаров и услуг все в большей степени зависит от их «экологичности», способности не причинять вред окружающей среде. Стало общим фактом, что хозяйственная деятельность человека приводит к необратимым последствиям, которые влекут во многих случаях разрушение естественных экологических систем и воздействуют на многие компоненты окружающей среды, почву, водные объекты. На протяжении многих лет остается высоким уровень загрязнения атмосферного воздуха.

Минимизация вреда окружающей среде, обеспечение устойчивого развития экономики на основе рационального природопользования возможно только в результате совершенствования на системной основе правового регулирования в сфере охраны окружающей среды и использования природных ресурсов, формирования адекватных концепции и стра-

² Указ Президента РФ от 19 апреля 2017 г. № 176 «О Стратегии экологической безопасности Российской Федерации на период до 2025 года» // СЗ РФ. 2017. № 17. Ст. 2546.

тегии развития природоресурсного и смежных отраслей законодательства.

Выполнение этих задач требует пересмотра существующей в праве парадигмы возмещения экологического вреда, включающей широкий круг вопросов. В их числе можно выделить особенности возмещения вреда, причиненного отдельным компонентам окружающей среды (понятие и виды экологического вреда и экологического ущерба; основания и субъекты ответственности за причинение вреда; пределы ответственности и сроки исковой давности; виды и объемы компенсаций, порядок их предоставления; участие государства в возмещении ущерба; ответственность за возмещение причиненного ущерба эксплуатирующей организации и абсолютную ответственность за причинение ущерба в чрезвычайных ситуациях; особенности правового регулирования обеспечения возмещения вреда, причиненного окружающей среде и ее отдельным компонентам при осуществлении предпринимательской деятельности; порядок возмещения экологического вреда, причиненного окружающей среде при осуществлении предпринимательской деятельности в сфере природопользования, и др.³.

Хотя многим из этих проблем в эколого-правовой науке уделяется достаточно большое внимание, однако до настоящего времени в теории экологического права, экологической доктрине, а также в правоприменительной практике не сформировано единого методологического подхода к пониманию правовой природы, сущности и специфики данного вреда, а также унифицированного подхода к его измерению и оценке.

Например, И. О. Краснова определяет «экологический вред — как материальный вред, причиняемый государству, юридическим или физическим лицам в результате умышленного или неосторожного нарушения правовых экологических требований»⁴. По мнению О. Л. Дубовик, в экологических отношениях вред вы-

ступает в двух значениях: экологический (вред окружающей среде, выраженный в виде повреждения или уничтожения природного объекта) и экогенный (уничтожение или повреждение имущества, не имеющего признаков природного объекта, вред здоровью граждан, вызванный нарушением законодательства в области охраны окружающей среды, расходы на восстановление имущественных прав и упущенная выгода), различающиеся по объекту противоправного посягательства⁵.

Научные дискуссии в основном ведутся по вопросу о возмещении экологического вреда в порядке гражданско-правовой (имущественной) ответственности. Как следует из правовой позиции Пленума Верховного Суда РФ, изложенной в постановлении от 18 октября 2012 г. № 21 (ред. от 30 ноября 2017 г.) «О применении судами законодательства об ответственности за нарушения в области охраны окружающей среды и природопользования»⁶, гражданско-правовая (имущественная) ответственность за вред, причиненный окружающей среде, может возникать в результате нарушения договора в сфере природопользования (например, договора аренды лесного участка), а также в результате внедоговорного (деликтного) причинения вреда (п. 33). По сути, возмещение экологического вреда признается видом гражданско-правовой (имущественной) ответственности, а понятие «экологический вред», «вред окружающей среде» — разновидностью вреда (имущественного вреда) как категории гражданского права. Такой подход разделяется не только цивилистами, но и представителями других отраслей права, которыми, в частности, признается предпочтительным дальнейшее развитие гражданско-правовой ответственности, прежде всего в виде возмещения вреда, причиненного окружающей среде и природным, в том числе биологическим, ресурсам⁷.

³ Природоресурсное законодательство в условиях модернизации экономики России: современные проблемы развития : монография / В. Б. Агафонов, В. К. Быковский, Г. В. Выпханова [и др.] ; под ред. Н. Г. Жаворонковой. М. : Норма ; Инфра-М, 2014. С. 159.

⁴ См.: Краснова И. О. Правовое регулирование возмещения экологического вреда // Экологическое право. 2005. № 4.

⁵ См.: Комментарий к Федеральному закону от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» (постатейный) / под ред. О. Л. Дубовик // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 12.

⁷ Рекомендации VIII Ежегодных научных чтений, посвященных памяти профессора С. Н. Братуся «Юридическая ответственность: современные вызовы и решения» // Журнал российского права. 2014. № 1. С. 52—58.

Однако такой подход не учитывает специфики и особенностей правовой природы экологического вреда, не позволяющей отождествлять его с имущественным вредом, причиненным имущественным объектам, на которых распространяется гражданско-правовой режим вещи в системе объектов гражданских прав.

Как справедливо отмечает Е. С. Болтанова, экологическое законодательство с учетом стоящей перед ним задачи охраны окружающей среды имеет определенную группу отношений, на которую оказывает самостоятельное (в каком-то смысле — относительно самостоятельное) воздействие. Автономность от гражданского законодательства определяется различиями в объекте общественных правоотношений (например, гражданскому законодательству не известны такие сложные и комплексные объекты, как окружающая среда, природная среда, природный объект, экологическая система, качество окружающей среды) и правовой природой складывающихся по поводу этих объектов отношений. Именно специфические объекты экологических отношений, а также особая роль природных объектов и природных ресурсов, которые могут быть объектом вещных и обязательственных правоотношений, определяют принципы экологического законодательства, реализация которых в эколого-правовых нормах и позволяет последним не только «не затеряться» в массиве гражданско-правовых норм, но и занять свою самостоятельную нишу в регулировании отношений по возмещению экологического вреда (по сути, экологического вреда в узком смысле). Причинением экологического вреда нарушаются не только имущественные, но и экологические права граждан, в частности право каждого на благоприятную окружающую среду. Нормы о компенсации экологического вреда в узком смысле обеспечивают публичный интерес⁸.

Несмотря на то, что гражданско-правовые нормы действуют на протяжении длительного времени, в них отсутствует механизм компенсации именно такого вреда. Гражданское право не содержит правовых средств и способов измерения экологического вреда, его наиболее полной оценки в денежном эквиваленте. Гражданское законодательство не учитывает, не может и не должно учитывать специфиче-

ские особенности экологического вреда, в числе которых можно выделить: невозможность (зачастую) восстановления разрушенной системы (даже на уровне микроэкосистемы); нарушение внутрисистемных связей; возможность трансграничного распространения возникающих неблагоприятных последствий; латентный характер последствий правонарушения и др.

В эколого-правовой науке также отсутствуют однозначные ответы на поставленные вопросы, но ее представители подходят к объекту рассматриваемых отношений не как к имуществу (во всяком случае, не только как к имуществу), что дает основание надеяться на нахождение таких практических инструментов, которые позволили бы оценить вред, наносимый окружающей среде как системе и ее отдельным компонентам с позиции интересов настоящего и будущих поколений.

Продолжение научных дискуссий не снимает одного из ключевых вопросов, связанных с возмещением экологического вреда — определения пределов соотношения гражданско-экологического права. Как отмечается в эколого-правовой доктрине, многообразие последствий, которые наступают в результате экологических правонарушений, сложная структура экологического вреда, специфические объекты экологических правовых отношений определяют необходимость применения к регулированию отношений по возмещению экологического вреда эколого-правовых норм, а также ограниченно и субсидиарно гражданско-правовых. В последнем случае гражданское законодательство как отрасль частного права действует, когда отношения основаны на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников. И даже в этом случае гражданское законодательство выполняет дополнительную роль, поскольку специальными эколого-правовыми правилами могут (и должны) быть установлены особенности, учитывающие многоаспектность природных объектов (в частности, и часть природы (неприкосновенной), и объект природопользования). Во всех остальных случаях экологическое законодательство, защищающее прежде всего публичный интерес, выполняет роль регулятора общественных отношений по возмещению экологического вреда, обеспечивая право каждого на благоприятную окружающую среду и фор-

⁸ Болтанова Е. С. Возмещение экологического вреда: соотношение норм экологического и гражданского законодательства // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2017. № 8. С. 10.

мируя правовую основу устойчивого развития, жизни и деятельности народов, проживающих на территории Российской Федерации⁹.

Сохраняющийся цивилистический подход к возмещению экологического вреда приводит к коллизии гражданского, экологического (природоресурсного и природоохранного) и иного законодательства, которая обусловлена сложностью объективирования таких правоотношений. Сложность объекта экологических правоотношений состоит в том, что здесь присутствует «право на благоприятную окружающую среду» как конституционный принцип и право на природопользование как объективный фактор вероятного ущерба окружающей среде.

Отчасти поэтому в настоящее время нормы отраслевого природоресурсного законодательства, устанавливающие общие основания возмещения вреда, причиненного тем или иным природным ресурсам, носят отсылочный характер, вследствие чего особенности и порядок возмещения вреда, причиненного тому или иному природному ресурсу, определяются на подзаконном уровне с учетом специфики понятия соответствующего природного объекта, исходя из его качественных, количественных и иных специфических свойств, а также в зависимости от видов негативного воздействия.

Коллизия правовых норм содержится также в применении норм гражданского законодательства по отношению к специфике отношений в сфере природопользования. Так, согласно законодательству обязательными составными элементами экологического вреда являются ущерб, понесенные убытки и упущенная выгода. Очевидно, что упущенная выгода применима только к собственнику (пользователю) ресурса, но не к окружающей среде в целом.

Правовая природа вреда, причиненного окружающей среде и ее отдельным компонентам, специфические особенности экологического вреда, в том числе прошлого, вызывают необходимость дальнейшего развития теоретического обоснования действующего законодательства в данной сфере, определения направлений его совершенствования на основе экологического законодательства. При этом в первую очередь требуется решение терминологических вопросов. В действующем экологическом законодательстве употребляются

различные термины как в самом массиве природоресурсного и экологического законодательства, так и в сфере гражданско-правовой ответственности: «вред», «ущерб» и «убытки». Помимо отсутствия единообразия в использовании терминов «вред», «ущерб», причиняемый окружающей среде, дискуссионности определения этих понятий в контексте гражданского и экологического законодательства, отмечаются их подмена, противоречивое использование наряду с такими понятиями, как «убытки», «компенсация», «восстановление» применительно как к отдельным видам природных объектов и ресурсов (земле, почвам, воде, недрам, растительному и животному миру, биоресурсам), так и к «экологической системе» в целом. В частности, в нормативных правовых актах термины «вред» и «ущерб» употребляются как синонимы. Об этом свидетельствуют материалы правоприменительной практики. Судебные органы при рассмотрении всех обстоятельств экологического правонарушения часто употребляют термин «вред (ущерб)». В связи с этим представляется необходимым:

- устранить терминологическую путаницу в законодательстве, пересмотреть или дать строгое легитимное толкование многочисленным «экологическим» терминам в праве;
- гармонизировать принципы и подходы в гражданском, административном, уголовном и экологическом праве в части как терминологии, так и конкретно в установлении и возмещении вреда, причиняемого окружающей среде;
- изменить, уточнить принцип разделения в праве на «окружающую среду» и «природные ресурсы — природопользование». Если оставить это деление в неизменном виде — необходимо выделить (на качественном уровне) ущерб «окружающей среде» как единому объекту (в его сверхсложности связей и характеристик) и отдельно ущерб «элементам среды» — воде, атмосферному воздуху, животному и растительному миру применительно к человеку. Иначе «ущерб окружающей среде» можно интерпретировать как ущерб именно целостному субъекту, который на современном уровне знаний не представляется возможным точно определить.

⁹ Болтанова Е. С. Указ. соч.

Наряду с этим, требуется определение соотношения используемых терминов и понятий «вред окружающей среде», «экологический вред», «прошлый экологический вред». В эколого-правовых научных исследованиях многие ученые формулируют правовые категории, которые наиболее полно отражают содержание рассматриваемых понятий. В частности, экологический вред определяется как ущерб окружающей природной среде (загрязнения, разрушения, истощение природных объектов и ресурсов), жизни и здоровью человека, его имуществу¹⁰.

М. М. Бринчук при обосновании эколого-правовой ответственности рассматривает проблемные вопросы экологического вреда, который, по мнению ученого, причиняется преимущественно вне рамок гражданского правоотношения. Одновременно используется термин «экогенный вред», под которым понимается вред, причиняемый здоровью или имуществу человека загрязненной окружающей средой¹¹.

В. В. Петровым предлагалось следующее толкование понятия вреда окружающей среде, который подразделяется на два вида: вред экологический и вред экономический. Вред окружающей среде экологический определялся В. В. Петровым как негативные изменения состояния окружающей среды, выразившиеся в загрязнении окружающей среды, истощении ее ресурсов, разрушении экологических систем, нарушении обмена веществ и энергии, гармонического развития общества и природы¹². Вред экономический причиняется экономическим интересам природопользователя. Он может выражаться в потерях товарной продукции природы (гибель лесного массива, предназначенного к вырубке и продаже), порче, утрате сельскохозяйственной продукции, рыбных запасов, упущенной выгоде (неполученных доходов), вынужденных расходах на восстановление имущества и нарушенного со-

стояния природной среды (например, проведении рекультивации земель)¹³.

С. А. Боголюбов экологический вред рассматривает как любое ухудшение состояния окружающей среды, произошедшее вследствие нарушения правовых экологических требований. При этом ученый акцентирует внимание на том, что экологический вред проявляется в форме загрязнения окружающей среды, порчи, уничтожения, повреждения, истощения природных ресурсов, разрушения экологических систем¹⁴.

Вышеперечисленные подходы к пониманию вреда, на наш взгляд, не в полной мере раскрывают его содержание и специфику. Они исходят как из презумпции «допустимого» вмешательства в окружающую среду, так и «любого ухудшения состояния окружающей среды», не определяя строго пределы, размеры, особенности этого вмешательства.

Исследование проблем возмещения вреда окружающей среде предполагает обращение к его нормативному понятию, закрепленному в ст. 1 Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»¹⁵, который определяется как негативное изменение окружающей среды в результате ее загрязнения, повлекшее за собой деградацию естественных экологических систем и истощение природных ресурсов.

На основе данного определения в эколого-правовой доктрине выделяются два критерия юридической оценки такого вреда: во-первых, способ негативного воздействия на окружающую среду (загрязнение); во-вторых, форма проявления вреда, характеризующая определенную степень негативного изменения состояния окружающей среды (деградация, истощение). При этом предлагается следующее определение понятия «загрязнение окружающей среды», представляющее собой сброс, выброс или поступление иным способом в окружающую среду, а также образование в ней

¹⁰ Комментарий к Федеральному закону от 23 ноября 1995 г. № 174-ФЗ «Об экологической экспертизе» (постатейный) / И. Ю. Бортник, М. М. Бринчук, Ю. Е. Будникова [и др.] ; под ред. М. М. Бринчука // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Бринчук М. М. Эколого-правовая ответственность — самостоятельный вид ответственности // Lex Russica. 2016. № 6. С. 43.

¹² Петров В. В. Три формы возмещения вреда // Государство и право. 1994. № 10. С. 17.

¹³ Петров В. В. Экологическое право России : учебник для вузов. М. : Бек, 2010. С. 55.

¹⁴ Боголюбов С.А., Жариков Ю.Г., Горохов Д. Б. Экологическое право : учебник для бакалавров / под ред. С. А. Боголюбова. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2011. С. 12.

¹⁵ СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 133.

вредных веществ, которые вызывают ухудшение состояния природных ресурсов и ограничивают использование природных объектов в соответствии с их функциональным назначением. Формами вреда окружающей среде следует считать деградацию естественных экологических систем, истощение природных ресурсов и разрушение естественных экологических систем¹⁶.

Однако, как следует из определения предусмотренных в ст. 1 Федерального закона «Об охране окружающей среды» понятий «загрязнение окружающей среды» и «загрязняющее вещество», во-первых, к загрязнению приводит поступление в окружающую среду не только вещества, но и (или) энергии, свойства, местоположение или количество которых оказывают негативное воздействие на окружающую среду. Во-вторых, их количество и (или) концентрация превышают установленные нормативы и оказывают негативное воздействие на окружающую среду. В-третьих, как показывает анализ нормативных правовых актов, регулирующих возмещение вреда отдельным компонентам окружающей среды, он причиняется не только в результате загрязнения (поступления в вещества и (или) энергии, оказывающих негативное воздействие), но и в результате совершения иных неправомерных действий — самовольного пользования (самовольного занятия земельного участка, самовольного пользования недрами и др.). В-четвертых, поступление загрязняющих веществ в окружающую среду может быть не только в результате неправомерных действий, но и стихийных бедствий. Например, Методикой исчисления размера вреда, причиненного водным биологическим ресурсам, утвержденной приказом Росрыболовства от 25 ноября 2011 г. № 1166¹⁷, предусмотрен расчет размера вреда, причиненного водным биоресурсам в результате нарушения законодательства в области рыболовства и сохранения водных биологических ресурсов, а также в результате стихийных бедствий, аномальных природных явлений, аварийных ситуаций природного и техногенного характера.

Указанные критерии вреда, предусмотренные природоресурсным законодательством,

не учитываются при определении легального понятия вреда окружающей среде.

Кроме того, нормативное определение вреда, причиненного окружающей среде, используемое прежде всего в судебной (арбитражной) практике, является достаточно узким по своему содержанию и не соответствует содержанию более общего понятия окружающей среды, под которой понимается совокупность компонентов природной среды, природных и природно-антропогенных объектов, а также антропогенных объектов.

Вышеизложенное требует совершенствования понятия вреда окружающей среде, закрепленного ст. 1 Федерального закона «Об охране окружающей среды». При этом необходимо учитывать, что понятие «вред окружающей среде» не является тождественным понятию вреда, используемому в гражданско-правовом смысле.

Понятие вреда, причиненного окружающей среде, также не должно сводиться лишь к загрязнению либо к какому-либо негативному воздействию на окружающую среду в целом. Необходимо законодательно учитывать многообразие форм и способов причинения вреда окружающей среде, при этом базовые определения вреда, причиненного отдельным компонентам окружающей среды, должны содержаться непосредственно в основных кодифицированных актах природоресурсного законодательства и раскрываться в таксах и методиках возмещения вреда, причиненного окружающей среде.

Тем самым понятие «вред, причиненный окружающей среде» должно быть комплексным и содержать не только те или иные негативные последствия для окружающей среды, но и те возможные действия, которые приводят к причинению данного вреда. Примером комплексного подхода к пониманию вреда окружающей среде является ст. 321 Экологического кодекса Республики Казахстан от 9 января 2007 г. № 212¹⁸. Согласно п. 2 данной статьи возмещению подлежит ущерб, причиненный окружающей среде, здоровью граждан, имуществу физических и юридических лиц, государству вследствие:

¹⁶ Правовое регулирование возмещения экологического вреда : науч.-практ. пособие / С. А. Боголюбов, Е. С. Болтанова, М. М. Бринчук [и др.] ; отв. ред. Н. В. Кичигин. М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2017. С. 27.

¹⁷ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. № 27.

¹⁸ URL: http://kodeksy-kz.com/ka/ekologicheskij_kodeks/321.htm (дата обращения: 23 декабря 2017 г.).

- 1) уничтожения и повреждения природных ресурсов;
- 2) незаконного и нерационального использования природных ресурсов;
- 3) самовольных эмиссий;
- 4) сверхнормативных эмиссий.

Однако данное определение также нельзя признать полным, содержащим исчерпывающий перечень признаков ущерба (вреда) окружающей среде.

При решении проблемы возмещения вреда окружающей среде необходимо также исходить из того факта, что вред причиняется как в результате экологических правонарушений (которые во многом носят латентный характер, в связи с чем не регистрируются), так и в результате разрешенной деятельности хозяйствующих субъектов, а также в результате прошлой хозяйственной деятельности («деятельности прошлых лет»).

По нашему мнению, в комплексное понятие «вред окружающей среде» следует включать:

- вред, причиненный окружающей среде в результате ее загрязнения;
- вред, причиненный отдельным компонентам природной среды, возмещаемый в соответствии с утвержденными таксами и методиками возмещения вреда;
- вред, причиненный здоровью и имуществу граждан в результате нарушения законодательства в области охраны окружающей среды;
- прошлый (накопленный) экологический вред;
- вред окружающей среде, возникающий из правомерных действий субъекта хозяйственной деятельности (имеющий недекларированный характер).

Не менее проблемными являются и вопросы, связанные с возмещением вреда, причиненного компонентам окружающей среды. Как показывает анализ природоресурсного законодательства, в нем отсутствует легальное определение понятия вреда, причиненного подавляющему большинству компонентов окружающей среды.

В настоящее время все нормы отраслевого природоресурсного законодательства, устанавливающие общие основания возмещения вреда, причиненного тем или иным природным ресурсам, носят отсылочный характер, вследствие чего особенности и порядок воз-

мещения вреда, причиненного тому или иному природному ресурсу, регулируются только на подзаконном уровне с учетом специфики понятия соответствующего природного объекта, исходя из его качественных, количественных и иных специфических свойств, а также видов негативного воздействия.

Природоресурсное законодательство также формально никак не учитывает наличие правового регулирования возмещения вреда, причиненного окружающей среде в целом: нет бланкетных норм, отсылающих к Федеральному закону «Об охране окружающей среды», не используется единая терминология.

Как следует из п. 3 ст. 77 Федерального закона «Об охране окружающей среды», вред окружающей среде, причиненный юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем, возмещается в соответствии с утвержденными в установленном порядке таксами и методиками исчисления размера вреда окружающей среде, а при их отсутствии — исходя из фактических затрат на восстановление нарушенного состояния окружающей среды, с учетом понесенных убытков, в том числе упущенной выгоды.

Согласно п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30 ноября 2017 г. № 49 «О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении вреда, причиненного окружающей среде»¹⁹ для определения его размера судами подлежат применению утвержденные в установленном порядке таксы и методики исчисления размера вреда (ущерба), причиненного окружающей среде, отдельным компонентам природной среды (землям, водным объектам, лесам, животному миру и др.).

Необходимость совершенствования методик расчета и практики компенсации ущерба в результате экологических правонарушений и (или) осуществление экологически опасных видов деятельности указана в Экологической доктрине Российской Федерации, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 31 августа 2002 г. № 1225-р²⁰, для выполнения задачи создания эффективного правового механизма обеспечения сохранения природной среды и экологической безопасности, совершенствования правоприменительной практики в целях обеспечения адекватной ответственности за экологические правонарушения и ее неотвратимости.

¹⁹ Российская газета. 11.12.2017. № 280.

Анализ методик по возмещению вреда, причиненного компонентам окружающей среды, показывает, что они, как правило:

- не предусматривают обоснования причинения вреда, а основываются исключительно на факте превышения нормативов допустимого воздействия, квалифицируемого в качестве нарушения природоохранного законодательства;
- определяют в качестве вреда сам факт оказания любого воздействия на водный объект вне рамок разрешения либо без разрешения. Например, вред — это любой сброс загрязняющего вещества сверх установленного норматива, а если норматив не установлен, то в зависимости от содержания вещества в загрязнении;
- не имеют достаточного эколого-экономического обоснования факта причинения вреда природному объекту, не устанавливают критерии загрязнения, деградации, которые должны служить основанием для квалификации действий природопользователя в качестве причинения вреда и для установления меры его вины с последующим предъявлением требования о возмещении причиненного вреда.

Существующие таксы и методики возмещения вреда требуют актуализации. Несмотря на то, что экологическое законодательство содержит таксы и методики возмещения вреда в отношении практически всех компонентов окружающей среды, многие из них до настоящего времени не актуализированы, вследствие чего не в полной мере могут учитывать новые требования, предъявляемые к хозяйствующим субъектам, причиняющим вред окружающей среде.

Как показал анализ существующих методик возмещения вреда, причиненного отдельным компонентам окружающей среды, возникает необходимость их унификации, поскольку они были приняты различными федеральными органами государственной власти (Правительством РФ, Минприроды РФ, Росрыболовством и др.). Отсутствие методик возмещения вреда, причиненного атмосферному воздуху, восполняется в системе стандартизации. Введенный в действие с 1 января 2015 г. «ГОСТ Р 56167-2014. Национальный стандарт Российской

Федерации. Выбросы загрязняющих веществ в атмосферу. Метод расчета ущерба от промышленного предприятия объектам окружающей среды», утвержденный приказом Росстандарта от 14 октября 2014 г. № 1325-ст²¹, распространяется на основные виды ущерба, наносимого окружающей среде загрязнением атмосферного воздуха организованными и неорганизованными выбросами загрязняющих веществ от стационарных источников загрязнения.

Отсутствие единого методологического подхода при применении таких методик существенно препятствует эффективности применения законодательства. На наш взгляд, все методики возмещения вреда, причиненного отдельным компонентам окружающей среды, должны утверждаться Правительством РФ. Также на уровне Правительства РФ возможно принятие единого порядка, в котором определялись бы общие начала и условия возмещения вреда, причиненного окружающей среде. Требуют обновления и методические документы в области возмещения вреда окружающей среде. В частности, не соотносятся с действующим законодательством Методические указания по оценке и возмещению вреда, нанесенного окружающей природной среде в результате экологических правонарушений, утвержденные Госкомэкологией РФ еще в 1999 г.²²

Между тем методики, таксы и другие документы, на основании которых осуществляется определение вреда окружающей среде и ее компонентам, необходимо оценивать в контексте эффективности в целом законодательства в данной сфере. Важным условием обеспечения его эффективности является наличие действенного механизма реализации, «реализационного слоя» законодательства — отраслевых и ведомственных нормативных правовых актов, экологических и иных нормативов, правил, методик, такс и других документов, посредством которых до исполнителей доводятся принципы и цели законодательства, упрощается принятие ими решений. Они в совокупности образуют информационную и нормативную основу, включающую различные базы данных, в том числе сведения, полученные в результате проведения природоресурсного и природоохранного мониторинга, эколого-экономической

²⁰ СЗ РФ. 2002. № 36. Ст. 3510.

²¹ М. : Стандартиформ, 2014.

²² Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс».

оценки отдельных компонентов окружающей среды, другие необходимые данные, полученные из иных материалов. Необходимо пересмотреть все методики расчета ущерба, оценив их с точки зрения единой методической базы, понятийного аппарата, механизма выявления, оценки, реализации.

На эффективность возмещения экологического вреда оказывают влияние существующие пробелы в нормативных правовых актах, регулирующих определение вреда отдельным компонентам окружающей среды, например, в Правилах расчета размера вреда, причиненного недрам вследствие нарушения законодательства РФ о недрах, утвержденных постановлением Правительства РФ от 4 июня 2013 г. № 564²³.

Согласно Правилам формула исчисления данного вреда, причиненного недрам, представляет собой сложение: а) стоимости запасов полезных ископаемых, утраченных в результате вреда, вызванного в том числе загрязнением недр, затоплением, обводнением, пожарами, а также самовольным использованием недрами; б) фактических или предусмотренных техническими проектами расходов на ликвидацию последствий этого вреда или расходов на восстановление нарушенного состояния подземного водного объекта в случае загрязнения подземных вод; в) фактических расходов Росприроднадзора или органов исполнительной власти субъектов РФ на оценку размера вреда. Таким образом, данный Порядок расчета размера вреда, не соотносимый, по существу, ни с таксовым исчислением вреда, ни с исчислением вреда по методикам, концентрируется на сугубо экономической стороне вреда компоненту природной среды.

Кроме того, за пределами Правил остаются случаи нанесения при недропользовании вреда не только недрам, но и другим компонентам окружающей среды. Как следует из абз. 2 ст. 8 Закона РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 (ред. от 30 сентября 2017 г.) «О недрах», если пользование недрами, осуществляемое на территориях населенных пунктов, пригородных зон, объектов промышленности, транспорта может создать угрозу жизни и здоровью людей, нанести ущерб хозяйственным объектам или окружающей среде, оно может быть частично или полностью запрещено в таких случаях. Однако

такие последствия в результате пользования недрами не предусматриваются ни Правилами, ни другими документами. В этой и других нормах Закона «О недрах» заложен комплексный подход к определению вреда, причиненного в результате пользования недрами, который фактически применен при определении легального понятия «вред окружающей среде» в Законе «Об охране окружающей среды». Однако заложенный в Законе «О недрах» комплексный характер вреда не соотносится с понятием вреда, предусмотренном в указанных выше Правилах.

Предусмотренное Правилами понятие вреда требует согласования и других норм Закона «О недрах», в том числе ст. 20 в части такого основания досрочного прекращения, приостановления или ограничения права пользования недрами, как систематическое нарушение пользователем недр установленных правил пользования недрами. Возникает необходимость уточнить, является ли причинение вреда в случаях, предусмотренных Правилами, основанием принятия мер, указанных в ст. 20 Закона.

Аналогичным образом следует отметить пробелы в предусмотренных Методикой исчисления размера вреда, причиненного почвам как объекту охраны окружающей среды, утвержденной приказом Минприроды России от 8 июля 2010 г. № 238²⁴, стоимостных формулах размера вреда при загрязнении почв — отсутствуют показатели, учитывающие ст. 62 Закона «Об охране окружающей среды», предусматривающие охрану редких и находящихся под угрозой исчезновения почв. Это обусловлено, в частности, тем, что до настоящего времени не разработан и не утвержден предусмотренный п. 2 указанной статьи Порядок отнесения почв к редким и находящимся под угрозой исчезновения, а порядок установления режимов использования земельных участков, почвы которых отнесены к редким и находящимся под угрозой исчезновения, определяется законодательством.

Например, нарушение (вред), наносимый почве (земле), является наиболее существенным, и восстановление (рекультивация) почв (земель) представляет собой практически основной целью возмещение вреда путем восстановления нарушенных качеств природной

²³ СЗ РФ. 2013. № 28. Ст. 3830.

²⁴ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 40.

среды. Работы по рекультивации должны быть выполнены таким образом, чтобы сохранить качество почвы и обеспечить восстановление земельного участка, которое позволило бы осуществлять одну и ту же деятельность в текущем и будущем периодах. После того, как была завершена рекультивация, необходимо заново определить категорию земель и вид разрешенного использования, так как земля после данного процесса может быть использована преимущественно для сельскохозяйственных или лесных целей.

Во-первых, согласно п. 5 Правил ведения государственного реестра объектов накопленного вреда окружающей среде заявителями на включение объектов накопленного вреда окружающей среде в реестр могут быть только федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов РФ или органы местного самоуправления. При этом участие граждан, юридических лиц, общественных организаций в формировании такого реестра документов не предусматривается.

Во-вторых, отсутствуют единые методологические основы для формирования и ведения данного реестра, не разработаны критерии выделения приоритетных объектов, накопленный вред окружающей среде на которых подлежит ликвидации в первоочередном порядке, и сроки категорирования объектов (п. 10 Правил).

В-третьих, отсутствует законодательно установленная обязанность для органов государственной власти и органов местного самоуправления по выявлению, оценке и ликвидации объектов накопленного вреда окружающей среде. В пункте 3 ст. 80.1 Федерального закона «Об охране окружающей среды» указано лишь, что выявление и оценку объектов накопленного вреда окружающей среде *вправе* проводить органы государственной власти субъектов Российской Федерации или органы местного самоуправления. Также Правительством РФ не утвержден исчерпывающий перечень случаев, когда выявление и оценка объектов накопленного вреда окружающей среде проводится федеральными органами исполнительной власти.

В-четвертых, не решены финансовые и технологические механизмы выявления, оценки и ликвидации объектов накопленного вреда окружающей среде.

В-пятых, отсутствуют механизмы предупреждения образования новых объектов накопленного вреда окружающей среде.

По сути, содержание изменений, внесенных в законодательство, сводится лишь к необходимости инвентаризации, учета существующих мест и объектов, где есть необходимость устранить экологический вред, вместе с тем огромные территории находятся в зоне огромного экологического риска и требуют сложнейшей и весьма дорогостоящей процедуры реабилитации.

Указанные пробелы, наряду с другими проблемами законодательства, являются причинами снижения эффективности возмещения вреда, причиненного окружающей среде и ее компонентам, приводят к правоприменительным проблемам, в том числе при проведении государственного экологического надзора и рассмотрении судебных споров.

По данным Государственного доклада «О состоянии и об охране окружающей среды в Российской Федерации в 2015 году»²⁵, Росприроднадзором предъявлено нарушителям 488 претензий на возмещение вреда, причиненного окружающей среде, на сумму порядка 7 млрд руб., 328 из них удовлетворены добровольно, 119 — в судебном порядке.

В ходе проведения государственного экологического надзора в 2015 г. пресечено более 25,5 тыс. нарушений, основную часть из которых составили нарушения в сфере обращения с отходами производства и потребления, охраны атмосферного воздуха, водного и земельного законодательства, рассчитывались ущербы водным объектам и почвам.

При выявлении указанных правонарушений, связанных с причинением вреда, Росприроднадзор и его органы применяют методики по возмещению вреда недрам, а также другим природным ресурсам и компонентам окружающей среды — почвам, водным объектам, что не позволяет учитывать комплексное негативное воздействие недропользования на компоненты окружающей среды.

Составной частью государственного экологического надзора является геологический надзор (государственный надзор за геологическим изучением, рациональным использованием и охраной недр). В ходе его проведения выявляется большое количество нарушений условий пользования недрами и требований

²⁵ URL: <http://www.mnr.gov.ru> (дата обращения: 25 декабря 2017 г.).

по рациональному пользованию и охране недр (в 2015 г. выявлено 4 021 нарушение), которыми в том числе причиняется вред недрам. При его выявлении, а также при рассмотрении судами дел по данной категории возникают многочисленные вопросы, в частности в отношении утраченных запасов полезных ископаемых.

Согласно п. 4 Правил расчета размера вреда, причиненного недрам вследствие нарушения законодательства РФ о недрах, причиненный вред должен рассчитываться по формуле расчета, одним из показателей которой является стоимость запасов полезных ископаемых, утраченных в результате вреда, вызванного в том числе загрязнением недр, затоплением, обводнением, пожарами, а также самовольным использованием недрами.

Как показывает анализ судебной практики, вопрос об утрате запасов может быть решен только в отношении тех полезных ископаемых, которые числятся на государственном балансе запасов полезных ископаемых. Несмотря на отсутствие в методике требования об учетных запасах показателей, суды отказывают в удовлетворении требований о взыскании заявленных размеров причиненного вреда. Например, как указано в решении Арбитражного суда Иркутской области от 22 ноября 2017 г. по делу № А19-11709/17²⁶, Службой по охране природы и озера Байкал Иркутской области установлено отсутствие в месте незаконной добычи утвержденных запасов габбро-диабазов, поставленных на государственный учет, и, следовательно, отсутствие исходных данных для определения стоимости запасов полезных ископаемых и проведения расчета вреда в соответствии с п. 4 Правил.

В решении Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 28 ноября 2016 г. по делу № А75-11827/2016²⁷ сделан вывод о том, что доводы об утрате запасов обоснованы только в отношении тех полезных ископаемых, которые числятся на государственном балансе запасов полезных ископаемых и не списаны в установленном порядке.

При рассмотрении дел о взыскании вреда, причиненного недрам, Росприроднадзор и подведомственные территориальные органы

сталкиваются с проблемами доказывания утраты запасов полезных ископаемых. Основываясь на понятии вреда, предусмотренного Правилами, суды приходят к выводу о том, что для расчета размера вреда, причиненного недрам вследствие нарушения законодательства РФ о недрах, недостаточно установления только факта самовольного пользования недрами.

Как видно из конструкции нормы, подлежит взысканию только тот вред, который повлечет утрату запасов полезных ископаемых либо нарушение свойств участка недр, т.е. обязательным объектом доказывания при обращении в суд с иском о взыскании вреда недрам является утрата запасов полезных ископаемых. В свою очередь, самовольное пользование недрами является лишь способом причинения вреда, действиями, в результате которых утрачиваются запасы полезных ископаемых (решение Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 7 июля 2017 г. по делу № А75-3269/2017²⁸).

Проблемы оценочного характера возникают при рассмотрении споров, связанных с возмещением вреда недрам, причиненным незаконной добычей подземных вод. Так, в решении Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 15 июня 2017 г. по делу № А75-2671/2017²⁹ суд, основываясь на понятии вреда окружающей среде, предусмотренного в ст. 1 Федерального закона «Об охране окружающей среды», приходит к выводу о том, что при определении вреда, причиненного недрам, целесообразно также учесть те результаты хозяйственной деятельности, которые влекут за собой причинение вреда в целом как экосистеме.

Сама по себе добыча ответчиком из скважин воды, по мнению суда, не свидетельствует о нанесении вреда недрам, повлекшего утрату полезных ископаемых, поскольку, как правило, пресная подземная вода относится к возобновляемым природным ресурсам. Данное обстоятельство является общеизвестным и не подлежит доказыванию.

Однако указанные выводы противоречат Федеральному закону «О недрах», действие которого распространяется на отношения, возникающие в области геологического из-

²⁶ СПС «КонсультантПлюс».

²⁷ СПС «КонсультантПлюс».

²⁸ СПС «КонсультантПлюс».

²⁹ СПС «КонсультантПлюс».

учения, использования и охраны недр, а также подземных вод, включая попутные воды (воды, извлеченные из недр вместе с углеводородным сырьем), и вод, использованных пользователями недр для собственных производственных и технологических нужд. Добыча подземных вод осуществляется в соответствии с требованиями, предусмотренными Законом. Приведенный пример также свидетельствует о неправильном применении и толковании законодательства при возмещении вреда, причиненного недрам вследствие нарушения законодательства о недрах.

Подобные многочисленные проблемы возникают при рассмотрении споров, связанных с возмещением вреда другим компонентам окружающей среды, что во многом обусловлено несовершенством действующих методик его определения, отсутствием актуальных методических рекомендаций по их применению, а также несовершенством экологического, природоресурсного и смежного законодательства, в том числе в результате не всегда обоснованного его изменения.

В последнее время начинает складываться судебная практика, по которой суды отказывают в удовлетворении требований о возмещении вреда, причиненного окружающей среде и ее отдельным компонентам, в том числе водным объектам, в случае осуществления природопользователями платежей за загрязнение окружающей среды. Так, решением Арбитражного суда Нижегородской области от 25 сентября 2017 г. по делу № А43-13095/2017³⁰ отказано в удовлетворении исковых требований Департамента Федеральной службы по надзору в сфере природопользования по Приволжскому федеральному округу к ОАО «Нижегородский водоканал» о взыскании 100 930 580 руб. 00 коп. ущерба, причиненного реке Волге как объекту окружающей среды.

Судом сделан вывод о том, что сам по себе факт сброса сточных вод с превышением нормативных показателей, установленных ответчику, не является доказательством загрязнения водного объекта. Такое нарушение влечет обязанность нарушителя уплачивать плату за сверхлимитное загрязнение окружающей природной среды.

Подобная судебная практика начала активно складываться после изменения Федераль-

ным законом от 29 декабря 2015 г. № 404-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об охране окружающей среды” и отдельные законодательные акты Российской Федерации»³¹ редакции ст. 16 Закона «Об охране окружающей среды», в которой исключен п. 4, ранее предусматривавший, что внесение платы за негативное воздействие на окружающую среду не освобождает субъектов хозяйственной и иной деятельности от выполнения мероприятий по охране окружающей среды и возмещения вреда окружающей среде.

Вопрос обоснованности данного изменения является дискуссионным и лежит в плоскости понимания и соотношения платы за загрязнение окружающей среды с возмещением вреда, причиненного окружающей среде и ее компонентам.

Системное рассмотрение вреда, причиненного нарушением законодательства в области охраны окружающей среды, вызывает необходимость пересмотра методологических подходов и к возмещению вреда, нанесенного здоровью и имуществу граждан. На наш взгляд, эффективность законодательства о вреде окружающей среде можно и нужно оценивать не только в количественных и качественных критериях объема и видов загрязнения, нарушения, изъятия ее компонентов, но также исходя из категории «качества жизни», устойчивого развития территорий, обеспечивающего безопасность и благоприятные условия жизнедеятельности человека, ограничение негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду, охрану и рациональное использование природных ресурсов в интересах настоящего и будущего поколений с точки зрения восприятия населением региона результата природоохранной политики. Во многом нормативы «качества жизни», «качества среды», как и норматив качества государственного управления, оценочные и динамичные, они должны предшествовать оценке вреда. Тем более важно использование категории «вред окружающей среде» в контексте вреда населению. Эти инструменты давно известны, но они не включены ни в законодательный процесс, ни в оценку управленческих решений уполномоченных органов государственной власти.

³⁰ СПС «КонсультантПлюс».

³¹ СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. 1). Ст. 24.

Необходимым условием обеспечения эффективности возмещения вреда, причиненного нарушением природоохранного и природоресурсного законодательства, а также в результате нормируемого негативного воздействия, возникновения чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, является преодоление коллизии экологического и гражданского законодательства. Как следует из вышеприведенной специфики такого вреда, гражданско-правовые нормы являются применимыми к пониманию вреда, определению его размера и возмещению в отношении здоровья и имущества граждан, источнику повышенной опасности, которым причинен вред негативным воздействием на окружающую среду в результате хозяйственной и иной деятельности юридических и физических лиц. Особенности вреда, причиненного окружающей среде и ее компонентам, — прерогатива экологического законодательства. При этом необходимы так-

же преодоление внутриотраслевой коллизии природоохранного и природоресурсного законодательства, разработка и принятие специального нормативного правового акта в области возмещения вреда окружающей среде, основанного и согласующегося с положениями общей теории эффективности экологического законодательства в целом, обеспечивающей эффективность самой природоресурсной и природоохранной деятельности. Отсутствие конкретных, понятных и достижимых «эколого-экономических» целей является главным препятствием для определения эффективности всего правового и организационного механизма в данной сфере.

Предложенные методологические подходы совершенствования теории и законодательства в области возмещения вреда окружающей среде, здоровью и имуществу граждан будут способствовать повышению эффективности его возмещения.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Боголюбов С. А., Жаринов Ю. Г., Горохов Д. Б. Экологическое право : учебник для бакалавров / под ред. С. А. Боголюбова. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2011.
2. Болтанова Е. С. Возмещение экологического вреда: соотношение норм экологического и гражданского законодательства // Имущественные отношения в Российской Федерации. — 2017. — № 8. — С. 6—15.
3. Бринчук М. М. Эколого-правовая ответственность — самостоятельный вид ответственности // Lex Russica. — 2016. — № 6. — С. 26—47.
4. Комментарий к Федеральному закону от 23 ноября 1995 г. № 174-ФЗ «Об экологической экспертизе» (постатейный) / под ред. М. М. Бринчука // СПС «КонсультантПлюс».
5. Комментарий к Федеральному закону от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» (постатейный) / под ред. О. Л. Дубовик // СПС «КонсультантПлюс».
6. Краснова И. О. Правовое регулирование возмещения экологического вреда // Экологическое право. — 2005. — № 4. — С. 26—33.
7. Природоресурсное законодательство в условиях модернизации экономики России: современные проблемы развития : монография / В. Б. Агафонов, В. К. Быковский, Г. В. Выпханова [и др.] ; под ред. Н. Г. Жаворонковой. — М. : Норма ; Инфра-М, 2014. — 160 с.
8. Рекомендации VIII Ежегодных научных чтений, посвященных памяти профессора С. Н. Братуся «Юридическая ответственность: современные вызовы и решения» // Журнал российского права. — 2014. — № 1. — С. 52—58.
9. Петров В. В. Три формы возмещения вреда // Государство и право. — 1994. — № 10.
10. Петров В. В. Экологическое право России : учебник для вузов. — М. : Бек, 2010.
11. Правовое регулирование возмещения экологического вреда : науч.-практ. пособие / С. А. Боголюбов, Е. С. Болтанова, М. М. Бринчук [и др.] ; отв. ред. Н. В. Кичигин. — М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2017. — 368 с.

Материал поступил в редакцию 27 декабря 2017 г.

THEORETICAL AND LEGAL PROBLEMS OF COMPENSATION FOR HARM CAUSED TO THE ENVIRONMENT

ZHAVORONKOVA Natalya Grigorievna — Doctor of Law, Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
viphanova@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

VYPKHANOVA Galina Viktorovna — Doctor of Law, Professor of the Department of Environmental and Natural Resources Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
viphanova@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *A modern mechanism of compensation of harm caused to the environment requires revision of existing and elaboration of new theoretical and legal provisions and conceptual approaches that will ensure that the specificity of the mechanism is taken into account and conflicts in environmental and civil laws are being dealt with. Among controversial issues to be addressed at the doctrinal and legal levels, the problems of terminological inconsistency, definition and interrelationship between the concepts of “environmental harm,” “environmental damage,” “harm to the environment,” etc., remain unsolved.*

The legal nature of the harm caused to the environment and its individual components, its specific characteristics, including those characteristics that existed in the past, necessitate the further development of theoretical justifications of existing legislation in this area, and determination of directions of its improvement on the basis of environmental legislation. Civil law rules are applicable to the understanding of harm caused to the health and property of citizens by negative environmental impact as a result of economic and other activities of legal and personal entities, to determination of the amount and order of compensation of such harm, as well as to the damage caused by a source of increased danger.

The same problematic are the issues associated with compensation of harm caused to the components of the environment. The analysis of the environmental and natural resources legislation reveals that it lacks a legal definition of the concept of harm caused to the vast majority of components of the environment. It is necessary to update and improve the methods of calculating and recovering harm resulting from environmental offenses and implementation of environmentally hazardous activities. It is required to revise the methods of calculating harm caused to the components of the environment on the basis of their evaluation from the standpoint of a unified methodological framework, conceptual framework, mechanisms employed for their determination, assessment, and implementation.

In order to overcome conflicts of laws existing in environmental and natural resources legislation, it is appropriate to develop and adopt a special regulatory legal act in the field of compensation of harm caused to the environment based on and consistent with the provisions of the general theory of environmental legislation efficiency that ensures the effectiveness of natural resources activities and environmental protection activities.

The efficiency of compensation for the harm caused to the environment is influenced by the existing gaps in normative legal acts regulating determination of harm is caused to a separate component of the environment, which leads to the problems of law enforcement including the problems arising with regard to the state environmental supervision and dealing with court disputes.

Methodological approaches suggested to improve the theory and legislation on compensation of harm to the environment, health and property of citizens will contribute to the effectiveness of its compensation.

Keywords: *harm to the environment, past environmental harm, damages, fees and methods of assessment of harm, natural resources and environmental legislation, effectiveness of environmental harm compensation, conflict of laws in civil and environmental legislation, components of the environment.*

REFERENCES

1. *Krasnova, I. O.* The legal regulation of compensation for the harm caused to the environment // *Environmental Law*. 2005. No. 4. P. 26—33.
2. The Commentary to the Federal Law of 10 January 2002 № 7-FZ “On environmental protection” (annotated) / Ed. by O. L. Dubovik // RLS “KonsultantPlus”, 2015.
3. Natural resources legislation in the context of modernization of the Russian economy: Current problems of development: Monograph / V. B. *Agafonov*, V. K. *Bykovsky*, G. V. *Vypkhanova*, etc.; Ed. by N.G. Zhavoronkova. M.: Norma, Infra-M, 2014. — 160 p.
4. Recommendations of the VIII Annual Scientific Readings dedicated to the memory of Professor Sergey N. Bratus “Legal Responsibility: Contemporary Challenges and Solutions” // *Russian Law Journal*. 2014. No. 1. P. 52—58.
5. *Boltanova, E. S.* Compensation for environmental damage: The interrelation between of the norms of environmental and civil legislation // *Proprietary relations in the Russian Federation*. 2017. No. 8. P. 6—15.
6. *Bortnik, I. Yu., Brinchuk M. M., Budnikova, Yu. E., Dubovik, O. L., Rednikova, T. V., Khramova, Yu. R.* The Commentary to the Federal Law dated 23 November 1995 N 174-FZ “On ecological expertise” (annoatted) / Ed. by M. M. Brinchuk // RLS KonsultantPlus. 2009.
7. *Brinchuk, M. M.* Ecological and legal responsibility as a separate type of responsibility // *Lex Russica*. 2016. No. 6. P. 26—47.
8. *Petrov, V. V.* Three forms of compensation for harm // *The State and Law*. 1994. No. 10.
9. *Petrov, V. V.* *Environmental Law of Russia: A Textbook for Higher Educational Institutions*. — M.: BEK, 2010.
10. *Bogolyubov, S. A., Zharikov, Yu. G., Gorokhov D. B.* *Environmental Law: A Textbook for Bachelors* / Ed. by S. A. Bogolyubov. 3rd ed., revised and supplemented. — M.: Yurayt, 2011.
11. The legal regulation of compensation for environmental harm: a scientific and practical guide / S. A. Bogolyubov, E. S. Boltanova, M. M., Brinchuk, etc.; ed. by N. V. Kichigin. — M.: The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, 2017. — 368 p

В. К. Быковский*

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЗАЩИТЫ ЛЕСОВ

Аннотация. Защита лесов от вредителей и болезней является актуальной проблемой. Большое количество лесов пострадало от жука короеда-типографа. Нужен эффективный правовой механизм для борьбы с вредителями леса.

Автором исследовано современное состояние правового регулирования защиты лесов лесным законодательством. Система защиты лесов направлена на выявление негативно воздействующих на леса процессов и явлений, а также на их предупреждение и ликвидацию и преследует две цели: первая — превентивная, предупредительная, которая означает проведение мероприятий, направленных на предотвращение причинения возможного вреда лесам, в том числе защитным, и вторая — пресекающая, принудительная, которая заключается в привлечении нарушителей лесного законодательства, причинивших вред лесам, в том числе защитным, к юридической ответственности.

Ключевые слова: защита лесов, охрана лесов, лес, лесное законодательство, Лесной кодекс РФ, наука «лесное право».

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.068-075

Защита лесов — это важное направление охраны лесов. В ряде густонаселенных местностей, например в Московской и Тверской областях, в настоящее время это является наиболее актуальной проблемой. Большое количество деревьев повредил короед¹.

Проблема защиты лесов носит общегосударственный характер. Так, на пленарном заседании медиафорума Объединенного народного форума 28 апреля 2015 г. Президент РФ В. В. Путин подчеркнул, что необходимость защиты леса является стратегически важной. Данная экологическая проблема может иметь серьезные последствия для страны.

В физиологически ослабленных лесах часто происходит массовое размножение вредных насекомых, а также грибов — возбудителей опасных болезней древесных растений. Леса с объединенной вредителями листвой (хвоей) теряют рекреационные свойства: резко умень-

шается выделение в окружающую среду летучих органических веществ, в том числе фитонцидов, увеличиваются запыленность воздуха, а вместе с ней и количество вредных микроорганизмов, снижаются эстетические достоинства насаждений. Все это ставит перед лесоводами важнейшую задачу организации постоянного надзора за состоянием и размножением вредителей леса и своевременного проведения мер борьбы с ними². Поэтому представляет большой интерес анализ правового регулирования защиты лесов. Кроме того, в данной сфере произошли изменения в законодательстве, которые необходимо проанализировать.

Большое значение для регулирования лесных отношений имеет Федеральный закон от 23.06.2016 № 218-ФЗ «О внесении изменений в Лесной кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования

¹ Защита русского леса — это защита народа и экосистемы России // Петербургская независимая газета «Общество и экология». URL: <http://www.ecogazeta.ru/archives/9447>.

² Сайт зооинженерного факультета МСХА. URL: <http://www.activestudy.info/zashhita-lesa-ot-vreditelej-i-boleznej> (дата обращения: 06.07.2017).

© Быковский В. К., 2018

* *Быковский Вадим Кириллович*, кандидат юридических наук, доцент кафедры экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

vadimm@bk.ru

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

регулирования лесных отношений»³, а также Федеральный закон от 30.12.2015 № 455-ФЗ «О внесении изменений в Лесной кодекс Российской Федерации в части совершенствования регулирования защиты лесов от вредных организмов»⁴. Последний Федеральный закон значительно изменил правовое регулирование лесных отношений в области защиты и охраны лесов. Он дополнил Лесной кодекс РФ (ЛК РФ) главой 3.1 «Защита лесов». Правовое регулирование в области защиты лесов стало более детальным. Анализируемый Федеральный закон увеличил количество отчетности. Лесопользователи вместо отчета об охране и о защите лесов должны теперь предоставлять два вида отчетов: о защите лесов и об охране лесов.

Первоначально необходимо дать определение понятию «защита лесов». Лесной кодекс РФ не дает определение защиты лесов. Однако данное определение можно вывести исходя из его анализа. В соответствии с ч. 1 ст. 60.1 ЛК РФ леса подлежат защите от вредных организмов (жизнеспособных растений любых видов, сортов или биологических типов, животных либо болезнетворных организмов любых видов, биологических типов, которые способны нанести вред лесам и лесным ресурсам). Защита лесов направлена на выявление в лесах вредных организмов и предупреждение их распространения, а в случае возникновения очагов вредных организмов — на их ликвидацию (ч. 2 ст. 60.1 ЛК РФ).

Исходя из содержания данных норм, можно определить защиту лесов следующим образом: защита лесов — это деятельность, направленная на выявление в лесах вредных организмов и предупреждение их распространения, а в случае возникновения очагов вредных организмов — на их ликвидацию.

Важным является вопрос о соотношении понятий «охрана лесов» и «защита лесов». Но сначала необходимо рассмотреть вопрос о понятии охраны лесов. Понятие «охрана лесов» является многоаспектным.

Вопросы, связанные с охраной лесов, рассматривались многими учеными. В науке лесного права существуют различные мнения

о понятии охраны лесов, присутствует широкое, среднее и узкое понимание охраны лесов.

В узком смысле представляли понятие «охрана лесов» В. Ф. Горбовой и Е. И. Немировский. В. Ф. Горбовой «под правовой охраной лесов понимает систему предусмотренных законом юридических мер, направленных на обеспечение рационального использования лесов и борьбу с лесонарушителями путем привлечения лесонарушителей к уголовной, дисциплинарной и материальной ответственности»⁵.

В. Бжежинский придерживается мнения, что «понятие охраны связано с предотвращением или прекращением какой-либо деятельности, признанной вредной с точки зрения фактического положения вещей, которое не подлежит изменению и не должно отклоняться от установленной законом модели»⁶.

Данное определение нельзя признать удачным, поскольку принятие его не способствует улучшению состояния лесов. Узкое понимание смысла правовой охраны Е. И. Немировским и В. Бжежинским лишь как меры ответственности не раскрывает содержания понятия «охрана лесов». Такое понимание ответственности может привести к тому, что природопользователи будут принимать восстановительные, охранительные меры только в ответ на привлечение к ответственности за те или иные нарушения лесного законодательства и не будут относиться к ним как к постоянно действующим в процессе использования лесных ресурсов.

Н. Г. Баканева под правовой охраной лесов понимает охрану леса от различного рода нарушений лесного законодательства: от незаконных порубок, пожаров, нарушений установленного порядка лесопользования и других действий, причиняющих вред лесу, а также защиту от вредителей и болезней⁷.

Таким образом, она понимает охрану леса более широко, поскольку в содержание охраны лесов она включает не только меры юридической ответственности, применяемые к лесонарушителям, но и меры защиты от вредителей и болезней леса.

³ СЗ РФ. 2016. № 26 (ч. 1). Ст. 3887. Закон вступил в силу с 01.03.2017.

⁴ СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. 1). Ст. 75.

⁵ Горбовой В. Ф. Лесное право. Свердловск, 1977. С. 30.

⁶ Бжежинский В. Правовая охрана окружающей среды. М., 1979. С. 11.

⁷ Баканева Н. Г. Правовая охрана лесов : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1985. С. 13.

Широкого понимания охраны лесов придерживается Н. Н. Абанина. По ее мнению, понятие «охрана лесов» представляет собой предотвращение истощения, загрязнения, разрушения лесного комплекса, осуществляемое не только путем непосредственной охраны и защиты лесов и всего лесного массива, а также путем охраны от загрязнения атмосферного воздуха, вод, земель, недр, охраны и регулирования численности животного мира, организации рационального использования земель, лесов и мер по их воспроизводству⁸.

В данном определении правильно делается акцент на то, что охрана атмосферного воздуха, вод, земель, животного мира, недр благоприятно сказывается на состоянии лесов. Это, безусловно, так. Однако большинство лесов представляют собой устойчивые экосистемы, поэтому данные меры не всегда эффективны при осуществлении охраны лесов. Напротив, как правило, охрана лесов как таковых благоприятно сказывается на состоянии атмосферного воздуха, а не наоборот. Леса в первую очередь необходимо охранять от пожаров, поскольку именно они уничтожают миллионы гектаров леса в год. Поэтому широкое понимание понятия «охрана лесов» не имеет большого практического характера.

Практически всеми юристами-экологами признается факт взаимозависимости и взаимообусловленности охраны природы и рационального использования природных ресурсов, необходимости дальнейшей экологизации природопользования.

С еще большей силой неразрывность правовой охраны лесов и рационального лесопользования проявляется в лесном законодательстве как выражение важнейшего лесоводственного закона, в соответствии с которым рубка и возобновление леса должны быть взаимосвязаны⁹, т.е. время, способ и территория рубок должны быть так организованы, чтобы не мешать естественному лесовозобновлению, которое, в свою очередь, является основой для дальнейшего потребления продуктов и иных полезностей леса. Отсюда вытекает необходимость неистощительного лесопользования. Сущность неистощительного использования лесов заключается в неснижающихся максимальных размерах

рубок, обусловленных ходом поспевания насаждений.

Данный подход является верным с точки зрения охраны природных ресурсов, поскольку принятие его способствует рациональному использованию и охране лесов: он дает верный критерий оценки использования лесов. Любое использование лесов должно быть одновременно его охраной.

А такое использование, которое приводит к ухудшению состояния лесов, даже незначительному, явно не является его охраной и по этой причине должно быть, по возможности, прекращено.

Широкое понимание «охраны лесов» идеально подходит в качестве принципа правового регулирования: каждое использование лесов должно быть одновременно его охраной. Это должно быть целью правового регулирования лесных отношений, чего, однако, почти невозможно достичь на практике. Практически любое вмешательство человека в экосистему как минимум не полезно для нее и поэтому не может быть ее охраной. Осуществление большинства видов использования лесов неизбежно наносит вред лесам как природным объектам. Можно лишь минимизировать вред, причиняемый природе. Поэтому нецелесообразно включать понятие рационального использования в понятие «охрана лесов». Это разные понятия. Под охраной лесов следует обозначать лишь ту деятельность, которая бесспорно является благоприятной для них.

Итак, в понятие «охрана лесов» необходимо включать меры юридической ответственности, применяемые при нарушении лесного законодательства, охрану лесов от пожаров, защиту лесов, воспроизводство лесов и лесоразведение, поскольку они способствуют сохранению лесов.

Таким образом, можно сконструировать следующее определение охраны лесов: охрана лесов представляет собой деятельность, направленную на сохранение лесов, осуществляемую путем охраны лесов от пожаров, защиты лесов, воспроизводства лесов и лесоразведения, применения мер юридической ответственности и других мер. Данное определение целесообразно включить в ЛК РФ.

⁸ Абанина Н. Н. Правовая охрана лесов Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 33.

⁹ См.: Морозов Г. Ф. Учение о лесе // Избранные труды. М., 1967. Т. 1. С. 105.

Лучшим способом охраны природы является рациональность ее потребления: в ходе потребления природных ресурсов должна осуществляться их охрана. «Рациональное использование природных ресурсов предполагает учет законов природы (которые являются объективными, не носят волевого характера, не зависят от желаний людей, даже облеченных большой властью) и потенциальных возможностей окружающей среды (которые не безграничны, обладают верхним пределом, могут испытывать опасные перегрузки)»¹⁰. Рационализм природопользования заключается в том, чтобы постоянно поддерживать такое состояние, когда возможно оптимальное потребление и воспроизводство природных ресурсов, при котором не допускаются необратимые последствия для окружающей среды.

Вопрос о соотношении понятий «защита» и «охрана» в науке исследовался в основном применительно к вопросу о защите субъективного права гражданина, в контексте темы данной научной статьи данные точки зрения применимы к защите права граждан на благоприятную среду. Лесному законодательству принадлежит значимая роль в обеспечении благоприятной окружающей среды.

Данный вопрос исследовался в основном применительно к вопросу о защите гражданских прав. Многие ученые рассматривают категории «защита» и «охрана» в качестве тождественных и определяют их как систему правового регулирования общественных отношений, которая направлена на предотвращение правонарушений, а в случае их совершения устанавливает ответственность за совершенные правонарушения¹¹.

К этим ученым можно отнести С. С. Алексеева, который под защитой права понимал государственно-принудительную деятельность, направленную на осуществление «восстановительных» задач: на восстановление нарушенного права, на обеспечение юридической обязанности. Охранительные правоотношения, как он указал, начинают складываться с момента правонарушения, и при их помощи осуществляются меры юридической ответствен-

ности и защиты субъективных прав. Другими словами, защита субъективного права осуществляется государственными органами в рамках особых правоохранительных отношений и, таким образом, С. С. Алексеев ставит знак равенства между защитой и охраной¹².

Понятие охраны в широком и узком смысле предлагает различать А. П. Сергеев. В широком значении, по его мнению, охрана включает в себя меры не только правового, но и экономического, организационного, политического и иного характера, направленные на создание необходимых условий для осуществления субъективных прав. К чисто правовым мерам охраны он относит все меры, с помощью которых обеспечивается как развитие правоотношений в их нормальном, ненарушенном состоянии, так и восстановление нарушенных или оспоренных прав и интересов. В узком смысле охрана включает лишь предусмотренные законом меры, направленные на восстановление или признание прав и на защиту в случае их оспаривания или нарушения¹³.

Таким образом, защита, в понимании ученого, является охраной в узком смысле слова. Данная точка зрения наиболее применима к лесному законодательству не только в вопросе о защите прав, но и в вопросе о защите экологических прав граждан к сфере лесного законодательства.

В свою очередь, Э. П. Гаврилов полагает, что охрана — это установление общего правового режима, а защитой являются те меры, которые предпринимаются в случаях, когда гражданские права нарушены или оспорены⁷. Такой же научной позиции придерживается и Н. И. Матузов: «Вообще охрана и защита субъективного права или охраняемого законом интереса — не одно и то же: охраняются они постоянно, а защищаются только тогда, когда нарушаются. Защита есть момент охраны, одна из ее форм. Эти понятия не совпадают».

Следовательно, большинство исследователей под защитой права подразумевает меры, направленные на восстановление нарушенного права или на предотвращение угрозы нарушения прав и законных интересов.

¹⁰ Боголюбов С. А., Васильева М. И., Жариков Ю. Г. Комментарий к Лесному кодексу Российской Федерации (постатейный). М. : ТК Велби ; Проспект, 2008. С. 11 (автор комментария — С. А. Боголюбов).

¹¹ Стоякин Г. Н. Понятие «защита гражданских прав» // Проблемы гражданско-правовой ответственности защиты гражданских прав. Свердловск, 1973. С. 30—35.

¹² Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 280.

¹³ Гражданское право / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. СПб., 1996. Ч. 1. С. 240.

В советской науке лесного права по-разному понималась охрана лесов. По мнению Л. И. Дембо, охрана лесов заключается в охране лесов от пожаров, от расхищения и от вредных организмов¹⁴.

Представляет интерес научная точка зрения В. Ф. Горбового, согласно которой правовая охрана лесов — это система предусмотренных юридических мер, направленных на обеспечение рационального использования лесов и борьбу с лесонарушителями путем привлечения лесонарушителей к уголовной, административной, дисциплинарной и материальной ответственности. Кроме того, организация правовой охраны лесов состоит в определенной деятельности различных органов государственной власти и общественных организаций. При этом объектом правовой охраны выступает установленный государством порядок общественных отношений, который обеспечивает рациональное использование лесов¹⁵.

Правовая охрана лесов осуществляется путем издания и применения норм права, направленных на проведение мероприятий по охране и защите лесов от истощения, загрязнения, организации рационального использования и воспроизводства лесов, на повышение их средозащитных и климаторегулирующих свойств для удовлетворения экологических, экономических, культурно-оздоровительных потребностей народного хозяйства и населения¹⁶.

Наиболее оправданным в юридической науке представляется подход, согласно которому различаются такие правовые категории, как охрана и защита лесов. Законодатель выделяет разные направления охраны лесов. Содержание данных видов деятельности составляет содержание понятия «охрана лесов». Защита лесов — это одно из направлений охраны лесов.

Лесной кодекс РФ разделяет понятия «защита лесов» и «охрана лесов». Согласно ч. 2 ст. 50.7 ЛК РФ охрана и защита лесов направлены на выявление негативно воздействующих на леса процессов, явлений, а также на их предупреждение и ликвидацию. Таким образом, при охране и защите лесов преследуются

одинаковые цели, это может послужить основанием для вывода, что защита лесов — одно из направлений охраны лесов.

Поэтому понятие «защита лесов» входит в понятие «охрана лесов». Более значительным стало различие понятий «защита лесов» и «охрана лесов» в лесном законодательстве в 2016 г. после вступления в силу поправок в ЛК РФ.

Федеральным законом от 23.06.2016 № 218-ФЗ «О внесении изменений в Лесной кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования регулирования лесных отношений»¹⁷ изменено регулирование отношений в области защиты лесов. Нормы, регулирующие защиту лесов, теперь выделены в отдельную главу — 3.1 «Защита лесов».

Защита лесов осуществляется органами государственной власти, органами местного самоуправления, а также физическими и юридическими лицами, использующими леса. Защита лесов от вредных организмов, внесенных в перечень карантинных объектов, осуществляется в соответствии с Федеральным законом от 21.07.2014 № 206-ФЗ «О карантине растений»¹⁸.

Деятельность по защите лесов подразделяется на два направления: выполнение мер санитарной безопасности в лесах и ликвидация очагов вредных организмов.

Меры санитарной безопасности в лесах включают в себя следующий перечень мер:

- 1) лесозащитное районирование;
- 2) государственный лесопатологический мониторинг;
- 3) проведение лесопатологических обследований;
- 4) предупреждение распространения вредных организмов;
- 5) иные меры санитарной безопасности в лесах.

Меры санитарной безопасности в лесах осуществляются в соответствии с лесным планом субъекта РФ, лесохозяйственным регламентом лесничества, лесопарка и проектом освоения лесов.

¹⁴ Дембо Л. И. Правовой режим лесов в свете сталинского плана преобразования природы. Л. : Изд-во ЛГУ, 1951. С. 57.

¹⁵ Горбовой В. Ф. Указ. соч. С. 29—30.

¹⁶ Петров В. В. Правовая охрана природы в СССР. М. : Юрид. лит., 1984. С. 246—247.

¹⁷ СЗ РФ. 2016. № 26 (ч. 1). Ст. 3887.

¹⁸ СЗ РФ. 2014. № 30 (ч. 1). Ст. 4207.

В соответствии со ст. 60.3 ЛК РФ правила санитарной безопасности в лесах установлены постановлением Правительства РФ от 20.05.2017 № 607 «О Правилах санитарной безопасности в лесах»¹⁹.

Ликвидация очагов вредных организмов в лесах включает в себя проведение обследований очагов вредных организмов, уничтожение или подавление численности вредных организмов, в том числе с применением химических препаратов, рубку лесных насаждений в целях регулирования породного и возрастного составов лесных насаждений, зараженных вредными организмами (ст. 60.8 ЛК РФ).

По результатам деятельности по обеспечению защиты лесов составляется отчет о защите лесов согласно ст. 60.11 ЛК РФ.

Отчет о защите лесов представляется гражданами, юридическими лицами в органы государственной власти, органы местного самоуправления в пределах их полномочий, определенных в соответствии со ст. 81—84 ЛК РФ, непосредственно либо через многофункциональные центры предоставления государственных и муниципальных услуг в форме документа на бумажном носителе или в форме электронного документа, подписанного электронной подписью, с использованием информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования, в том числе сети Интернет, включая единый портал государственных и муниципальных услуг.

В отчете о защите лесов содержится информация о мероприятиях по защите лесов от вредных организмов, включая информацию о площадях, на которых проведены санитарно-оздоровительные мероприятия, и т.д. Перечень информации, включаемой в отчет о защите лесов, форма и порядок представления отчета о защите лесов, а также требования к формату отчета о защите лесов в электронной форме установлены приказом Минприроды России от 09.03.2017 № 78 «Об утверждении перечня информации, включаемой в отчет об охране лесов от пожаров, формы и порядка представления отчета об охране лесов от пожаров, а также требований к формату отчета об охране лесов от пожаров в электронной форме, перечня информации, включаемой в отчет

о защите лесов, формы и порядка представления отчета о защите лесов, а также требований к формату отчета о защите лесов в электронной форме»²⁰.

Лесной кодекс РФ содержит механизм реализации на практике норм, касающихся защиты лесов в ч. 5 ст. 61: невыполнение гражданами, юридическими лицами, осуществляющими использование лесов, лесохозяйственного регламента и проекта освоения лесов в части защиты лесов является основанием для досрочного расторжения договоров аренды лесных участков, договоров купли-продажи лесных насаждений, а также для принудительного прекращения права постоянного (бессрочного) пользования лесными участками или права безвозмездного пользования лесными участками.

Законодательство в области обеспечения санитарной безопасности в лесах нуждается в совершенствовании. Ограничение для реализации экологических прав граждан содержится в ст. 60.9 ЛК РФ, согласно которой органы государственной власти, органы местного самоуправления в пределах своих полномочий, определенных в соответствии со ст. 81—84 ЛК РФ, ограничивают пребывание граждан в лесах и въезд в них транспортных средств, проведение в лесах определенных видов работ в целях обеспечения санитарной безопасности в лесах в порядке, установленном уполномоченным федеральным органом исполнительной власти.

Приказом Министерства природных ресурсов и экологии РФ от 06.09.2016 № 457 «Об утверждении Порядка ограничения пребывания граждан в лесах и въезда в них транспортных средств, проведения в лесах определенных видов работ в целях обеспечения пожарной безопасности в лесах и Порядка ограничения пребывания граждан в лесах и въезда в них транспортных средств, проведения в лесах определенных видов работ в целях обеспечения санитарной безопасности в лесах»²¹ определены основания и порядок установления ограничений пребывания граждан в лесах.

Ограничение пребывания граждан в лесах и въезда в них транспортных средств, а также проведения в лесах определенных видов ра-

¹⁹ СЗ РФ. 2017. № 23. Ст. 3318.

²⁰ Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. (дата обращения: 31.05.2017).

²¹ СПС «КонсультантПлюс».

бот в целях обеспечения пожарной безопасности в лесах вводится в случаях: установления IV и V классов пожарной опасности в лесах в зависимости от условий погоды при отсутствии улучшения пожароопасной обстановки в лесах в ближайшие 5 дней по данным прогноза метеорологических (погодных) условий; установления особого противопожарного режима; объявления чрезвычайных ситуаций в лесах, возникших вследствие лесных пожаров.

Данные основания вызывают сомнения. При соблюдении правил пожарной безопасности никакой опасности для лесов вследствие нахождения в них граждан нет. Для защиты экологических прав граждан целесообразно закрепить, что ограничения посещения гражданами работ устанавливаются только на период выполнения работ по обеспечению санитарной безопасности.

Справедливости ради необходимо отметить, что есть норма, которая устанавливает пределы для органов государственной власти в установлении ограничений пользования лесами населением. Согласно п. 4 анализируемого приказа ограничение пребывания граждан в лесах и въезда в них транспортных средств, проведения в лесах определенных видов работ в целях обеспечения пожарной безопасно-

сти или санитарной безопасности в лесах вводится на срок до 21 календарного дня (т.е. 21 день — максимальный срок).

Определенный интерес вызывает рассмотрение вопроса о соотношении понятий «охрана лесов» и «защита лесов». Законодатель выделяет разные направления охраны лесов. Содержание данных видов деятельности составляет содержание понятия «охрана лесов». Защита лесов — это одно из направлений охраны лесов. Поэтому понятие «защита лесов» входит в понятие «охрана лесов».

Таким образом, ЛК РФ разделяет понятия «защита лесов» и «охрана лесов». Согласно ч. 2 ст. 50.7 ЛК РФ охрана и защита лесов направлены на выявление негативно воздействующих на леса процессов, явлений, а также на их предупреждение и ликвидацию. Таким образом, видно, что при охране и защите лесов преследуются одинаковые цели, что может послужить основанием для вывода, что защита лесов — это одно из направлений охраны лесов.

Значительнее стало проявляться различие этих понятий в лесном законодательстве в 2016 г. после вступления в силу поправок в ЛК РФ. Нормы, регулирующие защиту лесов, выделены в отдельную главу — 3.1 «Защита лесов».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Абанина Н. Н. Правовая охрана лесов Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2004.
2. Алексеев С. С. Общая теория права. — М., 1981. — Т. 1.
3. Баканева Н. Г. Правовая охрана лесов : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1985.
4. Бжежинский В. Правовая охрана окружающей среды. — М., 1979.
5. Боголюбов С. А., Васильева М. И., Жарилов Ю. Г. Комментарий к Лесному кодексу Российской Федерации (постатейный). — М. : ТК Велби ; Проспект, 2008.
6. Горбовой В. Ф. Лесное право. — Свердловск : Изд-во Свердловского юридического института, 1977.
7. Гражданское право / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. — СПб., 1996. — Ч. 1.
8. Дембо Л. И. Правовой режим лесов в свете сталинского плана преобразования природы. — Л. : Изд-во ЛГУ, 1951.
9. Морозов Г. Ф. Учение о лесе // Избранные сочинения. — М., 1967. — Т. 1. — С. 105.
10. Петров В. В. Правовая охрана природы в СССР. — М. : Юрид. лит., 1984.
11. Стоякин Г. Н. Проблемы гражданско-правовой ответственности защиты гражданских прав. — Свердловск, 1973.

Материал поступил в редакцию 11 декабря 2017 г.

LEGAL REGULATION OF FOREST PROTECTION

BYKOVSKY Vadim Kirillovich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Environmental and Natural Resources Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
vadimm@bk.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *Protection of forests from pests and diseases is an urgent issue. A large number of forests have been attacked by the bark beetle. We are in need of an effective legal mechanism for pest control. The author scrutinizes the current state of legal regulation of protection of forests under forest law. The system of forest protection is aimed at identification, as well as prevention and elimination, of processes and phenomena negatively influencing forests, and pursues two objectives: the first objective is preventive and precautionary, and it means conducting of activities aimed at the prevention of infliction of possible harm to forests, including protecting forests; the second objective is preclusive and coercive, which amounts to holding violators of forest legislation liable for causing harm to forests, including protective forests.*

Keywords: *forests protection, forest conservation, forest, forest laws, Forest Code of the Russian Federation, Forest Law as a science.*

REFERENCES

1. *Alekseev, S. S.* The General Theory of Law. M., 1981. Vol.1.
2. *Abanina, N. N.* Legal protection of forests of the Russian Federation : PhD Thesis. Saratov, 2004.
3. *Bakaneva, N. G.* Legal protection of forests : Abstract of the PhD Thesis. M., 1985.
4. *Bogolyubov, S. A., Vasiliev, M. I., Zharikov, Yu. G.* The Commentray to the Forest Code of the Russian Federation (annotated). M. : TK Velbi ; Prospekt, 2008.
5. *Bzezinskiy, V.* Legal protection of the environment. M., 1979.
6. Civil Law. Ed. by Tolstoy, A. P. Sergeev. SPb., 1996. Part 1.
7. *Gorlovoy, V. F.* Forest Law. Sverdlovsk: Sverdlovsk Law Institute Publishing House, 1977.
8. *Dembo, L. I.* The legal regime of forests in the light of the Stalin plan to transform nature. LSU Publishing House. L., 1951.
9. *Morozov, G. F.* The doctrine of the forest: Selected Works. Vol.1. M., 1967. P.105.
10. *Petrov, V. V.* Legal protection of nature in the USSR. M.: Yurid. Lit., 1984.
11. *Stoyakin, G.N.* Problems of civil liability and protection of civil rights. Sverdlovsk, 1973.

В. Б. Сычев*

ОСОБЕННОСТИ РАССМОТРЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫМ СУДОМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ДЕЛ О СООТВЕТСТВИИ КОНСТИТУЦИИ РОССИИ ВОПРОСА, ПРЕДЛАГАЕМОГО НА РЕФЕРЕНДУМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Аннотация. Следует различать процедуры проверки конституционности вопросов, выносимых на референдум, и инициативы референдума, которые, по мнению автора, являются самостоятельными процедурами конституционного контроля. Конституционный Суд РФ проверяет на соответствие Конституции РФ вопрос, выносимый на референдум РФ. Правом на обращение по данной категории дел обладает только Верховный Суд РФ. Основанием для рассмотрения дела является обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствуют ли Конституции РФ предложенный вопрос референдума; обжалование в Верховный Суд РФ решения ЦИК России, которым утверждено ее заключение о несоответствии вопроса референдума Конституции РФ. Повод для рассмотрения дела — обращение в форме запроса. Запрос допустим, если ЦИК России приняла решение о несоответствии вопроса референдума Конституции РФ и такое решение было обжаловано в Верховный Суд РФ. Предметом проверки по рассматриваемой категории дел является вопрос, предлагаемый на референдум РФ. Основными критериями проверки такого вопроса является его содержание с точки зрения соответствия Конституции РФ, разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти РФ и субъектов РФ. Представляется необходимым установить процессуальный срок для рассмотрения данной категории дел. По итогам рассмотрения дела может быть принято решение о конституционности или неконституционности вопроса, предлагаемого на референдум. Юридическим последствием решения о конституционности вопроса референдума, как представляется, должно быть признание Верховным Судом РФ решения ЦИК России незаконным. Юридическое последствие решения о неконституционности вопроса референдума — прекращение процедур по реализации референдума. В статье делается вывод о том, что производство по делам о проверке конституционности вопроса, выносимого на федеральный референдум, является самостоятельной процедурой конституционного контроля, обладающей собственной спецификой, в связи с чем необходимо введение в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» главы, посвященной данной процедуре.

Ключевые слова: Конституционный Суд РФ, конституционный контроль, конституционное правосудие, конституционная юстиция, конституция, референдум, инициатива референдума, вопрос референдума, конституционная законность, конституционность.

© Сычев В. Б., 2018

* Сычев Виталий Борисович, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры конституционного и муниципального права Саратовского национального исследовательского государственного университета имени Н. Г. Чернышевского
v.b.s.2@mail.ru
410012, Россия, г. Саратов, ул. Астраханская, д. 83

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.076-085

Конституционный контроль является важным механизмом обеспечения конституционности, а также стабильности конституционного строя. Поэтому должны существовать различные процедуры, направленные на те или иные аспекты поддержания конституционности. Так, большинство существующих в России процедур конституционного контроля (причем наиболее часто применяющихся) связано с проверкой конституционности наиболее значимых источников права. В основном конституционный контроль носит последующий характер, но в то же время в некоторых случаях необходим и предварительный конституционный контроль. Как правило, это обусловлено необходимостью проверки международных договоров или соблюдения процедур, имеющих особое конституционное значение. Указанный контроль в России применяется к не вступившим в силу международным договорам, вопросам, выносимым на федеральный референдум, инициативе такого референдума, процедуре выдвижения обвинения против Президента РФ. Проверка вопросов, выносимых на референдум, направлена на недопущение проведения референдума, результатом которого будет принятие неконституционного решения, что может привести к значительным неблагоприятным последствиям. Поэтому такая проверка должна проводиться до того, как тот или иной вопрос будет вынесен на референдум.

Следует различать процедуры проверки конституционности вопросов, выносимых на референдум (ч. 17 ст. 15 Федерального конституционного закона от 28.06.2004 № 5-ФКЗ «О референдуме Российской Федерации»¹), и самой инициативы референдума (ч. 1 ст. 20 Федерального конституционного закона «О референдуме Российской Федерации»).

А. В. Дагуев отмечает, что производство по делам о проверке конституционности инициативы проведения референдума по предложенному вопросу (предложенным вопросам) референдума, по существу, имеет два подвида:

производство о соответствии Конституции инициативы проведения референдума по предложенному вопросу (предложенным вопросам) референдума по запросу Президента РФ в соответствии с ч. 1 ст. 23 Федерального конституционного закона «О референдуме Российской Федерации» и производство о проверке конституционности предложенного вопроса (предложенных вопросов) референдума по запросу Верховного Суда РФ в соответствии с ч. 17 ст. 15 Федерального конституционного закона «О референдуме Российской Федерации»².

Но эти процедуры существенно отличаются, так как первая из них является факультативным конституционным контролем (проводящимся только в случае наличия запроса Верховного Суда РФ) и предполагает спор о конституционности вопроса, выносимого на референдум, а вторая — обязательным конституционным контролем (проводящимся в силу закрепления обязательности такой процедуры в законе) и вызвана не необходимостью разрешения спора о конституционности, а особой конституционной значимостью референдума и принимаемых в ходе его осуществления решений. Вследствие этого представляется необходимым выделение самостоятельной процедуры конституционного контроля: производства по делам о проверке конституционности предложенного вопроса (вопросов) референдума.

О. В. Брежнев в связи с этим отмечает, что процедура проверки инициативы референдума не предполагает в качестве основания обязательного возникновения конституционно-правового спора и состязательности сторон, проверка вопросов, выносимых на референдум, не является обязательной частью процедуры реализации инициативы проведения референдума³.

Полномочие Конституционного Суда РФ на рассмотрение дел данной категории предусмотрено п. 5.1 ч. 1 ст. 3 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»⁴.

¹ СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2710 ; 2017. № 25. Ст. 3589.

² См.: Дагуев А. В. Виды производств и их особенности в конституционном судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 14, 29.

³ См.: Брежнев О. В. Судебный конституционный контроль при реализации инициативы проведения референдума Российской Федерации: проблемы правового регулирования // Государство и право. 2010. № 3. С. 6—7, 12.

⁴ СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447 ; 2017. № 1 (ч. 1). Ст. 2.

Проверка конституционности вопроса, выносимого на федеральный референдум, является предварительным факультативным постановляющим конкретным материальным внешним судебным конституционным контролем. Конкретный характер данного вида конституционного контроля обусловлен тем, что обращение в Конституционный Суд РФ должно быть обусловлено конкретной конституционно-правовой ситуацией (обжалованием решения Центральной избирательной комиссии РФ). Материальным указанный контроль является в силу того, что вопрос, выносимый на референдум, проверяется только по содержанию.

И. Ю. Остапович отмечает, что рассмотрение дел о проверке конституционности вопросов, выносимых на референдум, является предварительным конституционным контролем, осуществляемым в целях обеспечения общественной стабильности⁵.

Следует отметить, что упоминание о необходимости проверки Конституционным Судом РФ конституционности вопросов, выносимых на референдум, было введено в Федеральный конституционный закон «О референдуме Российской Федерации» 24.04.2008⁶, а соответствующее полномочие было введено в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» 04.06.2014⁷ после принятия решения Конституционным Судом РФ, в котором было указано, что споры о том, отвечает ли выносимый на референдум вопрос требованиям закона, включая споры по поводу соответствия вопроса референдума Конституции РФ, по поводу возможного ограничения, отмены или умаления им общепризнанных прав и свобод человека и гражданина, а также конституционных гарантий таких прав и свобод, т.е. споры, конституционные по своей

природе, должны разрешаться органом конституционного контроля, а установление подконтрольности Центральной избирательной комиссии РФ суду общей юрисдикции в части разрешения споров конституционного характера, т.е. неадекватное определение федеральным законодателем подведомственности судам соответствующих дел, не обеспечивает предусмотренные самой Конституцией РФ гарантии судебной защиты основ конституционного строя, в том числе верховенства и прямого действия Конституции РФ, а также прав и свобод человека и гражданина, вследствие чего федеральному законодателю надлежит урегулировать в федеральном конституционном законе соответствующие полномочия по судебному конституционному контролю с учетом юридической природы и характера возникающих в процессе подготовки и проведения референдума РФ споров как конституционных⁸.

Ранее законодательство предусматривало только проверку конституционности инициативы проведения референдума. Таким образом, на данный момент проверка конституционности вопросов, выносимых на референдум, является единственной процедурой конституционного контроля, которая введена на основании решения Конституционного Суда РФ.

К сожалению, Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» регламентирует только полномочие Конституционного Суда РФ на рассмотрения дел о проверке вопросов, выносимых на референдум, и вид принимаемого по данной категории дел решения, а Федеральный конституционный закон «О референдуме Российской Федерации» — также субъект права на обращение в Конституционный Суд РФ и юридические послед-

⁵ См.: Остапович И. Ю. Перспективы совершенствования деятельности судебного конституционного контроля в Российской Федерации в сфере организации и проведения референдума // Российский судья. 2014. № 12. С. 35.

⁶ Федеральный конституционный закон от 24.04.2008 № 1-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “О референдуме Российской Федерации”» // СЗ РФ. 2008. № 17. Ст. 1754.

⁷ Федеральный конституционный закон от 04.06.2014 № 9-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “О Конституционном Суде Российской Федерации”» // СЗ РФ. 2014. № 23. Ст. 2922.

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 21.03.2007 № 3-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 6 и 15 Федерального конституционного закона “О референдуме Российской Федерации” в связи с жалобой граждан В. И. Лакеева, В. Г. Соловьева и В. Д. Уласа» // СЗ РФ. 2007. № 14. Ст. 1741.

ствия итогового решения. Соответствующей главы, регламентирующей указанную процедуру конституционного контроля, в Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде Российской Федерации» нет, что приводит к возникновению ряда вопросов об особенностях рассматриваемой процедуры. Вследствие этого необходимо подробное рассмотрение особенностей процедуры проверки конституционности вопроса, выносимого на референдум.

При раскрытии данной процедуры конституционного контроля следует остановиться на таких ее аспектах, как полномочие Конституционного Суда РФ; субъекты, имеющие право на обращение в Конституционный Суд РФ по данной категории дел; повод и основание для рассмотрения дела; допустимость обращения; предмет и критерии (пределы) проверки; юридические последствия принятия обращения к рассмотрению; итоговое решение и его юридические последствия.

Н. А. Басургина отмечает, что в зарубежных странах сложилось три вида полномочий органов конституционного контроля в сфере референдумов: контроль процедуры проведения референдума, проверка формулировки вопроса, выносимого на референдум, и проверка законопроекта, выносимого на референдум⁹.

Конституционный Суд РФ проверяет на соответствие Конституции РФ вопрос, выносимый на референдум Российской Федерации, в соответствии с Федеральным конституционным законом, регулирующим проведение референдума Российской Федерации (п. 5.1 ч. 1 ст. 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Правом на обращение в Конституционный Суд РФ по данной категории дел обладает исключительно Верховный Суд РФ. Причем исходя из ч. 17 ст. 15 Федерального конституционного закона «О референдуме Российской Федерации», он обязан обратиться в Консти-

туционный Суд РФ в случае, если из заключения Центральной избирательной комиссии РФ, утвержденного ее решением, следует, что данное решение принято в связи с несоответствием вопроса (вопросов) референдума Конституции РФ.

Следует поддержать предложение Н. В. Витрука о расширении перечня субъектов обращения в Конституционный Суд РФ по данной категории дел за счет включения в него Центральной избирательной комиссии РФ, инициативной группы¹⁰.

Н. В. Витрук считал, что основанием для рассмотрения дела о проверке конституционности вопроса, выносимого на референдум, является обязательность рассмотрения дела¹¹.

Представляется, что основанием для рассмотрения дела о проверке конституционности вопроса, выносимого на референдум, является обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ предложенный вопрос (предложенные вопросы) референдума, в связи с предполагаемой неконституционностью которого (которых) Центральная избирательная комиссия РФ утвердила заключение о несоответствии вопроса (вопросов) референдума требованиям, предусмотренным законом. Можно сформулировать данное основание и как обжалование в Верховный Суд РФ решения Центральной избирательной комиссии РФ, которым утверждено ее заключение о несоответствии вопроса (вопросов) референдума требованиям, предусмотренным законом, если из него следует, что данное решение принято в связи с несоответствием вопроса (вопросов) референдума Конституции РФ.

Поводом для рассмотрения дела является обращение в Конституционный Суд РФ в форме запроса, отвечающее требованиям закона.

По мнению Н. В. Витрука, критериями допустимости запроса по делу о проверке вопроса референдума являются наличие жалобы в Верховный Суд РФ и констатация Центральной

⁹ См.: Басургина Н.А. О необходимости использования института судебного конституционного контроля при проведении референдумов в Республике Беларусь // Государственная власть и местное самоуправление. 2006. № 8. С. 42.

¹⁰ См.: Витрук Н. В. Производство в Конституционном Суде Российской Федерации по рассмотрению дела о соответствии Конституции Российской Федерации инициативы проведения референдума Российской Федерации по поставленному вопросу (поставленным вопросам) референдума // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 2. С. 11 ; Он же. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Норма ; Инфра-М, 2012. С. 524.

¹¹ См.: Витрук Н. В. Производство в Конституционном Суде Российской Федерации... С. 12.

избирательной комиссией РФ несоответствия Конституции РФ вопроса референдума¹².

А. В. Дагуев выделяет два критерия допустимости: 1) ЦИК России приняла заключение о несоответствии вопроса (вопросов) референдума требованиям ст. 6 Федерального конституционного закона «О референдуме Российской Федерации», и это решение ЦИК России обжаловалось в Верховный Суд РФ; 2) Верховный Суд РФ обнаружил в ходе рассмотрения дела, что вопрос (вопросы) референдума не соответствует (не соответствуют) Конституции РФ и обратился в Конституционный Суд РФ¹³.

Представляется, что обращение Верховного Суда в Конституционный является поводом для рассмотрения дела, а не критерием допустимости, так как обстоятельства, являющиеся критериями допустимости обращения, должны существовать до обращения в Конституционный Суд РФ. Кроме того, Верховный Суд РФ обязан обратиться в Конституционный Суд РФ уже в силу того, что, по мнению Центральной избирательной комиссии РФ, выраженному в ее решении, предлагаемый вопрос референдума не соответствует Конституции РФ, независимо от его позиции по данному вопросу.

Критерием допустимости запроса должно быть наличие следующих обстоятельств:

1) принятие заключения Центральной избирательной комиссии РФ, утвержденного ее решением, о несоответствии вопроса (вопросов) референдума требованиям, предусмотренным законом, из которого следует, что данное решение принято в связи с несоответствием вопроса (вопросов) референдума Конституции РФ;

2) обжалование такого решения в Верховный Суд РФ (если при этом заявитель считает, что вопрос, выносимый на референдум, соответствует Конституции РФ).

Для запроса о проверке конституционности вопроса или проекта нормативного акта, обязательное вынесение на референдум которых предусмотрено вступившим в силу международным договором РФ, критерием допустимости, как представляется, также должно быть отсутствие прямого закрепления такой формулировки вопроса или проекта нормативного

акта в международном договоре, поскольку в рамках рассматриваемой процедуры не должна осуществляться проверка конституционности вступившего в силу международного договора.

Предметом проверки по данной категории дел является вопрос, предлагаемый на референдум РФ, в соответствии с федеральным конституционным законом, регулирующим проведение референдума РФ, который, по мнению Центральной избирательной комиссии РФ, выраженному в ее решении, не соответствует Конституции РФ. Выносимый на референдум проект нормативного акта также может быть предметом проверки.

О. В. Брежнев отмечает, что в данном случае предмет конституционного контроля существенно отличается от обычного (в рамках контроля конституционности нормативных актов): это не закон, а вопрос референдума¹⁴.

А. В. Дагуев считает, что предметом рассмотрения по данной категории дел является конституционность (неконституционность) вопроса (вопросов) референдума¹⁵.

В случае вынесения на референдум вопроса или проекта нормативного акта, обязательное вынесение на референдум которых предусмотрено вступившим в силу международным договором РФ, полагаем, что предметом рассмотрения могут быть только формулировки вопросов и проекты нормативных актов, прямо не закрепленные в международном договоре, так как в противном случае будет иметь место фактически проверка конституционности вступившего в силу международного договора. Вопросы и проекты нормативных актов, прямо не закрепленные в международном договоре, могут быть предметом проверки только в той мере, в какой они не закреплены в международном договоре. Для предотвращения вынесения на референдум неконституционных вопросов следует установить обязательный предварительный конституционный контроль международных договоров, предусматривающих принятие решений на референдуме.

Предметом проверки в рамках данной процедуры могут быть только те вопросы, которые соответствуют двум критериям: 1) в отноше-

¹² См.: *Витрук Н. В.* Производство в Конституционном Суде Российской Федерации... С. 12 ; *Он же.* Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс. С. 524.

¹³ См.: *Дагуев А. В.* Виды производств и их особенности в конституционном судопроизводстве. С. 30.

¹⁴ См.: *Брежнев О. В.* Указ. соч. С. 11.

¹⁵ См.: *Дагуев А. В.* Виды производств и их особенности в конституционном судопроизводстве. С. 30.

нии предлагаемого вопроса референдума Центральная избирательная комиссия РФ приняла решение, в котором указывается его неконституционность; 2) такое решение Центральной избирательной комиссии РФ обжаловано в Верховный Суд РФ в связи с тем, что заявитель считает этот вопрос конституционным.

Критерии (пределы) проверки в делах данной категории определить достаточно сложно. Поскольку предметом проверки является исключительно вопрос, выносимый на референдум, формальные критерии, связанные с порядком выдвижения инициативы референдума, не могут применяться. Если референдум проводится по вопросу принятия нормативного акта или из формулировки вопроса вытекает необходимость принятия нормативного акта, то критерием проверки могут быть форма такого акта и предполагаемый порядок его принятия. Критерии, связанные с принципом разделения властей и установленным Конституцией РФ разграничением компетенции между федеральными органами государственной власти неприменимы ввиду того, что принимаемые на референдуме решения не исходят от какого-либо органа власти. Но если на референдум выносится проект нормативного акта или из формулировки вопроса вытекает необходимость принятия нормативного акта, то он может быть проверен на соответствие этим критериям (например, предполагается ли издание такого нормативного акта надлежащим органом государственной власти).

Основным критерием проверки по делам о конституционности вопроса, выносимого на референдум, является содержание данного вопроса с точки зрения его соответствия Конституции РФ, в особенности — основам конституционного строя и установленному Конституцией РФ регулированию правового статуса личности. Кроме того, возможна проверка вопроса с точ-

ки зрения разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ, установленного Конституцией РФ, Федеративным и иными договорами о разграничении предметов ведения и полномочий, так как согласно ч. 4 ст. 6 Федерального конституционного закона «О референдуме Российской Федерации» на референдум могут выноситься вопросы, отнесенные Конституцией РФ к ведению Российской Федерации, а также к совместному ведению РФ и субъектов РФ.

Следует отметить, что Конституционный Суд РФ в ряде своих решений сформулировал требования к вопросам, выносимым на референдум. Так, не допускается вынесение на референдум одновременно нескольких вопросов, на которые предлагается дать один ответ, поскольку граждане, не имея возможности отдельно ответить на них, тем самым лишаются права на свободное волеизъявление, что нарушает право граждан участвовать в обсуждении и принятии законов и решений общегосударственного значения¹⁶. Конституционный Суд РФ указывал на необходимость однозначности вопросов, выносимых на референдум, определенности их правовых последствий, правового содержания таких вопросов¹⁷, отметил, что формулировка вопроса, выносимого на референдум, должна позволять воспринять его как единое целое, чтобы граждане не были вынуждены голосовать одновременно за несколько не связанных между собой вопросов, соединенных в одном предложении; один и тот же вопрос не должен относиться к разным уровням законодательства, обусловленным его иерархией и федеративным устройством РФ; не должно иметь место сочетание составленного в общих выражениях предложения и вопроса принципиального характера; вопрос должен быть сформулирован таким об-

¹⁶ Постановление Конституционного Суда РСФСР от 13.03.1992 № П-РЗ-1 «По делу о проверке конституционности Декларации о государственном суверенитете Республики Татарстан от 30 августа 1990 года, Закона Республики Татарстан от 18 апреля 1991 года «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) Республики Татарстан», Закона Республики Татарстан от 29 ноября 1991 года «О референдуме Республики Татарстан», постановления Верховного Совета Республики Татарстан от 21 февраля 1992 года «О проведении референдума Республики Татарстан по вопросу о государственном статусе Республики Татарстан» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1993. № 1.

¹⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 21.04.1993 № 8-П «По делу о проверке конституционности части второй пункта 2 постановления Съезда народных депутатов Российской Федерации от 29 марта 1993 года «О всероссийском референдуме 25 апреля 1993 года, порядке подведения его итогов и механизме реализации результатов референдума» // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 18. Ст. 653.

разом, чтобы правовые последствия принятого на референдуме решения были определенными по своему содержанию и по возлагаемым на соответствующие органы государственной власти полномочиям, поскольку в противном случае ставится под сомнение адекватность волеизъявления граждан РФ, участвующих в референдуме, а реализация федеральными органами государственной власти выраженной на референдуме воли народа становится проблематичной¹⁸.

Представляется, что Конституционный Суд РФ вправе также проверить предложенные вопросы референдума на соответствие этим критериям.

В случае вынесения на референдум проекта нормативного акта критериями проверки могут быть как содержание его норм, так и форма, предлагаемый порядок принятия, опубликования или введения в действие (если он закреплен в самом проекте нормативного акта), принцип разделения властей, разграничение компетенции между федеральными органами государственной власти, разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и субъектов РФ.

Особых юридических последствий принятия обращения к рассмотрению в законе не предусмотрено, но представляется, что процедуры, направленные на реализацию референдума, должны быть приостановлены до принятия Конституционным Судом РФ решения по делу.

Законодательством не регламентирован срок, в течение которого Конституционный Суд РФ должен рассмотреть дело о конституционности вопроса, предлагаемого на референдум, на что, в частности, обращал внимание О. В. Брежнев¹⁹.

Но представляется, что установление такого срока весьма желательно, поскольку затягивание рассмотрения дела о проверке конституционности вопросов, выносимых на референдум, может привести к неоправданному затруднению реализации конституционного права граждан на участие в управлении дела-

ми государства и длительной задержке в реализации процедуры референдума.

А. В. Дагуев в связи с этим отмечает, что слишком долгие сроки рассмотрения дел указанной категории могут нарушить конституционные права граждан на участие в референдуме, а слишком короткие — повлечь за собой принятие некачественного решения²⁰.

Поэтому срок рассмотрения дел данной категории должен устанавливаться с учетом баланса между оперативностью рассмотрения дела и его качеством.

По делам о соответствии Конституции РФ вопроса (вопросов), предлагаемого (предлагаемых) на референдум Российской Федерации, итоговое решение может быть двух видов:

- 1) о признании предлагаемого (предлагаемых) на референдум вопроса (вопросов), соответствующим (соответствующими) Конституции РФ;
- 2) о признании предлагаемого (предлагаемых) на референдум вопроса (вопросов), не соответствующим (не соответствующими) Конституции РФ.

По мнению Н. В. Витрука, итоговые решения по рассматриваемой категории дел должны иметь форму заключения²¹.

Итоговое решение по рассматриваемой категории дел в силу ч. 2 ст. 71 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» принимается в виде постановления.

Юридические последствия итогового решения заключаются в том, что в случае принятия Конституционным Судом РФ решения о признании вопроса (вопросов) референдума не соответствующим (не соответствующими) Конституции РФ процедуры по реализации инициативы проведения референдума прекращаются (ч. 17 ст. 15 Федерального конституционного закона «О референдуме Российской Федерации»).

По мнению Н. В. Витрука, такие правовые последствия несправедливы, поскольку достаточным было бы исключение неконституционных вопросов из числа предложенных на референдум²².

¹⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 21.03.2007 № 3-П.

¹⁹ См.: Брежнев О. В. Указ. соч. С. 12.

²⁰ См.: Дагуев А. В. К вопросу о рассмотрении Конституционным Судом РФ инициативы проведения референдума Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 8. С. 25.

²¹ См.: Витрук Н. В. Производство в Конституционном Суде Российской Федерации... С. 12.

²² См.: Витрук Н. В. Производство в Конституционном Суде Российской Федерации... С. 12 ; Он же. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс. С. 525—526.

С данным мнением следует согласиться, так как несоответствие вопроса, предлагаемого на референдум, Конституции РФ не означает неконституционности инициативы референдума в целом, а в рамках рассматриваемой процедуры проверяются только предлагаемые вопросы, но не инициатива референдума как таковая.

Представляется возможным такое толкование вышеуказанного положения Закона, которое предполагает прекращение процедур по реализации инициативы проведения референдума только в том случае, если неконституционным признан единственный вопрос референдума или все вопросы референдума. В случае, если не все вопросы референдума признаны неконституционными, должны существовать механизмы реализации инициативы проведения референдума по вопросам, не признанным несоответствующими Конституции РФ.

Юридические последствия принятия решения о конституционности вопроса, выносимого на референдум, который, по мнению Центральной избирательной комиссии РФ, не соответствовал Конституции РФ, законодательством прямо не предусмотрены, но представляется, что в таком случае Верховный Суд РФ должен признать решение Центральной избирательной комиссии РФ, которым утверждено ее заключение о несоответствии вопроса (вопросов) референдума требованиям, предусмотренным законом, незаконным и обязать ЦИК России зарегистрировать инициативную группу по проведению референдума (если нет иных оснований для отказа в ее регистрации).

А. В. Дагуев отмечает, что Конституционный Суд РФ не может пересмотреть решение Центральной избирательной комиссии РФ²³.

Однако представляется, что в случае, если решение Центральной избирательной комиссии РФ, в котором выражена позиция о том, что вопрос, предлагаемый на референдум, не соответствует Конституции РФ, утрачивает

силу, то по этому вопросу должно быть принято новое решение.

Исходя из вышеизложенного, следует отметить, что производство по делам о проверке конституционности вопроса, предлагаемого на федеральный референдум, является самостоятельной процедурой конституционного контроля, существенно отличающейся от иных процедур, в том числе от процедуры проверки конституционности инициативы референдума, и обладает особой спецификой. Это в том числе отдельное полномочие Конституционного Суда РФ на рассмотрение дел указанной категории, перечень субъектов, имеющих право на обращение в Конституционный Суд РФ по данной категории дел, основание и повод для рассмотрения дела, критерии допустимости обращения, предмет и критерии (пределы) проверки, юридические последствия принятия обращения к рассмотрению, особенности итогового решения и их юридические последствия. Рассматриваемая процедура, к сожалению, не нашла закрепления в отдельной главе Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» (в этом Законе закреплены лишь полномочие Конституционного Суда РФ на рассмотрение дел данной категории и вид принимаемого решения, кроме того, в Законе «О референдуме Российской Федерации» указаны субъект права на обращение и юридические последствия итогового решения). В связи с этим представляется необходимым введение в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» главы «Рассмотрение дел о соответствии Конституции Российской Федерации вопроса, предлагаемого на референдум Российской Федерации в соответствии с федеральным конституционным законом, регулирующим проведение референдума Российской Федерации» и отражение в ней необходимых особенностей рассматриваемой процедуры конституционного контроля.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Басургина Н. А. О необходимости использования института судебного конституционного контроля при проведении референдумов в Республике Беларусь // Государственная власть и местное самоуправление. — 2006. — № 8. — С. 42—45.

²³ См.: Дагуев А. В. К вопросу о рассмотрении Конституционным Судом РФ инициативы проведения референдума Российской Федерации. С. 25.

2. Брежнев О. В. Судебный конституционный контроль при реализации инициативы проведения референдума Российской Федерации: проблемы правового регулирования // Государство и право. — 2010. — № 3. — С. 5—12.
3. Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Норма; Инфра-М, 2012. — 592 с.
4. Витрук Н. В. Производство в Конституционном Суде Российской Федерации по рассмотрению дела о соответствии Конституции Российской Федерации инициативы проведения референдума Российской Федерации по поставленному вопросу (поставленным вопросам) референдума // Журнал конституционного правосудия. — 2010. — № 2. — С. 10—12.
5. Дагуев А. В. Виды производств и их особенности в конституционном судопроизводстве: автореф.: дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2009. — 31 с.
6. Дагуев А. В. К вопросу о рассмотрении Конституционным Судом РФ инициативы проведения референдума Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. — 2008. — № 8. — С. 24—26.
7. Остапович И. Ю. Перспективы совершенствования деятельности судебного конституционного контроля в Российской Федерации в сфере организации и проведения референдума // Российский судья. — 2014. — № 12. — С. 33—36.

Материал поступил в редакцию 12 ноября 2017 г.

DISTINCTIVE FEATURES OF CONSIDERATION OF CASES BY THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION CONCERNING COMPLIANCE OF THE ISSUE SUBMITTED TO REFERENDUM OF THE RUSSIAN FEDERATION WITH THE CONSTITUTION OF RUSSIA

SYCHEV Vitaliy Borisovich — PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Constitutional and Municipal Law at the Saratov National Research University named after N.G. Chernyshevsky
v.b.s.2@mail.ru
410012, Russia, Saratov, ul. Astrakhanskaya, d. 83

Abstract. *One should distinguish between procedures employed to verify constitutionality of issues submitted to a referendum and referendum initiatives that, in the author's standpoint, are separate procedures of constitutional review. The Constitutional Court of the Russian Federation examines the compliance of the issue submitted to the referendum for its compliance with the Constitution of the Russian Federation. The Supreme Court of the Russian Federation is the only court that has an exclusive right to bring such matters before the court. The case is initiated if (1) ambiguity is discovered with regard to the question of whether the issue submitted to referendum complies with the Constitution of the Russian Federation; (2) the Decision of the Central Election Commission of the RF (CEC) that confirms the CEC ruling concerning non-compliance of the issue submitted to referendum with the Constitution of the RF is appealed in the Supreme Court of the RF. The reason for the proceedings involves an application in the form of request. The request is acceptable if the the CEC passed a decision claiming that the issue submitted to referendum is not in compliance with the Constitution of the RF and the decision can be appealed to the Supreme Court of the Russian Federation. The issue subject to the review in analogous cases is the issue submitted to referendum. The main criteria for the review is the content of the issue submitted to referendum from the standpoint of its compliance with the Constitution of the RF, differentiation of jurisdictions and powers between state authorities of the Russian Federation and state authorities of the constituent entities of the RF. We consider, it is necessary to determine procedural deadlines for such cases to be considered. The case proceedings may result in making a decision concerning either compliance or non-compliance of the issue submitted to referendum with the Constitution of the RF. As it seems to us, the legal consequence of the decision on compliance of the issue submitted to referendum with the Constitution of the RF amounts to declaration of the CEC decision illegal by the Supreme Court of the RF. The legal consequence of the decision on non-compliance of the issue submitted to referendum with the Constitution of the RF amounts to cessation of the procedures implemented to hold referendum. The paper concludes that proceedings with regard to reviewing constitutionality of the issue submitted to the Federal Referendum cover a separate procedure of constitutional control that has*



its own specifics. Therefore, it is necessary to include into the Federal Constitutional Law "On the Constitutional Court of the Russian Federation" chapters devoted to this procedure.

Keywords: *Constitutional Court, constitutional review, constitutional rule of law, constitutional justice, Constitution, referendum, referendum initiative, issue submitted to referendum, constitutional legality, constitutionality.*

REFERENCES

1. *Basurgina, N.A.* The need for the use of the Institute of judicial constitutional review when holding referendum in the Republic of Belarus // *The State power and Local Self-government*. 2006. No. 8. - P. 42—45.
2. *Brezhnev, O. V.* Judicial constitutional review in the implementation of the initiative to conduct referendum of the Russian Federation: problems of legal regulation // *The State and Law*. 2010. No. 3. — P. 5—12.
3. *Vitruk, N. V.* Constitutional justice. *Judicial Constitutional Law and Process*. 4th ed., revised and supplemented. M.: Norma : Infra-M, 2012. — 592 p.
4. *Vitruk, N. V.* Proceedings in the Constitutional Court of the Russian Federation in the cases concerning compliance of the Russian Federation referendum initiative with the Constitution of the RF concerning the issue (issues submitted) submitted to referendum Constitution of the Russian Federation // *Journal of Constitutional Justice*. 2010. No. 2. — P. 10—12.
5. *Daguev, A. V.* Types of proceedings and their peculiarities in constitutional proceedings. Abstract of the PhD Thesis. M., 2009. — 31 p.
6. *Daguev, A. V.* The question of the Constitutional Court of the Russian Federation concerning issues involving the initiative of the Russian Federation referendum // *The constitutional and municipal law*. 2008. No. 8. — P. 24—26.
7. *Ostapovich, I. Yu.* Prospects of improvement of activities of the judicial constitutional control in the Russian Federation in the sphere of organizing and holding referendum // *The Russian Judge*. 2014. No. 12. — P. 33—36.

О. Ю. Фомина*

ОБЪЕКТИВНЫЕ И СУБЪЕКТИВНЫЕ ПРЕДПОСЫЛКИ ПРЕОБРАЗОВАНИЯ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПОЛОЖЕНИЯ ЛИЦ, УЧАСТВУЮЩИХ В ДЕЛЕ

Аннотация. Изучение института лиц, участвующих в деле, для процессуальной науки и практики неизменно является актуальным. С активным развитием и модернизацией правоотношений между субъектами появляется все больше новых правовых норм, и процессуальному законодательству необходимо соответствовать динамично изменяющимся материальным правоотношениям.

Целью настоящей статьи стало изучение предпосылок, при наличии которых для вынесения законного и обоснованного судебного решения необходимо привести в соответствие процессуальный статус лиц, участвующих в деле, их изменившемуся юридическому интересу в связи с трансформацией в материальных правоотношениях.

Результатом проведенного анализа причин, способствующих возникновению необходимости преобразовать процессуальное положение лиц, участвующих в деле, стала разработанная автором классификация предпосылок на объективные и субъективные. В рамках рассматриваемой классификации автором предложено разделение объективных предпосылок на материально-правовые (внесение изменений и дополнений в гражданское законодательство, обнаружение в процессе рассмотрения дела изменения материальной составляющей правоотношений и др.) и процессуально-правовые (наличие риска изменения подведомственности или подсудности; ошибочное применение или толкование судом норм процессуального права). Говоря о субъективных предпосылках, автор разделяет их на две группы: связанные с добросовестным заблуждением (например, неправильная легитимация истца при предъявлении иска в суд; инициатива истца по замене ненадлежащего ответчика на иного, который *de facto* не может отвечать по предъявленному иску) и связанные с недобросовестным поведением (например, недобросовестные действия ответчика, преследующие цель сведения «на нет» возможности удовлетворения требований истца).

В статье обращается внимание на широкое применение в практической деятельности судов механизма преобразования процессуального положения лиц, участвующих в деле, несмотря на отсутствие законодательного закрепления такой возможности, что подтверждает злободневность проблемы и востребованность научных исследований в указанном направлении.

Ключевые слова: лица, участвующие в деле, процессуальное положение, процессуальный статус, преобразование, объективные предпосылки, субъективные предпосылки, трансформация, гражданское судопроизводство, юридический интерес, волеизъявление.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.086-093

© Фомина О. Ю., 2018

* Фомина Ольга Юрьевна, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
voroshilova-olga@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Институт лиц, участвующих в деле, является одним из важнейших в гражданском процессуальном праве. Вопросы реализации данного института, несмотря на то, что он не является новым, остаются по-прежнему значимыми и актуальными, поскольку законность и обоснованность принятого по делу судебного решения во многом зависят от правильного определения процессуального положения каждого из субъектов правоотношений.

Участники гражданского судопроизводства в зависимости от занимаемого в нем положения наделяются тем или иным объемом процессуальных прав и обязанностей. В силу закона функцией определения юридического положения субъектов гражданских процессуальных отношений наделяются суды (судьи), которые, как правило, данный вопрос решают на стадии подготовки дела к судебному разбирательству.

Гражданский процессуальный кодекс РФ (ГПК РФ) и Арбитражный процессуальный кодекс РФ (АПК РФ) регламентируют возникновение только первичного процессуального статуса лиц, участвующих в деле. Необходимость имманентной трансформации процессуального положения может обуславливаться как объективными, так и субъективными причинами.

Для начала уточним, что под указанным преобразованием предлагается понимать изменение под воздействием субъективных и (или) объективных факторов процессуального положения лиц, участвующих в деле, в гражданском судопроизводстве на иной формальный процессуальный статус, соответствующий истинной направленности юридического интереса, детерминированного природой и развитием материальных правоотношений.

Практически в любом уже начатом процессе под влиянием как субъективных, так и объективных причин может возникнуть необходимость изменения одного статуса лица в процессе на другой.

В целом объективные предпосылки можно разделить на следующие группы:

- материально-правовые (внесение изменений и дополнений в гражданское законо-

дательство, обнаружение в процессе рассмотрения дела изменения материальной составляющей правоотношений, например связанных с материальным правопреемством, и др.);

- процессуально-правовые (наличие риска изменения подведомственности или подсудности, что может быть вызвано, например, потребностью в замене ненадлежащего ответчика; ошибочное применение или толкование судом норм процессуального права).

Именно в объективных предпосылках возникновения необходимости трансформировать положение лиц, участвующих в деле, выражается влияние материальных норм на процессуальные отношения. Рассмотрим некоторые из них.

Процессуальный закон, действующий в настоящее время, четко указывает, что основанием процессуального правопреемства является материальное правопреемство¹ (ст. 44 ГПК РФ, ст. 48 АПК РФ). При имеющихся различиях в правовой регламентации процессуальных действий судов общей юрисдикции и арбитражных судов есть и сходный момент — их императивный характер, т.е. необходимость произведения замены стороны ее правопреемником, несмотря на то, что АПК РФ использует формулировку «суд производит замену...», а ГПК РФ — формулировку «суд допускает замену...».

Замена лица в уже существующем процессуальном правоотношении происходит исключительно в связи с фактами материального правопреемства. При регламентации принятия судом определения о замене стороны правопреемником волеизъявлению спорящих субъектов законодатель не придает должного значения. Несогласным лицам предоставляется лишь право обжаловать принятый судебный акт.

Идея о беспрекословном следовании за материальным правопреемством процессуального, закрепленная законодательно, не снимает вопросы об эффективности и разумности та-

¹ См.: Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. М. А. Витук. М., 2014; Ионова Д. Ю., Щукин А. И. О правомерности отказа в рассмотрении апелляционной жалобы на судебный акт о признании незаконными действий (бездействия) арбитражного управляющего в связи с ликвидацией должника-банкрота // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 12. С. 8—16; Гальперин М. Л. Новеллы законодательства об исполнительном производстве: оптимальные процессуальные институты или разрыв с материально-правовой основой? // Закон. 2014. № 4. С. 124—135.

кого подхода. Так, материальный правопродшественник после произведенной замены неизбежно удаляется из процесса, т.е. правопреемник допускается к рассмотрению дела только вместо своего правопродшественника, а не вместе с ним.

Известно, что основанием для участия субъекта в рассмотрении спора судом в качестве лица, участвующего в деле, является интерес к данному процессу. При законодательном закреплении обязательности вступления в дело материального правопреемника интерес оставляется без внимания.

Наиболее противоречащей закреплению праву каждого на судебную защиту выглядит замена истца его правопреемником, а как следствие — выбытие правопродшественника из процесса². На наш взгляд, было бы правильным привлечь нового участника в качестве соистца, без удаления из дела собственно возбудившего его лица. Конечно, материальные основания перехода права могут быть оспорены выбывшим лицом в отдельном процессе, однако это не будет способствовать скорейшему достижению целей судопроизводства — восстановления и защиты нарушенных прав и охраняемых законом интересов. В итоге получается, что истец-правопродшественник, покинувший первоначальный процесс, лишается тех прав на защиту, которыми он обладал при возбуждении производства по делу. Кроме того, необходимость оспаривания материальных оснований для правопреемства для истца связана с дополнительными материальными затратами и потерей времени.

Интересным представляется подход германского законодателя к пониманию зависимости процессуального правопреемства от материального. В ГПК Германии действует общее правило, согласно которому для процессуального правоотношения изменение в материально-правовом отношении не имеет последствий. Процесс при этом продолжается с участием материального правопродшественника в качестве процессуального истца. Процесс им ведется от собственного имени в отношении прав третьего лица — правопреемника.

Отсутствие материально-правового полномочия на ведение процесса от собственного имени в качестве истца не приводит к отклонению искового заявления³.

Истец, инициировавший новый процесс для оспаривания сделки, ставшей причиной перехода права и процессуального правопреемства, подвержен некоторым рискам. Во-первых, если в новом деле будут принимать участие те же лица, что и в первоначальном, а определение о процессуальном правопреемстве уже вступило в силу, неизбежным будет применение правил о преюдиции — не будут оспариваться и доказываться вновь факты, установленные при принятии судом акта о замене стороны. Во-вторых, так как ст. 215 ГПК РФ и ст. 143 АПК РФ не предусматривают такого основания для приостановления производства по делу, как оспаривание сделки о переходе права, первоначальный истец не может отстаивать свое право или охраняемый законом интерес в исходном деле до вступления судебного акта по новому делу в законную силу.

Кроме того, при императивном вступлении в процесс правопреемник истца может нести такие неблагоприятные последствия, которые он бы не допустил, будучи изначальной стороной по делу, например, на такое лицо может быть возложена обязанность возместить убытки, причиненные ответчику обеспечительными мерами, наложенными по заявлению истца-правопродшественника. Как АПК РФ, так и ГПК РФ закрепляют правило, при котором все действия, совершенные до вступления правопреемника в процесс, обязательны для него в той мере, в какой они были бы обязательны для лица, которое правопреемник заменил.

Правопреемство как объективная причина и вовсе может повлечь прекращение производства по делу, если, например, при замене истца правопреемник не дает согласия на вступление в дело и не поддерживает заявленные предшественником искомые требования. Вступивший в рассматриваемое дело на стадии апелляции правопреемник истца также может не поддерживать заявленные первоначальным истцом требования и отказаться от них⁴.

² См.: Приходько И. А. Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: основные проблемы. СПб., 2005. С. 333.

³ См.: Иски и судебные решения / под ред. М. А. Рожковой. М., 2009.

⁴ См., например: апелляционное определение Ставропольского краевого суда от 27 июня 2014 г. по делу № 33-3473/2014 ; постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 20 февраля 2016 г. № 05АП-245/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

Еще одними объективными обстоятельствами, влияющими на преобразование процессуального положения лиц, участвующих в деле, выступают изменения в подсудности или подведомственности в связи с изменившимися фактическими обстоятельствами дела. При совершении в процессе рассмотрения дела ответчиком недобросовестных действий у истца может возникнуть необходимость изменить заявленные требования и привлечь к делу новых лиц, участвующих в деле, однако это не должно вести к изменению подсудности и подведомственности, при том условии, что дело было принято к производству с соблюдением данных правил. Например, составленный акт отчуждения спорного имущества может привести к невозможности рассмотрения дела из-за изменившейся подсудности или подведомственности спора, т.е. из-за изменения обстоятельств, на которые влияют такие факторы, как материально-правовой статус субъектов, вступающих в процесс, местонахождение недвижимого имущества⁵.

В пункте 32 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» содержится рекомендация, в соответствии с которой, если во время судебного разбирательства по иску об истребовании имущества из чужого незаконного владения спорное имущество было отчуждено ответчиком другому лицу, а также передано во владение этого лица, суд в соответствии с ч. 1 ст. 41 ГПК РФ или ч. 1, 2 ст. 47 АПК РФ допускает замену ненадлежащего ответчика надлежащим. При этом отчуждатель привлекается к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, на стороне ответчика⁶.

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 24 июня 2008 г. № 11 «О подготовке

гражданских дел к судебному разбирательству» указал, что при замене ненадлежащего ответчика надлежащим необходимо учитывать, что дело может рассматриваться тем же судом, если с учетом нового ответчика его подсудность не изменилась. Если подсудность дела изменилась (например, ответчик находится на территории юрисдикции другого суда), дело, в соответствии с положениями, закрепленными в ч. 1 ст. 47 Конституции РФ, должно быть передано в суд, которому оно стало подсудно⁷.

Произведенная судом замена ненадлежащего ответчика также может привести к изменению подведомственности дела и прекращению производства. В качестве примера можно привести ситуацию, в которой дело по иску юридического лица или индивидуального предпринимателя рассматривалось арбитражным судом, поскольку первый приобретатель имущества являлся юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем, а новый приобретатель выступает как физическое лицо.

Помимо указанных выше, рассмотрим субъективные предпосылки, связанные с волеизъявлением участников процесса, которые также можно разделить на группы:

- связанные с добросовестным заблуждением (например, неправильная легитимация истца при предъявлении иска в суд; инициатива истца по замене ненадлежащего ответчика на иного, который *de facto* не может отвечать по предъявленному иску);
- связанные с недобросовестным поведением (например, недобросовестные действия ответчика, преследующие цель сведения «на нет» возможности удовлетворения требований истца).

Ситуации, когда процессуальный статус лиц, участвующих в деле, по субъективным причинам изменяется или прекращается, многообразны. Механизм изменения или прекращения процессуального статуса лиц, участвующих в деле, осуществляется как по «стандартным»

⁵ См.: Юдин А. В. Процессуальные последствия перехода прав на спорное имущество во время рассмотрения гражданского дела арбитражным судом или судом общей юрисдикции // Закон. 2014. № 3. С. 144.

⁶ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Российская газета. 2010. № 109.

⁷ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 июня 2008 г. № 11 «О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 9.

(например, замена ненадлежащего ответчика в соответствии со ст. 41 ГПК РФ), так и по неурегулированным процессуальными кодексами схемам. Среди таких «нетрадиционных» ситуаций Андрей Владимирович Юдин выделяет: перевод соистца в разряд третьих лиц и наоборот; исключение соответчика из числа лиц, участвующих в деле, или приобретение им статуса третьего лица без самостоятельных требований; привлечение третьего лица без самостоятельных требований на стороне ответчика в качестве соответчика; исключение из числа лиц, участвующих в деле, третьего лица, ошибочно привлеченного судом⁸. Вероятность возникновения ситуаций, не подпадающих под «замену ненадлежащей стороны» или «процессуальное правопреемство», также изучали и другие авторы⁹.

Потребность в трансформации процессуального статуса, понятие и способ осуществления которого не нашли своего отражения в ГПК РФ, часто связана с процессуальным соучастием, которое может возникнуть как по инициативе истца, если он предъявит иск к нескольким ответчикам, так и по инициативе нескольких ответчиков. Институт процессуального соучастия, как и процессуальное правопреемство, тесно связан с материальной составляющей сложившихся правоотношений.

Одним из субъективных факторов, влияющих на преобразование, является недобросовестность действий ответчика в процессе рассмотрения дела в суде. Еще Владимир Васильевич Карпека рассматривал возможные случаи недобросовестных действий ответчика, как, например, «отвлечение управомоченного от предъявления иска к истинному владельцу»¹⁰. Так, ответчик в период рассмотрения дела может совершить фактические и юридические действия, направленные на передачу спорного имущества или прав на него другому лицу. Следствием таких действий ответчика станет невозможность удовлетворения заявленных исковых требований, например, об ис-

требовании имущества из чужого незаконного владения.

Действительно, наиболее распространенным недобросовестным мотивом отчуждения ответчиком спорного имущества во время рассмотрения дела в суде является желание увести его от потенциального взыскания при удовлетворении исковых требований¹¹. В то же время не исключены случаи и добросовестного отчуждения имущества, например когда приобретатель спорной вещи по договору купли-продажи отчуждает ее третьему лицу, так как он связан обязательствами из предварительного договора купли-продажи с этим лицом, несмотря на наличие судебного процесса по иску первоначального продавца о признании недействительным договора купли-продажи и применении последствий его недействительности¹². Такое отчуждение имущества будет иметь значение для рассматриваемого дела, хотя причина отчуждения имущества в данном случае никак не связана с самим процессом.

Переход прав на спорное имущество к другому лицу посредством его отчуждения ответчиком во время рассмотрения дела порождает невозможность удовлетворения требований истца в связи с отсутствием имущества у ответчика. У истца возникает необходимость изменения исковых требований в части определения нового ответчика, выбора способа защиты, что в начатом процессе не всегда выполнимо. Кроме того, лицо, которому перешло право на спорное имущество от ответчика, будет позиционировать себя как добросовестный приобретатель. В. В. Карпека отмечал, что в подобных случаях римское право делало исключение из общего правила о невозможности лица, не владеющего вещью, отвечать по виндикационному иску: «Невладелец подлежит ответственности, как если бы он владел, если... до *litis contestatio* (момента точного установления спорных отношений сторон) он умышленно перестал владеть вещью»¹³.

⁸ См.: Юдин А. В. Изменение и лишение процессуального статуса лиц, участвующих в деле, в гражданском судопроизводстве // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 1. С. 13.

⁹ См.: Приходько И. А. Указ. соч. С. 359, 366—367.

¹⁰ См.: Карпека В. В. Пассивная легитимация в *rei vindicatio* классического римского права. Киев, 1915. С. 221—223.

¹¹ См.: Афанасьев С. Ф., Филимонова М. В. О влиянии добровольного удовлетворения ответчиком исковых требований на динамику и итоги гражданского процесса // Вестник гражданского процесса. 2016. № 3. С. 52—67.

¹² См.: Юдин А. В. Процессуальные последствия перехода прав на спорное имущество... С. 143.

¹³ Карпека В. В. Указ. соч. С. 197.

Согласно действующему процессуальному законодательству иск об истребовании имущества, предъявленный к лицу, в незаконном владении которого это имущество находилось, но у которого оно к моменту рассмотрения дела в суде отсутствует, не может быть удовлетворен¹⁴. Если во время судебного разбирательства по иску об истребовании имущества из чужого незаконного владения спорное имущество передается ответчиком другому лицу во временное владение, суд, по правилам абз. 2 ч. 3 ст. 40 ГПК РФ или ч. 2 ст. 46 АПК РФ, привлекает такое лицо в качестве соответчика.

В случае, когда во время судебного разбирательства по иску об истребовании имущества из чужого незаконного владения спорное имущество отчуждается ответчиком другому лицу, а также передается во владение этого лица, суд в соответствии с ч.1 ст. 41 ГПК РФ или ч. 1, 2 ст. 47 АПК РФ допускает замену ненадлежащего ответчика надлежащим. При этом отчуждатель привлекается к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, на стороне ответчика (ст. 43 ГПК РФ, ст. 51 АПК РФ). Не исключены случаи, когда истец может инициировать замену ненадлежащего ответчика при добросовестном заблуждении в том, что спорное имущество было отчуждено ответчиком иному лицу, либо при недобросовестном поведении ответчика по убеждению истца в таком отчуждении предмета спора.

При таких обстоятельствах, когда по искам об истребовании имущества из чужого незаконного владения ответчик во время рассмотрения дела передает во владение или отчуждает спорное имущество лицу, участвующему в деле в качестве третьего лица, для наиболее быстрого и правильного разрешения возникшего конфликта необходимо обеспечение возможности осуществить преобразование третьего лица в ответчика (соответчика), а ответчика — в третье лицо, не заявляющее самостоятельных требований относительно предмета спора.

В соответствии с ГК РФ (ст. 168) сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта, является оспоримой. Для при-

знания оспоримой сделки недействительной необходимо особое действие — предъявление иска об оспаривании¹⁵. Требование о признании сделки таковой может быть предъявлено согласно ст. 166 ГК РФ только ее стороной или иным лицом, указанным в законе. Вследствие этого суд становится ограниченным в возможностях противодействовать переходу прав на имущество от участника процесса к другим лицам указанным выше способом.

В соответствии с изложенным усматривается значительное влияние действий (как добросовестных, так и недобросовестных), совершаемых лицами, участвующими в деле, в процессе его рассмотрения, на возникновение необходимости преобразовать их процессуальное положение. При совершении различного рода действий в материальных правоотношениях параллельно с рассмотрением спора в суде у лица изменяется интерес к делу, что побуждает суд принять меры по изменению существующего процессуального статуса на иной, который должен соответствовать фактическому положению дел.

Независимо от того, совокупно ли субъективные или объективные предпосылки обнаруживаются (возникают) в ходе судебного разбирательства, для осуществления преобразования процессуального статуса нужно проявление инициативы лицом, выявившим наличие перечисленных предпосылок. В качестве такого субъекта инициативы могут выступать как суд, так и лица, участвующие в деле. Учитывая, что единственным возможным способом преобразования процессуального статуса являются действия органа правосудия посредством вынесения соответствующего определения, в случае выступления суда в качестве инициатора трансформации обязательным условием является согласие на такое действие лиц, участвующих в деле.

Таким образом, в связи с многообразием материальных норм и возникающих на их основе правоотношений отсутствие в охранительном законодательстве возможных средств и способов преобразования процессуального статуса создает ряд трудностей для органов правосудия и лиц, участвующих в деле. В слу-

¹⁴ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 7.

¹⁵ См.: *Розенфельд Я. Э.* Оспоримые сделки : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1979. С. 9.

чае если в ходе рассмотрения произошла трансформация в материальных правоотношениях субъектов, меняется и их личный и иной по своему характеру юридический интерес. В такой ситуации для вынесения законного и обоснованного решения целесообразно произвести вариацию процессуального положения. К сожалению, сегодня законодательство лишь отчасти регламентирует механизм преобразования формального процессуального статуса, который имеет множество лакун и недостатков.

Иногда в связи с противоречивостью и пробельностью регулирования, а равно за неимением законодательно закрепленных средств разрешения подобных ситуаций судам приходится действовать по собственному усмотрению, что может стать причиной нарушения принципов состязательности, диспозитивности, единства процессуальной формы и еди-

нообразия судебной практики. При принятии решения суду нужно учитывать наличие или отсутствие у лица, участвующего в деле, материального интереса, который отражает неразрывную связь норм материального и процессуального права.

В ежедневной практической деятельности в настоящее время суды достаточно широко применяют преобразование процессуального положения лиц, участвующих в деле, несмотря на отсутствие единых и системных правовых требований, регламентирующих подобное действие. Этот общепризнанный факт является подтверждением актуальности рассматриваемой нами темы, а также назревшей потребности внесения соответствующих дополнений и изменений в цивилистические процессуальные кодексы в контексте направленности соответствующего законодательства на внешнюю и внутреннюю унификацию.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Афанасьев С. Ф., Филимонова М. В.* О влиянии добровольного удовлетворения ответчиком исковых требований на динамику и итоги гражданского процесса // Вестник гражданского процесса. — 2016. — № 3. — С. 52—67.
2. *Гальперин М. Л.* Новеллы законодательства об исполнительном производстве: оптимальные процессуальные институты или разрыв с материально-правовой основой? // Закон. — 2014. — № 4. — С. 124—135.
3. *Ионова Д. Ю., Щукин А. И.* О правомерности отказа в рассмотрении апелляционной жалобы на судебный акт о признании незаконными действий (бездействия) арбитражного управляющего в связи с ликвидацией должника-банкрота // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2015. — № 12. — С. 8—16.
4. *Иски и судебные решения / Р. С. Бевзенко, Е. А. Беяневич, И. А. Войтко [и др.] ; под ред. М. А. Рожковой.* — М. : Статут, 2009. — 363 с.
5. *Карпека В. В.* Пассивная легитимация в rei vindicatio классического римского права. — Киев : Тип. С. В. Кульженко, 1915. — 287 с.
6. *Приходько И. А.* Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: основные проблемы. — СПб. : Изд. дом Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2005. — 672 с.
7. *Розенфельд Я. Э.* Оспоримые сделки : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1979. — 17 с.
8. *Юдин А. В.* Изменение и лишение процессуального статуса лиц, участвующих в деле, в гражданском судопроизводстве // Арбитражный и гражданский процесс. — 2009. — № 1. — С. 10—14.
9. *Юдин А. В.* Процессуальные последствия перехода прав на спорное имущество во время рассмотрения гражданского дела арбитражным судом или судом общей юрисдикции // Закон. — 2014. — № 3. — С. 141—150.

Материал поступил в редакцию 13 ноября 2017 г.

OBJECTIVE AND SUBJECTIVE PREREQUISITES FOR TRANSFORMATION OF THE PROCEDURAL POSITION OF THE PERSONS INVOLVED IN THE CASE

FOMINA Olga Yurievna — PhD in Law, Lecturer of the Department of Civil and Administrative Proceedings, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
voroshilova-olga@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

Abstract. *The study of the institute of the persons involved in the case has always been relevant for procedural science and practice. With the rapid development and modernization of legal relations between the subjects there are more new legal rules, that is why procedural law must meet the dynamically changing material relations.*

The purpose of this article is to study the preconditions which require harmonization of procedural status of persons involved in the case, their altered legal interest in connection with the transformation of material relations so that a lawful and reasonable court decision could be rendered.

The analysis of the factors leading to the transformation of the procedural status of the persons involved in the case has resulted in the developed classification of assumptions which fall into objective and subjective. In the present classification, the author proposes the division of the objective conditions into substantive law (changes and additions to the civil law, discovery of changes of the material component of the relationships in the course of the proceedings, etc.) and procedural law (risk of change of jurisdiction; incorrect application or interpretation of procedural law by the court). Speaking of the subjective prerequisites, the author divides them into two groups: associated with a bona fide ignorance (e.g. wrong legitimation of the plaintiff when suing in court; the plaintiff's request for replacement of the inadequate defendant, which is de facto unable to defend the suit brought), and related to inequitable conduct (for example, defendant's malpractice trying to block the ability to meet the demands of the plaintiff).

The article draws attention to the wide application of the transformation of the procedural status of the persons involved in the case in the practice of the courts, despite the lack of legislative recognition of this possibility, which confirms the topicality of the problem and relevance of scientific research in the specified direction.

Keywords: *persons involved in the case; procedural law; procedural status; transformation; objective prerequisites; subjective prerequisites; civil procedure; legal interest; will.*

REFERENCES

1. Afanasiev, S.F., Filimonova, M.V. Influence of Voluntary Satisfaction of the Claims of the Defendant on the Dynamics and Results of Civil Procedure // Herald of Civil Procedure. 2016. No. 3. P. 52—67.
2. Bevzenko, R.S., Belyanevych, E. A., Voytko, I.A., et al. Lawsuits and Judicial Decisions / M.A. Rozhkova (Ed.). — M.: Statut, 2009. — 363 p.
3. Galperin, M.L. Legislation Innovations on Enforcement Proceedings: Optimal Procedural Institutions or Gap with Substantive Basis? // Law. 2014. No. 4. — P. 124—135.
4. Ionova, D.Yu., Shchukin, A. I. On the Legality of the Refusal to Appeal the Judicial Act on the Recognition of Illegal Actions (Inaction) of the Liquidator in Connection with the Liquidation of the Debtor-Bankrupt // Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice. 2015. No. 12. — P. 8—16.
5. Karpeka, V. V. Passive Legitimization of the Rei Vindicatio in Classical Roman Law. Kiev: Printing House S.V. 1915. — 287 p.
6. Prihodko, I. A. Accessibility of Justice in Arbitration and Civil Proceedings: Main Issues. — SPb.: Publishing House of the St. Petersburg State University, 2005. — 672 p.
7. Rosenfeld, Ya. E. Voidable Transactions: Candidate Degree Thesis (Legal Sciences). Abstract. M., 1979. — 17 p.
8. Yudin, A. V. Procedural Consequences of the Transfer of Rights to the Disputed Property at the Time of Consideration of a Civil Case by the Arbitration Court or General Jurisdiction Court of Law. 2014. No. 3. — P. 141—150.
9. Yudin, A. V. Change and Deprivation of the Procedural Status of Persons Involved in the Case in Civil Proceedings // Arbitration and Civil Process. 2009. No. 1. — Pp. 10—14.

Ю. М. Антонян*,
М. В. Гончарова**,
Е. Б. Кургузкина***

УБИЙСТВО МАТЕРЬЮ НОВОРОЖДЕННОГО РЕБЕНКА: УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ И КРИМИНОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ

Аннотация. Исследованы уголовно-правовые и криминологические вопросы, особое внимание уделено причинам убийства матерью новорожденного ребенка, при этом высказано предположение, что причиной этого преступления является отсутствие у матери инстинкта материнства, что носит биологический характер и является необходимым условием продолжения человеческого рода. Приведены данные, характеризующие личность виновных и обстоятельства совершаемых ими преступлений. Выделяются внешние обстоятельства, выступающие в роли условий, толкающих женщин к этому деянию. В числе таких обстоятельств: осуждение родственников и знакомых, отсутствие жилья и материальных средств и иные обстоятельства, якобы препятствующие осуществлению материнских функций. Все эти обстоятельства оценены в криминологическом значении как условия. Выделены социально-демографические данные о личности женщин, убивших новорожденных, некоторые из этих данных представлены в динамике. Также в динамике дано состояние названных убийств.

Ключевые слова: убийство матерью новорожденного ребенка; мотивы убийств новорожденных; причины убийств новорожденных и условия, им способствующие; инстинкт материнства; бессознательное в психике.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.094-114

© Антонян Ю. М., Гончарова М. В., Кургузкина Е. Б., 2018

* Антонян Юрий Миранович, доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Всероссийского научно-исследовательского института Министерства внутренних дел Российской Федерации antonyaa@yandex.ru

125130, Россия, г. Москва, ул. Нарвская, д. 15а

** Гончарова Мария Витальевна, доктор юридических наук, доцент, главный научный сотрудник ВНИИ МВД России

maria-g2009@yandex.ru

121069, Россия, г. Москва, ул. Поварская, д. 25

*** Кургузкина Елена Борисовна, доктор юридических наук, профессор Центрального филиала Российского университета правосудия

torbagan1@mail.ru

394006, Россия, г. Воронеж, ул. 20-летия Октября, д. 95

1

Уголовный кодекс России (ст. 106) устанавливает уголовную ответственность за убийство матерью новорожденного ребенка во время или сразу же после родов, а равно убийство матерью новорожденного ребенка в условиях психотравмирующей ситуации или в состоянии психического расстройства, не исключающего вменяемости. Поэтому необходимо уяснить содержание элементов уголовно-правового состава этого преступления. Это имеет большое значение для дальнейшего совершенствования уголовного закона, а также разработки криминологических проблем, в том числе предупреждения данного преступления.

Родовым и видовым объектом при убийстве новорожденных является жизнь человека. Нам, конечно, известно, что наиболее распространенной в науке точкой зрения на объект преступления являются общественные отношения, охраняющие ту или иную ценность. Но такой подход к объекту является размытым, неконкретным, ведь вместо «жизнь» можно поставить «здоровье», «собственность», «общественный порядок» и т.д. Непосредственным объектом данного преступления является жизнь новорожденного ребенка.

Если определение факта наличия жизни взрослого потерпевшего до его убийства не вызывает особых затруднений, то иначе обстоит дело в отношении новорожденного. В законе это понятие не раскрывается, а в науке является спорным.

Несомненную важность приобретает вопрос о разграничении понятий детоубийства и аборта, начале жизни младенца, а следовательно, и связанной с этим уголовно-правовой охране его жизни. Сложность отграничения аборта от детоубийства состоит в том, что и плод, и новорожденный ребенок являются собой различные уровни биологической организации жизни, поэтому невозможно однозначно провести между ними границу.

Общеизвестно, что биологическое развитие человеческого организма начинается с пренатального периода. До момента родов плод составляет единое целое с организмом беременной женщины, в связи с чем и считается, что «мать — человек, плод — не человек».

Представляется, что, когда речь идет об уничтожении плода до наступления родов, он остается лишь частью матери и не может рассматриваться самостоятельно.

В уголовно-правовой литературе не существует единого мнения о четкой границе, которая полностью соответствовала бы биологическим признакам возникновения жизни человека и одновременно была бы приемлемой для юридического решения вопроса о том, имелось ли в данном случае убийство ребенка или же имело место истребление продукта зачатия. Такое положение объясняется тем, что невозможно ответить на вопрос, что такое жизнь и по каким признакам можно определить, является ли данный объект живым или мертвым.

Способность плода к внеутробной жизни появляется значительно раньше начала процесса родов. Поэтому необходимо отличать медицинский аборт (искусственное прерывание беременности) от искусственных преждевременных родов. В медицинской литературе аборт признается преждевременное прерывание беременности и изгнание плода, еще неспособного к внеутробному существованию, в течение первых 28 недель (при этом аборт в течение первых 12 недель называется искусственным прерыванием беременности в ранние сроки, проводится по желанию женщины; а свыше этого срока — искусственным прерыванием беременности в поздние сроки). Медицинское прерывание беременности в период от 28 до 38—39 недель, т.е. ранее обычного срока в 40 недель, считается искусственными преждевременными родами. В период от 28 до 38 недель продукт зачатия, хотя еще и не доношен, однако считается жизнеспособным, если не имеется каких-либо препятствующих этому болезненных явлений в период его пренатального развития. В настоящее время нередки случаи выживания и нормального развития детей, родившихся между 26 и 28 неделями беременности, которые называются пограничными плодами. Если такой плод весит более 1 000 г, а также если появляется на свет в результате преждевременных родов плод возрастом более 28 недель, в обоих случаях подобный продукт зачатия считается жизнеспособным ребенком и подлежит регистрации.

Следовательно, признаком, отделяющим медицинское понятие аборта от преждевременных родов, является жизнеспособность плода.

Но достижение продуктом зачатия в своем пренатальном развитии стадии жизнеспособности еще нельзя оценивать как начало жиз-

ни человека при конструкции состава ст. 106 УК РФ¹.

До наступления родов даже жизнеспособный плод составляет одно целое с беременной женщиной и поэтому в данной ситуации говорить об объекте убийства еще нельзя, поскольку самостоятельное существование человека еще не наступило. Подобные действия нельзя называть убийством, хотя и допустимо, что в процессе прерывания беременности происходит истребление жизнеспособного плода, т.е. лишают возможной жизни будущего ребенка.

Рассматривая отграничение криминального аборта от умышленного убийства, следует помнить, что понятие криминального аборта значительно шире понятия медицинского аборта. Криминальный аборт охватывает не только искусственное прерывание беременности в течение первых 28 недель после зачатия, но и после этого срока, когда плод уже способен к внеутробному существованию, хотя естественные или преждевременные роды еще не наступили.

В связи с этим детоубийством следует признавать и действия, направленные на лишение жизни младенца, рождающегося в результате вызванных искусственно поздним криминальным абортom преждевременных родов. Поэтому к числу спорных относится вопрос о квалификации криминального аборта, приведшего к преждевременным родам и последующему детоубийству. Одни авторы считают, что в подобных ситуациях имеется только состав убийства младенца, другие предлагают квалифицировать эти деяния как совокупность составов незаконного производства аборта и убийства новорожденного.

Последняя точка зрения представляется более верной, так как криминальный аборт, вызвавший преждевременные роды, остается самостоятельным преступлением, независимо от следующего после него уничтожения младенца во время или после родов. Беременная женщина, которой производился криминальный аборт, не может нести ответственность за

него по закону, а также не могут быть квалифицированы действия других лиц, кроме матери новорожденного, совершивших убийство ребенка, по нормам, предусматривающим ответственность за детоубийство (ст. 106 УК РФ).

С древних времен жизнь человека отсчитывалась с момента зачатия. Перинатальный период существования младенца включает время от 28 недель беременности до 168 часов жизни новорожденного вне тела матери. Считалось, что наиболее достоверным доказательством наличия жизни должно быть признано дыхание. Многие авторы полагают, что нельзя отождествлять начало жизни только с дыханием. Г. Шарипова вообще считала неправомерным давать юридическое определение жизни. Она полагала, что надо основываться на биологическом и медицинском критериях — жизнь начинается с первым вдохом. Следовательно, действия против плода во время прохождения его по родовым путям, а также рожденного, но не начавшего дышать, нельзя считать действиями против жизни человека². М. Д. Шаргородский начало жизни связывал с началом дыхания и с моментом отделения пуповины³.

В литературе имеются и другие точки зрения. Так, Н. С. Таганцев справедливо отмечал, что наличность жизни не определяется исключительно дыханием, а потому несуществование дыхания в младенце не сводит на нет возможности признания его живым. По мнению Н. С. Таганцева, могут быть случаи, когда ребенок и вне утробы женщины может продолжать жизнь, подобную внутриутробной, т.е. через кровообращение, как, например, в случаях мнимой смерти; такой младенец как в медицинском, так и в юридическом отношении должен рассматриваться в качестве живого человека; наравне с ним должен быть поставлен младенец, убитый во время родов, который не может быть признан плодом, находящимся в утробе и у которого все же процесс дыхания еще не начался, признаки жизни во всех этих случаях обнаруживаются несравненно труднее, но это раскрытие не является невозможным⁴.

¹ Уголовный кодекс РФ от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 29.07.2017 г.) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

² См.: Шарипова Г. Уголовная ответственность за детоубийство по УК УзССР : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1987. С. 13.

³ Шаргородский М. Д. Преступления против жизни и здоровья. М., 1948. С. 59 ; Гродзинский М. М. Преступления против личности : Текст и комментарий ст. 142—165, 172—179 Уголовного кодекса. М., 1924. С. 4.

⁴ См.: Таганцев Н. С. О преступлениях против жизни по русскому праву. СПб., 1873. Т. 2. С. 34.

Ряд авторов полагает, что началом жизни человека следует считать сам процесс рождения, т.е. процесс постепенного появления ребенка⁵. Другие связывают начало жизни с началом физиологических родов. Их началом в медицинской литературе считают появление регулярных схваток, сглаживание шейки матки и раскрытие маточного зева, отхождение слизи, образование плодного пузыря. В этот момент никакая часть тела ребенка еще не появилась из утробы матери и вряд ли можно начинать отсчет жизни человека с этого момента. Можно говорить только о плоде, и действия по его уничтожению нельзя квалифицировать как убийство.

Более последовательную позицию по поводу жизненности младенца занимают ученые, полагающие, что началом жизни человека можно считать появление какой-либо его части из утробы матери, когда он еще не начал самостоятельной внеутробной жизни. Поэтому нанесение смертельной раны в голову рождающемуся младенцу следует рассматривать не как прерывание беременности, а как убийство человека⁶, если ребенок не был бы рожден мертвым.

Обобщая имеющиеся в литературе точки зрения по поводу уяснения начала жизни, можно сделать вывод, что жизненность начинается не просто с момента начала физиологических родов, не только с момента появления самостоятельного дыхания, а с момента появления какой-либо части тела ребенка из утробы матери, если при этом ребенок в этот момент не был мертв, т.е. в нем не остановились соответствующие физиологические процессы: действовала центральная нервная система и в коре головного мозга не наступил необратимый распад белковых тел.

Долгие годы в юридической науке существует позиция, что мерилем начала новорожденности является появление части ребенка из утробы женщины, а конца — окончание особого психофизического состояния женщины-роженицы, вызванного родами, о чем могут свидетельствовать действия по ее уходу за ребенком и сохранению его жизни.

Э. Ф. Побегайло обращает внимание на три критерия новорожденности: педиатрический, акушерский и судебно-медицинский. При этом в педиатрии он равен одному месяцу с момента констатации живорожденности, в акушерстве этот срок равен одной неделе, в судебной медицине — одним суткам⁷.

Связывание новорожденности с психотравмирующей ситуацией, в которую попала ставшая в будущем убийцей, или с состоянием ее психического расстройства, не исключающего вменяемости, представляется достаточно спорным. Нельзя принимать за основу определения состояния новорожденности психическое состояние самой роженицы. Послеродовой период у женщины может длиться 6—8 недель. В любой момент этого периода у нее может наступить расстройство психики, не исключающее вменяемости. Применение при этом педиатрического критерия новорожденности, равного одному месяцу, ничем не оправдано. Если делать мерилем период ограниченной вменяемости женщины-детоубийцы, то тогда следует считать младенца новорожденным до полного выхода женщины из этого состояния. Однако если психическое расстройство, связанное с родами, может возникнуть у женщины во время родов или в течение послеродового периода, то окончание этого болезненного состояния психики ограничить временными рамками невозможно: оно может длиться достаточно долго, исчисляться даже годами.

Можно признать справедливым соотношение степени защищенности ребенка с длительностью психической патологии родившей его женщины только в том случае, если от ее психического состояния зависит безопасность младенца. Жизнь только что рожденного младенца является полностью самостоятельной ценностью. Он сам — автономный самостоятельный человек, любое состояние его жизненности не может быть связано с каким бы то ни было, в том числе и психическим, состоянием другого человека.

Из текста закона следует, что критерий новорожденности следует искать в биофизических

⁵ См.: Жижиленко А. А. Преступления против личности. М., 1927. С. 7; Рашковская Ш. С. Советское уголовное право: Преступления против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности. Часть особенная. Вып. 4 / под общ. ред. А. Н. Васильева. М., 1959. С. 9.

⁶ См.: Курс советского уголовного права / под ред. А. А. Пионтковского. М., 1971. Т. 5. С. 22; Бородин С. В. Ответственность за убийство: квалификация и наказание по российскому праву. М., 1994. С. 46—49.

⁷ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Особенная часть / под ред. Ю. И. Скуратова, В. М. Лебедева. М., 1996. С. 16—17.

и психических качествах самого ребенка, и никоим образом нельзя соотносить это состояние с состоянием других людей, в том числе и с состоянием психики родившей его женщины.

Было бы правильным считать ребенка новорожденным в течение недельного периода его жизни от рождения (168 часов после рождения), когда ребенок еще мало приспособлен к жизни вне утробы матери, слаб, костные ткани его мягки, он требует особо осторожного обращения. Хотя в связи с неповторимостью индивидуальных особенностей в каждом конкретном случае необходимо определять, является ли младенец новорожденным. Указанный же период должен служить лишь ориентиром.

2

В статье 106 УК РФ фактически предусмотрены три вида детоубийств: 1) «убийство матерью новорожденного ребенка во время или сразу же после родов»; 2) «убийство матерью новорожденного ребенка в условиях психотравмирующей ситуации»; 3) «или в состоянии психического расстройства, не исключающего вменяемости». Однако понятие новорожденности стоит самостоятельно и как бы по времени предваряет иные условия диспозиции этого состава. Не понятие новорожденности соотносится и зависит от признаков «во время или сразу же после родов», «в условиях психотравмирующей ситуации или в состоянии психического расстройства, не исключающего вменяемости», а наоборот: все эти признаки являются вторичными и производными от установления новорожденности. Только после установления того, что убитый ребенок был новорожденным, можно учитывать перечисленные в диспозиции признаки объективной стороны состава преступления.

По нашему мнению, сама по себе новорожденность младенца не является основанием отнесения данного преступления к числу менее опасных, хотя новорожденность необходимо рассматривать в тесной связи с субъектом и его состоянием: процессом родов или сразу после них, условиями психотравмирующей ситуации или психическим расстройством, не исключающим вменяемости. Именно на этом должно основываться смягчение ответственно-

ности за убийство женщиной своего новорожденного ребенка. У убийцы младенца должна быть уверенность, что ребенок родился живым, иначе у нее не будет причин убивать его.

Долгое время считалось смертью прекращение работы сердца, дыхания и кровообращения. Но развитие реаниматологии заставило переоценить эти явления. За старым определением смерти осталась «клиническая смерть», т.е. такое состояние, которое может быть обратимо усилиями по восстановлению дыхания, сердцебиения и кровообращения. Помимо смерти клинической существует и смерть биологическая, т.е. необратимое состояние организма, сопровождаемое трупными явлениями. Принято считать, что человек мертв, если его мозг не функционирует, а мозговые клетки не излучают волн, фиксируемых энцефалографом⁸. С точки зрения традиционного определения смерти ребенок жив, так как у него бьется сердце, кровь циркулирует по сосудам, поддерживается постоянная температура тела. С точки зрения современного определения, трактующего наступление смерти как смерть мозга, такой ребенок мертв. Это определение смерти не совсем медицинское и не совсем биологическое. Оно не традиционно медицинское из-за того, что отдельные жизненные функции сохраняются и некоторые органы продолжают жить. Не полностью биологическое, так как обмен веществ в клетках не прекращается. Оно скорее, по мнению С. Рязанцева, из области метафизики: смерть человека отличается от смерти всех других живых существ, ибо, если человек существует только биологически и лишен сознания, он считается умершим, потому что он мертв как личность⁹. Исходя из этого, можно считать покойниками душевнобольных и младенцев, которые не являются личностями в общепринятом смысле. Поэтому нельзя согласиться с приведенной точкой зрения.

Объективная сторона детоубийства представляет собой действие или бездействие, направленное на причинение смерти новорожденному ребенку, совершенное в период родов или вскоре после них, а также в условиях психотравмирующей ситуации или в состоянии психического расстройства, не исключающего вменяемости виновной. Как и всякое убийство, убийство новорожденного относится к преступлениям с материальным составом. Наличие

⁸ См.: Уолкер А. Э. Смерть мозга. М., 1988.

⁹ См.: Рязанцев С. Танатология — наука о смерти. СПб., 1994. С. 94.

оконченного детоубийства закон связывает лишь с наступлением насильственной смерти ребенка.

Убийства младенцев могут быть совершенны как путем активных действий (*delictum commissionis*), так и путем бездействия (*delictum omissionis* — чистое бездействие, например, оставление в опасности; и *delictum commissionis per omissionis* — смешанное бездействие, например, отказ в кормлении ребенка, в результате чего он умирает).

Существует точка зрения, что оставление в опасности новорожденного не является покушением на его убийство, а должно квалифицироваться как оставление в опасности. Детоубийство же может быть совершено только путем действия. С этим вряд ли можно согласиться. Для правильного уяснения этого вопроса необходимо провести отграничение детоубийства или покушения на него путем оставления ребенка в опасном для его жизни состоянии от подкидывания и оставления в опасности (ст. 125 УК РФ).

Некоторые авторы полагают, что ответственность за убийство путем бездействия может быть признана исключительно по признаку обязанности субъекта действовать¹⁰. Так, обязанность матери оказывать ребенку помощь вытекает из требований общечеловеческой морали и Семейного кодекса РФ (ст. 63 и 65)¹¹. Можно согласиться с мнением, что женщина при неоказании помощи, являясь непричастной к создавшейся опасной для жизни и здоровья ситуации, не может быть признана виновной в убийстве. В процессе и сразу после родов смерть ребенка может наступить от неоказания ему помощи, о необходимости которой женщина может и не знать (например, в силу неопытности, недостатка знаний, квалификации и т.п.). Само поставление в опасность может быть совершено путем действия или бездействия. Возможность поставления в опасность путем бездействия рассматривается нами, исходя из обязанности женщины действовать с целью оказания помощи своему новорожденному ребенку, находящемуся в опасном для жизни состоянии.

Беременная С. зимой на окраине поселка в малолюдном месте в кустах родила жизне-

способную девочку, которую оставила там же на снегу, а сама скрылась. Ребенок скончался от общего переохлаждения тела. Подобные действия следует квалифицировать в зависимости от наступивших последствий либо как убийство, либо как покушение на убийство путем бездействия.

При подкидывании у женщины отсутствует умысел на убийство. Объективно это выражается в том, что она принимает меры к сохранению жизни ребенка (кормит его, защищает от холода, оставляет его в месте, где наиболее вероятно его обнаружение людьми, и т.д.). Отличие подкидывания новорожденного от детоубийства заключается в том, что подкидывание детей производится «с умыслом отделаться от ребенка, а не с умыслом лишить его жизни»¹².

Оставление младенца в опасных для его жизни условиях (например, без одежды на морозе или в безлюдном глухом месте и т.п.), исключающих возможность его выживания в том случае, когда женщина сама создала эти условия, — признак детоубийства путем активного действия.

Следующим элементом объективной стороны состава детоубийства является причинная связь между действием или бездействием виновной и наступившей смертью новорожденного. При этом для квалификации не имеет значения момент наступления смерти, т.е. промежуток времени между деянием и последствием. Наличие причинной связи должно отвечать нескольким требованиям. Деяние должно:

- во времени предшествовать наступлению смерти или иным опасным последствиям, если имело место покушение;
- быть необходимым обстоятельством, с внутренней закономерностью обуславливающим наступление смерти;
- в момент совершения создавать реальную возможность наступления смерти.

Необходимым признаком состава детоубийства является временной промежуток, в котором совершается преступление. Этот признак связан с тремя составами преступлений диспозиции ст. 106 УК РФ и имеет особенности в зависимости от их специфики.

¹⁰ См.: *Побегайло Э. Ф.* Умышленные убийства и борьба с ними. Уголовно-правовое и криминологическое исследование. Воронеж, 1965. С. 28

¹¹ Семейный кодекс РФ от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 30.10.2017) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

¹² См.: *Познышев С. В.* Особенная часть русского уголовного права. М., 1905. С. 73.

В литературе высказывается мнение, что понятие «сразу же после родов», выделенное в диспозиции ст. 106 УК РФ, имеет четкое медицинское определение. Это — краткий промежуток времени после выделения плаценты (детского места). Время до выделения плаценты после рождения ребенка определяется как роды. По-иному оценивает выражение «сразу после родов» Ф. Сафуанов. Он считает, что необходимо использовать не педиатрический, а судебно-медицинский критерий определения длительности периода новорожденности, который равен 24 часам. Убийство же новорожденного по истечении суток подлежит квалификации по ст. 105 УК РФ при отсутствии иных оснований¹³.

Наверное, нельзя однозначно определить подобный временной интервал, который является сугубо индивидуальным у каждой женщины. Поэтому признак состава «непосредственно после родов» следует отнести к оценочным.

В анализируемой норме есть понятие «психотравмирующая ситуация». Она может определять характер психической травмы женщины, а длительность воздействия обуславливается не только непосредственно ситуацией родов, но в большей степени отношением к этой ситуации. Чем она длиннее, тем более болезненна¹⁴. Убийство новорожденного, на наш взгляд, совершается не по причине самих родов и болезненного состояния женщины или под воздействием внешних социальных и субъективных факторов. Все это способствующие убийству условия.

Существует точка зрения, в соответствии с которой такие психические расстройства, как органическое поражение головного мозга и олигофрения легкой и средней степени, психопатии и некоторые другие, не исключающие вменяемости, являются квалифицирующим признаком ст. 106 УК РФ, когда убийство новорожденного совершено в течение одного месяца с момента появления ребенка на свет. Однако с подобной позицией согласиться нельзя, так как, по нашему мнению, при совершении убийства новорожденного в условиях психотравмирующей ситуации или в состоянии ограниченной вменяемости деяния женщины можно будет отнести к составу ст. 106 УК РФ, только

если они совершены в отношении ребенка, который на момент совершения преступления является новорожденным, а данный критерий определяется индивидуально у каждого ребенка (обычно он не превышает недельного срока).

Убийство ребенка матерью за пределами этого срока должно квалифицироваться уже по ст. 105 УК РФ. Согласно ст. 22 УК РФ в этих случаях психическое расстройство обвиняемой, не исключающее вменяемости, учитывается судом при назначении наказания и может служить основанием для назначения принудительных мер медицинского характера.

На наш взгляд, некоторые признаки диспозиции ст. 106 УК РФ выглядят несколько неконкретно и требуют разъяснения. Прежде всего не очень понятно, что имеется в виду в данном контексте под «условиями психотравмирующей ситуации». Каково объективное содержание и возможное субъективное значение таких условий. Это можно бы сделать в примечаниях к статье.

Субъект преступления, предусмотренного ст. 106 УК РФ, — специальный. Это физическое вменяемое лицо, достигшее 16-летнего возраста. Кроме того, это может быть только женщина, рожаящая или родившая новорожденного, по психофизическому состоянию женщина может быть здоровой или находиться в состоянии психического расстройства, не исключающего вменяемости, либо в условиях психотравмирующей ситуации.

Женщины в возрасте до 16 лет не являются субъектами детоубийства. Повышенный возрастной ценз субъекта установлен законом и для некоторых других разновидностей убийств (ст. 107 и 108 УК РФ). Но для последних это связано с противоправным поведением потерпевшего. Помещение в один ряд с этими преступлениями анализируемого недопустимо, так как новорожденный младенец не способен к виктимным действиям.

Кроме того, по закону 14-летняя роженица, убивающая своего новорожденного, подлежит более строгой ответственности, чем 16-летняя. Представляется необходимым в ст. 20 УК РФ указать, что несовершеннолетние женского пола с 14 лет несут ответственность за дето-

¹³ См.: Сафуанов Ф. Экспертиза психического состояния матери, обвиняемой в убийстве новорожденного ребенка // Российская юстиция. 1998. № 3. С. 29—31.

¹⁴ См.: Тайбаков А. И., Погодин О. Убийство матерью новорожденного ребенка // Законность. 1997. № 5. С. 16.

убийство, либо вообще исключить ст. 106 из УК РФ, а к ответственности за подобные преступления привлекать по ст. 105 УК РФ с учетом всех смягчающих и отягчающих обстоятельств.

3

Субъективная сторона преступления представляет собой психическую внутреннюю деятельность лица, характеризующую подготовку и совершение преступления. Она включает вину, мотив, цель и эмоциональное состояние. Убийство новорожденного может совершаться только с умыслом. В уголовно-правовой науке нет единого мнения о видах умысла при детоубийстве. Одни авторы считают, что убийство новорожденного может совершаться только с прямым умыслом (*dolus directus*)¹⁵; другие (Э. Ф. Побегайло и А. В. Наумов) — как с прямым, так и с косвенным или эвентуальным умыслом (*dolus indirectus, dolus eventualis*)¹⁶.

По нашему мнению, детоубийства могут совершаться как с прямым, так и с эвентуальным умыслом. Косвенный умысел в действиях женщины-детоубийцы характерен для тех случаев, когда роды оказали влияние на ее психику, в результате чего у нее наступило психическое расстройство, не исключающее вменяемости, или она сразу после родов оказалась в условиях психотравмирующей ситуации. В этих состояниях, разумеется, совершаются и убийства с прямым умыслом, но само состояние подавленности, отрешенности, вялости, безысходности, отчаяния, воспоминания о болевых ощущениях, отношение к ребенку как к источнику своих несчастий и т.п. ведут к тому, что женщина, не имея прямого умысла на убийство, не принимает меры к перерезанию пуповины, отказывается кормить младенца, оставляет его в условиях, исключающих жизнь. При этом прямо роженица не желает смерти младенца, но, предвидя возможность наступления смерти, либо сознательно допускает наступление гибели, либо относится к этому безразлично.

В зависимости от степени определенности представления виновной об общественно опасных последствиях своего деяния дето-

убийство может совершаться с умыслом определенным (*dolus determinatus*) или с умыслом неопределенным (*dolus indeterminatus*).

Для первого характерна направленность на точно определенный преступный результат — смерть ребенка. При втором смерть новорожденного, хотя и входит в предвидение субъекта, но в его представлении индивидуально не определена. Роженица желает избавиться от ребенка, и смерть входит в ее предвидение, но строго в ее представлении она не определена. Она может бросить ребенка в безлюдном месте с этой целью, предвидя его гибель, но ребенка могут найти, и он может не погибнуть, но получить в результате голода, холода и других неблагоприятных условий вред здоровью различной тяжести.

Определенный умысел при совершении деяния, повлекшего смерть новорожденного, может делиться на простой и альтернативный (*dolus alternativus*). При простом определенном умысле виновная намеревается причинить лишь один преступный результат — смерть младенца. При альтернативном определенном умысле она допускает возможность причинения в результате своего деяния одного из нескольких ею предвиденных и определенных преступных результатов, одним из которых является смерть.

По времени возникновения различают умысел заранее обдуманый (*dolus praemeditatus*) и умысел внезапно возникший (*dolus repentinus*). Заранее обдуманый умысел при детоубийстве характеризуется тем, что виновная предварительно более или менее тщательно обдумывает все основные моменты предприняемого ею преступного действия. Намерение совершить преступление и само преступление должны быть отделены друг от друга определенным временным промежутком. Внезапный умысел существует, если виновная приводит свое намерение в исполнение немедленно по его возникновению.

В исследуемой ситуации время возникновения умысла должно являться основанием для отграничения привилегированного состава детоубийства от убийства (ст. 105 УК РФ). Виновная может быть привлечена к ответ-

¹⁵ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. В. И. Радченко. М., 1997. С. 169—170.

¹⁶ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. А. В. Наумова. М., 1996. С. 286 ; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Особенная часть / под ред. Ю. И. Скуратова, В. М. Лебедева. С. 17.

ственности только в том случае, если умысел возник во время родов или после них при наличии указанных в законе обстоятельств. Поэтому нельзя согласиться с точкой зрения, что момент возникновения умысла на убийство новорожденного на квалификацию данного преступления не влияет. Статья 106 УК РФ, по нашему мнению, является как раз той статьей, по которой ответственность может наступать только в случае наличия у виновной внезапно возникшего умысла.

Известны случаи убийств матерью новорожденных, когда они заранее готовились к преступлению: одна из них приготовила нож, которым сразу после рождения ребенка перерезала ему горло; вторая — запаслась веревкой и удушила им младенца; третья тщательно скрывала от всех свою беременность и после рождения сбросила ребенка в выгребную яму. Все трое были ошибочно осуждены по ст. 106 УК РФ.

Важное значение для квалификации де-тоубийств имеет выявление мотивов анализируемых деяний. Мотив — исключительно психологическая категория, явление, которое составляет его содержание, призван ответить, для чего совершается действие. Мотив надо отличать от мотивации, которая обозначает всю проблему в целом, а также выступает в качестве процесса возникновения, формирования, развития и коррекции мотивов. Мотив — не цель, которая является представлением о результатах действия (поведения), и не мотивировка, которая представляет собой понимание субъектом или иным лицом субъективных причин своих (его) действий (поведения). Мотивировка, предлагаемая подозреваемым (обвиняемым, осужденным), чаще всего носит характер оправдания.

В человеческой психике наряду с сознанием, которое является ведущим в человеке и отличает его от всех прочих живых существ, имеется еще бессознательное, в котором хранятся невоспоминаемые воспоминания прошлого, особенно детства и ранней юности, вытесненные туда в силу их травматичности или ненужности, а также инстинкты и автоматизмы. Естественно, что в бессознательном могут «храниться» и мотивы, которые способны актуализироваться, когда человек почувствует в них нужду.

Под инстинктами мы будем понимать генетически закрепленные формы поведения и психического отражения, общие для всех

видов живых существ или только их отдельных видов. Таким общим для всех является, например, воспроизведение потомства и потребность в еде. Материнство, идущее от животных, для людей всех эпох было едва ли не самым главным инстинктом, потому что они видели и видят в этом собственное бессмертие, но пока что только в этом. Мать — главный, на наш взгляд, архетип по этой причине. Именно потому, что он главный, велико его многообразие: Богородица, родившая мать, воспитавшая мать, мать-земля-кормилица, Родина-мать, мать-утешительница, мать всепрощающая, мать бесконечно добрая и т.д. Есть все основания считать этот архетип Великой Матерью. Изображение кормящей матери с младенцем на руках — одно из древнейших. Богородица Мариам с младенцем Иисусом — продолжение этой традиции, ставшей священной. Та, древнейшая, не была богиней, а просто матерью.

Но в социальной психике, точнее — в мифологии, есть еще и злая мать, злая женщина, например индийская богиня Кали, она обычно изображается с ножами в руках и ожерельем из черепов. Иным словами, человек знает, что есть и другие, плохие матери. Они есть и среди животных: так, собаки иногда съедают своих новорожденных, также делают белые медведи. Один из авторов этой работы (Ю. М. Антонян) лично видел в Тбилисском зоопарке, как черная пантера родила малыша и тут же его съела.

Таким образом, мы можем констатировать уничтожение своего новорожденного в живом мире, включая животных и человека. Это можно назвать исключением, эксцессом в биологическом поле, генетически обусловленном, каким-то срывом, т.е. сама природа не в состоянии обеспечить то, что она же установила. Это может происходить по слабости в самой природе, которая не смогла в данном конкретном случае обеспечить исполнение того, что ей необходимо, или же ею так было предусмотрено заранее. Если инстинкт материнства не срабатывает, появляется потребность избежать новорожденного путем его уничтожения. Отсюда можно сделать вывод, что и причиной убийства матерью новорожденного ребенка является срыв инстинкта, т.е. чисто биологическая причина. Все основные (часто встречающиеся) внешние факторы, как-то: отсутствие жилья, материальных средств, требование мужа, уже наличие детей, которых и так трудно прокормить

мать, осуждение средового окружения, упреки и гнев родственников — играют лишь роль внешних условий, провокаций. При этом не имеет значения, внезапно или после подготовки, в состоянии аффекта ли принято решение убить младенца.

В мотиве как психологическом явлении, как в случае убийства матерью своего новорожденного ребенка, нельзя найти ответ на вопрос о причинах такого поведения, если мотив порожден социальными явлениями. Поэтому ответ на вопрос о причинах надо искать в биологической сфере. Мы делаем акцент на биологических причинах потому, что инстинкт материнства способен преодолеть любые другие социальные факторы.

Можно предположить, что убийство матерью новорожденного ребенка может происходить по той причине, что она в детстве и ранней юности подвергалась унижениям, оскорблениям, побоям и не хотела такой же судьбы для своего ребенка, поэтому лишила его жизни. Однако изученные нами факты не подтверждают такого предположения: будущие матери-убийцы родились, жили и воспитывались в обычных нормальных семьях. Впрочем, если и были названные внешние неблагоприятные воздействия, то они малозначительны по сравнению с недополученным от природы (или существенно ослабленным) инстинктом материнства. Но вполне допустимо предположить, что женщина с таким дефицитом указанного инстинкта никакого убийства новорожденного не совершит даже в состоянии психического расстройства, если, например, будет окружена заботой и попечением, в том числе медицинским, со стороны мужа, и т.д. Однако очень возможно, что она будет плохой матерью.

Для иллюстрации нашей гипотезы о биологическом характере причин убийств матерями новорожденных приведем пример, который считаем классическим аргументом в пользу названного предположения. Ш. обвинялась в том, что она убила своих младенцев 2 и 3 месяцев от роду при следующих обстоятельствах. Ш. вышла замуж в 25 лет, в 26 лет родила мальчика, которого она, когда ему было 2 месяца, якобы нечаянно уронила на пол, тот ударился головой и скончался. В возбуждении уголовного дела в связи с отсутствием события преступления было отказано. Через несколько

месяцев Ш. вновь забеременела и опять родила мальчика, которого постигла судьба брата: мать его выронила на пол и он скончался. Тогда уже возбудили уголовное дело о двух убийствах. Комплексная судебная психолого-психиатрическая экспертиза признала ее полностью вменяемой. Она не находилась в психотравмирующей ситуации, муж и родственники одобряли рождение детей.

Исследуя в середине XIX в. проблему детоубийств, Н. С. Таганцев указывал среди мотивов убийств новорожденных стыд, страх суда, общественного мнения, боязнь за будущее ребенка¹⁷. М. Н. Гернет отмечал такой мотив этого преступления, как спасение чести¹⁸. В различных интерпретациях эти толкования мотивов детоубийств прочно вошли в научную литературу и правоприменительную деятельность, хотя в настоящее время вряд ли их можно признать верными. Подобное объяснение действий виновных скорее можно отнести к области мотивировок, т.е. объяснений *postfactum* лицами, совершившими преступление, что широко распространено. Получалось, что мотив детоубийства — внутренняя субъективная побудительная причина такого преступного поведения, его смысл, объективно связанный с обстоятельствами внешней среды и, конечно, с устойчивыми чертами личности преступника.

Итак, мотивом убийства новорожденного матерью является уничтожение объекта, который воспринимается ею как угроза и даже разрушение ее жизни. Это ощущение исходит от социальной среды и воспринимается весьма болезненно. Но такой мотив может появиться лишь при отсутствии инстинкта материнства или его значительного ослабления. Если предположить, что такая лишенная инстинкта материнства мать не уничтожит ребенка по не зависящим от нее причинам или субъективным обстоятельствам, то она скорее всего будет плохой матерью, нуждающейся в психотерапевтическом воздействии. Следовательно, мы приходим к выводу, что причиной убийства новорожденного является отсутствие инстинкта материнства, т.е. биологическая причина, при достаточно сильном влиянии среды, выступающем в качестве условия.

Если мотив мы определили как внутреннюю субъективную побудительную причину, субъек-

¹⁷ См.: Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 324.

¹⁸ См.: Гернет М. Н. Детоубийство. Сравнительно-юридическое исследование. М., 1911. С. 208.

ективный смысл действий при детоубийстве, то цель этого преступления составляет преступный результат, которого стремится достигнуть убийца. Если мотивом убийства новорожденного допустить страх за свое существование, охрану своего статуса, то целью является лишение жизни новорожденного младенца. И это является главным вопросом — откуда берется это желание, каково его происхождение — социальное или биологическое?

В физиологии различаются четыре вида действий человека: рефлекторные, инстинктивные, импульсивные и волевые. Причины рефлекторных и инстинктивных актов могут не находиться под контролем сознания, но тем не менее соответствующие действия лежат в пределах уголовно-правового воздействия. Человек может не знать подлинные причины своих преступных действий, как это нередко и бывает, но он обязан знать, что нельзя убивать, красть, насиловать и т.д. Он наказывается за то, что совершил действия, запрещенные законом (если, конечно, вменяем). Поэтому волевые акты, к которым относится и убийство новорожденных, полностью охватываются уголовно-правовым регулированием.

Импульсивные действия при детоубийстве представляют собой эмоциональную разрядку, происшедшую в результате аффективных переживаний. Как правило, во время состояния физиологического аффекта импульс и реакция отделены друг от друга достаточно коротким промежутком времени.

В иных ситуациях состояние аффекта, как и иной эмоциональный срыв, может влиять на субъективную сторону убийства младенца в условиях психотравмирующей ситуации, в качестве которой могут быть стечение тяжелых личных обстоятельств, угроза или принуждение при материальной, служебной или иной зависимости виновной от другого лица, тяжелое протекание беременности и (или) родов, при состоянии психического расстройства, не исключающего вменяемости. Перечисленные случаи являются основанием для смягчения ответственности виновной в убийстве новорожденного.

Эмоциональная напряженность, возникновение и развитие которой обусловлено психотравмирующей ситуацией, оказывает существенное влияние на сознание и поведение обвиняемой. Юридическая квалификация «психотравмирующей ситуации» — сложная проблема. Дело в том, что ни одна ситуация

сама по себе не может выступать как оказывающая негативное воздействие на психику человека — ее можно расценить как психотравмирующую только после тщательного анализа взаимодействия личности и ситуации. Решающее значение приобретает психологическое субъективное значение ситуативных воздействий, которое формируется в психике субъекта. К примеру, требование мужа избавиться от будущего ребенка будет глубоко травмирующим фактором для беременной женщины, желающей родить и воспитать ребенка, а для женщины, страдающей хроническим алкоголизмом и характеризующейся моральной деградацией, подобная позиция супруга может выступать как нейтральное обстоятельство или даже как подкрепление собственной позиции на убийство.

В состоянии выраженной эмоциональной напряженности поведение матери определяется во многом аффективной мотивацией, что снижает ее возможность адекватно оценивать окружающее и свои действия, ограничивает способность контролировать поступки и прогнозировать их возможные последствия.

Эмоциональная напряженность возникает нередко задолго до родов — например, в случаях, когда беременность наступила в результате изнасилования или вне брака, в связи с отказом отца будущего ребенка поддерживать отношения. Росту эмоциональной напряженности способствуют и такие личностные особенности обвиняемых, как подчиняемость, зависимость, малообщительность, застенчивость. Особое значение приобретает и социальная ориентация будущей матери. При жестком усвоении отдельными женщинами представлений о недопустимости добрых сексуальных отношений, женской «чистоте и чести» возникает глубокий внутренний конфликт с мучительным противоборством между желанием родить ребенка и субъективным представлением о невозможности этого, боязнью огласки и «позора». Когда же к этому внутреннему противоречию присоединяются внешние травмирующие воздействия, например прямое давление со стороны родственников с требованием прервать беременность, это приводит к усугублению эмоциональной напряженности. Дополнительным фактором могут выступать неудачные попытки найти выход из сложившейся ситуации — отказ врачей сделать аборт из-за позднего срока беременности, невозможность уехать из-за отсутствия средств и т.п.

4

Совокупность такого рода факторов, как правило, предопределяет физическую и психическую изоляцию беременных женщин. А это приводит к углублению эмоциональной напряженности по механизму «порочного круга». Такие женщины стремятся в большинстве случаев рожать в одиночестве, вне больничных условий. Во многих случаях, когда роды начинаются вне больницы, они запираются для родов в душевой, ванной, туалете, сарае. При этом нередко возникают еще большие сложности. Роженицы совершают импульсивные убийства новорожденного с нелепыми попытками скрыть содеянное (прячут ребенка под ванну, под кровать, в шкаф, выбрасывают в открытое окно), свидетельствующими о глубине эмоционального срыва, ограничивающего адекватную оценку обстановки и возможность регулировать свои действия.

Необходимо экспертное определение состояния эмоциональной напряженности, возникшего и развившегося в условиях психотравмирующей ситуации, что имеет прямое отношение к квалификации деяния по ст. 106 УК РФ.

Если убийство новорожденного совершено матерью в соучастии с другими лицами, то их действия квалифицируются по-разному. Действия последних должны квалифицироваться как простое или квалифицированное убийство.

Анализируя уголовно-правовые проблемы ответственности за детоубийство, необходимо коснуться вопроса эвтаназии (убийства из сострадания) в отношении новорожденных. Хотя к эвтаназии в основном отношение отрицательное, но видится, что в некоторых случаях смягчение ответственности за это деяние будет уместным. Нередки случаи появления на свет младенцев с различными пороками. Одни из таких пороков несовместимы с жизнью (гидроцефалия, анэнцефалия, мозговая грыжа и т.п.), другие — делают детей инвалидами (болезнь Дауна, сросшиеся двойни, аномалии костной системы). Следует отметить, что возможно введение в УК РФ привилегированной статьи в случае эвтаназии новорожденных его родителями или близкими родственниками в следующей редакции: «Убийство безнадежно больного новорожденного, совершенное его родителями или близкими родственниками из чувства сострадания, наказывается...». Основанием применения подобной статьи должно служить медицинское заключение, подтверждающее указанное состояние младенца.

Установить точную картину состояния убийств матерью новорожденного ребенка достаточно сложно, поскольку высока их латентность, связанная с криминалистическими особенностями совершения деяния, а также существующей практикой отказов в возбуждении уголовных дел при обнаружении трупа младенца из-за невозможности установления виновных.

Проведенные нами опросы подтверждают это. Опросы проводились в трех группах населения: среди осужденных Новооскольской колонии для несовершеннолетних женского пола, школьниц нескольких школ г. Воронежа и осужденных Вологодской женской колонии.

Из 100 опрошенных несовершеннолетних, содержащихся в Новооскольской воспитательной колонии, 50 % респонденток ответили, что им известны случаи убийства женщинами своих новорожденных детей.

Исследуя ответы на вопрос 100 школьниц старших классов г. Воронежа о том, известны ли им случаи убийств новорожденных, мы установили, что 63 % респонденток ответили утвердительно. При этом 50 % из них заявили, что работникам правоохранительных органов не было известно об этих случаях.

Подобные же результаты были получены при проведенном нами анонимном анкетировании 100 осужденных Вологодской женской исправительной колонии: 50 % утверждают, что им известны случаи детоубийств, а 22 % из них заявили о том, что подобные случаи были скрыты от органов правопорядка.

Это свидетельствует о высоком уровне латентности убийств младенцев, которая еще выше в городской местности по сравнению с сельской. Объяснение этого можно найти в особенностях образа жизни. На селе вся жизнь проходит на виду, очень сильны родственные, соседские и иные связи между людьми. Непосредственность и любопытство сельских жителей делает достаточно затруднительными попытки сокрытия беременности, поэтому выявление подобных преступлений на селе происходит лучше.

Иная картина в городах, особенно крупных. Люди достаточно разобщены, равнодушны друг к другу. Беременность утаить легче. Спрятать труп ребенка не всегда проще, но достаточно возможностей уклонения от ответственности виновной в связи с трудностями ее установления в крупном городе. Но престу-

пления эти все же, как показывают наши исследования, в большинстве своем, совершают уроженки сельской местности. Этот факт обладает некоторыми объяснительными возможностями.

Бывших и нынешних жителей села, совершающих такого рода убийства, отличает низкий уровень духовности, природу и общество они воспринимают крайне прагматично, в основном с точки зрения пользы для себя. Из-за недостаточного уровня цивилизованности на селе они не имеют привычки посещать медицинские учреждения, плохо информированы о мерах предохранения от нежелательных беременностей, не умеют активно планировать свое будущее, жизнь их течет по инерции. Непроизвольное с детства наблюдение за привычными на селе действиями по убийству домашних животных может откладывать в подсознании приемлемость действий по уничтожению неугодных, лишенных полезности и даже опасных для привычного существования живых объектов.

Всепоглощающие эгоистические переживания начисто лишают женщин великого материнского инстинкта. Они не воспринимают родившегося младенца как человека, как личность, как живое существо. Психологическая и биологическая связь с младенцем изначально отрицается. У таких женщин ценностью является только их собственная жизнь, жизнь ребенка не имеет никакого значения. В город они зачастую приезжают с надеждами достичь той модели материального благополучия, которая складывается у них на основе массовой и дешевой пропаганды. Духовные ценности в расчет не принимаются. Ребенок не вписывается в сложившиеся стереотипы их жизни. Помеху необходимо убрать.

Вопреки распространенному в науке мнению о том, что убийства новорожденных совершаются чаще женщинами очень молодыми и даже несовершеннолетними, исследование ряда уголовных дел и статистических данных за последнее время показало, что по возрастному составу преобладают взрослые детоубийцы. Наиболее криминально активной группой выступают лица женского пола старше 30 лет.

Особо следует сказать о несовершеннолетних детоубийцах. Хотя их количество в общей массе подобных преступниц невелико, но само их существование говорит о неблагополучии в обществе. Беременность, как правило, у них связана с началом половой жизни. Отсутствие

теплых, доверительных отношений в семье, страх перед родителями, подругами, общественным мнением односельчан, пробуждает у них агрессивную направленность против плода, в котором они видят источник своих бед.

Несовершеннолетняя С., учащаяся Воронежского ПТУ, уроженка села, отмечала со своими однокурсниками день рождения в ресторане. Выпила много спиртного, пошла в гости к незнакомым молодым людям, которые изнасиловали ее. С заявлением куда обращаться не стала, так как не помнила ни адреса, ни примет насильников. Почувствовав беременность, скрыла ее ото всех, хотя мать, сестра, однокурсницы неоднократно спрашивали ее об этом. На учет в женскую консультацию не встала, никаких вещей для будущего ребенка не приобретала. Проживая на квартире, ночью родила без посторонней помощи ребенка, перерезала ему горло ножом и выбросила в мусоропровод. Утром уехала к себе домой в деревню. По характеру она спокойная, замкнутая, в школе училась посредственно, ничем особенным не выделялась, помогала матери обрабатывать огород и ухаживать за скотом. Появление ребенка не входило в ее планы. Высокая тревожность и страх перед суровым деревенским общественным мнением, чувство нарастающего отчуждения привели ее к решению об убийстве.

Следует отметить, что в своем большинстве юным женщинам с их еще не сложившимся характером, не ожесточившихся, не ставших окончательно равнодушными к боли и заботам других, морально значительно труднее решиться на лишение жизни только что родившегося человека. И наоборот, женщины, уже имеющие детей и даже находящиеся в браке, без особых колебаний уничтожают своего новорожденного ребенка, выдвигая в качестве мотивировки материальные затруднения, отсутствие жилья, работы и т.п., хотя в основе их действий лежит срыв инстинкта материнства, о чем мы говорили выше.

Ш-а состояла в зарегистрированном браке с Ш-ым и имела от совместного брака с ним четырех детей. Ш-в в течение длительного времени проживал отдельно от семьи, материальной помощи семье не оказывал, и Ш-а взыскивала с него алименты. Затем Ш-в вернулся в семью и Ш-а забеременела. Днем дома без медицинской помощи родила здоровую девочку. Через час после рождения ребенка Ш-а утопила его в ведре с водой, положила в коробку и закопа-

ла на приусадебном участке. Объясняла свои действия материальными затруднениями, плохими жилищными условиями, опасениями, что муж из-за ребенка вновь может уйти от нее.

Следует отметить, что в большинстве случаев детоубийства совершаются женщинами, не состоящими в браке, при этом нежелательная беременность для части из них (35 %) является результатом первого сексуального опыта. Но бывает так, что к беременности ведет аморальный образ жизни, и как результат — убийство нежеланного ребенка. Этот вывод подтверждается результатами опроса экспертов (акушеров, гинекологов и неонатологов), 36 % из которых утверждают, что к нежелательной беременности ведет аморальный образ жизни женщин.

По изученным уголовным делам только 46 % виновных в детоубийстве состояли в браке, остальные же женщины распределяются следующим образом: 3 % составляют разведенные, 23 % — живущие с сожителем, 28 % — незамужние, из них 14 % — забеременевшие от случайной связи, 3 % — были изнасилованы.

При этом лишь 35 % из них до этого не имели детей, и умерщвленный ребенок является для них первым. 65 % уже имели детей до совершения преступления, причем в 6 % случаях дети были внебрачными. Из имевших до убийства детей у 12 % было по одному, у 24 % — по двое, у 29 % — по трое и более детей.

Женщины-детоубийцы, как правило, имеют невысокий образовательный уровень. Среди них практически нет лиц с высшим образованием. Зачастую они имеют неполное среднее, среднее или среднеспециальное образование. В школе в большинстве случаев учились средне или слабо, встречаются случаи обучения в спецшколах для детей с замедленным развитием и психическими отклонениями.

Анализ личностных характеристик респондентов, восходящий к школьным годам, показывает, что большинство из них характеризовались добрыми, отзывчивыми, трудолюбивыми, но в то же время они отличались замкнутостью, достаточно узким кругом интересов и общения. Исходя из этого, можно сделать вывод, что женщины, совершающие убийство своих новорожденных детей, обладают недостаточным общеобразовательным уровнем, не отличаются общительностью, замкнуты, мир ограничен для них узкими рамками примитивных групповых интересов семьи или близкого окружения, отношение которого является для

них жизненно значимым. Факты участия в самодеятельности, в кружках части изучаемой группы преступниц не опровергает, а скорее подтверждают этот образ, так как участие это ограничивается простым следованием принятому стереотипу поведения других, активными же организаторами они не выступают.

Среди выявленных детоубийц 95 % являлись местными жительницами, т.е. того же района, а 1 % — лицами без определенного места жительства. Хотя встречаются случаи совершения убийств новорожденных женщинами за пределами своего населенного пункта, но это является скорее исключением, чем правилом. Эти данные в значительной мере опровергают довольно распространенное среди сотрудников правоохранительных органов мнение, что рост подобных преступлений связан с маятниковой миграцией. Скорее в определенной мере увеличение убийств младенцев связано с миграцией сельского населения в города.

В большинстве случаев женщины, решившиеся на убийство новорожденных, до этого случая никогда не были судимы и преступлений не совершали. За последний год только 1 % из всех виновных в убийстве младенцев составили лица, ранее совершившие преступления. Это обстоятельство на первый взгляд свидетельствует о том, что совершение преступления является для исследуемой категории женщин как бы случайным явлением. Мы уже убедились, что все не так просто в объяснении причин их поведения: для каждой из них оно внутренне целесообразно, обладает смыслом и преследует определенные, зачастую неосознанные цели. Присутствующие в поведении различных типов женщин закономерности дают нам возможность спрогнозировать их поведение, выявить лиц, склонных к совершению подобных преступлений, что необходимо для успешной профилактической работы.

Достаточно редко, но все же имеют место случаи криминологического рецидива убийств новорожденных, под которым мы понимаем любое повторное совершение детоубийств независимо от осуждения за предыдущие преступления.

Группой лиц совершено подобных преступлений, по нашим данным, 5,4 %. Такой низкий показатель свидетельствует о том, что женщины стараются совершить это преступление втайне, не привлекая других. Родные и близкие в большинстве случаев остаются в полном неведении об их намерениях.

Немаловажной частью характеристики виновных в убийстве новорожденных являются данные о роде их занятий и принадлежности к определенной социальной группе. По социальному статусу убийцы детей распределяются так: 18 % составляют рабочие; 6 % — служащие; 6 % — работницы сельского хозяйства; 8 % — учащиеся; 2 % — студентки. Такие слои населения, как частные предприниматели, работники органов государственного управления, работники кредитно-финансовой и банковской системы полностью отсутствуют в числе женщин, выявленных нами в качестве убийц младенцев. А вот лиц без постоянного источника дохода в числе детоубийц — 60 %. Подобное соотношение по социальному положению тесным образом связано с происходящими в социально-экономической жизни общества неблагоприятными изменениями, в первую очередь затрагивающими менее защищенные слои населения, к которым относятся женщины.

Давно замечено, что уровень квалификации работников любой сферы трудовой деятельности находится в обратной связи с криминальной активностью в этих группах. То есть чем выше квалификация, тем меньше преступлений совершают женщины, входящие в данную социальную группу. Исследования показывают, что лиц с высокой производственной квалификацией среди преступников в шесть раз меньше, чем работников этой квалификации в общей структуре населения.

В структуру мотивации поведения женщин входят средства реализации поставленных целей. Как отмечают многие авторы, женщины по своей биологической и социальной природе менее склонны к инверсии целей и средств, к насильственным, незаконным действиям. Ряд зарубежных исследователей отмечает, что чем образованнее женщина, тем более высока квалификация ее труда, тем более характерно для нее миролюбие.

Истоки формирования личности подобных преступниц следует искать в детстве, семье и даже ранее — в перинатальном периоде, а может быть и в архетипике предшествующих поколений, в коллективной генной памяти.

В соответствии с нашими исследованиями женщины-детоубийцы в 15 % случаях воспитывались единственным ребенком в семье, в 62 % — вдвоем с братом или сестрой, а в 23 % — в семье их родителей было по трое и более детей. То есть 81 % семей, в которых

воспитывались детоубийцы, имели более одного ребенка.

У подавляющего большинства будущих детоубийц в детстве не было проблем с жильем. По изученным уголовным делам 60 % семей жили в отдельных домах, 26 % — в квартирах, 3 % — в коммунальных квартирах и лишь 11 % были лишены нормальных жилищных условий. В 75 % семьях были оба родителя — отец и мать, в 6 % — мать и отчим, в 19 % — один из родителей, как правило, мать. Родители отличались невысоким образовательным и культурным уровнем. Так, по исследуемому массиву 30 % матерей и 36 % отцов были рабочими, 18 % матерей и 6 % отцов — служащими, но невысокой квалификации, 3 % матерей не работали, 24 % матерей и 30 % отцов являлись колхозниками, 21 % матерей и 9 % отцов были пенсионерами.

Отношение родителей к дочерям в 33 % случаев отличалось излишней требовательностью, в 45 % — родители были к ним безразличны и лишь в 22 % случаев отношения с родителями были хорошие. Дочери отвечали им «взаимностью»: только 24 % считают, что любят своих родителей, 28 % заявили, что боятся их, а большинство — 48 % равнодушны к родителям. Однако при углубленном изучении тех, кто считает, что любит родителей, выясняется неоднозначная картина.

Так, несовершеннолетняя Ф., уроженка Льговского р-на Курской обл., поступила в Воронежский государственный университет. К этому времени уже была беременна. Операцию по искусственному прерыванию беременности своевременно не сделала, так как сдавала выпускные экзамены в школе, а потом вступительные экзамены в университет. Когда обратилась в больницу, то прерывать беременность уже было поздно. От родителей беременность скрывала, но мать узнала об этом из переписки Ф. с отцом ребенка. Мать посоветовала Ф. рожать. Ф. хотела закончить учебу, затем выйти замуж. Ребенок разрушал ее планы, что делать с ребенком, она не знала, рожать очень боялась. На учет в женскую консультацию не встала. Ребенка родила в комнате частного дома, которую снимала вместе с несколькими девушками недалеко от места учебы. По ее словам, к этому моменту еще не решила, что будет делать с ребенком. Убедилась, что ребенок жив, и выбросила его на улице в контейнер для мусора. Плач ребенка услышали хозяин дома и одна из девушек, проживавших вместе с Ф. Ребенок был спасен.

В детстве Ф. развивалась нормально. Физически здорова, на учете в психиатрическом и наркологическом диспансере не состояла. В школе занималась баскетболом, туризмом. До 9-го класса училась на «отлично», затем на «хорошо» и «отлично». По дисциплине замечаний не было. В свободное время любила читать художественную литературу о современниках. В кино ходила редко, в основном на индийские фильмы. Подруг имела мало. В школе отвечала за работу идейно-политического сектора. По характеру тихая, спокойная, замкнутая, скромная, добросовестная, трудолюбивая. В школе и дома ни с кем острых конфликтов не было. В семье отношения хорошие, родители не пьянствуют, не скандалят.

Казалось бы, полное благополучие и покушение на убийство несовместимы. Но, изучая личность родителей, отношения в семье, мы находим факторы, которые повлияли на формирование криминогенных черт личности Ф. Отец Ф. работал на заводе комплектовщиком, характеристика на него с места работы, так сказать, пассивно положительная: спиртное не употребляет, исполнительный, трудолюбивый, пользуется уважением. Мать Ф. работала заместителем начальника районного узла связи. Характеристика с места работы на мать тоже положительная, но при этом отмечается, что по складу характера она требовательна, неприимирима к недостаткам своим и подчиненных. В семье явно играла авторитарную роль, подавляла детей и мужа своей требовательностью. Это видно из разительного отличия характеристик: мать требовательна и нетерпима, дочь — тихая, замкнутая, застенчивая, необщительная.

Хотя мать и показала, что предлагала дочери рожать, в судебном заседании сказала, что, узнав об отношениях дочери с будущим мужем, убеждала ее повременить с замужеством, поскольку нужно учиться. Принимая во внимание, что мать довлела над дочерью, все ее слова воспринимались как бесспорное руководство к действию. Поэтому Ф. была зафиксирована на определенную линию поведения и не могла нарушить установленный порядок, отступить в сторону. Она была скована им внутренне, не осознавая этого, и даже последующие предложения матери рожать не воспринимались ею, так как она понимала, что эти предложения вынужденные, незапланированные. Ф. не могла отойти от намеченного жизненного плана, не могла уронить свою ценность в глазах односельчан, родителей и иного

окружения. Избавление от ребенка было для нее меньшим злом, чем умаление своего статуса в глазах окружающих, да и своих собственных.

По изученным нами уголовным делам материальное положение виновных выглядело следующим образом: только 25 % девушек жили в достатке, 75 % испытывали нужду, в том числе в пище, одежде, бытовых приборах, 57 % имели огороды или личные подсобные хозяйства.

В период совершения преступления 11 % имели жилье в семье родителей, 12 % — в семье родителей мужа, 42 % имели отдельное жилье, 18 % жили в общежитиях, 3 % жили в коммунальных квартирах, а 14 % вообще не имели никакого постоянного жилья, бродяжничали, жили у случайных сожителей. Но при кажущейся благополучной картине с жильем, нормального уровня бытовых условий не наблюдалось ни в одном из исследуемых случаев. Имевшиеся квартиры, дома, комнаты либо не соответствовали элементарным санитарным нормам по площади на количество проживавших в них человек, либо не были оборудованы необходимыми удобствами. Реального улучшения жилищных условий ни у одной виновной не предвиделось.

79 % женщин, из числа совершивших детоубийство, не имели друзей, в критические, трудные минуты жизни им не с кем было поделиться своими волнениями, снять психологическое напряжение, получить разумный совет. Отторжение от общества, уход в собственные проблемы нагнетал чувство отрешенности от окружающих, озлоблял их, и выход этой крайне отрицательной энергии направлялся на беспомощное существо — младенца, который, конечно, не являлся причиной жизненных неудач виновной, но воспринимался ею как главная враждебная сила, от которой идут все ее несчастья.

В 48 % семей убийц младенцев во время совершения преступления имело место пьянство. В 20 % в семьях происходили скандалы и драки, и только в 32 % обстановка внешне выглядела благополучной.

Нельзя не сказать и об алкогольной деградации, которой подвержена часть детоубийц. Женщины этого типа ведут аморальный образ жизни, вступают в беспорядочные половые связи, злоупотребляют спиртными напитками, становясь хроническими алкоголиками, не имеют работы и жилья, бродяжничают. Ре-

бенек для них является обузой, к заботе о которой они не привыкли. Убийство новорожденного для них самый простой и доступный выход из создавшейся ситуации. 18 % виновных совершили убийства младенца, находясь в состоянии алкогольного опьянения.

Бедность, отсутствие работы, социальная и экономическая незащищенность, крушение надежд, неосуществимость планов на фоне психологической предрасположенности интенсивно раскручивают процесс маргинализации женщин, в результате которого появляется устойчивый слой социальных пауперов, имеющих незначительную вероятность возвращения к нормальной жизни, вливания в рыночные отношения. К этой категории женщин вплотную примыкает слой женщин-«аутсайдеров», еще не опустившихся на дно, но не имеющих реальной возможности в силу индивидуальных особенностей переоценить правила взаимодействия и адаптироваться, достойно приспособиться к новым условиям существования. Пьянство и алкоголизм являются неразлучными спутниками таких личностей, способствуя деградации воли, эмоций, сознания, ориентаций, ослабляя контроль и давая возможность пробиться в сознание из бессознательного тех темных сил, которые до этого подавлялись женщиной.

Следует отметить выявленную при исследовании уголовных дел по фактам убийства матерью новорожденного ребенка проблему определения времени возникновения умысла на совершение преступления. Зачастую подсудимые уверяют, что до момента рождения ребенка не желали его смерти, что мысли об уничтожении появились во время родов или непосредственно после них под влиянием патологического послеродового состояния и что именно в этот момент на их сознание отчетливо подействовала тяжелая жизненная ситуация, сложившаяся к тому моменту. Нередко эти обстоятельства без достаточных оснований учитываются судами как смягчающие при назначении наказания. Однако ситуационность и импульсивность противоправных действий роженицы, объясняемых якобы внезапно возникновения умысла, опровергается результатами глубокого анализа всех обстоятельств, нашедших отражение в материалах уголовных дел.

Во-первых, обращает на себя внимание то, что виновные не становились на учет в женскую консультацию по поводу своей беремен-

ности. Отчасти это и можно объяснить тем, что до настоящего времени не все, особенно селяне и бывшие селяне, желают пользоваться услугами медработников, а прямой обязанности становиться на учет не существует, но другие их действия более четко свидетельствуют о преднамеренной направленности умысла. Во-вторых, женщины скрывали от родных, знакомых и сослуживцев факт беременности, применяя для этого доходящие до абсурда средства в виде утягивания живота при помощи различных предметов. В-третьих, отдельные лица, не обращаясь в медицинское учреждение, применяли различные доморощенные способы и средства (иногда с частной помощью работников женских консультаций), пытаясь прервать нежелательную беременность. В-четвертых, к рождению ребенка не приобретали никакой одежды, пеленок и т.п., не покупали колясок и кроваток. В-пятых, после родов не пытались подбросить ребенка кому-либо, сохранив ему жизнь. В-шестых, по результатам психиатрических экспертиз, обследований акушеров и по показаниям самих рожениц, состояние их после родов в большинстве случаев нельзя отнести к тяжелым: роды проходили нормально, без осложнений, дети рождались здоровыми, после родов никаких болевых ощущений не было.

Таким образом, проведенный анализ показывает, что кажущаяся, лежащая на поверхности импульсивность действий виновных на самом деле таковой не является, и в подавляющем большинстве случаев убийство новорожденных планировали заранее, совершали предумышленно, иногда боясь даже самим себе признаться в преднамеренности действий.

Разумеется, нельзя отрицать существенного влияния на убийства матерями новорожденных исторических, политических, экономических, правовых, экологических, демографических, духовных и иных факторов, их детерминирующих. В первую очередь ослабляется контроль за формированием и развитием личности женщин. Развитие искаженных потребностей, деформированных ценностных ориентаций и правосознания, выбор недопустимых средств для осуществления цели, связанный с непосредственным влиянием глубинных отрицательных личностных черт женщины, проявляющихся в неординарных ситуациях, — все это существует в современном

обществе и во многом определяет поведение матерей-убийц.

Как показали наши эмпирические исследования, в 27 % случаев местом преступления являлась квартира, в 21 % — общежитие, в 13 % — туалет во дворе, в 12 % — частный дом, в 12 % — улица, в 9 % — сарай, в 6 % — огород. Устойчивость этих тенденций видна из сравнения с данными исследования 1970-х гг.: в квартире тогда совершалось 38,4 % убийств младенцев, в общежитии — 34,6 %, в туалете — 4,25 %, в садах и огородах — 6 %, в лесу — 7 %, на берегу реки — 4 %, в поле — 3,4 %, на чердаке — 1,35 %. Изучение обстоятельств детоубийств показывает, что чаще всего они совершаются в жилище: в квартирах, общежитиях, частных домах. При этом в большинстве случаев эти жилые помещения являлись фактическим местом проживания виновной. Хотя имеют место и иные случаи убийства новорожденных.

Так, 41-летняя Б., разведенная, не имеющая постоянного места жительства, находясь в состоянии беременности, пришла вместе со своей знакомой П. около 20 часов в частный дом к Ч., у которого собралась компания для распития самогона. В это время у Б. начались схватки, и она в соседней комнате родила жизнеспособную девочку. Б. вела аморальный образ жизни, ребенка иметь не хотела, на учет в женскую консультацию не встала, предметы ухода за ребенком не готовила, она предложила П. умертвить младенца. П., согласившись, бросила новорожденную в ведро с водой и вылила содержимое ведра в выгребную яму надворного туалета.

Следует отметить, что, как правило, убийства новорожденных происходят по месту их рождения, так как при родах вне помещения достаточно трудно скрыть сам факт появления на свет младенца, от которого женщина хочет избавиться. Однако, как показывают исследования, окружающие обычно догадывались о беременности виновной, но сами роды проходили незаметно для них.

Встречаются случаи рождения и убийства новорожденных и вне помещений, на улице.

П., состоя в браке и имея двоих несовершеннолетних детей, вновь забеременела, но решила ребенка умертвить из-за неприязненных отношений с мужем. С этой целью она ото всех скрыла свою беременность, на учет в медучреждение не встала и продолжала ходить на работу. Зимой по дороге с работы домой

на улице она родила жизнеспособного мальчика. С целью убийства П. оставила мальчика на морозе в том месте, где родила его, и ушла домой. Смерть ребенка наступила от действия низкой температуры.

По времени суток убийства младенцев распределяются следующим образом: в период с 22 до 6 часов совершаются 54 % убийств, с 7 до 12 часов — 21 %, с 13 до 18 часов — 22 %, с 19 до 21 часа — 3 %, т.е. основная масса детоубийств совершается с 22 до 6 часов.

По временам года основное количество убийств новорожденных падает на весеннюю пору и доходит до 37 % от общего количества убийств данной категории. На зимний период приходится 25 %, на летний и осенний — по 19 % подобных убийств.

Способы совершения убийств новорожденных различны: удушение (36 %), выставление на холод (27 %), утопление (21 %), ранение (9 %), иное (6 %). Достаточно редко встречается отравление ребенка (1 %). Для сравнения — данные 1970-х гг.: удушение — 48 %, утопление — 21,6 %. Таким образом, если судить по изученным уголовным делам, основным способом убийства новорожденных является удушение, реже — утопление и выставление на холод, еще реже — иные способы, совершенные путем как действия, так и бездействия.

Например, Н., имея мужа и троих малолетних детей, вновь забеременела, скрыв это ото всех, решила убить новорожденного. Родив семимесячного жизнеспособного мальчика, Н. нанесла ему два удара кулаком по голове, причинив переломы лобной и теменной кости, отчего младенец умер. После этого Н. положила труп ребенка в полиэтиленовый пакет и выбросила в выгребную яму туалета соседей.

К., имея мужа и двоих несовершеннолетних детей, вновь забеременела. В связи с тем, что родственники и муж упрекали ее за очередную беременность и не хотели, чтобы она рожала ребенка, К. после рождения в домашних условиях девочки не перевязала пуповину, не стала оказывать никакой помощи ребенку. В результате бездействия младенец скончался.

В большинстве случаев какие-либо орудия и средства для умерщвления детей не применяются, что связано со слабостью и беззащитностью новорожденных. В тех же случаях, когда виновные применяют средства для убийства, они не отличаются технической сложностью и не требуют особых трудов для их приискания и приспособления. В 9 % случаев

орудием убийства являлся нож, в остальных же — иные средства, в первую очередь куски ткани от одежды и пеленки для удушения. Отметим случай использования резиновой перчатки, которая была надета на голову ребенка с целью убийства.

Хотя уголовное законодательство берет под особую охрану жизнь неродившегося человека (например, убийство женщины, заведомо для виновного находящейся в состоянии беременности, квалифицируется как убийство при отягчающих обстоятельствах, влекущее более строгое наказание, и т.д.), при убийстве женщиной своего новорожденного ребенка центр защиты словно перемещается с пострадавшего на виновное лицо. Это, видимо, связано с тем, что женщина считается как бы вынужденной внешними обстоятельствами сделать это и к тому же находится в особом психическом состоянии. У ребенка же нет реальной защиты. Женщина, убивающая своего новорожденного ребенка, оказывается заслуживающей снисхождения: общество чувствует и бессознательно пытается загладить свою вину перед ней. О несчастном ребенке практически забывают.

Символично, что по 78 % изученных уголовных дел об убийствах новорожденных никто не признавался потерпевшим, по остальной части ими признаются родственники. Кроме того, в 63 % случаев виновные приговаривались судами к мере наказания, не связанной с лишением свободы. И только в 37 % случаев убийцы младенцев приговаривались к реальной мере наказания в виде лишения свободы (не выше 5 лет).

Сравнивая эти показатели с анализом эффективности уголовно-правовых мер борьбы с детоубийствами, проведенным А. К. Звирбулем в 1960-х гг., можно заметить смягчение наказаний, назначаемых виновным за эти преступления в последние годы.

Так, в 1963 г. в РСФСР 64 % детоубийц были осуждены к лишению свободы на срок более 3 лет (в том числе 21 % — на срок более 5 лет); 34 % детоубийц получили наказание ниже низшего предела — менее 3 лет. При этом из числа женщин, осужденных на срок более 3 лет, 64 % были помилованы и освобождены в течение первого года отбывания наказания, а 36 % — на втором и третьем году¹⁹.

Анализируя современное состояние практики судов по смягчению наказания за детоубийство, нельзя не заметить обратную связь с увеличением количества таких убийств. Следовательно, наказание не выполняет своего предназначения по общей превенции убийств младенцев, а уголовный закон не способствует ей. Однако задачи частной превенции, видимо, все-таки решаются: по нашим данным, подавляющее большинство женщин, осужденных за убийство новорожденных, после отбывания наказания не совершают в дальнейшем ни детоубийств, ни иных преступлений.

В наше время, в условиях практически полного отсутствия системы профилактики убийств новорожденных и тем более смягчения ответственности за этот вид преступлений, происходит их рост при высоком уровне латентности. Остановить его необходимо.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бородин С. В.* Ответственность за убийство: квалификация и наказание по российскому праву. — М. : Юрист, 1994. — 216 с.
2. *Гернет М. Н.* Детоубийство : сравнительно-юридическое исследование. — М. : Тип. Имп. Моск. ун-та, 1911. — 346 с.
3. *Горелик И. И.* Ответственность за оставление в опасности. — М. : Госюриздат, 1960. — 72 с.
4. *Гродзинский М. М.* Преступления против личности : Текст и комментарий ст. 142—165, 172—179 Уголовного кодекса. — М. : Право и жизнь, 1924. — 68 с.
5. *Дьяченко А. П.* Уголовно-правовая охрана граждан в сфере сексуальных отношений. — М. : Изд-во Акад. МВД России, 1995. — 68 с.
6. *Жижиленко А. А.* Преступления против личности. — М. : ГИЗ, 1927. — 140 с.
7. *Звирбуль А. К.* Расследование и предупреждение детоубийств : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1969. — 15 с.

¹⁹ См.: *Звирбуль А. К.* Расследование и предупреждение детоубийств : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1969. С. 90—118.

8. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. А. В. Наумова. — М. : Юрист, 1996. — 824 с.
9. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. В. И. Радченко. — М. : Вердикт, 1997. — 647 с.
10. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Особенная часть / под ред. Ю. И. Скуратова, В. М. Лебедева. — М. : Инфра-М ; Норма, 1996. — 592 с.
11. Курс советского уголовного права / под ред. А. А. Пионтковского. — М. : Наука, 1971. — Т. 5. — 516 с.
12. *Побегайло Э. Ф.* Умышленные убийства и борьба с ними. Уголовно-правовое и криминологическое исследование. — Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1965. — 206 с.
13. *Познышев С. В.* Особенная часть русского уголовного права. — М. : Университетская типография, 1905. — 407 с.
14. *Рашковская Ш. С.* Советское уголовное право : Преступления против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности. Часть Особенная / под общ. ред. А. Н. Васильева. — М., 1959. — Вып. 4. — 77 с.
15. *Рязанцев С.* Танатология — наука о смерти. — СПб. : Восточно-Европейский институт психоанализа, 1994. — 384 с.
16. *Сафуанов Ф.* Экспертиза психического состояния матери, обвиняемой в убийстве новорожденного ребенка // Российская юстиция. — 1998. — № 3. — С. 29—31.
17. *Таганцев Н. С.* О преступлениях против жизни по русскому праву. — СПб. : Типография И. Мордуховского, 1873. — Т. 2. — 324 с.
18. *Тайбаков А., Погодин О.* Убийство матерью новорожденного ребенка // Законность. — 1997. — № 5.
19. *Уолкер А. Э.* Смерть мозга. — М. : Медицина, 1988. — 288 с.
20. *Шаргородский М. Д.* Преступления против жизни и здоровья. — М. : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. — 511 с.
21. *Шарипова Г.* Уголовная ответственность за детоубийство по УК УзССР : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1987. — 16 с.

Материал поступил в редакцию 23 ноября 2017 г.

NEWBORN CHILD MURDER COMMITTED BY HIS MOTHER: CRIMINAL LEGAL AND CRIMINOLOGICAL PROBLEMS

ANTONYAN Yuriy Miranovich — Honored Scientist of the Russian Federation Doctor of Law, Professor, Chief Researcher at the Institute of the Federal Penitentiary Service of Russia, Professor of the Moscow State Regional University
antonyaa@yandex.ru
121530, Russia, Moscow, ul. Narvskaya, d. 15A

GONCHAROVA Maria Vitalievna — Doctor of Law, Associate Professor, Chief Researcher at the All-Russian Research Institute of the Ministry of the Interior of Russia
maria-g2009@yandex.ru
121069, Russia, Moscow, ul. Povarskaya, 25

KURGUZKINA Elena Borisovna — Doctor of Law, Professor at the Central Branch of the Russian University of Justice
torbagan1@mail.ru
394006, Russia, Voronezh, ul. 20-letiya Oktyabrya, d. 95

Abstract. *The authors research criminal law issues, special attention is given to the reasons for the newborn child murder by the mother with the assumption that the cause of this crime is the mother lacking maternal instinct which is biological in nature and is a necessary condition for the continuation of the human race. The data characterizing the identity of the perpetrators and circumstances of the perpetrated crimes are provided. External circumstances, which act as conditions inducing women to commit such an act are outlined. Among these circumstances are: the condemnation by relatives and friends, lack of housing and income, and other circumstances allegedly impeding*

the implementation of maternal functions. All these circumstances are appreciated in the criminological value as conditions. The authors select socio-demographic data on the identity of women who killed newborns, some of these data are presented in dynamics. Also the state of the mentioned murders is provided in dynamics.

Keywords: *newborn child murder by his mother, motives of newborns homicide, causes of newborns homicide and conditions promoting them, maternal instinct, unconscious in the psyche.*

REFERENCES

1. *Borodin, S.V.* Responsibility for Murder: Classification and Punishment under Russian Law. — M.: Lawyer, 1994. — 216 p.
2. *Gernet, M.N.* Infanticide. Comparative Legal Research. — M.: Printing House of the Emperor Moscow University, 1911. — 346 p.
3. *Gorelik, I.I.* Responsibility for Leaving in Danger. — M.: Gosyurizdat, 1960. — 72 p.
4. *Grodzinskiy, M.M.* Crimes against Person: Text and Commentary of article 142—165, 172—179 of the Criminal Code. — M.: Publishing House "Law and Life", 1924. — 68 p.
5. *Dyachenko, A.P.* Criminal Legal Protection of Citizens in the Sphere of Sexual Relations. — M.: Publishing House of the Ministry of the Interior of Russia, 1995. — 68 p.
6. *Zhizhilenko, A.A.* Crimes against Person. — M.: GIZ, 1927. — 140 p.
7. *Zvirbul, A.K.* Investigation and Prevention of Infanticide: Candidate Degree Thesis (Legal Sciences). — M., 2015. — 264 p.
8. Commentary to the Criminal Code of the Russian Federation / A.V. Naumov (Ed.). — M.: Lawyer, 1996. — 824 p.
9. Commentary to the Criminal Code of the Russian Federation / V.I. Radchenko. — M.: Verdict, 1997. — 647 p.
10. Commentary to the Criminal Code of the Russian Federation. Special Part / Yu.I. Skuratov, V.M. Lebedev. — M.: INFRA-M-Norma, 1996. — 592 p.
11. The Course of the Soviet State Law. A.A. Piontkovsky. Vol. 5. — M.: Nauka, 1971. — 516 p.
12. *Pobegailo, E.F.* Premeditated Murder and Fight against them. Criminal Legal and Criminological Research. — Voronezh: Publishing House of Voronezh University Press, 1965. — 206 p.
13. *Poznyshev, S.V.* Special Part of the Russian Criminal Law. — M.: University Printing House, 1905. — 407 p.
14. *Rashkovskaya, S.S.* Soviet Criminal Law: Crimes against Life, Health, Freedom and Dignity. Special Part. Vol. 4. / A.N. Vasiliev — M., 1959. — 77 p.
15. *Ryazantsev, S.* Thanatology — Science of Death. — SPb.: The East European Institute Of Psychoanalysis, 1994. — 384 p.
16. *Safuanov, F.* Examination of Mental State of the Mother Accused of Murdering her Newborn Child // Russian Justice. — 1998, No. 3. — P. 29—31.
17. *Tagantsev, N.S.* Crimes against Life under the Russian Law. — SPb.: I. Mordukhovskiy Printing House, 1873. Vol. 2. — 324 p.
18. *Taibakov, A., Pogodin, O.* Newborn Child Murder by his Mother // Legality. — 1997, № 5. — P.16—17.
19. *Walker A.E.* Brain Death. — M.: Medicine, 1988. — 288 p.
20. *Shargorodskiy M. D.* Crimes against Life and Health. — M.: Law Publishing House of the USSR Ministry of Justice, 1948. — 511 p.
21. *Sharipova, G.* Criminal Responsibility for Infanticide in the Uzbek Soviet Socialist Republic Criminal Code: Candidate Degree Thesis (Legal Sciences). Abstract. — M., 2015. — 16 p.

Е. О. Яковлева*

НЕОБХОДИМОСТЬ ИССЛЕДОВАНИЙ ЭВОЛЮЦИИ МЕТАКОГНИТИВНЫХ СХЕМ ЛИЧНОСТИ ВОДИТЕЛЕЙ В АВАРИЙНЫХ УСЛОВИЯХ

Аннотация. *Автором проведен статистический анализ современных показателей дорожно-транспортной преступности. Установлено, что высокое число совершенных ДТП оказывает губительное воздействие не только на экономическую составляющую страны, но и на уровень детского дорожно-транспортного травматизма.*

Несмотря на тенденцию сокращения количества дорожно-транспортных происшествий и числа пострадавших, уровень дорожно-транспортной аварийности в стране остается высоким. Поэтому преодоление рисков дорожно-транспортного травматизма, по мнению автора, должно строиться не только на основе усилий общественности, но и на устойчивой законодательной базе.

Установлено, что человек является сложной саморегулируемой системой, способной, в зависимости от сложившейся ситуации, гибко использовать свои возможности для достижения требуемого результата и избегать при этом опасности. Одним из залогов его надежности служит профессиональная подготовка. А значит, при осуществлении мер предупредительного воздействия должны в не меньшей мере учитываться специфика неосторожных преступлений и личность водителя.

Анализ основных социально-демографических особенностей осужденных, проведенный автором, позволил сформировать портрет личности дорожно-транспортного преступника. Выдвинуто предположение, что, если выделить наиболее значимые факторы влияния в жизни водителя, виновного в ДТП, станет возможным заранее целенаправленно формировать «правильную» среду развития законопослушного гражданина путем ликвидации негативных элементов.

Разработка нового подхода в уголовной политике, связанного с исследованием психологических особенностей личности водителей транспортных средств, а также с исследованием проблематики эволюции метакогнитивной системы, сформированной под влиянием социальной среды, необходима как исследование способности водителя анализировать собственные мыслительные стратегии и управлять своей познавательной деятельностью, особенно в стрессовых ситуациях, когда в оценке ситуации важна каждая секунда. Тем самым, обусловив необходимость дальнейших исследований, но уже с позиции эволюции метакогнитивных схем личности преступника, сформированных под влиянием внешней среды, в опасных аварийных условиях, автор приходит к выводу о том, что расширение таких теоретических знаний позволит ученым разработать новые копинг-стратегии, которые станут верными средствами контроля водителем себя в стрессовых ситуациях.

Ключевые слова: *травматизм, водитель, ситуация, дорожно-транспортное преступление, метакогнитивные схемы, копинг-стратегии.*

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.115-127

© Яковлева Е. О., 2018

* Яковлева Елена Олеговна, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры уголовного права Юго-Западного государственного университета
pragmatik-alenka@yandex.ru
305040, Россия, г. Курск, ул. 50 лет Октября, д. 94

Одной из важнейших задач, поставленных в сентябре 2015 г. главами государств на Генеральной Ассамблее ООН, стало сокращение мирового числа дорожно-транспортных преступлений к 2020 г. почти вдвое. Такое на первый взгляд трудновыполнимое решение, несомненно, явилось фактическим признанием дорожно-транспортной преступности как одной из основных причин смертей среди гражданского населения. Так, согласно статистике, приведенной на официальном сайте Всемирной организации здравоохранения (далее — ВОЗ), в 2012 г. дорожно-транспортный травматизм явился главной причиной гибели населения в возрасте от 15 до 29 лет¹. Несмотря на проведение обширных профилактических мероприятий, ужесточения ответственности на законодательном уровне, активную пропаганду общественных объединений и властных структур по обеспечению порядка на дорогах, существует ряд проблем, требующих дальнейшего обсуждения и разрешения.

По данным доклада ВОЗ о состоянии безопасности дорожного движения в мире, подготовленного в 2015 г., на дорогах ежегодно погибает 1,25 млн человек, и с 2007 г. это число не меняется. На фоне быстро растущего уровня моторизации такая стабилизация вопреки прогнозируемому росту числа случаев смерти свидетельствует о достигнутом прогрессе. Однако для выполнения задач по обеспечению безопасности международного дорожного движения в рамках Целей в области устойчивого развития этих усилий по снижению смертности в результате ДТП явно недостаточно².

В соответствии с Федеральным законом от 10.12.1995 № 196-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «О безопасности дорожного движения» приоритетным направлением обеспечения безопасности дорожного движения является охрана жизни, здоровья и имущества граждан, защита их прав и законных интересов, а также защита интересов общества и государства путем предупреждения дорожно-транспортных происшествий, снижения степени тяжести их

последствий. Согласно статистике, приведенной на официальном сайте ГИБДД МВД России, в 2015 г. было совершено 184 000 ДТП, погибло 23 114 человек, 231 197 человек были ранены. Уже в период с января по июль 2016 г. произошло 73 099 дорожно-транспортных происшествий, в которых погиб 8 181 человек, 92 588 человек были ранены. Из указанного числа по вине водителей транспортных средств было совершено 63 254 ДТП, 6 844 человека погибли, 83 646 были ранены.

Россия входит в число тех стран, показатели которых вызывают озабоченность, связанную с огромным числом пострадавших в результате дорожно-транспортных происшествий. Согласно официальной информации, представленной порталом правовой статистики Генеральной прокуратуры РФ, Россия занимает второе место в мире по количеству смертей в результате ДТП на 100 000 человек населения.

Согласно докладу Научно-исследовательского центра проблем безопасности дорожного движения (НИЦ БДД) МВД России в первом полугодии 2016 г. в Российской Федерации продолжилась тенденция сокращения количества дорожно-транспортных происшествий и числа пострадавших. Вместе с тем уровень дорожно-транспортной аварийности в стране остается высоким — в каждом девятом ДТП погибли люди. Тяжесть последствий ДТП (число погибших на 100 пострадавших), несмотря на снижение относительно аналогичного периода прошлого года (далее — АППГ), осталась высокой (8,1). Всего на улицах и дорогах страны произошло 72 886 (–9,2 %) ДТП, в которых погибли 8 149 человек (–17,1 %) и ранен 92 321 человек (–8,7 %)³.

В 2014 г. сотрудниками НИЦ БДД МВД России А. А. Акишиным и А. В. Лопаревым было проведено исследование тяжести последствий от ДТП, причиненных по вине водителей транспортных средств. Наибольшую степень тяжести последствий по-прежнему занимают выезд на встречную полосу движения и превышение скоростного режима. Третье место занимают случаи совершения ДТП в состоянии алкогольного или иного опьянения. Несомненно, такие

¹ Global status report on road safety 2015 // URL: http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2015/en/ (дата обращения: 27.07.2016).

² Global status report on road safety 2015 // URL: http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2015/en/ (дата обращения: 27.07.2016).

³ Аналитические обзоры состояния безопасности дорожного движения // URL: https://ницбдд.мвд.рф/resources/analytical_reviews (дата обращения: 28 июля 2016 г.).

правонарушения приводят к наиболее тяжким последствиям⁴

Дорожно-транспортная смертность отражается не только на экономической составляющей нашей страны, унося жизни трудоспособного, занятого в профессиональной сфере населения, но и менее защищенной категории граждан — детей. Поэтому большое внимание среди специалистов в области права уделяется рассмотрению детского дорожно-транспортного травматизма.

По мере взросления дети постепенно становятся теми или иными участниками дорожного движения: пешеходами, велосипедистами, пассажирами и т.д., что создает потенциальную угрозу для их жизни и здоровья. Кроме того, даже не являясь участником дорожного движения, дети по-прежнему уязвимы перед опасными действиями водителей транспортных средств, так как проживают или играют вблизи дорог. Таким образом, социальная острота проблемы диктует необходимость активизации образовательных учреждений, повсеместного введения в действие программ профилактических мероприятий по предотвращению ДТП с участием детей. Несомненно, в России имеется широкий спектр полномочий для обеспечения безопасности детей на дорогах страны. Так, к примеру, в дни летних каникул, когда юные пассажиры выезжают к местам отдыха и возвращаются обратно, сотрудники Госавтоинспекции России должны не только сопровождать колонны автобусов, осуществляющих массовую перевозку детей к местам отдыха и обратно, но и более тщательно реализовывать надзорную функцию по отношению к водителям и организациям, занимающимся такими перевозками. Для соблюдения безопасности правилами запрещены любые организационные перевозки детей в ночное время.

Незащищенность подрастающего поколения прямо отражается на статистических показателях дорожно-транспортного травматизма. Так, согласно официальным данным ГИБДД МВД России, в 2015 г. был зафиксирован рост числа погибших детей-велосипедистов на 14,7 %, погибших детей на пешеходных переходах — на 5,8 %. Число погибших граждан по неосторожности детей-велосипедистов возросло на 4,8 %. По состоянию на 03.07.2016 увеличилось число

погибших детей в возрасте до 16 лет на пешеходных переходах (+4,5 % к АППГ), число совершенных ДТП с участием детей-велосипедистов (+0,6 к АППГ) и число раненых при этом водителей (+1,3 %). В том числе наблюдается тенденция к росту автодорожной преступности по вине самих несовершеннолетних. Так, на 5,1 % возросло число ДТП, совершенных по вине детей-велосипедистов, на 5,2 % — число раненых граждан от указанных действий. Абсолютный рост (100 %) наблюдается по числу погибших по вине детей — водителей механических транспортных средств (мопедов и приравненных к ним транспортных средств).

Причинами таких показателей могут служить многие факторы, одним из которых, на наш взгляд, является уровень их когнитивного развития. Большинство представлений о правилах поведения на дорогах, а также в аварийных ситуациях вырабатываются у детей к более старшему возрасту. А пока они ограничиваются лишь опытом, полученным либо от общения со сверстниками, либо от родителей, поведение которых служит эталоном для них. Поэтому примеры неправомерного поведения на дорогах со стороны взрослых (наиболее часто — переход дороги в неположенном месте) зачастую имеют следствием такое же необдуманное поведение детей.

Следующей причиной служит тяга детей к рискованному поведению, получению адреналина от происходящих процессов, желание завоевать авторитет среди сверстников, которые в период формирования личности имеют огромный вес для подростка, тем самым он решает для себя, к примеру, управлять угнанным автомобилем в состоянии алкогольного опьянения.

Так, риски для детей могут быть связаны с их небольшим ростом, что затрудняет возможность водителей разглядеть их сразу при движении на высокой скорости. Весомое число погибших и раненых детей в результате ДТП можно объяснить и тем, что они наиболее уязвимы к механическим травмам. В предотвращении смертей весомая роль отводится и квалифицированным действиям медицинского персонала, от которых зависит исход событий. Говоря о рисках для детей — водителей велосипедов, нельзя не упомянуть о мерах и предметах предосторожности (шлемы, наколенники и т.д.), отказ от использования которых

⁴ Акишин А. А., Лопарев А. В. Основные причины и условия возникновения ДТП на территории России в 2014 году. Тяжесть последствий от ДТП // Инновационные технологии в науке и образовании. 2015. № 3. С. 354—356.

повышает уязвимость ребенка на дороге. Это же правило касается детей-пассажиров при использовании детских удерживающих кресел.

Преодоление рисков дорожно-транспортного травматизма, по нашему мнению, должно строиться не только на основе усилий общественности, но и на устойчивой законодательной базе.

Развитие современного законодательства невозможно представить без учета современных методик борьбы с автодорожной преступностью, складывающейся в результате взаимодействия таких категорий, как «среда» — «водитель» — «автомобиль» — «дорога». Представленная система, именуемая в дальнейшем механизмом дорожно-транспортного преступления, позволяет рассмотреть происшествие с учетом того, как оно возникло, при каких условиях протекало и чем завершилось. В то же время механизм отражает поведение субъектов преступления, которое складывается из оценки сложившейся ситуации (зачастую созданной самим водителем механического транспортного средства), ее восприятия и придания значимости, определяющей исход события. Исследования в области криминологии позволяют констатировать тот факт, что анализ причин, условий и механизма преступного поведения, в том числе неосторожного, невозможен без учета особенностей провоцирующих ситуаций, различных по своему содержанию и происхождению. Так, применительно к ст. 264, 264.1 УК РФ нами было установлено, что уголовно наказуемые ситуации могут быть порождены:

- действиями водителей транспортных средств — неосторожных преступников;
- действиями потерпевших и иных участников дорожного движения, но при условии вины водителя.

В то же время немаловажную роль в создании аварийных ситуаций играют условия внешней среды (туман, дождь, снегопад и т.д.), техническое состояние транспортных средств (неисправности тормозной системы, рулевого управления и т.д.), неудовлетворительное состояние дорог (ямы, выбоины, отсутствие дорожной разметки и т.д.).

Не вызывает сомнений, что и те, и другие причины и условия могут сочетаться в раз-

личных вариациях. Так, к примеру, одни лишь погодные условия в виде тумана, создающего плохую видимость, не могут служить однозначной причиной ДТП, так как водитель самостоятельно решает, с какой скоростью ему сто́ит продолжать движение и какой прием маневрирования следует совершить. В результате превышения скоростного режима происходит процесс перехода сформированной условиями внешней среды опасной ситуации в аварийную, формируемую самим водителем. Именно поэтому так очевидна роль действий неосторожного преступника при установлении вины в совершенном деянии. Однако такая совокупность причин и условий значительно усложняет процесс доказывания правоприменителями степени вины водителя и его возможности избежать негативных последствий в процессе расследования уголовных дел.

Так, результаты расследования уголовных дел по ст. 264 УК РФ за 2015 г. по данным, приведенным на сайте ГИБДД МВД России, следующие. Количество преступлений, уголовные дела о которых находились в производстве на начало отчетного периода или зарегистрированы в отчетном периоде, составило 33 043; количество преступлений, зарегистрированных в отчетном периоде, — 26 347; количество преступлений, уголовные дела и материалы о которых окончены расследованием либо разрешены, — 24 659; осталось преступлений (независимо от времени совершения и регистрации), следствие по которым в отчетном периоде впервые приостановлено за нерозыском или неустановлением лиц, подлежащих привлечению в качестве обвиняемых, — 2 392; выявлено лиц, совершивших преступления, — 26 101.

Человек является сложной саморегулируемой системой, способной, в зависимости от сложившейся ситуации, гибко использовать свои возможности для достижения требуемого результата и избегать при этом опасности. Учитывая, что совершение преступления становится возможным благодаря ошибке водителя, обусловленной ситуацией, субъект данных преступлений должен обладать качествами, достаточными для обеспечения безопасности движения⁵. Так, психологи выделяют четыре фактора, обуславливающих способность че-

⁵ Байбарин А.А., Ефимова Е. О. Роль личности и ситуации при совершении дорожно-транспортных преступлений // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия «История и право». 2013. № 4. С. 54—61.

ловека противостоять опасности: чисто биологический, вытекающий из природных свойств человека и проявляющийся в бессознательной регуляции (защита жизни); индивидуальные особенности психического отражения и психических функций человека; опыт человека, его навыки, знания, умения; побуждение к действиям, интересы⁶.

При подготовки профессионального (а иначе — надежного) водителя, полагаем, необходимо добиваться верной оценки водителем сложившейся ситуации, моментального прогноза развития событий и принятия решения, оптимального для того или иного случая. Критериями такой модели поведения должны выступать не только качество профессиональной подготовки, зачастую обусловленной стажем вождения, но и набор психофизиологических особенностей личности: внимательность, концентрированность, самообладание, осторожность, предусмотрительность, развитое чувство интуиции и т.д. Исходя из такого спектра характеристик, возможно судить о «качественности» водителя, способного или не способного совершить ДТП.

Одним из залогов надежности водителя служит его профессиональная подготовка. Современная подготовка водителей в автошколах свидетельствует о снижении качества преподаваемых дисциплин, определенных приказом Министерства образования и науки РФ от 26.12.2013 № 1408 «Об утверждении примерных программ обучения водителей транспортных средств соответствующих категорий и подкатегорий». Изменились как структура подготовки водителей, так и распределение часов, отводимых на изучение тех или иных дисциплин. Стоит отметить, что стремление администрации автошкол к хорошим показателям статистики выпуска обучающихся, а соответственно, рейтингу в условиях конкуренции, приводит к тому, что будущих водителей подготавливают в большей степени лишь к успешному прохождению внутренних экзаменов и испытаний в ГИБДД, нежели к оперативным действиям при опасной ситуации. К примеру,

случается, что при обучении приемам маневрирования ученикам не объясняется принцип действия транспортного средства, а лишь доводится информация о том, сколько оборотов руля следует совершить и при сближении с какими зрительными объектами на автодромах это необходимо начать делать для того, чтобы не задеть ограничитель и успешно продемонстрировать сотрудникам Госавтоинспекции навык, к примеру, параллельной парковки автомобиля.

Сходной точки зрения придерживаются А. И. Петров, А. В. Писцов, Е. Н. Шаповалова, Т. А. Ворошилова, поставившие перед собой задачу дать ответ на вопрос о рациональности распределения времени на профессиональную подготовку между дисциплинами в рамках того баланса времени, который сегодня отводится на обучение, и навыками безопасного управления автомобилем. По результатам проведенного ими социологического опроса среди 193 респондентов, была установлена тенденция по смещению акцентов в понимании важности различных дисциплин при росте стажа управления автомобилем. Так, опытные водители в большей степени, чем начинающие, отмечают важность таких дисциплин, как «Основы управления транспортными средствами» и «Психофизиологические основы деятельности водителя», а постепенное снижение важности дисциплины «Основы законодательства в сфере дорожного движения» обуславливается недооценкой Правил дорожного движения у водителей с высоким стажем, что является следствием накопленного опыта вождения (см. табл.)⁷.

Улучшение качества подготовки будущих водителей, а равно повышение их надежности, является одним из основных начал в деятельности автошкол по предупреждению дорожно-транспортного травматизма.

Однако одними лишь усилиями преподавательского состава, к сожалению, в настоящих условиях дорожного движения не обойтись. Интенсивные темпы автомобилизации в стране, рост числа водителей-новичков заставля-

⁶ Карагачева М. В., Кедич С. И., Ситников В. Л., Старцева К. С. Жизнестойкость и копинг-стратегии — личностные ресурсы водителей // Человек и транспорт. Эффективность. Безопасность. Эргономика : материалы III Международной научно-практической конференции (15—18 сентября 2014 г., Санкт-Петербург). СПб. : ПГУПС, 2014. С. 50—53.

⁷ Петров А. И., Писцов А. В., Шаповалова Е. Н., Ворошилова Т. А. Место и роль водителя транспортного средства в формировании аварийной ситуации // Техника и технологии строительства. 2015. № 4 (4). С. 23—31.

Ответы респондентов о степени важности различных дисциплин, преподаваемых в автошколах (математическое ожидание распределения ответов респондентов), %

ДИСЦИПЛИНА	ГРУППА РЕСПОНДЕНТОВ (КОЛИЧЕСТВО РЕСПОНДЕНТОВ)				
	Обучающиеся в автошколах (26 чел.)	Автолюбители со стажем до 3 лет (33 чел.)	Автолюбители со стажем от 3 до 10 лет (34 чел.)	Автолюбители со стажем более 10 лет (47 чел.)	Работники транспортной отрасли (53 чел.)
Устройство автомобиля	12,1	12,5	14,2	12,3	10,9
Основы законодательства в сфере дорожного движения	26,9	25,4	19,9	19,1	16,2
Основы управления транспортными средствами	18,4	23,3	24,2	25,4	26,7
Основы экономики труда производства	13	5,2	7,9	6,2	6,7
Психофизиологические основы деятельности водителя	19,3	21,4	21,5	22,9	24,9
Первая помощь при ДТП	10,3	12,2	12,3	14,1	14,6

ет многих авторов задуматься о применении таких методик и подходов к исследованию личности водителей, которые помогут в дальнейшем предугадать возможность совершения ими ДТП, так называемую «группу риска». Несомненно, важны исследования в области криминологии и юридической психологии для возможности установления психологических особенностей личности водителя, виновного в совершении ДТП.

Изучение индивидуальных истоков неосторожных преступлений с точки зрения психологии позволило выявить их психологические корни — связь с установками, взглядами, принципами личности, т.е. с ее социальными позициями. Совершение неосторожных преступлений объясняется главным образом такими особенностями человека, как социальная безответственность, недисциплинированность, беспечность, завышенная самооценка, пренебрежительное отношение к выполнению своих должностных обязанностей и правил предосторожности, невнимательность, отсутствие опыта. А значит, при осуществлении мер предупредительного воздействия должны в не меньшей мере учитываться специфика неосто-

рожных преступлений и личность неосторожного водителя.

Личность преступника всегда была одной из центральных проблем всех наук криминального профиля, и попытка ее анализа в механизме преступного поведения делалась многими исследователями не только в области криминологии и уголовно-правовых наук, но и психологии. Она представляет собой сложное структурное понятие. С целью дополнения имеющегося материала по поводу личностных характеристик неосторожных преступников, а также получения новых выводов и разработки положений на их основе, нами было проведено анкетирование 130 лиц, осужденных к лишению свободы за совершение преступлений, предусмотренных ст. 264 УК РФ. По результатам опроса мы пришли к выводу, что лица, привлекаемые к ответственности за преступления, предусмотренные ст. 264 УК РФ, представляют собой активную, трудоспособную часть занятого в производственной сфере населения.

Данные, полученные нами путем анкет-опроса, позволили выявить сходные черты у осужденных в части их готовности к неочи-

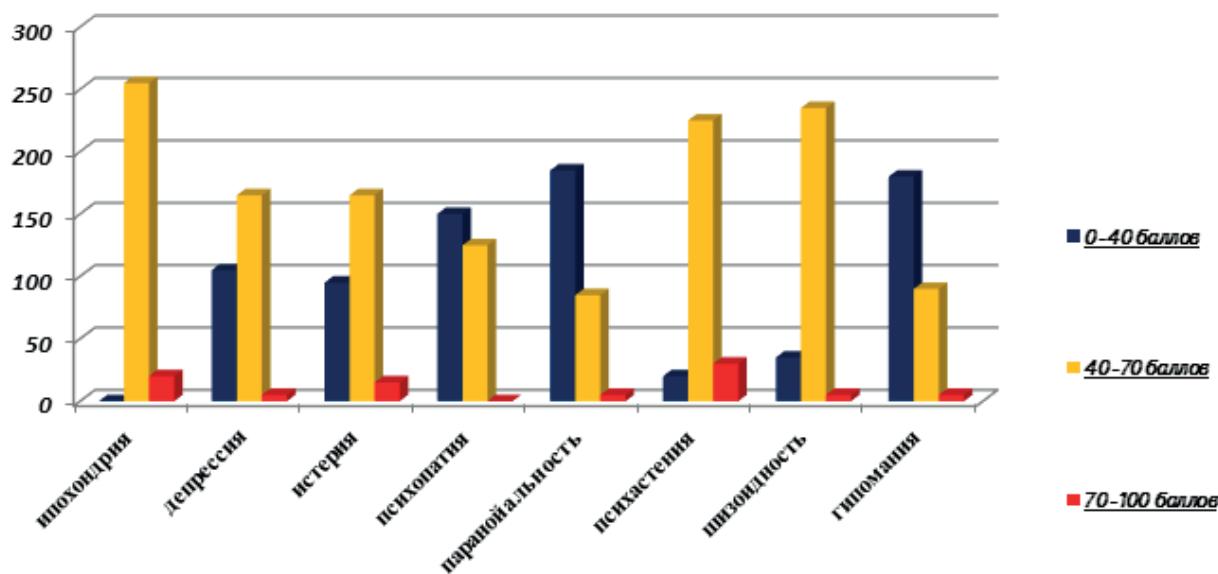
данностям и осмотрительности. Так, результаты свидетельствуют, что большинство водителей, несмотря на отбывание наказания за преступление, предусмотренное ст. 264 УК РФ, до сих пор сохраняют уверенность в себе как в водителе. Так ответили 88 человек из 130 (67,7 %), 38 из них в целом уверены, но признают, что случаются срывы, и только 4 человека (3,1 %) уверены, но не очень. Не нашлось ни одного осужденного, полностью не уверенного в своих силах в качестве водителя транспортного средства. Аналогичные результаты были нами получены при ответе осужденных на вопрос о том, умеют ли они принимать быстрые решения. Анализ вышеуказанных показателей привел нас к выводу о том, что лицо, управляющее автомобилем, является порой не только безответственным, но и излишне самоуверенным в себе, азартным, убежденным в безнаказанности своих действий. Это выражается в так называемом «лихачестве», когда водителю присуще желание показать свое превосходство над другими участниками дорожного движения. Это не только их беспечность и нетерпимость, но и грубая неосторожность, которая способствует возникновению аварийных ситуаций. Водитель часто переоценивает свои способности, оказываясь на деле невнимательным, что влечет неправильную оценку ситуации автодорожного преступления.

Анализ основных социально-демографических особенностей осужденных, опрошенных нами, позволил сформировать портрет лично-

сти дорожно-транспортного преступника. Это мужчина в возрасте 19—30 лет, со среднеспециальным техническим образованием, стаж вождения которого составляет от 5 до 10 лет, управляющий легковым автомобилем чаще в состоянии алкогольного или иного опьянения, ранее разово или неоднократно привлекавшийся к административной ответственности за нарушение ПДД РФ на технически исправном транспортном средстве. Качествами, присущими такому водителю, являются излишняя самоуверенность, а также низкий уровень культуры вождения.

Изучение внутренних психологических факторов личности рассматриваемой категории преступников, на наш взгляд, способно выявить психологическую основу для понимания и разработки дальнейших профилактических мер по предупреждению неосторожной преступности.

Так, разработанный нами в ходе психологического тестирования (ММРІ) психологический «портрет» личности дорожно-транспортного преступника обладает такими свойствами, как: напряженность, тревожность, взрывчатость, эмоциональная неустойчивость, ярко выраженное ощущение вины, эгоцентричность, импульсивность, нетерпеливость, верность своим критериям, гордость своей ценностью, упрямство, выраженное чувство соперничества, враждебность, болтливость, избалованность. Такой водитель пытается привлечь внимание окружающих своей лихой ез-



Баллы осужденных по результатам психологического тестирования ММРІ

дой, желая установить с ними эмоциональные отношения.

В результате проведенного нами опроса осужденных мы выявили типичные психологические свойства личности неосторожного преступника, виновного в автодорожном преступлении. Общие характеристики наиболее распространенных шкал («Гипомания», «Паранойяльность», «Психопатия») свидетельствуют о социальной дезадаптации водителей (см. рисунок).

В экстремальных ситуациях водители с такими характеристиками легко теряются и склонны к эмоциональной, а не рациональной, спокойной реакции на угрозы. Все это приводит к дезорганизованному поведению в аварийной ситуации, увеличению количества ошибок. Поэтому возникло предположение, что, если выделить наиболее значимые факторы влияния в жизни водителя, виновного в ДТП, возможно будет заранее целенаправленно формировать «правильную» среду развития законопослушного гражданина путем ликвидации негативных элементов. Но для такого исследования необходим целый комплекс мероприятий — как проведение анкетирования среди осужденных водителей, так использование психодиагностики, направленной на установление скрытых личностных особенностей, сформированных, к примеру, под влиянием взаимодействия членов семьи.

По результатам проведенного нами психологического тестирования 275 лиц, отбывающих наказание в колонии-поселении за совершение преступлений, предусмотренных ст. 264 УК РФ, возникло предположение в части сходства профилей водителей, ранее никогда не привлекавшихся к уголовной ответственности за ДТП, по психологическому тестированию с уже осужденными за эти преступления — вероятностью совершения ими таких же уголовно наказуемых деяний больше. Иными словами, наличие у водителей сходных черт характера, темперамента, настроения и иных психологических свойств с личностью неосторожного преступника, совершившего дорожно-транспортное преступление, может характеризовать его как «потенциальную угрозу» с отнесением к соответствующей группе риска. Однако для того, чтобы данное суждение стало верным, необходимо сделать всесторонний анализ личности преступника, его психики и нравственной позиции.

Интересно отметить, что нами была установлена взаимосвязь профилей неосторожных преступников и инспекторов отдельного батальона ДПС ГИБДД УМВД России, которые проявили себя как наиболее приближенные по психологическим свойствам к категории неосторожных преступников, совершивших преступления при эксплуатации автомобильного транспорта. Важным является то, что у всех исследованных нами категорий граждан на пике преобладания над нормальными показателями находится шкала «Паранойяльность», которая выступает, по нашему мнению, главной характеризующей составляющей потенциальных неосторожных преступников. Установление именно таких особенностей в психологических профилях лиц позволило нам выявить своего рода группу риска, т.е. потенциальных возможных будущих виновников ДТП.

Изложенное свидетельствует о том, что в условиях глобальной автомобилизации огромное значение приобретает включение в структуру судебно-следственных исследований вопросов, связанных с выявлением психологических и психофизиологических механизмов субъектов преступлений, предусмотренных ст. 264 УК РФ. На наш взгляд, это может не только повысить качество расследования автотранспортных преступлений, но и обеспечить правильность выбора той или иной нормы закона при квалификации содеянного ДТП. В свою очередь, считаем, что такие действия способны в дальнейшем повлиять и на индивидуализацию мер ответственности и наказания неосторожных преступников за данную категорию деяний.

Криминологическое исследование роли ситуации в совершении ДТП в рамках нашего исследования включило в себя не только анализ психологических свойств индивида, но и его этические характеристики. Ведь перед тем как нарушить правила дорожного движения у человека всегда имеется возможность выбора и отказа от противоправного поступка. Разные по объему и масштабу ситуации всегда требуют от водителя принятия конкретных действий, в том числе и уклонения от них. Поэтому немаловажно, по нашему мнению, при назначении судьей наказания обратить внимание и на мировоззренческие взгляды и моральные принципы виновного в автодорожном преступлении. Ведь именно посредством его убеждений и представлений о законном и противоправном поведении делается моральный выбор.

Выбор водителя транспортного средства всегда совершается путем индивидуального решения. Однако это вовсе не предполагает, что поведение человека конструируется независимо от объективности ситуации, а только лишь посредством его внутренней активности. Важно заметить, что все воздействия внешней среды перерабатываются индивидом в соответствии с уже накопленным жизненным опытом, намерениями, склонностями, целями и т.д.

Результат взаимодействия личности в провоцирующей ситуации, а иначе — ситуации выбора, во многом зависит от ее нравственной устойчивости. Данное свойство индивида является существенным, так как оно позволяет ему избирательно относиться к воздействиям объективной действительности и определить линию поведения. Нравственно устойчивый человек имеет возможность не только менять манеру своего поведения, но и ограждать себя от воздействия условий ситуации автодорожного преступления. Устойчивость личности, на наш взгляд, является залогом возможности успешно миновать негативные последствия дорожно-транспортных происшествий. Таким образом, нацеленность на отдаленный результат, в данном случае на предвидение негативных последствий от ДТП, является основой формирования устойчивости водителя. Ведь именно по причине нежелания или неспособности прогнозировать свои действия, в результате постановки своих потребностей и целей выше остальных, совершается большинство автодорожных преступлений.

Разработка нового подхода в уголовной политике, связанного с исследованием психологических особенностей личности водителей транспортных средств, а также с исследованием проблематики эволюции метакогнитивной системы, сформированной под влиянием социальной среды, необходима как исследование способности водителя анализировать собственные мыслительные стратегии и управлять своей познавательной деятельностью, особенно в стрессовых ситуациях, когда в оценке ситуации важна каждая секунда. Несомненно, метакогнитивные схемы позволяют контролировать протекание когнитивных процессов, изменять направление, концентрироваться на чем-то определенном и т.д. Такой подход, по нашему мнению, позволит дать ответ на немаловажный вопрос: «Почему при одинаковом наборе теоретических познаний в области Правил дорожного движения и протекании оди-

наковых когнитивных процессов имеют место быть случаи различного поведения водителей в опасных условиях аварийных ситуаций?».

Для эффективного принятия решений при ДТП и для успешной рационально-поведенческой терапии важны зрелость и сформированность метакогнитивных процессов субъекта, в частности процессов регуляции деятельности. На это, по сути, направлен эффективный коучинг на обучение субъекта самостоятельно осуществлять изменения, учиться, оценивать жизненный опыт и ситуации, модифицировать жизнедеятельностные стратегии. Это означает, что одним из основных механизмов воздействия коуча выступают именно метапознавательные процессы, в особенности целеполагание, рефлексия, принятие решений, оценивание, прогнозирование и т.п.

С помощью метапознавательных механизмов сформулированные общие цели и задачи деятельности связываются и опосредуются четырьмя основными аспектами психической жизни субъекта: когнитивным, эмоциональным, поведенческим и ситуационным (адаптационным). Таким образом, теоретическим основанием коучинга должна выступать комплексная модель метакогнитивных детерминант, включающая изменения, происходящие как на индивидуально-когнитивном, так и на социокогнитивном уровне, поскольку именно взаимодействие этих двух уровней отвечает за успешное освоение субъектом новых сложных форм адаптационного поведения, что крайне важно при сознательном проецировании водителем транспортного средства аварийных ситуаций.

Подробно об этом подходе к исследованию указывается в Транстеоретической модели изменений (ТМИ), которая верно определяет три базовых — метакогнитивных по своей структуре компонента сознания, несущих основную нагрузку и изменяющихся в процессе глубоких личностных трансформаций: процессы принятия решений, самосознание и привычные когнитивные схемы. Изучение и анализ процесса таких изменений в личности неосторожных преступников имеет принципиально важное значение и представляет собой сложный континуум, включающий в себя последовательно сменяющиеся стадии изменений: резистентность, готовность, изменения, закрепление новых социокогнитивных конструктов. Регуляторами этого процесса выступают рефлексивные механизмы самомониторинга, самооценива-

ния и «самореагирования» — процесса, направленного на изменение когнитивных схем в ответ на изменение связанных с ними или ключевых компонентов сознания. При этом рефлексивные процессы рассматриваются как необходимые для успешного личностного развития и роста субъекта и, таким образом, подлежащие развитию и формированию.

Если принять точку зрения о том, что средовые влияния действуют на способности водителей через метакогнитивную систему, то станет ясно, почему существующие на сегодняшний день методики подготовки водителей не так совершенны, как, собственно, и система профилактических мероприятий, проводимых органами государственной власти. Она ориентирована в основном на ликвидацию условий совершения ДТП, но никоим образом не на их причину — действия водителя транспортного средства, предпринятые в результате ложной или ошибочно заложенной метакогнитивной стратегии, которая отвечает за рефлекторную (мышечную) реакцию в аварийных условиях. Это обуславливает необходимость подготовки новых подходов в образовательном процессе для указанной категории лиц с целью недопущения совершения новых преступлений, которые являются одной из планируемых для решения задач в рамках нашего исследования.

Идея подготовки на законодательном уровне предложений по внедрению в деятельность органов ГИБДД практики проведения психологического тестирования водителей транспортных средств перед выдачей прав на управление автомобилем, а также при замене таковых, к сожалению, до сих пор пока не нашла отражения в деятельности указанных структур, несмотря на успешное функционирование, к примеру, при приеме на работу в органы государственной власти, органы, отвечающие за состояние безопасности населения от преступных посягательств. Данное предложение интересно и заслуживает внимания, так как оно неразрывно связано с возможностью получения достоверных и полных данных, касающихся «профиля» неосторожного преступника. Действие программы связано с разработкой следующих стадий ее осуществления:

1. Психологический анализ особенностей личности граждан, претендующих на получение водительских прав, а также тех водителей, права которых подлежат, согласно законодательству, замене ввиду окончания срока действия.

2. Создание единой архивной базы результатов исследования, включающей систематизацию сходных по качеству и количеству признаков психологических особенностей личности, полученных в ходе обязательного тестирования.
3. Незамедлительное психологическое тестирование лиц, осужденных за совершение дорожно-транспортных преступлений, при условии, если они являлись предыдущими респондентами и проходили тестирование, будучи еще невиновными.
4. Анализ и сравнительная характеристика профилей осужденных за ДТП лиц и профилей этих же лиц, ранее не привлекавшихся к ответственности.
5. Подготовка выводов, касающихся эволюции психических особенностей профилей водителей до и после совершения ДТП. Установление единых факторов средового влияния на развитие копинг-стратегий, приведших к ошибочному поведению водителя. Решение проблемы высокого уровня не только дорожно-транспортной преступности в России, но и неосторожной преступности в целом (связанной с выполнением профессиональных обязанностей и функций), возможно, на наш взгляд, только при такой успешной поэтапной реализации стадий методики психологического тестирования личности правопослушного водителя в сравнении с личностью преступника, формировавшегося под условиями социальной среды. Несомненно это широкомасштабная работа, однако она необходима для истинного установления единого профиля неосторожного преступника.

Диагностика особенностей личности является сложным процессом, требующим комплексного подхода. Проблему психофизиологического отбора и надежности профессиональной деятельности водителей и их кандидатов возможно решить только путем внедрения разработанного диагностического комплекса. Результаты исследований многих авторов говорят о назревшей необходимости включения в систему отбора водителей вместе с медицинским обследованием психологической диагностики, что должно способствовать предотвращению аварийных ситуаций на дорогах, а равно уменьшению экономических потерь.

Сторонником нашей теории выступают О. А. Панченко, М. В. Гаража, В. В. Плохих. Про-

ведя свое психодиагностическое исследование, они также пришли к выводу о наличии нарушений обследуемых в области когнитивной, эмоциональной сферы и темперамента. Лица с нарушениями анализируемых показателей составляют группу риска и склонны к ошибочным действиям, особенно в критических, аварийных ситуациях⁸.

Вызывает интерес в рассматриваемой области знаний разработка В. Е. Петрова. В целях совершенствования форм, методов и методик изучения личности водителя, прогнозирования стиля управления транспортным средством в сотрудничестве с ООО «Инновационные психотехнологии», ЗАО «Научно-производственный центр “ДИП”» в настоящее время НИЦ БДД МВД России осуществляется разработка инновационного диагностического инструментария — личностного опросника оценки надежности водителя (ЛООНВ, рабочее название). Основными требованиями, предъявляемыми к данной методике, являются: возможность оценки диагностически значимых индивидуально-психологических характеристик, связанных с надежностью управления транспортным средством, высокие психометрические характеристики; компактность; технологичность применения. В настоящее время НИЦ БДД МВД России проведено пилотажное исследование по теме диагностики склонности личности к опасному вождению, осуществляется подготовка к масштабному (комплексному лонгитюдному) эксперименту по психометрической проверке разрабатываемого диагностического инструментария⁹. На наш взгляд, такие результаты исследований могут быть использованы в деятельности автошкол, реализующих подготовку кандидатов в водители, что может отразиться на снижении числа дорожно-транспортной преступности и спрогнозировать новые дорожные происшествия.

Одним из критериев надежности водителей является стрессоустойчивость, определяющая манеру поведения в условиях аварийной ситуации. Именно от нее во многом зависит контрольное число ошибок, совершаемых водите-

лем, приводящих к совершению ДТП. Ведь, как известно, в условиях стресса личность ведет себя по-разному, резко снижается осознанность своих действий, что исключает эффективное управление транспортным средством. Так, Р. М. Грановская отмечает: «Психическое напряжение, неудачи, срывы, страх, чувство опасности являются наиболее разрушительными стрессорами для человека. Они, кроме физиологических изменений, приводящих к соматическим заболеваниям, порождают психические следствия эмоционального перенапряжения — неврозы»¹⁰. В связи с этим становится жизненно важной подготовка стрессоустойчивого водителя.

Стресс — это напряжение организма в момент действия раздражителя. Стресс достаточно многогранен и вызывается не только отрицательными эмоциями, но и положительными. И те, и другие оказывают воздействие на организм человека.

Возникновению стресса всегда сопутствуют паника, оцепенение, ухудшение памяти. Так, средствами на пути к развитию устойчивости организма от стресса могут служить: правильное питание, здоровый образ жизни, физические нагрузки, положительные взаимоотношения с людьми, профессиональная подготовка и переподготовка.

Возможным решением такой проблемы могут стать специально разработанные тренажеры в автошколах, фиксирующие психологические показатели личности в нормальных условиях и имитированных условиях стресса. Во-первых, такие тренажеры будут способствовать систематизации и пополнению знаний об особенностях реакции водителей на стрессоры, что даст развитие новым научным исследованиям. Во-вторых, систематическое участие водителя в стрессовых ситуациях дорожно-транспортного происшествия поможет выработке реакции реагирования, оценки, восприятия и правильного разрешения аварийной ситуации. Такие автотренажеры могут сыграть положительную роль не только при подготовке молодых водителей, но и при переподготовке

⁸ Панченко О. А., Гаража М. В., Плохих В. В. Психологические критерии надежности профессиональной деятельности водителей автомобильного транспорта // Актуальные проблемы транспортной медицины. 2012. № 3. С. 60—63.

⁹ Петров В. Е. Методика психологической диагностики надежности водителя по управлению транспортным средством // Вестник Всероссийского института повышения квалификации сотрудников МВД России. 2015. № 4 (36). С. 91—96.

¹⁰ Грановская Р. М. Элементы практической психологии. СПб., 2000. 237 с.

водителей со стажем, содействуя в выработке индивидуальных рекомендаций по безопасной манере вождения. Такой тренажер благоприятно отразится на уровне внимания, памяти, реакции; поможет развить устойчивость процесса восприятия в условиях ДТП; повысит эффективность подготовки будущих автолюбителей.

Таким образом, мы пришли к выводу о том, что уровень дорожно-транспортной преступности в России остается крайне высоким, как и число пострадавших от нее. Экономические затраты государства в условиях широкой автомобилизации и постоянного прироста количества водителей транспортных средств достаточно велики, однако не дают ожидаемого результата. Наиболее остро стоит проблема детского дорожно-транспортного травматизма. Наряду с использованием современных технических устройств по обнаружению дорожно-транспортных нарушений, сформированной законодательной базы, активной пропаганды среди общественности правил безопасности на дорогах страны, необходимо начать бороться с главной причиной ДТП — ошибкой человека, заключающейся в его неправильных действиях, что невозможно представить без использования психологических приемов диагностики особенностей личности водителя.

Использование в работах властных структур результатов исследований метакогнитивных схем личности позволит впервые взглянуть на

проблемы автодорожной преступности с позиции приоритета личности, раскрыть механизм того, как они формируются и развиваются с учетом информационного потока, объяснить причину различного «срабатывания» метакогнитивных стратегий (ошибочных в первую очередь).

Установление факторов негативного влияния социальной среды на развитие метапознания водителя позволит разработать единую методику создания «правильной» среды, при которой будут срабатывать только эффективные схемы, что станет залогом успеха как в предотвращении дорожно-транспортных преступлений, так и в обогащении знаний в адаптации водителя при следующих возможных аварийных ситуациях. Разработка новой концепции уголовной политики России в сфере предупреждения ДТП позволит существенным образом затронуть в дальнейшем вопрос уголовной ответственности лиц, намеренно создающих провоцирующие условия, в том числе находящихся в болезненном состоянии, однако при определении всех признаков опасной манеры вождения. Предполагается, что расширение теоретических знаний о личности неосторожных преступников, получение новых знаний в области решения проблем эволюции метакогнитивных схем личности преступника и средового влияния на них позволят разработать новые копинг-стратегии. Они станут верными средствами самоконтроля водителя в стрессовых ситуациях.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Акишин А. А., Лопарев А. В. Основные причины и условия возникновения ДТП на территории России в 2014 году. Тяжесть последствий от ДТП // Инновационные технологии в науке и образовании. — 2015. — № 3. — С. 354—356.
2. Байбарин А. А., Ефимова Е. О. Роль личности и ситуации при совершении дорожно-транспортных преступлений // Известия Юго-Западного государственного университета. — Серия «История и право». — 2013. — № 4. — С. 54—61.
3. Грановская Р. М. Элементы практической психологии. — СПб.: Речь, 2000. — 237 с.
4. Карагачева М. В., Кедич С. И., Ситников В. Л., Старцева К. С. Жизнестойкость и копинг-стратегии — личностные ресурсы водителей // Человек и транспорт. Эффективность. Безопасность. Эргономика: материалы III Международной научно-практической конференции (15—18 сентября 2014 г., Санкт-Петербург). — СПб.: ПГУПС, 2014. — С. 50—53.
5. Панченко О. А., Гаража М. В., Плохих В. В. Психологические критерии надежности профессиональной деятельности водителей автомобильного транспорта // Актуальные проблемы транспортной медицины. — 2012. — № 3. — С. 60—63.
6. Петров А. И., Писцов А. В., Шаповалова Е. Н., Ворошилова Т. А. Место и роль водителя транспортного средства в формировании аварийной ситуации // Техника и технологии строительства. 2015. № 4 (4). — С. 23—31.
7. Петров В. Е. Методика психологической диагностики надежности водителя по управлению транспортным средством // Вестник Всероссийского института повышения квалификации сотрудников МВД России. — 2015. — № 4 (36). — С. 91—96.

Материал поступил в редакцию 2 марта 2017 г.

NECESSITY TO RESEARCH THE EVOLUTION OF META-COGNITIVE ASPECTS OF INDIVIDUAL DRIVERS IN EMERGENCIES

YAKOVLEVA Elena Olegovna — PhD in Law, sSenior Lecturer of the Department of Criminal Law, Southwest State University
pragmatik-alenka@yandex.ru
305040, Russia, Kursk oblast, Kursk, ul. 50 let Oktyabrya, d. 94

Abstract. *The author conducts a statistical analysis of current data on road traffic crime. It is established that a high number of committed accidents have a devastating impact not only on the economic component of the country, but also on the level of child road traffic injuries.*

Despite the trend of reducing the number of road accidents and number of the injured, the level of accidents in the country remains high. That is why eliminating the risks of road traffic injuries, according to the author, should be based not only on public efforts, but also on a stable legislative framework.

It is established that the man is a complex self-regulating system able, depending on the situation, to use their innerr resources in a flexible manner to achieve the desired result and avoid the danger. One of the keys to reliability is professional training. Therefore, in the implementation of preventive measures it is necessary to take into account the specifics of negligent crimes and the identity of the driver.

The analysis of the main socio-demographic characteristics of prisoners enabled the author to form a portrait of a traffic offender personality. The author suggests that if to single out the most important factors of influence in the life of the driver responsible for the accident, it will be possible to purposefully form the "correct" environment for the development of a law-abiding citizen through the elimination of negative elements.

The development of a new approach in the penal policy, associated with the study of the psychological characteristics of the individual vehicle drivers and also with the study of problems of evolution of the meta-cognitive system, formed under the influence of the social environment, requires to research the ability of the driver to analyze their own thinking strategies and to manage their cognitive activities, particularly in stressful situations, when every second counts for the assessment of the situation.

Thereby having determined the need for further research from the standpoint of the evolution of meta-cognitive aspects of the criminal personality formed under the influence of the external environment in dangerous situations, the author concludes that the extension of such theoretical knowledge will allow scientists to develop new coping strategies that would be a surefire means of control by the driver himself in stressful situations.

Keywords: *injuries, driver, situation, road traffic offences, meta-cognitive aspects, coping strategies.*

REFERENCES

1. Akishin, A. A., Loparev, A. V. The Main Causes and Conditions for Emergence of Road Accidents in the Territory of Russia in 2014. The Severity of the Consequences from a Road Accident // Innovative Technologies in Science and Education. 2015. No. 3. — P. 354—356.
2. Baybarin, A.A., Efimova, E.O. Role of Personality and Situation in the Commission of Road Offences // Proceedings of the Southwest State University. Issue: History and Law. 2013. No. 4. P. 54—61.
3. Granovskaya, R.M., Elements of Practical Psychology. Spb.: Speech, 2000. — 237 p.
4. Karagacheva, M.V., Kedich, S.I., Sitnikov, V. L., Startseva, K. S. Resilience and Coping Strategies — Drivers' Personal Resources / Employees and Vehicles. Efficiency. Security. Ergonomics: Proceedings of the III International Scientific Practical Conference (15—18 September 2014, Saint Petersburg). St. Petersburg, PGUPS, 2014. — P. 50—53.
5. Panchenko, O.A., Garazha, M.V., Plokhikh, V. V. Psychological Criteria of Reliability of Professional Activity of Drivers of Motor Transport // Actual Problems of Transport Medicine. 2012. No. 3. — P. 60—63.
6. Petrov, A. I., Pistsov, A. V., Shapovalova, E. N., Voroshilova, T. A. Place and Role of the Driver of the Vehicle in the Formation of Emergency // Engineering and Construction Technology. 2015. № 4(4). — P. 23—31.
7. Petrov, V. E. Methods of Psychological Diagnostics of the Reliability of the Driver on the Vehicle // Vestnik of the all-Russian advanced training Institute of Ministry of interior of Russia. 2015. № 4 (36). — P. 91—96.

Лун Чанхай*,
А. И. Коробеев**,
А. И. Чучаев***

УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС КНР: СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ В ПРОЦЕССЕ РЕАЛИЗАЦИИ (К 20-ЛЕТИЮ СО ДНЯ ПРИНЯТИЯ)

Аннотация. Статья посвящена 20-летию принятия Уголовного кодекса КНР — второго УК в истории социалистического Китая. В ней дается характеристика Общей, Особенной и Дополнительной его частей, при этом особое внимание уделяется особенностям соответствующих уголовно-правовых норм, отражающим китайскую специфику уголовно-правового регулирования ответственности за совершение преступлений. Осуществлен анализ изменений и дополнений УК КНР за прошедшие 20 лет его действия, выявлены основные тенденции уголовной политики Китая, нашедшие отражение в процессе совершенствования уголовного законодательства, показаны причины, по которым вносятся поправки в УК КНР (необходимость усиления роли уголовного права в противодействии криминальным вызовам современности; увеличения количества уголовно-правовых запретов, их конкретизации; гуманизации уголовного законодательства, смягчения уголовного наказания).

В приложении дается извлечение из УК КНР гл. 4, интегрирующей нормы о преступлениях против прав личности и демократических прав граждан.

Ключевые слова: Китай, УК 1979 г., УК 1997 г., структура Кодекса, Общая и Особенная части, Дополнительная часть, характеристика, уголовно-правовое регулирование, особенности, изменения и дополнения УК, тенденции, причины.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.128-142

© Лун Чанхай, Коробеев А. И., Чучаев А. И., 2018

* Лун Чанхай, доктор юридических наук, профессор Университета Внутренней Монголии КНР
longchanghai@yandex.ru

010021, Китай, Административный район «Внутренняя Монголия», г. Хух-Хото, ул. Дасею, д. 235

** Коробеев Александр Иванович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Дальневосточного федерального университета, заслуженный деятель науки РФ

akorobeev@rambler.ru

690091, Россия, г. Владивосток, ул. Суханова, д. 8

*** Чучаев Александр Иванович, доктор юридических наук, профессор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

toksha1@rambler.ru

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

УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС 1997 г.: ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА

Действующий Уголовный кодекс Китая принят 14 марта 1997 г. на 5-й сессии Всекитайского собрания народных представителей 8-го созыва; 1 октября 1997 г. он вступил в законную силу, став вторым Уголовным кодексом в истории Китайской Народной Республики.

Первый УК КНР, принятый в 1979 г., начавший действовать с 1 января 1980 г.¹, представлял собой типичный образец социалистического уголовного законодательства. Кодекс основывался на идеях марксизма-ленинизма с учетом его «китайской специфики», опыте других стран социалистического лагеря (СССР, Монголии, Болгарии, Польши, Чехословакии и др.). Во многих его положениях подчеркивался классовый характер уголовно-правового регулирования (например, использование при разработке норм Общей части концептуальных идей, выработанных теоретиками социалистического права вообще и уголовного права в частности, выделение целой группы так называемых контрреволюционных преступлений и др.)².

Наряду с Кодексом, по сути, на протяжении всего времени его существования действовали самостоятельные нормативные акты, регламентирующие отдельные направления борьбы с преступностью. Так, применялись Временные правила назначения наказания за преступления военнослужащих против служебного долга; решение о применении сурового наказания за преступления, связанные с причинением серьезного вреда экономике; Дополнительные установления за взяточничество и коррупцию и др. «В силу многообразия источников уголовного права уголовное законодательство КНР постоянно “разбухало”, становилось труднообозримым, противоречивым и коллизионным. Менялись и экономические реалии в стране. Этим и была продиктована необходимость проведения еще одной кодификации уголовного законодательства»³.

Следует сказать, что УК 1997 г., в целом также базируясь на принципах социалистическо-

го уголовного права, смягчил идеологическую направленность многих положений, в ряде случаев отказался от чрезмерно пропагандистской риторики. Например, в Кодекс не вошла фраза, которая была в предыдущем УК: «Уголовный кодекс Китайской Народной Республики разработан на основе руководящего курса марксизма, ленинизма, идей Мао Цзедуна», не используется термин «контрреволюционные преступления» и др.

Общая часть УК охватывает традиционные сферы регулирования, определяет задачи уголовного законодательства (причем перечень объектов, охраняемых уголовно-правовыми средствами, стал более упорядоченным и, главное, уже охватывает частную собственность граждан), действие уголовного закона во времени и в пространстве, понятие преступления, виды наказаний и т.д. Эти положения в принципе сформулированы в духе общепринятых в мировой практике традиций. Поэтому более интересным представляется выделение в уголовно-правовом регулировании китайской специфики. Так, УК КНР содержит норму, в которой дается легальное толкование ряда понятий, используемых в законе: общественная и частная собственность, государственный работник, работник органов юстиции, тяжкое телесное повреждение, главарь преступления и др.

Уголовный кодекс не знает нормы об экстрадиции, отказался от института так называемой контролируемой аналогии (она заключалась в том, что вынесенный на основе аналогии закона приговор подлежал обязательному утверждению Верховным народным судом КНР). Несомненной оригинальностью отличается положение, согласно которому «глухонемому либо слепому, совершившему преступление, может быть назначено более мягкое наказание или наказание ниже низшего предела либо его можно освободить от наказания» (ст. 19 УК).

Из обстоятельств, исключających преступность деяния, Уголовному кодексу Китая известны лишь два: необходимая оборона (ст. 20) и крайняя необходимость (ст. 21).

Стадии совершения преступления подразделяются только на приготовление и покуше-

¹ Первые попытки кодификации уголовного законодательства были предприняты в Китае в 1957 г. Они оказались неудачными. Уголовный кодекс так и не был создан; его проект, в целом основанный на УК РСФСР 1926 г., не был принят.

² См.: Уголовный кодекс Китая // КНР. Конституция и законодательные акты / пер. с кит. М., 1984.

³ Общая характеристика Уголовного кодекса Китая // Уголовный кодекс Китая / под ред. А. И. Коробеева, А. И. Чучаева; пер. с кит. Хуана Даосю. М., 2017. С. 8.

ние, оконченное преступление в Кодексе не упоминается, и его понятие не дается.

Для описания соучастия законодатель использует классическую формулу, однако при этом, например, в отличие от УК РФ, не упоминает форму вины совершаемого преступления, вместо этого в норме закреплено положение, которое по своей сути отражает неосторожное сопричинение: «Двое и более лиц, совместно совершивших преступление по неосторожности, не рассматриваются как соучастники преступления. Если они подлежат уголовной ответственности, то должны подвергнуться наказанию отдельно в соответствии с совершенными ими преступлениями» (ст. 25 УК). Впервые в Кодекс включены положения, касающиеся преступной группы и ответственности главного преступника (главаря) за организацию и руководство таковой (ст. 26).

Примечательной особенностью УК Китая является своеобразная трактовка правовых последствий добровольного отказа. В соответствии со ст. 24 УК добровольный отказ от совершения преступления не исключает уголовную ответственность, а лишь освобождает от наказания.

В Кодексе появился ранее не известный законодательству Китая институт уголовной ответственности юридических лиц. Он охватывает всего две статьи Общей части. В первой (ст. 30) говорится: «За деяние, совершенное компанией, предприятием, учреждением, органом, общественной организацией и рассматриваемой законом как корпоративное преступление, должна наступать уголовная ответственность»; во второй (ст. 31) сформулировано положение о наказании юридических лиц. В качестве единственного вида наказания назван штраф. К уголовной ответственности юридические лица привлекаются лишь в случаях, когда об этом прямо указано в статьях Особенной части УК (их перечень достаточно обширен) или в отдельных законах. При этом уголовная ответственность «непосредственных руководителей и непосредственно ответственных лиц» наступает на общих основаниях.

Уголовный кодекс Китая не содержит ни понятия уголовного наказания, ни характеристики его целей; в гл. 3 УК даются лишь его система и виды наказания. К последним относятся: надзор, арест, срочное лишение свободы, пожизненное лишение свободы, смертная казнь. Дополнительными наказаниями являются:

штраф, лишение политических прав, конфискация имущества. К иностранным гражданам, совершившим преступление в Китае, в качестве самостоятельной или дополнительной меры наказания может применяться высылка из страны.

В УК Китая есть своеобразная норма, аналогов которой никогда не было в российском законодательстве. Согласно ст. 100 УК «лица, в соответствии с законом подвергнувшиеся уголовному наказанию, при поступлении на работу, военную службу должны правдиво сообщать в соответствующие органы, что подверглись уголовному наказанию». Однако надо иметь в виду, что в УК 1997 г. нет нормы, регламентирующей погашение и снятие судимости (ее не было и в УК 1979 г.), следовательно, обязанность информировать соответствующие инстанции о понесенном уголовном наказании за ранее совершенное преступление лежит на гражданине КНР пожизненно.

Особенная часть УК 1997 г., по сравнению с УК 1979 г., по вполне объяснимым причинам претерпела наибольшие изменения. В первую очередь они коснулись ее системы. Если *Особенная часть* УК 1979 г. состояла из 8 глав, объединявших 103 статьи, то в УК 1997 г. насчитывается уже 10 глав, интегрирующих более 374 статей (с учетом дополнительно принятых). Обращает на себя внимание и то, что в Уголовном кодексе не только появились новые главы, ранее не известные уголовному законодательству Китая (например, «Преступления против интересов обороны страны» — гл. 7; «Коррупция и взяточничество» — гл. 8; «Преступления военнослужащих против воинского долга» — гл. 10), но в ряде случаев изменилась и сама структура некоторых глав, в частности в них появились параграфы, объединяющие близкие по своему содержанию уголовно-правовые нормы.

Открывается *Особенная часть* традиционной для уголовного законодательства социализма главой «Преступления против государственной безопасности». Такой подход к определению законодательных приоритетов не случаен. «На протяжении всего периода реформ ассоциируемая с безопасностью страны политическая стабильность играет важную роль в приоритетах китайского руководства. Власти убеждены, что преступления против государственной безопасности серьезно подрывают устои общества, создают большие препятствия на пути социально-экономических

преобразований, в корне противоречат интересам народных масс»⁴.

Кроме указанных выше, в Особенной части УК КНР выделены также следующие главы:

- 1) «Преступления против общественной безопасности» — гл. 2;
- 2) «Преступления, связанные с нарушением экономического порядка социалистического рынка» — гл. 3;
- 3) «Преступления против личности и демократических прав граждан» — гл. 4;
- 4) «Преступления против собственности» — гл. 5;
- 5) «Преступления против порядка управления и общественного порядка» — гл. 6;
- 6) «Преступления против обороны страны» — гл. 7;
- 7) «Коррупция и взяточничество» — гл. 8;
- 8) «Должностные преступления» — гл. 9;
- 9) «Преступления военнослужащих против воинского долга» — гл. 10.

Особенная часть УК КНР показывает, что сфера уголовной репрессии в современном Китае расширилась, криминализационные тенденции возобладали над декриминализационными. Но вряд ли можно признавать эти тенденции однозначно негативными. Дело в том, что необходимость расширения до известных пределов сферы уголовной ответственности может быть вполне оправдана целым рядом причин, среди которых можно назвать:

- а) выявившиеся на практике пробелы в уголовной наказуемости;
- б) появление новых общественных отношений, нуждающихся в уголовно-правовой защите, или новых общественно опасных деяний, требующих уголовно-правовых средств противодействия им;
- в) заключение международных соглашений, в которых участвует государство;
- г) укрепление гарантий защиты конституционных прав и свобод граждан;
- д) целесообразность выделения специальных составов из общих.

Таким образом, можно признать, что законодатель всего лишь отразил потребности государства в установлении в изменившихся условиях круга уголовно-правовых запретов. Другое дело, насколько при этом были учтены и соблюдены все требования, предъявляемые к процессу криминализации на всех его этапах,

насколько совершенными оказались сформулированные уголовно-правовые новеллы, насколько они адекватны тем потребностям, которые вызвали их к жизни.

Содержательный анализ Особенной части УК КНР показывает, что современное уголовное законодательство Китая по широте охвата им круга охраняемых общественных отношений и глубине проработки соответствующих уголовно-правовых норм выгодно отличается не только от аналогичных разделов уголовных кодексов стран социализма (КНДР, Вьетнама), но и экономически развитых стран Азиатско-Тихоокеанского региона (Японии, Республики Корея). Многие аспекты уголовно-правовой борьбы с преступлениями в сфере экономической деятельности в УК Китая регламентированы гораздо более всесторонне и детально, чем это сделано в уголовном законодательстве ряда ведущих экономических держав мира.

Дополнительная часть как структурный элемент уголовного кодекса встречается достаточно редко. В УК Китая она охватывает два приложения. Согласно первому из них приняты Постоянным комитетом Всекитайского собрания Народных Представителей Китайской Народной Республики правила, дополнительные установления и решения, включенные в Кодекс или уже не применяемые, со дня вступления в действие Кодекса утрачивают силу (приведен их полный список). Во втором приложении дан перечень дополнительных установлений и решений, которые продолжают действовать, но лишь в части, касающейся административных наказаний и административных мер; в части же, касающейся положений, включенных в Кодекс, утрачивают силу.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ УК: ОБЩИЕ СВЕДЕНИЯ

За время действия УК в Китае произошли существенные изменения, в первую очередь в экономической сфере. Кроме того, трансформировалась преступность, поэтому законодательство необходимо было привести в соответствие с имеющимися социальными реалиями.

Первые дополнения и изменения (согласно китайской терминологии — поправки) были внесены в УК 29 декабря 1998 г., последняя — 4 ноября 2017 г. При этом следует учесть, что

⁴ Ахметшин Х. М., Ахметшин Н. Х., Петухов А. А. Современное уголовное законодательство КНР. М., 2000. С. 53.

наряду с изменениями и дополнениями Уголовного кодекса законодателем за указанное время принято 13 легальных комментариев к отдельным уголовно-правовым нормам.

Таким образом, законодатель Китая «вторгается» в уголовное законодательство в среднем менее одного раза в год (наибольший интервал принятия законодательных новелл составляет 1 646 дней, наименьший — 120 дней)⁵. По мнению китайских ученых, частота изменений Уголовного кодекса находится на достаточно высоком уровне.

Статистика изменений и дополнений УК Китая за 1998—2017 гг. выглядит следующим образом: а) первая поправка затронула 9 статей; б) вторая — 1; третья и четвертая — по 9; пятая — 4; шестая — 21; седьмая — 15; восьмая — 50; девятая — 52; десятая — 1 статью. Кроме того, отдельным уголовным законом изменено 9 статей. Таким образом, более 1/3 норм УК подверглись изменениям и дополнениям.

Можно выделить три основных причины, в связи с которыми принимались меры по изменению китайского уголовного законодательства:

- 1) необходимость усиления роли уголовного права в противодействии криминальным вызовам современности;
- 2) увеличение количества уголовно-правовых запретов, их конкретизация;
- 3) гуманизация уголовного законодательства, смягчение уголовного наказания.

УСИЛЕНИЕ РОЛИ УГОЛОВНОГО ПРАВА В ПРОТИВОДЕЙСТВИИ КРИМИНАЛЬНЫМ ВЫЗОВАМ СОВРЕМЕННОСТИ

Противодействие финансовому кризису. В 1997 г. разразился азиатский финансовый кризис. В связи с этим 29 декабря 1998 г. было принято постановление о наказании за приобретение иностранной валюты обманным путем, утечку ее за границу и незаконную торговлю иностранной валютой. Это постановление сыграло важную роль в противодействии финансовому кризису, предотвращении массового оттока валюты и обеспечении финансовой безопасности Китая. Внесенные в Уголовный кодекс поправки в том числе позволили преодолеть

азиатский финансовый кризис, заложить прочную основу для развития политики реформ.

Противодействие терроризму и экстремизму. Как известно, 11 сентября 2001 г. в США произошли беспрецедентные в мировой истории террористические акты. Терроризм был признан одной из основных опасностей для мировой цивилизации. Для борьбы с этим злом 29 декабря 2001 г. приняты три поправки в Уголовный кодекс (третья, восьмая и девятая), внесшие существенные изменения в уголовно-правовое регулирование ответственности за терроризм и экстремизм. Это, в частности, проявилось в том, что:

1) активизировалась борьба с организаторами и лидерами террористических группировок. За организацию и руководство террористическими организациями усилено наказание — за указанные действия предусмотрено лишение свободы на срок свыше 10 лет либо пожизненное лишение свободы;

2) криминализовано финансирование террористической организации; признаны преступными ряд деяний, сопряженных с терроризмом, как представляющие особую опасность для общества; объявлены преступными выброс фальшивых отравляющих веществ и умышленное распространение ложной информации об акте терроризма; предусмотрена уголовная ответственность за подготовку оборудования, организацию обучения террористической деятельности, контакты с террористическими организациями, находящимися за границей, проведение иных подготовительных действий к совершению терроризма; в уголовно-правовом порядке стали наказываться подстрекательство и принуждение к массовому подрыву национальной системы, принуждение к ношению одежды и знаков, символизирующих терроризм и экстремизм, владение предметами, используемыми в пропаганде терроризма и экстремизма;

3) расширена сфера действия уголовно-правовой нормы об ответственности за отмывание денежных средств, увеличен перечень предикатных деяний для данного состава преступления;

4) терроризм приравнен к рецидивным преступлениям;

5) введены ограничения для смягчения наказания, исключено применение условного

⁵ См. об этом подробно: Чжао Бинжи. Обзор и перспективы китайского законодательства в области уголовного права за последние 20 лет // Правоведение Китая. 2017. № 5. С. 48.

осуждения для лиц, признанных виновными в террористической деятельности.

Коррупция и ее предупреждение. Борьбе с коррупцией в Китае уделяется особое внимание, так как коррупционные преступления угрожают стабильности государственного строя, препятствуют социальному прогрессу, подрывают доверие граждан к государственной власти. Изменения и дополнения Уголовного кодекса в этой части в первую очередь были направлены на совершенствование уголовно-правовых положений о преступлениях, связанных с взяточничеством негосударственных служащих; последние были признаны субъектом получения взятки (при этом действия лица, давшего взятку негосударственному служащему, признается коммерческим подкупом). Кроме того, криминализован подкуп иностранных должностных лиц и сотрудников зарубежных общественных организаций; криминообразующим признаком получения взятки признано использование должностным лицом или негосударственным служащим своего влияния; введено пожизненное лишение свободы за коррупционные преступления при особо отягчающих обстоятельствах.

Усиление охраны прав человека. В условиях социального и экономического развития Китая меняются материальные потребности общества. На XIX Всекитайском съезде КПК основным противоречием в китайском обществе признано несоответствие между «неравномерным и неадекватным развитием» и «постоянно растущими потребностями народа в хорошей жизни». Уголовное право призвано содействовать охране прав человека, в первую очередь права на жизнь и здоровье.

Внесенными в УК Китая поправками ужесточено наказание за ряд деяний, совершаемых в сфере оборота пищевой продукции и медикаментов, изменены (упрощены) требования к доказыванию наличия состава преступления. Особое внимание уделено социально уязвимым группам населения. Это нашло отражение в том, что были признаны преступными организация продажи человеческих органов; применение труда несовершеннолетних на тяжелых работах; жестокое обращение опекуна с опекаемым; организация занятия попрошайничеством детей и стариков; организация участия несовершеннолетних в преступлениях

против общественной безопасности и общественного порядка; уклонение от выплаты заработной платы; содействие в организации проституции и т.д.

Специфичными являются уголовно-правовые запреты, согласно которым уголовной ответственности подлежат лица, злоупотребляющие на экзамене, продающие темы контрольных заданий и ответы на экзаменационные вопросы, участие на экзаменах вместо других лиц и др.

Усилена защита личной информации граждан.

Особо следует остановиться на поправках, принятых в 2015 г. Они направлены на обеспечение равной защиты прав мужчин и женщин в сфере сексуальных отношений. Согласно девятой поправке нарушение сексуальных прав мужчин отнесено к преступлениям против половой свободы и половой неприкосновенности личности.

Киберпреступность и уголовное право. Интенсивное развитие технологий и скорость внедрения инноваций в повседневную жизнь сделали киберпреступность наиболее активно увеличивающейся в структуре преступности, имеющейся в Китае. Это не могло пройти мимо внимания законодателя. Им было принято решение об изменении ряда статей Уголовного кодекса, расширении сферы действия уголовно-правовых норм, включения в составы преступлений новых криминообразующих признаков. Новеллы коснулись статей о незаконном проникновении в компьютерные сети, использовании последней в качестве средства совершения другого преступления, а также о незаконном использовании информационной сети и пособничестве в ее использовании. Усилена уголовная ответственность интернет-провайдеров за сетевую безопасность. Впервые законодательно определен субъект уголовной ответственности за информационное преступление.

УВЕЛИЧЕНИЕ КОЛИЧЕСТВА УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ ЗАПРЕТОВ, ИХ КОНКРЕТИЗАЦИЯ

Отказ УК Китая от контролируемой аналогии и законодательной идеи «не вдаваться в подробности уголовного дела», расплывчатых формулировок составов преступлений⁶ обусловил

⁶ См. об этом подробно: Гао Мин Сюань. Становление и совершенствование уголовного права Китайской Народной Республики. Пекин, 2012.

три направления совершенствования уголовного законодательства: увеличение количества составов преступлений; их детализация; выделение так называемых незначительных преступлений.

Увеличение составов преступлений, конкретизация криминообразующих признаков. Здесь можно выделить два взаимосвязанных аспекта: во-первых, признание новых деяний преступными, что, естественно, влечет увеличение уголовно-правовых запретов. За 20 лет существования УК криминализовано 60 новых деяний, сейчас в УК всего содержится 473 состава преступления. Криминализация в принципе не может быть статичным явлением, законодатель должен реагировать на появление криминальных вызовов, ранее не признававшихся преступными. В противном случае уголовное право не будет отвечать социальным реалиям, а следовательно, не сможет быть действенным инструментом в борьбе с антиобщественными проявлениями. Например, опасная езда и управление транспортным средством в состоянии опьянения стали причиной множества аварий, повлекших за собой человеческие жертвы, причинение потерпевшим вреда здоровью. В связи с этим законодатель посчитал необходимым противодействовать такому поведению средствами уголовного права.

Во-вторых, увеличение составов преступлений обусловлено конструированием специальных составов. По этому пути идет законодательство практически всех стран.

Последнее обстоятельство напрямую связано с конкретизацией и детализацией признаков составов преступлений. Следует отметить, что данное направление совершенствования Уголовного кодекса обеспечивает дальнейшее развитие уголовного законодательства Китая не только с учетом мировых тенденций, но и на основе богатого своеобразного исторического китайского опыта. В качестве примера можно привести ст. 302 УК, подвергшуюся изменениям в результате принятой девятой поправки. Согласно этой статье преступными признавались лишь два деяния: хищение трупа и надругательство над ним. Следовательно, все другие действия с прахом человека не могли влечь уголовную ответственность. Законодатель внес изменения в нее, в результате чего преступными стали признаваться не только указанные

действия, но и умышленное повреждение трупа, останков и праха.

Незначительные преступления, нормы о которых появились в процессе совершенствования УК Китая, — это деяния, наказанием за которые является кратковременное лишение свободы. К числу таковых отнесены три преступления:

- 1) опасная езда;
- 2) использование поддельного удостоверения;
- 3) участие в экзамене вместо другого лица⁷.

ГУМАНИЗАЦИЯ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, СМЯГЧЕНИЕ УГОЛОВНОГО НАКАЗАНИЯ

Развитие китайского законодательства убедительно свидетельствует о его гуманизации, смягчении мер уголовно-правового воздействия.

Трансформация института смертной казни. В Китае велись и ведутся дискуссии о применении такого наказания, как смертная казнь. Согласно выработанной «дорожной карте» вначале будет сокращаться ее применение, а затем предполагается полная отмена данного вида наказания. Надо при этом иметь в виду, что процесс трансформации рассматриваемого института будет достаточно долгим.

В первоначальном варианте УК Китая смертная казнь предусматривалась за 68 преступлений. Восьмой поправкой она была исключена из 13 статей, предусматривающих уголовную ответственность за преступления экономического и ненасильственного характера. В соответствии с девятой поправкой смертная казнь не стала применяться еще за 9 преступлений. Таким образом, сфера применения данного вида наказания практически сократилась на одну треть.

Кроме того, существенно изменились условия назначения смертной казни. Она не может назначаться лицам моложе 18 лет, не приводится в исполнение в отношении беременных женщин и лиц, достигших возраста 75 лет на момент рассмотрения уголовного дела. Из этого правила есть исключение — оно не распространяется на осужденных, признанных виновными в совершении преступлений с особой жестокостью или повлекших за собой смерть потерпевшего.

⁷ См. об этом подробно: Лу Цзяньпин, Лю Чуангао. Тенденции криминализация в контексте верховенства права // Политика и право. 2017. № 4. С. 52.

Законодательством предусмотрена отсрочка реализации смертной казни.

Сохранение смертной казни в законодательстве и судебной практике обусловлено рядом причин, в первую очередь восстановлением социальной справедливости, обеспечением безопасности конкретной личности и общества в целом, национальной безопасности.

Пожизненное лишение свободы; продление срока лишения свободы. В УК Китая сохранилась смертная казнь за совершение таких преступлений, как растрата имущества и взяточничество. Однако на практике этот вид наказания за данные преступления применяется достаточно редко. Смертная казнь заменяется бессрочным (пожизненным) лишением свободы. В отношении лиц, совершивших указанные преступления, может быть применена отсрочка исполнения смертной казни на два года. По истечении срока отсрочки смертная казнь может быть заменена пожизненным лишением свободы (такие осужденные не обладают правом на условно-досрочное освобождение, сокращение срока наказания).

Таким образом, пожизненное лишение свободы является альтернативой смертной казни.

Восьмая поправка ограничила окончательный срок наказания, назначаемого по совокупности преступлений — во всяком случае, он не может превышать 25 лет лишения свободы.

Исправление правонарушителей мерами общественного воздействия; уголовно-правовые предписания и запрет профессиональной деятельности. Восьмой поправкой осуществлена корректировка условий осуществления надзора, создана система исправления правонарушителей мерами общественного воздействия, расширен перечень уголовно-правовых предписаний. К указанным правонарушителям относятся лица, осужденные к надзору, условно осужденные, условно-досрочно освобожденные от отбывания наказания, лишенные политических прав, а также заключенные, получившие право временно отбывать наказание за пределами тюрьмы. Целями применения к ним данных мер являются: социальная изоляция преступника, исключение возможности использования социальных институтов для во-

влечения других лиц в совершение преступлений.

Уголовно-правовые предписания реализуются в отношении двух категорий осужденных: во-первых, приговоренных к наказанию в виде надзора; во-вторых, условно осужденных. Эти предписания представляют собой запрет заниматься определенной деятельностью, посещать общественные места, общаться с конкретными лицами. Согласно девятой поправке УК Китая дополнен запретом занимать определенные должности (на срок от 3 до 5 лет) лицам, осужденным за совершение преступления с использованием служебного положения или за нарушение определенных обязанностей по должности.

В уголовном праве Китае относительно указанных мер не утихают дискуссии⁸. Однако надо иметь в виду, что эти меры отражают тенденцию развития уголовного законодательства, характеризуют замену единой системы уголовных наказаний на систему «двойных санкций» — мер наказания и мер безопасности⁹.

Законодатель, несомненно, продолжит совершенствовать уголовное законодательство, которое будет эффективным средством противодействия преступным угрозам, вбирать в себя все прогрессивное, при этом учитывать специфику Китая, исторический опыт и национальное самосознание.

* * *

Представление о характере законодательства любой страны в принципе можно составить по уголовно-правовым нормам, целью которых являются охрана личности, обеспечение ее прав и законных интересов. Несмотря на то, что глава о преступлениях против указанных социальных ценностей стоит не на первом месте в системе Особенной части УК Китая, это не уменьшает ее потенциал, в чем можно убедиться, обратившись к указанным нормам.

⁸ См. об этом подробно: Лун Чанхай. Уголовно-правовые предписания и обратная сила уголовного закона // Циуши. 2015. № 2. С. 88.

⁹ См. об этом подробно: Лю Женвен. Реформа системы трудовых лагерей // Правоведение. 2013. № 2. С. 8.

УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС КИТАЯ

(ИЗВЛЕЧЕНИЕ)

ГЛАВА 4. Преступления против прав личности и демократических прав граждан**Статья 232**

Умышленное убийство — наказывается смертной казнью, пожизненным лишением свободы или лишением свободы на срок десять и более лет; то же деяние, совершенное при смягчающих обстоятельствах, — наказывается лишением свободы на срок от трех до десяти лет.

Статья 233

Неосторожные действия, приведшие к смерти человека, — наказываются лишением свободы на срок от трех до семи лет; то же деяние, совершенное при смягчающих обстоятельствах, — наказывается лишением свободы на срок до трех лет. Если в настоящем Кодексе имеются иные законоположения, следует руководствоваться ими.

Статья 234

Умышленное причинение вреда здоровью другого человека — наказывается лишением свободы на срок до трех лет, арестом или надзором.

Совершение указанного в части первой настоящей статьи преступления, приведшее к тяжким телесным повреждениям, — наказывается лишением свободы на срок от трех до десяти лет; то же деяние, приведшее к смерти человека или совершенное с особой жестокостью и приведшее к тяжкому увечью, — наказывается лишением свободы на срок десять и более лет, пожизненным лишением свободы или смертной казнью. Если в настоящем Кодексе имеются иные законоположения, следует руководствоваться ими.

Статья 234-1

Организация продажи человеческих органов — наказывается лишением свободы на срок до пяти лет; то же деяние, совершенное при отягчающих обстоятельствах, — наказывается лишением свободы на срок пять и более лет со штрафом или конфискацией имущества.

Изъятие органов человека без согласия самого носителя или изъятие органов человека, не достигшего восемнадцати лет, или принуждение других лиц к выдаче органов, или совершение тех же деяний путем обмана — наказываются в соответствии со статьями 234 и 232 настоящего Кодекса.

Изъятие органов трупа вопреки воле, выраженной покойным при жизни, или изъятие ор-

ганов трупа без согласия, выраженного покойным при жизни, в нарушение соответствующих правил государственных органов или вопреки воле близких родственников покойного — наказывается в соответствии со статьей 320 настоящего Кодекса.

Статья 235

Причинение по неосторожности тяжкого телесного повреждения другому человеку, — наказывается лишением свободы на срок до трех лет или арестом. Если в настоящем Кодексе имеются иные законоположения, следует руководствоваться ими.

Статья 236

Изнасилование женщины, совершенное с применением насилия, угроз, принуждения и другими способами, — наказывается лишением свободы на срок от трех до десяти лет.

Половое сношение с малолетней расценивается как изнасилование и наказывается более строго в пределах санкции предыдущей части настоящей статьи.

При наличии любого из нижеперечисленных обстоятельств изнасилование женщины или половое сношение с малолетней — наказываются лишением свободы на срок десять и более лет, пожизненным лишением свободы или смертной казнью:

- 1) изнасилование женщины или половое сношение с малолетней, совершенные с особой жестокостью;
- 2) изнасилование двух и более женщин или половое сношение с двумя и более малолетними;
- 3) публичное изнасилование женщины в общественном месте;
- 4) поочередное изнасилование женщины, совершенное двумя и более лицами;
- 5) причинение потерпевшей тяжкого телесного повреждения, наступление в результате изнасилования смерти или иных серьезных последствий.

Статья 237

Развратные действия в отношении женщины или оскорбление женщины путем насилия, угроз или иными способами — наказываются лишением свободы на срок до пяти лет или арестом.

Указанные в части первой настоящей статьи преступления, совершенные публично, или в общественном месте, или при иных отягчающих обстоятельствах, — наказываются лишением свободы на срок пять и более лет.

Развратные действия в отношении ребенка — наказываются более строго в пределах

санкций частей первой и второй настоящей статьи.

Статья 238

Незаконное задержание другого лица или иными способами незаконное лишение другого лица личной свободы — наказываются лишением свободы на срок до трех лет, арестом, надзором или лишением политических прав. Те же деяния при наличии обстоятельств, связанных с побоями, оскорблениями, — наказываются более строго в пределах санкции.

Преступления, предусмотренные частью первой настоящей статьи, повлекшие тяжкое телесное повреждение, — наказываются лишением свободы на срок от трех до десяти лет; те же деяния, повлекшие смерть человека, — наказываются лишением свободы на срок десять и более лет. Причинение человеку увечья, смерти с применением насилия — квалифицируется и наказывается в соответствии со статьями 234 и 232 настоящего Кодекса.

Незаконные арест, задержание другого лица в целях востребования и получения долга — наказываются в соответствии с частями первой и второй настоящей статьи.

Преступления, предусмотренные частями первой, второй и третьей настоящей статьи, совершенные работниками государственных органов с использованием служебного положения, — наказываются более строго в пределах санкций частей первой, второй и третьей настоящей статьи.

Статья 239

Похищение человека в целях вымогательства у него имущества или его захват в качестве заложника — наказываются лишением свободы на срок десять и более лет или пожизненным лишением свободы и дополнительно — штрафом или конфискацией имущества; те же деяния, совершенные со смягчающими обстоятельствами, — наказываются лишением свободы на срок от пяти до десяти лет со штрафом.

Те же деяния, сопровождавшиеся убийством или умышленным телесным повреждением похищенного человека и приведшие к тяжкому телесному повреждению или смерти человека, — наказываются пожизненным лишением свободы или смертной казнью с конфискацией имущества.

Похищение ребенка младенческого и раннего возраста в целях вымогательства имущества — наказывается в соответствии с частями первой и второй настоящей статьи.

Статья 240

Похищение женщины или ребенка в целях продажи — наказывается лишением свободы на срок от пяти до десяти лет со штрафом; то же деяние, совершенное при наличии любого из нижеперечисленных обстоятельств, — наказывается лишением свободы на срок десять и более лет или пожизненным лишением свободы и дополнительно — штрафом или конфискацией имущества; то же деяние, совершенное при особо отягчающих обстоятельствах, — наказывается смертной казнью с конфискацией имущества:

- 1) руководство группой, занимающейся похищением женщин и детей на продажу;
- 2) похищение в целях продажи женщин и детей в количестве трех и более человек;
- 3) половое сношение с женщиной, похищенной в целях продажи;
- 4) принуждение похищенной в целях продажи женщины угрозами или угрозами к занятию проституцией или продажа ее другому лицу, принуждающему ее к занятию проституцией;
- 5) захват женщины или ребенка путем угроз, насилия или с применением наркотических средств в целях их продажи;
- 6) кража младенца, малыша в целях продажи;
- 7) причинение тяжкого телесного повреждения, приведшего к смерти похищенных в целях продажи женщины, ребенка или их родственников, либо причинение иных серьезных последствий;
- 8) продажа женщины или ребенка за границу.

Под «похищением женщины или ребенка в целях продажи» понимается совершение любого из действий, связанных с похищением путем обмана, с захватом, покупкой, продажей, передачей и перевозкой женщины или ребенка.

Статья 241

Покупка похищенных в целях продажи женщины или ребенка — наказывается лишением свободы на срок до трех лет, арестом или надзором.

Покупка похищенной в целях продажи женщины с принуждением ее к вступлению в половую связь — наказывается в соответствии со статьей 236 настоящего Кодекса.

Покупка похищенных в целях продажи женщины или ребенка, лишение или ограничение их свободы, причинение им травм или их оскорбление — наказываются согласно соответствующим статьям настоящего Кодекса.

Покупка похищенных в целях продажи женщины или ребенка, сопровождающаяся действиями, упомянутыми в частях второй и третьей настоящей статьи, влечет наказание по совокупности преступлений.

Покупка похищенных в целях продажи женщины или ребенка и их перепродажа — наказываются в соответствии со статьей 240 настоящего Кодекса.

Если после покупки похищенных в целях продажи женщины или ребенка покупатель не подвергал купленного ребенка жестокому обращению, не препятствовал его освобождению, возвращению на прежнее место жительства, — он может быть наказан более мягко в пределах санкции; если покупатель не препятствовал возвращению купленной женщины на прежнее место жительства, — он может быть наказан более мягко в пределах санкции или ниже низшего предела санкции.

Статья 242

Воспрепятствование путем насилия и угроз освобождению купленных женщины или ребенка сотрудниками государственных органов — наказываются в соответствии со статьей 277 настоящего Кодекса.

Организаторы массового воспрепятствования освобождению купленных женщины или ребенка сотрудниками государственных органов — наказываются лишением свободы на срок до пяти лет или арестом; остальные участники, использующие угрозы и насилие, — наказываются в соответствии с частью первой настоящей статьи.

Статья 243

Фальсификация фактов, оговор в отношении другого лица, совершенные в целях подвергнуть другое лицо уголовному преследованию, при отягчающих обстоятельствах — наказываются лишением свободы на срок до трех лет, арестом или надзором; те же деяния, повлекшие серьезные последствия, — наказываются лишением свободы на срок от трех до десяти лет.

Деяния, упомянутые в части первой настоящей статьи, совершенные работниками государственных органов, — наказываются более строго в пределах санкции части первой настоящей статьи.

Ложный донос без намерения оговора или сообщение ошибочных сведений не подпадают под действие частей первой и второй настоящей статьи.

Статья 244

Принуждение других лиц к труду посредством насилия, угрозы или лишения свободы — наказывается лишением свободы на срок до трех лет или арестом и дополнительно — штрафом; то же деяние, совершенное при отягчающих обстоятельствах, — наказывается лишением свободы на срок от трех до десяти лет со штрафом.

Заведомая вербовка, перевозка или иным образом содействие принуждению к труду — наказываются в соответствии с частью первой настоящей статьи.

Те же деяния, совершенные организацией, — наказываются в отношении организации штрафом, а в отношении несущих непосредственную ответственность руководителей организации и других непосредственно ответственных лиц — наказываются в соответствии с частью первой настоящей статьи.

Статья 244-1

В нарушение трудового законодательства прием несовершеннолетних лиц, не достигших возраста шестнадцати лет, на работу, связанную с сверхтяжелым физическим трудом, или с трудом на большой высоте (монтажные работы), или подземным трудом, или занятые в условиях взрывоопасной, легковоспламеняющейся, радиоактивной, ядовитой и другой опасной среды, при отягчающих обстоятельствах — наказываются в отношении лиц, несущих непосредственную ответственность, лишением свободы на срок до трех лет или арестом и дополнительно — штрафом; то же деяние, совершенное при особо отягчающих обстоятельствах, — наказывается лишением свободы на срок от трех до семи лет со штрафом.

Вышеуказанные деяния, повлекшие аварию и содержащие состав другого преступления, — наказываются по совокупности преступлений.

Статья 245

Незаконный личный досмотр, обыск жилища или незаконное вторжение в жилище другого человека — наказываются лишением свободы на срок до трех лет или арестом.

Работники органов юстиции, совершившие действия, указанные в части первой настоящей статьи, злоупотребив своими служебными полномочиями, — наказываются более строго в пределах санкции части первой настоящей статьи.

Статья 246

Публичное оскорбление другого человека с применением насилия или иных способов

либо фальсификация фактов в целях очернения другого человека при отягчающих обстоятельствах — наказываются лишением свободы на срок до трех лет, арестом, надзором или лишением политических прав.

Указанное в части первой настоящей статьи преступление влечет наказание только в случае подачи жалобы в суд, за исключением действий, нанесших крупный ущерб общественному порядку или государственным интересам.

Если деяние, предусмотренное в части первой, совершается через информационные сети, пострадавшее лицо подало заявление в народный суд, но ему трудно предоставить доказательство, народный суд может обратиться к органу общественной безопасности за помощью.

Статья 247

Работники юстиции, применяющие к подозреваемым в преступлении или обвиняемым допрос под пыткой в целях получения показаний или при помощи насилия вымогающие свидетельские показания, — наказываются лишением свободы на срок до трех лет или арестом; те же деяния, повлекшие увечье или смерть человека, — квалифицируются и наказываются в соответствии со статьями 234 и 232 настоящего Кодекса более строго в пределах предусмотренных ими санкций.

Статья 248

Надзиратели тюрем, следственных изоляторов, мест предварительного заключения, осуществляющие избиение заключенных и применяющие жестокие телесные наказания, при отягчающих обстоятельствах — наказываются лишением свободы на срок до трех лет или арестом; те же деяния, совершенные при особо отягчающих обстоятельствах, — наказываются лишением свободы на срок от трех до десяти лет; те же деяния, повлекшие увечье или смерть человека, — наказываются в соответствии со статьями 234 и 232 настоящего Кодекса более строго в пределах предусмотренных ими санкций.

Надзиратель, подстрекающий заключенных к избиению других заключенных или к применению жестоких телесных наказаний по отношению к другим заключенным, — несет ответственность в соответствии с частью первой настоящей статьи.

Статья 249

Пропаганда национальной ненависти, национальной дискриминации при отягчающих обстоятельствах — наказывается лишением

свободы на срок до трех лет, арестом, надзором или лишением политических прав; то же деяние, совершенное при особо отягчающих обстоятельствах, — наказывается лишением свободы на срок от трех до десяти лет.

Статья 250

Лица, непосредственно ответственные за публикацию в печатных изданиях материалов, дискриминирующих и оскорбляющих национальные меньшинства, при отягчающих обстоятельствах, если это повлекло серьезные последствия, — наказываются лишением свободы на срок до трех лет, арестом или надзором.

Статья 251

Незаконное лишение граждан права на свободу вероисповедания или посягательство на традиции и обычаи национальных меньшинств, совершенные работниками государственных органов при отягчающих обстоятельствах, — наказываются лишением свободы на срок до двух лет или арестом.

Статья 252

Сокрытие, уничтожение или незаконное вскрытие корреспонденции другого лица, нарушающие права гражданина на свободу переписки, при отягчающих обстоятельствах, — наказываются лишением свободы на срок до одного года или арестом.

Статья 253

Почтовые работники, производящие самовольное вскрытие, сокрытие или уничтожение почтовых отправлений, телеграмм, — наказываются лишением свободы на срок до двух лет или арестом.

Лица, совершившие указанные в части первой настоящей статьи деяния и незаконно присвоившие ценности, — наказываются более строго в пределах санкции статьи 264 настоящего Кодекса.

Статья 253-1

Служащие государственных органов или сотрудники финансовых, телекоммуникационных, медицинских организаций или организаций путей сообщения, или образования, в нарушение государственных установлений продавшие либо незаконно предоставившие другим лицам информацию о личности граждан, полученную ими в процессе исполнения своих обязанностей или в процессе оказания услуги, при наличии отягчающих обстоятельств — наказываются лишением свободы на срок до трех лет либо арестом, либо дополнительно или как самостоятельное наказание штрафом.

Кража или иным незаконным путем получение такой информации при наличии отягчающих обстоятельств — наказываются в соответствии с первой частью настоящей статьи.

Если преступления, упомянутые в частях первой и второй настоящей статьи, совершены организацией, то по отношению к организации применяется штраф, а непосредственно ответственные руководители и другие непосредственно ответственные лица — наказываются в соответствии с положениями частей первой или второй настоящей статьи.

Статья 254

Работник государственных органов, злоупотребляя своим служебным положением, прикрываясь общественными интересами совершивший сведение счетов с лицом, подавшим на него жалобу, высказавшим обвинение или критику в его адрес, изблотившим его, — наказываются лишением свободы на срок до двух лет или арестом; то же деяние, совершенное при отягчающих обстоятельствах, — наказываются лишением свободы на срок от двух до семи лет.

Статья 255

Руководители компаний, предприятий, учреждений, органов и объединений, совершившие сведение счетов с работниками бухгалтерских и статистических органов, в соответствии с законом выполняющими свои служебные обязанности по воспрепятствованию нарушениям Закона «О бухгалтерском учете» и Закона «О статистике», — наказываются лишением свободы на срок до трех лет или арестом.

Статья 256

Срыв выборов депутатов или препятствование избирателям и кандидатам в осуществлении своего права избирать и быть избранными во время (в ходе) выборов депутатов собрания народных представителей различных ступеней и руководителей государственных органов с применением насилия, угроз, обмана, взяток, фальсификации избирательных документов, ложного сообщения о количестве избирательных бюллетеней и путем применения других способов при отягчающих обстоятельствах, — наказываются лишением свободы на срок до трех лет, арестом или лишением политических прав.

Статья 257

Вмешательство путем насилия в осуществление свободы брака другого лица — наказываются лишением свободы на срок до двух лет или арестом.

Совершение указанного в части первой настоящей статьи преступления, приведшего к смерти потерпевшего, — наказываются лишением свободы на срок от двух до семи лет.

Указанное в части первой настоящей статьи преступление — влечет наказание только в случае подачи частной жалобы.

Статья 258

Повторное вступление в брак при наличии супруга (супруги) или вступление в брак с лицом, заведомо состоящим в браке, — наказываются лишением свободы на срок до двух лет или арестом.

Статья 259

Сожительство или вступление в брак с лицом, заведомо являющимся супругой (супругом) лица, находящегося на действительной военной службе, — наказываются лишением свободы на срок до трех лет или арестом.

Лицо, использовавшее свое служебное положение и зависимое положение подчиненного, принудившее путем угроз к вступлению в сексуальные отношения супругу лица, находящегося на действительной военной службе, — несет ответственность по статье 236 настоящего Кодекса.

Статья 260

Жестокое обращение с членами семьи при отягчающих обстоятельствах — наказываются лишением свободы на срок до двух лет, арестом или надзором.

Совершение упомянутого в части первой настоящей статьи преступления, повлекшее тяжкие телесные повреждения или смерть потерпевшего, — наказываются лишением свободы на срок от двух до семи лет.

Указанное в части первой настоящей статьи преступление — влечет наказание только в случае подачи частной жалобы, за исключением случаев, когда пострадавшее лицо не имеет возможности подать частную жалобу или не в силах подать частную жалобу из-за принуждения или угрозы.

Статья 260-1

Жестокое обращение лиц, ответственных за опеку или уход за младенцами, старыми, больными или инвалидами, с теми, в отношении которых осуществляется опека, уход, при отягчающих обстоятельствах — наказываются лишением свободы на срок до трех лет или арестом.

Если преступление, указанное в части первой настоящей статьи, совершается организацией, то по отношению к организации применя-

ется штраф, а непосредственно ответственные руководители и другие непосредственно ответственные лица — наказываются в соответствии с частью первой настоящей статьи.

Деяние, указанное в части первой и содержащее состав другого преступления, наказывается по санкции за более тяжкое из преступлений.

Статья 261

Лица, обязанные осуществлять уход за стариками, младенцами, больными и другими неспособными самостоятельно обслуживать себя и отказавшиеся от выполнения своих обязанностей, при отягчающих обстоятельствах — наказываются лишением свободы на срок до пяти лет, арестом или надзором.

Статья 262

Похищение путем обмана несовершеннолетнего, не достигшего четырнадцати лет, в целях разлучения с семьей или опекунами — наказывается лишением свободы на срок до пяти лет, арестом или надзором.

Статья 262-1

Привлечение с применением насилия инвалидов или несовершеннолетних, не достигших четырнадцати лет, к прощению милостыни — наказывается лишением свободы на срок до трех лет или арестом и дополнительно — штрафом; то же деяние, совершенное при отягчающих обстоятельствах, — наказывается лишением свободы на срок от трех до семи лет либо арестом и дополнительно — штрафом.

Статья 262-2

Привлечение несовершеннолетних к краже, мошенничеству, грабежу, вымогательству или иной деятельности против общественного порядка — наказывается лишением свободы на срок до трех лет либо арестом и дополнительно — штрафом; те же деяния, совершенные при наличии отягчающих обстоятельств, — наказываются лишением свободы на срок от трех до семи лет и дополнительно — штрафом.

Перевод выполнен лингвистом-правоведом профессором Хуаном Даосю

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ахметшин Х. М., Ахметшин Н. Х., Петухов А. А. Современное уголовное законодательство КНР. — М., 2000. — С. 53.
2. Гао Мин Сюань. Становление и совершенствование уголовного права Китайской Народной Республики. — Пекин, 2012.
3. Ланг Шэн. Развитие уголовного права в Китае // Правоведение Китая. — 2017. — № 5.
4. Лу Цзяньпин, Лю Чуангао. Тенденция криминализации в контексте верховенства права // Политика и право. — 2017. — № 4.
5. Лун Чанхай. Уголовные предписания и обратная сила уголовного закона // Циуши. — 2015. — № 2.
6. Лю Женвен. Реформы системы трудовых лагерей // Правоведение. — 2013. — № 2.
7. Чжао Бинжи. Обзор и перспективы китайского законодательства в области уголовного права за последние 20 лет // Правоведение Китая. — 2017. — № 5.

Материал поступил в редакцию 28 декабря 2017 г.

THE CRIMINAL CODE OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA: THE IMPROVEMENT IN THE PROCESS OF IMPLEMENTATION (TO THE 20TH ANNIVERSARY OF ITS ADOPTION)

LONG Chang Hai — Doctor of Law, Professor of Inner Mongolia University, China
longchanghai@yandex.ru
010021, China, Administrative region of Inner Mongolia, Hohhot, Dacey str., 235

KOROBEEV Aleksandr Ivanovich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Criminal Law and Criminology, Far Eastern Federal University, Honored Scientist of the Russian Federation
akorobeev@rambler.ru
690091, Russia, Vladivostok, ul. Sukhanova, d. 8

CHUCHAYEV Aleksandr Ivanovich — Doctor of Law, Professor at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
moksha1@rambler.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article is devoted to the 20th anniversary of the adoption of the Criminal Code of the People's Republic of China (PRC), the second Criminal Code in the history of socialist China. It is a characteristic of General, Special and Additional parts, with special emphasis on the characteristics of the relevant criminal law, reflecting the Chinese characteristics of legal regulation of responsibility for crimes. The authors conduct an analysis of the changes and additions to the Criminal Code of the PRC for the past 20 years of its operation, the main trends in the criminal policy of China, which is reflected in the process of improving criminal legislation, the reasons for which amendments are adopted in the Criminal Code of the PRC. Among these reasons are the need to reinforce the role of criminal law in countering criminal challenges of our time; increase in the number of criminal prohibitions, their implementation; humanization of criminal legislation and mitigation of criminal punishment. The Annex provides an extract from the Criminal Code of the PRC, Chapter 4, integrating the provisions on crimes against the rights of individuals and democratic rights of citizens.*

Keywords: *China, 1979 Criminal Code, 1997 Criminal Code, structure of the Code, General and Special parts, Additional part, characteristic of criminal legal regulation, peculiarities, changes and additions to the Criminal Code, trends, causes.*

REFERENCES

1. Akhmetshin, Kh.M., Akhmetshin, N.Kh., Petukhov, A.A. Modern Criminal Law of the PRC. — M., 2000. — P. 53.
2. Gao Ming Xuan. Establishment and Improvement of Criminal Law of the People's Republic of China. Beijing, 2012.
3. Lang Sheng. Development of Criminal Law in China // Jurisprudence of China. — 2017. — No. 5.
4. Lu Jianping, Liu Chuanguo. Trend of Criminalization in the Context of the Rule of Law // Politics and Law. — 2017. — No. 4.
5. Long Chang Hai. Criminal Provisions and Retroactivity of Criminal Law // Chiusi. — 2015. — No. 2.
6. Liu Renwen. Reforms of the Labour Camp System // Jurisprudence. — 2013. — No. 2.
7. Zhao Binji. Review and Outlook of the Chinese Legislation in the Field of Criminal Law over the Last 20 Years // Law of China. — 2017. — No. 5.

А. О. Овчаров*,
Л. Н. Иванова**,
Н. С. Мазин***

СОВРЕМЕННЫЕ ПРАВОВЫЕ МЕХАНИЗМЫ РАЗРЕШЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ СПОРОВ

Аннотация. В статье анализируются существенные признаки и основные подходы к пониманию экономического спора как юридической категории. Предлагаются критерии обособления правовых споров от любого другого вида споров. Обосновывается функциональный подход к экономическим спорам как к частноправовым спорам, возникающим в ходе любой хозяйственной деятельности. Исследуется проблема отраслевой принадлежности международных экономических споров. Раскрываются особенности функционирования системы рассмотрения международных экономических споров в России. Особое внимание уделяется механизмам разрешения споров в национальных судах РФ с участием иностранных лиц. Выделяется ряд проблем, в частности, чрезмерная зависимость третейских судов от органов государственной власти и «зарегулированность» арбитража в России. Анализируются современные процедуры альтернативного разрешения международных экономических споров. На основе исследования международного опыта обосновывается важность использования медиативных процедур как эффективного средства внесудебного урегулирования частноправовых и публично-правовых споров.

Ключевые слова: экономический спор, предпринимательская деятельность, международное право, международный коммерческий арбитраж, российская экономика, третейские суды, иностранные лица, альтернативное разрешение спора, примирительные и состязательные процедуры, медиация.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.143-152

© Овчаров А. О., Иванова Л. Н., Мазин Н. С., 2018

* *Овчаров Антон Олегович*, доктор экономических наук, доцент, профессор кафедры гуманитарных и социально-экономических дисциплин Приволжского филиала Российского государственного университета правосудия

anton19742006@yandex.ru

603950, Россия, г. Нижний Новгород, ул. Космонавта Комарова, д. 10

** *Иванова Лидия Николаевна*, кандидат психологических наук, доцент, заведующий кафедрой гуманитарных и социально-экономических дисциплин Приволжского филиала Российского государственного университета правосудия, сертифицированный медиатор

livan19@mail.ru

603022, Россия, г. Нижний Новгород, просп. Гагарина, д. 17а

*** *Мазин Никита Сергеевич*, секретарь Ленинского районного суда г. Нижний Новгород

n.mazin@mail.ru

603950, Россия, г. Нижний Новгород, ул. Космонавта Комарова, д. 10

Правовой спор как юридическая категория. Юридический (правовой) спор можно трактовать как столкновение мнений участников или субъектов определенного правоотношения по какому-либо правовому вопросу. Многие ученые понятие «правовой спор» связывают с понятием «спор о праве». Последнее представляет собой весьма сложную категорию, используемую в российском процессуальном законодательстве как основание для отказа в принятии заявления о выдаче судебного приказа (ст. 125 ГПК РФ) или для оставления искового заявления без рассмотрения (ст. 148 АПК РФ). В отношении же теоретического понимания спора о праве можно выделить как минимум две концепции, сложившиеся еще в советский период:

- 1) спор о праве как состояние оспариваемости, нарушенности правоотношения (объективная трактовка)¹. Основной недостаток такого подхода состоит в некорректности отождествления правового спора с правонарушением, а также в зависимости спора не от правонарушения как такового, а от его оспаривания противоположной стороной;
- 2) спор о праве как конфликт, разногласия между сторонами спора (субъективная трактовка)². Согласно этому подходу можно привести определение правового спора, например А. Б. Зеленцова, который характеризует его как «разногласия между субъектами правоотношения относительно различно понимаемых взаимных прав и обязанностей в связи с их предполагаемым нарушением либо оспариванием в процессе правореализации или правоприменения»³.

Развитие теории юридического (правового) спора шло по пути соотнесения между собой таких категорий, как «юридический конфликт», «юридический спор», «юридическое противоречие». Отметим, что в отечественной правовой доктрине исторически сложились по этому поводу две основные позиции. Первая трактует юридический спор как одну из форм юридиче-

ского конфликта, проявляющуюся в обсуждении правовой проблемы, ее коллективном исследовании путем защиты сторонами спора своих противоположных мнений по этой проблеме⁴. Вторая позиция рассматривает правовой спор как элемент более широкой категории — юридического противоречия. Спор в этой ситуации выступает в виде процедуры разбирательства уполномоченным органом дела, по которому имеется разногласие сторон, т.е. основание для юридического противоречия.

По нашему мнению, существенным критерием отделения правового спора от любого другого вида споров является не только его очевидная правовая природа, но и следующее.

А. Наличие у сторон спора взаимных претензий в отношении определенного объекта права. Это очевидно для частноправовых споров; однако в тех спорах, которые следуют из публичных правоотношений, например уголовных или административных, в качестве объекта выступает сам правопорядок, соблюдение которого предполагает возможное столкновение интересов какого-либо лица, например предпринимателя и субъекта, наделенного властными полномочиями. В любом другом споре, в частности в интеллектуальном (словесном состязании), таких претензий может и не быть, а интерес участников заключен в отстаивании своего мнения или позиции в отношении какой-либо проблемы.

Б. Особый порядок разрешения спора. Если для определенных видов споров (например, идеологического или обиденного) сама необходимость разрешения спора не является очевидной («поговорили, поспорили и разошлись»), то для правового спора разрешение является обязательной процедурой. Причем особый порядок — это в первую очередь судебное разбирательство. Однако в определенных случаях законодательством предусмотрено внесудебное урегулирование спора, например, рассмотрение трудовых споров примирительной комиссией или посредником-медиатором.

¹ Гурвич М. Л. Лекции по советскому гражданскому процессу. М., 1950. С. 69.

² См.: Побирченко И. Г. Хозяйственные споры и формы их разрешения : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харьков, 1971. С. 8.

³ Зеленцов А. Б. Административно-правовой спор: вопросы теории : монография. 2-е изд., испр. и доп. М. : РУДН, 2009. С. 12.

⁴ См., например: Худойкина Т. В. Мирное урегулирование и разрешение споров // Московский журнал международного права. 1998. № 2. С. 52 ; Зеленцов А. Б. Теоретические основы правового спора : дис. д-ра юрид. наук. М. : РУДН, 2005. С. 419.

Экономические споры в системе российского и международного права. Важное место в системе правовых споров занимают экономические споры. Формально в российском законодательстве категория «экономический спор» нигде не раскрывается. При этом изучение нормативных правовых актов позволяет выделить его существенные признаки. Так, ст. 1 АПК РФ относит к компетенции арбитражных судов России «правосудие в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности». Отсюда следует, что рассмотрение и урегулирование экономических споров российским законом отнесено к компетенции арбитражных судов. Очевиден также особый круг участников спора: экономический спор — это такой спор, который возник из взаимоотношений между субъектами, осуществляющими «предпринимательскую и иную экономическую деятельность» (ст. 2 АПК РФ). При этом сам перечень таких лиц напрямую в действующем законодательстве не обозначен, хотя ранее это имело место. Так, ст. 20 АПК РФ 1992 г. относил к подсудности арбитражных судов «экономические споры между организациями, гражданами-предпринимателями». Однако сегодня можно выяснить состав участников экономического спора, проанализировав ГК РФ (ст. 23 и 50), — этими участниками являются индивидуальные предприниматели и юридические лица.

Недостатком рассмотренного выше подхода к экономическим спорам (его можно назвать нормативным, т.е. связанным с предметом правоотношения, с его правовым толкованием) является его неполнота. Так, можно лишь условно считать предпринимательство основой всей экономической (хозяйственной) деятельности. Действительно, в российском гражданском праве акценты смещены в сторону предпринимательства, тогда как другие формы экономической деятельности практически не раскрыты. Выходом из данной ситуации может стать понимание хозяйственной деятельности в статистическом аспекте, т.е. как совокупности всех видов, указанных в ОКВЭД (Общероссийском классификаторе видов экономической деятельности). Классификатор в данном контексте представляет интерес тем, что в нем

экономическая деятельность понимается как «процесс, имеющий целью производство продукции (предоставление услуг)»⁵. Результатом этого процесса становится создание широкой номенклатуры товаров и услуг в разных секторах экономики. Исходя из подобного толкования, можно предложить второй подход к экономическим спорам — функциональный, рассматривающий экономический спор как частнопредпринимательский спор в ходе любой деятельности по созданию товаров и оказанию услуг.

Для международных экономических споров как специфического вида экономических споров справедливы оба (нормативный и функциональный) подхода. При этом в теоретическом плане важен вопрос отраслевой принадлежности международных экономических споров. В настоящее время отсутствует единая позиция правоведов в отношении того, относятся ли экономические споры к отрасли международного частного права (МЧП) или международного публичного права (МПП). Это не просто формальный или терминологический аспект, а содержательная проблема, поскольку отнесение к конкретной отрасли права влияет на выбор круга субъектов и объектов спора, источников права, методов правового регулирования спорного правоотношения.

Мы солидаризируемся с мнением ряда авторов о том, что происходит взаимное проникновение друг в друга норм МПП и МЧП — подобные тенденции проявились еще в 90-е гг. прошлого века (это отмечалось исследователями и в контексте урегулирования международных споров⁶) и усилились в настоящее время в условиях глобализации мировой экономики. Очевидно, что в экономические отношения, а значит и в споры, могут вступать как государства (субъекты МПП), так и граждане и организации (субъекты МЧП). При этом критерий отнесения спора к международному в публичном и частном праве неодинаков. Во втором случае он характеризуется тем, что участники спора имеют разную государственную принадлежность (спор осложняется участием иностранного элемента), объект спора находится на территории страны, отличной от той, где рассматривается дело, и наконец, породивший

⁵ Общероссийский классификатор видов экономической деятельности. ОК 029—2014 (КДЕС Ред. 2) // URL: <http://www.gks.ru/metod/classifiers.html>.

⁶ См.: Альфеева Ю. В. Урегулирование международных экономических споров в современном международном праве : дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 1998. С. 8.

спор юридический факт был зафиксирован на территории иностранного государства.

Таким образом, если в системе МПП при разрешении споров действует собственная система материальных и процессуальных норм, то в МЧП метод состоит в урегулировании противоречий между нормами материального права и процесса разных стран. Поэтому можно сделать вывод о том, что международные экономические споры регулируются как частным, так и публичным правом. Однако если в количественном аспекте здесь преобладают споры с гражданско-правовым методом регулирования, то в контексте международного значения особое место занимают публично-правовые споры, в частности споры по разрешению экономических конфликтов между странами.

Особенности рассмотрения международных экономических споров в России. Рассмотрение международных экономических споров в России представлено национальной судебной системой в той ее части, которая регулирует способы разрешения дел с иностранными лицами. В нашей стране это российские третейские суды, а также суды общей юрисдикции, отвечающие за гражданское правоприменение. Важную роль в данной системе играют также государственные арбитражные суды, занимающиеся рассмотрением дел, возникающих в ходе любой экономической деятельности.

Само понятие «иностранное лицо», обозначенное в ч. 1 ст. 247 АПК РФ, включает в себя лиц с разным правовым статусом. Речь идет об иностранных гражданах и апатридах, которые осуществляют предпринимательскую деятельность, а также об иностранных и международных организациях. Из норм ч. 2 ст. 27 АПК РФ следует, что иностранная организация должна иметь статус юридического лица, а иностранный гражданин — предпринимателя (по праву страны его местонахождения). С целью доказательства своего статуса участник спора должен представить в суде подтверждающие документы (ст. 254 АПК РФ). Такими документами являются выписка из реестра юридических лиц страны происхождения или другое равнозначное доказательство, свидетельство о государственной регистрации⁷.

Процессуальное положение иностранных лиц в Российской Федерации закреплено в ст. 46 и 62 Конституции РФ, ст. 398 ГПК РФ, ст. 254 АПК РФ, ст. 4 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации». Иностранному лицу предоставлен равный правовой статус наряду с российскими лицами, в том числе в отношении права на справедливую судебную защиту и доступ к правосудию. При этом статус иностранного лица предполагает специфические процедуры ведения судебного процесса — в первую очередь это касается определения подсудности и подведомственности дела, установления способов представления и оценки доказательств, исполнения решений суда. Согласно ст. 399 ГПК РФ в гражданском процессе правомочия иностранных лиц определяются их личным законом либо в сторону расширения полномочий лица, — российским законом (например, если иностранный гражданин по праву своей страны не обладает процессуальной дееспособностью по спору, который рассматривается российским судом).

Рассмотрение международных споров государственными арбитражными судами РФ идентично общему порядку судопроизводства в арбитражных судах в отношении подсудности и подведомственности дел, процедуры обращения, полномочий сторон, стадий и сроков судопроизводства. Так, территориальная подсудность заключается в правомочии арбитражных судов рассматривать споры с участием иностранных лиц, если ответчик находится, а гражданин живет на территории России, независимо от гражданства этих лиц (ст. 35 АПК РФ) — в противном случае необходимо согласие стороны на рассмотрение спора российским арбитражным судом⁸.

Что касается процедуры рассмотрения споров с участием иностранных лиц в российских арбитражных судах, то выделим три наиболее типичных момента:

1. *Судебные извещения.* Иностранное лицо, находящееся на территории РФ, извещается о времени и месте судебного заседания путем направления копии судебного акта, причем не позднее, чем за 15 дней до начала заседания. Это соответствует общему

⁷ См., например: информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25.12.1996 № 10 ; постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 03.07.2012 № 2501/12 по делу №А59-5344/2009.

⁸ См.: определение Верховного Суда РФ от 10.02.2017 № 305-ЭС16-20101 по делу № А40-46695/2016.

порядку извещения, установленному ч. 1 ст. 121 АПК РФ. В определенных ситуациях, которые не терпят отлагательств, суд вправе вызвать участников спора телеграммой, телефонограммой и т.п., т.е. с использованием различных средств связи⁹. Если же иностранные лица, участвующие в споре, находятся или проживают за пределами Российской Федерации, то извещение о судебном разбирательстве направляется в учреждение юстиции или иной орган иностранного государства.

2. *Судебные поручения.* Поручения иностранных судов обязаны исполняться арбитражными судами РФ, если эти поручения отвечают критериям подсудности и подведомственности, а также не противоречат суверенитету России и не несут угрозы для ее безопасности. Таким образом, в данном случае имеет место ограничение исполнения, в то время как, например, согласно ч. 3 ст. 73 АПК РФ поручения арбитражных судов других субъектов РФ всегда обязательны для исполнения.
3. *Судебные решения.* В соответствии с общим правилом судебные решения в отношении иностранцев исполняются ФССП России, что логично для иностранных лиц, владеющих имуществом на территории нашей страны. В случае же отсутствия в Российской Федерации этого имущества порядок исполнения судебного решения регулируется договором между Россией и той страной, где расположено имущество иностранной стороны спора. Так, российский предприниматель, будучи взыскателем по спору, может обратиться с ходатайством о принудительном исполнении решения по делу в суд иностранного государства. При этом к ходатайству должны быть приложены необходимые документы, удостоверяющие надлежащий процессуальный порядок рассмотрения спора в российском суде.

Что касается третейских судов, то их правовое положение на территории РФ до 01.09.2016 устанавливалось Федеральным законом от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации». Сегодня нормы данного правового акта не применяются вследствие вступления в силу нового закона —

Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Закон № 382-ФЗ). Основными новеллами в Законе стали установление разновидностей третейского суда в России по количеству арбитров, введение нового порядка администрирования арбитража, разграничение между международным коммерческим арбитражем, который регулируется Федеральным законом от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон № 5338-1), и национальным коммерческим арбитражем.

Несмотря на существенные положительные сдвиги в развитии правовых механизмов рассмотрения международных экономических споров, в нашей стране существует ряд проблем. Прежде всего речь идет о чрезмерной зависимости третейских судов от органов государственной власти. Принятие нового Закона о третейском разбирательстве с процессуальной точки зрения имело позитивное значение, поскольку новый правовой акт снял ранее имевшие место неопределенности (например, в сфере урегулирования корпоративных споров). Вместе с тем основное значение данного Закона видится в другом. Им введены ряд норм (в частности, гражданско-правовая ответственность действующего на постоянной основе арбитражного учреждения перед сторонами арбитражного разбирательства, правила об ответственности третейского судьи), которые открывают путь для процесса «администрирования арбитража». Это может крайне негативно повлиять на степень самостоятельности (независимости) российских третейских судов и, как результат, снизить авторитет этих судов, особенно перед иностранными лицами¹⁰.

Есть также основания говорить о «зарегулированности» арбитража в России. Сегодня существуют два Закона — № 5338-1 и № 382-ФЗ, которые регулируют практически идентичные правоотношения. При этом из общей массы третейских судов особо выделены Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) и Морская арбитражная комиссия (МАК) при Торгово-промышленной палате РФ. De facto эти суды имеют привилегированный правовой статус. Данное обстоятельство на-

⁹ См.: определение Верховного Суда РФ от 26.04.2017 № 304-ЭС17-3490 по делу №А75-7512/2016.

¹⁰ *Грешников И. П.* Обход права и отсутствие здравого смысла как основные начала законодательства в области третейского разбирательства в России // Третейский суд. 2015. № 5. С. 33—34.

рушает принцип равного отношения к сторонам в судебном процессе и принцип равенства субъектов права¹¹.

Наконец, с точки зрения иностранцев, наличие в РФ государственных арбитражных судов, образующих целую ветвь судебной власти, довольно странное и непонятное явление. Существование государственных арбитражных судов (под таким названием) ввиду отсутствия таковых в большинстве стран затрудняет понимание законов и особенностей российской судебной системы со стороны иностранных юристов и предпринимателей. Это может негативно влиять не только на правовые аспекты рассмотрения экономических споров, но и на сами экономические связи — иностранные компании могут не захотеть работать в России, инвестировать ресурсы, запускать совместные проекты и т.п.

Альтернативные способы разрешения международных коммерческих споров. Большинство споров по внешнеэкономическим договорам может быть разрешено мирным путем на добровольной основе. Законодательство разрешает субъектам спора самим выбирать способ его разрешения. Во внешнеторговых договорах все чаще встречаются арбитражные оговорки, медиативные оговорки и многоуровневые оговорки о последовательном проведении процедур медиации и арбитража по примирительному регламенту той или иной посреднической организации.

Отечественное законодательство в сфере альтернативного разрешения споров (АРС) составляют нормы ст. 434.1 ГК РФ «Переговоры о заключении договора», Федеральные законы № 382-ФЗ и № 5338-1, а также Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». В ГПК РФ предполагается ввести в новой редакции нормы о примирительных процедурах и мировом соглашении, а также включить раздел о праве сотрудничества (примирительных процедурах с участием юристов и адвокатов)¹².

Альтернативное разрешение споров образуют две группы: примирительные и состязательные процедуры. Первая группа включает те из них, которые направлены на достижение самими спорящими сторонами взаимоприемлемого решения по спору путем переговоров с участием нейтрального третьего лица либо без такового. К таким процедурам относятся переговоры, предварительная независимая оценка, независимое экспертное заключение, рекомендательный арбитраж и медиация. Вторая группа (состязательные процедуры) предполагает вынесение посредником решения по спору, обязательного для сторон. К ним относятся различные модификации арбитража. Существуют также комбинированные процедуры, сочетающие примирение с состязательностью процесса — «маятниковый» арбитраж, «мини-процесс» (рассмотрение спора руководством спорящих компаний) и процедура «медиация-арбитраж»¹³.

Международный коммерческий арбитраж, в отличие от других внесудебных способов разрешения международных коммерческих споров, имеет наиболее формализованную процедуру. Арбитражные центры, как правило, устанавливают специальные регламенты арбитражной процедуры, несоблюдение которых может являться основанием для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения. Для разрешения спора добросовестность поведения сторон и их готовность сотрудничать не имеют существенного значения.

Наряду с классическим арбитражем практикуются его модификации. Позиция национальных судов в отношении решений арбитров, достигнутых в «модифицированном» арбитраже, еще только формируется. Решения, вынесенные в ходе «неклассического» арбитража, не всегда признаются и приводятся в исполнение наравне с «классическими» арбитражными решениями. Они хороши лишь при условии, что стороны совсем не обратятся в суд, исполнив решение такого арбитра добровольно. Недобросовестная сторона может отказаться исполнять вынесенное в результате такой про-

¹¹ Грешников И. П. Указ. соч. С. 35.

¹² Гайдаенко-Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности (опыт России и зарубежных стран) : монография / отв. ред. Н. Г. Семилютина. М. : ИЗиСП ; Инфра-М, 2016. С. 240—242.

¹³ Давыденко Д. Л. Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров // Вестник международного коммерческого арбитража. 2013. № 1. С. 8—41.

цедуры решение, ссылаясь на то, что данная процедура международным коммерческим арбитражем не является, вследствие чего такое решение не может быть приведено в исполнение в том же порядке, что и «классическое» арбитражное решение¹⁴.

Другим направлением развития международного коммерческого арбитража является обсуждение норм, регулирующих выбор и назначение арбитров. Зачастую стороны отказываются не от арбитража, а от арбитра, и не столько из-за его квалификации, сколько из его принадлежности к той или иной группе стран. Так, стороны из России могут выражать сомнение в отношении арбитров из тех стран, которые ввели против России экономические санкции. Поэтому возможно определять нейтральность международного арбитра не через его гражданство, а оценивая наличие у него так называемого «международного мышления». Целесообразно устанавливать требование нейтральности арбитра по отношению к странам и политическим системам, к которым принадлежат стороны, а также по отношению к правовым системам и концептам обеих сторон¹⁵.

Наряду с международным арбитражем, предпочтительным способом урегулирования споров становится медиация. Международная коммерческая медиация приобретает устойчивость и влияние, во-первых, за счет создания специализированных центров. В частности, в составе Международной торговой палаты выделен Международный центр для АРС — единственный орган, который занимается организацией и администрированием примирительных процедур. Во-вторых, изменилась терминология. Например, третье нейтральное лицо, оказывающее помощь сторонам в урегулировании спора, теперь называется медиатором. Процедура медиации применяется по умолчанию сторон (если они не договорились об ином). Кроме того, раз-

вивается собственно медиативная практика. Накоплены практические рекомендации о целесообразности ее применения, порядке проведения и о подготовке к ней¹⁶.

Медиация — эффективное средство урегулирования не только частноправовых, но и публично-правовых споров. Свидетельством этого, по мнению В. Д. Перевалова, является закрепление в ст. 5 Договоренности о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров в рамках Всемирной торговой организации, порядка применения «добрых услуг» (good offices), согласительных процедур (conciliation) и посредничества (mediation). Такие процедуры являются конфиденциальными и не наносят ущерба правам сторон при любом дальнейшем разбирательстве¹⁷.

Преимуществом медиации является минимальная формализация процедуры. Гибкость достигается тем, что порядок ее проведения определяется сторонами самостоятельно или они могут воспользоваться правилами проведения процедуры, принятыми в организациях, специализирующихся на оказании услуг по разрешению споров. Так, Швейцарские Правила международной медиации устанавливают, что медиация начинается с формулирования запроса в адрес торговой палаты, заключения сторонами соглашения о применении медиации и подтверждения оплаты регистрационного сбора¹⁸. В силу этого она может применяться в самых различных областях регулирования спорных правоотношений. Наряду с коммерческой медиацией, развивается посредничество в сфере семейных правоотношений, в строительстве и медицине, посредничество при рассмотрении уголовных дел. Обсуждается необходимость специфического правового регулирования каждого отдельного вида медиации, которое должно учитывать особенности сферы ее применения и профессиональные требования к медиаторам данной отрасли¹⁹. При этом, признавая многие преимущества ме-

¹⁴ Давыденко. Указ. соч.

¹⁵ Биллебру Е. В. Новые подходы к оценке нейтральности арбитров в международном коммерческом арбитраже // *Международное правосудие*. 2016. № 4. С. 42—53.

¹⁶ Гайдаенко-Шер Н. И. Новый Примирительный регламент Международной торговой палаты: в ожидании спроса на медиацию // *Журнал российского права*. 2014. № 9. С. 116—124.

¹⁷ Юридическая наука сквозь призму Европейско-Азиатского правового конгресса (интервью с В. Д. Переваловым) // *Юридический мир*. 2014. № 4. С. 12.

¹⁸ Гайдаенко-Шер Н. И. Медиация как способ разрешения международных коммерческих споров // *Журнал российского права*. 2011. № 7. С. 79—85.

¹⁹ Химикус Е. И. Виды медиации // *Современное право*. 2015. № 11. С. 114—117.

диации, ряд ученых полагает, что главным ее недостатком является принцип добровольности («необязательность») исполнения медиативного соглашения, даже при его оформлении установленными законом соглашениями²⁰.

Таким образом, процедуры досудебного или внесудебного рассмотрения споров разнообразны: это и претензионный порядок, и переговоры, и медиация, и новые их модифи-

кации. Выбор сторонами процедуры в пользу медиации зависит от многих обстоятельств. Это и авторитет инициатора медиации, и видение сторонами перспектив разрешения конфликта, и опыт конфликтных взаимоотношений, и ценностные ориентиры сторон, их самооценка и т.д. В конечном счете все это должно способствовать эффективному разрешению любых споров.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Альфеева Ю. В.* Урегулирование международных экономических споров в современном международном праве : дис. ... канд. юрид. наук. — Казань, 1998.
2. *Биллебру Е. В.* Новые подходы к оценке нейтральности арбитров в международном коммерческом арбитраже // *Международное правосудие*. — 2016. — № 4.
3. *Гайдаенко-Шер Н. И.* Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности (опыт России и зарубежных стран) : монография / отв. ред. Н. Г. Семилютина. — М. : ИЗиСП при Правительстве РФ ; Инфра-М, 2016.
4. *Гайдаенко-Шер Н. И.* Медиация как способ разрешения международных коммерческих споров // *Журнал российского права*. — 2011. — № 7.
5. *Гайдаенко-Шер Н. И.* Новый Примириительный регламент Международной торговой палаты: в ожидании спроса на медиацию // *Журнал российского права*. — 2014. — № 9.
6. *Грешников И. П.* Обход права и отсутствие здравого смысла как основные начала законодательства в области третейского разбирательства в России // *Третейский суд*. — 2015. — № 5.
7. *Гурвич М. Л.* Лекции по советскому гражданскому процессу. — М., 1950.
8. *Давыденко Д. Л.* Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров // *Вестник международного коммерческого арбитража*. — 2013. — № 1.
9. *Зеленцов А. Б.* Административно-правовой спор: вопросы теории : монография. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : РУДН, 2009.
10. *Зеленцов А. Б.* Теоретические основы правового спора : дис. ... д-ра юрид. наук. — М. : РУДН, 2005.
11. *Иншакова А. О., Казаченок С. Ю.* Международный арбитраж vs медиация в наборе процедур урегулирования трансграничных споров // *Арбитражный и гражданский процесс*. — 2013. — № 9.
12. *Побирченко И. Г.* Хозяйственные споры и формы их разрешения : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Харьков, 1971.
13. *Химикус Е. И.* Виды медиации // *Современное право*. — 2015. — № 11.
14. *Худойкина Т. В.* Мирное урегулирование и разрешение споров // *Московский журнал международного права*. — 1998. — № 2.
15. Юридическая наука сквозь призму Европейско-Азиатского правового конгресса (интервью с В. Д. Перваловым) // *Юридический мир*. — 2014. — № 4.

Материал поступил в редакцию 27 января 2018 г.

²⁰ См., например: *Иншакова А. О., Казаченок С. Ю.* Международный арбитраж vs медиация в наборе процедур урегулирования трансграничных споров // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2013. № 9. С. 34—38.

MODERN LEGAL MECHANISMS FOR RESOLVING INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTES

OVCHAROV Anton Olegovich — Doctor of Economics, Associate Professor, Professor of the Department of the Humanities and Socio-Economic Subjects, Volga Branch of the Russian State University of Justice
anton19742006@yandex.ru
603950, Russia, Nizhny Novgorod, ul. Kosmonavta Komarova, d. 10

IVANOVA Lidiya Nikolaevna — PhD in Psychology, Associate Professor, Head of the Department of the Humanities and Socio-Economic Subjects, Volga Branch of the Russian State University of Justice, Certified Mediator
livan19@mail.ru
603022, Russia, Nizhny Novgorod, prospect Gagarina, d. 17A

MAZIN Nikita Sergeevich — Secretary of the Leninsky District Court, Nizhny Novgorod
n.mazin@mail.ru
603950, Russia, Nizhny Novgorod, ul. Kosmonavta Komarova, d. 10

Abstract. *The article analyzes the essential features and main approaches to the understanding of the economic dispute as a legal category. Criteria for separating legal disputes from any other kind of disputes are suggested. The authors substantiate the functional approach to economic disputes as private law disputes arising in the course of any business activity. The issue of the industry affiliation of international economic disputes is examined. The peculiarities of the functioning of the international economic disputes in the Russian Federation are outlined. Special attention is given to dispute resolution mechanisms before the national courts of the Russian Federation with participation of foreign persons. Several problems, in particular, the excessive dependence of arbitration courts from the state authorities and “regulated” arbitration in Russia are highlighted. The authors analyze modern procedures for alternative resolution of international economic disputes. Based on the study of the international experience the authors prove the importance of the use of mediation procedures as an effective means of settling private law and public law disputes.*

Keywords: *economic dispute, business, international law, international commercial arbitration, Russian economy, arbitration courts, foreign persons, alternative dispute resolution, conciliatory and contentious mediation.*

REFERENCES

1. *Alfeeva Yu. V.* The Settlement of International Economic Disputes in Contemporary International Law: Candidate Degree Thesis (Legal Sciences). Abstract. — Kazan, 1998.
2. *Billebru E. V.* New Approaches to Evaluating the Neutrality of Arbitrators in International Commercial Arbitration // International Justice. — 2016. — No. 4.
3. *Gaydaenko Sher N. I.* Alternative Dispute Resolution Mechanisms as a Tool to Enhance the Enabling Environment for Business Activities (the Experience of Russia and Foreign Countries): Monograph / N.G. Semilyutina (Ed.). — M.: SISP, INFRA-M, 2016.
4. *Gaydaenko Sher N. I.* Mediation as Method of Resolving International Commercial Disputes // Journal of Russian Law. — 2011. — No. 7.
5. *Gaydaenko Sher N. I.* New Conciliation Rules of the International Chamber of Commerce: in Anticipation of the Demand for Mediation // Journal of Russian Law. — 2014. No. 9.
6. *Greshnikob I. P.* Bypassing of Law and Common Sense as the Basic Principles of the Russian Legislation on Commercial Arbitration // Arbitration. — 2015. — No. 5.
7. *Gurvich M. L.* Lectures on the Soviet Civil Process. — M., 1950.
8. *Davydenko D. L.* Comparison of International Commercial Arbitration with other Alternative Methods of International Commercial Dispute Resolution // International Commercial Arbitration Abstract. — 2013. — No. 1.

9. *Zelentsov A. B.* Administrative Legal Dispute: Theoretical Issues. Monograph. Ed. 2-e, rev. and updated — М.: RUDN, 2009.
10. *Zelentsov A. B.* Theoretical Bases of the Legal Dispute. Doctoral Degree Thesis (Legal Sciences). — М.: RUDN, 2005.
11. *Inshakova A. O., Kazachenok. S.Yu.* International Arbitration vs Mediation in the Set Procedures for Settling Cross-Border Disputes // Arbitrazh and Civil Procedure. — 2013. No. 9.
12. *Pobirchenko I. G.* Commercial Disputes and their Resolution: Doctoral Degree Thesis (Legal Sciences). Abstract. — Kharkov, 1971.
13. *Khimikus E. I.* Types of Mediation // Modern Law. — 2015. — No. 11.
14. *Khudoykina T. V.* Out-of-Court Settlement and Resolution of Disputes // Moscow Journal of International Law. — 1998. — No. 2.
15. Legal Science through the Prism of European-Asian Legal Congress (Interview with V.D. Perevalov) // Legal World. — 2014. — No. 4.

ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ

Э. Б. Аблаева*

ПРОФЕССИОНАЛЬНОЕ ОБУЧЕНИЕ СУДЕЙ КАК ОДНО ИЗ ПРИОРИТЕТНЫХ НАПРАВЛЕНИЙ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Аннотация. Модернизация системы отбора судей Республики Казахстан является одним из направлений судебных реформ. Модернизация системы отбора судей РК включает в себя комплекс мер по отбору кандидатов должности судей, профессиональной подготовке, переподготовке и повышению квалификации судей, формированию судейского корпуса и укомплектованию резерва судей. В контексте обозначенной реформы актуальными являются вопросы развития и совершенствования судебного образования. Эффективность деятельности судебной системы по отправлению правосудия зависит от форм и методов подготовки судейских кадров. Высшая степень профессионализма и глубокий уровень правовой культуры судей это в первую очередь имидж правового государства. Препятствием на этом пути является отсутствие профессиональных программ подготовки судей. В условиях индустриально-инновационного развития страны систему юридического образования и юридической практики необходимо привести в соответствие с международными стандартами правосудия. Образование судей должно быть фундаментальным, специализированным и непрерывным. Вместе с тем требуется пересмотреть порядок отбора и условия вступления в должность судей в Республике Казахстан путем осуществления первичной теоретической и практической подготовки будущих судей в соответствии со специализацией судов и судей.

Ключевые слова: юридическое образование, судебное образование, профессиональное обучение судей, подготовка судей, подготовка судейских кадров, переподготовка судей, повышение квалификации судей, формирование судейского корпуса, судебная деятельность, модернизация системы отбора судей, Академия правосудия.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.153-166

В настоящее время, в условиях обеспечения верховенства закона и доступности правосудия, а также гарантий защиты прав, свобод и законных интересов граждан и организаций, в числе приоритетных направлений правовых реформ стоят важнейшие задачи по совершенствованию системы казахстанского законодательства и приведению ее в соответствие с лучшей мировой практикой. Сосредотачивая

свое внимание непосредственно на основных направлениях судебных реформ в Республике Казахстан, мы выделяем три вектора судебной реформы:

- 1) модернизация системы отбора судей РК;
- 2) модернизация судостроительства РК;
- 3) модернизация судопроизводства РК.

Весьма важно отметить, что модернизация системы отбора судей РК в целом предполагает

© Аблаева Э. Б., 2018

* Аблаева Эльвира Бекболатовна, кандидат юридических наук, и. о. доцента кафедры юридических дисциплин Университета «Астана»

Ablaeva_1981@mail.ru

010000, Республика Казахстан, г. Астана, просп. Республики, д. 18, кв. 6

комплекс мер, направленных на улучшение системы отбора кандидатов в должности судей, профессиональную подготовку, переподготовку и повышение квалификации судей и сотрудников судов, качественное укомплектование судейского корпуса и кадрового резерва судей, а также развитие системы непрерывного судебного образования в Республике Казахстан. В соответствии с этим в представленной работе мы делаем попытку более широко рассмотреть именно те меры, которые направлены на развитие системы непрерывного судебного образования в Республике Казахстан.

В 1997 г. Республика Казахстан приняла Стратегию «Казахстан-2030», в котором обозначила долгосрочный путь развития независимого государства. В целях достижения стратегических целей долгосрочное развитие Казахстана проходит несколько этапов его реализации по трехлетним, пятилетним и десятилетним планам развития: — Стратегический план развития Республики Казахстан на 1998—2000 годы; — Стратегический план развития Республики Казахстан до 2010 года; — Стратегический план развития Республики Казахстан до 2020 года.

В продолжение данного вопроса отметим, что в настоящее время по поручению Главы РК — Н. Назарбаева, озвученной в его ежегодном Послании народу Казахстана от 31 января 2017 г.¹, Правительством РК обсуждаются вопросы по разработке следующего Стратегического плана развития Республики Казахстан до 2025 года, содержащего в себе стратегические цели третьей модернизации страны, именуемой «Национальная технологическая инициатива Казахстана».

В стратегическом документе, охватывающем период развития страны до 2020 года, акцент сделан на реформах в следующих сферах:

1) усиление прозрачности и независимости судебной системы, беспристрастности и профессионализма судейского корпуса;

2) совершенствование законодательства и повышение качества нормотворчества;

3) повышение уровня правовой культуры населения, в том числе профессиональной культуры работников судебных и правоохранительных органов и обеспечение реального доступа граждан к квалифицированной юридической помощи².

Основные направления развития национальной правовой системы определены в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, составной частью которой является и правовое регулирование научной и образовательной деятельности³.

В целом концептуальный документ особое внимание уделяет вопросам улучшения качества юридического образования и совершенствования казахстанского рынка юридических услуг, разработки новых форм и методов подготовки юристов разного профиля, активизации научных исследований по актуальным проблемам теории права и практики его применения, повышения уровня правовой культуры сотрудников правоохранительных, правоохранительных, судебных систем и юридической грамотности населения.

Важно отметить, что система образования и науки играет значимую роль в индустриально-инновационном развитии государства. Обозначив пять приоритетов в своем Послании народу Казахстана от 31 января 2017 г. «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность», Президент РК сказал, что в целях реализации четвертого приоритета по улучшению качества человеческого капитала необходимо изменить прежде всего роль системы образования. Наша задача — сделать образование центральным звеном новой модели экономического роста. Учебные программы необходимо нацелить на развитие способностей критического мышления и навыков самостоятельного поиска информации⁴.

¹ Послание Президента Республики Казахстан от 31 января 2017 г. «Третья модернизация Казахстана: глобальная конкурентоспособность» // ИПС нормативных правовых актов «Әділет». URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1700002017>.

² Указ Президента РК от 1 февраля 2010 г. № 922 «О Стратегическом плане развития Республики Казахстан до 2020 года» // ИПС нормативных правовых актов «Әділет». URL: http://adilet.zan.kz/rus/docs/U100000922_.

³ Указ Президента РК от 24 августа 2009 г. № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года» // ИПС нормативных правовых актов «Әділет». URL: http://adilet.zan.kz/rus/docs/U090000858_.

⁴ Послание Президента Республики Казахстан от 31 января 2017 г.

Именно в условиях достижения задачи по индустриально-инновационному развитию страны, повышения качества человеческих ресурсов и эффективного использования его интеллектуального потенциала государство отказывается от устаревшей методологической базы подготовки юридических кадров, оно предъявляет высокие требования к профессиональной подготовке юристов, их психолого-педагогическим установкам, духовно-нравственному содержанию и деловым качествам.

Проблеме юридического образования на постсоветском пространстве ученые-теоретики стали придавать значение еще в конце прошлого столетия, предметом их изучения были история и современное состояние юридического образования, вопросы повышения качества и совершенствования методики преподавания юридических дисциплин и т.п. Сегодня настало именно то время, когда высшие учебные заведения стали углубляться в проблемы системы менеджмента и качества юридического образования, решение которых служило бы гарантией соответствия кадров требованиям образовательных стандартов и интересам работодателей.

Так, В. В. Блажеев — ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина, выступая на Всероссийской конференции преподавателей конституционного права, посвященной 20-летию Конституции РФ, отметил: «Современное юридическое образование призвано обеспечить подготовку выпускников, осознающих особую значимость конституционных ценностей для упрочения и развития основ государственной и общественной жизни, способных к участию в их реализации правовыми методами и средствами»⁵.

Важнейшей целью профессиональных юристов Н. Я. Соколов считает защиту ими законных прав и интересов личности, поскольку это органично вытекает из природы правового государства. Принципы господства права и верховенства закона, на верный взгляд Н. Я. Соколова, являются важнейшими показателями уровня профессиональной культуры. Автор подчеркивает, что высокая профессиональная

культура, точное и неукоснительное исполнение юристами возложенных на них функций выступают важной гарантией прав личности, что накладывает на работников правоохранительных и других юридических органов особую ответственность⁶.

По справедливому суждению А. К. Голиченкова, необходимым фактором подготовки качественных юридических кадров, обеспечения надлежащего уровня правовых знаний и правового воспитания населения, преодоления правового нигилизма граждан и, особенно, руководящих кадров органов государственной власти является непрерывность юридического образования⁷.

Как нам известно, шаги интеграции Республики Казахстан в мировое научно-образовательное пространство повлекло за собой переход от традиционной системы обучения к кредитной технологии обучения, в последующем и присоединение Республики Казахстан в 2010 г. к Болонскому процессу, представленному трехуровневой системой образования: «бакалавриат — магистратура — докторантура». Реализация кредитной технологии обучения в Республике Казахстан привела к самостоятельному планированию обучения обучающимся и расширению его свободы выбора, что позволяет ему «на выходе» в рамках специальности получить те навыки и компетенции, которые нацелены на конкретную сферу деятельности. Обучающийся по своему усмотрению определяет элективные дисциплины, преподавателя и образовательную траекторию, которые отражают его индивидуальную подготовку по соответствующим профессиональным образовательным программам. В этом плане значительная роль отведена тем преподавателям, которые в период всего обучения выступают академическими наставниками и консультантами, оказывая помощь в освоении обучающимися учебных дисциплин и формировании их образовательной траектории. Известно, что образовательные программы реализуются через рабочие учебные планы, разрабатываемые и утверждаемые организацией образования самостоятельно, которые в итоге определяют трудоемкость

⁵ Блажеев В. В. Актуальные вопросы преподавания конституционного права // Сборник материалов Всероссийской конференции преподавателей конституционного права, посвященной 20-летию Конституции РФ (27 июня 2013 г.). М. : Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2013. С. 15.

⁶ Соколов Н. Я. Профессиональная культура юристов и законность // Lex Russica. 2009. № 1. С. 65.

⁷ Голиченков А. К. Юридическое образование в России: вызовы XXI века // Lex Russica. 2010. № 2. С. 309.

годовой учебной нагрузки преподавателя. Ввиду этого нельзя исключать личную заинтересованность членов профессорско-преподавательского состава кафедр в освоении обучающимися тех или иных учебных дисциплин, которые соответствуют именно профилю преподавателя, а не интересам обучающегося. К тому же нередко бывает изучение обучающимися учебных дисциплин с нарушением логики освоения образовательной профессиональной программы.

Каковы новые требования к рассматриваемой нами ныне системе подготовке юристов? На повестке дня один из острых вопросов о востребованности на рынке труда юристов широкого профиля или все же узкого профиля, либо, другими словами, в Республике Казахстан необходимо осуществлять подготовку многопрофильных юристов или разнопрофильных юристов?

Интеграция стран Евразийского экономического сообщества в европейское образовательное и научное пространство положительно одобрено лишь государственными органами этих стран, но не находит полной поддержки у научного сообщества. По сегодняшний день российские ученые обеспокоены состоянием ориентированной на практику современной системы образования, ведь былая традиционная система образования, которая осуществляла фундаментальную образовательную подготовку специалистов, была признана одной из самых лучших в мире. В этой связи поднимаются вопросы о пересмотре действующей системы высшего образования, в первую очередь юридического, учитывая положительные моменты системы образования европейских стран и не вытесняя при этом традиционные особенности отечественной подготовки кадров.

Президент РК Н. Назарбаев в выступлении на расширенном заседании Правительства РК

в Астане 6 мая 2015 г. не случайно заострил свое внимание на вопросах подготовки, переподготовки и повышения квалификации судей и судебных работников, а также отметил особую роль Верховного Суда РК в совершенствовании казахстанской судебной системы. В целях усиления взаимосвязи обучения и судебной практики, 18-м шагом Государственной программы «План нации. 100 конкретных шагов» было предусмотрено выделение Института правосудия из структуры Академии государственного управления при Президенте РК⁸.

Во исполнение этого приоритетного направления Указом Президента РК от 18 февраля 2016 г. № 198⁹ было образовано республиканское государственное учреждение «Академия правосудия при Верховном Суде Республики Казахстан» с особым статусом высшего учебного заведения.

Таким образом, годы спустя Верховный Суд РК вновь наделен функциями уполномоченного государственного органа по осуществлению государственной политики в сфере судебного образования. Академия правосудия существует 15 лет. В целях подготовки и повышения профессионального уровня судей и работников судебной системы по отправлению правосудия постановлением Правительства РК от 4 декабря 2001 г. № 1567 при Верховном Суде РК был создан Институт повышения квалификации судей и работников судебной системы¹⁰. В последующем постановлением Правительства РК от 30 сентября 2003 г. № 1008 данный Институт был преобразован в Судебную академию¹¹, основным видом деятельности которой являлись подготовка кадров судебной системы и повышение квалификации судей и работников судебной системы. Верховный Суд РК до реорганизации Академии государственной службы при Президенте РК и Судебной академии при Верховном Суде

⁸ План нации «100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ»: Программа Президента РК от 20 мая 2015 г. // ИПС нормативных правовых актов «Әділет». URL: http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1500000100_.

⁹ Указ Президента РК от 18 февраля 2016 г. № 198 «Об образовании Академии правосудия при Верховном Суде Республики Казахстан» // ИПС нормативных правовых актов «Әділет». URL: http://adilet.zan.kz/rus/docs/U1600000198_.

¹⁰ Постановление Правительства РК от 4 декабря 2001 г. № 1567 «О создании государственного учреждения «Институт повышения квалификации судей и работников судебной системы при Верховном Суде Республики Казахстан» // ИПС нормативных правовых актов «Әділет». URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P010001567>.

¹¹ Постановление Правительства РК от 30 сентября 2003 г. № 1008 «О переименовании государственного учреждения «Институт повышения квалификации судей и работников судебной системы при Верхов-

РК в форме их слияния в Академию государственного управления при Президенте РК¹², как известно, осуществлял общее управление Судебной академией.

В настоящее время в реализации научно-образовательной политики государства Верховным Судом РК осуществляются меры, направленные на подготовку судей, на обеспечение органов судебной системы высококвалифицированными кадрами, укомплектование кадрового резерва судей компетентными судьями, имеющими большой опыт работы в судебных должностях. Среди мер, осуществляемых Верховным Судом РК в сфере судебного образования, можно выделить разработанные им четырехлетние и пятилетние программы мероприятий, которые заложены в Стратегиях судебного образования Республики Казахстан, рассчитанных на 2012—2016 и на 2017—2020 годы.

Прежде чем приступить к рассмотрению содержания Стратегии судебного образования на 2017—2020 годы, обратимся к особым заслугам действующего Председателя Верховного Суда РК — К. Мами в реализации образовательной политики в судебной системе. Он одним из первых поставил задачу определения возможных направлений развития профессионального образования судей и работников судебной системы в Казахстане. На основе глубокого монографического исследования, учитывая мировой опыт — России, Германии, Испании, Португалии, Швеции и Нидерландов — в области профессиональной подготовки судей, еще в 2003—2004 гг. К. Мама предложил введение концептуальной стратегии профессионального образования судей и судебных работников Республики Казахстан¹³.

По сегодняшний день научные взгляды К. Мама на подготовку кадров судебной системы актуальны.

Новая стратегия развития судебного образования Республики Казахстан на 2017—2020 годы ставит перед собой цель — дальнейшее совершенствование качества, методов подготовки, переподготовки и повышения квалификации кадров для судебной системы¹⁴.

В реализации задач и функций по совершенствованию программ непрерывного судебного образования и повышения квалификации судей и сотрудников судебной системы ответственная роль отводится консультативно-совещательному органу при Председателе Верховного Суда РК на Координационный совет по судебному образованию¹⁵.

Итак, на современном этапе судебное образование в Республике Казахстан осуществляется по трем направлениям:

- 1) специализированная подготовка кадров для судебной системы и государственной службы РК путем реализации по государственному заказу образовательной программы магистратуры по специальности «6М030100 — Юриспруденция» с нормативным сроком обучения 2 года. Подготовка магистров-юристов осуществляется с отрывом от производства;
- 2) осуществление профессиональной переподготовки, повышения квалификации действующих судей и других работников судебной системы;
- 3) реализация научно-исследовательской деятельности в сфере организации и функционирования судебной системы, а также по вопросам обобщения судебной практики и анализа законодательства.

ном Суде Республики Казахстан” в государственное учреждение “Судебная академия при Верховном Суде Республики Казахстан” // ИПС нормативных правовых актов «Әділет». URL: http://adilet.zan.kz/rus/docs/P030001008_.

¹² Указ Президента Республики Казахстан от 31 мая 2005 г. № 1583 «О мерах по дальнейшему совершенствованию подготовки, переподготовки и повышения квалификации кадров государственных органов Республики Казахстан» // ИПС нормативных правовых актов «Әділет». URL: http://adilet.zan.kz/rus/docs/U050001583_.

¹³ Мама К. А. Конституционная законность и судебная власть в Республике Казахстан: основные тенденции и приоритеты. М. : Наука ; Алматы, 2004. С. 277.

¹⁴ Стратегия судебного образования Республики Казахстан на 2017—2020 годы // Судебное образование. Сайт Верховного Суда РК. URL: <http://sud.gov.kz/rus/content/strategiya-sudebnogo-obrazovaniya-na-2017-2020-gody>.

¹⁵ Распоряжение Председателя Верховного Суда РК от 2 ноября 2012 г. № 326 «Положение о Координационном совете по судебному образованию при Председателе Верховного Суда Республики Казахстан» // Сайт Верховного Суда РК. URL: <http://sud.gov.kz/rus/content/obshchie-polozeniya>.

В перспективе стоят планы по расширению объема оказываемых Академией правосудия образовательных услуг путем реализации профессиональной учебной программы высшего образования по подготовке специалистов с присуждением академической степени «бакалавр», а также послевузовской образовательной программы по подготовке кадров для научной, педагогической и (или) профессиональной деятельности с присуждением ученой степени доктора философии (PhD)¹⁶. Об этом упомянуто в Стратегии судебного образования Республики Казахстан на 2017—2020 годы.

В процессе интегрирования страны в мировое сообщество, в полноценном развитии государства и его важнейших институтов, повышении индекса глобальной конкурентоспособности по всем показателям выделяем особую роль Международных стандартов в области защиты прав человека, правосудия и пенитенциарной системы, которые в последующем находят свое юридическое закрепление в национальном праве Казахстана.

Так, с целью внедрения лучших международных стандартов в систему казахстанского правосудия 25-м шагом Государственной программы «План Нации — 100 шагов» обозначено создание Международного совета при Верховном Суде РК, который будет являться консультативно-совещательным органом по вопросам совершенствования национальной судебной системы¹⁷. Основная идея создания Международного совета вызвана необходимостью внедрения в национальную систему законодательства передовых идей и прогрессивных достижений развитых стран мира в сфере защиты прав человека, приведения казахстанской системы правосудия в соответствие с международными стандартами в области правосудия, формирования правильной и единообразной судебной практики, в том числе и улучшения пенитенциарной системы. В итоге на пленарном заседании Верховного Суда РК от 15 января 2016 г. постановлением

№ 4 утверждено положение о Международном совете при Верховном Суде РК¹⁸.

Академия правосудия при Верховном Суде РК для достижения стратегических целей судебного образования расширяет международное сотрудничество в области судебного образования. Международный совет при Верховном Суде РК оказывает огромное содействие Верховному Суду РК в реализации обозначенных выше задач. Нами тщательно проанализированы и обобщены рекомендации Международного совета при Верховном Суде РК по вопросам профессиональной подготовки, переподготовки и повышения квалификации действующих и будущих судей.

Так, при подготовке будущих судей в магистратуре Академии правосудия Международный совет своим протокольным решением № 2 от 22 ноября 2016 г. рекомендует следующее:

- 1) использовать опыт немецкой процедуры подготовки кандидатов на должность судьи, в котором основной упор сделан на развитии судебной практики и методологии права;
- 2) увеличить продолжительность стажировок, способствующих развитию правовых навыков, которые должны проводиться под руководством менторов, при сопровождении рабочих групп;
- 3) отказаться от разделения теоретических (академических) занятий и практической стажировки;
- 4) предусмотреть на законодательном уровне возможность участия Верховного Суда РК в разработке и утверждении государственных общеобязательных стандартов образования, типовых правил приема на обучение в организации образования, реализующие профессиональные учебные программы послевузовского образования, типовых учебных планов по специальностям высшего и послевузовского образования, а также квалификационных требований, предъявляемых к образовательной деятельности;

¹⁶ Распоряжение Председателя Верховного Суда РК от 2 ноября 2012 г. № 326.

¹⁷ План нации «100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ»: Программа Президента РК от 20 мая 2015 г. // ИПС нормативных правовых актов «Әділет». URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1500000100>.

¹⁸ Постановление пленарного заседания Верховного Суда РК от 15 января 2016 г. № 4 «Положение о Международном совете при Верховном Суде Республики Казахстан» // Сайт Верховного Суда РК. URL: <http://sud.gov.kz/rus/kategoriya/polozhenie-i-sostav-mezhdunarodnogo-soveta-pri-verhovnom-sude-respubliki-kazahstan>.

- 5) организовать обучение в магистратуре по специализированным программам, исходя из специализации судов первой инстанции;
- 6) учитывать при назначении судей профиль их специализации в магистратуре;
- 7) рассмотреть возможность проведения совместного обучения магистрантов и судей, участвующих на курсах повышения квалификации;
- 8) привлекать к преподавательской деятельности не только судей Верховного Суда РК, но и наиболее опытных судей местных судов, имеющих также ученые степени, судей в отставке, работников Департамента по обеспечению деятельности судов, ведущих ученых и преподавателей других образовательных и научных учреждений и др.¹⁹

Большинство рекомендаций Международного совета при Верховном Суде РК были приняты во внимание Верховным Судом РК при организации планирования обучения непосредственно в магистратуре Академии правосудия и законодателем при внесении соответствующих поправок в законодательные акты по вопросам совершенствования судебной системы.

В этой связи обратим внимание на календарь проведения учебных и контрольных мероприятий в течение учебного года. Так, на 2017—2018 учебный год для прохождения магистрантами 1-го курса специальности «6М030100 — Юриспруденция» практики/стажировки во II учебном семестре отведено 10 недель, а магистрантам 2-го курса в III учебном семестре — 8,5 недель. В общей сложности за весь период обучения — 19 недель²⁰. Как следует из Академического календаря количество и продолжительность стажировок увеличены.

Обучение в магистратуре осуществляется по специализированным программам в соответствии со сферой профессиональной де-

ятельности, ее видами и направлениями — как правотворческая, правоприменительная, правоохранительная, экспертно-консультационная, организационно-управленческая, научно-исследовательская и педагогическая деятельность.

Новая редакция п. 2-2 ч. 1 ст. 35 Конституционного закона РК «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», в отличие старой редакции, теперь позволяет судьям в отставке преподавать магистрантам и слушателям Академии правосудия при Верховном Суде РК и осуществлять научно-исследовательскую деятельность. Так, п. 2-2 ч. 1 ст. 35 данного Закона изложен в следующей редакции:

«2-2. Выплата ежемесячного пожизненного содержания судье, пребывающему в отставке, приостанавливается в случае занятия им в установленном законодательством Республики Казахстан порядке оплачиваемой из республиканского или местного бюджета либо из средств Национального банка Республики Казахстан должности, за исключением должности, связанной с занятием преподавательской, научной или иной творческой деятельностью»²¹.

Международные организации и зарубежные эксперты также оказывают консультативную и аналитическую помощь Верховному Суду РК в проведении судебно-правовых реформ. В частности, в 2011 г. председатель Верховного Суда РК Б. А. Бекназаров в целях совершенствования судебной системы и обеспечения качества Конституционного закона РК «О судебной системе и статусе судей РК», опираясь на международное сотрудничество, обратился в Бюро Организации по безопасности и сотрудничеству стран Европы по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ ОБСЕ) и в Европейскую комиссию за демократию через право (Венецианская ко-

¹⁹ Протокольное решение Международного совета при Верховном Суде РК от 22 ноября 2016 г. № 2 «Рекомендация Международного совета при Верховном Суде Республики Казахстан по программе судебного образования на основе зарубежного опыта» // Сайт Верховного Суда РК. URL: <http://sud.gov.kz/rus/content/zasedanie-mezhdunarodnogo-soveta-pri-verhovnom-sude-respubliki-kazahstan-ot-22-noyabrya-2016>.

²⁰ Протокольное решение Ученого совета Академии правосудия при Верховном Суде РК от 31 августа 2017 г. № 1 «Академический календарь специальности «6М030100 — Юриспруденция» на 2017—2018 учебный год» // Сайт Академии правосудия при Верховном Суде РК. URL: <http://academy.sud.kz/rus/content/akademicheskij-kalendar-0>.

²¹ Конституционный закон Республики Казахстан от 13 марта 2017 г. № 52-VI ЗПК «О внесении изменений и дополнений в некоторые конституционные законы Республики Казахстан» // ИПС нормативных правовых актов «Әділет». URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1700000052>.

миссия) с просьбой провести международную экспертную оценку по вносимым изменениям и дополнениям в вышеназванный Закон. БДИПЧ ОБСЕ и Венецианская комиссия, изучив Конституционный закон РК «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», также рассмотрев вносимые в него изменения и дополнения, в своем совместном заключении отметили наличие в нем положительных аспектов, обеспечивающих независимость казахстанской судебной системы.

Тем не менее, на взгляд международных экспертов, отсутствие в Конституционном законе положений об обучении судей является пробелом. В целях соответствия Конституционного закона РК «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» международным нормам и принципам эксперты Кароли Бард, Джеймс Гамильтон и Константин Вардзелашвили рекомендуют проводить регулярное обучение судей государственному, и в первую очередь гуманитарному, праву, а также осуществлять начальную подготовку судей исключительно за счет средств государственного бюджета, а также включить в названный Конституционный закон положение об обучении судей (п. 37)²².

Конституционный закон РК от 4 декабря 2015 г. № 437-V ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые конституционные законы Республики Казахстан по вопросам Высшего судебного совета, судебной системы и статуса судей», дополнил Конституционный закон РК от 25 декабря 2000 г. «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» статьей 38-2 «Академия правосудия при Верховном Суде». Однако названный конституционный закон не оговаривает порядок, сроки и условия прохождения кандидатами на должности судей либо действующими судьями или судебскими работниками обучения в Академии правосудия при Верховном Суде РК.

На протяжении многих лет качество отправления правосудия, независимость и беспристрастность судебной власти, эффективность судебной системы, статус, компетентность, дисциплина и ответственность судей, обуче-

ние и подготовка судебных кадров и многие другие вопросы являются предметом постоянного и широкого обсуждения Совета Европы. Дух и сила в этих областях стран Европы ярко продемонстрированы в конвенциях, хартиях, меморандумах, резолюциях и рекомендациях, принимаемых комитетами, консультативными советами и другими органами Совета Европы. Остановим свое внимание на некоторых из них.

Так, Рекомендации Комитета министров Совета Европы № Rec (2010) 12 государствам-членам о судьях: независимость, эффективность и ответственность, принятые Комитетом министров 17 ноября 2010 г. на 1098-м заседании Комитета министров взамен Рекомендаций № R (94) 12 от 13 октября 1994 г., акцентируют свое внимание на вопросах обучения и подготовки судей. Как правило, Рекомендации № R (2010) 12 направлены на усиление всех мер, необходимых для содействия независимости судей, гарантий эффективности их работы и ее повышения, укрепления роли отдельных судей и судебного корпуса в целом. Так, п. 56 Рекомендаций № Rec (2010) 12 определено, что судьям должно быть обеспечено теоретическое и практическое начальное обучение и обучение без отрыва от работы, которое полностью финансируется государством. В это обучение должны входить предметы экономической, социальной и культурологической тематики, связанные с осуществлением судебных функций. Интенсивность и продолжительность такого обучения должны определяться с учетом предыдущего профессионального опыта. Следующим пунктом Комитет министров Совета Европы рекомендует независимому органу обеспечивать полное соответствие образовательных программ начального обучения и обучения без отрыва от работы требованиям открытости, компетентности и беспристрастности, свойственным должности судьи²³.

Консультативный совет европейских судей (КЕСЕ) полагает, что от высокого уровня профессиональных знаний судей зависит также и эффективность судебной системы. В своем Заключении касательно принципов и правил

²² CDL-AD(2011) 012-rus Joint Opinion on the constitutional law on the judicial system and status of judges of Kazakhstan adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17—18 June 2011) // URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)012-rus](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)012-rus).

²³ Рекомендация Комитета министров Совета Европы № Rec (2010) 12 государствам-членам от 17 ноября 2010 г., принятая на 1098-м заседании Комитета министров, «О судьях: независимость, эффективность и ответственность» // СПС «ГАРАНТ.ру». URL: <http://base.garant.ru/70390732/>.

профессиональных стандартов поведения судей, Консультативный совет европейских судей рекомендует судьям поддерживать свой высокий профессиональный уровень через подготовку и переподготовку, которые обеспечивали бы им необходимую квалификацию²⁴.

КСЕС, определяя основы для назначения или повышения в должности судей, в своем Заключении № 1 (2001) для Комитета министров Совета Европы о стандартах независимости судебных органов и несменяемости судей, подпунктом «а» п. 22 верно задается вопросом: «Достаточно ли конкурсных экзаменов, не нужно ли оценивать и личные качества, а также обучать практическим навыкам, а затем проверять их на экзаменах?»²⁵.

В Казахстане действуют иной порядок отбора и условия вступления в должности судей. Так, граждане РК, изъявившие желание стать судьей, как правило, проходят несколько процедур, при которых необходимо доказать, что их личность соответствует требованиям, предъявляемым к кандидатам в судьи. Это:

- 1) процедура соответствия требованиям к кандидатам в судьи;
- 2) процедура на предмет соответствия условиям поступления на государственную службу;
- 3) процедура сдачи квалификационного экзамена для кандидатов в должности судей;
- 4) процедура прохождения полиграфологического исследования;
- 5) процедура прохождения профессиональной стажировки;
- 6) процедура прохождения конкурсного отбора кандидатов на вакантные должности судей;
- 7) процедура назначения, избрания и порядок вступления в должность судьи.

В качестве исключения ст. 13 Закона РК «О Высшем судебном совете Республики Казахстан» освобождает от сдачи квалификационного экзамена лиц, ранее работавших постоянными судьями не менее 5 лет и в течение

4 лет со дня увольнения изъявивших желание вновь занять должность судьи, а также лиц, окончивших обучение в магистратуре Академии правосудия при Верховном Суде РК²⁶.

Порядок отбора и условия вступления в должность судей в Республике Казахстан таковы, что граждане РК, изъявившие желание стать судьей, поэтапно проходят все вышеперечисленные процедуры. Кандидаты на должности судей сдают квалификационный экзамен на должность судьи один раз, после этого проходят на конкурсной основе профессиональную стажировку в судах РК. В период прохождения профессиональной стажировки стажер-кандидат выполняет все виды мероприятий, отраженных в индивидуальном плане, и задания координатора стажировки, по итогам которого подготавливает отчет, заслушиваемый на пленарном заседании областного суда. Возможность повторной оценки знаний кандидата на предмет наличия либо отсутствия у него практических навыков по итогам прохождения профессиональной стажировки в законодательных актах РК отсутствует.

В законодательных актах также отсутствует норма, которая обязывала бы лиц, окончивших по государственному образовательному заказу обучение в магистратуре Академии правосудия при Верховном Суде РК принимать участие в объявленных конкурсах на занятие вакантных должностей судей местных и других судов Республики. Принимать участие в конкурсе является правом каждого, в том числе и лиц, окончивших обучение в магистратуре Академии правосудия при Верховном Суде РК.

В этой связи А. К. Кыдырбаева, судья Верховного Суда РК, координатор судебного образования, полагает, что необходимо закрепить норму, по которой выпускник магистратуры должен принимать участие во всех объявляемых конкурсах. Предложения по модернизации судебного образования в части подготовки кадров для судебной системы путем установления обязанности возместить государству

²⁴ Заключение КСЕС «О принципах и правилах, регулирующих профессиональное поведение судей, в частности этические нормы, несовместимое с должностью поведение и беспристрастность». Страсбург, 19 ноября 2002 г // URL: <https://rm.coe.int/1680747c16>.

²⁵ Заключение № 1 (2001) КСЕС для Комитета министров Совета Европы о стандартах независимости судебных органов и несменяемости судей. Страсбург, 23 ноября 2001 г. ССЖЕ (2001) ОР №1 // URL: <https://rm.coe.int/1680747b8e>.

²⁶ Закон Республики Казахстан от 4 декабря 2015 г. № 436-V ЗПК «О Высшем судебном совете Республики Казахстан» // ИПС нормативных правовых актов «Әділет». URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1500000436>.

сумму, затраченную на его обучение в случае отказа от участия в конкурсе, бесспорно, заслуживают внимания²⁷.

Европейский совет, уделяя особое внимание статусу судьи и его отдельным аспектам, в ходе многосторонних встреч участников — стран Европы в Страсбурге 8—10 июля 1998 г. принял Европейскую хартию о статусе судей, положения которой по сей день служат для решения проблем институтов правового государства и демократических начал. Рассмотрим условия и гарантии, предусмотренные Хартией о статусе судей, которые обеспечивают компетентность судей в осуществлении ими специфических судебных функций.

Пояснительный меморандум к Европейской хартии о статусе судей, п. 2.1 устанавливает, что отбор кандидатов в судьи и их зачисление должны осуществляться на основании выбора, проводимого среди кандидатов независимой инстанцией или жюри. Конкурсный отбор, осуществляемый уполномоченным на то независимым органом, должен основываться на критериях, определяемых характером предполагаемых полномочий и специальных гарантиях, обеспечивающих профессиональную пригодность кандидата к выполнению судебных обязанностей. В этой связи из п. 2.2 Европейской хартии о статусе судей следует, что уставные правила, относящиеся к отбору и зачислению, должны содержать требования в отношении полученного кандидатом в должности судьи юридического образования или предшествующего его опыта работы в сфере правосудия. Для подготовки отобранных кандидатов для исполнения судебных обязанностей необходимо соответствующее обучение, обеспечиваемое государством (п. 2.3). Уполномоченный независимый орган должен осуществлять контроль за соответствием учебных программ и реализующих их учреждений требованиям открытости, профессионализма и беспри-

страстности, связанных с осуществлением судебных функций²⁸.

В последние годы КЕСС через призму качества судебного решения стал углубленно изучать вопросы качества юридического образования судей. Принятое КЕСС заключение № 11 посвящено проблемам качества судебных актов, выносимых судами по всем делам и спорам, определению влияющих на них факторов, от решения которых зависят в целом качество правосудия и реализация права на справедливый суд, провозглашенного ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. В этой связи КЕСС выделяет внешние и внутренние факторы, влияющие на качество судебного решения.

К внешним факторам относят: качество законодательства, объем финансовых затрат на содержание судебной системы и качество юридического образования. К внутренним факторам относят: профессионализм судей, процедуры и управление делами, слушания и неотъемлемые элементы решения²⁹.

Таким образом, КЕСС отмечает, что образование судей и в целом юридическое образование имеет особое значение для независимого, беспристрастного и справедливого суда. Деятельность судей должна обеспечиваться глубоким теоретическим и практическим обучением для правильного толкования и применения ими норм права, что, несомненно, в последующем окажет благоприятное воздействие на развитие профессиональных навыков судей и совершенствование системы правосудия.

Обозначив роль судей в системе правосудия и важность их отбора, подготовки и поведения, седьмой Конгресс ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями в 1985 г. принял резолюцию «Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов», в которой также отмечено, что лица, отобранные на судебные должности, должны иметь соответствующую подготовку и квалификацию в области права³⁰.

²⁷ Кыдырбаева А. К. Предложения по модернизации судебного образования // Сайт Верховного Суда РК. URL: <http://sud.gov.kz/rus/content/predlozheniya-po-modernizacii-sudebnogo-obrazovaniya-kydyrbaeva-aygul-kuanysbbaevna-sudya>.

²⁸ Европейская хартия о статусе судей: пояснительный меморандум // Электронный фонд правовой и нормативно-технической документации. URL: <http://docs.cntd.ru/document/901927869>.

²⁹ Заключение № 11 КЕСС (ССЖЕ(2008)5) от 18 декабря 2008 г. «О качестве судебных решений». Страсбург // Сайт «Законы России». URL: <http://zakoniros.ru/?p=17171>.

³⁰ Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 29 ноября 1985 г. № 40/32 и от 13 декабря 1985 г. № 40/146 «Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов» // Веб-сайт ООН. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/indep.shtml.

Так, одним из требований, предъявляемых к кандидатам в судьи нижестоящих судов РК, является наличие высшего юридического образования³¹. В соответствии с Классификатором специальностей высшего и послевузовского образования РК подготовка в РК специалистов с высшим образованием по группе специальностей «Право» осуществляется по четырем специальностям: «5В030100 — Юриспруденция», «5В030200 — Международное право», «5В030300 — Правоохранительная деятельность», «5В030400 — Таможенное дело»³². Квалификационные характеристики выпускников перечисленных юридических специальностей различаются между собой, как правило, сферой, объектом, предметом, видом и функциями профессиональной деятельности.

При этом Верховный суд РК не разделяет уровень высшего профессионального образования в трехуровневой подготовке специалистов «бакалавр — магистр — доктор PhD по профилю». Представляется, что наличие диплома государственного образца с присвоением академической степени «бакалавр по специальности 5В030100 — Юриспруденция» вполне достаточно для того, чтобы занять в Республике Казахстан должность судьи.

Напротив, с позиции Верховного Суда РФ, академическая степень бакалавра, срок освоения которой составляет четыре года, является недостаточной для назначения на должность судьи, особенно в условиях постоянного повышения требований к кандидатам. Степень «бакалавр», по мнению Высшей квалификационной коллегии судей РФ, согласно ст. 6 Федерального закона «О высшем и послевузовском образовании» определена в качестве первой ступени высшего профессионального образования и не дает права на занятие должности судьи. Заняв эту позицию, Высшая квалификационная коллегия судей РФ свое решение обосновывает тем, что предъявляемые ст. 119 Конституции РФ требования к высшему юридическому образованию кандидатов на долж-

ность судьи на момент ее принятия (12 декабря 1993 г.) соответствуют требованиям, необходимым для получения высшего юридического образования, подтверждаемого присвоением квалификации «дипломированный специалист»³³.

Международный опыт в сфере подготовки, переподготовки и повышения квалификации судей постсоветских стран показывает следующее. Так, Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Российский государственный университет правосудия» при Верховном Суде РФ осуществляет специализированную подготовку кадров для судебной системы по профессиональным программам бакалавриата, специалитета, магистратуры и аспирантуры. Профессорско-преподавательский состав Университета укомплектован из числа представителей не только судебной ветви власти, но и других систем управления, к преподавательской деятельности привлечены отечественные и зарубежные преподаватели.

Институт подготовки профессиональных судей при Одесской национальной юридической академии осуществляет для формирования судейского корпуса Украины только подготовку магистров по направлению специальности «Право» в форме очного и заочного обучения.

В соответствии со ст. 98 Кодекса Республики Беларусь от 29 июня 2006 г. № 139-З «О судостроительстве и статусе судей» специальная подготовка на должность судьи заключается в реализации образовательной программы специальной подготовки, необходимой для занятия должности судьи, и включает обучение сроком до одного года в учреждении образования с совмещенной стажировкой в одном из судов Республики, в котором имеется вакантная должность судьи, под руководством судьи, назначенного соответственно Председателем Верховного Суда Республики Беларусь или Председателем Высшего хозяйственного суда Республики Беларусь³⁴. Специальная

³¹ Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 г. № 132 «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» // ИПС нормативных правовых актов «Эділет». URL: http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z000000132_.

³² Государственный классификатор Республики Казахстан ГК РК 08-2009 «Классификатор специальностей высшего и послевузовского образования Республики Казахстан» // «Юрист» — комплекс правовой информации (законодательство) РК Информационной системы «ПАРАГРАФ». URL: <http://online.zakon.kz>.

³³ Обзор практики рассмотрения дел об оспаривании решений квалификационных коллегий судей // Вестник Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации. 2006. № 1 (7).

подготовка на должность судьи возложена на Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета, основными направлениями учебной деятельности которого является повышение квалификации кадров, специальная подготовка на должность судьи и переподготовка кадров с высшим образованием по специальности «Правоведение».

При этом от прохождения специальной подготовки на должность судьи общего или хозяйственного суда закон допускает возможность освобождения кандидата в судьи, имеющего стаж работы по юридической специальности не менее трех лет в системе юстиции, общих и хозяйственных судов и адвокатуры, а также в органах прокуратуры и внутренних дел Республики Беларусь.

В числе требований, предъявляемых ст. 17 Конституционного закона Кыргызской Республики «О статусе судей Кыргызской Республики»³⁵, к лицам, впервые претендующим на замещение должности судьи местного суда и не имеющим стаж судейской работы, а также к лицам, имеющим судейский стаж работы, у которых при этом срок перерыва между подачей заявления на участие в конкурсе и освобождением лица от должности судьи либо прекращением полномочий судьи превышает 10 лет, является наличие сертификата, выдаваемого по результатам сдачи квалификационного экзамена.

Квалификационный экзамен на должности судей Кыргызской Республики сдается по результатам прохождения обучения в Высшей школе правосудия при Верховном Суде Кыргызской Республики. Перечисленные выше претенденты на должности судей Кыргызской Республики проходят одногодичное обучение в очной форме в Высшей школе правосудия при Верховном Суде Кыргызской Республики, по окончании которого сдается квалификационный экзамен. Слушателям Высшей школы

правосудия, успешно сдавшим квалификационный экзамен, выдается сертификат установленного Советом судей образца, который действителен в течение трех лет.

Отличительной особенностью деятельности Высшей школы правосудия при Верховном Суде Кыргызской Республики является положение, установленное п. 1.4 Устава государственного учреждения «Высшая школа правосудия при Верховном Суде Кыргызской Республики», согласно которому на Высшую школу правосудия не распространяется законодательство о высшем профессиональном образовании³⁶.

Как показывает международный опыт России, Украины, Беларуси и Киргизии, в целом обучение и подготовка судей, как и в Казахстане, осуществляется по профессиональным программам высшего и послевузовского образования исключительно по направлениям подготовки «Юриспруденция», «Правоведение» или «Право» при верховных судах либо ведущих государственных вузах перечисленных стран. Особенностью системы подготовки судей в Республике Беларусь и Кыргызской Республике является то, что лица, впервые претендующие на замещение должности судьи и не имеющие стаж судейской работы, проходят специальное одногодичное обучение, чего нет в системе подготовки судей в Республике Казахстан.

Рассмотренные нами выше международные стандарты в области правосудия и международный опыт подготовки судей свидетельствуют, что система юридического образования и юридической практики, формы и методы подготовки юридических кадров нуждаются в реформировании, требуются разработка новых стандартов юридического образования и систем юридического менеджмента, выработка методических рекомендаций, прежде всего по формированию профессиональной культуры юристов. В условиях глобализации процессов, связанных с повышением конкурентоспособности стран и качества челове-

³⁴ Кодекс Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей (с изм. и доп. от 24 января 2017 г.). Минск : Национальный центр правовой информации Республики Беларусь, 2017. С. 100—106.

³⁵ Конституционный закон Кыргызской Республики от 9 июля 2008 г. № 141 «О статусе судей Кыргызской Республики» (в ред. от 10 августа 2012 г. № 167) // Сайт Верховного Суда Кыргызской Республики. URL: http://jogorku.sot.kg/sites/default/files/konstitucionnyy_zakon_kyrgyzskoy_respubliki_o_statuse_sudey_kyrgyzskoy_respubliki.pdf.

³⁶ Устав Государственного учреждения «Высшая школа правосудия при Верховном Суде Кыргызской Республики», утв. приказом Председателя Верховного Суда Кыргызской Республики от 31 января 2017 г. // URL: http://www.jogorku.sot.kg/sites/default/files/images/ustav_vshp.pdf.

ских ресурсов, будет оправданным подготавливать юристов разного профиля.

Развитие системы непрерывного судебного образования в Республике Казахстан нужно признать одним из необходимых условий повышения конкурентоспособности экономики, установления господства права и обеспечения верховенства закона, а также улучшения качества человеческого капитала. С учетом важности подготовки высококвалифицированных судебных кадров и их востребованности в судебной деятельности мы полагаем, что в Республике Казахстан первичную подготовку судей и судебных работников нужно осуществлять по мере необходимости укомплектования профессионального судебного корпуса по государственному образовательному заказу и исключительно по очной форме обучения.

Судей необходимо обучать по специализированным профессиональным программам высшего и послевузовского образования, где сфера профессиональной деятельности охватывает именно защиту прав, свобод и законных интересов граждан и организаций, обеспечение исполнения Конституции, законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров республики, а объектом выступают судебные и иные органы, обеспечивающие порядок деятельности судов и исполнение судебных актов.

В этой связи полагаем, что следует ввести новые специальности группы «Право» по программам бакалавриата, магистратуры и докторантуры. В частности, предлагается ввести такие специальности, как «5В030600 — Судебная де-

ятельность» с присвоением академической степени бакалавра права, «6М030600 — Судебная деятельность» с присвоением академической степени магистра права или магистра юридических наук и докторантуры «6D030600 — Судебная деятельность» с присуждением ученой степени доктора (PhD) или доктора права.

Подобную позицию занял Центр судебной экспертизы Министерства юстиции РК, по инициативе которого, с учетом важности судебного-экспертной деятельности, введены новые специальности, в частности, профильного и научно-педагогического направления по программе магистратуры «6М030500 — Судебная экспертиза» с присвоением академической степени магистра права или магистра юридических наук, а также докторантуры с присуждением ученой степени доктора (PhD) или доктора права.

Уполномоченный государственный орган в сфере образования и науки РФ поступил аналогичным образом, дополнив перечень специальностей и направлений подготовки высшего образования специальностью специалитета — «40.05.04 Судебная и прокурорская деятельность»³⁷.

Порядок отбора и условия вступления в должность судей в Республике Казахстан нужно пересмотреть в части осуществления первичной теоретической и практической подготовки будущих судей, и только по ее итогам оценивать уровень полученных ими теоретических знаний и приобретенных практических навыков.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Блажеев В. В. Актуальные вопросы преподавания конституционного права // Сборник материалов Всероссийской конференции преподавателей конституционного права, посвященной 20-летию Конституции РФ (27 июня 2013 г.). — М. : Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2013. — С. 14—16.
2. Голиченков А. К. Юридическое образование в России: вызовы XXI века // Lex Russica. — 2010. — № 2. — С. 296—310.
3. Кыдырбаева А. К. Предложения по модернизации судебного образования // Сайт Верховного Суда Республики Казахстан. URL: <http://sud.gov.kz/rus/content/predlozheniya-po-modernizacii-sudebnogo-obrazovaniya-kydyrbaeva-aygul-kuanyshebaevna-sudya>.
4. Мами К. А. Конституционная законность и судебная власть в Республике Казахстан: основные тенденции и приоритеты. — М. : Наука ; Алматы, 2004. — 301 с.
5. Соколов Н. Я. Профессиональная культура юристов и законность // Lex Russica. — 2009. — № 1. — С. 56—71.

³⁷ Приказ Минобрнауки России от 12.09.2013 № 1061 «Об утверждении перечней специальностей и направлений подготовки высшего образования» (ред. от 11.04.2017) // URL: http://www.consultant.ru/document/Cons_doc_LAW_153430/.

Материал поступил в редакцию 27 сентября 2017 г.

PROFESSIONAL TRAINING OF JUDGES AS ONE OF THE PRIORITY DIRECTIONS OF IMPROVEMENT OF THE JUDICIAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

ABLAEVA Elvira Bekbolatovna — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Legal Subjects, Astana University, Republic of Kazakhstan, Astana
Ablaeva_1981@mail.ru
010000, Republic of Kazakhstan, Astana, prospect Respubliki, d. 18, kv. 6

Abstract. *Modernization of the selection of judges system in Kazakhstan is one of the areas of judicial reforms. Modernization of the system of selection of Kazakhstan judges includes a set of measures for the selection of candidates of judges, professional training, retraining and advanced training of judges, the formation of the judicial corps and the staffing of reserve judges. In the context of the given reform, matters of development and improvement of judicial education are highly important. The efficiency of the judicial system on the administration of justice depends on the forms and methods of training of judges. The highest degree of professionalism and the deep level of legal culture of judges is first and foremost the image of a legal state. The obstacle is the lack of professional training programmes for judges. In terms of industrial-innovative development of the country, the system of legal education and legal practice must be brought into compliance with international standards of justice. Education of judges should be fundamental, specialized and continuous. However, it is required to revise the procedure for the selection and terms of entry to the judges in the Republic of Kazakhstan through the implementation of primary theoretical and practical training of future judges in accordance with the specialization of courts and judges.*

Keywords: *legal education; judicial education; vocational training of judges; training of judges; training of judges; formation of the judiciary; judicial activities; modernization of the system of selection of judges; Academy of justice.*

REFERENCES

1. *Blazheev, V.* Topical Issues of Teaching Constitutional Law // Proceedings of All-Russian Conference of Teachers of Constitutional Law Devoted to the 20th Anniversary of the Constitution of the Russian Federation (27 June 2013). Moscow, Kutafin Moscow State Law University (MSAL). 2013. — P. 14—16.
2. *Golichenkov, A.K.* Legal Education in Russia: Challenges of the XXI Century // Lex Russica. 2010. No. 2. — P. 296—310.
3. *Kydyrbaeva, A.K.* Proposals for the Modernization of Judicial Education. [Electronic resource]: Access from the Website of the Supreme Court. URL: <http://sud.gov.kz/rus/content/predlozheniya-po-modernizacii-sudebnogo-obrazovaniya-kydyrbaeva-aygul-kuanysbbaevna-sudya>
4. *Mami, K.A.* Constitutional Law and Judicial Power in the Republic of Kazakhstan: Main Trends and Priorities. Moscow, Science, Almaty. 2004. — 301 P.
5. *Sokolov, N.I.* Professional Culture of Lawyers and Law // Lex Russica. 2009. No. 1. — P. 56—71.

«МЯТЕЖ НЕ МОЖЕТ КОНЧИТЬСЯ УДАЧЕЙ...» (ЛЕГАЛЬНЫЕ ОСНОВАНИЯ РЕВОЛЮЦИОННОГО МИФА). ЧАСТЬ 2¹

Аннотация. В статье делается попытка выявить и проанализировать воздействие революционной идеи, взятой на предельно глубинном онтологическом уровне ее существования, на процессы государственного и правового строительства. «Революционный мир», или идеология революции, реализуется в действующих правовых нормах и правовой политике. Пробный анализ позволяет обнаружить некий общий для всех исторических революций алгоритм и закономерности. Уточняя правовые различия в оценках таких явлений, как «бунт», «мятеж», «восстание» и т.п., возможно более определенно очертить и легальные рамки самого феномена революции.

Политические аспекты этого явления становились определяющими при оценке революционных действий и преобразований, в зависимости от результатов революционной борьбы определялась и ее легитимность. Что касается легальных оснований революции, то их относительный характер был очевиден. Изменяющаяся юридическая терминология, посредством которой отписывались действительные революционные акты и события, в определяющей степени зависела от фактического соотношения сил и позиции законодательной власти.

Борьба властей обозначала начало революционного этапа развития, на котором существенным образом менялись принципы государственного управления, формы правления и правовая система государства. Стремление к обновлению сочеталось с применением учредительного и правоустанавливающего насилия. Закономерным итогом борьбы становится гражданская война и наступление диктатуры, которые также в определенной степени могут быть описаны на языке права и юриспруденции. Революция, которая претендовала на глобальную значимость и перманентность, превращалась в мощную историческую силу, оказавшую влияние на становление всех современных мировых государственных и правовых систем.

Ключевые слова: легальность, легитимность, законность, справедливость, насилие, диктатура, тирания, мятеж, бунт, восстание, ресентимент, гнев, раб, господин, война, сословие, класс, равновесие, мир.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.167-188

¹ Окончание. Начало см.: Lex Russica. 2018. № 2. С. 9—29.

© Исаев И. А., 2018

* Игорь Андреевич Исаев, доктор юридических наук, заведующий кафедрой Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

5. «СПРАВЕДЛИВЫЙ БУНТ — ЗАРОДЫШ РЕВОЛЮЦИИ»

«Во взгляде раба уже было заложено тенденциозное сведение королевского права к одному только голому насилию и к величеству “жестокости” — власть с ее пышным фасадом здесь встречается с непосредственным опытом раба». И нечто среднее между этими позициями учреждается только благодаря политико-правовым действиям самой власти, из которых она и выводит свою легитимацию в этом среднем — в праве и государстве — здесь снова встречаются сознание «господина» и сознание «раба».

При этом язык власти как всегда коварно подменяет значение «ключевых» слов: так, он именуется «миром» оттягивание войны, «наведением порядка» — подавление волнений. Власть нескромно прославляет свою социальную политику, раздавая жалкие подачки, и говорит о справедливости, безжалостно применяя жестокие законы². «Но ведь никогда нельзя говорить народу, что законы несправедливы, — он повинется им лишь до тех пор, пока верит в их справедливость, и ему следует постоянно внушать, что закону следует повиноваться, просто потому что он закон, независимо от того, справедлив он или нет. Если народ это усвоит, опасность бунта будет предотвращена, а это и есть, собственно говоря, настоящее определение справедливости». (Морализаторские же теории иезуитов, к примеру, только подрывают общественный порядок и несут серьезную опасность для публичной безопасности. Иезуитская «аскеза души» вырастает из великой идеи дисциплины и послушания, но односторонне переносится на отношения «я» к своим собственным мыслям, чувствам и стремлениям. Основной элемент в «упражнениях» Игнатия Лойолы — это перенос отношений военной дисциплины, существующей между командующим и армией, на отношения между «я» и «мыслями»³. Папа Иннокентий IV напишет: «Светская власть имеет самое низкое и нечестивое происхождение: некоторые лица возвысились посредством разбоя и убийства и сделали властителями и тиранами... Земные царства достигают легальной формы своего существования лишь тогда, когда их повели-

тели подчиняются духовной власти и получают из ее рук как легальное достояние то, что без этого подношения имело бы характер насильственного захвата»⁴.) Только государство с его легальными судебными инстанциями обладает данной от Бога властью над жизнью и смертью своих подданных: сам моральный порядок тогда окончательно отделяется от юридического, «форум, на котором судят о грехе, — от форума преступления»⁵: деморализация политики, столь ярко выраженная у Макиавелли, становится общей тенденцией в политической мысли Нового времени.

Слово «революция» появляется в христианской политической латинской литературе уже в период поздней Античности. Его упрочившийся к этому времени нейтральный смысл уже существенно отличался от смысла тех традиционных терминов, которыми обозначали восстание и в которых пропорции между справедливостью и несправедливостью всегда представлялись неравными.

Массовые возмущения, сопряженные с насилием, отличались от войны не столько правомерностью или неправомерностью применения насилия, сколько фактически возникающими юридическими отношениями между сторонами: война велась между равноправными субъектами, тогда как восстания учинялись «теми, чей правовой статус ниже, против тех, чей правовой статус выше», что не являлось, однако, категорически неправомерным. Право на сопротивление и восстание все еще оставалось крайним средством для того, чтобы насильственным путем, но легально действовать против властителя-тирана.

Но и граница между «восстанием» и «сопротивлением» тоже оказывалась довольно размытой. В законах часто прописывались тенденциозное отношение к повстанцам как к преступникам и соответствующие этому наказания (чаще всего это было в случаях полной победы той стороны, чей статус был выше). Асимметрия при определении насильственных действий для каждой из сторон еще более возрастает в Новое время: «Только тот, чей правовой статус ниже, может подняться против того, кто выше, или составить заговор против него». Если же насилие исходило сверху, тогда

² *Слотердайт П.* Критика цинического разума. Екатеринбург, 2001. С. 263.

³ *Шелер М.* Ресентимент. СПб., 1999. С. 145—146.

⁴ Цит. по: *Андреев А.* Монашеские ордена. М., 2001. С. 302.

⁵ *Проди П.* История справедливости. М., 2015. С. 398—399.

использовалось совсем иная терминология — «несправедливое применение насилия», «тирания», «деспотия». Термин уже сам по себе заключал в определении правовую и моральную оценку и квалификацию: кто «бунтует против своего законного господина, стало быть, и действует противоправно» (Найтхардт Бульст)⁶. (Уже начиная с XII в. законы, направленные против восстаний и смут, стали появляться также и в городских сводах права, а в XVI в. свое традиционное юридическое право на насилие потеряли сразу два сословия — рыцари и крестьяне — их «частные» войны были юридически и фактически запрещены и определены как «смута и возмущение».)

Однако термины «смута» и «волнения» все же еще могли применяться достаточно нейтрально по отношению к сторонам, участвующим в гражданской войне. «Ведь истинные смута и волнения в правлениях — очень вредные гости, и гораздо ужаснее и опаснее, чем открытая враждебная война, тем более что в войне есть хоть какой-то определенный порядок и дисциплина, то в смуте нет ни главы, ни какого-то порядка или последовательности» (М. Дравидус): порядок, «безопасность» и «сохранение государства» в юридической терминологии XVI—XVII вв. категорически противопоставлялись «вынужденным беспорядкам» и стихийным «бесчинствам».

В трактате «О восстании низов против правителей и верхов» (1633 г.) Н. Фон Рамсль предлагал правоведам прежде всего выяснить, «о чем все же должны задуматься низы, что следует им делать... когда они по некоей причине восстают или уже восстали против своих правителей и верхов». Здесь важно было выявлять не только то, являются ли эти восстания «законными», но также и то, являются ли они по сути «значительными, общественно полезными», ведь иногда смуты и бунты «воспитывают правителей, предотвращают войну и нарушение мира» и дают повод для издания новых благотворных законов и улучшения порядка в правлении, предупреждают «бессмысленные нововведения». Ибо «нет большего повода к недовольству, смуте и войне, чем дурные законы и суды» (В. Зекендорф)⁷.

Право на восстание имело под собой основу в виде естественно-правовой традиции, склон-

ной к абстрагированию и абсолютизации своих принципов. Нарастающий массив позитивных норм, сосредоточенных на разрешении конкретных ситуаций, декретный произвол власти, ослабление роли обычая и традиции в условиях военного беззакония подрывали эту основу.

Абсолютно законные утверждения часто теряют свое преимущество, как только превращаются в позитивные предписания и законы. И поскольку нет никакой надежды на осуществление в мире приемлемого закона, никакое применение социального или политического порядка не может привести даже к малейшему улучшению. Напротив, оно повлечет за собой «гражданские войны, которые есть самое худшее из зол» (Б. Паскаль).

По замечанию Г. Гроция, несправедливость пропорциональна не тяжести вины, а ущербу, нанесенному другим. «В отношениях же между народами это положение принимает форму легитимации войн не только как средства обороны, но и как инструмента наказания, указанного традицией в случаях тяжелого нарушения естественного права»: здесь действительность естественного права как правового устройства явно ограничена войной. Разрыв между этическим миром, имеющим в своем основании природу и разум, и миром позитивного права, чья первостепенная коннотация — принуждение, здесь налицо: и только там, где это не предусмотрено, вмешивается норма, исходящая от природы и от разума, подобно «богу из машины», который здесь громко высказывается о войне и о мире⁸.

Все правовые понятия, прилагаемые к существующему политическому порядку, в ситуации, когда ему угрожали насилие и хаос, как правило, формулировались самими властями — как «смута», «волнения», «заговор», «возмущение», «восстание» и были синонимичны латинским обозначениям беспорядка, которые издревле использовались в римском праве. Но в Средние века появилось новое определение этих обстоятельств и феноменов — «нарушение мира в стране» и «государственная измена», к которым уже в Новое время присоединяется пафосное понятие «оскорбление величества». (Нейтральными терминами, также обозначавшими эти явления, вскоре станут «раздор» и даже — «граж-

⁶ Словарь основных исторических понятий. Избранные статьи : в 2 т. М., 2014 (далее — СОИП). Т. 2. С. 550.

⁷ Цит. по: СОИП. Т. 1. С. 592—594.

⁸ *Проди П.* Указ. соч. С. 384—386.

данская война». Наконец, легитимирующим беспорядок термином, появившимся уже в ходе Великой французской революции, будет «восстание против тирании, диктатуры и деспотизма».)

В кризисной ситуации «все участники событий апеллировали к праву, которое потенциально являлось как бы общим для всех, а если происходили изменения в самом политическом строе, то и они в принципе все же оставались «в пределах конечных возможностей осуществления людьми господства над себе подобными», невзирая на все политические трансформации, такие классические формы власти, как монархия, аристократия, демократия — все еще оставались вполне применимыми для политического дискурса и юридически значимыми⁹. (В словаре Брокгауза и Ефрона восстание, все еще оставаясь наказуемым деянием, могло уже оказаться, по крайней мере в идее своей, правомерным поступком, поскольку оно направлялось против «неправомерного господства»: народу позволительно было законным образом сопротивляться, принуждать, свергать и наказывать. Но другие словари предупреждали читателей от подобного благожелательного отношения к восстанию — предшественнику или спутнику планируемой или уже осуществляемой революции: ведь в ходе восстания преступники, руководствуясь своими политическими интересами и убеждениями, только разжигают гражданскую войну.)

Чтобы приблизить якобы лучшее будущее, государственный преступник всегда склонен ссылаться на то, что он только орудие в руках Провидения: «смута» и «восстание» тем самым приравнивались друг к другу, а их реальное политизирование стало осуществляться исключительно ради «принципа лояльности»: деполитизация же понятия «восстание» и все еще сохраняющаяся критика преследования политических демагогов здесь как бы сливались в единую позицию, в которой революция, гражданская война и восстание в конституционно-государственном плане представлялись одинаково излишними¹⁰. (Известная архаика в определении антигосударственных актов сохранялась достаточно долго. «Бунт часто

возникает в странах жарких или лежащих на большой высоте, тогда как революции чаще случаются в умеренном климате», — утверждал Чезаре Ломброзо.)

Хотя в условиях нововременного территориального государства понятие «смута» все еще и сохраняло свое первоначальное значение, но на передний план уже выступало «естественное право» как последний аргумент легитимации, когда ссылки на позитивные положения права уже оказываются безуспешными. «Так потенциально нащупывается легальное обоснование гражданской войны. Тогда межсословные столкновения обставляются все бóльшим числом юридических моментов и ритуализированных форм сопротивления. Но само определение происходящих конфликтов по-прежнему оставалось в компетенции государственной или имперской инстанции, которая решала, начиная с какого момента бунт (в форме «сговора», «заговора», «сборища», «возмущения» или «восстания») должен быть подвергнут насильственному подавлению, если в иных процессуальных формах прекратить его не удавалось¹¹.

6. «ДУХ СЕКТ» В РЕВОЛЮЦИИ

С конца XVII — начала XVIII в. «пастырские» функции переходят в ведение структур управления, которые взяли на себя функцию надзора, а поведенческие конфликты стали все чаще разгораться уже вокруг политических институтов. К этому времени начинают политизироваться и возникающие в Европе во множестве тайные общества, ставившие себе целью заговоры, политические или общественные перевороты, однако в деятельности своей все еще устремленные к смене старых «поводырей» и к целям, не совпадающим с целями официального общества¹².

Поначалу секты политико-религиозного типа, как правило, образовывались в низших слоях общества, их материал — «рабы» и «подлые люди», желающие выйти из подневольного и гнетущего положения и создать для себя новые лучшие формы существования. Это был

⁹ См.: Бульст Н., Козеллек Р., Майер К., Фиш Й. Революция (Rtvolution), бунт, смута, гражданская война (Rebellion, Aufruhr, Bürgerkrieg) // СОИП. Т. 1. С. 522—523.

¹⁰ Цит. по: СОИП. Т. 2. С. 718—720.

¹¹ СОИП. Т. 2. С. 612.

¹² Фуко М. Безопасность, территория, население. СПб., 2011. С. 263—265.

наиболее эффективный путь на политическую арену, где секта была намерена совершить переворот, быстрое изменение социальных форм.

Мистическая секта, несомненно, являлась реальной политической силой: все теснее и теснее группировались ее члены вокруг некоего «магического ядра, которое сначала от них было скрыто, замаскировано, являлось им в тумане нравственно-политической пропаганды, но которое затем начинало постепенно и осторожно для них раскрываться» во всей своей мистической и антисоциальной исключительности¹³. Секта становилась «волонтерным» объединением лишь достойных (по идее) в религиозно-этическом отношении людей, квалифицированных в качестве таковых и добровольно вступивших в это объединение (Макс Вебер).

Ипполит Тэн, пожалуй, первым из современников сформулировал идею таинственного «малого народа», который неожиданно появляется на свет вначале революции, используя свое превосходство, жестоко угнетает пассивное молчаливое большинство, предлагая ему некую «принципиальную свободу, разрушающую все фактически существующие свободы, некую философию, убивающую за убеждения, правосудие, карающее без суда. Осуществлялось нечто странное и абсурдное: деспотизм свободы, фанатизм разума. Таково было революционное противоречие»¹⁴, его скоро назовут якобизмом (последователями якобинцев будут анархисты и коммунары — ненависть к сильным и социальной несправедливости сохранилась и в деятельности Интернационала как мотив и средство «подготовки к великой и окончательной революции», что давало основания рассматривать эту организацию как ассоциацию, враждебную принципу власти и основанную для того, чтобы свергнуть его, создав такой социальный строй, при котором бы никто не повелевал и никто не подчинялся¹⁵).

«Сообщества избранных» или «тайные общества» оказывались одной из форм организаций, обладающих устойчивыми признаками, к которым обычно обращаются в моменты, когда «первичная» политическая организация об-

щества уже не может удовлетворять всем возникающим требованиям: братства проявлять активность только «зимой», в трудный критический период, когда официальное общество стареет, а потрясения и активность, привносимые братством, могут вернуть ему молодость и жизнь. Роже Кайуа набросал контуры законного, вполне легального функционирования тайных обществ: «малые» общества, развивающиеся внутри «большого» общества, которое эволюционирует, сами переходят от состояния «динамичного» общества к состоянию стабилизированной формации: динамизм, правда, пытается возродиться и в разного рода движениях, направленных против форм нарастающей стабилизации, являя себя в форме сект и настойчивого протестантизма (Марсель Мосс в этой картине выделяет именно легалистский аспект: ведь вопрос стоит относительно легальности или нелегальности тайных обществ именно с точки зрения нашего общества. Способ интерпретации, рассматривающий это общество исключительно как враждебное для государства, является явно недостаточным. Но если рассматривать его только с этой точки зрения, оно действительно выступает как заговорщическое, однако выполняющее необходимую регулирующую функцию: его же достоинством является тот факт, что только оно и обеспечивает наиболее решительное и оперативное отрицание «принципа гнетущей необходимости», во имя которого объединения людей сотрудничают в «суете своего существования»¹⁶). Нарождающиеся политические партии со своими оптимистическими обещаниями станут достойными продолжателями этой сектантской идеи.

Требовались тяжелый военный разгром или глубокий институциональный кризис, длительное и безысходное расстройство — т.е. некая великая слабость, с одной стороны, и необычно большая сила — с другой, чтобы произошла настоящая революция. Такие совпадения бывают нечасто: у общества есть необходимые инстинкты самосохранения, оно тонко чувствует опасность и уже предварительно прибегает к репрессиям. Но, делая это, оно лишь «усиливает общественное доверие к секте, работаю-

¹³ Овсяннико-Куликовский Д. Сектанты. М., 2017. С. 89.

¹⁴ Цит. по: Кошен О. Малый народ и революция. М., 2004. С. 169.

¹⁵ Цит. по: Ломброзо Ч. Политическая преступность и революция. М., 1998. С. 180.

¹⁶ См.: Кайуа Р. Братства, ордена, тайные общества, церкви // Коллеж социологии. СПб., 2004. С. 152—162.

щей для его же гибели, указывает на нее как на своего главного врага, а оттого направляет к ней и всех своих перебежчиков, и, хотя на его стороне многочисленность, богатства и могущество, изнутри оно уже поражено раздорами, неверием, ленью, трусостью». Такое общество долгое время слагалось из одних лишь привычек, инерции и эгоистических интересов, которые поддерживали видимость порядка.

Бунтари же, опираясь только на собственную волю, обретают тем самым и все недостающее им: их мало, но они смелы, пылки, неутомимы. «Они последовательно завоевывают власть, лишь внешне соблюдая правила политической игры: вот тут-то и приносит свои плоды та суровая дисциплина, которой всегда была подчинена их секта. Толпу, склонную безоговорочно говорить “да” или “нет”, ищущую повода для восторгов и великих “упований”, быстро очаровывают их посулы, знамена и страсти». «Итак, как она не ведает истины, дарующей освобождение, для нее благо быть обманутой» (А. Грамши будет упрекать Бенедетто Кроче в том, что тот «отождествляет политику со страстью», что объяснялось, однако, тем, что Кроче исходил из концепции перманентной борьбы, для которой сама ее инициатива базируется на «страсти»: и поскольку исход борьбы никогда не может быть предрешен, поэтому и надо вести постоянные атаки. И не может быть страсти без антагонизма. Власти и вожди искусно пробуждают страсти толпы и «ведут ее на борьбу и на войну», но в данном случае не страсть является причиной и сутью политики, а само поведение вождей, которые при этом остаются холодными рационалистами¹⁷).

Радикалы не ограничиваются только частичными реформами, а желают резкой переменой сразу всех институтов и нравов. Партии такого типа, выросшие из сект, являются уже чем-то совсем иным, чем обычные и традиционные политические объединения: «Они как бы находятся вне закона и сами стремятся... подменить правильную конкуренцию безжалостной борьбой, которая, по их представлениям, должна завершиться полной и окончательной победой. Но с этого момента они уже не партии, а снова секты: они считают уста-

ревшими условностями нормы морали и права, они насильственным путем идут к разрушительным целям¹⁸. При этом чаще всего они прикрывают свою подрывную работу легалистскими лозунгами и ссылками на закон. «Секта может поставить своей прямой задачей завоевание власти в стране, где она создана». Тогда она становится как бы похожа на политическую партию, и у нее как будто такой же статус, и она стремится к такой же цели. «Но вскоре общество распознает грозящую ему опасность: под показным уважением к своим институтам и обычаям оно замечает твердую решимость уничтожить их».

Репрессии только укрепляют солидарность в секте: в ответ она требует от общества «таких прав, которых сама же поклялась его лишить». Достигнув своих целей, секта господствует над нацией, не утрачивая своей суровости и внушая обществу свой дух¹⁹. Секта передает завоеванному обществу стиль, который она выработала еще в подполье (Жозеф де Местр уже давно говорил о «скрытой силе», которая обманывает верховную власть и заставляет ее разрушать самое себя собственными руками)²⁰.

Декреты и законы, созданные «малыми обществами» и идейно подготовленные еще в подполье, закреплялись фактической победой сектантов. Их легитимность была пропорциональна силе победителей.

«Малое» общество выросло вокруг большого, оказавшись на деле значительно более активным и сплоченным, чем казалось ранее, и ему не составляло особого труда начать по своему произволу управлять «большим» без его ведома: «Мнение может быть навязано как всеобщее, если считают, что оно кем-то поддержано, а для того, чтобы тянуть за веревочки, их надо скрыть». Закон механического и безличного управления голосующими — это только тактическая необходимость «затеряться в толпе, ведь когда несвоевременно становятся известны настоящие предводители восстания, оно в тот же момент прекращается». Зато факт занимает место обсуждения, все, что ограничивает деятельность «малого общества» — а именно легальные границы — в целом игнорируется²¹.

¹⁷ Кайуа Р. Дух сект // Игры и люди. М., 2007. С. 269—271.

¹⁸ Грамши А. Наука политики. М., 2017. С. 57—58.

¹⁹ Кайуа Р. Дух сект. С. 278.

²⁰ Виат О. Граф Жозеф де Местр // Ж. де Местр. Санкт-Петербургские вечера. СПб., 1998. С. 616.

Революционеры — своего рода монахи, как бы заранее обреченные в жертву ради своей веры. Отрекшись от жизни как в ожидании казни, служа своему великому замыслу, они не ждут от мира, с которым борются, ни правосудия, ни жалости. Они борются только за то, чтобы разрушить его и заменить другим — миром славы, счастья и справедливости. С точки зрения этого мира «они действительно преступны, ибо отделились от общества, дабы низвергнуть его. Поначалу их суровая нравственность действует только в их собственном кругу. По отношению же ко всем прочим у них нет ни веры, ни закона... Если же напряжение и давление на них слишком усиливаются, они... начинают вести себя как те, кем их и считают, — как настоящие преступники». Тогда они полностью разрывают с обществом, в котором живут, — только такой ценой дух секты и способен выстоять против всех бед²². Чтобы объединиться, надо обособиться, поэтому изначальным политическим актом является акт отделения, но тем же актом создается и новая ассоциация людей, отрывающая «новую эру и новый календарь».

Со временем, принимая в свое все расширяющееся сообщество «всех подряд», секты объявляют уже «весь взбудораженный народ» предназначенным к ничем не оправданному владычеству над остальными: «Кровью, историей или границами создается тогда уже не единство желаний, а настоящее религиозное братство между людьми. Прошлое предопределяет собой будущее и окутывает общей судьбой всю разнородную массу людей, где теперь еще больше обычного начинают преобладать худшие». Большинству отказывают в правах, оно предназначено для рабства. От мобилизации не ускользает ничто, и каждая частная энергия должна вырабатывать максимальное усилие. Собираемые таким образом в ходе национализации и милитаризации силы могут быть использованы для завоевания всего мира. «Дух сект рождал грозные inferнальные доблести», которые рисковали увлечь общество в «головокружение», где оно утратит покой, честь и свободу²³. Дух сект легально

и нелегально стремился воспитывать породу «господ».

Особенностью больших революций (английской, французской, русской) было то обстоятельство, что ни одна из них не пыталась вербовать сторонников, предлагая «уменьшить реальное политическое тело нации», замкнуться в национальных границах, — каждая их них тяготела к созданию такого политического порядка, который по своим масштабам превосходил бы все, что предпринималось прежде в этом направлении. «Нечто, что уже как-то существовало до революции, реформируется и трансформируется революционерами с той целью, чтобы каждый теперь мог функционально участвовать в циркуляции крови нового политического тела, сделанного из этого старого нечто». (Так, великие революции не могли отказаться от реалистических требований централизации, в отличие от тех малых бунтов, которые некогда угрожали разрушить общественное единство²⁴.)

Поэтому «великие революции» можно рассматривать как высшее проявление «возможностей, содержащихся уже в сектантской гетеродоксии, рожденной там, где политическая сфера рассматривалась только лишь как одна из сфер реализации фундаментальных трансцендентных представлений, включая потусторонние ориентации и компоненты: Град небесный тем самым переносился в Град земной. Исторические истоки этих представлений оказывали заметное влияние на Возрождение, Реформацию и Просвещение: «именно эти исторические корни великих революций... и придают им специфику, отличают их от других повстанческих или протестных движений. В ходе революции эти сектантские движения становились составной частью большого общества и жизни его центров, соединившись с восстаниями, народными движениями и политической борьбой в центре. (По-настоящему только социалистическим движениям удалось соединить страстный протест восстания и инакомыслия с активной реалистической политикой строительства новых институтов и формированием центров²⁵.)

²¹ Котен О. Указ. соч. С. 248—250.

²² Кайуа Р. Дух сект. С. 271.

²³ Указ. соч. С. 289—290.

²⁴ Розеншток-Хюсси О. Великие революции. М., 2012. С. 299—300.

²⁵ Эйзенштадт Ш. Революция и преобразование обществ. М., 1999. С. 31—32.

7. ЯВЛЕНИЕ «РЕВОЛЮЦИИ»: ДВУСМЫСЛЕННЫЙ ТЕРМИН

В драме Имре Мадача «Трагедия человека», написанной по мотивам поэмы Мильтона, Люцифер произносит такие слова: «Страна»... «Народ»... Понятий этих больше нет в помине... Когда-то мы с понятием “Отчизна”, предубеждениями глупыми ведомы, носились... Теперь “Отчизна” людям вся земля, плечом к плечу они вперед шагают. И над единым, гармоничным строем наука бдит, диктуя общий ритм» (сцена двенадцатая).

Сцена включает обстановку фаланстера, где безвольные и запуганные люди обслуживают машины, которые вскоре станут их настоящими господами. Призыв к равенству и свободе ведет к новому господству и подчинению, в атмосферу тьмы и озлобленности. Закон здесь заменен организационно-техническими нормами. Зло же по-прежнему шествует под знаменем ненависти и зависти, играющими главную роль как в институциональных переворотах, так и в духовных отношениях (еще Гете в «Венецианских эпитафиях» говорил о коварстве демагогов: «Все апостолы свободы были мне противны: в конечном счете каждый из них стремился к произволу для себя»). Творческий дух издавна питал неприязнь к политическим переворотам и неограниченным разрывам. Ведь в условиях демократии организаторам переворотов в большей степени присуще сознание именно разрушителей, чем созидателей — каждый разрыв поэтому есть настоящий «прыжок во тьму» (Отмар Шпанн)²⁶.

Каждая революция непременно создавала из одной общности людей минимум две враждебные группировки: для человечества, принявшего идею равенства всех людей, всегда и повсюду любая война становилась гражданской войной, только место войны теперь занимала революция. Двоевластие или «многовластие» — вполне нормальные состояния для революционной поры: к единовластию революция приходит только в последнем акте своей драмы, идея же централизации проникает в нее из старого мира.

Сама революция неизбежно несет риск хаоса, когда она чувствует, что старый порядок умер: «Когда дух покидает тело общественного института, тогда и вспыхивает революция».

Вдохновению, этой движущей силе растущего единства, потребен и некий всеобщий способ выражения, без которого оно не могло бы расширить сферу своего влияния: «В этой роковой дилемме — банальный и рутинный, но хорошо организованный язык умирающего прошлого, с одной стороны, и вдохновенная вера группы, не имеющая видимых или слышимых способов самовыражения — с другой — в этой дилемме универсальная история поставляет лидерам будущего присущие им общие формулировки, она дает революции общепонятный язык: призыв истории, обращение к ней дает революции связь с реальностью в самый опасный момент призрачности и хаоса»²⁷. На языке прошлого революция записывает свои новые законы, традиция цепко держит рвущиеся вперед преобразования.

Первоначально само слово «революция» действительно было только астрономическим термином, обозначавшим вечное, неодолимое и постоянно повторяющееся движение, и только в XVII в. это слово окончательно утвердилось в качестве устойчивого политического термина. Артикулированное понятие «политическая революция» возникло уже в Новое время и в политическом дискурсе Европы изначально обозначало некие масштабные перемены, великий мятеж, свержение правителя и изменение государственного строя: по аналогии с астрономическим круговым движением звезд изменение государственного строя также стало толковаться как круговорот и возвращение, но с XVIII в. это понятие стало формулироваться как исторически необходимая перемена вообще. Но еще в XIV в. астрономическое значение слова «революция» эпизодически уже переносилось в область политического, где оно стало описывать специфику политических круговоротов государственных систем и форм. Понятие тем самым приобретало квазиприродное и метаисторическое значение, включив в себя такие качества и характеристики, как необходимость и цикличность. Романтики придали этому явлению элемент чувственной апокалиптики, заимствовав его из средневекового мировосприятия: «Революционное желание осуществить Царство Божие стало основным вопросом всякого прогрессивного образования и началом “современной истории”» (Фридрих Шлегель), «священная революция»

²⁶ Шпанн О. *Философия истории*. СПб., 2005. С. 226—227.

²⁷ Розеншток-Хюсси О. *Указ. соч.* С. 429—430.

приходит на землю, как «мессия во множественном числе» (Новалис).

Революция в смысле «переворота» вскоре стала обозначать как некую политическую цель в будущем, так и циклическое историческое «возвращение»: в революции в синхронном аспекте тем самым всегда была заключена и «контрреволюция», в диахронном же аспекте «революция» и «контрреволюция» всегда способствовали возникновению друг друга (Райнхардт Козеллек).

Философы Просвещения говорили о революции как о количественной «перемене, которая своей быстротой обещает нечто гораздо большее» (Д'Аламбер). «То, что было в XVI в. (Ренессанс), было бурной революцией, а наша — тихая», — говорил Вольтер. «В некоторых государствах бывает эпоха, которая становится необходимой, эпоха эта ужасная, кровавая, но она — настоящий сигнал свободы: я говорю о гражданской войне» (Мерсье)²⁸.

Предполагалось, что английская «славная революция», которую можно рассматривать и как контрреволюцию, станет окончательным и решающим сверхчеловеческим вмешательством небесных сил в земные дела, образчиком этого славного дела, в Конвенции 1688 г. говорилось: «Нигде мы не найдем более ясного и наглядного примера, чтобы рука Господа была столь явно видна в делах человеческих... чем в происходящей сейчас Революции»: реставрация свободы здесь как бы увековечивалась волшебным словом «революция» — и для того, чтобы показать существенную разницу между итоговой «славной революцией» и спонтанными восстаниями снизу, использовались даже аналогии с землетрясением. (Стихийность и иррациональность революции проистекали из тех же самых источников, которые были свойственны и политике, и власти как таковой. В мемуарах Людовика XIV говорится: «Мудрость требует, чтобы в определенных условиях многое отдавалось на волю случая. Даже сам разум рекомендует нам следовать слепым влечениям инстинкта, которые ускользают от нашего разума и кажутся упавшими с неба»²⁹.)

Г. Форстер увидел в революции настоящее явление природы, законы которого непознаваемы. Ясно только одно — революция приобретает неудержимый размах и с нарастающей скоростью мчится вперед, вовлекая в себя все большие массы: эта всесокрушающая сила не есть нечто интеллектуальное и разумное, она — прежде всего сила массы. Она обеспечивает «непредсказуемому механизму народной силы» ее историческое право: в ней «воля народа достигает своей наивысшей подвижности, и великая светлая масса разума, которая еще наличествует», подчиняется этой воле³⁰. Сокровенное стремление к чему-то неведомому и сакральному определенно сближало «революцию» с тремя архетипическими традиционными формами, заимствованными из теологии: Воскресением, Воплощением и Воздаянием.

Еще в XVII в. революцию редко называли «революцией», это слово означало скорее регресс, чем прогресс, реставрацию, «возвращение на первоначальное место»: «Вся ее политическая эволюция, как одного из архетипических понятий и мифологических символов... определялась тем, что мы можем назвать метафорическим императивом». Семантически она сближалась с искрой и пламенем, рекой и потоком, бурей и ураганом, но прежде всего — с кругами времени и небесными движениями: «Рожденная в таинственных, но законосообразных сферах небес, только астрономическая революция, и она же обращение, могла как фигура речи и фигура мысли дать политическому сознанию особое удовлетворение с неким оттенком освященности»³¹.

Будучи поначалу только общим наименованием некоего политического повторяющегося движения, стоящего в политическом лексиконе наравне с «битвой», «войной» и «нашествием», традиционным синонимом «бунта», «беспорядка», «восстания» и «мятежа», революция в XVIII в. становится одним из самых характерных и могущественных понятий — в сознании многих она становится заменителем даже таких понятий, как «государство», «правительство», «церковь» и «король»³².

²⁸ Цит. по: СОИП. Т. 2. С. 620—621.

²⁹ См.: Розеншток-Хюсси О. Указ. соч. С. 202.

³⁰ Цит. по: СОИП. Т. 2. С. 636.

³¹ Ласки М. Утопия и революция // Утопия и утопическое мышление. М., 1991. С. 192.

³² Розеншток-Хюсси О. Указ. соч. С. 110.

«Революции» древности представляли собой лишь эпизодические и непоследовательные попытки достижения такого жизненного положения, при котором только и становится возможным спокойное, в самом себе сосредоточенное существование, эти революции имели своеобразный оборонительный характер. «Начиная с Клеона и до Спартака восставшие думали лишь о потребностях данного момента, и никто даже не пытался создавать некий общий новый порядок античного жизненного строя» (Освальд Шпенглер противопоставлял этим тенденциям и формам три великие революции Нового времени: «Английский инстинкт привел к решению, что власть принадлежит личности», а не государству; «французский инстинкт» решает, что власть не принадлежит никому, неся равенство и идейный анархизм; немецкая же революция возникает из теории, что власть принадлежит целому: этот прусский инстинкт, по сути, вообще враждебен революции)³³.

Новая терминология как бы освятила революцию в качестве законного события — законного природно, а не только политически: с ней «что-то большее, чем законность, вошло в Западный мир»: еще в XVII в. термин использовали в смысле, который предполагал параллель между «сменой правительства и великими перемещениями звезд, в Средние века политика считалась полностью зависимой от вращения колеса фортуны». (Гоббс говорил: «Я видел в этой революции круговращение суверенной власти между двумя узурпаторами... Ибо она перемещалась от короля в Долгом парламенте, от него к толпе, от толпы — к Оливеру Кромвелю... потом — снова к толпе, снова к Долгом парламента, и от него уже — к королю»³⁴.) Но когда революция становится природным явлением и понятием, она высвобождается, выходит из всякого правового поля.

Спонтанный характер революции был для всех как бы очевиден: ее никто не проектирует, никто не «делает», не мастерит настоящей революции; но когда она наступает, то это значит, что такая насильственность развития была просто необходима. Но если общественное

развитие не задерживать и не затормаживать, и если государство обладает подходящим для этого реформирующим началом и ресурсом, то нет и никакой необходимости и даже никакой возможности для возникновения революции: революцию всегда можно предотвратить реформами (Purge)³⁵, но сама природа не в состоянии устранить несправедливость, как утверждал еще Лукреций.

В политической теологии Ф. Баадера революция выглядела как «самовоспаление» и «саморазложение», как следствие отпадения человека от Бога и «принятия им на себя ответственности перед временем»: Для него было только два пути — «либо социальная переориентация, либо революция, — стать ли хозяевами времени, или же, не наперстав и не предупредив эволюцию реформацией, добиться лишь того, чтобы само время обратилось против нас революцией»³⁶. Но управлять революциями, когда они уже начались, никто не в силах (Виланд). Революция разворачивается самостоятельно, принимая тот или иной оборот и внезапно: «Деспотическая монархия будет отменена революцией, которая произойдет сама собой, как происшествие, входящее в естественные измерения человеческого рода, которое возникает само собой и без договора, точно так же, как образуется сама собой и верховная власть» (Эрхард). (Ханс Фрайер предлагал вообще отказываться революции в каком-либо целенаправлении, чтобы вывести ее из-под действия механического причинно-следственного детерминизма³⁷.)

«Революция» приобретает свое современное семантическое звучание именно в эпоху Просвещения, тогда его первоначальное значение как возвращения, возврата дополняется еще несколькими уточняющими смыслами — поворота, изменения положения дел: применительно к политике это обозначало существенные перемены в правлении и административной области. П. Бейль замечал: «После того как законность единожды нарушена — особенно при смене правителя на троне, — каждое следующее изменение государства становится все легче»³⁸. Понятие приобретает

³³ См.: Шпенглер О. Прусская идея и социализм // Пессимизм? М., 2003. С. 144—145.

³⁴ Цит. по: Розеншток-Хюсси О. Указ. соч. С. 282.

³⁵ См.: СОИП. Т. 2. С. 671.

³⁶ Цит. по: СОИП. Т. 2. С. 670.

³⁷ См.: Фрайер Х. Революция справа. М., 2009. С. 97.

³⁸ Цит. по: СОИП. Т. 2. С. 612—613.

черты, свидетельствующие еще и о «внезапности, величии и удивительности» революции, но вместе с тем с революцией все еще ассоциируются старые понятия «смуты», «беспорядка» и «перемен».

К концу XVIII в. понятие «революция» приобретает еще и черты долговременности, более того, исторически и морально обоснованной необходимости. Она теперь означает особенно полное изменение в строе государства, когда монархия преобразуется в республику, а та в монархию, или когда насильственным образом меняется базовый порядок престолонаследия: в любом случае это ассоциировалось с переворотом в государстве. Новое понятие впитало в себя реальный опыт стран, прошедших через революцию, — в ней уже увидели откровенное насилие, неуправляемые, стихийные, действующие помимо государственного строя силы. «Долговечные изменения, не поддающиеся институциональному управлению, и спонтанное насилие — вот два компонента, составляющие то новое понятие революции, которому суждено было сделать карьеру в XIX веке» (Р. Козеллек)³⁹: новое понятие подняло такие уже устоявшиеся определения, как «беспорядки», «война», «гражданская война» над уровнем чисто теологического или узкоюридического толкования, введя их в область более широко-го «физико-политического» осознания.

8. НЕОДОЛИМАЯ СИЛА

Революции только «строят колыбель» новому человеку, в которой он воспроизводит себя определенным образом и в соответствии с определенным типом. Но и насилие также лежит в основании каждого нового государственного образования: «Едва ли есть в мире государство, чье начало можно было по совести оправдать» (Гоббс). И папа Пий II говорил, что «королевство покоряют не законность или добропорядочность, но завоевания». Это вулканическое, незаконное или дозаконное происхождение любого правительства давно занимало умы людей мыслящих⁴⁰.

Революция овладевает людьми как страсть, которая приводит прежде всего к внутренним «личным революциям и восстаниям», после чего разум уже не в состоянии завершить революцию, он может только осмыслить ее уже после того, как она произошла.

Каждая серьезная революция начинается с «великого страха». Лютер писал: «Знамена природы определенно указывают на политическую революцию... указывают посредством войн». Ранке красочно описывал Реформацию: «Когда имперские власти стали подозрительны друг для друга и для самих себя, основные силы, на которых покоилась империя, стали угасать. Молния ударила из земли, прекратились обычные течения общественной жизни; шторм, рев которого так долго был слышен в глубине, поднялся в верхние слои: все, казалось, было готово к совершенному перевороту»⁴¹.

В каждой сколько-нибудь значимой революции обнаруживаются своеобразные «социалистические эмоции и ожидания», они предполагают наличие авторитета и порядка, устанавливаемого законом⁴²: но любая революция связана с ослаблением легитимной власти и всегда найдутся желающие поверить в то, что это означает нечто иное, как вседозволенность. Нереалистические требования низших классов после распространения демократических институтов порождают дополнительную напряженность между теоретическими провозглашенными правами и практической невозможностью пользоваться ими. Поэтому все реальные революции для снятия напряжения очень скоро начинают применять все те же деспотические меры и ограничения гражданских прав, на существовании которых до этого момента были основаны их собственные обвинения против общества: недостатки своих предшественников революционное общество превращает в настоящие достоинства, понятия «закон» и «преступление» начинают извращать в таких масштабах, которые в прежние времена просто привели бы к революции⁴³. (Реформация, которая была самой настоящей революцией, восприняла тенденцию к секуляризации от самого абсолютизма: «рево-

³⁹ СОИП. Т. 2. С. 615.

⁴⁰ Розеншток-Хюсси О. Указ. соч. С. 384.

⁴¹ Цит. по: Розеншток-Хюсси О. Указ. соч. С. 387.

⁴² Шпенглер О. Пруссачество и социализм. М., 2002. С. 72.

⁴³ Шек Г. Зависть. М., 2010. С. 472—477.

люция», по Лютеру, не устанавливает новый секулярный порядок, но только постоянно раскачивает «основы всех мирских норм, максимум и установлений»).

Революция живет неоправданным предвосхищением, которое меньше всего имеет дело с практическим результатом и политикой в ее банальном смысле: в мир является нечто большее и более чудесное, чего «целые поколения боялись как последнего смертельного удара по цивилизации», и вдруг в нем узнают чаемое приближение нового часа истории: «То, что прежде означало конец или смерть, теперь называется началом и рождением — лидеры революции сами переименовали эпоху»⁴⁴. Но как бы по другую сторону истории видят в революции спасение человечества — ведь только временными являются все правительства, законодатели, государство. Все это слишком уж исторические силы, а само спасение человечества — в упразднении истории. (Так, календарный символ 1 мая, «первого дня перманентной революции», как бы стремится уничтожить старый календарь и историю вообще и погрузиться в вечно возвращающиеся волны предистории⁴⁵.) Революционные силы несут в себе новую государственность как субстанцию своей воли⁴⁶.

Все мировые революции начинались «безотносительно к конкретному пространству и с некоей абсолютной программы сразу для всего человечества в целом, с чудесного видения «новой земли». Все они полагали себя носителями вечной и безусловной истины. И лишь очень неохотно возвращались они обратно, на старую грешную землю, когда каждая революция для себя совершала вдруг болезненное открытие, что она все-таки обусловлена географически: «История первого революционного периода — это нечто иное, как история этого напряженного процесса обживания, пускания корней в определенную почву», когда же революция перестает верить в свою универсальность и теряет надежды на экспансию, тогда ей приходит конец.

Но то, что первый — шумный, мятежный и фанатичный — период так и не смог сделать, неожиданно завершается в период снижения

и упадка, когда формы революции становятся уже предметами экспорта: «Духовное присутствие старшей революции каждый раз подгоняло ее младшую сестру... Осознание уже достигнутых форм правления удерживало молодые революции от падения в хаос и обостряло их ощущение того, что они должны достигнуть значительно большего»⁴⁷: всякая революция служит «пробой для следующей» (Макиавелли). Революционные нововведения всегда оказывались связанными с изменениями в более интеллектуализированных представлениях о природе и социальной жизни, в них диалектически сочетались «движение, которое производит изменения, и движение, которое возвращает к отправной точке».

Революции часто и воспроизводятся в тех формах, в которых они уже происходили в прежние времена. (Парижская коммуна вдохновлялась образом революции 1789 г., а эта последняя — жакериями; «баррикады сделались в Париже столь же обычными, как военные бунты — в Испании, политические убийства — в России, политический разбой — в Греции».) Влияние традиций сказывалось на том, что революции, не сумевшие поддержать их престижа, не удаются, и чем дальше отходит новый строй от старого и традиционного, тем менее прочны его завоевания: революции, опирающиеся на старые правовые понятия и учреждения, почти всегда оказываются более удачными, поэтому, «реформируя государство, следует удерживать хотя бы тень древних форм» (Флорантен)⁴⁸.

Во Французской революции к новой концепции социальной жизни и нетрадиционным образцам легитимации присоединяется фактор легитимного насилия. Но еще ранее в революционном движении зазвучал призыв к «возвращению в Золотой век», парадоксальным образом делавший упор на новизну и стремление порвать с прошлым. На основе стремления к переустройству социальных и политических порядков происходило слияние обеих ориентацией с нормами социального взаимодействия и принципами справедливого распределения, обоснованием институтов, легитимацией собственного порядка, с при-

⁴⁴ Розеншток-Хюсси О. Указ. соч. С. 455.

⁴⁵ Указ. соч. С. 101.

⁴⁶ Фрайер Х. Указ. соч. С. 81.

⁴⁷ Розеншток-Хюсси О. Указ. соч. С. 376, 382.

⁴⁸ Цит. по: Ломброзо Ч. Указ. соч. С. 181—185.

знаками доступа к власти⁴⁹: здесь уже просматривались основные черты той самой «чистой революции», делающей упор на новизну, насилие и всеобъемлющий характер перемен.

С началом Великой французской революции стало очевидным, что революция представляет самое неизбежное и необходимое применение силы и что «носителем этой силы является народ»: гражданская война и персонифицированная власть народа стали составлять ядро совершенного «чистого» понятия революции. (Но П. Верньо предупреждал: «Подобно Сатурну революция пожирает собственных детей»). Партийные расколы, подозрительность, террор и диктатура принимали поистине мифологический масштаб. Спираль страха и подозрительность одновременно с насилием порождали и самих врагов, которых надлежало уничтожить: тогда же появилось и новое понятие — «контрреволюция».)

Революция — это та точка, где чувство совершенства и утопия соединяются с потерей умеренности (М. Ласки). Люди, желавшие народу блага, сознавали, что несовместимо с его подлинными интересами «легкомысленно предаваться волнениям, которые в результате могут привести к введению новой тирании на развалинах существующей» (Ф. Буонарроти): речь здесь шла о сосуществовании в людях мечты и отчаяния, о таком их духовном упоении и страсти к насильственным средствам, когда одно становится невыносимым без другого.

Новое общество начинало представляться невозможным без предварительного революционного обета, и революция — это только первый инструмент приближения будущего; сокрушение — это «прелюдия к освобождению: точное знание состоит не в понимании принципов устройства, а в социологической неизбежности революционного движения». Все утописты — революционеры, но не все революционеры — утописты: «Реформа — только если возможно, революция — если необходимо»⁵⁰.

Идея неодолимости, неподвластности революционного движения регулируемому влиянию человека была дополнена уже в середине XIX в. энергичным понятием «перманентная

революция» — «нет отдельных революций, есть одна непрерывная революция» (Прудон). Вместе с тем обращенность к прошлому превращала всё, относящееся к политике, — дела, слова, события — в сплошную историческую необходимость, она скоро и заняла место идеи свободы, которая питала первоначальный пафос революции. Люди революции как будто бы твердо знали, что революция должна совершаться в виде ряда последовательных революций и что явный враг сменится тайным врагом под маской «подозрительного», и что революцию может спасти только «человек центра», и что «революция пожирает своих детей». Такое знание порождало саму реальность. Эти же люди поначалу отваживались бросать вызов властям, чтобы оспорить все земные авторитеты, но затем безраздельно отдались зову исторической необходимости: робеспьеровский деспотизм оправдывался исторической необходимостью, обусловленной первейшими насущными потребностями народа, — именно они были объявлены той причиной, по которой и был развязан террор: «Не заговор королей и тиранов, но более могущественный заговор необходимости и бедности не позволял воспользоваться историческим моментом и увел революцию в сторону. Революция изменила свое направление: свобода более не являлась ее целью, целью стало счастье народа»⁵¹. Власть заранее заручилась эффективным и постоянным присутствием коллектива, надзор за «непатриотичностью» ей был обеспечен: власти достаточно было заявить, чтобы «направить на эгоизм каждого эгоизм всех». Такое сдерживание страсти страхом — при социальной демократии называется добродетелью. «Нельзя сказать, что это зло, так как формально преступления не было. Но это нечто худшее»: центр царствовал, машина власти оформлена — это самое большое орудие угнетения, ибо сфера ее деятельности не имела границ (как у нации, кооперации) как бывает у реальных обществ⁵².

«Ответственность должна падать на толпу, несмотря на всю неопределенность ее как имени собирательного», — настаивал С. Сигеле в «Преступной толпе». Преступление, совершенное толпой, должно и судить-

⁴⁹ Эйзенштат Ш. Указ. соч. С. 226.

⁵⁰ Ласки М. Указ. соч. С. 180—183.

⁵¹ Арндт Х. О революции. М., 2011. С. 74—77.

⁵² Кошен О. Указ. соч. С. 252, 261.

ся отлично от «того преступления, которое совершено одним лицом. Душа толпы существует, несмотря на то, что непонятной остается ее внезапная организация и отсутствие предварительного стремления к общей цели. Стихийность и воображение — стиль этой «души»⁵³. (Каждая форма цивилизации обладает собственным образом, воплощающим конец или начало мира. Так, доктрины авторитета и антихриста вернули людям Средневековья определенный интерес к истории мира. Каждая новая сфера цивилизации отделяется от предшествующей как раз по тому моменту, когда та теряет интерес к горизонту прежнего исторического видения: перманентная революция оказалась тоже ограниченной возможностью бесклассового общества без государства, английская революция очерчена человеческой гордыней, Люцифером и падением ангелов; воззвания Лютера оканчиваются образом непостижимого Царства Божьего, которое всегда только впереди. Но для Робеспьера падение ангелов уже свершилось и Люцифер уже правит: и Кромвель полагал, что Царство Божие должно находиться уже здесь или нигде⁵⁴. Еще ранее дорогу Страшному суду прокладывал «священный император», знающий, что жизнью человечества и звезд движут одни и те же законы и силы и что «революции мира навсегда прилагаются к обществу» (Данте).

«Революция» как прогрессивное понятие, обращенное в будущее, преобразила даже гражданскую войну, превратив ее из самостоятельного явления в необходимый промежуточный этап на пути к свободе (Р. Козеллек), негативное понятие, которое прежде служило синонимом «мятежу», государственному перевороту и «гражданской войне», вдруг поблекло, уступив место новой прогрессивной направленности, структурирующей историю: «все в этом мире — революция» (Мерсье), и у Руссо также понятие революции оказывается тесно связанным с общим понятием мирового кризиса, возвращая себе тем самым прежде эсхатологические черты. Вместе с тем уже с большим пессимизмом Дидро прогнозировал грядущую революцию как продукт страха и анархии, страха и свободы: в результате нее

неизбежно придет диктатура великого человека, которому опьяневший от свободы народ добровольно подчинится⁵⁵.

9. «ВОЙНА ПО ЗАКОНУ»

В пятьдесят третьем фрагменте у Гераклита утверждается: «Война (“полемос”) — отец всех, царь всех; одних она объявляет богами, других — людьми; одних творит рабами, других — свободными». Всякая революция рождается в этом жестоком соединении сил, враждебных и противостоящих друг другу. Это — справедливость факта.

У Тита Ливия «справедливой войной» называется война, которая сама по себе необходима. Взаимосвязь между войной и революцией рождается одновременно и вместе с революциями, которым война либо предшествовала и сопутствовала, либо сами эти революции вели к последующим оборонительным или освободительным войнам. Сами революционные изменения в формах правления становились наиболее вероятными последствиями поражений в войне⁵⁶: тогда войны превращались в революции, а революции провоцировали войну — это объяснялось тем, что обоим явлениям было свойственно одно общее и опасное качество и признак — насилие.

Но если война и не обуславливала непосредственно революцию, то во всяком случае она давала ей толчок, без которого эта последняя не удалась бы или разыгралась бы позднее. Происхождение войны и мира, полагал Дж. Вико, поскольку все республики зародились посредством вооруженных восстаний и только потом сложились при посредстве законов, связано с вечным свойством человеческой природы, полагающей, что войны всегда ведутся ради спокойной жизни народов в мире, потому «общественные войны должны вести гражданские власти, чтобы Бог рассудил их посредством счастья в победе». Это и есть настоящая «основа внешней законности», называемая «правом войны», установленная по Божественному провидению, «чтобы из войн не произрастали войны и чтобы род человеческий был спокоен за безопасность обществен-

⁵³ Сегеле С. Преступная толпа. М., 1998. С. 29—31.

⁵⁴ Розеншток-Хюсси О. Указ. соч. С. 451—452.

⁵⁵ Цит. по: СОИП. Т. 2. С. 622.

⁵⁶ Арендт Х. Указ. соч. С. 11—13.

ной собственности»⁵⁷. Война нежелательна, но неизбежна, а перемены в общественной жизни только порождают новые войны.

По логике Гоббса, в состоянии «войны всех против всех» «ничто в принципе не может быть несправедливым... ведь там, где нет общей власти, нет и закона, а там, где нет закона, нет и несправедливости». Легитимность же приобретает только в процессе создания новой политической общности. Но, создавая эту новую «мегамашину власти», заодно создают и новые мифы: так, ниспровергая и удаляя фигуру царя-суверена, заменяют ее еще более гигантским и бесчеловечным призраком «суверенного государства», наделенного абсолютными, но далеко не божественными полномочиями⁵⁸. И там, где один только суверенитет становится основой легитимности власти, все попытки урегулировать политический дискурс непременно оборачиваются войнами, а попытки революционного упразднения государства завершаются принятием нового решения и появлением нового государства: чем более растворяется в политическом дискурсе лишь частично заключенная в понятии суверенитета легитимность, тем все более тотальной и самоуверенной становится сама власть. Но означает ли это, что государство втайне мечтает о войне, чтобы избежать революции?

Война — это с формальной точки зрения настоящий юридический поступок и акт государства, поэтому в средневековой войне и не было сколько-нибудь заметного разрыва между правом мира и правом войны; но в моменты, когда имели место нарушение прав и несправедливость, война оценивалась в общезначимых юридических терминах. В реальности были войны публичные и войны частные — но публичные войны достаточно часто представлялись как частные, а частные иногда принимали по-настоящему публичное измерение. Война за права прекращалась как юридическая процедура чем-то таким, что считалось в общественном мнении победой, а победа была подобной суду самого Бога: «Раз ты проиграл, следовательно, права были не для тебя».

На смену этому типу войны и ее юридическому обоснованию уже в XVI в. приходит

новая мотивация государственного интереса; «физика государств заменяет юридические аргументы, на смену им приходят собственно политический интерес и политическая аргументация»⁵⁹. (Аббат Одилон из Клуни еще был в состоянии приостанавливать ведение боевых действий «с полудня субботы до утра понедельника и во время Великого поста». Из Клуни же исходило и правило принесения священной коллективной присяги во имя мира. Важным последствием «папской революции» стало еще и то обстоятельство, что она ввела в политическую историю Запада, собственно говоря, сам опыт революции. В противовес старому взгляду на светскую историю как процесс разложения было привлечено некое новое динамическое качество, острое чувство процесса, протекающего во времени, убежденность в необходимости реформирования мира⁶⁰.)

Хотя войны и следуют из враждебности, они, по сути, лишь крайняя форма реализации и логики бытийно уже существующего различия: идея «справедливой войны» отвергается. У Карла Шмитта (со ссылкой на Гроция) в качестве правовой причины войны остаются не нуждающиеся в каком-либо оправдании «бытийные утверждения» собственной экзистенции — это война против «действительного врага»⁶¹. Варвары для греков были не просто «другими» и «чужими», а данными самой природой врагами, и конфликт только с иными считался настоящей войной (*polemos*) (К. Шмитт). Враг — это не частный противник, это — «общественный враг». В эпоху непрекращающихся войн имеет место некий перманентный «фронт желания и страсти», питающийся агрессивной идеей управления театрами военных действий и постоянной мобилизации, возникающий в исключительном положении, т.е. в условиях войны без конца. Вот почему это — не просто духовная или символическая борьба, а борьба в смысле онтологической «бытийной изначальности».

В XII в. ответом на необходимость поиска новых форм войны стало куртуазное рыцарство с его этикой и романтическими мифами; в XVII в. в качестве ответа на этот вызов выступил символ классической трагедии; «ответом

⁵⁷ Вико Дж. Основания новой науки об общей природе наций. Л., 1940. С. 19, 23.

⁵⁸ Мамфорд Л. Миф машины. М., 2001. С. 38.

⁵⁹ Фуко М. Безопасность, территория, население. С. 392.

⁶⁰ Берман Г. Д. Западная традиция права. М., 1994. С. 122.

⁶¹ Левит К. Политический децизионизм // Логос. 2012. № 5. С. 129.

XVIII в. был цинизм Дон Жуана и рационалистической иронии». Романтизм мог бы стать адекватным ответом при условии, что его отказ от «ночных сил мифа не являлся крайним средством его подавления с помощью желаемой невоздержанности»: «Европейская война становится осуждением мира, который вдруг возомнил, что может избавиться от всяческих форм и путем анархии освободиться от смертного содержания мира». «Тоталитарное» государство станет в будущем воссозданием смысла формы, но слишком ненадежной формы, ведь полицейские меры не создают культуры, а лозунги не рожают морали. «Между великими государствами с искусственными границами и повседневной жизнью людей существует еще много чего-то неискренного, тревоги и возможностей. Ничто реально еще не затвердело» (Д. де Ружмон)⁶².

Революция, как и власть, представлялась продуктом природы. Власть первична по отношению к праву и законодательству, поэтому логично было предположить, что и революция первична к закону, а следовательно, может сама формировать и формулировать его. Но если природа является олицетворением бытия и в ней господствует необходимость, то закон выражает должностное, находясь в сфере действия морального долга.

Революцию только предполагалось ввести в законные рамки, которые также ограничивают и власть, однако порядок, который сама революция устанавливала, не собирался в них вписываться. В структуре сил, выраженных в форме восстания или мятежа, всегда просматривалась некая определенная и осязаемая иерархия, которая требовала соответствующего нормирования, и чаще всего эти движения заимствовали свои формы из церковной или военной организации. Сами задачи, увязанные с необходимостью идейного или боевого единства, требовали выбора норм и символов именно из этих жизненных сфер. Даже антигосударственные силы мятежа в строительстве своих структур неизбежно подражали государственным институтам и порядкам, с которыми они сами же сражались: временные режимы, устанавливаемые повстанцами, копировали государственный режим, при этом даже часто позиционируя себя как «государство в госу-

дарстве!» (Так, крестьянские войны Средневековья использовали для самоидентификации и для того, чтобы иметь возможность выступать в качестве некоей единой и узаконенной силы, термины, явно заимствованные из контрактно-правовой сферы — «союз», «договор», «собрание» или «христианское объединение». Но зато «Каролина» категорически квалифицировала подобные крестьянские выступления, основывающиеся на сословном праве, как неправомерные усобицы, сурово наказывая тех, кто «устраивает эти преднамеренные и злостные возмущения простого народа против властей».)

Чтобы придать более возвышенную форму своему политическому мышлению, средневековое общество выработало для себя специфическую идею рыцарства: «Стоило это придумать, и история превратилась... во внушительное зрелище чести и добродетели, в благородную игру с назидательными и героическими правилами». Из понятия о войне как о всего-навсего расширенном поединке вытекала идея, что лучшим разрешением любых политических разногласий является не что иное, как, по сути, правовой поединок между двумя сторонами спора: и Хейзинга был уверен, что само понятие международного права уже было предварено и подготовлено именно этим рыцарским эстетическим идеалом прекрасной жизни, согласно требованиям закона и чести⁶³.

Воздействие рыцарского идеала достаточно долго сказывалось на порядке ведения войны и военном формализме, противостоящем голому и спонтанному насилию. Революция не стала здесь исключением. Героям революций льстило, если их называли «рыцарями революции». Когда в войне проступает элемент политической (в дилемме «друг — враг») или дипломатической игры, можно с уверенностью говорить о том, что общество и его культура прилагают усилия, направленные на восстановление «мифа о страсти» для того, чтобы «соорудить для анархической силы строгие ритуальные ограничения». Внутри общества именно армия образовала «конституционное тело», мир, замыкающийся на самом себе, который не мог быть сведен только к одной такой форме, как война: это «тело» устанавливало

⁶² Ружмон Д. де. Искусство любить и искусство воевать // Коллеж социологии. С. 589—590.

⁶³ См.: Хейзинга Й. Политические и военное значение рыцарских идей // Homo Ludens. Статьи по истории культуры. М., 1997. С. 297—300.

между огромным числом людей пересекающиеся силовые связи, изменяющие их поведение и природу. (В поэтику революции в качестве героической фигуры входит не пастырь или мыслитель, а солдат, воин как наиболее дисциплинированный и организованный персонаж, наиболее подготовленный к вооруженной борьбе «за власть и свободу». И в практике революционного переворота именно этот герой сыграет решающую роль.)

Поскольку общество в целом относительно слабо связывало своих членов, не наделяя их ни внятным смыслом существования, ни достойными задачами, «конституированные тела» (конечно же, кроме армии эту задачу всегда выполняла церковь) предлагали устойчивые связи и смысл существования. Армия по своей структуре, формам и функциям не только соответствовала этому социальному целому, в котором она пребывала, но она еще и обладала реальностью самой для себя⁶⁴.

Людовик XIV еще говорил о войне, ссылаясь исключительно на юридические и личные мотивы, к чему чувство национального достоинства не имело особого отношения. Теперь же война обмирщается и на смену суда Божьего и рыцарству приходит хитрая дипломатия, сохранившая, однако, химерические надежды вести войну все-таки «по правилам». Рыцарское сословие в XVII в. утрачивает свое право на самостоятельное ведение войны: усобица была поставлена государством вне закона как преступное «возмущение» — законное право на ведение войн оставалось теперь только у монархов. (Однако и здесь акты «об установлении имперского земского мира», которые вырабатывались при участии имперских сословий, все же оставляли открытым вопрос о том, в какой мере князья были обязаны оказывать покорность императору и сохраняли ли они свое собственное право, хотя бы частично, на ведение войн. «Понятие “война” в имперском праве оставалось амбивалентным: в зависимости от того, заканчивалось ли столкновение успехом, ничейным результатом или неудачей, его характеристика... колебалась между “возмущением”, “внутренней войной” и “справедливой войной”»⁶⁵.)

Мощный взрыв культурного «сентиментализма» в конце XVIII в., который предшество-

вал революции и сопровождал ее, оказался явлением скорее страстным, чем политическим в строгом смысле этого слова. Нация стала объектом «перемещения страсти в коллективный план. Националистический пыл — это безудержное самовозвеличение, нарциссизм коллективного “я”: нация и война казались связанными между собой как любовь и смерть», а национальные войны вновь приобрели характер почти настоящих религиозных войн.

Но лишь тотальная война произведет полное разрушение всех договорных и юридических форм войны и станет сущностью невиданных ранее тоталитарных государств. «Однако, если тотальная война устраняла саму возможность страсти и сентимента, то политика только и делала, что перемещала индивидуальные страсти в сферу коллективного бытия»⁶⁶. Все частное отступало перед публичностью войны и революции.

В ситуации же, когда абсолютистское монархическое правительство демонстративно отделялось от своего народа и только себя считало настоящим государством, война становилась неким «деловым предприятием правительства». Правда, такая позиция лишала войну самого опасного ее свойства — стремления к крайности и связанного с этим «загадочного ряда возможностей»: банальным образом размеры бюджетов сказывались на масштабах войны и определяли их. Необходимость уже не побуждала к каким-то крайностям — только мужество и честолюбие побуждало к этому, но быстро находило свой противовес в реальных условиях тогдашней экономики и государственности. Возможно, что идея нейтралитета и особенной роли нейтральных государств в ситуации войны возникла благодаря собственному юридическому подходу к событиям, свойственному эпохе. Что касается нейтральной позиции в условиях гражданской войны, то теперь она могла оцениваться как измена, причем обеими конфликтующими сторонами.

Требовалась очень большая осторожность во всех военно-политических предприятиях. Война превращалась в настоящую игру, по своему значению она являлась лишь несколько усиленной и интегрированной дипломатией, более энергичным способом вести переговоры: и, конечно же, этот ограниченный,

⁶⁴ См.: Коллеж социологии. С. 139, 160, 277.

⁶⁵ СОИП. Т. 2. С. 581.

⁶⁶ Ружмон Д. де. Указ. соч. С. 278—287.

«съежившийся» облик войны был обусловлен узостью социального фундамента, на который опиралась война. Тем не менее военные стали значительной силой, которая была способна время от времени совершать революционные или контрреволюционные перевороты.

Но в революции на свет появляется совсем новая сила, и война становится уже делом всего народа. Тем самым она как бы приближается к своей действительной природе, своему абсолютному совершенству: «Так разразилась стихия войны, освобожденная от всех условных ограничений во всей своей естественной силе»⁶⁷.

9. НЕСПРАВЕДЛИВАЯ ВОЙНА ЗА СПРАВЕДЛИВОСТЬ

В ходе Тридцатилетней войны религиозное понятие «гражданской» войны все еще оставалось в рамках и терминах имперского права, и Магдебургский союз, прямо не говоря о войне, ссылаясь в оценке происходящих событий на «допускаемую, согласно божественным, естественным и мирским правам, а также имперским установлениям войну и на оборону, направленную против нарушителей общественного мира». Нейтралитет в этой ситуации оценивался как равнодушие. Для спасения империи следовало отложить все религиозные споры и сплотиться в борьбе против иностранных интервентов, «главных виновников и разжигателей бунта, беспорядков и зол войны». Здесь уже проводилось четкое разграничение между внутренней и внешней (с интервентами) войнами, теперь все можно было извинить ссылкой на государственный интерес и внешнюю войну⁶⁸. Вестфальский мир окончательно устранил разделение, существовавшее между внутриимперской гражданской воной и войной международной. Имперские же князья тем самым вновь обрели статус суверенов и возобновленное право на ведение войн. Понятие войны как борьбы за сохранение права — на юридическом, территориальном и международном уровне — теперь сузилось до сферы межгосударственных отношений. Зато понятие гражданской войны потеряло свое прежнее догосударственное и религиозно окрашенное значение и целиком со-

средоточилось на внутригосударственной сфере (к началу XVIII в. имперские сословия отобрали у императора и решение вопроса о том, что считать службой и что войной).

Якоб Буркхардт назвал английскую революцию «военной». Но не в меньшей степени это была и религиозная революция, а следовательно, и религиозная война. Религиозные войны являли собой зачатки и прарформы революционного движения, и секуляризационные действия государства (контроль над церковью, изъятие церковных имуществ и т.п.) только ускорили это превращение. Вместе с тем войны, которые вели между собой государства, наряду с откровенно меркантильными целями, имели и еще одну неявную цель: «Войны предпринимаются для того, чтобы преградить путь революциям или хотя бы канализовать ее»⁶⁹. (Юст Липсий (конец XVI в.) в своем трактате описал алгоритм — причины, ход и окончание — гражданской войны. Причинами такой войны он считал судьбу и развращенность людей. Конец беспорядкам может положить только сильная монархическая держава: кому принадлежало «право на войну», зависело от того, кто определялся в качестве суверена. Тем самым альтернативой гражданской войне выступала активная политическая деятельность государства — никакой разумной цели, способной придать этой войне смысл, уже не находилось, да и не требовалось.)

Учение о справедливом восстании могло быть интерпретировано теперь в строгих терминах политического анализа гражданской войны — для того, чтобы утвердить мир в государстве, было необходимо категорически разделить понятия внешней и внутренней войны: «Из религиозного подозрения в еретичестве возникает настоящий политический аргумент», сама религия стала рассматриваться как политический фактор и уже из этого появляется настоящее учение о восстании и гражданской войне⁷⁰.

В Средние века война, кроме прочего, обозначала еще и то, что позже стало называться «гражданской войной», однако статус ее был совсем иным — она не осуждалась и в понятийном ряду между «преступлением» и «войной», «восстание» на этой шкале рас-

⁶⁷ Клаузевиц К. О войне. М., 2009. Ч. 7—8. С. 121, 127.

⁶⁸ СОИП. Т. 2. С. 596—598.

⁶⁹ Буркхардт Я. Размышления о всемирной империи. М., 2004. С. 403.

⁷⁰ СОИП. Т. 2. С. 591—592.

полагалось все же ближе к понятию «войны», поскольку четкого разграничения между внешним и внутренним, характерного для суверенной государственности, тогда еще не существовало. Средневековое мышление допускало сопротивление несправедливой власти, отказываясь определять его как «смуту», но зато признавая его позитивным актом восстановления старинных вольностей и привилегий.

Конфессиональные догматические противоречия идеологически оправдывали любые беспорядки и столкновения, «поскольку границы между «возмущениями» и «военными действиями» были взаимно проницаемы. Даже после 1648 г. еще достаточно трудно было провести внятное разделение между международно-правовой «войной» и внутриимперской «гражданской войной». К этому времени низшие сословия уже утратили свои «юридические правопритязания на применение насилия» и в итоге их выступления можно было юридически представить как «государственную измену». Но ограничить гражданскую войну только внутригосударственной сферой, а «войну» как таковую однозначно вывести в сферу межгосударственную и зафиксировать это разделение в праве, было почти невозможным⁷¹.

И в XVIII в. при определении «гражданской войны» все еще просматривались определенные сословно-правовые дифференциации, отмеченные Гуго Гроцием — «война публичная», «война частная», «война смешанная», которую ведут между собой публично-правовые и частноправовые субъекты. Характерно, что именно в монархиях «гражданская война» исключалась из политического лексикона легальности по определению. Сословно-правовое различие здесь все еще сохранялось: «Когда не только граждане в одном городе, но и жители целой страны или империи приходят в состояние враждебного раздора и берутся за оружие либо друг против друга, либо против своих властей», налицо были преступление закона и нерегулируемая стихия войны.

Различие отмечалось также и между «публичной внутренней войной», которая ведется между властителем страны и его подданными, «внутренней частной войной» между подданными и собственно «гражданской войной»,

когда речь идет о «поединке или дуэли»⁷². (Во «Всеобщем земском праве» (XVIII в.) устанавливалась шкала государственных преступлений, включающая «государственную измену» внутри страны, «измену стране» и преступления «против внутреннего спокойствия и безопасности государства», под которые попадали смута и возбуждение недовольства. Государственная измена определялась здесь как «деяние, нацеленное на насильственное изменение государственного строя в стране или направленное против жизни либо свободы главы государства», в комментарии к этому закону такое преступление уже однозначно определялось как «насильственная революция»⁷³.) Гражданская война теперь не объяснялась только действиями еретиков, но связывалась с упорным нежеланием сторон терпимо относиться друг к другу: эсхатологический мотив здесь определенно слабеет и секуляризируется: теперь бремя доказывания справедливости переносится с «веры в конец света» на самого суверенного монарха и его способности — «мир был бы очень скоро уничтожен, если бы все монархи вдруг вздумали, что можно законно вести религиозные войны»⁷⁴.

Как правовой порядок, так и войны завершаются с «удалением корней» — в гражданской войне ни одна строгая форма не в состоянии дать устойчивую норму войне, определить ее в точных терминах и границах, здесь исчезает сама возможность определить идею справедливой причины, «в чистый окказионализм сливаются черты права и бунта». В этой ситуации государство легализуется своей способностью нейтрализовать гражданскую войну и рационализировать внешнюю войну: «Из конфликта между непримиримыми идеями (которые в итоге предстают настоящими религиями) “полемос” должен был преобразоваться в борьбу между потенциями — в силу различных целей участвующих в борьбе сил, признающих себя правовыми оппонентами. От “номоса” здравого смысла Средневековья, никогда не оспаривающегося в бесчисленных войнах, к искусственному комплексу норм, пактов, регулирующих отношения между государствами, — такой путь урегулирования про-

⁷¹ СОИП. Т. 2. С. 574.

⁷² См.: СОИП. Т. 2. С. 609.

⁷³ Цит. по: СОИП. Т. 1. С. 610.

⁷⁴ СОИП. Т. 2. С. 604.

ходит международное право»⁷⁵. (Искоренение номоса всегда связывалось с утратой его корней в божественном законе: и стоицизм, эпикуреизм и скептицизм были первыми союзниками в деле его искоренения.) Легальное правительство само решает, кто является врагом, против которого должна бороться армия. «Тот, кто берется определять, кто является врагом, притязает на собственную новую легальность, если не желает присоединиться к определению врага прежним легальным правлением»⁷⁶: легальность всегда оказывается сильнее, чем любой иной вид субъективно-го права.

Несовпадение принципов «ограниченной» и «тотальной» войн современности подчеркнул Клаузевиц: в Новое время происходило превращение обобщенного коллективного насилия, непрекращающейся гражданской войны в «войну по форме», которую вели юридически признанные государства по определенным правилам и соглашениям. Война была войной равных, которую вели в соответствии с «правом на ведение войны» и «правами войны», что в итоге предполагало также и заключение мира на равных условиях. «Право на войну было разведено с соображениями «законной причины», которую объявили искусственной при определении легитимности войны»: справедливая война Средневековья уступала здесь место более современной «недискриминационной концепции войны». Фактические причины объявления войны предусмотрительно выводили за пределы юридического суждения, что предполагало сохранение за врагом, даже во время войны, статуса законного врага, а не преступника. Понятие войны становилось актом одновременно публичным, поставленным в определенные рамки и недискриминационным, т.е. нравственно нейтральным. (Тогда же произошел и заметный сдвиг от «права народов» (когда врагам-«варварам» грозило полное искоренение) к более консенсуальному «праву между народами»⁷⁷.)

Революция вносит свои социальные и национальные мотивы в обоснование причин начала войны. Народный характер новых войн

означал мобилизацию всех ресурсов страны и взламывание государственных границ, максимальное расширение пространства военных действий. Рождение нового революционного права делало невозможным их правовое согласование и консенсус между противниками в пределах «общего права». Теперь они говорили на разных языках. В концепции народной войны уже содержались зародыши войны тотальной.

Свой вклад в трансформацию «права войны» вносят и гражданские войны. С тех пор как стерлись понятийные различия между просто «войной» и «гражданской войной», между «гражданской войной» и «революцией», формы ведения борьбы на земном шаре снова радикализировались: «Терроризм и партизанская война сделались едва ли не нормальными элементами политики» (Карл Шмитт)⁷⁸. (Ф. Энгельс подчеркивал, что революционеры-«ниспровергатели» значительно больше преуспевают с помощью легальных средств, чем с помощью нелегальных или с помощью переворота. Это означало, что закон и право оказывались на стороне грядущей пролетарской революции. Поэтому она — легитимна, и «право на революцию» является единственным действительно историческим правом, и поэтому она может пользоваться всеми доступными средствами⁷⁹.)

Для легализации гражданской войны можно было представить самые разнообразные юридические доводы, наличие которых давало сторонам право братья за оружие. Рубеж, который, с правовой точки зрения, обозначал переход восстания в гражданскую войну, требовал наличия у «смутьяна» правомерных и обоснованных, с точки зрения естественного права, мотивов для его борьбы против «террористической системы». С какого момента начинается собственно «гражданская война», решал один лишь успех, и тогда тот, кто «являлся политическим преступником, с точки зрения старого режима, мог превратиться в спасителя отечества»: «По окончании гражданской войны остаются только победители и побежденные, а не верные долгу и преступники»⁸⁰.

⁷⁵ Каччари М. Геофилософия Европы. М., 2004. С. 106.

⁷⁶ Шмитт К. Теория партизана. М., 2007. С. 129—130.

⁷⁷ Тешке Б. Решения и нерешительность // Логос. 2012. № 5. С. 6—8.

⁷⁸ Шмитт К. Указ. соч.

⁷⁹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 22. С. 546.

⁸⁰ Цит. по: СОИП. Т. 2. С. 714.

Однако практика такой войны показывала, что каждая сторона рассматривает другую именно как преступника, а не как легитимного противника и «вместо заповедей солдатского долга на такой войне царит только взаимная ненависть»: исторический опыт продемонстрировал факт, что гражданские войны ведутся более жестоко, чем войны национальные. Поэтому и «страсти, которые возникают вследствие одной лишь межпартийной борьбы, часто носят такой яростный характер, что могут уничтожить все хорошее». Как только возникает война внутри государства, ее исход и последствия невозможно предвидеть: «Не право, а успех имеет здесь решающее значение, и поэтому... неправильно бороться со злом порочного порядка с помощью зла абсолютного беспорядка» (Гарве) «Дикая демократия есть самое опасное чудовище, какое только можно себе представить»⁸¹. Особую сторону ресентименту во Французской революции придавало острое и ничем не оправданное чувство равенства, неожиданно «родившееся у тех, кто восстал против господствующего строя», как раз там, где равные политические права и публичное социальное равноправие оказались соседствующими с огромными различиями в фактической власти и имущественном положении.

«Ресентиментную же критику и отличало как раз то, что на самом деле она вовсе не желала того, что выдавала за желаемое; она критиковала не для того, чтобы устранить зло, а лишь использовала зло как предлог, чтобы высказаться»: здесь налицо врожденная робость перед властью, но не настоящая воля к власти⁸². (В марксистской интерпретации гражданская война предстает нормальной повседневностью классовой борьбы. В самой эволюции уже была скрыта революция, кото-

рая станет в будущем однократным и последним решением. Реформизм, зародившийся в легальном марксизме, предполагал, что законы экономического развития вовсе не обязательно ведут к катастрофе, которая должна была спровоцировать революцию: «Либеральные учреждения не нужно разрушать, их достаточно просто усовершенствовать. Для этого требуется организация и энергичные действия, но не обязательно революционная диктатура» (Э. Бернштейн). Социальная революция, в отличие от социальной реформы, может сопровождаться гражданской войной, которая «не обязательно должна быть кровавой», но обязательно должна завершиться легальной политической революцией, т.е. законным захватом власти (К. Каутский)⁸³.)

В ходе гражданской войны реформаторы часто оказывались вовлеченными сразу в войну на два фронта — с объявленными врагами и с бунтующими собственными сторонниками. И «если они не изменялись сами, то во время второй или третьей революционной волны их оттесняли в сторону радикалы. Жажда власти и народные движения взаимно распяляли друг друга: «Но в этом-то и была беда революций и такова будет вся их дальнейшая история, если они в течение длительного времени будут продолжаться, не приводя к победе ни одной из сторон» (поэтому Гёррес изображал революцию как настоящую хроническую болезнь и кризис⁸⁴), но именно в условиях гражданской войны, как это ни парадоксально, революция стремится обрести свою настоящую легитимность, силой отстаивая свои представления о справедливости и подтверждая свою правоту фактическими военными победами: истина факта — это и есть самый убедительный аргумент революционной идеи.

Материал поступил в редакцию 12 октября 2017 г.

⁸¹ Цит. по: СОИП. Т. 2. С. 632.

⁸² Шелер М. Ресентимент. С. 23.

⁸³ Цит. по: СОИП. Т. 2. С. 674—675.

⁸⁴ Цит. по: СОИП. Т. 2. С. 655.

**"THE REBELLION CAN NOT END WITH GOOD FORTUNE..."
(LEGAL BASE OF REVOLUTIONARY MYTH). PART 2**

ISAEV Igor Andreevich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
iaisaev@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article attempts to identify and analyze the impact of revolutionary ideas, taken to an extremely deep ontological level of existence, on the processes of state and right construction. "Revolutionary peace" or the ideology of the revolution is implemented in the existing legal rules and legal policy. Test analysis can detect some common to all historical revolutions algorithm and patterns. Clarifying legal differences in the assessments of such phenomena as "rebellion", "mutiny", "uprising", etc. it is possible to more specifically denigrate the legal framework of the phenomenon of revolution.*

The political aspects of this phenomenon became crucial in the evaluation of revolutionary action and transformation, depending on the results of the revolutionary struggle which defined its legitimacy as well. As for the legal grounds of the revolution, their relative nature was obvious. The changing legal terminology through which were used to describe real revolutionary acts and events, to a certain extent was dependent on the actual correlation of forces and the position of the legislature.

The struggle marked the beginning of a revolutionary phase of the development that materially changed the principles of public administration, forms of government and legal system of the state. The desire for renewal combined with the use of organizational and constitutive violence. A natural result of the struggle becomes a civil war and the onset of dictatorship, which to some extent can be described in the language of law and jurisprudence. Revolution, which was presented at the global importance and permanence, has become a powerful historical force that influenced the development of all modern world state and legal systems.

Keywords: *legality, legitimacy, justice, violence, dictatorship, tyranny, insurrection, mutiny, rebellion, resentment, anger, slave, master, war, class, balance, peace.*

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала lexrussica.ru

1. В журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются авторы — ведущие специалисты, ученые и практики.
3. Направление автором статьи для опубликования в журнале считается акцептом, то есть согласием автора на заключение лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Lex Russica». Содержание договора опубликовано на сайте журнала.
4. Автор направляет в редакцию журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте журнала. При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
5. Требования к содержанию и объему статьи:
 - объем статьи должен составлять от 25 до 50 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 15–30 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.
6. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
7. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
8. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный.

Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Ссылки на иностранные источники следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке.

Ссылки на электронные ресурсы следует оформлять в соответствии с библиографическим ГОСТом 7.82–2001. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, полный адрес местонахождения ресурса и в круглых скобках дату последнего посещения веб-страницы.
9. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.1-2003. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)

ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.

ISSN 1729-5920

Свободная цена.

Подписка на журнал возможна с любого месяца.

Распространяется через объединенный каталог «Пресса России»
и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11198.

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Lex Russica» обязательна.

Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией.

Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

Ответственность за достоверность информации в рекламных объявлениях несут рекламодатели.

Учредитель —

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Адрес издателя: г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Телефон редакции: (8-499)244-88-88 (доб. 556).

Почтовый адрес редакции: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

E-mail: lex-russica@yandex.ru

Объем: 22,09 усл.-печ.л., формат 60x84¹/₈. Тираж 150 экз. Дата выхода в свет 05.04.2018 г.

Редактор *Л. А. Мункуева.*

Корректор *А. Б. Рыбакова.*

Компьютерная верстка *Д. А. Беляков.*

Печать цифровая. Гарнитура «Calibri».

Типография Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.