

**Председатель Редакционного совета**

**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.

**Главный редактор журнала**

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

**Ответственный секретарь**

**ГАВРИЛОВА Ольга Андреевна** — эксперт отдела научно-издательской политики Управления организации научной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

**БАРАБАШ Юрий Григорьевич** — доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой конституционного права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины.

**БЕКЯШЕВ Камиль Абдулович** — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой 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.

**ОТМАР Зойль** — доктор права, почетный доктор права, Emeritus профессор Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).

**ПАН Дунмэй** — кандидат юридических наук, профессор юридического института Хэйлунцзянского университета КНР, приглашенный исследователь Центра славянских исследований университета Хоккайдо Японии.

**ПИЛИПЕНКО Юрий Сергеевич** — доктор юридических наук, вице-президент Федеральной палаты адвокатов России, председатель Совета коллегии адвокатов Московской области «Юридическая фирма “ЮСТ”».

**РАДЬКО Тимофей Николаевич** — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ.

**РАРОГ Алексей Иванович** — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный юрист города Москвы.

**РАССОЛОВ Илья Михайлович** — доктор юридических наук, профессор кафедры 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, председатель редакционно-издательского совета Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Актуальные проблемы российского права».

**де ЗВААН Яап** — (почетный) профессор кафедры права Европейского Союза университета Эразмус в Роттердаме (Нидерланды), профессор кафедры Жанна Монне.

2015 (Published in 1948)

RESEARCH PAPERS KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY. That CVII (№ 22)

**Chairman of the Council of Editors**

**BLAZHEEV, Victor Vladimirovich** — Rector of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Professor, Head of the Department of Civil Process, 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**

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

**Executive Editor**

**GAVRILOVA, Olga Andreyvna** — 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.

**BARABASH, Yuri Grigorievich** — Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Constitutional Law of the National University Legal Academy of Ukraine named after Yaroslav the Wise, Correspondent Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine.

**BEKYASHEV, Kamil Abdulovich** — Doctor of Law, Professor, Head 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 Court 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.

**OTMAR, Seul** — Doctor of Law, Merited Doctor of Law, Emeritus Professor of the University Paris Ouest-Nanterre-La Defense (France).

**PAN, Dunmey** — PhD in 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, Vice-President of the Federal Chamber of Advocates of Russia, Chairman of the Council of the Bar Associations of Advocates of the Moscow region, Legal Firm «JUST».

**RADKO, Timofey Nikolaevich** — Doctor of Law, Professor, Head 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, Head 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, Professor 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 St.Petersburg State University.

**de ZWAAN, Jaap Willem** — (Emeritus) Professor of the Law of the European Union at Erasmus University Rotterdam (The Netherlands), also Jean Monnet Professor.

# СОДЕРЖАНИЕ

## ВИЗИТНАЯ КАРТОЧКА

Юридическому факультету  
Самарского университета — 45 лет.....7

## ТЕОРИЯ ПРАВА: ПРОДОЛЖЕНИЕ ДИСКУССИИ

*Ю. Е. Пермяков*  
Российская теория права:  
вызовы времени и ответы истории.....14

## ИССЛЕДОВАНИЕ РОССИЙСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ

*В. В. Полянский*  
Методы и принципы гармонизации  
публичной власти .....32

## СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

*В. Э. Волков*  
Электоральная идентификация:  
пределы индивидуализации участников  
избирательного процесса .....46

## ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

*Е. А. Трещева*  
Статус прокурора в арбитражном процессе  
нуждается в совершенствовании.....57

*Т. В. Кленова*  
Социально-политические составляющие  
квалификации преступлений.....64

## МЕЖПРЕДМЕТНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

*А. Г. Безверхов*  
О действии уголовного закона  
в условиях межотраслевых связей.....76

## ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

*В. Д. Рузанова, Ю. С. Поваров*  
Толкование понятия правового акта.....93

## НАУЧНЫЙ КОММЕНТАРИЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

*А. С. Таран*  
Отвод адвоката судом на отдельных этапах  
производства по уголовному делу.....103

## ДИСКУССИОННАЯ ТРИБУНА

*С. А. Шейфер*  
Следственные действия —  
правомерны ли новые трактовки?.....115

## ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ПРЕСТУПНОСТИ

*Н. В. Олиндер*  
Криминалистическая характеристика  
электронных платежных средств  
и систем.....128

**Условия опубликования  
и требования к представляемым  
в журнале материалам  
и их оформлению .....139**

# CONTENTS

## **BUSINESS CARD**

Celebrating 45 years of SSU  
Faculty of Law.....7

## **THEORY OF LAW: CONTINUING THE DISCUSSION**

*Permyakov Y.E.*  
Russian Legal Theory:  
Challenges of Time and History  
Response.....14

## **THE STUDY OF RUSSIAN STATEHOOD**

*Polansky V.V.*  
Methods and Principles of Harmonization  
of Public Authority.....32

## **IMPROVEMENT OF LEGISLATION**

*Volkov V.E.*  
Electoral Identification: the Limits  
of Individualization of the participants  
of the Election Process.....46

## **THEORETICAL PROBLEMS OF BRANCHES OF LAW**

*Treshcheva E.A.*  
Prosecutor's status in the arbitration  
procedure needs improving .....57

*Klenova T.V.*  
Socio-political components in classification  
of crimes.....64

## **INTERDISCIPLINARY STUDIES**

*Bezverkhov A.G.*  
On Application of Criminal Law in the Context  
of Inter-branch Linkage.....76

## **ENFORCEMENT ISSUES**

*Ruzanova V.D., Povarov Y.S.*  
Interpretation of the Concept  
of Legal Act.....93

## **SCHOLARLY COMMENTARY OF LEGISLATION**

*Taran A.S.*  
Removal of a Lawyer by the Court at Different  
Stages of the Criminal Procedure.....103

## **DISCUSSION FORUM**

*Shafer S.A.*  
Investigative Action - the Legitimacy  
of New Interpretation?.....115

## **COMBATING CRIME**

*Oleander N.V.*  
Forensic characterization of Electronic  
Payment Means and Systems.....128

**Publishing conditions  
and the requirements  
to the materials for the journal.....139**



# ВИЗИТНАЯ КАРТОЧКА

## ЮРИДИЧЕСКОМУ ФАКУЛЬТЕТУ САМАРСКОГО УНИВЕРСИТЕТА – 45 ЛЕТ

**В** 2015 году юридическому факультету Самарского государственного университета исполняется 45 лет.

Высшее юридическое образование в Самарской области имеет давние традиции. С середины 30-х гг. прошлого века в г. Самаре (Куйбышеве) функционировал филиал Саратовского юридического института, а позднее — филиал Всесоюзного юридического заочного института (ВЮЗИ, в настоящее время Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)), готовивший специалистов-юристов по заочной форме обучения. После возрождения Самарского (Куйбышевского) государственного университета, с 1970 г. была развернута подготовка юристов по очной форме обучения, вначале в рамках гуманитарного факультета СамГУ, а с 1976 г. юридический факультет начинает самостоятельное функционирование. В 1980 г. в состав факультета переведены студенты, обучавшиеся в Куйбышевском филиале ВЮЗИ.

Первым деканом юридического факультета был доцент Ф. С. Абдула. В дальнейшем факультет возглавляли доцент В. Я. Сизоненко (1979—1982), профессор Ю. И. Любимцев (1982—1987), доцент Л. П. Рожкова (1987—1988). С октября 1988 до сентября 2013 г. на должности декана трудился заслуженный юрист РФ, кандидат юридических наук, доцент А. А. Напреенко. В настоящее время обязанности декана исполняет доктор юридических наук, профессор А. Г. Безверхов.

На факультете подготовку юристов осуществляют шесть кафедр: теории и истории государства и права и международного права (заведующий — заслуженный юрист РФ, доцент А. А. Напреенко); государственного и административного права (заведующий — заслуженный юрист Самарской области, профессор В. В. Полянский); гражданского и предпринимательского права (заведующий — доцент В. Д. Рузанова); гражданского процессуального и предпринимательского права (заведующий — профессор Е. А. Трещева); уголовного права и криминологии (заведующий — профессор Т. В. Кленова); уголовного процесса и криминалистики (заведующий — профессор В. А. Лазарева).

Фундаментальные и прикладные исследо-

вания на кафедрах факультета ведутся по следующим основным научным направлениям:

— закономерности развития государства, права, управления;

— конституционные проблемы гармонизации и эффективности публичной власти в российском правовом государстве; бюджетный федерализм; правовые основы организации местного самоуправления;

— проблемы теории гражданских, семейных, жилищных и трудовых правоотношений, в том числе систематики прав в частноправовой сфере;

— правовое регулирование предпринимательской деятельности в Российской Федерации; судебная защита прав;

— проблемы уголовно-правового регулирования общественных отношений; уголовно-правовая охрана экономических и управленческих отношений;

— правовые формы и эффективность доказывания по уголовным делам.

Среди преподавателей только по юридическим дисциплинам ведут занятия более 10 докторов и около 70 кандидатов наук.

Юридический факультет выступает инициатором проведения научных мероприятий — конференций, круглых столов, обсуждений актуальных проблем государства и права в самых различных форматах и на самых разных площадках.

Многие преподаватели кафедры и научные коллективы являются получателями грантов в рамках региональных и общероссийских конкурсов.

При абсолютном большинстве кафедр факультета действует аспирантура, в которой обучаются в основном выпускники факультета, подготавливающие диссертации по самым различным юридическим специальностям. Аспиранты факультета, достигшие выдающихся успехов в учебной и научной деятельности, получают стипендии Президента РФ и Правительства РФ.

### **Научная школа кафедры гражданского и предпринимательского права**

Кафедра гражданского и предпринимательского права образована на юридическом

факультете в 2000 г. в связи с разделением кафедры гражданского права и процесса, созданной д. ю. н., профессором Николаем Ивановичем Коняевым.

Возглавляет кафедру к. ю. н., профессор Валентина Дмитриевна Рузанова.

Насыщенной и плодотворной является научная жизнь членов кафедры, занимающихся изысканиями в различных областях частного права (гражданского, семейного, жилищного, трудового, международного частного, корпоративного права и т.д.). Организаторами научной деятельности кафедры являются к. ю. н., профессор В. Д. Рузанова и к. ю. н., доцент Ю. С. Поваров.

Особым направлением научной деятельности с 2008 г. по 2010 г. выступало осуществление НИР по заданию Министерства образования и науки РФ на тему «Исследование теоретических проблем сущности и систематики субъективных прав в частноправовой сфере». В настоящее время основными направлениями научных изысканий выступают проблемы построения гражданско-правовой законодательной системы и гражданско-правового регулирования корпоративных отношений.

Результаты научного поиска отражены в многочисленных научных трудах, в частности в выпускаемых кафедральных сборниках статей (так, в 2013 г. издан сборник научных статей, посвященный юбилею заведующего кафедрой гражданского и предпринимательского права СамГУ В. Д. Рузановой «Актуальные вопросы частного права», в 2009 г. опубликован сборник «Принципы и критерии дифференциации субъективных прав в частноправовой сфере» и др.), в монографиях (Лескова Ю. Г. «Концептуальные и правовые основы саморегулирования предпринимательских отношений», 2013 г.; Батянов М. В. «Срок действия гражданско-правового договора», 2013 г.; Дмитриева Л. М. «Гражданско-правовые последствия неисполнения обязанностей участника хозяйственного общества», 2013 г.; Воронина Е. И. «Обязательства, связанные с личностью их сторон, в гражданском праве России», 2013 г.; Кабытов Н. П. «Договор купли-продажи земельного участка», 2010 г.; Маркова И. В. «Управление общим имуществом в многоквартирном доме: проблемы и решения», 2010 г.; Сокол П. В. «Договор участия в долевом строительстве», 2008 г.; Крюкова Е. С. «Прекращение прав на жилые помещения в связи со сносом жилого дома: основные проблемы и пути их решения», 2007 г.; Лескова Ю. Г. (в соавторстве с О. А. Серовой) «Учреждения в системе юридических лиц России», 2007 г.; Савельева Н. М. «Правовое положение ребенка в РФ: гражданско-право-

вой и семейно-правовой аспекты», 2006 г.; Фроловский Н. Г. «Управление предпринимательскими корпорациями в РФ (правовой аспект)», 2006 г.; Сокол П. В. «Инвестиционный договор в жилищном строительстве», 2004 г.; Рузанова В. Д. (в соавторстве) «Проблемы эффективности применения гражданского законодательства», 2004 г.; Поваров Ю. С. «Предприятие как объект гражданских прав», 2002 г. и др.), в научно-практических комментариях (к Федеральному закону «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте», 2013 г.; к Федеральному закону от 20 августа 2004 года № 117-ФЗ «О накопительно-ипотечной системе жилищного обеспечения военнослужащих» (электронная публикация), 2012 г.; к Федеральному закону от 30 декабря 2004 года № 215-ФЗ «О жилищных накопительных кооперативах» (электронная публикация), 2011 г.; к Федеральному закону от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (постатейный), 2008 г.; к законодательству об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств, 2008 г.; к Федеральному закону «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» (постатейный), 2007 г.; к Закону Российской Федерации «Об организации страхового дела в Российской Федерации» (постатейный), 2006 г., подготовленные единолично и в соавторстве П. В. Соколом; а также к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации», 2011 г., подготовленный с участием С. В. Мартышкина, Ю. С. Поварова, В. Д. Рузановой); в многочисленных журнальных статьях.

Особый акцент делается на издании учебников и учебных пособий. В частности, внимание научно-педагогической общественности привлекли выпущенные центральными российскими издательствами в 2009—2011 гг. учебники по гражданскому праву (издательство «Эксмо»), одним из авторов которых выступила профессор В. Д. Рузанова, а также учебник по акционерному праву (2009, 2011, 2013; гриф УМО), написанный доцентом Ю. С. Поваровым.

На развитие фундаментальных и прикладных научных исследований в области частного права направлена работа созданного при кафедре Центра частноправовых исследований, занимающегося организацией и проведением научных конференций, научно-практических



и методических семинаров, дачей заключений и проведением правовых экспертиз. Так, под эгидой Центра была проведена конференция «Концепция развития гражданского законодательства РФ как теоретическая основа совершенствования ГК РФ», в рамках которой были обсуждены актуальные вопросы предстоящей модернизации отечественного гражданского законодательства. На базе Центра сформирована библиотека авторефератов диссертаций по частноправовой проблематике, доступ к которой открыт и для студентов.

Визитной карточкой университета является регулярно проводимая (с 2001 г.) кафедрой научная конференция (форум) «Актуальные проблемы частноправового регулирования», которая стала заметным событием в научной жизни не только Самарского региона, но и России. Данное мероприятие вовлекает в общение ученых со всей страны (к примеру, в состоявшемся в 2009 г. форуме приняли участие представители 22 субъектов РФ; более того, сложился стабильный круг участников — более 200 человек из 48 вузов страны, который постоянно расширяется).

Первостепенное внимание на кафедре традиционно уделяется диссертационным исследованиям. Научными руководителями диссертантов являются к. ю. н., профессор В. Д. Рузанова, к. ю. н., доцент, заслуженный юрист РФ В. В. Качанова, к. ю. н., доцент Ю. С. Поваров. Сотрудниками кафедры, аспирантами и соискателями за годы существования кафедры защищено 26 кандидатских диссертаций. В 2013 г. профессором Ю. Г. Лесковой успешно защищена докторская диссертация на тему «Саморегулирование как правовой способ организации предпринимательских отношений».

#### **Научная школа кафедры гражданского процессуального и предпринимательского права**

Свыше 20 лет кафедра разрабатывает научное направление «Проблемы правового регулирования предпринимательской деятельности. Защита прав граждан и организаций». Начало было положено еще в 70-е гг. прошлого века под руководством доктора юридических наук, профессора Николая Ивановича Коняева, ныне, к сожалению, ушедшего из жизни. Его ученица — д. ю. н., профессор Евгения Александровна Трещева возглавила кафедру в 1985 г. и продолжила руководство определившимся в то время научным направлением. Николай Иванович Коняев еще в советское время серьезно занимался исследованием статуса субъектов хозяйственной (теперь — предпринимательской) деятельности, публиковал монографии, статьи, в том числе и в иностранных изданиях (Николай Иванович прекрасно владел тремя языками

и публиковал статьи в немецком журнале «Государство и право»).

В настоящее время научное направление в сфере правового регулирования предпринимательской деятельности успешно разрабатывают ученики Н. И. Коняева и Е. А. Трещевой: к. ю. н., доцент В. А. Свиридов; к. ю. н., доцент А. В. Пашков; к. ю. н., доцент С. П. Бортников; к. ю. н., доцент Р. З. Юсупов, к. ю. н., доцент А. Н. Зевайкина. Проблемы защиты прав граждан и предпринимателей отражены в научных трудах д. ю. н., профессора Е. А. Трещевой; д. ю. н. А. В. Юдина; д. ю. н. Е. В. Михайловой; к. ю. н., доцента О. В. Грицай.

При кафедре успешно работает аспирантура: под руководством профессора Е. А. Трещевой защитили кандидатские диссертации 15 аспирантов и соискателей. Ее ученики А. В. Юдин и Е. В. Михайлова защитили докторские диссертации и сами теперь руководят работой аспирантов.

Научная работа кафедры позволяет наблюдать, как настойчиво и убедительно ее сотрудники отстаивают свои позиции в сфере правового регулирования статуса субъектов предпринимательской деятельности, налоговых, финансовых отношений, банковского права, коммерческой деятельности, отношений в энергетической сфере. Не менее успешно ведутся исследования в сфере цивилистического процесса, альтернативных способов защиты прав. Монографии, учебные пособия, научные статьи ведущих преподавателей — тому свидетельство.

#### **Научная школа кафедры уголовного права и криминологии**

В Самарском государственном университете (ранее — Куйбышевском государственном университете) самостоятельный юридический факультет был образован в 1976 г., но подготовка юристов-специалистов началась раньше, в рамках гуманитарного факультета. Именно на гуманитарном факультете были созданы условия для возникновения и развития уголовно-правовой школы. Ее родоначальником стал Эдуард Филиппович Побегайло, д. ю. н., профессор, заслуженный деятель науки РФ, академик РАЕН. Э. Ф. Побегайло замещал должность заведующего кафедрой Куйбышевского государственного университета в 1971—1974 гг. В истории формирования уголовно-правовой школы особое место заняли д. ю. н., профессор Алексей Леонович Цветинович, д. ю. н., профессор, заслуженный деятель науки РФ Виктор Павлович Малков и к. ю. н., доцент Тимофей Трофимович Дубинин, отдавшие много энергии и творческих сил для формирования этой школы в Самарском государственном университете.

Кафедра уголовного права и криминологии выделилась в самостоятельное структурное подразделение в 1992 г. Возглавляли кафедру поочередно к. ю. н., доцент Петр Васильевич Коборов и к. ю. н., доцент Тимофей Трофимович Дубинин. С 2002 г. кафедрой руководит д. ю. н., профессор Татьяна Владимировна Кленова.

На кафедре сформирована научная школа по направлениям:

— проблемы уголовно-правового регулирования общественных отношений (руководитель — д. ю. н., профессор Т. В. Кленова);

— уголовно-правовая охрана экономических и управленческих отношений (руководитель — д. ю. н., профессор А. Г. Безверхов).

При кафедре уголовного права и криминологии действует аспирантура. В настоящее время работают над диссертационными проектами 7 человек. У выпускников аспирантуры есть возможность защищать диссертационные работы здесь же, в Самарском государственном университете.

Диссертационный совет по специальностям 12.00.08 — уголовное право и криминология, уголовно-исполнительное право (юридические науки); 12.00.09 — уголовный процесс (юридические науки) при Самарском государственном университете был создан в 1997 г., несколько раз переутверждался, функционировал до мая 2012 г. В течение 15 лет работы (1997—2012 гг.) совет рассмотрел 93 кандидатских диссертации, соискателям была присуждена ученая степень кандидата юридических наук. Деятельность совета получила положительную оценку Высшей аттестационной комиссии. По итогам работы комиссии при Казанском (Приволжском) федеральном университете по формированию оптимальной сети диссертационных советов в Приволжском федеральном округе от 20 марта 2013 г. было рекомендовано сохранить диссертационный совет по направлению 12.00.00 (юридические науки) при Самарском государственном университете. Деятельность диссертационного совета 212.218.09 по защите диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук была возобновлена в 2014 г. в измененном составе: на базе Самарского государственного университета, Башкирского государственного университета, Самарского юридического института федеральной службы исполнения наказаний. Заведующий кафедрой д. ю. н., профессор Т. В. Кленова назначена председателем этого диссертационного совета. Ученый секретарь совета — Анна Васильевна Денисова, доцент этой же кафедры, к. ю. н. Т. В. Кленова — автор 140 научных публикаций, в числе которых монография «Основы теории

кодификации уголовно-правовых норм» (2001), также подготовленные в соавторстве комментарии к Уголовному кодексу РФ и учебники по уголовному праву России (Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: учебник / под ред. Л. В. Иногамовой-Хегай. М.: Инфра-М, 2013 (Высшее образование: бакалавриат); Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть: учебник / под ред. Л. В. Иногамовой-Хегай. М.: Инфра-М, 2014 (Высшее образование: бакалавриат); Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации для работников прокуратуры (постатейный) / под ред. В. В. Малиновского. Изд. 2-е, испр., доп. и перераб. М.: Контракт, 2015; и др.).

Ведущий специалист кафедры — д. ю. н., профессор А. Г. Безверхов, и. о. декана юридического факультета. А. Г. Безверхов является автором около 200 научных трудов, включая монографии «Имущественные преступления» (2002), «Уничтожение и повреждение имущества: вопросы истории, теории, практики», в соавторстве с И. Г. Шевченко (2009), «Проект Уголовного уложения Российской империи 1813 года», в соавторстве с В. С. Коростелевым (2013).

Преподаватели кафедры активно занимаются повышением своей квалификации, принимают участие в международных конференциях и семинарах, участвуют в научных конкурсах. Лауреатами конкурса «Молодой ученый Самарской области» становились к. ю. н., доцент О. А. Адоевская (научно-исследовательская работа по теме «Дифференциация ответственности за кражу по уголовному праву России», 2009 г.), к. ю. н., доцент А. В. Денисова (научно-исследовательская работа по теме «Системность российского уголовного законодательства», 2011 г.). Ассистент Ю. С. Норвартян получил диплом победителя областного конкурса «Молодой ученый — 2014» в номинации «Аспирант» за научно-исследовательскую работу по теме «Заражение венерической болезнью и ВИЧ-инфекцией: уголовно-правовой и криминологический аспекты».

Доцент, к. ю. н. А. В. Денисова совмещает преподавательскую деятельность с обучением в докторантуре Российской правовой академии Минюста России по специальности «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право».

Кафедра многие годы тесно сотрудничает с ведущими университетами России и зарубежных стран. Так, д. ю. н., профессор Т. В. Кленова систематически привлекается к участию в гранте Президента Казахстана Н. Назарбаева для дальнейшего расширения и развития программы подготовки PhD-докторантов в Республике Казахстан. Читала лекции студентам, магистран-

там и PhD-докорантам в рамках программы «Привлечение зарубежных ученых» МОН РК в период с 14 по 25 апреля, с 7 по 21 ноября 2014 г. в Казахском национальном университете имени аль-Фараби, г. Алматы, Казахстан.

Научные заслуги и эффективная работа в высшей школе подтверждаются участием преподавателей кафедры в законопроектной, экспертно-аналитической работе в интересах (по поручениям) органов государственной власти Российской Федерации или при органах государственной или региональной власти субъектов Российской Федерации. Так, А. Г. Безверхов в 2014 г. был избран в Научно-консультативный совет при Верховном Суде Российской Федерации. Т. В. Кленова является членом Экспертной рабочей группы Общественной палаты РФ по содействию реформам правосудия, также избрана в состав президиума Российского конгресса уголовного права (с 2008 г. по настоящее время).

А. Г. Безверхов и Т. В. Кленова являются членами Научно-консультативного совета при прокуратуре Самарской области. Т. В. Кленова — член экзаменационной комиссии Самарской области по приему квалификационного экзамена на должность судьи. А. Г. Безверхов состоит в квалификационной коллегии судей Самарской области в качестве представителя общественности.

О. А. Адоевская входит в состав конкурсной и аттестационной комиссии, а также комиссии по соблюдению требований к служебному поведению и урегулированию конфликта интересов, созданных в службе мировых судей Самарской области в качестве независимого эксперта — специалиста по вопросам государственной гражданской службы.

В преподавательский состав кафедры входят также успешные практические работники. Старший преподаватель Владимир Кузьмич Смородинов на протяжении многих лет работал в прокуратуре Самарской области, а также занимал должность заместителя руководителя Управления Судебного департамента при Верховном Суде РФ по Самарской области.

Доцент, к. ю. н. Андрей Викторович Жуков является директором филиала ФГБУ «ФКП Росреестра» по Самарской области.

Доцент, к. ю. н. Инна Геннадьевна Шевченко занимает должность федерального судьи.

Доценты Ольга Александровна Канашина, Наиль Талгатович Идрисов и старший преподаватель Диана Викторовна Решетникова — практикующие юристы.

Получившая признание в науке научная школа, сложившаяся на кафедре уголовного права и криминологии, нацелена на развитие

фундаментальных основ российского уголовного права, гарантирование его принципов.

#### **Научная школа кафедры уголовного процесса и криминалистики**

С момента выделения кафедры в самостоятельное структурное подразделение университета в 1978 г. ее возглавил доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ Семен Абрамович Шейфер, с 2005 г. кафедрой руководит доктор юридических наук, профессор Валентина Александровна Лазарева.

С образованием кафедры определились пути формирования ее научной школы: установление творческих контактов с ведущими научными учреждениями страны, подготовка квалифицированного преподавательского состава кафедры, разработка актуальных проблем уголовно-процессуальной науки и криминалистики, создание научных трудов в этих областях.

На протяжении ряда лет кафедра сотрудничала с научными центрами страны и принимала участие в их работе, что существенно обогащало научную и учебную деятельность преподавательского коллектива. В конце 1970-х гг. на основе сотрудничества кафедры с ВНИИ Прокуратуры СССР было проведено обширное исследование проблемы следственных ошибок, положившее начало серии научных трудов ряда ученых, включая сотрудников кафедры. Результаты исследований были широко опубликованы в научных изданиях, в том числе и в коллективной работе, изданной Прокуратурой СССР. Они обсуждались на научных конференциях, проведенных кафедрой совместно с ВНИИ Прокуратуры СССР.

В течение ряда лет кафедра успешно сотрудничает с сектором теоретических проблем правосудия Института государства и права АН РФ, проводя совместные научные конференции, посвященные развитию отечественного уголовно-процессуального законодательства и процессуальной науки. Итогом сотрудничества стало участие сотрудников кафедры в подготовке 4 изданий учебника по уголовно-процессуальному праву и ежегодно обновляемого научно-практического комментария к УПК РФ, опубликованных в издательстве «Проспект», а также публикации в материалах конференций.

Тесные связи сложились с кафедрами уголовного процесса и судебной экспертизы Московской государственной юридической академии. Здесь в свое время защищали докторские диссертации С. А. Шейфер и В. А. Лазарева. Преподаватели кафедры являются постоянными участниками научно-практических конференций, систематически проводимых названными кафедрами МГЮА.

Обогащает преподавательский коллектив кафедры постоянное участие в научно-практических конференциях, проводимых Академией Управления МВД РФ, Московским университетом МВД РФ, Академией правосудия МЮ РФ, Саратовской государственной академией права, что дает ему возможность активно участвовать в дискуссиях по актуальным проблемам уголовного процесса.

Важным участком работы по формированию научной школы кафедры стала подготовка высококвалифицированных преподавательских кадров. На кафедре успешно функционирует аспирантура, а в университете в течение многих лет — диссертационный совет по уголовному процессу, которым до последнего времени руководил профессор С. А. Шейфер. За время существования кафедры под руководством С. А. Шейфера подготовили кандидатские диссертации 24 аспиранта, под руководством В. А. Лазаревой — 9 аспирантов, все они успешно защитили кандидатские диссертации. В настоящий момент на кафедре трудятся 14 преподавателей, защитивших в этом совете кандидатские диссертации (8 из них сегодня доценты), а А. А. Тарасов впоследствии защитил и докторскую диссертацию. Сегодня профессор А. А. Тарасов возглавляет кафедру уголовного права и процесса в Башкирском государственном университете, поддерживая тесное научное и педагогическое сотрудничество с *alma mater*.

На протяжении многих лет основным научным направлением кафедры были проблемы доказывания в уголовном процессе и связанные с ними проблемы проведения следственных действий. Исследуя их, члены кафедры подготовили и опубликовали значительное число работ, получивших признание в процессуальной науке. Так, профессор С. А. Шейфер опубликовал 8 монографий на эту тему и более 230 научных статей. Вопросам доказывания и проведения следственных действий посвятили свои кандидатские диссертации преподаватели кафедры Т. Ю. Проскурина, С. В. Ефремова, К. А. Савельев, В. И. Толматов, А. В. Шуваткин, И. Л. Бедняков, А. А. Тарасов, Н. Ю. Петрова, О. О. Анищик, Н. В. Черкасова, многие из них на основе диссертаций опубликовали свои монографии.

Важное место в научных исследованиях кафедры занимают также проблемы гарантий прав и свобод участников процесса и другие аспекты, связанные с развитием отечественного уголовно-процессуального законодательства, о чем свидетельствуют 7 монографий и более 200 учебных пособий и статей профессора В. А. Лазаревой, кандидатские диссертации и другие труды С. В. Юношева, А. С. Таран,

Н. А. Развейкиной, В. В. Иванова, А. Ф. Зако-тянской, М. Ю. Жировой, Ю. В. Кувалдиной, А. А. Кирьянова, Д. В. Попова, А. К. Утарбаева, большинство из которых трудятся на кафедре.

О качестве опубликованных научных работ свидетельствует высокий индекс цитируемости трудов, прежде всего С. А. Шейфера, В. А. Лазаревой. Монографии этих авторов по теории доказательств, вызвавшие, как и посвященная этому работа Ю. К. Орлова, широкий научный интерес, стали предметом обсуждения на круглом столе, организованном заведующим кафедрой уголовного процесса МГЮА профессором П. А. Лупинской. В обсуждении, протекавшем в обстановке острой дискуссии, кроме сотрудников кафедр МГЮА и СамГУ, приняли участие многие видные ученые Москвы, которые высоко оценили обсуждаемые монографии.

Кафедра продолжает активно реализовывать на федеральном уровне результаты своих научных исследований, учитывая при этом переход отечественной системы образования на двухуровневую подготовку. В последние годы, помимо упомянутых ранее комментариев и учебника, изданы: учебник «Уголовный процесс РФ» с участием С. А. Шейфера (Волгоград), учебник для магистров «Уголовно-процессуальное право. Актуальные проблемы теории и практики» под редакцией профессора В. А. Лазаревой и А. А. Тарасова (М. : Юрайт), авторы которого — преподаватели кафедры в 2013 г. удостоены регионального почетного звания «Юрист года». Пять изданий с 2009 г. выдержало учебное пособие В. А. Лазаревой «Доказывание в уголовном процессе» (М. : Юрайт), в ближайшее время ожидается выход из печати подготовленных коллективом кафедры учебника уголовно-процессуального права (базовый курс) и практикума для студентов, обучающихся по программе бакалавриата.

В соответствии с постановлением Пленума Верховного Суда РФ № 8 от 7 августа 2014 г. В. А. Лазарева включена в состав Научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ.

Получившая признание в науке научная школа, сложившаяся на кафедре уголовного процесса и криминалистики под руководством С. А. Шейфера, а затем В. А. Лазаревой, нацелена на отстаивание и дальнейшее развитие демократических начал отечественного уголовного судопроизводства.

#### **Научная школа кафедры государственно-го и административного права**

Кафедра государственного и административного права является ведущим научно-методическим и исследовательским центром в области конституционного, муниципального, админист-



ративного и административно-процессуального права в Самарском регионе, объединяющим специалистов в соответствующих областях юриспруденции — педагогов, теоретиков и практиков. Научно-педагогический коллектив кафедры представляет собой авторитетную в России научную школу конституционного права, основным направлением исследований которой являются конституционные проблемы гармонизации публичной власти, реализация принципов конституционного строя, функционирования местного самоуправления.

Научная школа кафедры сформировалась под влиянием двух значительных направлений в советском государственном праве — московского (МГУ имени М.В.Ломоносова, ВЮЗИ (МГЮА)) и воронежского (Воронежский государственный университет). Большой вклад в развитие государственно-правовой науки и образования в Самаре (тогда — г. Куйбышев) был сделан Виктором Осиповичем Лучиным — выдающимся отечественным ученым, судьей Конституционного Суда РФ в отставке, доктором юридических наук, профессором, заслуженным деятелем науки РФ, заслуженным юристом РФ, который в течение ряда лет работал на юридическом факультете Куйбышевского государственного университета. Традиции московского юридического образования были привнесены в КГУ кандидатом юридических наук, профессором Игорем Трофимовичем Беспалым, кандидатом юридических наук, профессором Виктором Владимировичем Полянским.

С сентября 2000 г. по настоящее время кафедрой заведует заслуженный юрист Самарской области, кандидат юридических наук, профессор Виктор Владимирович Полянский. Кроме того, профессорско-преподавательский коллектив кафедры представлен одним из ведущих преподавателей и ученых Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) — доктором юридических наук, профессором, заслуженным деятелем науки РФ Надеждой Александровной Михалевой, доктором юридических наук, профессором, заслуженным юристом РФ Натальей Алексеевной Бобровой, кандидатом юридических наук, профессором Игорем Трофимовичем Беспалым и другими ведущими преподавателями.

Особенностью научно-педагогического коллектива кафедры является привлечение к преподавательской работе большого количества юристов-практиков. Так, на протяжении многих лет на кафедре работали заслуженный юрист РФ, руководитель Главного правового управления аппарата Правительства Самарской области Тамара Ивановна Вечканова, руководитель Главного правового управления Администрации

губернатора Самарской области Владимир Игоревич Моргунов, председатель Арбитражного суда Самарской области Дмитрий Вадимович Плешков, судья Арбитражного суда Самарской области, кандидат юридических наук, доцент Вера Вячеславовна Мехедова, председатель Избирательной комиссии Самарской области, кандидат юридических наук, доцент Ольга Юрьевна Соломатина (в настоящее время — заместитель председателя Комитета Самарской губернской думы по законодательству, законности и правопорядку), заместитель председателя Избирательной комиссии Самарской области Алексей Николаевич Солдатов, заместитель председателя Самарского областного суда Вадим Вячеславович Кудинов и др. На кафедре, помимо основных дисциплин, преподаются специальные курсы для студентов, ориентированные на общекультурные и профессиональные знания. Среди них: «Теоретические основы Конституции», «Основы правового положения личности», «Избирательное право и избирательный процесс», «Право Европейского Союза», «Государственная и муниципальная служба».

Кафедра государственного и административного права совместно с Избирательной комиссией Самарской области и при поддержке Правительства Самарской области, Самарской губернской думы, других организаций проводит ежегодную научно-практическую конференцию по публично-правовым направлениям исследований в области права. С 2007 г. конференция приобрела статус всероссийского, а с 2009 г. — международного научного форума. Проведению конференции всегда предшествует конкурс научных работ студентов и аспирантов по вопросам электорально-правового цикла.

Научная и педагогическая деятельность сотрудников кафедры осуществляется в контакте с учеными других вузов страны (МГУ имени М. В. Ломоносова, Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Санкт-Петербургского государственного университета, Саратовской государственной академии права, Саратовского государственного университета и многих других), с зарубежными специалистами. Кафедра являлась базой работы ряда профессоров права из университетов США и Австралии — Лоуренса Шиана, Дэвида Гатто, Пола Сикоры. По инициативе кафедры перед студентами юридического факультета выступали зарубежные ученые — профессор Джон Адамс (Университет штата Миннесота, США), профессор Лоуренс Шиан (Университет Мельбурна, Австралия), доктор права, депутат Бундестага ФРГ Штефан Кауфман, другие специалисты в области публичного права.



# ТЕОРИЯ ПРАВА: ПРОДОЛЖЕНИЕ ДИСКУССИИ

Ю. Е. Пермяков\*

## РОССИЙСКАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА: ВЫЗОВЫ ВРЕМЕНИ И ОТВЕТЫ ИСТОРИИ

***Аннотация.** Состояние юридической науки в целом и теории права в частности имеет отношение к повсеместной практике заключаемых в юридическую форму правовых суждений, уровню юридической техники, режиму законности, легитимности власти и состоянию правовой культуры. Это обстоятельство побуждает к выводу об исторической ответственности юридической науки. Актуальность теории права входит в число критериев ее научности и не может быть сведена к произвольно составленному перечню предпочтительных тем. Сегодня, с учетом ситуации постмодерна, постановка вопроса о научности юридической теории многим ученым кажется старомодной. Актуальное перестало быть универсальным определением и утратило свое понятное содержание. Автор полагает, что в этом и состоит самая актуальная для теоретической юриспруденции задача — ответить на вызовы времени и сохранить в себе способность описывать правовую реальность, прогнозировать развитие права и содействовать повышению его эффективности с учетом исторической ситуации и особенностей современного культурного контекста. В статье прослеживается различное понимание актуальности правового исследования применительно к различным типам правопонимания.*  
**Ключевые слова:** актуальность, критерии научности, методология юридической науки, практическая юриспруденция, онтология права, субъект права, правовое притязание, правовая реальность, правовое суждение, инстанция, нарратив.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.107.10.014-031

### **Теория права: вызовы времени Научная интерпретация метафоры**

В настоящей статье затронута проблема актуальности юридической науки в целом и общей теории права в частности. Хотелось понять и по возможности выразить предметное содержание актуальности как одного из главных принципов современной науки, одного из условий ее практической значимости, отказавшись от понимания актуальности как произвольного перечня предпочтительных тем. Я не располагаю возможностями для широкого исторического обзора становления зарубежной и отечественной теории права, для чего пона-

добилась бы особая методология, объясняющая в хронологической последовательности исторический смысл и логическую преемственность чрезвычайно большого количества научных публикаций двух последних столетий. Однако, надеюсь, историческая тема, в частности нарративная проблематика, т.е. история как рассказ о случившемся, здесь все же присутствует, поскольку предпринята попытка понять методологические основания, исключающие или осложняющие повествование о праве как о чрезвычайно важном событии современности. Сложность его исторического описания подмечена была еще К. Марксом, который не

© Пермяков Ю. Е., 2015

\* Пермяков Юрий Евгеньевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права, международного права Самарского государственного университета.

[permyakov54@mail.ru]

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

признавал у права ни самостоятельной истории, ни своей судьбы: «право само по себе ничего не дает, а только санкционирует существующие отношения»<sup>1</sup>.

Название статьи должно, по мысли автора, готовь читателя к выводу о том, что на вопросы теоретиков права отвечает не столько сама наука, сколько история, точнее — повсеместная практика заключаемых в юридическую форму правовых суждений, юридическая техника, режим законности, легитимность власти и состояние правовой культуры в целом. Без этого предположения мысль об исторической ответственности юридической науки, скорее всего, будет воспринята как фигура речи, более уместная для торжественных собраний.

Нет сомнения в том, что обоснование актуальности перестало быть одним из обязательных условий публикации научного труда, как это было принято в советский период истории. Сама постановка вопроса о научности юридической теории в эпоху постмодерна многим кажется старомодной. Актуальное перестало быть универсальным определением. Но, как представляется, это и составляет самый актуальный для теоретического разрешения вопрос — сумеет ли юридическая наука ответить на вызовы времени и сохранить в себе способность описывать правовую реальность, прогнозировать развитие права и содействовать повышению его эффективности с учетом исторической ситуации и особенностей культурного контекста или, будучи обращенной лишь к самой себе, подобно двум поставленным друг против друга зеркалам, окончательно превратится в текст, воспроизводящий сам себя в бесконечной череде публикаций.

Трудно согласиться с тем, что проблема создания цельной, непротиворечивой и работающей теории права всегда была актуальна в правоведении на протяжении двух последних столетий<sup>2</sup>. Временами не только наука о праве, но и само право как феномен исторической действительности теряли свою актуальность и оценивались в политическом, морально-религиозном измерении или же с высоты господствующей идеологии как явление чуждого мира, пережиток прошлого и вынужденная уступка злу<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Маркс К. Немецкая идеология // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 2. М.: Госполитиздат, 1955. С. 208.

<sup>2</sup> Поляков А. В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. 2000. № 2. С. 4.

<sup>3</sup> Председатель Верховного Суда РСФСР П. И. Стучка в «Энциклопедии государства и права», изданной в 1925—1926 гг., утверждал, что «...с точки зрения исторического материализма, права как какой-то самостоятельной силы, регулирующей общественные отношения людей, нет». (Энциклопедия государства и права. Т. 2. М.: Изд-во Комкадемии, 1926. С. 14).

А. В. Поляков полагает, что окончательное решение этой задачи — построение работающей науки о праве — принципиально недостижимо, однако, по его мнению, это обстоятельство не исключает модернизацию существующих правовых теорий, которые должны отвечать «хотя бы на запросы своего времени»<sup>4</sup>. Безусловно, время предъявляет новые требования к стилю научного мышления, поскольку меняется сам образ жизни, стратегия коллективного выживания, оно в метафизическом, естественно, смысле предъявляет счет исторической состоятельности каждому поколению и каждой эпохе. Не только научная теория, но и сама духовная ситуация времени никогда не бывает окончательной. Однако соответствие запросам времени и смена способа исторического существования становятся фактом и предметом научного описания, когда в социальной действительности о себе заявляет новый субъект права, чьи притязания на справедливость и признание достоинства материализуются в конкретных актах законотворчества и правосудия. Как справедливо подчеркивает И. Л. Честнов, предмет юриспруденции зависит от того, какой тип правопонимания господствует в данную эпоху, в данной культуре и в данном научном сообществе<sup>5</sup>.

Вряд ли тема актуальности философско-правовых размышлений могла привлечь к себе внимание сторонников юснатуралистического правопонимания. Вечное и неизменное естественное право не нуждается в совершенствовании, в какое бы столетие пылкий ум ни задавался разгадкой мировой гармонии и замысла Творца. Актуальным, т.е. способным породить нечто настоящее и укорененное в действительности, мыслилось одно лишь следование людей абсолютным и непререкаемым законам мироздания. На вопрос о том, что горит в аду, обыкновенно отвечали: своеволие<sup>6</sup>. В средневековой философии субъект, т.е. тот, кто способен к действию, приподнимался над своей тварной природой и обретал способность к преобразованию и творчеству лишь в той мере, в которой сам подлежал воздействию свыше (subiectae — «подлежащий»)<sup>7</sup>. Деятель побуждаем духом, он не располагает самостоятельной энергией творчества. В религиозно-метафизическом аспекте действие трактовалось как прояв-

<sup>4</sup> См.: Поляков А. В. Указ. соч. С. 4.

<sup>5</sup> См.: Честнов И. Л. Методология и методика юридического исследования. Краснодар: Краснодарский университет, 2010. С. 18.

<sup>6</sup> См.: Мейстер Э. Духовные проповеди и рассуждения. М.: Политиздат, 1991. С. 23.

<sup>7</sup> См.: Боэций. «Утешение философией» и другие трактаты. М.: Наука, 1990. С. 174.

ление божественной воли, поскольку «в Боге бытие и действие тождественны»<sup>8</sup>. Способность приобретать и хранить в себе религиозный опыт понималась как отличительная и самая существенная сторона человека. Раскрывая значение, которое Абельяр придавал понятию «субъект», С. С. Неретина делится важным наблюдением. Абельяр, пишет она, «не случайно употребляет «субъект» вместо обычного «человек», подчеркивая стилистическую неправильность, ибо в раскаянии, угрызениях совести, покаянии, исповеди фиксируются моменты самосознания и самодетерминации человека, в эти моменты перестающего быть простецом, обычным прихожанином, но, напротив, осмысляющего себя преобразователем (мастером, магистром, т.е. чудодеем) мира. Сказать так можно о том, кого предполагаешь живущим в горизонте личности, или — что в данном случае одно и то же — в горизонте Бога...»<sup>9</sup>.

Субъект религиозного опыта в эпоху Просвещения трансформируется в субъекта познания, ибо, как писал Г. В. Лейбниц, «нельзя любить Бога, не зная его совершенств, и это познание заключает в себе начала истинного благочестия»<sup>10</sup>. Актуальность познания в метафизическом смысле обрело новое значение — как истинность и состоятельность познающего, который в декартовском понимании растворен в практикуемом им методе. Соответственно, в эту же эпоху возникло подозрение в том, что методы исследования права могут увлечь в сторону от действительности. Действительное перестало пониматься как праведность или чувственная данность, она обретала свою онтологическую состоятельность лишь в свете абсолютных критериев разума и разрыва с традицией. Ощущение современности, т.е. несовпадения существующего с сущностью и следующего из этого обстоятельства нравственного императива построения новой науки, способной получить подлинное знание о праве, стало первой предпосылкой дифференциации исследований по степени их актуальности. Поэтому в качестве первоочередной задачи современной науки о праве Георг Гегель в статье 1802 г. определил воссоединение опытной науки с философией: у науки «должна быть отнята ее единичность, ее принцип должен быть познан в его высокой сопряженности и необходимости и именно

благодаря этому полностью освобожден»<sup>11</sup>. Неактуальными, т.е. не имеющими отношения к действительности, отвечающей запросам разума, были названы все прежние способы исследования естественного права, основанные на «эмпирическом созерцании», неспособном в объяснении права достигнуть универсального единства и органической целостности.

Образ права как абсолютного единства был подвергнут критике представителями исторической школы права по двум направлениям: с одной стороны, естественное право не дано в действительности, с другой — само рассуждение о нем не является философией, поскольку предметом философии может быть только то, что имеет историю<sup>12</sup>. Ход истории не подчинен понятиям человеческого разума. Понятие актуального, еще неотрефлексированное и не выраженное в качестве принципа научного исследования, тем не менее уже заняло свое место в системе научного поиска Ф. Савиньи и его последователей, поскольку наука права должна иметь дело не с застывшей реальностью, а с «подвижной природой человеческих отношений» (Г. Ф. Пухта) и, как следствие, — с неизбежным противоречием нового права со старым. В качестве актуальной задачи правоведения выдвигалось создание научного инструментария для распознавания внутреннего совершенства права, «невнятно шепчущего народного духа», как будут не без сарказма писать об этой исследовательской установке радикальные сторонники позитивизма. Эта задача оказалась невыполненной, однако связь права с внешней средой, отказ от слепого заимствования положений римского права, четкое размежевание философии права и практической юриспруденции, а также сближение истории и реальной жизни — все это ставилось в заслугу исторической школе права ее последующими критиками.

Как известно, наиболее радикальным из них выступил К. Маркс с убийственной оценкой методологии одного из основателей исторической школы права — Г. Гуго. Маркс писал в 1844 г.: «Школа, которая подлость сегодняшнего дня оправдывает подлостью вчерашнего, которая объявляет мятежным всякий крик крепостных против кнута, если только этот кнут — старый, унаследованный, исторический кнут; школа, которой история показывает, как бог Израиля своему слуге Моисею, только свое a posteriori, —

<sup>8</sup> Боэций. «Утешение философией» и другие трактаты. С. 166.

<sup>9</sup> Неретина С. С. Понятие судьбы в пространстве высшего блага // Понятие судьбы в контексте разных культур. М.: Наука, 1994. С. 8—9.

<sup>10</sup> Лейбниц Г. В. Сочинения. М.: Мысль, 1989. С. 52.

<sup>11</sup> Гегель. О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве // Гегель. Политические произведения. М.: Наука, 1978. С. 186.

<sup>12</sup> См.: Пухта Г. Ф. Энциклопедия права. Ярославль: Типография Г. Фальк, 1872. С. 88.

эта историческая школа права изобрела бы поэтому немецкую историю, если бы сама не была изобретением немецкой истории»<sup>13</sup>. Оставаясь под впечатлением от идей Гегеля, Маркс воспроизводил не только его основные постулаты, но и придавал им особую резкость: «недостаточно, чтобы мысль стремилась к воплощению в действительность, сама действительность должна стремиться к мысли»<sup>14</sup>.

Итак, в свете марксистского учения требование, обращенное к действительности, своим основанием должно было иметь не отвлеченный нравственный идеал, а состояние самой действительности.

Эти яростные философские споры происходили на фоне достаточно спокойного течения жизни в самой юридической догматике XIX в., которая в то время являла собой больше некое ремесло, введение в делопроизводство, или, выражаясь современным языком, одну из отраслей социальной технологии. Признаки и отличительные особенности науки были ей свойственны в очень малой степени. Помогая юристам правильно понимать друг друга в процессе их профессиональной деятельности, догматика права очерчивала круг юридических понятий с предзаданным (и потому — несомненным) содержанием. Это обстоятельство вызывало в то время справедливые упреки. Необходимость в новой науке, где бы буква закона не решала спор о сущности правового явления, Р. Иеринг попытался выразить посредством понятий рецептивной и продуктивной юриспруденции, задачу последней он усматривал в создании юридических конструкций с опорой на внутреннюю диалектику юридического отношения<sup>15</sup>.

Общественная неудовлетворенность догматической юриспруденцией и правовой аксиоматикой, возникшей на почве неприятия крепостного права и бюрократического произвола, просматривается в произведениях русской художественной литературы многих авторов (Л. Н. Толстой, Ф. М. Достоевский, М. Е. Салтыков-Щедрин), политической публицистике диаметрально противоположных по своим убеждениям авторов (М. А. Бакунин, К. П. Победоносцев и др.), а также в научных публикациях российских правоведов в послед-

ней трети XIX в.<sup>16</sup> Резкой оценке подвергались не только сам правопорядок, но и право как чуждая европейская ценность («вексельная честность»), несовместимая с предназначением России. Обоснование политических и правовых реформ сопровождалось моральными либо политическими соображениями, но отнюдь не научными, поскольку науки о том, какое будущее нужно России, нет<sup>17</sup>. С. А. Муромцев в статье «Что такое догма права» (1885), указывая, что задачи правоведения заключаются в различении законов группы явлений, образующих право, делал однозначный вывод о том, что такая задача не может быть поставлена перед догмой права, которая, по своей сути, есть описательное правоведение<sup>18</sup>. П. И. Новгородцев в статье 1902 г. ставил задачи юридической науке таким образом: она «...должна проникнуться живым чутьем действительности, умением слышать неумолкаемое биение жизни и отзываться на великие задачи времени»<sup>19</sup>. Он полагал, что ей необходима «...гораздо более широкая система научных понятий и средств, для того чтобы выйти за черту мелкой техники»<sup>20</sup>. Ю. С. Гамбаров в статье, опубликованной в 1907 г., также выражал недоумение по поводу того, что наука о праве, имеющая дело с насущнейшими интересами людей в их личной и общественной жизни, продолжает оставаться сухой и непопулярной. Он возражал против сведения изучения права к изучению и толкованию законов, поскольку право — элемент целого, его изучение не может игнорировать связь права с социальной средой и факт исторической изменчивости права<sup>21</sup>. Аналогичные претензии к юридической догматике высказывали также другие видные теоретики права<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> «Живая вера не допускает сделки, не признает абсолютного господства рассудочной логики». (Победоносцев К. П. Церковь и государство // Русская философия права: философия веры и нравственности. СПб.: Алетей, 1997. С. 76—77). См. также: Графский В. Г. Политические и правовые взгляды народников (истоки и эволюция). М.: Наука, 1993.

<sup>17</sup> См.: Графский В. Г. Указ. соч. С. 175.

<sup>18</sup> См.: Муромцев С. А. Что такое догма права // Юриспруденция в поисках идентичности. Самара: Самарская гуманитарная академия, 2010. С. 162—163.

<sup>19</sup> Новгородцев П. И. Нравственный идеализм в философии права // Проблемы идеализма. М., 1902. С. 248.

<sup>20</sup> Новгородцев П. И. Указ. соч. С. 249.

<sup>21</sup> См.: Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения // Журнал Министерства юстиции, 1907. Январь; Он же. Задачи современного правоведения. СПб.: Сенатская типография, 1907. С. 8, 12.

<sup>22</sup> Вот, например, что писал Шершеневич: «Юридические науки в настоящее время страдают крайней догматичностью, в том смысле, что они основываются постоянно на понятиях, которые воспринимаются ими без всякой критики» (Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1910).

<sup>13</sup> Маркс К. К критике гегелевской философии права. Введение // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. М.: Госполитиздат, 1954. С. 416.

<sup>14</sup> Маркс К. К критике гегелевской философии права. С. 423.

<sup>15</sup> См.: Иеринг Р. фон. Задача современной юриспруденции // Юридический вестник. 1883. № 8. С. 547. Об эволюции его взглядов см.: Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 325—327.



Различение идеала и действительности не было для юридической науки чем-то новым, оно лежало в основе возрождаемой теории естественного права, для которой актуальное, отвечая запросам критического духа, было иносказательным выражением требований высшего нравственного закона. Опасение, что при постановке вопроса о нравственных основах будущего правопорядка естественное право утратит юридическую окраску и уйдет в область этики, было вполне определено высказано Г. Ф. Шершеневичем<sup>23</sup>. Он выступал против априорности общественного идеала, каким бы он ни был по своему содержанию. «Субъективный идеал, оторванный от почвы действительности, как чудная мечта, способен пленить отдельные умы, увлечь на время силою своего настроения, но не убедить, не создать прочную основу для деятельности государственной власти, не проникнуть в сознание массы»<sup>24</sup>.

Таким образом, на первых порах становления юридической науки ее актуальность постулировалась как достаточно абстрактное требование соответствия действительности, производное от того обстоятельства, что сама действительность постоянно влияет на право, «...право и жизнь, жизнь и право неотделимы друг от друга и стоят в вечном взаимодействии»<sup>25</sup>.

Одним из первых теоретиков права, попытавшимся осмыслить вопрос о том, что именовывать актуальностью, или на языке того времени — «очередными задачами настоящего момента», был профессор Харьковского университета Н. А. Гредескул. С его точки зрения, право представляет собой живое общественное явление и как таковое должно быть осмыслено не догматически, в рамках юриспруденции понятий, а социологически, т.е. методами реалистической юриспруденции, в основу которых, по его мнению, следует положить воззрения Р. Иеринга<sup>26</sup>. Преимущества социологического подхода к изучению права в противовес концепции естественного права и исторической школе права автор видел в том, что эта теория давала возможность решить самую важную в области права практическую задачу — разумно созидать право<sup>27</sup>. Юрист им мыслился как третейский судья в борьбе общественных классов, независимый ни от запросов власти, ни от требований населения. Истинной задачей суда

он полагал не защиту права, а его распознавание. Н. А. Гредескул считал, что современное право, взращенное на принципах индивидуализма, исчерпало себя, поскольку не обеспечивает равной защиты тем, кто по своему личному или имущественному состоянию нуждается в особой защите закона. Соответственно, в качестве актуальной задачи теории права он формулировал требование согласования частных и общественных интересов<sup>28</sup>, что фактически нивелировало юридическую теорию, превращая ее в теорию власти.

Видение власти как рупора современности отчасти соответствовало ее месту в российской истории, где именно она, а не гражданское общество предпринимала по собственной инициативе самые радикальные реформы. Поэтому неудивительно, что между двумя русскими революциями и даже несколько ранее в сознании российских юристов актуальное становилось синонимом политического, а само политическое в скором будущем — синонимом революционного. С этого момента осмысление актуальности присутствует в науке как реакция на кризисное состояние права, правовой культуры и, соответственно, самой науки о праве. Эта встревоженность пронизывает работы П. И. Новгородцева «Идея права в философии Вл. С. Соловьева» (1901), «Введение в философию права: кризис современного правосознания» (1909), знаменитую статью Б. Кистяковского «В защиту права» (1909), его книгу «Социальные науки и право» (1916) и др. И даже обращение к соотношению права и силы, которое предпринял в своем первом научном исследовании убежденный монархист И. А. Ильин, было продиктовано этим же ощущением ослабления роли права в общественной жизни, о чем он сам поведал на первой странице сочинения<sup>29</sup>. Под силой он понимает способность реального к действию<sup>30</sup>. Он формулирует, как представляется, блестящую догадку: «Для того, чтобы понятие права сблизилось с понятием силы или тем более поглощалось им, необходимо, чтобы оно само перенеслось в онтологический ряд, чтобы право так или ина-

<sup>23</sup> См.: Шершеневич Г. Ф. История философии права. СПб.: Лань, 2001. С. 24.

<sup>24</sup> Шершеневич Г. Ф. История философии права С. 24.

<sup>25</sup> Гамбаров Ю. С. Указ. соч. С. 21.

<sup>26</sup> Гредескул Н. А. Современные вопросы права. Харьков: Издание Брейтингама, 1906. С. 13.

<sup>27</sup> Гредескул Н. А. Указ. соч. С. 14.

<sup>28</sup> Гредескул Н. А. Указ. соч. С. 27.

<sup>29</sup> «Самые различные социальные группы заинтересованы в том или ином практическом разрешении конфликта между правом и силой, в установлении так называемого «правильного» соотношения между этими моментами общественной жизни. И хотя практический интерес, заставляющий бороться за торжество «бесильного права» или сочувствовать «бесправной силе», и способен вообще вызвать теоретический интерес к проблеме, но важность и необходимость научного аналитического освещения вопроса далеко еще не создается в достаточной мере». (Ильин И. А. Понятия права и силы // Собр. соч. М.: Русская книга, 1994. Т. 4. С. 7.

<sup>30</sup> Ильин И. А. Указ. соч. С. 14.



че само становилось членом реального ряда, получило значение чего-то реального»<sup>31</sup>.

В 1900 г. Л. И. Петражицкий публикует «Очерки философии права», в которых заявляет о необходимости новой науки, которая бы дополнила историческое и практико-догматическое изучение права. Эту науку он именует политикой права<sup>32</sup>. Свои последующие работы он посвящает разработке ее методологических основ, в частности интроспективному методу, однако завершения этой работы не последовало<sup>33</sup>. Между тем его обращение к непосредственному правовому опыту, описание и осмысление психологических оснований правовых притязаний было оценено как «сенсационное открытие» и востребовано другим поколением юристов и в другую эпоху<sup>34</sup>. Его «психологическая теория права» изрядно дезориентировала современников своим названием, справедливо полагавших, что право, как явление объективной действительности, превышает уровень межличностной коммуникации.

Представляется, что интерес к личности как основанию права в концепции Л. И. Петражицкого оправдан не психологическими, а экзистенциально-онтологическими соображениями<sup>35</sup>. Его методология начинается с исследования вопроса о том, «где находятся и как должны быть отыскиваемы субъекты»<sup>36</sup>. Право как фактор общественной жизни и система учреждений, с его точки зрения, существует и способно меняться посредством системы правовой мотивации индивидуального и массового поведения<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Ильин И. А. Указ. соч. С. 15.

<sup>32</sup> См.: Петражицкий Л. И. Очерки философии права. СПб., 1900. С. 1.

<sup>33</sup> Е. В. Тимошина главной заслугой Л. И. Петражицкого считает произведенную им деконструкцию классического стиля социального знания, критику парадигмальных оснований интерпретации права, составлявших основу научного мышления того времени — натурализма, фундаментализма, механицизма и детерминизма (Тимошина Е. В. Теория и политика права профессора Л. И. Петражицкого // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избр. труды / науч. ред. Е. В. Тимошина. СПб. : Юридическая книга, 2010. С. XVII).

<sup>34</sup> См.: Подгурецкий А. Очерк социологии права. М. : Прогресс, 1974. С. 50—51 ; Котарбинский Т. Концепция адекватной теории // Российский ежегодник теории права № 3. 2010 / под ред. д-ра юрид. наук А.В. Полякова. СПб. : Издательский дом СПбГУ, 2011. С. 629—633.

<sup>35</sup> На это справедливо обращает внимание А. В. Поляков: «Право понималось Петражицким как внутреннее взаимоотношение Я с Другим» (Поляков А. В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву : материалы философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсесянца / сост. В. Г. Графский. М. : Норма, 2006. С. 89).

<sup>36</sup> Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии. Изд. 3. СПб., 1908. 27.

<sup>37</sup> См.: Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. С. 3.

Он отрицал физическую и историческую реальность юридических конструкций, но утверждал о реальном существовании субъекта права и субъекта обязанности, каждый из которых переживает в своем сознании правовое суждение<sup>38</sup>. Похожие методологические начала можно встретить в работах другого выдающегося теоретика права — И. А. Покровского, который в 1917 г. объяснял объективные свойства права, в частности его формальную определенность, историческими условиями существования человека: когда выживание требует большой личной энергии и инициативы, определенность права становится вопросом самой личности<sup>39</sup>.

Таким образом, российская наука в предреволюционный период была близка к выводу о том, что научное описание правовой реальности имеет место там, где повествуется о жизни и судьбе субъекта права, именно он, а не политическая власть, оказывается в центре правовой картины мира. Его образ поведения вписывается в логику права, т.е. некую обусловленную правовыми нормами последовательную цепочку актов, в том числе и потому, что правовые притязания соответствуют его представлениям о самом себе и той социально-психологической ситуации, внутри которой он расположен со своим контрагентом.

### **Крушение права и проблема эмпирических оснований юридической науки**

В революционный период и во время Гражданской войны актуальным становится лишь то, что сопряжено с классовой борьбой. Публикации того времени настойчиво подчеркивают это обстоятельство. Интерес к политическим основаниям права какое-то время становится определяющим в юридической литературе. Выбор государства в качестве отправной точки для определения сущности права и специфики юридического надолго определяет аксиоматику отечественного правоведения. Концепция «пролетарского права», разрабатываемая в условиях военного коммунизма деятелями советской юстиции (Н. В. Крыленко, Д. И. Курский, П. И. Стучка), имела своей задачей легитимацию революционного насилия и властного произвола. Опасность утраты правовой формы как таковой была более чем очевидной, поскольку любая правовая форма ограничивает политическое содержание, с чем вряд ли могли согласиться сторонники классового правопонимания, для которых сила господствующего класса была безусловным критерием легитимности самого права. Совет-

<sup>38</sup> См.: Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. С. 29.

<sup>39</sup> Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М. : Статут, 2009. С. 91.

ская теория заявила о себе прежде всего однозначным отказом как от буржуазного права, так и от основных понятий буржуазной юриспруденции<sup>40</sup>. В предисловии ко второму изданию своего труда «Общая теория права и марксизм» (1926) Е. Б. Пашуканис предостерегал научное сообщество от скорых решений, и в частности от сведения марксистской теории права к истории классовой борьбы. По его мнению, советская юриспруденция не может обойтись без абстрактных и общих определений, свойственных юридическому мышлению как таковому. Он обосновывал научный статус юриспруденции, которую его современники были склонны понимать исключительно как прикладную и техническую дисциплину. Он писал: «Такая общая теория права, которая ничего не берет за объяснение, которая заранее поворачивается спиной к фактам действительности, т.е. к социальной жизни, и имеет дело с нормами, не интересуясь ни их происхождением (вопрос метаюридический!), ни их связью с какими-либо материальными интересами, может, разумеется, претендовать на звание теории разве только в том смысле, в каком говорят, например, о теории шахматной игры»<sup>41</sup>.

Действительность, которая придает общественным отношениям форму права, в его теории представлена товарным обменом, участники которого обретают свою правосубъектность как состоявшиеся в акте обмена товаровладельцы. Его концепция, получившая название «меновая теория права», претендовала раскрыть социально-историческую обусловленность права. Решение этой задачи осложнялось ставшим в начале XX в. привычным соскальзыванием теории права в сторону психологии либо социологии. Сохранение за общей теорией права статуса самостоятельной науки, по мнению Е. Б. Пашуканиса, могло гарантировать внимание к сущности правовой формы, которая, подобно экономической стоимости товара, неуловима для социологического анализа реальных отношений. Стоимость нельзя обнаружить, например изучая натуральное хозяйство. Аналогично этому, правовая форма также присутствует не во всех отношениях, из которых складывается историческая реальность. Е. Б. Пашуканис подчеркивал методологическую сложность в изучении права, в частности ускользание правовой формы из сектора научного наблюдения и анализа: в рамках психологических или социологических подходов обычно обсуждают вопрос о содержании права, объявляя юридические определения фикциями, но «вопрос о форме права как таковой вовсе не ставится»<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> См. подробнее: Нерсесянц В. С. Философия права. М.: Инфра-М—Норма, 1997. С. 161—311.

<sup>41</sup> Нерсесянц В. С. Указ. соч. С. 46.

<sup>42</sup> Нерсесянц В. С. Указ. соч. С. 47.

Его однозначно отрицательное отношение к уяснению правовой формы посредством признаков внешней, «государственно-организованной принудительности» не только шло вразрез с политической практикой того времени, упраздняющей какую бы то ни было правовую форму, но и давало повод зарубежным критикам противопоставить его концепцию в качестве образца марксистского правопонимания тем научным позициям, которые определяли основное течение советской юридической науки. Публикации советских теоретиков права последующего исторического периода полны догматических утверждений и отличаются предельной осторожностью, для которой в недалеком будущем подберут эвфемизм «мелкотемье». Демонстрация лояльности марксистско-ленинскому учению, а точнее — таким его интерпретациям, которые соответствовали политической конъюнктуре, определили научную атмосферу самых мрачных десятилетий советского периода. Теоретико-философская основа юридической науки, которая была разработана представителями зарубежной или дореволюционной культуры в спорах о догматике права, не могла быть задействована в полной мере советскими учеными, поскольку условием их собственного научного творчества выступал однозначный отказ от «реакционной» методологии. Любое сходство в методах или частных выводах с обобщенным, внеклассовым представлением о правовой материи грозило ученому изгнанием и расправой. Научная критика того периода носила ярко выраженный конфронтационный и идеологический характер, она нередко сопровождалась навешиванием на оппонентов политических ярлыков и последующим уголовным преследованием. Ученые, не разделявшие господствующих идей, были вынуждены создавать тексты без всякой перспективы их дальнейшей публикации<sup>43</sup>.

Послевоенное время запомнилось всем как борьба с низкопоклонством перед Западом и космополитизмом. В науке искали заговорщиков<sup>44</sup>. Признание в наиболее абстрактном

<sup>43</sup> См., например, публикацию найденной рукописи Я. И. Магазинера «Общая теория права на основе советского законодательства» (1925) в журнале Правоведение (1997—2000 гг.).

<sup>44</sup> «Нельзя закрывать глаза на то, что ряд чуждых нам положений буржуазной юридической науки, органически связанных с ее идеалистической методологией, проникли в специальные отрасли правовой науки. В специальных отраслях юридической науки слабо еще разворачивается борьба со всякого рода идеалистическими реакционными идейками. До сих пор еще существует нетерпимая беспечность в методологических вопросах, а это неизбежно влечет за собой серьезные теоретические и политические ошибки» (Пионтковский А. А. За принципиальность в юридической науке // Литературная газета. 1950. 11 января. № 4 (2595)).

виде общности правовых институтов советского и буржуазного права расценивалось как политическая диверсия. Теоретические ошибки советских ученых квалифицировались как злонамеренная фальсификация науки<sup>45</sup>. Изоляционизм в политике и во всех сферах культуры советского общества к началу 50-х гг. достиг своего апогея. Образцом научной критики стала расправа как политическая реакция на интеллектуальную угрозу.

К середине 50-х гг. политическое противостояние в партийных кругах, обусловленное неоднозначным отношением номенклатуры к практике массовых репрессий и демонстративному отказу от коллективного руководства страной, не могли не сказаться на отношении к юридической практике и юридической науке. С одной стороны, на совещаниях и научных конференциях представители власти привычно констатировали, что юридическая наука находится в долгу перед партией и правительством, упрекали ее в том, что она неэффективно разоблачает реакционную сущность буржуазной идеологии<sup>46</sup>. С другой — предлагали юридической науке обратиться к собственному предмету и основной недостаток издаваемых монографий по общей теории права видели в «публицистических рассуждениях», в том, что они «растворяются в общих вопросах, которые по сути дела входят в область исторического материализма»<sup>47</sup>.

Свой статус объективной инстанции в вопросе о формировании права советская юридическая наука приобрела лишь после хрущевской оттепели, когда обсуждение научных проблем перестало носить черты политической проработки<sup>48</sup>. Возрождение юридической науки в 60-е гг. прошлого века начиналось с идеологических позиций — с нового прочтения первоисточников марксизма, с борьбы за чистоту

марксистско-ленинской теории и, в частности, с обоснования отказа от псевдомарксистской концепции права, которую насаждал А. Я. Вышинский<sup>49</sup>. Лейтмотивом многих публикаций звучали призыв приблизить юридическую науку к нуждам практики и предостережение о волюнтаристском характере идеи о скором отмирании государства и права. Однако самой актуальной темой признавалась — в свете недавнего исторического опыта — тема законности, по мнению М. С. Строговича, — сквозная тема всех научных исследований в различных отраслях советской юридической науки<sup>50</sup>.

Тема законности действительно составляла актуальную проблему теории права, поскольку без убеждения в наличии объективных оснований реализации правовых предписаний рассуждения об оптимальных моделях правовой политики или юридической техники лишались какого-либо смысла. Проблема законности прежде всего заключает в себе вопрос об исторической состоятельности права. Где истоки той силы, которая заставит общество считаться с правом как историческим фактом и будет принуждать к исполнению и соблюдению права? Какой областью социальной реальности востребована эта сила?

То, как определялась законность самим М. С. Строговичем, отвечает в большей степени признакам мифа, нежели научного объяснения. С его точки зрения, законность — это «строгое и неуклонное соблюдение и исполнение советских законов всеми органами Советского государства, всеми учреждениями и общественными организациями, должностными лицами и гражданами»<sup>51</sup>. Каким образом такое состояние правовой действительности достигается, оставалось без объяснений. Законность наделяется признаками действующего субъекта: она требует подчинения и составляет неотъемлемое качество политического режима. Указание руководящих партийных органов на необходимость укрепления законности служит одновременно ее единственным объяснением и доказательством ее существования.

Идеологическое обоснование актуальности права как запроса современности, говорить от имени которой было привилегией партийного руководства, стало отличительной чертой советской науки. Итоги партийных съездов периодически обсуждались на первых страницах солидных юридических журналов, и предпо-

<sup>45</sup> См.: Омельяновский М. Э. Фальсификаторы науки. Об идеализме в современной физике // Вопросы философии. 1949. № 3. С. 143—162.

<sup>46</sup> См. изложение тезисов выступления В. М. Чхиквадзе в статье: Межвузовское научное совещание // Правоведение. 1958. № 1. С. 148—156.

<sup>47</sup> Юридическая наука и судебная практика // Правоведение. 1958. № 2. С. 3.

<sup>48</sup> Показательна в этом статья С. С. Алексеева, в которой содержится призыв к укреплению творческого единства советских правоведов и к отказу от практики теоретических разгромов недавнего времени: «Одним из проявлений культа личности в науке явилась такая атмосфера, когда любая ошибка, просчет, неточность вызывали сокрушительную критику, осуждение, а порой и просто шельмование. Вместо доброжелательной товарищеской критики в ряде случаев начиналась жестокая борьба со ставкой «на теоретический разгром» (Алексеев С. С. Тенденции развития советской юридической науки в период развернутого строительства коммунизма // Правоведение. 1962. № 2. С. 10—11). См. также: Алексеев С. С. Юридическая наука в современный период // Правоведение. 1965. № 1. С. 12—20.

<sup>49</sup> См.: XXI съезд КПСС и задачи советской науки права // Правоведение. 1959. № 2. С. 3—18; Алексеев С. С. Юридическая наука в современный период. С. 12—20.

<sup>50</sup> См.: Строгович М. С. Основные вопросы советской социалистической законности. М.: Наука, 1966. С. 3.

<sup>51</sup> Строгович М. С. Указ. соч. С. 11.



ложение о том, что юридическая наука сама вправе без всякого политического руководства определять собственные задачи, казалось многим дурным тоном<sup>52</sup>. Лейтмотивом научных публикаций этого рода были призывы из трансцендентно расположенного источника развивать правовые формы социалистической демократии, укреплять правопорядок, причем, как правило, без серьезного обращения к самой действительности, что предполагало бы соответствующий научный инструментарий. Вопрос о соответствии норм права общественным отношениям не имел практического решения, и потому любое высказывание, констатирующее такое соответствие, равно как и отрицающее его, не отвечало признакам научности. Утверждения о соответствии права характеру регулируемых отношений предполагает способность к обзору целостного объекта. Однако общество по отношению к самому себе не способно выступить в роли внешнего наблюдателя, оно не располагает возможностями адекватного самоописания<sup>53</sup>. Практика — прерогатива действительного, а не вымышленного субъекта. Актуальностью правовых исследований отличались лишь те работы, авторы которых, будучи, как правило, представителями отраслевых юридических наук, могли описать проблемную ситуацию как несоответствие статуса и характера деятельности, содержания нормы и практики ее применения. Акцент, как правило, делался на дефектности средств правового регулирования и несовершенстве юридического механизма реализации прав и обязанностей, поэтому наличие каких-либо рекомендаций законодателю или правоприменителю считалось общепризнанным критерием научности.

Вопрос о собственных эмпирических основаниях советскую теорию права на протяжении ее истории практически никогда не волновал. Было очевидно, что юридическая практика и законотворческая деятельность нуждаются в научных рекомендациях и представляют собою обширное поле для научных наблюдений и критического анализа. Материалы судебной практики и прокурорского надзора иллюстрировали теоретические положения практически во всех журналах, где имелись рубрики для соответствующих отраслевых наук. Дело лишь в том, что ни

один факт, заимствованный у юридической практики, не был способен опровергнуть научный тезис, поскольку для любого события юридическая теория могла легко подобрать такое определение и выбрать такую интерпретацию, которые оставляли бы в неприкосновенности любой научный и идеологический постулат. Поскольку большинство правоведов сходились во мнении о том, что предметом теории права выступают общие закономерности правовой действительности, сама теория права позиционировала себя как фундаментальная наука. Любой вопиющий факт беззакония или законодательного абсурда мог быть ею сочтен нетипичным явлением, противоречащим общим закономерностям. В итоге правовая реальность оставалась неузнанной, неидентифицированной, критически неосмысленной. Ученый мог произвольно формулировать те или иные закономерности, в том числе и упорчение законности<sup>54</sup>. Возражения могли последовать лишь от идеологически мыслящего оппонента. Лишенное внимания к себе со стороны научного сообщества, право подчинялось не собственным принципам, а случайной прихоти партийного или государственного чиновника. Можно привести достаточно много примеров того, как советское законодательство совершенствовалось вопреки логике его основных положений. В более жесткой формулировке из уст С. С. Алексеева, одного из самых авторитетных отечественных теоретиков права, прозвучало горькое разочарование: даже в эпоху перестройки в СССР, стране, насквозь пронизанной догмами и порядками сталинского тоталитарного режима, задача утверждения верховенства права не ставилась<sup>55</sup>. Его вывод относительно постсоветского периода также неутешителен: право используется для прикрытия «фактической силовой политики... оно не стало высшим регулятором поведения людей в их практической жизни»<sup>56</sup>. Политические процессы в России последнего десятилетия, о которых еще будут написаны серьезные исторические исследования, дополняют привычную картину правовой реальности, где в условиях слабой государственной, т.е. легитимной, власти господствуют коррупция и обычаи криминального мира.

В постсоветской науке интерес к правовой реальности и правообразованию стал политически актуальным. Для ее описания потребовалось обратиться к категориям патологии

<sup>52</sup> См., например: XXIV съезд КПСС и задачи юридической науки // Правоведение. 1971. № 4. С. 7—20; XXV съезд КПСС и советское правоведение // Правоведение. 1976. № 2. С. 7—19; XXVI съезд КПСС и советское правоведение // Правоведение. 1981. № 2. С. 3—12.

<sup>53</sup> См.: Луман Н. Самоописания. М.: Логос-Гнозис, 2009. С. 14—15. Поэтому констатация ошибки законодателя в выборе метода правового регулирования не может быть констатирована в качестве социологически зафиксированной очевидности.

<sup>54</sup> См.: Рабинович П. М. Упрочение законности — закономерность социализма. Львов: Вища школа, 1976.

<sup>55</sup> Алексеев С. С. Крушение права. Екатеринбург: Институт частного права, 2009. С. 14.

<sup>56</sup> Алексеев С. С. Крушение права. С. 12.

и аномального<sup>57</sup>. Однако чувство актуальности, монополюльно принадлежавшее ранее партийным инстанциям, стало достоянием каждого, кто бы пожелал высказать свое мнение о должном — будь то свобода, справедливость, безопасность или вообще благо. В итоге научная полемика юристов до сих пор несет в себе черты публично-го исповедания общественной веры (С. Л. Франк) и идеологического сражения<sup>58</sup>.

Возвращение теорией права своего утраченного научного статуса невозможно, если само право удалено из социальной практики либо заменено его эрзацами — клановой моралью, профессиональной этикой, конфессиональными нормами. Обретение права — удел далеко не всех некогда исторически существовавших народов, многие из которых так и не создали своей государственности или потеряли ее вследствие различных по своей природе дезинтеграционных процессов. Поэтому консолидация российского общества на правовых началах, защита права, в том числе политическими, юридическими и интеллектуальными средствами, — вот тот опыт, в описании которого только и может состояться теория права как практическая юриспруденция<sup>59</sup>. Каждый факт состоявшегося легитимного правового суждения образует материальную основу разнобразной по своей природе и многоплановой по своей структуре и значению социальной практики, именуемой правом.

#### Специфика юридического в свете нарративной проблематики

Поддерживая либертарную теорию права, разработке которой посвящены многие работы В. С. Нерсесянца, Н. В. Варламова так постулировала задачи современной философии права: «Либертарно-правовая интерпретация источников права должна ответить на вопросы, почему право объективируется именно в этих формах и что (применительно к каждой из них) способно обеспечить позитивацию собственно права (а не произвола правоустановителя), т.е.

сформулировать принципы правотворчества (или, точнее, правоустановления)»<sup>60</sup>. Ответы на эти актуальные для догматики права предпологают понимание сущности и признаков юридического.

Теперь вернемся к вопросу о научном статусе юридической теории. Мнение о том, что теория государства и права является юридической наукой, было высказано в 1957 г., и хотя с тех пор прошло немало времени, как представляется, не все ученые готовы из этого признания сделать необходимые выводы<sup>61</sup>. Юридическая наука не может задаваться вопросами, выходящими за пределы ее компетенции, она не может без ущерба для собственной методологии заимствовать понятия других наук. Ей также несвойственны задачи и язык идеологии. Признание этих аксиом избавило бы ее от тех идеологических постулатов, которые обременяли творческую мысль советских юристов. Теория права опирается на философию права, поскольку ни одно научное суждение не может состояться без аксиоматических оснований. Собственно говоря, одна из основных задач философии права в том и состоит — в выявлении онтологических оснований правовых суждений<sup>62</sup>.

Впервые мысль о необходимости союза философии и юридической науки была высказана Г. Ф. Шершеневичем. «Философия права должна объединить в одно цельное представление все те понятия и стремления, которые вырабатываются и проявляются в отдельных областях правоведения»<sup>63</sup>. Причем он настаивал на том, чтобы перерабатываемый философией права материал добывался бы ею из юридических наук, а не извне<sup>64</sup>. Последнее замечание представляется важным и нуждается в особом внимании, поскольку эмпирические основания юридической науки — тема настолько же сложная, насколько сложен для научного описания сам феномен юридического.

Наука, именующая себя юридической, постулирует свою неразрывную связь с позитивным правом. Коль скоро мы ответственно называем науку *юридической*, юридическое как конструкт теоретической мысли появляется

<sup>57</sup> См.: Венгеров А. Патология государственности // Общественные науки и современность. 1991. № 5. С. 19—27.

<sup>58</sup> См., например: Лаптева Л. Е. Правопонимание и правовая политика (о практических выводах из теоретических конструкций) // Проблемы понимания права. Вып. 3. Саратов: Научная книга, 2007. С. 93—117.

<sup>59</sup> Однако сами образы права и соответственно науки о праве существенно различаются в современном научном мире. См., например: Наш трудный путь к праву: материалы философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсесянца / сост. В. Г. Графский. М.: Норма, 2006; Варламова Н. В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. М.: ИГП РАН, 2010; Стандарты научности и homo juridicus в свете философии права: материалы пятых и шестых философско-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / отв. ред. В. Г. Графский. М.: Норма, 2011.

<sup>60</sup> Варламова Н. В. Философское основание юридической догматики // Государство и право на рубеже веков. Проблемы теории и истории. М., 2001. С. 105.

<sup>61</sup> См.: Керимов Д. А., Шейндлин Б. В. О предмете общей теории государства и права // Советское государство и право. 1957. № 12. С. 7.

<sup>62</sup> См. подробнее: Пермяков Ю. Е. Возвращение к метафизике в научном познании права // Право в эпоху перемен: материалы вторых философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсесянца / отв. ред. В. Г. Графский, М. М. Славин. М.: ИГП РАН, 2007. С. 8—25.

<sup>63</sup> Шершеневич Г. Ф. История философии права. С. 27.

<sup>64</sup> Шершеневич Г. Ф. Там же.



лишь в том случае, если имеет место факт подчинения логике, свойственной праву<sup>65</sup>.

Многие научные дискуссии прекратились бы, если бы спорящим сторонам было предложено описать предмет спора. Есть много приемов полемики, с помощью которых отказ от описания проблемной ситуации можно представить как убедительную научную позицию. Можно сослаться на длительную историю научного спора и сложившуюся научную традицию, сложность рассматриваемой проблемы и т.д. Но я позволю читателю задаться вопросом: не теряет ли юридическая наука один из признаков научности, когда перестает отвечать критерию описания и объяснения какого-либо явления правовой действительности?

Согласимся, что факт — понятие, производное от средств описания действия права, которыми располагает наука. Факту противостоит субъект, который вынужден с ним считаться. Как фрагментированный, очерченный посредством определения объект реальности, он в своем внешнем описании оказывается производным от уязвимости и зависимости субъекта, который расположен среди обстоятельств, в единстве с которыми только и может состояться онтологически. «Я» без «моего» не бывает. Обстоятельства, как бы их ни именовали в каждом отдельном случае, являются собой фрагменты своей и чужой предметности, от которой отказаться невозможно. Социальный мир диалогичен, он весь пронизан взаимодействиями и коммуникациями. Объекты, с которыми встречается субъект и относительно которых он предпринимает какие-то действия, существуют не сами по себе, они оказываются местом встречи со своим контрагентом, общение с которым и составляет событие их сосуществования<sup>66</sup>. Взаимные признания субъектами права статуса своих контрагентов очерчивают сферу *официального* как некоего игрового пространства, в котором они подчинены юрисдикции авторитетной инстанции, безразличной ко всему, что не может быть маркировано в качестве правового акта. Вхождение в область официального сопровождается демонстративным жестом, началом

игры. Оповещение о своем согласии на участие в процедуре составляет сущность, сердцевину такого рода «перформативных актов» (Дж. Остин), которые повсеместно распространены в сфере права: оформление гражданства, подписка о невыезде, заключение договора и т.д. — все эти знаки согласия являют собой символическое вхождение в сферу, где действует власть создаваемой внутри юридического процесса инстанции. Любое *действие* свободного человека можно трактовать не только как выбор меры ответственности, но и как выбор *инстанции*, т.е. субъекта авторитетного суждения о предмете спора. Все правовые процедуры имеют своим назначением уяснение вопроса о том, в каком качестве и перед лицом какой инстанции субъект права собирается вступить в контакт с другим участником правового общения, какую систему мер для оценки своего поведения он считает приемлемой и разумной. С помощью официальных суждений, имеющих юридическую силу, складывается правопорядок как область легитимного бытия субъектов права. Поэтому не только борьба за право сопровождает развитие гражданского общества, но и борьба за надлежащую инстанцию, легитимность которой в своих границах совпадала бы с границами официального, также служит достижению стратегической цели укрепления права и режима законности.

Таким образом, эмпирической базой юридической науки, т.е. правом как фактической реальностью, выступает обширная практика утвердительных суждений о статусе, часть из них облекается в особую — юридическую — форму и возможна лишь внутри строго определенных процедур.

В таком случае юридическая наука своим предметом имеет не право «как таковое», не идею права или справедливости и тем более не общие закономерности государства и права, а национальную правовую систему, в которой содержится конкретный исторический опыт — становление инстанции в рамках определенных процедур. Признав это обстоятельство, мы бы могли понять, в какой мере сходство правовых систем позволяет заимствовать юридические конструкции, и воспользоваться научными концепциями зарубежных авторов<sup>67</sup>. Из этого утверждения следуют также выводы, касающиеся современных стандартов научности юридической теории: она не может быть универсальной по той же причине, по которой нет универсального права для всех времен и народов. Особенности ее национального характера

<sup>65</sup> «...Термины в юридической науке едины с терминологией закона и юридическим языком практической юриспруденции, и нарушение этого единства может повлечь за собой неблагоприятные последствия, которые выражаются в «расширениях» или «сужениях» для области законодательства и юридической практики» (Алексеев С. С. Теория права. М.: БЕК, 1993. С. 29).

<sup>66</sup> Следует заметить, что взгляд К. Маркса на диалогичный характер права имел большое методологическое значение в советской теории права. «Акт взаимодействия фиксирует состояние субъектов, когда они, фактически выступая как средства друг для друга, в то же самое время утверждают друг друга как цель и высшую ценность» (Мальцев Г. В. Социальная справедливость и право. М.: Мысль, 1977. С. 13).

<sup>67</sup> См. подробнее: Пермяков Ю. Е. Экзистенциальный и юридический смысл правосудия: извлечение европейского опыта // Правоведение. 2013. № 2. С. 172—183.

определяются спецификой ментальности и того правового опыта, который наука обязана описывать, формулировать и объяснять. Если в этом рассуждении есть хотя бы малая доля правды, стиль научной полемики в юридической науке должен радикально измениться, поскольку нельзя в диалоге с европейскими коллегами описывать отсутствующий объект и руководствоваться в мышлении понятиями, производными из чужого исторического опыта. Для традиции западной юридической науки норма служит отправной точкой научного размышления («нет права без норм»<sup>68</sup>), в то время как в российской правовой жизни норма является скорее исключением в повсеместной практике отменяющих нормы директив. Для европейского мышления существование правовой нормы достаточно для признания ее действия, и юристу, например, показалось бы избыточным при наличии юридических оснований указание на необходимость «политической воли» в привлечении к ответственности высших должностных лиц государства. Обоснование нормативности как модуса социального бытия и обеспечение достижения легитимных целей в условиях нормативно устроенного общества, как бы академично ни звучали эти темы, — насущная проблема современной российской правовой политики.

Юридическая наука все еще служит собирательным понятием разного рода теоретических размышлений по поводу права. Как и архитектура, она воплощает в себе черты искусства, культуры, строгой науки. Различные типы повествования, которые сегодня сложились в качестве традиций научного творчества, если они представляют собой более или менее связный текст о праве — размышления о его сущности, обзор его источников, изучение истории правового института, персоналии, некрологи и т.д., представляют собой одну из форм концептуальной рефлексии относительно правовой реальности. Не исключено, что изучение биографии и черновики выдающихся мыслителей может быть связано с пониманием права. Однако в качестве прикладной науки юриспруденция может состоять лишь при ответе на немногие вопросы исключительно юридического характера. Ее пространство ограничено пределами легитимных суждений. Относительно всего остального (политически целесообразного, морально одобряемого, идеологически оправданного, философски обоснованного и т.п.) должны быть задействованы иные методы теоретической рефлексии.

### Актуальность юриспруденции в свете постклассических методологий

В последней трети XX в. постмодернизм, находясь под влиянием идей Ф. Ницше и М. Хайдеггера, подверг основательной критике классическую метафизику, которая мыслит универсальные основания у всякого сущего. Постмодернизм высказал недоверие к метанарративам и отказал в легитимности метафизических суждений о должном, а сама постановка вопроса об онтологической укорененности чего-либо была признана неактуальной. Вместе с метафизикой, отсылающей к всеобщей картине мира, в которой находится место добру и справедливости, постмодернизм устраняет основания для правового суждения о должном с позиции как самого субъекта, так и центральной для общества фигуры законодателя, поскольку за правом, как и любой другой знаковой системой, признается лишь «власть дискурса». «Официальное» становится синонимом стратегии господства и накопления символического капитала и «выгоды от универсализации» (П. Бурдьё). В этой традиции субъект, не располагающий ничем, кроме своей подчиненности дискурсу, не может рассчитывать на содержательный диалог с властью и другими, к которым у него, утратившего все личностные признаки, сохранился бы живой интерес. Без онтологических оснований такой субъект вправе рассчитывать лишь на собственную речь как главное и основное событие своей жизни. Само обращение к тексту и потребность в диалоге интерпретируется как событие языка. Не случайно безосновательность была предложена П. Фейерабендом в качестве методологического принципа научного познания, а в критике теоретического знания П. Бурдьё рассмотрел ее как одну из особенностей практического смысла: практика не овладевает выраженной в ней логикой<sup>69</sup>.

По мнению И. Л. Честнова, одного из немногих отечественных авторов, активно занимающихся проблемой осмысления современных задач юридической науки, определяемых своеобразием ситуации постмодерна, современная научная мысль «озабочена формулированием новых подходов, новой картины мира и критериев рациональности, адекватных изменившимся историческим и социокультурным условиям. <...> Актуальнейшей проблемой, стоящей сегодня перед юридической наукой, является разработка постклассической (или постнеклассической) теории права»<sup>70</sup>. По его

<sup>68</sup> См.: Паттаро Э. Нет права без норм // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1 / под ред. д-ра юрид. наук А. В. Полякова. СПб. : Юридическая книга, 2009. С. 284—342.

<sup>69</sup> См.: Бурдьё П. Практический смысл. М. : Алетея, 2001. С. 27.

<sup>70</sup> Честнов И. Л. Методология и методика юридического исследования. Краснодар : Краснодарский университет, 2010. С. 13.

мнению, позитивистский эталон научности, подразумевающий вычленение некоей эмпирической реальности, в принципе не может быть реализован в юриспруденции, поскольку конвенциональность научных утверждений вытекает из самой конвенциональной (хотя и не произвольной) природы социальных норм, а также из неустранимости философского (метафизического, неverifiedируемого) компонента из научного знания<sup>71</sup>. С обретением научной признаков социального института ведущую роль в определении критериев научности стала играть не собственно разрабатываемая внутри каждой науки методология, а сообщество экспертов<sup>72</sup>. Поэтому не случайно в своей последней книге И. Л. Честнов при формулировании собственной исследовательской задачи воспользовался термином «адаптация»<sup>73</sup>. Актуальные задачи юридической науки понимаются им как «необходимость позитивной программы ответа на вызов постмодерна»<sup>74</sup>. Причем сам постмодерн (постмодернизм) не представляет собой ни школы, ни мировоззрения, ни идеологии, он определяется И. Л. Честновым посредством указания на нескольких философствующих мыслителей (М. Фуко, Ж. Делез, Ж. Деррида, Ж.-Ф. Лиотар, Ж. Бодрийяр и др.), которые выступают с радикальной критикой ценностей европейской культуры и необходимости переосмысления оснований философского и научного знания.

Опасение относительно того, что ответ юридической науки будет сочтен научным сообществом всего лишь в качестве самодостаточного усложнения юридической речи, присутствует в рассуждении белорусского правоведа В. И. Павлова о современных задачах теории права. С его точки зрения, в современной ситуации особую актуальность приобретает задача «обналичивания», т.е. выведения на поверхность тех аспектов правового бытия, которые были ранее недоступны классической методологии, в частности, создание юридических стратегий решения проблем правовой действительности, разработка юридического языка с адекватным отражением в законодательстве собственных цивилизационно-

культурных смыслов и др.<sup>75</sup> Им не снимается с правоведения задача наблюдения за современной правовой реальностью, однако сама реальность в его исследовании изначально расположена за пределами юридического курса<sup>76</sup>.

Для юридической науки и философии права из наиболее важных проблем, поднимаемых на волне интереса к постмодернистской проблематике, следует отметить так называемую «смерть автора» и упразднение традиционного субъекта права, релятивизм как отказ от претензий науки на окончательный ответ на вопрос о сущности права вследствие его многомерности, непризнание значения метанарратива в легитимации общественного порядка, контекстуальность научного знания, интерсубъективность правовой реальности<sup>77</sup>. Обращение к универсальным понятиям, к числу которых относится как само право, так и категории свободы, вины, справедливости и ответственности, Пьером Бурдые квалифицировано как политическая борьба за монополию легитимного символического насилия<sup>78</sup>.

Нетрудно заметить, что понимание актуальности действительно сместилось: она характеризует теперь не взаимоотношения метода и предмета науки внутри познавательного процесса, а социальный статус ученого, который добывается общественного признания своей значимости. Без этого наука не может выполнить своего основного предназначения.

Наука всегда расположена в культурном контексте, и хотя субъект научного познания обезличен, но он все же не лишен своего социального содержания. Он по-прежнему мотивирован исторической ответственностью и наделен своей судьбой. И если наука о праве выполняет социальные функции, критерии ее научности обусловлены тем, имеются ли в самом обществе основания для выбранной постановки вопроса. Иначе говоря, существует ли правосудие, в котором предлагаемый наукой алгоритм мог бы играть роль обоснования судебного решения? Реальна ли демократия, чтобы парламентские слушания свидетельствовали о необ-

<sup>71</sup> См.: Честнов И. Л. Критерии научности юриспруденции в ситуации постмодерна // Критерии научности юриспруденции. Четвертые Спиридоновские чтения / под ред. И. Л. Честнова. СПб., 2003.

<sup>72</sup> См.: Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб.: Алеф-Пресс, 2012. С. 39—41.

<sup>73</sup> «Своей целью в этой книге (и других своих работах) я вижу адаптацию современной социально-философской мысли, прежде всего методологических изысканий, применительно к теории права» (Честнов И. Л. Постклассическая теория права. С. 12).

<sup>74</sup> Честнов И. Л. Постклассическая теория права. С. 13.

<sup>75</sup> Павлов В. И. От классического к неклассическому юридическому дискурсу. Очерки общей теории и философии права. Минск: Акад. МВД, 2011. С. 15.

<sup>76</sup> См. о соотношении богословия, философии и науки: Пермяков Ю. Е. Основания права. Самара: Универс-групп, 2003.

<sup>77</sup> См.: Честнов И. Л. Постклассические критерии научности юридической теории // Стандарты научности и homo juridicus в свете философии права: материалы пятых и шестых философско-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / отв. ред. В. Г. Графский. М.: Норма, 2011. С. 62—68.

<sup>78</sup> См.: Бурдые П. Социология политики. М.: Socio-Logos, 1993. С. 326.

ходимости научных критериев выбора законопроекта? Наблюдается ли социальная динамика, чтобы рост научного знания мог бы завершаться реформами? Научная мысль не состоится, если она не восполняет пробел в теоретической реконструкции изучаемого объекта. Факт конституирует научную теорию, лишая ее возможности произвольного разговора о чем бы то ни было. Научные суждения рискуют оказаться бессодержательными, если теряют связь с исторической реальностью.

Европейская философия права в осмыслении своих задач акцентирует внимание на теоретической разработке учения о дискурсе возможных ответов, оставляя без онтологического обоснования сами вопросы о выборе дискурса и смысле правовых явлений. Текст в работах постмодернистов приобретает статус тотальной в своем онтологическом значении реальности. Подчиняясь власти языка и существу лишь внутри текста, постмодернисты не смогли бы ощутить потребность в том, чтобы выразить свой нравственный протест против современной культуры и мифов политического сознания, опираясь на которые порицаемая ими «шоу-власть» подчиняет себе человека. Следуя Хайдеггеру в том, что основанием чего бы то ни было не может быть неподвижная субстанция, они, как представляется, проигнорировали предупреждение своего авторитетного предшественника о том, что философия имеет смысл только как человеческий поступок. «Всякий метафизический вопрос может быть задан только так, что спрашивающий — в качестве спрашивающего — тоже вовлекается в него, т.е. тоже попадает под вопрос»<sup>79</sup>.

В обосновании права в качестве универсальной ценности европейской культурой были задействованы такие понятия, которые фиксируют, помимо метафизических возможностей правовых суждений (единое первоначало, равновесие, единая мера, справедливость, возмездие, правосудность, судьба) и их экзистенциально-субъективных предпосылок (забота, благо, истинность, спасение, способность к суждению, освобождение), также и некие институциональные условия (каноничность, авторитет, структура, дискурс). Единство этих оснований обнаруживается зарубежной фило-

софией права при осмыслении вопроса о субъекте правового суждения, чьи притязания на легитимность получают символическую форму и — уже в качестве таковых — свободу от собственных экзистенциальных оснований. Действительно, в пространстве, где существует нечто посредством символического признания, «эмпирическое» отсутствует, а критериями истинности выступают не соответствие факту, а успешность, совпадение конкретного утверждения с правилами аксиоматично заданной понятийной системы, будь то определение понятия, преступления или числа. Юридические науки должны считаться со своими исходными аксиомами так же, как естественные науки вынуждены признавать очевидность таких явлений, как текучесть, притяжение или свет. И потому актуальность юридического исследования обусловлена наличием практики несостоявшихся правовых суждений, без которых субъект права вынужден расстаться с областью легитимного существования. Защита права невозможна без притязаний субъекта, для которого правовой статус служит условием собственной идентичности.

Догматика права и выросшее на ее основе аналитическое правоведение должны служить теоретическому освоению специфических форм правового мышления. Практическая юриспруденция по-прежнему заинтересована в описании юридической реальности и прогнозировании позиций, занимаемых процессуальными противниками и официальными инстанциями по какому-либо вопросу, но она предназначена не столько для описания нормативных требований закона, сколько для уяснения характера игровой ситуации и тактики, которой придерживается конкретный участник правовой ситуации в своем движении к нужному ему официальному решению<sup>80</sup>.

Многообразие правовых культур и правовых систем, в которых исторически различаются критерии оценки правовых доктрин и явлений, а также различия современных стандартов научности внутри одной правовой системы, безусловно, осложняют описание юридической действительности, но, строго говоря, право всегда существовало в условиях конкуренции смыслов и множественности критериев собственной состоятельности.

<sup>79</sup> Хайдеггер М. *Время и бытие*. М.: Республика, 1993. С. 16.

<sup>80</sup> См. подробнее: Пермяков Ю. Е. *Правовые стратегии как коммуникативные модели: проблема описания* // *Правоведение*. 2014. № 5. С. 73—80.



## Библиография:

1. Алексеев С. С. Тенденции развития советской юридической науки в период развернутого строительства коммунизма // Правоведение. — 1962. — № 2.
2. Алексеев С. С. Юридическая наука в современный период // Правоведение. — 1965. — № 1.
3. Алексеев С. С. Теория права. — М., 1993.
4. Алексеев С. С. Крушение права. — Екатеринбург, 2009.
5. Буэций. «Утешение философией» и другие трактаты. — М., 1990.
6. Бурдые П. Социология политики. — М., 1993.
7. Бурдые П.. Практический смысл. — М., 2001.
8. Варламова Н. В. Философское основание юридической догматики // Государство и право на рубеже веков. Проблемы теории и истории. — М., 2001.
9. Варламова Н. В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. — М., 2010.
10. Венгерова А. Патология государственности // Общественные науки и современность. — 1991. — № 5.
11. Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения // Журнал Министерства юстиции. — 1907. — Январь.
12. Гамбаров Ю. С. Задачи современного правоведения. — СПб., 1907.
13. Гегель. О научных способах исследования естественного права, его месте в практической философии и его отношении к науке о позитивном праве // Гегель. Политические произведения. — М., 1978.
14. Графский В. Г. Политические и правовые взгляды народников (истоки и эволюция). — М., 1993.
15. Гредескул Н. А. Современные вопросы права. — Харьков, 1906.
16. Иеринг Р. фон. Задача современной юриспруденции // Юридический вестник. — 1883. — № 8.
17. Ильин И. А. Понятия права и силы // Собрание сочинений. — Т. 4. — М., 1994.
18. Керимов Д. А., Шейндлин Б. В. О предмете общей теории государства и права // Советское государство и право. — 1957. — № 12.
19. Котарбинский Т. Концепция адекватной теории // Российский ежегодник теории права. — № 3. — 2010 / под ред. д-ра юрид. наук А. В. Полякова. — СПб., 2011.
20. Лаптева Л. Е. Правопонимание и правовая политика (о практических выводах из теоретических конструкций) // Проблемы понимания права. — Вып. 3. — Саратов, 2007.
21. Лейбниц Г. В. Сочинения. — М., 1989.
22. Луман Н. Самоописания. — М., 2009.
23. Мальцев Г. В. Социальная справедливость и право. — М., 1977.
24. Маркс К. К критике гегелевской философии права. Введение // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. — Т. 1. — М., 1954.
25. Маркс К. Немецкая идеология // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. — Т. 2. — М., 1955.
26. Межвузовское научное совещание // Правоведение. — 1958. — № 1.
27. Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. — М., 2012.
28. Муромцев С. А. Что такое догма права // Юриспруденция в поисках идентичности. — Самара, 2010.
29. Наш трудный путь к праву. Материалы философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсесянца / сост. В. Г. Графский. — М., 2006.
30. Неретина С. С. Понятие судьбы в пространстве высшего блага // Понятие судьбы в контексте разных культур. — М., 1994.
31. Нерсесянц В. С. Философия права. — М., 1997.
32. Новгородцев П. И. Нравственный идеализм в философии права // Проблемы идеализма. — М., 1902.
33. Омеляновский М. Э. Фальсификаторы науки. Об идеализме в современной физике // Вопросы философии. — 1949. — № 3.
34. Павлов В. И. От классического к неклассическому юридическому дискурсу. Очерки общей теории и философии права. — Минск, 2011.
35. Паттаро Э. Нет права без норм // Российский ежегодник теории права. — № 1. — 2008 / под ред. д-ра юрид. наук А. В. Полякова. — СПб., 2009.
36. Пермьяков Ю. Е. Основания права. — Самара, 2003.
37. Пермьяков Ю. Е. Возвращение к метафизике в научном познании права // Право в эпоху перемен : материалы вторых философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсесянца / отв. редакторы В. Г. Графский, М. М. Славин. — М., 2007.
38. Пермьяков Ю. Е. Экзистенциальный и юридический смысл правосудия: извлечение европейского опыта // Правоведение. — 2013. — № 2.
39. Пермьяков Ю. Е. Правовые стратегии как коммуникативные модели: проблема описания // Правоведение. — 2014. — № 5.
40. Петражицкий Л. И. Очерки философии права. — СПб., 1900.
41. Петражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии. — Изд. 3. — СПб., 1908.
42. Победоносцев К. П. Церковь и государство // Русская философия права: философия веры и нравственности. — СПб., 1997.
43. Подгурецкий А. Очерк социологии права. — М., 1974.
44. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М., 2009.
45. Поляков А. В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. — 2000. — № 2.
46. Поляков А. В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее //



- Наш трудный путь к праву : материалы философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсисянца / сост. В. Г. Графский. — М., 2006.
47. Пухта Г. Ф. Энциклопедия права. — Ярославль, 1872.
  48. Рабинович П. М. Упрочение законности — закономерность социализма. — Львов, 1976.
  49. Стандарты научности и homo juridicus в свете философии права : материалы пятых и шестых философско-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсисянца / отв. ред. В. Г. Графский. — М., 2011.
  50. Строгович М. С. Основные вопросы советской социалистической законности. — М., 1966.
  51. Тимошина Е. В. Теория и политика права профессора Л.И. Петражицкого // Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избранные труды / науч. ред. Е. В. Тимошина. — СПб., 2010.
  52. Пионтковский А. А. За принципиальность в юридической науке // Литературная газета. — 1950. — 11 января. — № 4 (2595).
  53. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. — М., 1910.
  54. Шершеневич Г. Ф. История философии права. — СПб., 2001.
  55. Хайдеггер М. Время и бытие. — М., 1993.
  56. Честнов И. Л. Критерии научности юриспруденции в ситуации постмодерна // Критерии научности юриспруденции. Четвертые Спиридоновские чтения / под ред. И. Л. Честнова. — СПб., 2003.
  57. Честнов И. Л. Методология и методика юридического исследования. — Краснодар, 2010.
  58. Честнов И. Л. Постклассические критерии научности юридической теории // Стандарты научности и homo juridicus в свете философии права : материалы пятых и шестых философско-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсисянца / отв. ред. В. Г. Графский. — М., 2011.
  59. Честнов И. Л. Постклассическая теория права. — СПб., 2012.
  60. Энциклопедия государства и права. — Т. 2. — М., 1926.
  61. Экхарт Мейстер. Духовные проповеди и рассуждения. — М., 1991.
  62. Юридическая наука и судебная практика // Правоведение. — 1958. — № 2.
  63. XXI съезд КПСС и задачи советской науки права // Правоведение. — 1959. — № 2.
  64. XXIV съезд КПСС и задачи юридической науки // Правоведение. — 1971. — № 4.
  65. XXV съезд КПСС и советское правоведение // Правоведение. — 1976. — № 2.
  66. XXVI съезд КПСС и советское правоведение // Правоведение. — 1981. — № 2.

Материал поступил в редакцию 29 марта 2015 г.

## RUSSIAN LEGAL THEORY: CHALLENGES OF TIME AND HISTORY RESPONSE

**Permyakov Yury Evgen'evich** – Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Department of Theory and History of State and Law, International Law, Samara State University. [permyakov54@mail.ru]  
443011, Russia, Samara, Akademika Pavlova Street, 1.

**Abstract:** *The status of jurisprudence and legal theory in particular is relevant to a widespread practice of legal judgments performed in the legal form, the level of legal technicality, the regime of legality, legitimacy and legal culture as a whole. This situation encourages the conclusion on the historical responsibility of legal science. The relevance of legal theory is one of its scientific criteria and can not be reduced to an arbitrarily compiled list of preferred topics. Today, in the light of postmodern situation, many scientists consider the question of the scientific character of legal theory old-fashioned. Topicality has ceased to be a universal definition and has lost its clear content. The author believes that the most urgent task for theoretical jurisprudence is to meet the challenges of time and maintain the ability to describe the legal reality, to predict the development of law and promote its effectiveness, taking into account the historical situation and characteristics of the contemporary cultural context. The article traces different understandings of the relevance of legal investigation in relation to different types of law.*

**Keywords:** *relevance, scientific criteria, methodology of jurisprudence, practical jurisprudence, the ontology of law, subject of law, legal claim, legal reality, legal judgment, authority, narrative.*

### References:

1. Alekseev S.S. Tendencii razvitija sovetskoj juridicheskoj nauki v period razvernuto go stroitel'stva kommunizma [Trends in the development of legal science in the Soviet period of the comprehensive building of communism], Pravovedenie [Jurisprudence], 1962, № 2.
2. Alekseev S.S. Juridicheskaja nauka v sovremennyj period [Legal science in the modern period], Pravovedenie [Jurisprudence], 1965, № 1.
3. Alekseev S.S. Teorija prava [Theory of Law], Moscow, 1993.
4. Alekseev S.S. Krushenie prava [The collapse of law], Ekaterinburg, 2009.

5. Boethius. "Utshenie filosofiej" i drugie traktaty ["Consolation of Philosophy" and other treatises], Moscow, 1990.
6. Bourdieu, Pierre. Sociologija politiki [The Political Sociology], Moscow, 1993.
7. Bourdieu, Pierre. Prakticheskij smysl [Practical Reason], Moscow, 2001.
8. Varlamova N.V. Filosofskoe osnovanie juridicheskoy dogmatiki. Gosudarstvo i pravo na rubezhe vekov [The philosophical foundation of the legal dogmatists. State and Law at the turn of the century] Problemy teorii i istorii [Problems of the theory and history], Moscow, 2001.
9. Varlamova N.V. Tipologija pravoponimaniya i sovremennye tendencii razvitija teorii prava [The typology of legal thinking and modern trends of development of the theory of law], Moscow, 2010.
10. Vengerov A. Patalogija gosudarstvennosti [Pathology of statehood] Obshhestvennye nauki i sovremennost' [Social studies and the present], 1991, № 5.
11. Gambarov Y.S. Zadachi sovremennogo pravovedeniya [The tasks of modern jurisprudence] Zhurnal Ministerstva justicii [Journal of the Ministry of Justice], January, 1907.
12. Gambarov Y.S. Zadachi sovremennogo pravovedeniya [The tasks of modern jurisprudence], Saint Petersburg, 1907.
13. Hegel G.W.F. O nauchnyh sposobah issledovaniya estestvennogo prava, ego meste v prakticheskoy filosofii i ego otnoshenie k nauke o pozitivnom prave [On Scientific Methods of Treating Natural Law, on its Place in Practical Philosophy, and its Relationship to the Positive Sciences of Right], Politicheskie proizvedeniya [In Hegel. Political Writings], Moscow, 1978.
14. Grafskiy V.G. Politicheskie i pravovye vzglyady narodnikov (istoki i jevoljucija) [Political and legal views of the Populists (origins and evolution)], Moscow, 1993.
15. Gredeskul N.A. Sovremennye voprosy prava [Current issues of law], Kharkiv, 1906.
16. Iering, Rudolf von. Zadacha sovremennoj jurisprudencii [The task of modern jurisprudence] Juridicheskij vestnik [Legal Bulletin], 1883, № 8.
17. Ilyin I.A. Ponjatija prava i sily [The concepts of right and power], Ego zhe. Sobranie sochinenij. Tom chetvertyj [Collected Works. Volume 4], Moscow, 1994.
18. Kerimov D.A., Sheyndlin B.V. O predmete obshhej teorii gosudarstva i prava [On the subject of the general theory of law], Sovetskoe gosudarstvo i pravo [the Soviet state and the right], 1957, № 12.
19. Kotarbinsky T. Koncepcija adekvatnoj teorii [The concept of an adequate theory] Rossijskij ezhegodnik teorii prava [Annual Journal on the Russian theory of law], № 3. 2010. Polyakov A.V. (ed.), Saint Petersburg, 2011.
20. Lapteva L.E. Pravoponimanie i pravovaja politika (o prakticheskikh vyvodah iz teoreticheskikh konstrukcij) [Understanding the law and legal policy (the practical conclusions from theoretical constructions), Problemy ponimaniya prava [Problems of understanding of the law], Saratov, Vol. 3, 2007.
21. Leibniz G.V. Sochineniya [Works], Moscow, 1989.
22. Luman N. Samoopisanija [Essays in Self-Reference], Moscow, 2009.
23. Maltsev G.V. Social'naja spravedlivost' i parvo [Social justice and law], Moscow, 1977.
24. Marx K. K kritike gegelevskoy filosofii prava. Vvedenie [Criticism of Hegel's Philosophy of Law. Introduction], Marx and F. Engels. V.1. M., 1954.
25. Marx K. Nemeckaja ideologija [The German Ideology], K. Marx and F. Engels, Soch. T. 2, Moscow, 1955.
26. Mezhhuzovskoe nauchnoe soveshhanie [Interuniversity scientific meeting] Pravovedenie [Jurisprudence], 1958, № 1.
27. Mikhailov A.M. Genezis kontinental'noj juridicheskoy dogmatiki [The genesis of the continental legal dogma], Moscow, 2012.
28. Muromtsev S.A. Chto takoe dogma prava [What is the dogma of the law], Jurisprudencija v poiskah identichnosti [Law in search of identity], Samara, 2010.
29. Grafskij V.G. (ed.) Nash trudnyj put' k pravu [Our difficult path to law], Materialy filosofsko-pravovyh chtenij pamjati akademika V.S. Nersesjanca [Proceedings of philosophical and legal readings in memory of Academician Nersesyan], Moscow, 2006.
30. Neretina S.S. Ponjatie sud'by v prostranstve vysshego blaga [The concept of fate in the space of the highest good], Ponjatie sud'by v kontekste raznyh kul'tur [The concept of fate in the context of different cultures], Moscow, 1994.
31. Nersesjants V.S. Filosofija prava [Philosophy of Law], Moscow, 1997.
32. Novgorodtsev P.I. Nравstvennyj idealizm v filosofii prava [The moral idealism in philosophy of law], Problemy idealizma [Problems of Idealism], Moscow, 1902.
33. Omel'janovskiy M.E. Fal'sifikatory nauki. Ob idealizme v sovremennoj fizike [Falsifiers of science. On idealism in contemporary physics], Voprosy filosofii [Problems of Philosophy], 1949, № 3.
34. Pavlov V.I. Ot klassicheskogo k neklassicheskomu juridicheskomu diskursu. Ocherki obshhej teorii i filosofii prava [From classical to nonclassical legal discourse. Essays on general theory and philosophy of law], Minsk, 2011.
35. Pattaro E. Net prava bez norm [There are no rights without rules], Rossijskij ezhegodnik teorii prava [Annual journal on the Russian theory of law], № 1, 2008. / Ed. Polyakova A.V. (ed.), Saint Petersburg, 2009.
36. Permyakov Y.E. Osnovaniya prava [Legal grounds], Samara, 2003.
37. Permyakov Y.E. Vozvrashhenie k metafizike v nauchnom poznanii prava [Return to the metaphysics of the scientific knowledge of law], Pravo v jepohu peremen. Materialy vtoryh filosofsko-pravovyh chtenij pamjati

- akademika V.S. Nersesjanca [Law in times of change. Materials of the Second philosophical and legal readings in memory of Academic Fellow Nersesyants V.S.], Grafskij V.G., Slavin M.M. (eds.), Moscow, 2007.
38. Permyakov, Y.E. Jekzistencial'nyj i juridicheskij smysl pravosudija: izvlechenie evropejskogo opyta [The existential meaning of justice and law: considering European experience], Pravovedenie [Jurisprudence], 2013, № 2.
  39. Permyakov Y.E. Pravovye strategii kak kommunikativnye modeli: problema opisaniya [The legal strategy as communication models: the problem of describing], Pravovedenie [Jurisprudence], 2014, № 5.
  40. Petrazhitsky L.I. Ocherki filosofii prava [Essays in the Philosophy of Law], Saint Petersburg, 1900.
  41. Petrazhitsky L.I. Vvedenie v izuchenie prava i pravstvennosti. Osnovy jemocional'noj psihologii. Izdanie tret'e [Introduction to the study of law and morality. Fundamentals of emotional psychology. Third Edition], Saint Petersburg, 1908.
  42. Pobedonostsev K.P. Tserkov' i gosudarstvo [The Church and the State], Russkaja filosofija prava: filosofija very i pravstvennosti [Russian legal philosophy: the philosophy of faith and morals], Saint Petersburg, 1997.
  43. Podguretsky A. Ocherk sociologii prava [Outline of sociology of law], Moscow, 1974.
  44. Pokrovsky I.A. Osnovnye problemy grazhdanskogo prava [Basic problems of civil law], Moscow, 2009.
  45. Polyakov A.V. Peterburgskaja shkola filosofii prava i zadachi sovremennogo pravovedeniya [Saint Petersburg school of legal philosophy and objectives of modern legal science], Pravovedenie [Jurisprudence], 2000, № 2.
  46. Polyakov A.V. Rossijskaja teoretiko-pravovaja mysl': opyt proshlogo i perspektivy na budushee [Russian Theoretical Legal Idea: Past Experience and Future Prospects], Nash trudnyj put' k pravu. Materialy filosofsko-pravovyh chtenij pamjati akademika V.S. Nersesjanca [Our difficult path to law. Proceedings of the philosophical and legal readings in memory of Academic Fellow Nersesyants V.S.], Grafskij V.G. (ed.), Moscow, 2006.
  47. Puhta G.F. Enciklopedija prava [Encyclopedia of law], Yaroslavl', 1872.
  48. Rabinovich P.M. Uprochenie zakonnosti – zakonmernost' socializma [Strengthening legality is a characteristic of socialism], Lviv, 1976.
  49. Grafskij V.G. (ed.), Standarty nauchnosti i homo juridicus v svete filosofii prava: materialy pjatyh i shestyh filosofsko-pravovyh stenij pamjati akad. V.S. Nersesjanca [The standards of scientific and 'homo juridicus' in the light of the philosophy of law: Proceedings of the fifth and sixth philosophical and legal readings in memory of Academic Fellow Nersesyants V.S.], Moscow, 2011.
  50. Strogovich M.S. Osnovnye voprosy sovetskoj socialisticheskoj zakonnosti [The main issues of Soviet socialist legality], Moscow, 1966.
  51. Timoshina E.V. Teorija i politika prava professora L.I. Petrazhickogo [Theory and Politics of Law Professor Petrazhitsky L.I.], Petrazhickij L.I. Teorija i politika prava. Izbrannye Trudy [Petrazhitsky L.I. The theory and politics of law. Selected works], nauch. red. E.V. Timoshina [Timoshina E.V. (ed.)], Saint Petersburg, 2010.
  52. Piontkovskiy A.A. Za principial'nost' v juridicheskoy nauke [In favour of integrity in legal science], Literaturnaja gazeta [Literary newspaper], 1950, January 11, № 4 (2595).
  53. Shershenevich G.F. Obshhaja teorija prava [General Theory of Law], Moscow, 1910.
  54. Shershenevich G.F. Istoriya filosofii prava [History of philosophy of law], Saint Petersburg, 2001.
  55. Heidegger Martin. Vremja i bytie [Being and Time], Moscow, 1993.
  56. Chestnov I.L. Kriterii nauchnosti jurisprudencii v situacii Postmoderna [The criteria of scientificity of jurisprudence in the postmodern situation], Kriterii nauchnosti jurisprudencii. Chetvertye Spiridonovskie chteniya. Pod red. I.L. Chestnova [The criteria of scientificity of jurisprudence. Fourth Spiridonovskie readings, Chestnov I.L. (ed.)], Saint Petersburg, 2003.
  57. Chestnov I.L. Metodologija i metodika juridicheskogo issledovaniya [Methodology and methods of legal research]. Krasnodar, 2010.
  58. Chestnov I.L. Postklassicheskie kriterii nauchnosti juridicheskoy teorii [Postclassical scientific criteria of legal theory], Standarty nauchnosti i homo juridicus v svete filosofii prava: materialy pjatyh i shestyh filosofsko-pravovyh stenij pamjati akad. V.S. Nersesjanca. otv. Red. V.G. Grafskij [The standards of scientific and 'homo juridicus' in the light of the philosophy of law: Proceedings of the fifth and sixth philosophical and legal readings in memory of Academic Fellow Nersesyants V.S.], Moscow, 2011.
  59. Chestnov I.L. Postklassicheskaja teorija prava [Postclassical theory of law], Saint Petersburg 2012.
  60. Enciklopedija gosudarstva i prava [Encyclopedia of State and Law]. T. 2. [V.2], Moscow, 1926.
  61. Meister, Eckhart. Duhovnye propovedi i rassuzhdenija. [Sermons and arguments], Moscow, 1991.
  62. Juridicheskaja nauka i sudebnaja praktika [Legal science and court practice], Pravovedenie [Jurisprudence], 1958, № 2.
  63. XXI s'ezd KPSS i zadachi sovetskoj nauki prava [The 21th Congress of the CPSU and the tasks of the Soviet legal science], Pravovedenie [Jurisprudence], 1959, № 2.
  64. XXIV s'ezd KPSS i zadachi juridicheskoy nauki [The 24th Congress of the CPSU and the problems of legal science], Pravovedenie [Jurisprudence], 1971, № 4.
  65. XXV s'ezd KPSS i sovetskoe pravovedenie [The 25th Congress of the CPSU and the Soviet jurisprudence], Pravovedenie [Jurisprudence], 1976, № 2.
  66. XXVI s'ezd KPSS i sovetskoe pravovedenie [The 26th Congress of the CPSU and the Soviet jurisprudence], Pravovedenie [Jurisprudence], 1981, № 2.

# ИССЛЕДОВАНИЕ РОССИЙСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ

В. В. Полянский\*

## МЕТОДЫ И ПРИНЦИПЫ ГАРМОНИЗАЦИИ ПУБЛИЧНОЙ ВЛАСТИ

***Аннотация.** В статье анализируются методы и принципы гармонизации публичной власти с учетом динамических процессов в политической и социально-экономической системах российского государственно-организованного общества, показывается взаимовлияние и взаимозависимость процессов функционирования публичной власти и гражданского общества. Делается вывод о системном характере действия конституционных принципов и методов осуществления публичной власти, о необходимости гармоничного конституционного и законодательного регулирования механизма публичной власти в целях обеспечения конституционного принципа, согласно которому человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Особое внимание уделено характеристике таких принципов гармонизации публичной власти, как субсидиарность, дифференциация, пропорциональность, стабильность формы правления.*

***Ключевые слова:** Методы и принципы гармонизации публичной власти, политическая система, социально-экономическая система, интересы, субсидиарность, дифференциация, пропорциональность, стабильность формы правления.*

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.107.10.032-045

**К**онституционные характеристики современной публичной власти в России отражают существование весьма институционально сложного, многоканального механизма осуществления народовластия через различные формы — непосредственные и представительные, в их структурно-системном соотношении, которое на практике порождает немало проблем. Свидетельством тому являются многочисленные дела по вопросам взаимоотношений Федерации и ее субъектов, рассматриваемых в Конституционном Суде РФ, систематическое реформирование местного самоуправления, что выражено в более чем 100 законах об изменении и дополнении не совсем старого Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации

местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>1</sup>. Само по себе изменение законодательства не является предвзятым и выходящим за пределы принципов конституционной практики функционирования правотворческой системы, которая призвана реагировать собственными методами на потребности развития общества и государства — принимать обоснованные и объективно необходимые нормативные правовые акты, регулирующие соответствующие отношения, в том числе и публично-властного характера. Последние определяют фундаментальные основы жизни государственно организованного общества, а поэтому своевременная реакция правотворческих институтов,

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

© Полянский В. В., 2015

\* Полянский Виктор Владимирович — кандидат юридических наук, заведующий кафедрой государственного и административного права Самарского государственного университета.

[polansky.v@gmail.com]

443011, Россия, Самара, ул. Академика Павлова, д. 1.



начиная от муниципальных органов и заканчивая Федеральным Собранием РФ, является условием поступательного движения России по пути прогресса, обеспечения адекватной реализации принципов конституционного строя. Не только внутренние, но и внешние факторы влияют на системные методы и принципы функционирования публичной власти. Кризис на Украине потребовал от государственных и муниципальных институтов власти консолидации усилий по преодолению кризисных явлений, затрагивающих геополитические интересы России, сформировать комплекс принципиально новых подходов в конкурентной политической борьбе между партиями. Они смогли подняться выше узкопартийных целей участия во власти и, отказавшись от известного лозунга оппозиционеров «чем хуже — тем лучше», почти единогласно принять решение о вхождении Республики Крым и города Севастополя в состав Российской Федерации<sup>2</sup>. Опасность постановки в необратимую зависимость экономики России от внешнего мира мобилизовала позитивный потенциал как внутри публичной власти, так и в партийной системе с целью выработки консенсуса в интересах всего российского народа, сохранения и защиты всеми возможными средствами суверенной государственности. Разработанные и реализованные публичной властью (в лице прежде всего Президента России В. В. Путина) методы достижения консенсуса в политической системе стали основой достижения достаточно высокой степени гармоничности в системе публичной власти на основе таких доминирующих общенациональных ценностей, как суверенитет народа, суверенитет государства.

Более чем 20-летняя практика функционирования политической системы дает основание считать, что особенностью современной российской системы публичной власти является повышенная динамика ее развития, отличающаяся способностью как к воспроизводству нового качества проблем функционирования власти в условиях еще не ставшей стабильной политической системы, основанной на конституционных принципах идеологического и политического многообразия, партийного плюрализма, так и их позитивного разрешения на основе консенсуса перед лицом опасности, угрозы обществу и государству. Однако это не устраняет причин накопления новых и сохра-

нения до определенного момента старых проблем функционирования общества и государства, публичной власти в целом и в ее отдельных уровнях, структурах.

Любое сложное системное явление подчиняется определенным принципам саморазвития, восстановления запрограммированного равновесия частей как посредством мобилизации внутрисистемных возможностей, так и за счет внешних факторов, обладающих способностью к позитивному воздействию на систему. Применительно к публичной власти внутренними факторами обеспечения сбалансированности, гармонии частей системы являются политические, правовые инструменты коррекции статуса отдельных элементов системы публичной власти. Корректирующие средства должны быть сообразными целям и задачам функционирования публичной власти, они не должны быть самоцелью, а внутренние механизмы коррекции публичной власти должны обладать нейтральностью по отношению к подлежащим коррекции элементам публичной власти.

Публичная власть, обладая необходимыми инструментами воздействия на объекты управления, в порядке обратной связи испытывает активное влияние внешней среды (помимо внутренних влияний). Прежде всего в форме лоббирования интересов тех или иных социальных групп, отдельных индивидов, обладающих мощными материальными, финансовыми, организационными и кадровыми ресурсами. Даже, например, инициативы реформирования местного самоуправления отчасти имеют и корпоративно-партийный интерес. Нередко это влияние носит дезорганизующий характер, ведет к нестабильности в системе публичной власти, принятию таких правовых предписаний, которые выгодны исключительно ограниченному кругу лиц. Так или иначе в системе публичной власти развиваются кризисные явления, снижающие ее эффективность с точки зрения конституционной модели правового, демократического федеративного и социального государства. Дефинитивно заявленные основные сущностные характеристики российского государства оказываются искаженными в текущем законодательстве, еще больше усугубляются реальной политической, социально-экономической практикой.

Наиболее важным элементом сущностного порядка в характеристике публичной власти являются конституционные и иные методы и принципы ее реализации, развитие также в федеральных конституционных законах, федеральных законах. В них выражены сущностные устремления авторов Конституции, других законов. Принципы и методы осуществления публичной власти моделируют субъективно

<sup>2</sup> Политико-правовой анализ процесса воссоединения Крыма и Севастополя см.: Кабышев В. Т., Заметина Т. В. Воссоединение Республики Крым и города Севастополя с Россией — восстановление исторической справедливости // Конституционное развитие России : межвуз. сборник науч. статей. Саратов : Изд-во Саратовской гос. юрид. академии, 2014. Вып. 14.

выраженные ожидания социума в основных сферах жизни государственно-организованного общества, определяют главные параметры поведения всех участников публично-властных отношений, составляют содержание и сущность политического режима (наряду с другими характеристиками).

Не обладая характером конкретных предписаний, принципы позволяют уполномоченным субъектам модифицировать правотворческую и правоприменительную практику с учетом реальных социально-экономических и политических условий и потребностей. Этим обстоятельством объясняется мотивация некоторых правовых позиций Конституционного Суда РФ, в частности по вопросу о допустимости институционализации высших должностных лиц исполнительной власти субъектов Российской Федерации (постановления 1996 и 2005 гг.)<sup>3</sup>.

Вместе с тем конституционная формула принципов публичной власти должна обладать некоторыми свойствами, позволяющими субъектам их толкования, развития в текущем законодательстве, правоприменения обеспечивать гармоничное функционирование публичной власти, устранять ординарные конфликты, предотвращать чрезвычайные ситуации, снижать потери от возникающих кризисных ситуаций, как для всего общества, так и для каждого человека.

Конституция Российской Федерации легально установила критерий конституционности и социальной позитивности функционирования институтов публичной власти (как и всех иных субъектов политической, экономической и иной деятельности). Таковым критерием является принцип, закрепленный в ст. 2 Конституции РФ, определившей человека, его права и свободы высшей ценностью. Этот принцип развивается в ст. 18 Конституции РФ. Будучи непосредственно действующими, права и свободы «определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием». Как видно, все основные подсистемы публичной власти — государственной (с ее разделением на три ветви — законодательную,

исполнительную, судебную) и самоуправленную — в совокупности должны подчиняться в своей деятельности конституционному принципу высшей ценности человека, его прав и свобод, руководствоваться идеей признания, соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина со стороны государства.

Однако не следует забывать, что положения ст. 2 и 18 Конституции РФ носят во многом оценочный характер, что может привести к искажению первоначального смысла конституционных принципов в процессе их толкования, развития и правоприменения. Фактически так иногда и происходит. Свидетельством этому является судебная практика, по-разному решающая вопросы защиты прав и свобод человека. Не изжиты рецидивы старых предостережений о допустимости влияния исполнительной власти на судебную власть<sup>4</sup>, имеющие место факты некачественной правотворческой деятельности российского парламента.

К примеру, разрекламированный в свое время в средствах массовой информации Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» к настоящему времени претерпел многократные существенные изменения. К настоящему времени уже имеется более 100 федеральных законов о внесении изменений в него. Нестабильность идеологии поражает своей очевидностью: в первоначальном варианте закона применительно к местному референдуму предлагалось для инициирования его проведения собирать подписи не менее 5%, а в июле 2005 г. уже вносятся изменения прямо противоположного характера — не более 5% избирателей. Характер этих изменений наводит на мысль о том, что как сам закон, так и реформа местного самоуправления изначально не имели под собой продуманной перспективной идеологии и ре-

<sup>4</sup> Заявление Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации // Российская газета. 2006. 25 апреля.

Уполномоченный по правам человека осудил проведение рабочей встречи губернатора Кемеровской области с председателем Кемеровского областного суда, в ходе которой губернатор выразил «обеспокоенность вынесением слишком мягких приговоров и освобождением подсудимых от ответственности». Между тем Президент РФ также проводит встречи с руководителями высших судебных органов, а населению, кроме протокольной информации, ничего не известно о беседах в отсутствие представителей прессы. В целях предотвращения возможного влияния на профессиональную деятельность судей, в том числе и Конституционного Суда РФ, следовало бы сделать встречи указанных лиц с Президентом, другими должностными лицами органов государственной власти полностью открытыми, исключить встречи в отсутствие представителей средств массовой информации. Российское общество нуждается в открытости, доступности информации, право на которую закрепляется Конституцией РФ (ст. 29).

<sup>3</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 18.01.1996 № 2-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (основного закона) Алтайского края» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 4. Ст. 409; постановление Конституционного Суда РФ от 21.12.2005 № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в связи с жалобами ряда граждан» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 3. Ст. 336.

форма проводилась под влиянием сиюминутных корпоративных (в лучшем случае) интересов. Такового рода политика не содействует гармоничному функционированию публичной власти, подрывает позитивное содержание ее конституционно закрепленных принципов и методов.

*Принципы гармонизации публичной власти реализуются как во всей системе публичной власти, так и внутри каждой подсистемы.* Достаточно сложная система принципов гармонизации публичной власти реализуется в процессе воздействия соответствующих субъектов на властеотношения с учетом целей и задач, направлений деятельности, как в целом всего властного механизма, так и каждого из элементов системы публичной власти. Предопределяемые принципами гармонизации публичной власти действия полномочных субъектов должны подчиняться как генеральной цели ее функционирования — обеспечению и защите прав и свобод человека и гражданина, так и частным целям деятельности отдельных подсистем публичной власти — законодательной, исполнительной, судебной, президентской, самоуправленческой во всех ее функциональных проявлениях. Сообразно этому должны использоваться и методы осуществления власти.

Эффективность процесса гармонизации публичной власти во многом предопределяется стабильностью отдельных подсистем публичной власти. Так, дисгармоничные явления в судебной системе отрицательно влияют на баланс законодательной и исполнительной власти, характер их взаимоотношений. К примеру, незавершенность конституционной модели системы судопроизводства (отсутствие самостоятельной подсистемы административных судов) не позволяет обеспечивать в судах равные возможности для реализации права на судебную защиту гражданами, наиболее слабыми звеньями публичной власти, в частности, самоуправлением в спорах с органами государственной власти. Доминанта гармонизации публичной власти на конституционной основе реализовалась, однако, в принятии Кодекса административного судопроизводства РФ<sup>5</sup>, что позволит в значительной мере преодолеть сложившийся дисбаланс в возможностях защиты интересов слабой стороны.

Дисгармония в механизме организации и деятельности законодательной и исполнительной власти также ведет к дисгармонии всей системы публичной власти. Например, принципы избирательной системы, реализующиеся в процессе институционализации органов

законодательной власти и должностных лиц исполнительной власти субъектов Российской Федерации, могут негативно влиять на соотношение этих двух ветвей власти в их «горизонтальном» соотношении и «вертикальном» построении. Политический интерес корпораций разного рода может оказаться более значимым, нежели интересы всего народа.

Важнейшие сущностные процессы в системе публичной власти выражаются прежде всего в принципах публичной власти, которые по общему правилу закрепляются в конституциях современных государств. Однако сам факт их закрепления в конституциях не означает, что этого достаточно, чтобы принципы функционирования публичной власти обеспечивали воплощение ее основных начал в реальную экономическую, социальную, политическую, духовную практику.

В числе конституционных принципов функционирования публичной власти особое место занимают те, которые направлены на обеспечение баланса элементов всего механизма публичной власти, поддержание их гармоничного состояния. С другой стороны, принципы гармонизации публичной власти предопределяют политику, методы и средства проведения постоянных активных динамичных действий субъектов властеотношений по их гармонизации.

В Российской Федерации конституционные принципы гармонизации в значительной мере являются отражением зарубежного опыта формирования условий по поддержанию стабильности публичной власти на основе гармонизации всех ее частей. Однако сравнительный анализ конституционных положений зарубежных и российской конституций позволяет сделать вывод о том, что за пределами российского конституционализма осталась расстановка некоторых акцентов, весьма зримо обозначенных в конституциях государств Европы, США и ряда других стран.

Для России если не адекватным, то весьма сопоставимым является опыт прежде всего тех государств, с которыми Россия имеет сходство в форме правления, форме государства, имея в виду федеративное устройство России, а также политического режима, создающего условия для реализации тех или иных методов осуществления публичной власти. Кроме того, для России полезен опыт тех стран, в которых успешно решаются проблемы обеспечения баланса интересов территорий, отличающихся особым национальным составом, уровнем развития экономики регионов и т.д.

Закрепление в конституциях зарубежных государств принципов функционирования пуб-

<sup>5</sup> Собрание законодательства РФ. 2015. № 10. Ст. 1391.

личной власти отличается разнообразием, которое имеет во многих государствах некоторое ядро, отражающее национальный исторический опыт, традиции государственного строительства на протяжении многих столетий. Тесное политическое, экономическое сотрудничество стран Европы, например, привело к унификации многих принципов функционирования публичной власти в отдельных государствах Европейского Союза, выработке общей методологии гармонизации разнообразных социальных интересов, приводящих и к гармонизации всей системы публичной власти. Это не означает абсолютной стабильности властных отношений — периодически, когда нарушается достигнутый баланс интересов социальных групп, работодателей и работников, граждан государства и эмигрантов, развиваются дисгармоничные процессы и в публичной власти, что имеет место в настоящее время в рамках Европейского Союза, отдельных его членов.

Не следует забывать о приоритете гармонизации социальных, экономических и других интересов — именно разрушение согласованности и стабильности интересов в реальных общественных отношениях ведет к дисгармонии публичной власти, которая непременно реагирует на все изменения в обществе в рамках детерминистических связей. Конечно, в таких случаях публичная власть сама может активно влиять на состояние общественных отношений, как позитивно, так и негативно. Однако источником, фактором формирования и реализации политической воли институтов механизма публичной власти является соответствующая социальная сила, доминирующие интересы общественных слоев населения.

Значение принципов гармонизации публичной власти увеличивается в сложных государствах — федеративных, имеющих разнородные национально-этнические группы населения, обремененных кризисным состоянием экономики, которое ведет к усилению социальной напряженности, что непременно сказывается на состоянии публичной власти.

Характер принципов меняется в конкретных исторических условиях. Например, нельзя следовать логике отцов-основателей американской конституции и федерации, которые считали, что «федерализм — это лучший способ организации «гражданского правления при системе народовластия»<sup>6</sup>. Принцип федерализма в контексте исследования публичной власти вполне нейтрален, поскольку в таком синтетическом виде не позволяет увидеть сущностные

элементы его содержания. Только в аналитическом виде — в состоянии расчлененности на отдельные принципы — можно усмотреть его модельный потенциал в интересах гармонизации либо дисгармонии публичной власти. Между тем федерализм есть не более чем инструмент достижения какой-либо цели, разрешения актуальной проблемы государственного строительства, а также система принципов и методов построения и функционирования публичной власти. Другое дело — федерализм может быть длительным ресурсом решения соответствующих задач, но это не исключает возникновения конфликта формы (федерация — форма государственного устройства) и содержания, сущности государства как многомерной системы, действующей в определенных интересах, что может привести к дисгармонии интересов в обществе, в публичной власти.

Будучи важнейшей частью системы принципов функционирования публичной власти, принципы гармонизации в их целевом назначении должны выступать в качестве системного явления, лежащего в основе методологии постоянной коррекции правового, прежде всего конституционного статуса и направлений деятельности институтов публичной власти. В этом качестве принципы гармонизации публичной власти определяют содержание деятельности органов законодательной, исполнительной, судебной власти при позитивной реализации их конституционных функций, федерального уровня механизма власти и власти субъектов Федерации, местного самоуправления. Каждый из этих субъектов обязан в процессе реализации собственных полномочий соблюдать прерогативы власти других субъектов, дабы не дисгармонизировать закрепленный Конституцией РФ баланс властей.

Перед законодательной, учредительной властью, а также перед Президентом РФ как гарантом Конституции РФ, обеспечивающим согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной власти (ч. 2 ст. 80 Конституции РФ), между тем стоят специальные задачи и цель по выработке политики гармонизации публичной власти, правовому, в том числе конституционному, закреплению принципов гармонизации публичной власти. С этих позиций следует оценивать изменения Конституции России в части объединения Высшего Арбитражного и Верховного судов, упорядочения статуса Прокуратуры<sup>7</sup>.

Задачи законодательной и учредительной

<sup>6</sup> Остром В. Смысл американского федерализма. Что такое самоуправляющееся общество : пер. с англ. / предисл. А. Облонского. М. : Арена, 1993. С. 103.

<sup>7</sup> См.: Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 05.02.2014 № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 6. Ст. 548.



власти в этом направлении состоят в систематическом анализе состояния реальных властотношений с точки зрения их гармоничности, выявлении причин возникновения конфликтов, мотивов антисоциального поведения экономически господствующих групп населения, предложении адекватных мер воздействия на общественные отношения. В числе задач также находится выработка методов воздействия на публичную власть в целях ее гармонизации, подготовка изменений и дополнений в действующие правовые акты, в том числе и в Конституцию по мере созревания условий и накопления правовых идеологических ресурсов в виде правовых позиций Конституционного Суда РФ, иной судебной практики.

Конечной целью деятельности субъектов гармонизации публичной власти является ее стабилизация, сбалансирование, уравнивание в интересах всего общества для достижения государством главной цели своего существования (объективная и субъективная цель государства в современных условиях)<sup>8</sup> — реального признания, соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина.

С учетом приведенных оценок значения принципов гармонизации публичной власти, на основе анализа положений ряда конституций можно вычлениить принципы, направленные на решение задач гармонизации публичной власти. К таковым следует отнести принципы субсидиарности, дифференциации, пропорциональности, которые закреплены в ст. 118-28 Конституции Италии<sup>9</sup>, где установлено, что выполнение властных функций относится к ведению коммун, за исключением тех, которые для обеспечения их единообразного исполнения предоставлены провинциям, столичным городам, областям и государству, при соблюдении принципов субсидиарности, дифференциации и пропорциональности.

Кроме того, ст. 139 Конституции Италии содержит запрет на пересмотр республиканской формы правления, что позволяет выделить принцип стабильности формы правления.

Содержание норм Конституции Италии, Основного закона ФРГ, закрепляющих основы функционирования публичной власти, позволяет также выделить такие принципы, как преемственность, координация, финансовая автономия, самоорганизация (Италия). Наиболее полно принципы функционирования пуб-

личной власти закреплены в Основном законе ФРГ<sup>10</sup>. В нем закреплены такие принципы, как единство экономического пространства, национальная безопасность, самоопределение (Преамбула), народный суверенитет, связанность законодательства конституционным строем, исполнительной власти и правосудия — законом и правом (ст. 20 (3)), партийный плюрализм, принципы избирательного права (всеобщие, прямые, свободные, равные, тайные). Обеспечению широкого демократизма, выражению и согласованию интересов граждан служат принципы самоуправления, эффективного выполнения задач (ст. 29 (1)), земельной общности, исторических и культурных связей, хозяйственной целесообразности (ст. 29 (1)). Гармонизирующий потенциал содержится и в таких принципах, как ответственность государства за действия чиновников (ст. 34), судебная защита, взаимная правовая и служебная помощь всех властей федерации и земель (ст. 35), эффективность мер обеспечения порядка, пропорциональность представительства из всех земель в высших властях федерации (в другие органы чиновников набирают, как правило, из числа жителей соответствующих земель, где они действуют) (ст. 36-3), федеральное вмешательство (принуждение) (ст. 37).

Многообразие принципов гармонизации публичной власти не случайно. Они используются дифференцированно при необходимости восстанавливать и обеспечивать гармоничное функционирование институтов публичной власти. Активация гармонизирующего потенциала тех или иных принципов осуществляется в зависимости от характера и сферы нарушений в механизме публичной власти, ведущих к ее нестабильности, дисбалансу, в конечном итоге — дисгармонии. Индивидуальное или комплексное использование принципов гармонизации публичной власти определяется тем фактом, что публичная власть находится в состоянии постоянного процесса гармонизации, который развивается на основе конституционных принципов. Гармонизация публичной власти осуществляется в рамках «горизонтального» и «вертикального» разделения властей.

Приведенные выше конституционные принципы гармонизации можно подразделить на две группы:

- прямо закрепленные, сформулированные либо названные в Конституции;
  - вытекающие из смысла, духа Конституции.
- Наиболее исследованы в правовой науке принципы первой группы, а ряд принципов вто-

<sup>8</sup> См.: Кокошкин Ф. Ф. Лекции по общему государственному праву / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2004. С. 81—82 (Русское юридическое наследие).

<sup>9</sup> Конституции зарубежных государств: учеб. пособие / сост. проф. В. В. Маклаков. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2003.

<sup>10</sup> Конституции зарубежных государств: учеб. пособие / сост. проф. В. В. Маклаков. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2003.

рой группы требуют своего тщательного анализа, оценки. Наименее исследованными являются такие принципы, как: 1) субсидиарность; 2) дифференциация; 3) пропорциональность; 4) стабильность формы правления.

Это предпочтение определяется также тем, что некоторые из названных принципов носят комплексный характер, предопределяют (как, например, принцип субсидиарности) существование и реализацию других принципов. Нередко названные принципы взаимопроникают содержательно, переплетаются, создавая наиболее гибкую основу для принятия уполномоченными субъектами мер по гармонизации публичной власти.

Указанные принципы носят универсальный характер — охватывают как «горизонтальное», так и «вертикальное» разделение властей, однако степень охвата отношений публичного властвования у них различная. Наиболее полно и эффективно принципы публичной власти действуют тогда, когда они четко, ясно выражены в конституционных нормах, иных нормативных правовых актах.

*Субсидиарность* как принцип организации публичной власти в зарубежных странах предопределяет функциональные возможности по восходящей линии муниципальных и других институтов власти, он имеет прямое закрепление в конституции (Италия).

Некоторые специалисты, например И. А. Конохова<sup>11</sup>, А. А. Мелкумов<sup>12</sup>, относят принцип субсидиарности к элементам федерализма. Такое понимание принципа субсидиарности соответствует федеративной форме государственного устройства. Однако в действительности принцип субсидиарности пронизывает всю систему публичной власти, независимо от характера государственного устройства. В любых государствах, где существует некоторое распределение полномочий между разными уровнями публичной власти, предполагается действие принципа субсидиарности, который между тем не означает разделения суверенитета. Согласно этому принципу распределяются не только полномочия, но и средства обеспечения этих полномочий и ответственности за их реализацию. Смысл принципа субсидиарности сводится к одному: на основе дифференциации полномочий, материальных, финансовых, кадровых ресурсов и ответственности гармонизировать все элементы публич-

ной власти в целях обеспечения ее наивысшей эффективности для соответствующей социально-экономической, политической системы. Но это — прикладная цель, она преследует главную цель функционирования публичной власти в государственно-организованном обществе — обеспечить права и свободы человека и гражданина.

Верно то, что принцип субсидиарности является предпосылкой реализации и других принципов — автономности, самоуправляемости, например субъектов федерации, а также административной и политической автономии в ряде государств, муниципальных образований, основанных на самоуправлении, как это имеет место в России.

Современные механизмы межгосударственной интеграции опираются на принцип субсидиарности в решении вопроса о делегировании государствами полномочий по решению вопросов общего характера для всех субъектов межгосударственного союза, как это имеет место в Европейском Союзе, где принцип субсидиарности был закреплен в Маастрихтском договоре (ст. 2 и 5)<sup>13</sup>.

В российской Конституции, к сожалению, нет четкого подхода к этому принципу — имеется лишь указание на распределение полномочий между Федерацией и субъектами Федерации, выделяются вопросы местного значения применительно к местному самоуправлению (ч. 1 ст. 130), закрепляется право населения самостоятельно определять структуру органов местного самоуправления (ст. 131). Как справедливо отмечает И. А. Конохова, принцип субсидиарности «до сих пор... не получил своего системного закрепления в российском федеральном законе»<sup>14</sup>.

Важнейшей чертой принципа субсидиарности является обусловленность объема полномочий эффективностью управления. Однако в Конституции РФ нигде не говорится об эффективности самоуправления, государственного управления в субъектах Федерации. Между тем эффективность, наряду с показателями экономичности, наименьшей затратности при реализации полномочий, должна определять политику (идеологию) определения компетенции органов государственной власти, местного самоуправления.

Указание на эффективность государственной власти, местного самоуправления в Конституции способствовало бы обеспечению гибкости, адекватности текущего законодатель-

<sup>11</sup> Конохова И. А. Современный российский федерализм и мировой опыт: Итоги становления и перспективы развития. М.: Городец; Формула права, 2004. С. 434 и далее.

<sup>12</sup> Мелкумов А. А. Канадский федерализм: теория и практика. М.: Экономика, 1998. С. 21.

<sup>13</sup> Право Европейского Союза: Документы и комментарии / под ред. проф. С. Ю. Кашкина. М.: Терра, 1999. С. 347—348.

<sup>14</sup> Конохова И. А. Указ. соч. С. 438.

ного регулирования организации публичной власти. Это позволило бы в рамках оценочного понятия «эффективность органов публичной власти в осуществлении полномочий» оперативно, в пределах Конституции менять текущее законодательство. Кроме того, само понятие эффективности в конституционной материи играло бы роль целеполагания различных решений, касающихся распределения полномочий в механизме публичной власти, являлось бы своеобразным критерием целесообразности разнообразных реформ — административной, судебной и т.п.

Внедрение в практику принципа субсидиарности применительно к разделению властей между Российской Федерацией и ее субъектами позволило бы гибко решать вопросы обеспечения эффективности деятельности органов государственной власти субъектов Федерации, в том числе и с точки зрения выбора способов наделения их полномочиями. Указание в Конституции РФ принципа разделения полномочий в целях обеспечения эффективности (разделение должно служить исключительно эффективности осуществления публичной власти) предполагало бы гибкость в выборе формы наделения полномочиями органов власти.

Принцип *дифференциации* в системе публичной власти предполагает ее четкую разделенность, разграниченность, ясность, отсутствие дублирования (как это имеет место в статусе Администрации Президента и Правительства РФ), несоответствия и т.д. полномочий участников (субъектов) публичной власти. Опора на принцип дифференциации является фактором гармонизации публичной власти, поскольку метод дифференциации позволяет строго очерчивать рамки допустимого поведения субъектов публично-властных отношений, лежит в основе определения ответственности каждого субъекта за вторжение в чужую компетенцию.

Принцип дифференциации в той или иной мере реализуется в российской конституционной практике. Хотя он и не закреплен прямо в Конституции, его можно вывести из ряда положений, отражающих основы организации публичной власти — в государственном и самоуправленческом секторах. В первую очередь дифференциация лежит в основе выделения в самостоятельную сферу публичной власти местного самоуправления (ст. 3, 12, 72, 130 и др. Конституции РФ).

В государственно-властном механизме дифференциальный подход усматривается прежде всего в принципе разделения властей (ст. 10, 11 Конституции РФ). Однако принцип

дифференциации более емкий, чем разделение властей в смысле ст. 10 Конституции: он включает в себя и разделение властей (по горизонтали), и элементы принципа федерализма, в частности основы построения компетенции (совместная компетенция, исключительная компетенция Федерации, субъектов).

Принцип дифференциации государственной власти по «вертикали», между видами (ветвями) власти — законодательной, исполнительной, судебной, надзорно-контрольной, организационно-наделительной (избирательные органы — комиссии), наряду с другими позитивными эффектами, позволяет, насколько это возможно, избежать олигархизации коллегияльных органов власти<sup>15</sup>.

Дифференциация требует ясной, определенной терминологии в закреплении сфер функционирования публичной власти, объема полномочий. Однако не все вопросы, связанные с принципом дифференциации позитивно решаются в Конституции РФ. В частности, это касается дифференциации статуса Президента РФ (характера его власти), его полномочий и полномочий Правительства РФ, статуса Администрации Президента РФ и Правительства РФ. Нерешенность проблем дифференциации в системе публичной власти порождает и доктринальные проблемы (в том числе по форме правления в России), которые специалисты безуспешно решают до настоящего времени, причем проблемы эти обретают остро политический характер, что лишает общество возможности проявить объективный научный подход в разрешении юридической проблемы.

Недостаточный учет принципа дифференциации в организации публичной власти ведет к ее невысокой эффективности. Например, органы местного самоуправления согласно ст. 132 Конституции РФ «осуществляют охрану общественного порядка». Разве могут современные муниципальные образования и их органы самоуправления это делать, когда «охрана общественного порядка» по своему содержанию безбрежна? Следовало бы говорить об «участии» в охране общественного порядка, это было бы реалистично, целесообразно, без иллюзий относительно действительных возможностей по охране общественного порядка силами местного самоуправления в форме поддержки добровольных народных дружин, как это предусмотрено специальным Феде-

<sup>15</sup> Федералист. Политические эссе Александра Гамильтона, Джеймса Мэдисона и Джона Джея. М. : Прогресс, Литера, 1993. С. 391.

ральным законом<sup>16</sup>. Законодатель в лице Государственной Думы Федерального Собрания РФ и правообладатели законодательной инициативы в лице Президента РФ и Правительства РФ, думается, это понимают, однако вопреки требованиям принципа дифференциации сохраняют за муниципальными образованиями (городскими округами и районами) право создавать муниципальную полицию. Реализация этого права обусловливается принятием в перспективе специального Федерального закона<sup>17</sup>. При этом известно, что эксперимент по созданию муниципальной милиции давно завершен, но позитивного движения по нормативному оформлению механизма создания муниципальной милиции нет и не предвидится. Эту проблему затронул в своем выступлении на встрече с Президентом В. В. Путиным профессор В. И. Фадеев<sup>18</sup>.

Сохранение в Конституции РФ в качестве прерогативы местного самоуправления охраны общественного порядка противоречит реальным процессам в России, создает иллюзию самостоятельности местного самоуправления в той сфере, которая по своему содержанию, целям, методам их достижения является государственной. В этой сфере местное самоуправление может только принимать участие, оказывая государственным институтам власти посильную помощь.

Повышению авторитета Конституции РФ содействовало бы изменение формулы ст. 132, если бы в ней закреплялось полномочие органов местного самоуправления по участию в охране общественного порядка.

<sup>16</sup> См.: Федеральный закон от 02.04.2014 № 44-ФЗ «Об участии граждан в охране общественного порядка» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 14. Ст. 1536. Согласно ст. 6. Закона «органы местного самоуправления в соответствии с полномочиями, установленными настоящим Федеральным законом, Федеральным законом от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», другими федеральными законами, законами субъектов Российской Федерации и муниципальными нормативными правовыми актами, оказывают поддержку гражданам и их объединениям, участвующим в охране общественного порядка, создают условия для деятельности народных дружин».

<sup>17</sup> См.: п. 8 ч. 1 ст. 15, п. 9 ч. 1 ст. 16 и п. 3 ст. 83 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (с изм.) // Собрание законодательства РФ. 2003. № 40. Ст. 3822; 2004. № 33. Ст. 3368; 2005. № 1. Ст. 12. и др.

<sup>18</sup> В частности, профессор В. И. Фадеев заявлял: «Необходимо, видимо, что-то уже делать с этой проблемой, потому что в законе о местном самоуправлении институт муниципальной милиции предусмотрен, но он не функционирует, не создан. Поэтому либо надо её создавать, либо отказаться тогда от этой формы обеспечения охраны общественного порядка. Но тогда, может быть, придётся внести некоторую корректировку в статью 132 и уточнить, что органы местного самоуправления, скажем, участвуют в осуществлении охраны общественного порядка, и законодатель обеспечит формы такого участия» // URL: <http://www.kremlin.ru/news/19579>.

Принцип пропорциональности присущ всякому крупному политическому образованию, к которым, несомненно, относится и российское государство. В сложном системном явлении — публичной власти требуется соблюдение пропорций в распределении властных полномочий, позволяющие предотвращать злоупотребление этой властью, сокращать концентрацию частного интереса в руках одного института власти.

Для современной России вопросы реализации принципа пропорциональности являются наиболее уязвимой частью конституционного «поля» функционирования публичной власти. В доктринальном плане идеи о принципе пропорциональности в системе публичной власти только начали разрабатываться. Как правило, речь идет об отдельных элементах публичной власти, например судебной<sup>19</sup>, где, по мысли В. И. Анишиной, реализуется близкий по смыслу принципу пропорциональности принцип паритетности.

К числу сложных, трудноразрешимых к настоящему времени проблем пропорциональности в публично-властной сфере относятся, например, установление показателей пропорции в определении круга (объема) полномочий, определение критериев пропорции (что лежит в основе). При этом должны быть установлены параметры соотношения (пропорции) публично-властного потенциала субъектов по управлению делами государственно-организованного общества (органов, должностных лиц) — компетенции и человеческого субстрата, реализующего этот потенциал. Кроме того, принцип пропорциональности требует установления исходного начала, по отношению к которому определяется пропорциональность в наделении полномочиями тех или иных субъектов властеотношений.

Самостоятельным аспектом принципа пропорциональности в функционировании публичной власти является проблема пропорционального представительства народа в законодательных (представительных) органах власти, разрешением которой уже занимался Конституционный Суд РФ в деле о проверке конституционности положений Федерального закона от 21.06.1995 № 90-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> См.: Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / под ред. В. В. Ершова. М.: Юрист, 2006.

<sup>20</sup> Собрание законодательства РФ. 1998. № 48. Ст. 5969. Анализ постановления см.: Волкова Н. С., Хабриева Т. Я. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и парламент. М.: Норма, 2005. С. 61—63; Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. М.: Юстицинформ, 2005. С. 425 и далее.



Стабильность публичной власти является одним из важнейших условий эффективного управления делами государственно-организованного общества. Он обеспечивает устойчивость формы правления, территориальной организации публичной власти, ее политико-плюралистических основ, выражающихся в политическом многообразии, многопартийности (ст. 13 Конституции РФ).

Принцип стабильности предполагает наличие устойчивой, ясной идеологии публичной власти, в том числе в процессе реформирования ее институтов. Несмотря на то что реформы сами по себе являются фактором продуцирования нестабильности в системе публичной власти, негативные явления в этом процессе минимизируются и нейтрализуются упреждающими средствами предотвращения социальных, экономических и политических потерь.

В настоящее время это особенно актуально применительно к административной реформе, в рамках которой продолжается радикальное структурно-системное переустройство управляющей системы. Дестабилизирующим фактором является то обстоятельство, что инициация реформы не основана на ясно сформулированной идеологии, вследствие чего имеют место действия, прямо противоположные заявленным целям. В частности, речь идет о том, что вопреки задаче сократить количество органов исполнительной власти, сразу же после первоначальных шагов по такому сокращению стали учреждаться новые структуры в системе федеральных органов исполнительной власти. И это притом, что к моменту начала реформы все обстоятельства управления в реформируемых сферах уже существовали, как это было в таможне. Несмотря на предварительную подготовку реформы (анализ и выявление избыточных функций и полномочий органов исполнительной власти), с 2004 г. неоднократно, иногда по политическим соображениям, менялась структура федеральных органов исполнительной власти.

Принцип стабильности публичной власти предполагает учет детерминистических связей процессов, происходящих как в управляющей, так и управляемой системе. Однако, как показывает опыт проведения реформ в Российской Федерации, идеологи реформ не учитывают готовность населения (объект управления) адекватно воспринимать реформу, способность институтов гражданского общества позитивно воспринимать соответствующие шаги государственных органов власти.

Сохранению стабильности публичной власти способствует политическая активность в рамках объекта управления. Русский правовед, председатель первой Государственной думы

С. А. Муромцев писал, что «на известной ступени исторического роста государств дальнейшее развитие государственности, т.е. той формы общежития, которая создается государством, находится в прямой зависимости от развития политической самостоятельности в среде управляемых»<sup>21</sup>. Он также утверждал, что «чем ближе поставлен каждый гражданин к сфере политической деятельности, чем чаще он выступает активным исполнителем государственного порядка, а не слепым его орудием, чем более он заинтересовывается им и вкладывает в него свою душу, тем более сторон человеческого существования охватывает государство, тем сильнее оно по качественным пределам своего господства и могущественнее по степени своего культурного влияния»<sup>22</sup>.

Приведенные не потерявшие актуальности утверждения ученого говорят о том, что стабильной может быть только та публичная власть, которая опирается на политическую активность граждан. В системе публичного властвования современного уровня должны действовать принципы детерминизма, обеспечивающие прямые и обратные связи субъектов и объектов управления.

Гармонизирующий потенциал принципа стабильности реализуется в оптимальном режиме при наличии у органов публичной власти действенных механизмов влияния на управляемую сферу. Принцип стабильности публичной власти ориентирует всех субъектов властеотношений на принятие мер по сохранению устойчивого равновесия не только в распределении полномочий в соответствующих сферах, но и устойчивости во времени, что затрагивает проблему сроков полномочий органов и должностных лиц публичной власти, характера ротации и условий политических назначений при смене состава институтов выборной власти.

Все действия по совершенствованию механизмов власти — правовых, организационных должны носить последовательный, системный характер. Это касается как системно-структурных преобразований, так и их нормативно-правовой базы. Результативность в этом случае во многом определяется пределами свободы действий органов публичной власти, которые тем шире, чем объемнее компетенция органов власти. В этой связи недопустимо передавать сугубо государственные функции и полномочия в частные руки, как это произошло в таможенной сфере — отдельные полномочия таможенного контроля осуществляются частными орга-

<sup>21</sup> Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. СПб. : Издат. дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та СПбГУ, 2004. С. 177.

<sup>22</sup> Муромцев С. А. Определение и основное разделение права.

низациями, что не соответствует фискальной, по сути, природе таможенной деятельности.

Несмотря на значительный реформационный период — 20 с лишним лет, во многих сферах публичной власти сохраняется нестабильность, что ведет к дисгармонии всей системы публичной власти.

В чем причина такого состояния дел в сфере законотворчества? На этот вопрос убедительный ответ дал историк А. Ф. Смирнов, оценивший профессионализм и культуру депутатов Государственной Думы: «Конечно, в этом смысле нельзя сравнивать нынешнюю Думу с Думой дореволюционной, где работали высококвалифицированные профессионалы, а потому и формулировки законов были отточены. А посмотрите на законодательную деятельность нашей Думы: большая часть законов — это изменения уже ранее принятых. Это говорит о правовой беспомощности законодателей, о некомпетентности консультантов, зачастую совместными усилиями выдающих законодательный брак»<sup>23</sup>. И юристы также отмечают некоторую неряшливость российских законодателей в формулировании правовых норм<sup>24</sup>.

Элементы нестабильности проявляются и в системе государственной власти. В частности, это связано с неустойчивостью механизма формирования Государственной Думы Федерального Собрания РФ. Весьма объемное по содержанию законодательство о выборах, недоступное для понимания рядового избирателя, меняется в своей идеологии тогда, когда еще не сформировались устойчивые партийно-политические отношения. Выборы депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ по смешанной системе (пропорциональной и мажоритарной в равной мере) заменяются на выборы всех депутатов по пропорциональной системе (2006 г.), и вновь возвращается смешанная система для избрания депутатов Государственной Думы в 2016 году. Это наносит ущерб стабильности публичной власти, демонстрирует корпоративность основы выбора избирательной системы, хотя известно, что, например, при пропорциональной системе выборов граждане отдаляются от непосредственного управления публичными делами, уступая это право посредникам — партиям<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Что дал России парламентаризм. К столетию первой Государственной думы // Российская газета. 2006. 28 апреля.

<sup>24</sup> Нудненко Л. А. К вопросу об укреплении вертикали исполнительной власти Российской Федерации // Централизм, демократия, децентрализация в современном государстве: конституционно-правовые вопросы: материалы междунар. науч. конференции. Москва, 7—9 апреля 2005 г. / под ред. С. А. Авакьяна. М.: ТК Велби, 2006. С. 208.

<sup>25</sup> См.: Дюверже М. Политические партии. М.: Академический проект, 2000. С. 429.

Принцип стабильности действует в сочетании с другими принципами, поэтому политико-правовые меры, направленные на сохранение устойчивого господства закрепившейся во власти одной из партий, создают предпосылки для партийного тоталитаризма. Это при сохранении иллюзии стабильности фактически ведет к укороению антидемократической сущности публичной власти. В таких условиях демократия становится средством обеспечения интересов так называемой элиты общества.

В отсутствие сильной оппозиции господствующая партия непременно будет утрачивать способность к адекватному восприятию социальных процессов — этому имеются примеры не только за рубежом, но и в недавнем советском прошлом. В целях самосохранения она будет изобретать все новые и новые псевдодемократические методы обеспечения своего господства, что противоречит Конституции РФ, закрепляющей политическое многообразие и многопартийность. При этом многопартийность не есть количественное выражение партийного спектра политической системы, она — есть качественное состояние политических институтов гражданского общества, выражающееся в их реальной возможности влиять на публичную власть — государственную, самоуправленческую. Такое положение вещей еще больше усугубит «слабость институтов государственной власти, коррумпированность элиты, несовершенство системы политического представительства и подотчетности власти»<sup>26</sup>.

Плюралистический порядок формирования органов государственной власти и местного самоуправления служит цели гармонизации публичной власти в целом, поскольку многообразие форм и методов институционализации органов публичной власти позволяет выражать разнообразные интересы населения.

Примером нарушения принципа стабильности в организации и функционировании публичной власти являются процессы, определяющие статус Совета Федерации Федерального Собрания РФ. С 1993 г. меняются условия делегирования представителей от исполнительной и законодательной власти, к настоящему времени представитель от исполнительной власти проходит совместно с главой субъекта Федерации процедуру выборов. Ранее применявшиеся принципы наделения полномочиями глав исполнительной власти субъектов Российской Федерации законодательными собраниями субъектов федерации по предложению Президента РФ меняли соотношение уровней власти не только по вертикали, но и по горизон-

<sup>26</sup> Зорькин В. Д. Верховенство права и конституционное правосудие // Журнал российского права. 2005. № 12. С. 30.

тали — усиливались позиции «президентской» и исполнительной власти по влиянию на другие ветви публичной власти. Введение выборности глав исполнительной власти субъектов Федерации в 2012 г. восстанавливает баланс законодательной и исполнительной властей на уровне регионов, по сути, создает условия для гармонизации публичной власти.

Когда сохраняются угрозы целостности государства, возможно, указанное мероприятие политически было необходимо, однако обе власти («президентская» и исполнительная) не являлись слабыми и в прежнем их статусе. При этом следует учитывать возможные пределы реформирования институтов власти с точки зрения соответствия реформы принципу сохранения стабильности публичной власти, а не только с точки зрения сохранения баланса властей. Несистемная реализация принципов публичной власти ведет к неустойчивости всех составляющих ее элементов.

Изменчивость не является абсолютно недопустимой, она есть реакция на потребности с точки зрения субординации, дифференциации, пропорциональности во властных отношениях на изменяющиеся социально-экономические и политические отношения. Но в основе изменчивости должны быть объективные потребности всего общества, а не частные, частнокорпоративные (тем более корыстные) интересы, к числу которых следует относить не только интересы, формирующиеся в рамках так называемого гражданского общества, но и должностных лиц, стремящихся создать политические и иные преференции собственной власти, своей опоре в обществе.

Примером позитивной изменчивости в системе публичной власти является укрупнение субъектов, т.к. это способствует экономическому росту, материальному благополучию граждан, укреплению единства государства и власти, оптимизации механизмов управления в Российской Федерации. К числу таких фактов позитивной изменчивости следует отнести попытки,

правда, не совсем очевидные с точки зрения оптимальности, реформирования местного самоуправления. Но они свидетельствуют о стремлении активных политических институтов — государства и политических партий вложить в местное самоуправление первичный, сущностный смысл — власть жителей поселений должна максимально совпадать по субъектам и объектам управления. Федеральное декларирование возможности создания муниципальных образований в городских округах с районным делением может приблизить самоуправленческую публичную власть к населению. Не всё в публично-властной системе укладывается в теоретические конструкции, но приближение механизмов муниципальной власти к населению — настоятельная необходимость, диктуемая потребностями социально-экономического характера. Не обходится и без политизации процесса поиска форм и методов реализации власти народа через самоуправленческие институты — она видится в стремлении сохранить в механизме формирования органов самоуправления значительный партийный компонент, связанный с пропорциональной системой выборов в представительные органы местного самоуправления на районном уровне<sup>27</sup>.

При этом сложно преломить партийную мотивацию в решениях действующих депутатов законодательных собраний субъектов Федерации, которые сформировали устойчивую практику получения мандатов по партийным спискам, в том числе и на муниципальных выборах. Между тем самоуправление должно максимально исключать политические факторы в принятии и реализации решений выборными органами и должностными лицами муниципальных образований.

<sup>27</sup> В муниципальных районах городского округа Самара предлагается формировать Советы районных депутатов по смешанной избирательной системе — половину избирать по мажоритарным округам, остальную часть по пропорциональной системе — по партийным спискам.

#### Библиография:

1. Кабышев В. Т., Заметина Т. В. Воссоединение Республики Крым и города Севастополя с Россией — восстановление исторической справедливости // Конституционное развитие России : межвуз. сборник науч. статей. — Саратов : Изд-во Саратовской гос. юрид. академии, 2014. — Вып. 14.
2. Остром В. Смысл американского федерализма. Что такое самоуправляющееся общество : пер. с англ. / предисл. А. Облонского. — М. : Арена, 1993.
3. Кокошкин Ф. Ф. Лекции по общему государственному праву / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2004 (Русское юридическое наследие).
4. Конституции зарубежных государств : учеб. пособие / сост. проф. В. В. Маклаков. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Волтерс Клувер, 2003.
5. Конюхова И. А. Современный российский федерализм и мировой опыт : Итоги становления и перспективы развития. — М. : Городец; Формула права, 2004.
6. Мелкумов А. А. Канадский федерализм: теория и практика. — М. : Экономика, 1998.
7. Право Европейского Союза : Документы и комментарии / под ред. проф. С. Ю. Кашкина. — М. : Терра, 1999.

8. Федералист. Политические эссе Александра Гамильтона, Джеймса Мэдисона и Джона Джея. — М. : Прогресс, Литера, 1993.
9. Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / под ред. В. В. Ершова. — М. : Юрист, 2006.
10. Волкова Н. С., Хабриева Т. Я. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и парламент. — М. : Норма, 2005.
11. Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. — М. : Юстицинформ, 2005.
12. Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. — СПб. : Издат. дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та СПбГУ, 2004. — С. 177.
13. Что дал России парламентаризм. К столетию первой Государственной думы // Российская газета. — 2006. — 28 апреля.
14. Нудненко Л. А. К вопросу об укреплении вертикали исполнительной власти Российской Федерации // Централизм, демократия, децентрализация в современном государстве: конституционно-правовые вопросы : материалы междунар. науч. конференции. Москва, 7—9 апреля 2005 г. / под ред. С. А. Авакьяна. — М. : ТК Велби, 2006. — С. 208.
15. Дюверже М. Политические партии. — М. : Академический проект, 2000.
16. Зорькин В. Д. Верховенство права и конституционное правосудие // Журнал российского права. — 2005. — № 12. — С. 30.

*Материал поступил в редакцию 29 марта 2015 года.*

## METHODS AND PRINCIPLES OF HARMONIZATION OF PUBLIC AUTHORITY

**Polyansky Viktor Vladimirovich** - Candidate of Law, Head of the Department of State and Administrative Law, Samara State University.

[polansky.v@gmail.com]

443011, Russia, Samara, Akademika Pavlova Street, 1.

**Abstract:** *This article analyzes the methods and principles of the harmonization of public authorities in view of the dynamic processes in the political and socio-economic system of the Russian state-organized society and shows the mutual interdependence of the processes and the functioning of public authorities and civil society. The author draws a conclusion of systemic nature of constitutional principles and practices of execution of public authority, the necessity for a harmonious constitutional and legislative regulation of a mechanism of public authority in order to ensure the constitutional principle which proves the people's rights and freedoms to be of supreme value. Particular attention is given to such characteristics of harmonization of public authority as subsidiarity, differentiation, proportionality, and stable form of government.*

**Keywords:** *Methods and principles of harmonization of public authorities, political system, economic and social system, interests, subsidiarity, differentiation, proportionality, stable form of government.*

### References:

1. Kabyshev V.T., Zametina T.V. Vossoedinenie Respubliki Krym i goroda Sevastopolja s Rossiej – vosstanovlenie istoricheskoy spravedlivosti [Reunification of Crimea and Sevastopol with Russia - the restoration of historical justice], *Konstitucionnoe razvitie Rossii: mezhvuzovskij sbornik nauchnyh statej*. Saratov: Izd-vo FGBOU VPO «Saratovskaja gosudarstvennaja juridicheskaja akademijam [Constitutional development of Russia: Interuniversity collection of scientific articles], Saratov: Publishing House of VPO “Saratov State Academy of Law”, 2014. Vol. 14.
2. Ostrom, Vincent. Smysl amerikanskogo federalizma. Chto takoe samoupravljajushheesja obshhestvo: Per. s angl. [The meaning of American federalism. Constituting a self-governing society: Trans. from English], Predisl. A. Oblonskogo [Foreword: Oblonsky A.], Moscow: “Arena”, 1993.
3. Kokoshkin F.F. Lekcii po obshhemu gosudarstvennomu pravu [Lectures on general constitutional law], pod redakciej i s predisloviem V.A. Tomsinova (serija «Russkoe juridicheskoe nasledie») [Foreword: Tomsinova V.A. (ed.) (series “Russian legal heritage”)], Moscow: Publishing House “Zerkalo”, 2004.
4. Maklakov V.V. (ed.) *Konstitucii zarubezhnyh gosudarstv: Uchebnoe posobie* [Constitutions of foreign countries: Textbook], 4th ed., Rev. and add., Moscow: Wolters Kluwer, 2003.



5. Konyukhova I.A. *Sovremennyy rossijskij federalizm i mirovoj opyt: itogi stanovlenija i perspektivy razvitija* [Modern Russian federalism and international experience: the results of the formation and prospects for development], Moscow: The publishing house "Gorodets"; "Formula of law", 2004.
6. Melkumov A.A. *Kanadskij federalizm: teorija i praktika* [Canadian Federalism: Theory and Practice], Moscow: Publishing house "Economika", 1998.
7. Kashkin S.Y. (ed.) *Pravo Evropejskogo Sojuza: Dokumenty i kommentarii* [The law of the European Union: documents and comments], Moscow: TERRA, 1999.
8. *Federalist. Politicheskie jesse Aleksandra Gamil'tona, Dzhejsa Mjedisona i Dzhona Dzheja* [The Federalist. Political essays by Alexander Hamilton, James Madison and John Jay], Moscow: Progress, Litera, 1993.
9. Yershov V.V. (ed.) *Samostojatel'nost' i nezavisimost' sudebnoj vlasti Rossijskoj Federacii* [The independence of the judiciary of the Russian Federation], Moscow: Jurist, 2006.
10. Volkov N.S., Habrieva T.Y. *Pravovye pozicii konstitucionnogo suda Rossijskoj Federacii i parlament* [The legal position of the Constitutional Court of the Russian Federation and the Parliament], Moscow: Norma, 2005.
11. Bondar N.S. *Vlast' isvobodanavesahkonstitucionnogopravosudija: zashhitapravchelovekakonstitucionnym sudom Rossijskoj Federacii* [Powers and freedom in the balance of constitutional protection of human rights by the Constitutional Court of the Russian Federation], Moscow: ZAO Yustitsinform, 2005.
12. Muromtsev S.A. *Opredelenie i osnovnoe razdelenie prava* [Definition and basic division of law], Saint Petersburg: "St. Petersburg State University" Publishing House, Faculty of Law, 2004, 177 pp.
13. *Chto dal Rossii parlamentarizm?* [What have parliamentarism given Russia?], K stoletiju pervoj Gosudarstvennoj Dumy [To mark the century of the first State Duma], Rossijskaja gazeta [the Russian newspaper], 2006, April 28.
14. Nudnenko L.A. *K voprosu ob ukreplenii vertikali ispolnitel'noj vlasti Rossijskoj Federacii* [On the issue of strengthening the vertical of executive power of the Russian Federation] *Centralizm, demokratija, decentralizacii v sovremennom gosudarstve: konstitucionno-pravovye voprosy. Materialy mezhdunarodnoj nauchnoj konferencii, Moskva, 7-9 aprelja 2005* [Centralism and democracy, decentralization in the modern state: constitutional and legal issue. Proceedings of the international scientific conference. Moscow, April 7-9, 2005], Avakyan S.A. (ed.), Moscow, TC Welby, 2006, 208 pp.
15. Duverger M. *Politicheskie partii* [Political parties], Moscow: Akademicheskij Proekt, 2000.
16. Zorkin V.D. *Verhovenstvo prava i konstitucionnoe pravosudie* [The rule of law and constitutional justice], *Zhurnal rossijskogo prava* [Journal of Russian law], 2005, № 12, 30 p.

# СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В. Э. Волков\*

## ЭЛЕКТОРАЛЬНАЯ ИДЕНТИФИКАЦИЯ: ПРЕДЕЛЫ ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ УЧАСТНИКОВ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА

***Аннотация.** Статья посвящена анализу проблем правового регулирования идентификации участников избирательного процесса. Вопросы электоральной идентификации изучаются в контексте реализации активного и пассивного избирательного права в условиях интенсивного развития информационных технологий. Отмечается непоследовательность правового регулирования обработки персональных данных в сфере избирательных отношений, предлагаются меры, направленные на снижение уровня информационной асимметрии. На основе исследования норм, регулирующих порядок фото- и видеозаписи в помещении для голосования формулируются предложения по совершенствованию правотворческой и правоприменительной практики. С учетом выявленных проблем идентификации субъектов пассивного избирательного права обосновываются рекомендации по гармонизации современной модели информационного обеспечения выборов. **Ключевые слова:** выборы, избирательное право, персональные данные, учет избирателей, идентификация, голосование, информационное обеспечение выборов, предвыборная агитация, информирование избирателей.*

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.107.10.046-056

**П**овсеместное проникновение информационных технологий в личную и общественную жизнь человека, с одной стороны, является несомненным благом, способным привести человечество к качественно новому состоянию. В то же время технологизация нередко оказывается причиной разрушения многих традиционных социальных практик и политических институтов, укорененных в общественном сознании. Нередко трансформируемые институты играют существенную роль в определении судеб людей, больших социальных групп и целых народов. Одним из таких институтов

является избирательное право, постоянно подвергающееся переосмыслению и демонстрирующее под влиянием технологизации выборов всё новые качества и аспекты. Внимание к определенным элементам электоральных отношений является неизбежным и критически важным для нормального функционирования институтов народовластия в современном обществе. Так, сейчас никто не ставит под сомнение необходимость решения проблем защиты персональных данных в избирательном процессе, хотя еще двадцать лет назад сам правовой феномен персональных данных был экзотикой.

© Волков В. Э., 2015

\* Волков Владислав Эдуардович – кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного и административного права Самарского государственного университета. [volkov@ikafedra.com]

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

Вопросы идентификации (установления тождественности неизвестного объекта известному) в избирательном праве могут быть проанализированы по крайней мере в двух аспектах.

Во-первых, в аспекте влияния технологического прогресса на реализацию активного избирательного права. Усталость общества от традиционных форм ведения избирательных кампаний требует реализации новых подходов к организации электоральных процедур, основанных на технологическом и эмоциональном сближении избирателей и кандидатов. Такое сближение возможно лишь при условии взаимной осведомленности участников избирательного процесса о качествах друг друга. Электоральные технологии, основанные на учете индивидуальных особенностей избирателей, уже применяются за рубежом и подвергнуты научному анализу<sup>1</sup>. Они неизбежно найдут свое воплощение и в российской избирательной практике.

Во-вторых, для гармонизации электоральных отношений важна минимизация информационной асимметрии, что предопределяет необходимость анализа проблем идентификации в сфере реализации пассивного избирательного права. Его результаты могут оказаться продуктивными для формирования доктринальной основы обеспечения большей открытости кампаний кандидатов на основе объективных данных личных качествах, значимых для замещения выборных должностей.

Идентификация избирателей является необходимым условием организации и проведения современных демократических выборов. В соответствии с п. 4 ст. 64 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (далее — Федеральный закон «Об основных гарантиях...») каждый избиратель голосует лично, голосование за других избирателей не допускается. Это требует создания инфраструктуры регистрации (учета) избирателей, которая в настоящее время функционирует в форме государственной автоматизированной системы «Выборы» на основании Положения о государственной системе регистрации (учета) избирателей, участников референдума в Российской Федерации, утвержденного Постановлением ЦИК РФ от 06.11.1997 № 134/973-II<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См., например: Issenberg S. The victory lab: the secret science of winning campaigns // Broadway books. NY, 2012. URL: <http://goo.gl/5q1onM>.

<sup>2</sup> Постановление ЦИК России от 06.11.1997 № 134 / 973-II (ред. от 19.02.2014) «О Положении о Государственной системе регистрации (учета) избирателей, участников референдума в Российской Федерации» // Вестник Центризбиркома РФ. 1997. № 9. URL: <http://goo.gl/J3iKc6>.

Указанным Положением предусмотрен сбор сведений об избирателях в следующем объеме: фамилия, имя, отчество, дата рождения, место рождения, пол, гражданство, адрес места жительства (в отношении вынужденных переселенцев — места пребывания), вид документа, удостоверяющего личность, серия и номер этого документа, наименование или код органа, выдавшего документ, дата выдачи документа. Это минимальный объем сведений, необходимых для организации избирательного процесса. В соответствии с п. 1.6 Положения они имеют статус персональных данных и включаются в Регистр избирателей (далее — Регистр). С учетом роли в организации и проведении выборов эти сведения могут быть названы первичными данными об избирателях. В ходе голосования и при определения его итогов в документах участковых избирательных комиссий неизбежно аккумулируются и иные сведения об избирателях, которые допустимо именовать производными. Например, информация, об участии избирателя в голосовании. Она может быть отражена в списке избирателей, заявлении о голосовании вне помещения для голосования и др.

Сами по себе первичные сведения об участии отдельных избирателей в выборах, взятые изолированно друг от друга, вряд ли представляют большую ценность для анализа электорального поля в целом. Разумеется, злонамеренное использование сведений об участии гражданина в выборах может оказаться чувствительным для него. Но опасность реализации технологий, искажающих результаты выборов в целом, на основе исследования фрагментарных данных пока отсутствует. Гораздо большие возможности для управления волеизъявлением избирателей представляют методы обработки больших объемов структурированных данных, получившие в научной литературе обозначение «большие данные» (Big Data).

Современный уровень развития информационных технологий позволяет проанализировать весь объем данных, связанных с участием граждан в избирательных кампаниях, не ограничиваясь статистической выборкой. Это делает возможным определение корреляций, на основании которых можно с недоступной ранее высокой долей вероятности прогнозировать поведение как всего электората, так и отдельных избирателей. В зарубежной практике агитационных кампаний получил применение метод микротаргетирования, т.е. вовлечения в избирательный процесс конкретных избирателей на основе данных об их предыдущем электоральном поведении. На основе сочетания открытых данных, содержащихся в списках избирателей, и сведений об электро-

ральном поведении участников предшествующих выборов, технологи делают вероятностные выводы о будущем участии граждан в голосовании. Полученные сведения имеют большую ценность для правильного определения целей кампании и могут оказаться определяющими в случае небольшого разрыва в числе голосов, поданных за кандидатов<sup>3</sup>.

Несмотря на известное технологическое отставание российской практики организации и проведения выборов, подобные методы и алгоритмы неизбежно окажутся и в арсенале отечественных специалистов. Однако при нынешнем уровне правового регулирования электронно-информационных отношений их применение вряд ли будет эффективным. Есть основания полагать, что внедрение новых технологий приведет к повышению уровня информационной асимметрии, усилению неравенства правовых возможностей участников избирательного процесса и отчуждению избирателей от выборов. Во избежание этого требуется изменение правового режима обработки персональных данных, используемых для организации и проведения выборов в России.

Во-первых, согласно ч. 5 Положения о государственной системе регистрации (учета) избирателей, доступ к сведениям об избирателях, содержащимся в Регистре, существенно ограничен. По общему правилу, эта информация доступна лишь организаторам выборов. Они, в свою очередь, обеспечивают доступ пользователей к сведениям Регистра в соответствии с федеральными законами. Однако действующие федеральные законы не содержат правил, допускающих предоставление всей совокупности информации об участии граждан в определенных выборах третьим лицам. Граждане лишь вправе получить информацию об обработке своих собственных персональных данных в ГАС «Выборы», а также о включении их в списки избирателей на конкретном избирательном участке. Таким образом, массив информации об избирателях находится в полном и практически исключительном ведении Центральной избирательной комиссии. В то же время документированная и пригодная для машинной обработки информация, содержащиеся в Регистре, может быть критически важной для кандидатов и избирательных объединений, имеющих заинтересованность в определенном исходе конкретных выборов. Учитывая существующий уровень коррупционной угрозы в Российской Федерации, допустимо предположение, что информа-

ция, содержащаяся в ГАС «Выборы», окажется доступной не только организаторам выборов. Вероятно ее предоставление определенным кандидатам и избирательным объединениям для планирования и ведения избирательных кампаний. В условиях применения современных алгоритмов обработки данных преимущество обладателей такой информации окажется существенным и может определить итоги голосования.

Во-вторых, на сегодняшний день отсутствует последовательность в правовой регламентации режима доступа к персональным данным, связанным с голосованием на выборах. С одной стороны, Центральная избирательная комиссия демонстрирует заботу о сохранности персональных данных избирателей и в п. 4 Разъяснений порядка ведения наблюдателями фото- и (или) видеосъемки в помещении для голосования<sup>4</sup> требует вести съемку работы членов избирательной комиссии со списком избирателей таким образом, чтобы сохранялась конфиденциальность персональных данных, которые в нем содержатся. На практике это означает безусловный запрет на документальную фиксацию содержания списка избирателей, что существенно затрудняет доказывание избирательных правонарушений.

При этом создаются условия для фактически бесконтрольного распространения персональных данных при передаче обращений о предоставлении возможности проголосовать вне помещения для голосования через третьих лиц (п. 3 ст. 66 Федерального закона «Об основных гарантиях...»). При регистрации обращения указываются, в частности, фамилия, имя, отчество избирателя, адрес его места жительства. Кроме того, поскольку обязательно указание причины, по которой избиратель не может прибыть в помещения для голосования, вероятно распространение иных данных, например, о состоянии здоровья гражданина. То есть, с одной стороны, избирательные органы препятствуют съемке списка избирателей, а с другой — закон содержит норму, создающую условия для разглашения персональных данных при организации голосования вне помещения для голосования. На наш взгляд, причина такой непоследовательности состоит в попытке применения института персональных данных без учета существа избирательных отношений.

Персональные данные рассматриваются в конституционно-правовой доктрине как институт права на частную жизнь. Но уместно ли распространять правила о защите частной жиз-

<sup>3</sup> См.: The Big Data Election: Political parties building detailed voter records // Ottawa Citizen. 2014. October 18. URL: <http://goo.gl/7xrTw5>.

<sup>4</sup> Утверждены постановлением Центральной избирательной комиссии РФ от 03.10.2012 № 143/1085-6. URL: <http://goo.gl/2PGqhk>.



ни на отношения, связанные с осуществлением публичной власти? Тем более что тайна частной жизни — весьма широкое понятие, не получившее формально определенного нормативного закрепления. Конституционный Суд в определении от 09.06.2005 № 248-О<sup>5</sup> включил в понятие «частная жизнь» область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она носит не противоправный характер. Но даже такое самое общее определение свидетельствует о несопоставимости участия в осуществлении публичной власти и абсолютизации тайны частной жизни. Нужно согласиться с И. Л. Бачило в том, что «социальная активность индивида теснейшим образом связана с информационной открытостью личности перед обществом и государством»<sup>6</sup>. Участие гражданина в голосовании на выборах выводит его за пределы личных отношений и делает членом публичного сообщества избирателей — субъекта конституционно-правовых отношений и источника власти в государстве. Представляя ценность для гражданина, оно имеет значение и для общества, обретающего в результате выборов политическое единство и демократическую государственную организацию.

Несмотря на то что активное избирательное право является всеобщим и индивидуальным, оно не является частным<sup>7</sup>. Участие в выборах может быть и должно быть предметом общественного и государственного контроля, сферой публично-правового регулирования, имеющего целью удовлетворение общественных интересов. Соответствующие сведения также не могут оставаться в сугубо личном, частном ведении. Как отмечает В. В. Полянский, демократия в механизме ее коллективного осуществления требует взаимных обязанностей, ответственности участников политического процесса. В числе таких взаимных обязанностей находится обязанность участвовать в выборах своих представителей в целях обеспечения должной легитимности представительной власти, адекватности выражения воли народа, в конечном счете — гармонизации публичных

и частных интересов на максимальной социальной базе<sup>8</sup>. Выражение политической воли в процессе открытого голосования невозможно в условиях информационной изоляции избирателя и представляет собой необходимое исключение из принципа автономии индивида.

В этом контексте заслуживает изучения зарубежная практика предоставления персональных данных для целей, связанных с реализацией избирательных прав. Открытость сведений об участии конкретного избирателя в выборах является нормой для стран с развитыми демократическими традициями. Распространение персональных данных зарегистрированных избирателей является широко распространенной практикой в США. Так, ст. 201.091 Статута штата Миннесота 2014 г. предусматривает предоставление сводных сведений обо всех зарегистрированных в штате избирателях на машиночитаемых носителях. Предоставляются следующие сведения: фамилия, имя, адрес, год рождения, сведения о голосовании на предыдущих выборах. По желанию избирателя может быть дополнительно указан номер его телефона. Эта информация предоставляется в электронной структурированной форме любому зарегистрированному на территории штата избирателю за доступную плату (\$ 46 за электронный носитель и \$ 5 за доставку) с единственным условием — использовать информацию в целях, связанных с выборами, политической и правоприменительной деятельностью<sup>9</sup>. Сходные правила существуют и в других штатах.

Полагаем, что такая практика заслуживает внимания и ее элементы могут быть внедрены в отечественный избирательный процесс. В частности, целесообразно предоставить участникам электоральных отношений доступ к некоторым сведениям Регистра (фамилия, имя, отчество, год рождения, пол, гражданство, адрес места жительства) с оговоркой о возможности использования соответствующих данных исключительно в целях, связанных с организацией и проведением выборов. Предоставление информации в виде, пригодном для машинной обработки, будет способствовать развитию современных избирательных технологий, применению методов и алгоритмов обработки электоральной информации, адекватных уровню развития общества. Доступ к данным о социально-демографических характеристиках электората смогут получить все участники политиче-

<sup>5</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 09.06.2005 № 248-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Захаркина Валерия Алексеевича и Захаркиной Ирины Николаевны на нарушение их конституционных прав пунктом «б» части третьей статьи 125 и частью третьей статьи 127 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации». URL: <http://goo.gl/LcZYXh>.

<sup>6</sup> Информационное право: актуальные проблемы теории и практики : колл. монография / под общ. ред. И. Л. Бачило. М. : Юрайт, 2009. С. 63.

<sup>7</sup> Malkopoulou A. The history of compulsory voting in Europe: democracy's duty? / Routledge. 2015. P. 127. URL: <http://goo.gl/wIEtnQ>.

<sup>8</sup> Полянский В. В. Современный политический процесс и выборы: проблемы гармонизации публичных и частных интересов // Вестник Самарского государственного университета. Гуманитарная серия. 2014. № 11/1 (122). С. 150. URL: <http://goo.gl/xTrLx5>.

<sup>9</sup> 2014 Minnesota Statutes. 201.091 Registered voter lists; reports; registration places. URL: <http://goo.gl/OeP94u>.

ского процесса, а не только приближенные к организаторам выборов. Предложенная степень открытости информации об избирателях не должна абсолютизироваться и может стать предметом научной дискуссии. Например, в случае неприемлемости раскрытия информации об адресе месте жительства, допустимо предоставление сведений о проживании избирателя в границах определенного избирательного участка.

Также нет причин для распространения тайны голосования на сведения об участии избирателей в голосовании. В условиях свободного участия в выборах активный избиратель фактически раскрывает сведения о своем отношении к голосованию по своему желанию и под своим контролем, а абсентеистское поведение оказывается поводом для заслуженного общественного осуждения. Сведения об участии в выборах могут быть переведены в электронную форму и объединены с открытыми данными Регистра. Реализация этого предложения потребует исключения избирательных отношений из сферы действия Федерального закона «О персональных данных» от 27.07.2006 № 152-ФЗ<sup>10</sup>. С учетом описанных особенностей избирательных отношений правила доступа к такой информации следует предусмотреть в Федеральном законе «Об основных гарантиях...».

Не меньшую озабоченность вызывают проблемы электоральной идентификации, связанные с противодействием съемке избирателей и членов избирательных комиссий при проведении голосования. Основанием для него являются нормы уже упомянутых Разъяснений о порядке ведения наблюдателями фото- и (или) видеосъемки в помещении для голосования. Согласно п. 4 этого акта наблюдатели могут вести съемку в помещении для голосования, соблюдая положения ст. 152.1 Гражданского кодекса РФ<sup>11</sup>, иные положения законодательства Российской Федерации, устанавливающие ограничения доступа к информации. Эта формулировка вызывает возражения.

Статья 152.1 Гражданского кодекса не регулирует вопросы фото- и видеосъемки, а касается лишь обнародования и дальнейшего использования изображения гражданина, которые по общему правилу допускаются только с его согласия. Сама по себе съемка не считается ни обнародованием, ни дальнейшим использованием изображения, а является элементом реализации конституционного права на поиск и получение информации. Обнародование изоб-

ражения может быть по аналогии с обнародованием произведения (ст. 1268 ГК РФ) определено как осуществление действия, которое впервые делает изображение доступным для всеобщего сведения путем его опубликования, публичного показа, публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю либо любым другим способом<sup>12</sup>. Очевидно, что сама по себе съемка, т.е. использование технических устройств для получения изображения не создает перечисленных последствий.

Кроме того, съемка в помещении для голосования обычно осуществляется для контроля за законностью организации и проведения выборов. Как правило, распространяются те материалы, которые содержат свидетельства нарушения порядка голосования, работы с избирательными документами, определения итогов голосования. Как уже отмечалось, гражданин оказывается в помещении для голосования не случайно, а со специальной целью — принять участие в выборах для формирования органа государственной власти, органа местного самоуправления или наделения полномочиями должностного лица. Его законное участие в избирательных процедурах означает пользование ресурсами непосредственной демократии и значимо для обеспечения публичных интересов. Полагаем, что этот случай подпадает под действие п. 1 ч. 1 ст. 152.1 ГК РФ, которым предусмотрено, что использование изображения в государственных, общественных и иных публичных интересах может быть осуществлено без согласия гражданина. То есть и в данных условиях норма ст. 152.1 ГК РФ вряд ли применима.

Также нельзя не отметить, что изображения граждан, находящихся в помещении для голосования, обычно оказывается полученным в результате съемки в обстановке публичного мероприятия. Согласно ст. 30 Федерального закона «Об основных гарантиях...» в помещениях для голосования могут находиться наблюдатели и представители средств массовой информации. Пунктом 11 указанной статьи предусмотрено право представителей СМИ производить фото- и видеосъемку в целях обеспечения гласности в деятельности избирательных комиссий. Граждане, находящиеся в день голосования на избирательных участках, должны осознавать возможность получения и последующего распространения их изображений. Голосование на выборах является публичным мероприятием в том смысле, который придается этому процессу гражданским законодательст-

<sup>10</sup> Собрание законодательства РФ. 2006. №31 (1 ч.). Ст. 3451. URL: <http://goo.gl/tsdmWd>.

<sup>11</sup> Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301. URL: <http://goo.gl/dDuuvD>.

<sup>12</sup> Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011. С. 363.

вом, и изображение гражданина, полученное при голосовании, может быть использовано без его согласия на основании п. 2 ч. 152.1. ГК РФ.

Возможно, отсылка в Рекомендациях касается содержания п. 2 ст. 152.1 ГК РФ. Она предусматривает, что изготовленные экземпляры материальных носителей, содержащих изображение гражданина, полученные с нарушением процитированных выше правил, подлежат изъятию из оборота и уничтожению. Но это происходит лишь в случае их введения в гражданский оборот и только на основании судебного решения. Поэтому указанный пункт также вряд ли может быть применен к отношениям, складывающимся во время непосредственного наблюдения на избирательном участке в день голосования.

Как видим, обстоятельства фото- и видеосъемки в помещении для голосования вряд ли способствуют применению положений ст. 152.1 ГК РФ. В действительности, если они и применимы, то лишь в той части, которая устанавливает исключения из правил этой статьи. При этом сам по себе факт наличия ссылки на ст. 152.1 ГК РФ в Рекомендациях Центральной избирательной комиссии часто играет негативную роль в реализации права на получение информации. Он оборачивается противодействием законной деятельности наблюдателей и представителей СМИ со стороны членов участковых комиссий под флагом борьбы за соблюдение указаний вышестоящих избирательных органов. Положения Рекомендаций обычно воспринимаются членами участковых избирательных комиссий как руководство к действию без детального анализа содержания гражданско-правовых норм. В условиях реального избирательного процесса доводы о реализации публичных интересов в гражданско-правовых отношениях, связанных с установлением пределов защиты нематериальных благ, воспринимаются членами избирательных органов как весьма слабый аргумент. А сам факт его представления — как создание препятствий в деятельности комиссии. Члены УИК зачастую ограничиваются цитированием первого абзаца ст. 152.1. ГК РФ, запрещающего распространение и дальнейшее использование изображения гражданина с последующим удалением наблюдателя из помещения избирательной комиссии. Доводы о неприменимости указанной статьи к электоральным отношениям предлагается приводить в вышестоящей избирательной комиссии или суде при обжаловании решения об удалении. Велико желание объяснить происходящее перегибами на местах, последствия которых могут быть легко преодолены вмешательством вышесто-

ящих комиссий и восстановлением наблюдателей в их правах. Но суть избирательного процесса такова, что критически важна позиция избирательных органов именно на местах — там, где проходит голосование. Вышестоящие комиссии могут успешно восстанавливать полномочия наблюдателей и представителей СМИ, но создание даже кратковременных перерывов в их работе исключает эффективное наблюдение.

Вызывает возражения и правило п. 3 Рекомендаций о том, что изображение избирателя не должно занимать большую часть кадра (экрана). Эта мера может быть оценена как направленная на защиту от использования изображения гражданина в качестве основного объекта воспроизведения. Действительно, нельзя исключать того, что изображение избирателя будет использовано вне связи с его пребыванием в помещении избирательной комиссии и голосованием на выборах. Но запретительный потенциал указанного подзаконного правила существенно шире ограничений, предусмотренных Гражданским кодексом. Во-первых, в очередной раз запрет основан на смешении понятий «получение» и «распространение» изображений. Закон ограничивает лишь «распространение и дальнейшее использование», тогда как Рекомендации касаются самого процесса съемки. Во-вторых, согласно правилам ст. 152.1, использование изображения гражданина в качестве основного объекта воспроизведения запрещено только в случае отсутствия его согласия. Но ЦИК запрещает съемку избирателя крупным планом в любом случае, независимо от согласия самого избирателя.

Полагаем, что проанализированные положения Разъяснений являются избыточными в условиях действия текущей редакции ст. 152.1 ГК РФ и могут быть исключены без ущерба для организации наблюдения на выборах. С доктринальной точки зрения они вряд ли способствуют формированию системного представления о правилах получения, распространения и дальнейшего использования изображений избирателей. А на практике создают необоснованные затруднения для реализации конституционных прав на поиск и получение информации.

Одним из аргументов против раскрытия информации об участии гражданина в голосовании является угроза использования открытых данных для реализации недобросовестных избирательных технологий. Пользуясь сведениями об электоральном поведении гражданина, можно эффективно принуждать его к участию в голосовании, контролировать явку на выборах. К сожалению, поводы для таких опасений есть. Примером использования информационной открытости избирателей в це-

лях стимулирования явки и достижения определенного результата на выборах может быть акция «#ВыборыСелфи», проведенная в ходе кампании по выборам губернатора Самарской области 2014 г. По условиям конкурса, организованного структурами, близкими региональным и местным властям<sup>13</sup>, избиратель должен был создать и распространить в социальной сети «Инстаграм» автопортрет, сделанный на избирательном участке. Акция дополнила ряд мер, предпринятых для обеспечения высокой явки избирателей.

Согласно п. 4.2 Положения о конкурсе, его участником мог быть гражданин в возрасте от 18 до 30 лет, постоянно проживающий на территории избирательного округа, обладающий активным избирательным правом и принимающий участие в выборах губернатора Самарской области. Пункт 4.7 Положения содержал требование, чтобы на снимке был четко виден избирательный участок, на котором участник конкурса сделал фотографию. Победителям конкурса были обещаны поездки на молодежный фестиваль в Китайскую народную республику, фотоаппарат, смартфон, абонемент в фитнес-клуб. В коллективной номинации «ИнстаВУЗ» учреждение-победитель должно быть бесплатно оснащено необходимым оборудованием для коворкинг-центра.

Таким образом, под предлогом проведения конкурса была создана изолированная организационная и информационная инфраструктура для сбора сведений о голосовании молодых избирателей на региональных выборах. Специальные номинации «ИнстаВУЗ» и «Массовое селфи» применялись для контроля участия в голосовании студентов определенного учебного заведения (и эффективности работы его администрации по выполнению пожеланий о максимальной явке избирателей) и расширения охвата контролируемой аудитории избирателей.

В конкурсе, проведенном при поддержке региональной избирательной комиссии, приняло участие около 3 500 тыс. молодых избирателей, добровольно распространивших сведения о своем участии в выборах на определенном избирательном участке для всеобщего сведения и контроля со стороны прогосударственных организаций.

Разделяя опасения в потенциальном вреде, который может быть нанесен массовой информатизацией и технологизацией выборов, тем не менее нельзя не заметить того, что эти процессы предоставляют новые возможности

и для контроля за деятельностью организаторов выборов. Технический прогресс имеет объективные основания и неизбежно повысит уровень прозрачности избирательных отношений. Полагаем, что контроль на основе информационной открытости избирательных отношений в долгосрочной перспективе имеет неизмеримо большее значение для обеспечения законности и честности выборов, чем ситуационная борьба с негативными избирательными технологиями, ведущаяся по правилам, продиктованным самими технологами. Так, в случае с конкурсом «#ВыборыСелфи» доступность сведений о его правилах обеспечивает потенциальную возможность проведения государственного и общественного контроля соблюдения закона при его организации. А сохраненные при помощи современных технологий сведения об организаторах делают возможным оценку их добросовестности задолго после проведения этой далеко не однозначной акции.

Не менее значимые проблемы идентификации участников избирательного процесса возникают и в сфере реализации пассивного избирательного права. Их решение имеет большую актуальность: если вопросы идентификации избирателей прежде всего имеют значение для них самих, то ошибки в индивидуализации кандидатов могут иметь негативные последствия для всего избирательного корпуса. Заблуждение в качествах кандидатов особенно опасно в условиях современных медиатизированных выборов, когда сознание избирателей находится под постоянным и интенсивным воздействием средств массовой информации. Результаты практически всех исследований структуры медиапотребления свидетельствуют о преобладающей роли телевидения и радио в формировании самосознания современного российского избирателя. Несмотря на бурное развитие новых технологий освещение кампании в традиционных СМИ по-прежнему имеет критическое значение для итогов голосования на федеральных и региональных выборах.

С учетом роли телевидения, радио и печатной прессы в жизни российского избирателя законодательство о выборах наполнено весьма сложными правилами, направленными на обеспечение равных правовых возможностей кандидатов по использованию СМИ. И тем не менее даже самое общее изучение вопросов предвыборной агитации показывает, что далеко не все кандидаты имеют равные возможности доступа к ресурсам СМИ.

Традицией российских избирательных кампаний последних лет стало повышение медийной активности должностных лиц, считающихся на избрание или переизбрание.

<sup>13</sup> Положение о конкурсе утверждено заместителем председателя Молодежного правительства Самарской области и директором муниципального бюджетного учреждения городского округа Самара «Самарский Дом молодежи». URL: <http://goo.gl/kc9N5d>.



Запускаются проекты социальной рекламы с их участием, усиливаются программы рабочих визитов в регионы, появляются специальные акции, направленные на взаимодействие должностных лиц и будущих избирателей<sup>14</sup>. Эти события находят свое отражение на страницах печатной прессы и в эфирах телерадиокомпаний. Широкою известность во время кампании по выборам Президента РФ 2012 г. приобрели предвыборные статьи под авторством лица, замещающего должность Председателя Правительства РФ. Опубликованные в газетах «Известия», «Независимая газета» и «Ведомости», они содержали программу действий одного из кандидатов в случае его избрания. Заметным элементом кампаний по выборам глав субъектов Российской Федерации 2014 г. стало существенное увеличение тиража областных печатных СМИ. Значительный объем печатной площади этих изданий уделялся позитивному освещению деятельности должностных лиц, совмещающих свой статус с соисканием выборных должностей. Однако вопреки здравому смыслу, информационные материалы, в которых освещается деятельность должностных лиц, обычно не признаются ни агитационными, ни вообще как бы то ни было связанными с выборами.

С позиции избирательных комиссий агитационное воздействие таких материалов оказывается возможным только в случае заблуждения избирателя относительно тождества лиц, их распространивших. Организаторы выборов обычно исходят из гипотезы о том, что с выборами может быть связан лишь материал, исходящий от кандидата или избирательного объединения. Тогда как аналогичная информация, распространенная тем же лицом без указания на его кандидатский статус, обычно не признается агитационной. Практика рассмотрения жалоб на использование должностного положения при осуществлении предвыборной агитации, как правило, состоит в разъяснении заявителю ошибочности его в целом здравого суждения о том, что должностное лицо и кандидат на выборах — это один и тот же человек. Как ни парадоксально, законодательство о выборах дает правоприменителям основания для такого вывода.

Российское избирательное право не содержит требований о приостановлении должностного статуса для участия в избирательной кампании. Равно и не требует отказа должностных лиц от ведения агитационной кампании в СМИ. Согласно ч. 8 ст. 48 Федерального закона «Об основных гарантиях...» кандидаты, замещающие государственные и выборные муниципальные

должности (в отличие от государственных и муниципальных служащих), вправе проводить агитацию на каналах организаций телерадиовещания и в периодических печатных изданиях. Ограничения для должностных лиц существуют лишь в форме запрета на использование преимуществ должностного положения и распространяются только на предвыборную агитацию (п. «в» ч. 5 ст. 40 Федерального закона «Об основных гарантиях...»). Ни законодатели, ни правоприменители не считают повышенный уровень информационной активности кандидатов — должностных лиц противоправной аномалией. Основанием для этого является предположение, что сведения о деятельности должностного лица не влияют на отношение избирателей к этому же гражданину, выдвинутому в качестве кандидата. В итоге на практике не признаются агитационными даже сюжеты, в которых целенаправленно созданы положительные образы должностных лиц, одновременно являющихся кандидатами на выборах<sup>15</sup>.

Полагаем, что такая презумпция заслуживает критики. Количество и качество информации об определенном лице находятся в системном единстве. Они являются свойствами единого явления, эффект которого состоит в воздействии на сознание избирателя. Для достижения электорального эффекта зачастую не важно, является ли распространение информации волевым актом, направленным на достижение определенного результата на выборах, или нет. Воздействие на сознание избирателя не исключено и в том случае, когда формальные признаки материала не позволяют говорить о его агитационном статусе.

Хорошей иллюстрацией закономерностей потребления информации о выборах может служить нейропсихологический механизм восприятия черт лица кандидатов. Восприятие человеческого лица является древнейшей социальной практикой, влияние которой выразилось в том числе в адаптации человеческого мозга. Важность интеллектуальной функции распознавания лиц связана с необходимостью решения значительной части повседневных задач в общении с другими людьми. Лица признаются особыми для восприятия объектами как с точки зрения их значения для жизни в обществе, так и с точки зрения своеобразных механизмов их восприятия и дальнейшего сохранения в памяти<sup>16</sup>. Результаты современных исследований в области нейропсихологии сви-

<sup>14</sup> См.: Губернаторы агитируют вполголоса // Коммерсантъ. 2014. № 141. С. 3. URL: <http://goo.gl/3QKFBN>.

<sup>15</sup> См.: определение Верховного Суда РФ от 21.03.2007 № 2-Г07-6. URL: <http://goo.gl/hNxn9d>.

<sup>16</sup> См.: Ющенкова Д. В., Мещеряков Б. Г. Распознавание отдельных черт лица как основа узнавания целого лица // Экспериментальная психология. 2000. Т. 3. № 3. С. 84. URL: <http://goo.gl/fY22tC>.

детельствуют о том, что изображения лиц обрабатываются мозгом значительно эффективнее другой социальной информации<sup>17</sup>. Правильная идентификация лица возможна при существенной деградации разрешающей способности изображения и, как правило, происходит быстрее, чем обработка других видов социально значимой информации. Люди сохраняют точность узнавания знакомых лиц на изображениях, сглаженных до размера 16×16 блоков. Точность узнавания свыше 50% сохраняется при сглаживании до эквивалентного размера 7×10 пикселей и становится практически равной максимально возможному значению при разрешении 19×27 пикселей<sup>18</sup>. Это происходит благодаря наличию специального механизма, ответственного за процесс опознавания лиц, в котором участвуют определенные отделы головного мозга<sup>19</sup>.

Понимание значения изображения лица для идентификации кандидата повлияло на традиционные формы предвыборной агитации. Редкая кампания обходится без выпуска материалов с изображением лица кандидата. В политологическом лексиконе даже появился оборот «говорящая голова» для обозначения традиционной формы телевизионного взаимодействия кандидатов и избирателей. Однако на «говорящей голове» нет обозначения того статуса, в котором выступает ее обладатель. Как нет и специальных зон мозга, приспособленных для скоростного разграничения агитационных выступлений и информации о повседневной деятельности должностных лиц. По крайней мере современный уровень нейробиологической науки пока не позволяет сделать вывод об их существовании. В сознании избирателя изображение лица кандидата неизбежно занимает более значимое место, нежели дополнительная и часто невостребованная информация о том, в каком именно статусе — должностном или электоральном — он выступает в данный момент избирательной кампании. Само по себе изображение никак не позволяет дифференцировать электоральный или должностной статус изображенного ли-

ца — под любым углом зрения на избирателя будет смотреть один и тот же человек.

Объективная связь должностного и электорального статуса личности, отвергаемая правилами информационного обеспечения выборов, вполне естественно проявляется в других положениях выборного законодательства. Согласно ч. 5 ст. 63 Федерального закона «Об основных гарантиях...» обязательным элементом любого избирательного бюллетеня является информация о должностном статусе кандидата. Изображение кандидата, возможно ставшего известным в результате обнародования отчетов о деятельности должностного лица, избиратель увидит и в помещении участковой избирательной комиссии перед голосованием — на информационном стенде, размещенном на основании ч. 3 ст. 61 Федерального закона «Об основных гарантиях...».

Искусственные юридические механизмы, направленные на разделение сведений об одном и том же лице на предвыборную агитацию и нейтральную с точки зрения избирательного права информацию о деятельности должностного лица не имеют прочных объективных оснований. Согласно закону перехода количественных изменений в качественные, при превышении меры количественные изменения с необходимостью влекут качественное преобразование. Многочисленные сообщения в средствах массовой информации, направленные на формирование позитивного образа должностного лица, одновременно являющегося соискателем выборной должности, не могут не оказывать воздействие на сознание избирателей и неизбежно отражаются на электоральных предпочтениях.

Сказанное свидетельствует о существенных ограничениях, присущих современной модели разделения информации о публичной деятельности должностного лица на агитационную и иную. Они не позволяют ни учесть все многообразие возможностей, которые представляют современные информационные технологии, ни обеспечить их применение на основе принципа равенства избирательных прав. Более того, действующий закон допускает возможность «раздвоения» личности кандидата, облеченного публичными полномочиями, на электоральный и должностной элементы, один из которых искусственно выводится за пределы нормативного регулирования, а следовательно, и публично-правового контроля.

Преодоление электорально-правовой диссоциации личности потребует переосмысления концепции нормативного регулирования предвыборной агитации. Методологическим принципом оздоровления информационно-

<sup>17</sup> Barragan-Jason G., Lachat F. and Barbeau E. J. How fast is famous face recognition? // *Frontiers in psychology*. 2012. October 30. URL: <http://goo.gl/vG8Cqn>; Thorpe S., Fize D., Marlot C. Speed of processing in the human visual system // *Nature*. 1996. Jun. 6. URL: <http://goo.gl/GNxdwS>.

<sup>18</sup> Распознавание лиц человеческим мозгом: 19 фактов, о которых должны знать исследователи компьютерного зрения. URL: <http://goo.gl/gxFonH>.

<sup>19</sup> Височная и затылочно-височная кора, фузиформная извилина, префронтальная кора, мозжечок, таламус, поясная извилина, островок и гиппокамп. См.: Дубынин И. А. Узнавание и опознавание лиц: психологические и психофизиологические механизмы : автореф. дис. ... канд. псих. наук. М., 2007. С. 23. URL: <http://goo.gl/tzC58y>.

электоральных отношений может стать использование понятия политической деятельности, уже известного в сфере регулирования статуса некоммерческих организаций. Согласно ч. 6 ст. 2 Федерального закона от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»<sup>20</sup>, деятельность признается политической, если она осуществляется в целях воздействия на принятие государственными органами решений, направленных на изменение проводимой ими государственной политики, а также для формирования общественного мнения в указанных целях. Полагаем, что ограничения, установленные для предвыборной агитации, могут быть распространены на информацию

о любой политической деятельности кандидата в период избирательной кампании, независимо от ее соответствия формальным признакам агитации. Это избавит избирателей от необходимости юридической дифференциации разных аспектов публичной деятельности одного и того же лица, которая требует специальных правовых знаний. В стратегической перспективе такая мера может способствовать решению и других проблем информационного обеспечения выборов. В частности, возможно применение аналогичного методологического принципа для совершенствования правового механизма разграничения предвыборной агитации и информирования избирателей.

<sup>20</sup> Собрание законодательства РФ. 1996. 15 января. № 3. Ст. 145. URL: <http://goo.gl/yfBK8c>.

#### Библиография:

1. Issenberg S. The victory lab: the secret science of winning campaigns // Broadway books. — NY, 2012. — URL: <http://goo.gl/5q1onM>.
2. The Big Data Election: Political parties building detailed voter records // Ottawa Citizen. — 2014. — October 18. — URL: <http://goo.gl/7xrTw5>.
3. Информационное право: актуальные проблемы теории и практики : колл. монография / под общ. ред. И. Л. Бачило. — . : Юрайт, 2009.
4. Malkopoulou A. The history of compulsory voting in Europe: democracy's duty? // Routledge. — 2015. — P. 127. — URL: <http://goo.gl/wlEtnQ>.
5. Полянский В. В. Современный политический процесс и выборы: проблемы гармонизации публичных и частных интересов // Вестник Самарского государственного университета. Гуманитарная серия. — 2014. — № 11/1 (122).
6. 2014 Minnesota Statutes. 201.091 Registered voter lists; reports; registration places. — URL: <http://goo.gl/OeP94u>.
7. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / под ред. П. В. Крашенинникова. — М. : Статут, 2011.
8. Губернаторы агитируют вполголоса // Коммерсантъ. — 2014. — № 141.
9. Ющенкова Д. В., Мещеряков Б. Г. Распознавание отдельных черт лица как основа узнавания целого лица // Экспериментальная психология. — 2000. — Т. 3. — № 3. — С. 84. — URL: <http://goo.gl/fY22tC>.
10. Barragan-Jason G., Lachat F. and Barbeau E. J. How fast is famous face recognition? // Frontiers in psychology. — 2012. — October 30. — URL: <http://goo.gl/vG8Cqn>
11. Thorpe S., Fize D., Marlot C. Speed of processing in the human visual system // Nature. — 1996. — Jun. 6. — URL: <http://goo.gl/GNxdwS>.

*Материал поступил в редакцию 29 марта 2015 г.*

## ELECTORAL IDENTIFICATION: THE LIMITS OF INDIVIDUALIZATION OF THE PARTICIPANTS OF THE ELECTION PROCESS

Vladislav E.Volkov – Candidate of Legal Sciences, Assistant Professor, Department of Public and Administrative Law, Samara State University.

[[volkov@ikafedra.com](mailto:volkov@ikafedra.com)]

443011, Russia, Samara, Akademika Pavlova Street, 1.

**Abstract:** *This article analyzes the problems of legal regulation of identifying the participants of the electoral process. The issue of electoral identification is studied in the context of eligibility and voting rights in conditions of intensive development of information technologies. The author notes*

*the inconsistency of legal regulation of personal data processing in the field of electoral relations and proposes measures aimed at reducing information asymmetry. Based on the study of rules governing the procedure for photo and video recording at polling stations the author formulates some proposals for improving the lawmaking and law enforcement practice. Given the problems of identification of eligible persons, justified recommendations on the harmonization of the modern model of information support of elections are given.*

**Keywords:** *election, suffrage, personal data, record of voters, identification, voting, information support of elections, election campaign, informing of voters.*

#### References:

1. The victory lab: the secret science of winning campaigns. Sasha Issenberg. Broadway books. NY, 2012. <http://goo.gl/5q1onM>.
2. The Big Data Election: Political parties building detailed voter records. Ottawa Citizen. 2014. October 18. <http://goo.gl/7xrTw5>.
3. Bachilo I.L. (ed.) Informacionnoe pravo: aktual'nye problemy teorii i praktiki: Koll. monografija. [Information Law: Current Issues of theory and practice: Coll. monograph], Moscow: Yurayt, 2009.
4. The history of compulsory voting in Europe: democracy's duty? Anthoula Malkopoulou. Routledge. 2015. P. 127. <http://goo.gl/wlEtnQ>
5. Polyansky V.V. Sovremennyj politicheskij process i vybory: problemy garmonizacii publicnyh i chastnyh interesov. [Modern political process and elections: the problem of harmonization of public and private interests]. Vestnik Samarskogo gosudarstvennogo universiteta. Gumanitarnaja serija. [Bulletin of the Samara State University. The Humanities series], 2014. №11 / 1 (122).
6. 2014 Minnesota Statutes. 201.091 Registered voter lists; reports; registration places. <http://goo.gl/OeP94u>
7. Krashennikov P.V. (ed.) Postatejnyj kommentarij k Grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, chasti pervoj [Commentaries to the Civil Code of the Russian Federation, part one], Moscow: «Statut», 2011.
8. Gubernatory agitirujut vpolgolosa. [Governors agitate softly]. "Kommersant", 2014. № 141.
9. Yuschenkova D.V., Meshcheryakov B.G. Raspoznavanie ot del'nyh chert lica kak osnova uznavanija celogo lica. [Recognition of individual facial features as a basis for recognition of a person]. Jeksperimental'naja psihologija. [Experimental Psychology], 2000. Volume 3. №3. p.84. <http://goo.gl/fY22tC>.
10. Gladys Barragan-Jason, Fanny Lachat and Emmanuel J. Barbeau. How fast is famous face recognition?. Frontiers in psychology. 2012. October 30. <http://goo.gl/vG8Cqn>. Thorpe S, Fize D, Marlot C. Speed of processing in the human visual system // Nature. 1996. Jun. 6. <http://goo.gl/GNxdwS>.
11. Thorpe S., Fize D., Marlot C. Speed of processing in the human visual system // Nature. — 1996. — Jun. 6. — URL: <http://goo.gl/GNxdwS>.



# ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Е. А. Трещева\*

## СТАТУС ПРОКУРОРА В АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ НУЖДАЕТСЯ В СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ

**Аннотация.** В статье рассматривается проблема определения правового положения прокурора как участника арбитражного процесса на современном этапе. Анализируются вопросы о нецелесообразности применения к этому участнику процесса терминов, определенных в действующем процессуальном законодательстве по отношению к истцу (исковое заявление, отказ от иска и пр.). При оценке содержания статей, регулирующих правовое положение прокурора в арбитражном процессе, обращается внимание на необходимость дополнения нормы о возможности прокурора давать заключения по делам, в которых он участвует. В связи с этим ставятся вопросы о необходимости изменения действующего законодательства. Несмотря на то, что действующее законодательство о судопроизводстве в арбитражных судах не упоминает о такой форме участия прокурора, как дача заключения, вступление прокурора в начатый процесс по своему содержанию наиболее тяготеет именно к этой форме. Автор доказывает, что у прокурора также есть такие права и обязанности, которые можно назвать специальными. Но это не права и обязанности истца, а его собственные. К таким правам и обязанностям относят, в частности, право прокурора возбудить дело в арбитражном суде в «чужих интересах» по тем категориям дел, которые названы в ч. 1 ст. 52 АПК РФ (дела из публичных правоотношений, дела о признании определенной категории сделок недействительными и т.д.); право прокурора вступить в процесс на любой его стадии по тем же категориям дел; прокурор, подавая в суд заявление, должен обосновать правомерность своего обращения в арбитражный суд. По мнению автора статьи, единообразие законодательства, регулирующего гражданское и арбитражное судопроизводство по одним и тем же вопросам, предполагает, что прокурор, вступая в процесс, должен обладать правом давать заключение по делу, обеспечивая законность рассмотрения дела арбитражным судом. Вместе с тем, анализируя взаимоотношения прокурора с арбитражным судом в рамках арбитражных процессуальных правоотношений, можно прийти к выводу о том, что в законе следует закрепить не только право прокурора вступить в процесс, но и его обязанность участвовать в деле для дачи заключения, если арбитражный суд признает это необходимым.

**Ключевые слова:** арбитражный процесс, субъекты арбитражного процесса, лица, участвующие в деле, процессуальные права, процессуальные обязанности, арбитражное процессуальное законодательство, формы участия прокурора, «процессуальный истец», защита государственных интересов, возбуждение дела, дача заключения.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.107.10.057-063

© Трещева Е. А. , 2015

\* Трещева Евгения Александровна – доктор юридических наук, заведующий кафедрой гражданского процессуального и предпринимательского права Самарского государственного университета.

[eatreshheva@yandex.ru]

443086, Россия, г. Самара, ул. Академика Павлова, д. 1.

Действие принципа диспозитивности, работающего во всех мировых правовых системах, отражается и на правовом регулировании вопроса об участии прокурора в арбитражном процессе.

Арбитражный процессуальный кодекс РФ 2002 года предусмотрел две формы участия прокурора в арбитражном процессе: возбуждение дела путем подачи заявления в защиту государственных, общественных интересов, интересов субъектов предпринимательской (иной экономической) деятельности; вступления в дело, начатое по инициативе других лиц.

Взгляды ученых на правовое положение прокурора, участвующего в судебном процессе, в том числе и в форме возбуждения дела, различаются<sup>1</sup>.

Еще в 1950-е гг. К. С. Юдельсон отмечал, что по вопросу о природе участия прокурора в гражданском процессе было высказано неправильное, по его мнению, суждение о том, что прокурор, возбуждая дело в суде, является стороной в процессе<sup>2</sup>. Здесь он присоединился к мнению В. М. Гордона, отмечавшего, что квалификация прокурора как стороны в процессе неверна<sup>3</sup>. К. С. Юдельсон, возражая против мнения о том, что прокурор является стороной в гражданском деле, если по его инициативе возник процесс, отмечал, что в гражданском процессе есть две стороны — истец и ответчик, и прокурор не является ни тем, ни другим. На вопрос о том, какое же место занимает прокурор, возбуждавший дело, ответ, по мнению автора, может быть только один: он занимает особое место, участвует в процессе как представитель государства<sup>4</sup>.

Тем не менее до настоящего времени в юридической научной и учебной литературе высказывается суждение о том, что прокурор, возбуждавший дело своим заявлением, является истцом в процессуальном смысле. В. В. Янков<sup>5</sup>, В. Н. Аргунов<sup>6</sup>, М. С. Шакарян<sup>7</sup>,

Г. Л. Осокина<sup>8</sup> и другие считают, что прокурор в гражданском и арбитражном процессе выступает как сторона в процессуальном смысле. М. Х. Хурыз<sup>9</sup>, М. А. Вилкут<sup>10</sup>, С. Ф. Афанасьев, А. И. Зайцев<sup>11</sup>, М. И. Клеандров<sup>12</sup> и другие полагают, что прокурора, в какой бы форме он ни участвовал в процессе — возбуждения дела или вступления в процесс, начатый по инициативе других лиц, — нельзя называть истцом ни в процессуальном, ни в каком-либо ином смысле.

Представляется, что проблема определения правового положения прокурора в современном арбитражном процессе вызвана не в последнюю очередь несовершенством юридической терминологии в АПК РФ. В статье 52 АПК РФ законодатель указывает, что прокурор, обращаясь в арбитражный суд, предъявляет иск. М. А. Вилкут, рассуждая о важности адекватного применения правовой терминологии, отмечала, что разработчики любых законов должны стоять на страже чистоты юридической терминологии<sup>13</sup>. В связи с этим применение термина «иск» в контексте статьи, регулирующей правовое положение прокурора в арбитражном процессе, представляется неверным.

Объясняется это следующим. При исследовании теоретических проблем понятия иска отмечается, что иском можно называть только материально-правовое требование лица, имеющего субъективный интерес. То есть иском является требование о защите материальных прав и интересов лиц, являющихся субъектами гражданских, предпринимательских, иных отношений, но не прокурора, имеющего в деле только процессуальную заинтересованность. Инициатива в возбуждении дела не может быть тем определяющим признаком, в соответствии с которым каждого субъекта, возбуждающего дело, можно было бы считать стороной<sup>14</sup>.

В современный период задачи прокурора в арбитражном процессе должны определять-

<sup>1</sup> См., например: Трещева Е. А. Субъекты арбитражного процесса. Часть 2 : Правовое положение лиц, участвующих в деле, в арбитражном процессе. Самара : Изд-во Самарского ун-та, 2007.

<sup>2</sup> См.: Юдельсон К. С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. М. : Госюриздат, 1951. С. 120—121.

<sup>3</sup> См.: Гордон В. М. Право судебной защиты по гражданскому процессуальному кодексу РСФСР // Вестник советской юстиции. 1924. № 1. С. 4.

<sup>4</sup> См.: Юдельсон К. С. Указ. соч. С. 122—123.

<sup>5</sup> См.: Арбитражный процесс : учебник / отв. ред. В. В. Янков. 2-е изд. М. : Волтерс Клувер, 2003. С. 129—130.

<sup>6</sup> См.: Аргунов В. Н. Участие прокурора в гражданском процессе. М., 1991. С. 24.

<sup>7</sup> Советский гражданский процесс / под ред. М. С. Шакарян. М. : Юрид. лит., 1985. С. 88—89 ; Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. М. С. Шакарян. М. : ТК Велби, Проспект, 2003. С. 128—129.

<sup>8</sup> См.: Осокина Г. Л. Иск прокурора в гражданском судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1980. С. 6.

<sup>9</sup> См.: Хурыз М. Х. Понятие сторон в гражданском процессе // Советское государство и право. 1981. № 11. С. 116.

<sup>10</sup> См.: Вилкут М. А. Стороны — основные лица искового производства. Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1968. С. 3—5 ; Гражданский процесс России : учебник / под ред. М. А. Вилкут. М., 2005. С. 218 (автор главы — М. А. Вилкут).

<sup>11</sup> См.: Афанасьев С. Ф., Зайцев А. И. Гражданский процесс : учеб.-метод. комплекс. М. : Норма, 2004. С. 142—143.

<sup>12</sup> Клеандров М. И. Арбитражный процесс : учебник. М. : Юрист, 2003. С. 140—141.

<sup>13</sup> См.: Вилкут М. А. О юридической терминологии в гражданском процессуальном праве // Актуальные проблемы гражданского права и процесса : сборник материалов междунар. науч.-практ. конференции. Вып. 1. М. : Статут, 2006. С. 266—267.

<sup>14</sup> См.: Курьлев С. В. Объяснение сторон как доказательство в советском гражданском процессе. М., 1956. С. 16.

ся с учетом действия Федерального закона РФ от 17.11.1995 № 168-ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации». Этот Закон не наделяет прокурора, участвующего в гражданском и арбитражном процессе, функцией надзора за деятельностью судов по осуществлению правосудия. В этом проявляется одно из действий конституционного принципа независимости судей и подчинения их Конституции РФ и федеральному закону (ст. 120 Конституции РФ). Поэтому прокурор, участвуя в арбитражном процессе, являясь субъектом арбитражных процессуальных правоотношений, занимает самостоятельное место среди других лиц, участвующих в деле. Нет необходимости отождествлять его правовое положение с истцом в процессе: у истца и прокурора разные задачи и функции, разный объем процессуальных прав и обязанностей.

Защищая государственные и общественные интересы в арбитражном процессе, прокурор наделяен правом обращаться в арбитражный суд с заявлениями о возбуждении дел, возникающих из публичных отношений: об оспаривании нормативных правовых актов, ненормативных правовых актов, затрагивающих права и законные интересы организаций и граждан в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности (ч. 1 ст. 52 АПК РФ).

Право возбуждения прокурором дел искового характера ограничено: заявления могут быть поданы прокурором только по делам, прямо затрагивающим государственные интересы. Это — признание недействительными сделок, совершенных государственными органами, органами местного самоуправления, государственными и муниципальными учреждениями и юридическими лицами, в уставном капитале (фонде) которых есть доля участия РФ, субъектов РФ, муниципальных образований; дела о применении последствий недействительности указанных сделок.

Анализируя содержание ч. 4 ст. 52 АПК РФ в совокупности с ч. 2 ст. 4 АПК РФ, можно сделать вывод о том, что по делам, возбужденным заявлением прокурора, истцом в деле является тот субъект, чьи материальные права и интересы подлежат защите. Своего субъективного материального права или интереса в деле у прокурора нет.

Кто же будет истцом в делах, возбужденных прокурором, если подано заявление о признании сделки недействительной и ответчиками по заявлению названы обе стороны сделки? Ответ на этот вопрос можно дать, обратившись к нормам гражданского законодательства, закрепляющего в ст. 2 и 124 ГК РФ возможность участия государства, его субъектов и муниципальных образований в гражданском обороте.

Поэтому в приведенном примере истцом в деле будет государство, чьи материальные интересы защищаются путем признания определенной категории сделок недействительными.

В других случаях, когда прокурор подает заявление в защиту конкретных субъектов предпринимательской (иной экономической) деятельности, по делам, связанным с признанием сделок недействительными, истцами в процессе являются те организации или предприниматели, чьи материальные интересы служат предметом судебной защиты.

Сложно определить правовое положение субъектов предпринимательской деятельности, в чьих интересах прокурор подает заявление в рамках производства, возникающего из публичных правоотношений. Такие лица не могут быть названы истцами, поскольку нормы, регулирующие указанный вид производства в арбитражном процессе, такого наименования участников процесса не содержат. Лица, по чьей инициативе возникает процесс, названы в этих нормах заявителями. Но, если дело возбуждается прокурором, он и является заявителем. По этой причине, принимая во внимание указание ч. 4 ст. 52 АПК РФ о том, что если прокурор отказывается от поданного им заявления, истец вправе требовать рассмотрения дела по существу, стороны в производстве, возникающем из публичных отношений, могут и должны именоваться истцами и ответчиками. В этом случае будут устранены неясности и разночтения в применении норм, регулирующих их правовое положение, а также положение прокурора в арбитражном процессе.

Вторая форма участия прокурора в арбитражном процессе связана с его правом вступить в процесс на любой его стадии в целях обеспечения законности, как это указано в ч. 5 ст. 52 АПК РФ. Это право принадлежит прокурору только по тем категориям дел, которые названы в ч. 1 данной статьи. Они перечислены выше. Прокурор, вступивший в дело, займет правовое положение лица, участвующего в деле, обладающего всем комплексом прав и обязанностей, закрепленных в ст. 41 АПК РФ (для всех лиц, участвующих в деле). Практически все авторы, анализирующие статус прокурора, вступившего в процесс, начатый по инициативе других лиц, высказывают мнение о том, что законодатель не определил механизм вступления прокурора в дело, не указал цель участия прокурора в арбитражном процессе в такой форме<sup>15</sup>.

Не решен и вопрос о том, может ли прокурор быть привлечен к участию в деле по инициативе арбитражного суда? Исходя из букваль-

<sup>15</sup> См.: Комментарий к АПК РФ / под ред. В. Ф. Яковлева и М. К. Юкова. С. 169 (автор главы — Р. Ф. Каллистратова).

ного смысла ч. 5 ст. 52 АПК РФ, прокурор лишь по собственной инициативе может вступить в дело. Та же формулировка содержится и в совместном письме Высшего Арбитражного Суда РФ и Генеральной Прокуратуры РФ от 20.11.2003<sup>16</sup>, где в п. 2 указано, что прокурор вправе вступить в дело, рассматриваемое арбитражным судом, на любой стадии.

Понятно, что, вступив в дело, прокурор как лицо, участвующее в деле, сможет реализовать те права, которыми он наделен законом, в том числе и важные правомочия субъекта доказательственной деятельности: он может представлять доказательства, участвовать в исследовании доказательств, высказывать свои доводы и соображения по всем возникающим в ходе разбирательства дела вопросам, и т. п. Автор настоящей работы полагает, что реализацией этих прав прокурор и обеспечивает законность разрешения дела как участник процесса.

Важным вопросом является *вопрос об объеме прав и обязанностей прокурора в арбитражном процессе*.

Поскольку прокурор является лицом, участвующим в деле, ему принадлежит весь комплекс общих прав и обязанностей этой группы участников процесса, как это было отмечено выше.

А есть ли у прокурора *специальные права и обязанности*, отличные от прав и обязанностей других лиц, участвующих в деле?

Законодатель при решении этого вопроса применяет формулировку, не раскрывающую специфику правового положения прокурора. В части 4 ст. 52 АПК РФ отмечено, что прокурор, обратившийся в арбитражный суд, пользуется процессуальными правами и несет процессуальные обязанности истца. На взгляд автора настоящей статьи, ни одно лицо не может пользоваться правами и нести обязанности *другого* субъекта. Процессуальные права и обязанности носят характер неотчуждаемости: их принадлежность конкретным субъектам прямо закреплена в законе. Может иметь место лишь схожесть прав, их общность у различных участников процесса. Поэтому закон, объединив заинтересованных в исходе дела лиц в единую группу лиц, участвующих в деле, определил для них комплекс одних и тех же прав и обязанностей в ст. 41 АПК РФ.

Наряду с этими правами у каждого лица, участвующего в деле, есть и специальные, установленные законом только для них. Для сторон, например, это распорядительные права (право отказа истца от иска, право сторон заключить мировое соглашение, право ответчика признать требования, право заявить встречный иск).

У прокурора также есть такие права и обязанности, которые можно назвать специальными. Но это не права и обязанности истца, а его собственные. К таким правам и обязанностям можно отнести:

— *во-первых*, право прокурора возбудить дело в арбитражном суде в «чужих интересах» по тем категориям дел, которые названы в ч. 1 ст. 52 АПК РФ (дела о признании правоотношений, дела о признании определенной категории сделок недействительными и т.д.);

— *во-вторых*, право прокурора вступить в процесс на любой его стадии по тем же категориям дел. Примером реализации такого права может послужить дело, рассмотренное Президиумом ВАС РФ в порядке надзора. В постановлении от 04.07.2006 по делу № А40-38813/03-35-379<sup>17</sup> указывается, что во время рассмотрения дела в арбитражном суде города Москвы (первая инстанция) в дело вступил прокурор (по ходатайству прокуратуры города Москвы). Из содержания постановления усматривается, что одним из ответчиков по делу является организация, крупнейшим акционером которой является Российская Федерация;

— *в-третьих*, прокурор, подавая в суд заявление, должен обосновать правомерность своего обращения в арбитражный суд. Например, по делам, возникающим из публичных отношений, прокурор должен в своем заявлении обосновать требование об оспаривании нормативного или ненормативного акта не только ссылками на законы и иные нормативные акты, но и указать, в чем конкретно состоит нарушение прав и законных интересов предпринимателей;

— *в-четвертых*, прокурор имеет право, вступив в процесс на любой его стадии, на ознакомление с материалами дела. В указанном выше совместном письме ВАС РФ и Генеральной прокуратуры РФ разъяснено, что председателям арбитражных судов следует создать необходимые условия для выполнения прокурором служебных обязанностей, связанных с участием в арбитражном процессе, обеспечить предоставление прокурору по его заявлению копий судебных актов и других документов из дел, указанных в ст. 52 АПК РФ;

— *в-пятых*, прокурор имеет право отказаться от требования, заявленного им. В этих случаях, в соответствии с ч. 4 ст. 52 АПК РФ, продолжение процесса будет зависеть от истца — лица, в чьих интересах было возбуждено дело;

— *в-шестых*, хотя в законе и не закреплено специальное право прокурора на подачу представления о пересмотре судебных актов в апелляционной, кассационной, надзорной инстан-

<sup>16</sup> СПС «КонсультантПлюс».

<sup>17</sup> Вестник ВАС РФ. 2006. № 9.



циях, а также на подачу заявления о пересмотре судебного акта по новым и вновь открывшимся обстоятельствам, таким правом он обладает как лицо, участвующее в деле. Вопрос о том, как называть обращение прокурора с требованием о проверке судебных актов: представлением или жалобой, нужно решать в совокупности с нормами отраслевого законодательства, регулирующего деятельность прокуратуры в Российской Федерации. По этой причине, а также в целях обеспечения единообразия законодательства, регулирующего гражданское и арбитражное судопроизводство, правильнее было бы употреблять термин «представление прокурора», а не жалоба (апелляционная, кассационная). К сожалению, упоминание прокурора как лица, имеющего право на подачу *представления* в порядке надзора, есть только в главе 36 АПК РФ, регулирующей надзорное производство в арбитражном процессе.

Спорным является вопрос о том, имеет ли право прокурор, возбудивший дело в арбитражном процессе, заключать мировые соглашения. В АПК РФ 1995 г. такое право было закреплено. Характеризуя мировые соглашения, заключаемые сторонами в исковом производстве, можно сказать, что они представляют собой сделку по распоряжению материальными правами сторон, утвержденную судом с целью прекращения производства по делу. Иными словами, заключить мировое соглашение может лишь лицо, которое обладает субъективным материальным правом, являющимся предметом спора, разрешаемого арбитражным судом.

По этой причине права на заключение мирового соглашения у прокурора не может быть: он не является лицом, обладающим материальной заинтересованностью в деле. Кроме этого, как правильно отмечает В. В. Ярков, указывая на то, что прокурор не является участником спорного материального правоотношения, к прокурору не может быть заявлен встречный иск<sup>18</sup>. По поводу мировых соглашений этот автор своего мнения не высказывает. Р. Ф. Каллистратова, отмечая, что в действующем АПК РФ нет специального указания на возможность прокурора заключать мировые соглашения, полагает, что такое распорядительное право все же прокурору принадлежит, поскольку прокурор имеет право возбуждать дела, возникающие из публичных правоотношений, а в таких делах, в соответствии со ст. 190 АПК РФ, возможно примирение сторон<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> См.: Арбитражный процесс : учебник / под ред. В. В. Яркова. С. 129—130.

<sup>19</sup> См.: Комментарий к АПК РФ / под ред. В. Ф. Яковлева и М. К. Юкова. С. 169 (автор главы — Р. Ф. Каллистратова).

С этим трудно согласиться, поскольку мировые соглашения — это способ урегулирования разногласий между субъектами материально-правовых отношений. У прокурора с субъектами предпринимательской деятельности разногласий нет, он не находится в состоянии спора с лицами, чьи материальные права и интересы служат предметом судебной защиты. Поэтому прокурору и не может принадлежать право заключать мировые соглашения в делах, возбужденных по его инициативе.

Изложенное подтверждает тот факт, что правовая регламентация статуса прокурора в арбитражном процессе *нуждается в уточнении*.

В первую очередь необходимо заменить термин «иск» в ст. 52 АПК РФ термином «заявление» — так же как это сделано в ГПК РФ. Кроме того, в ч. 3 ст. 52 АПК РФ фразу: «прокурор, обратившийся в арбитражный суд, пользуется процессуальными правами и несет процессуальные обязанности истца» следует заменить на другую формулировку.

Эта часть должна содержать упоминание о том, что прокурор обладает всеми правами и обязанностями лиц, участвующих в деле, а также имеет право изменять свои требования, отказываться от них, имеет право подавать представления о пересмотре судебных актов в апелляционной, кассационной и надзорной инстанциях, имеет право подавать заявления о пересмотре дела по новым и вновь открывшимся обстоятельствам в тех случаях, если дело было возбуждено по его заявлению.

Отметим, что здесь мы присоединяемся к мнению Р. Ф. Каллистратовой, М. С. Шакарян, В. В. Яркова, полагающих, что форма участия в арбитражном процессе прокурора, предполагающая вступление его в процесс, начатый по инициативе других лиц, *нуждается в уточнении*<sup>20</sup>.

Обратим внимание на следующий момент. Несмотря на то что действующее законодательство о судопроизводстве в арбитражных судах не упоминает о такой форме участия прокурора, как дача заключения, вступление прокурора в начатый процесс по своему содержанию наиболее тяготеет именно к этой форме. Примеры судебной практики подтверждают эту позицию. Так, по одному делу Высший Арбитражный Суд РФ, рассмотрев письменное ходатайство Генеральной прокуратуры РФ о вступлении в дело прокурора, руководствуясь ч. 5 ст. 52 АПК РФ, определил: удовлетворить ходатайство Генеральной прокуратуры РФ о вступлении в

<sup>20</sup> См.: Комментарий к АПК РФ / под ред. В. Ф. Яковлева и М. К. Юкова. С. 169 (автор главы — Р. Ф. Каллистратова); Комментарий к АПК РФ / под ред. М. С. Шакарян. С. 129—130 (автор главы — М. С. Шакарян); Арбитражный процесс : учебник / под ред. В. В. Яркова. С. 126 (автор главы — В. В. Ярков).

дело прокурора. Старший прокурор Генеральной прокуратуры РФ выступила с заключением по предмету заявленного требования<sup>21</sup>.

Единообразие законодательства, регулирующего гражданское и арбитражное судопроизводство по одним и тем же вопросам, предполагает, что прокурор, вступая в процесс, *должен обладать правом давать заключение по делу*, обеспечивая законность рассмотрения дела арбитражным судом. Вместе с тем, анализируя взаимоотношения прокурора с ар-

битражным судом в рамках арбитражных процессуальных правоотношений, можно прийти к выводу о том, что в законе следует закрепить не только *право* прокурора вступить в процесс, но и его *обязанность* участвовать в деле для дачи заключения, если арбитражный суд признает это необходимым.

Высказанные соображения, на наш взгляд, полезны не только в теоретическом плане, но и могут быть учтены в повседневной правоприменительной практике.

<sup>21</sup> См.: Решение ВАС РФ от 23.05.2007 № 14062/03 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

#### Библиография:

1. Арбитражный процесс / отв. ред. В. В. Ярков. — М. : Волтерс Клувер, 2003.
2. Аргунов В. Н. Участие прокурора в гражданском процессе. — М., 1991.
3. Афанасьев С. Ф. Гражданский процесс : учеб.-метод. комплекс. — М. : Норма, 2004.
4. Вилкут М. А. О юридической терминологии в гражданском процессуальном праве // Актуальные проблемы гражданского права и процесса : сборник материалов междунар. науч.-практ. конференции. — Вып. 1. — М. : Статут, 2006.
5. Вилкут М. А. Стороны — основные лица искового производства. — Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1968.
6. Гордон В. М. Право судебной защиты по гражданскому процессуальному кодексу РСФСР // Вестник советской юстиции. — 1924. — № 1.
7. Гражданский процесс России : учебник / под ред. М. А. Вилкут. — М., 2005.
8. Клеандров М. И. Арбитражный процесс. — М. : Юристъ, 2003.
9. Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. М. С. Шакарян. — М. : ТК Велби, Проспект, 2003.
10. Курьлев С. В. Объяснение сторон как доказательство в советском гражданском процессе. — М., 1956.
11. Советский гражданский процесс / под ред. М. С. Шакарян. — М. : Юрид. литература, 1985.
12. Трещева Е. А. Субъекты арбитражного процесса. Часть 2 : Правовое положение лиц, участвующих в деле, в арбитражном процессе. — Самара : Изд-во Самарского ун-та, 2007.
13. Хурыз М. Х. Понятие сторон в гражданском процессе // Советское государство и право. — 1981. — № 11.
14. Юдельсон К. С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. — М. : Госюриздат, 1951.

*Материал поступил в редакцию 29 марта 2015 г.*

## PROSECUTOR'S STATUS IN THE ARBITRATION PROCEDURE NEEDS IMPROVING

**Treshcheva Evgenia** — Doctor of Legal Sciences, Head of the Department of Civil Procedure and Business Law, Samara State University.

[eatreshheva@yandex.ru]

443086, Russia, Samara, Akademika Pavlova Street, 1.

**Abstract.** *The article considers a problem of determining a legal status of a prosecutor as a party to the arbitration procedure. The author analyzes the terms which are defined in the applicable procedural law and relate to the plaintiff (the statement of claim, the rejection of the claim, etc.) and their inappropriate use in relation to the prosecutor. When evaluating the content of the articles governing the legal position of the prosecutor in the proceedings, the attention is drawn to the need to supplement the rules regarding the possibility of the prosecutor to give opinions on matters he participates in. This fact raises questions about the need to change the existing legislation. Despite the fact that the legislation on legal proceedings in arbitration courts makes no mention of such a form of prosecutor's participation as provision of the opinion, his entering the already launched pro-*

cess tends to this very form intrinsically. The author argues that the prosecutor also have such rights and duties, which can be called special. However, these are not the rights and duties of the claimant, but his own. Such rights and obligations include, in particular, the right of a prosecutor to bring a case to the Arbitration Court for the benefit of "others" on the types of cases which are referred to in paragraph 1, Article 52 of the APC (the case of public relations, the case of the recognition of certain categories of transactions void and etc.); the right of a prosecutor to enter the process at any stage on the same types of cases; when suing a prosecutor must justify the lawfulness of their appeal to the Arbitration Court. According to the author, the uniformity of legislation governing civil and arbitration procedure on the same issues, suggests that the prosecutor, entering the process, should have the right to give an opinion on the case, ensuring the legitimacy of the proceedings by the arbitral tribunal. However, analyzing the relationship between the prosecutor and arbitration court in the frames of arbitration procedural legal relationships, it can be concluded that the law should fix not only the rights of the prosecutor to enter the process, but also his duty to participate in order to give an opinion, if the Court of Arbitration considers it necessary.

**Keywords:** arbitration procedure, the subjects of the arbitration procedure, participants of the case, arbitration procedural law, procedural obligations, arbitration procedural legislation, forms of participation of the public prosecutor, "procedural claimant", the protection of public interests, initiation of proceedings, expressing an opinion.

#### References:

1. Yarkov V.V. (ed.) Arbitrazhnyj process [Arbitration procedure], Moscow: Wolters Kluwer, 2003.
2. Argunov V.N. Uchastie prokurora v grazhdanskom processe. [Prosecutor's participation in civil proceedings], Moscow, 1991.
3. Afanasiev S. F. Grazhdanskij process: uchebno-metodicheskij kompleks [Civil Procedure: instructional material], Moscow: Norma, 2004.
4. Vikut M.A. O juridicheskoj terminologii v grazhdanskom processual'nom prave [On legal terminology in the law of civil procedure]. Aktual'nye problemy grazhdanskogo prava i processa: sbornik materialov Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoj konferencii [Actual problems of civil law and process: proceedings of the International scientific and practical conference], Vol. 1, Moscow: Statute, 2006.
5. Vikut M.A. Storony – osnovnye lica iskovogo proizvodstva [Party is the main person of action proceedings], Saratov: Izd-vo Saratovskogo universiteta [SaratovUniversity Press], 1968.
6. Gordon V.M. Pravo sudebnoj zaschity po grazhdanskomu processual'nomu kodeksu [The right of judicial protection for the Code of Civil Procedure], RSFSR: Vestnik sovetskoj justicii [Herald of Soviet justice], 1924. - № 1.
7. Vikut M.A. (ed.) Grazhdanskij process Rossii: uchebnik [Civil Procedure of Russia: Textbook], Moscow, 2005.
8. Kleandrov M.I. Arbitrazhnyj process [Arbitration procedure]. Moscow: Jurist, 2003.
9. Shakaryan M.S. (ed.) Kommentarij k Arbitrazhnomu processual'nomu kodeksu Rossijskoj Federacii (postatejnyj) [Commentary on the Code of Arbitration Procedure of the Russian Federation (itemized)], Moscow: TC Welby, "Avenue", 2003.
10. Kurylev S.V. Ob'jasnenie storon kak dokazatel'stvo v sovetskom grazhdanskom processe [Explanations of the parties as evidence in the Soviet civil process], Moscow, 1956.
11. Shakaryan M.S. (ed.) Sovetskij grazhdanskij process [Soviet civil process], Moscow: "Jurid. lit." , 1985.
12. Treshcheva E.A. Sub'ekty arbitrazhnogo processa. Chast' 2: Pravovoe polozhenie lic, uchastvujushhih v dele, v arbitrazhnom processe [Subjects of arbitration procedure. Part 2: The legal status of the persons involved in the case in the arbitration procedure], Samara: "Samara University", 2007.
13. Hutyz M.H. Ponjatje storon v grazhdanskom processe [Concept of the parties in the civil process]. Sovetskoe gosudarstvo i pravo [The Soviet state and the right], 1981. - № 11.
14. Judelson K.S. Problema dokazyvanija v sovetskom grazhdanskom processe [The problem of proof in the Soviet civil process], Moscow: Gosyurizdat, 1951.

Т. В. Кленова\*

## СОЦИАЛЬНО-ПОЛИТИЧЕСКИЕ СОСТАВЛЯЮЩИЕ КВАЛИФИКАЦИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

**Аннотация.** *Квалификация преступлений — сложное явление, в сферу которого включены нормы уголовного права, деятельность уполномоченных представителей государственной власти в связи с установлением события преступления и определением его вида, правоприменительные акты с отрицательным суждением о совершении преступления человеком, подвергнутым уголовному преследованию. Множественность структурных элементов данного правового явления определяет его регулятивную функцию. Нацеленность на регулирование и оценку поведения людей обуславливает выделение социально-политических составляющих в квалификации преступлений. Вопрос об использовании квалификации преступлений в уголовной политике не освещен в российской юридической литературе. Настоящий материал — о проблемах понимания квалификации преступления, ее значении для гарантирования нормального развития общественных отношений, а также об угрозах, связанных с усилением роли принципа политической целесообразности в практике квалификации преступлений, и о необходимости последовательного проведения политики порицания при квалификации преступлений.*

**Ключевые слова:** *квалификация преступлений, уголовная политика, резонансные уголовные дела, разделение властей в сфере уголовной политики, политика порицания, дискриминация и привилегии при квалификации преступлений.*

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.107.10.064-075

**К**валификация преступлений — правовое явление, в сферу которого включены нормы уголовного права, деятельность уполномоченных представителей государственной власти в связи с установлением события преступления и определением его вида, правоприменительные акты с отрицательным суждением о совершении преступления человеком, подвергнутым уголовному преследованию. Множественность структурных элементов данного правового явления определяет его регулятивную функцию.

Квалификация преступлений нацелена на регулирование и оценку поведения людей, это объясняет ее социально-политическое значение. Когда государственная власть не учиты-

вает угроз, связанных с преуменьшением либо преувеличением значения социально-политических составляющих квалификации преступлений, возможен рост конфликтности отношений государства и гражданского общества, это подтверждается реакцией граждан, социальных групп и политических объединений на итоговые судебные решения по резонансным уголовным делам.

В моменты напряжения национальных и конфессиональных отношений и террористических угроз повышается активность обсуждения судебных решений с точки зрения привилегий в отношении лиц, совершивших преступление, и дискриминации потерпевших по национальной и религиозной принадлеж-

© Кленова Т. В., 2015

\* Кленова Татьяна Владимировна — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Самарского государственного университета.

[klenova\_tatiana@mail.ru]

443011, Россия, Самара, ул. Академика Павлова, д. 1.



ности. Народ возмущается, если судьи (также должностные лица других правоприменительных органов) по-разному толкуют одни и те же статьи Уголовного кодекса РФ при решении вопроса о наличии состава преступления в отношении лиц разных национальностей, религиозной принадлежности. Социальные группы, недовольные уголовно-правовыми привилегиями и дискриминацией по национальной и религиозной принадлежности, поддерживаются и используются политическими организациями и движениями. Это стало очевидным 11 декабря 2010 г., когда в Москве и ряде других городов прошли несанкционированные, с оказанием неповиновения властям митинги и шествия, посвященные погибшему Егору Свиридову — члену сообщества болельщиков футбольной команды «Спартак», который был убит с применением травматического пистолета пятью выстрелами, последний из них был совершен в затылок. Нападавшие (уроженцы Дагестана и Кабардино-Балкарии) были задержаны и спущены несколько часов отпущены. Уголовное дело возбудили только через два дня и уже в условиях общественного давления, инициированного футбольными болельщиками, но без квалификации содеянного как убийства. Р. Г. Нурғалиев, на тот момент министр МВД РФ, обращаясь к организаторам митинга на Манежной площади, признал факт насильственной смерти, но заключил, что «смерть Егора Свиридова наступила в результате хулиганских действий»<sup>1</sup>. Официальный представитель Следственного комитета В. И. Маркин в тот же день сделал заявление для средств массовой информации: «Сегодня по ходатайству следствия в отношении Хасана Ибрагимова и Наримана Исмаилова, подозреваемых в совершении преступлений, предусмотренных ст. 116 “Побои” и 213 “Хулиганство” УК РФ, судом была избрана мера пресечения в виде заключения под стражу»<sup>2</sup>. Движение дела больше не останавливалось, и 28 октября 2011 г. Московский городской суд в связи с вышеназванным событием вынес обвинительный приговор в отношении 6 лиц: Акаев, Арсибиев, Ибрагимов, Исмаилов, Утарбиев были признаны виновными в хулиганстве, совершенном с применением оружия и предметов, используемых в качестве оружия, группой лиц по предварительному сговору, и в умышленном причинении легкого вреда здоровью потерпевшего из хулиганских побуждений; Черкесов — в умышленном причинении смерти дру-

гому человеку из хулиганских побуждений и в покушении на убийство двух лиц из хулиганских побуждений<sup>3</sup>.

Может быть, принимая решения о квалификации подобных преступлений с замещением мотива национальной ненависти или вражды хулиганским мотивом, представители государственной власти надеются защитить репутацию целого сообщества людей и не допустить разрастания социальных протестных проявлений. На самом же деле применение уголовного закона, основанное на представлениях о политической целесообразности и неадекватное фактическим обстоятельствам дела, обостряет конфликтность общественных отношений. Одни представители общественности считают, что государство не принимает необходимых мер для противодействия националистическим насильственным проявлениям, другие — что государство признает проблему национализма, но дискриминационно по отношению к потерпевшим с учетом их национальной принадлежности.

Попытки государственной власти скрыть проявления национализма в преступлениях, даже по резонансным уголовным делам, могут иметь долговременные негативные последствия, осложнить выстраивание взаимоотношений между людьми других поколений<sup>4</sup>.

Негативную общественную реакцию вызывают и случаи квалификации преступлений с нарушением принципа равенства по признакам должностного и имущественного положения. Общественное мнение особенно чувствительно к подобным проявлениям в условиях распространения коррупции и усугубления имущественного неравенства. Так, государственную власть порицают за то, что она, объявив борьбу с коррупцией, в целом либеральна к должностным лицам, вовлеченным в коррупцию.

Опасность коррупционных преступлений общепризнана. Они разрушительны для нормальной управленческой деятельности, подрывают авторитет публичной власти, препятствуют проведению социальных преобразований и развитию национальной экономики, деформируют правосознание граждан и др. К сожалению, государственная власть покровительственно относится к не Достоверной квалификации коррупционных преступлений, прежде всего преступлений, сопряженных со взяточни-

<sup>1</sup> ИТАР ТАСС. URL: <http://www.itar-tass.com/prnt.html?NewsID=15770296> (дата обращения: 21.06.2011).

<sup>2</sup> ИТАР ТАСС. URL: <http://www.itar-tass.com/prnt.html?NewsID=15770350> (дата обращения: 21.06.2011).

<sup>3</sup> Тексты судебных актов. URL: [http://www.supcourt.ru/vs\\_cases2.php?delo\\_type=1&iInstance=0&number=&name=%C8%С1%D0%С0%С3%С8%СС%СЕ%С2+%D5%С](http://www.supcourt.ru/vs_cases2.php?delo_type=1&iInstance=0&number=&name=%C8%С1%D0%С0%С3%С8%СС%СЕ%С2+%D5%С) (дата обращения: 07.02.2015).

<sup>4</sup> См., например: Мацкевич И. М. Криминологический портрет Бандеры // Союз криминалистов и криминологов. 2014. № 2. С. 27—29. DOI: 10.7256/2310-8681.2014.1.12734.

чеством (получение взятки, дача взятки, посредничество во взяточничестве, коммерческий подкуп). Согласно статистическим данным Судебного департамента при Верховном Суде РФ обвинительные приговоры чаще всего выносятся в отношении дающих взятку, что явно не соответствует реальной практике взяточничества. Так, в судах Российской Федерации за получение взятки, дачу взятки, посредничество во взяточничестве, коммерческий подкуп в 2012 г. были осуждены всего 3 871 человек, из них 273 (7%) — за коммерческий подкуп, 1 442 (37,2%) — за получение взятки, 63 (1,6%) — за посредничество во взяточничестве и 2 093 (54%) — за дачу взятки. В 2013 г. за получение взятки и смежные преступления были осуждены всего 5 258 человек, из них 325 (6,2%) — за коммерческий подкуп, 1 570 (29,9%) — за получение взятки, 124 (2,4%) — за посредничество во взяточничестве и 3 239 (61,6%) — за дачу взятки. Число осужденных за взяточничество возросло после введения в УК РФ ст. 291.1 и существенного обновления редакции ст. 290 и 291 УК РФ Федеральным законом от 04.05.2011 № 97-ФЗ, но соотношение количественных характеристик судимостей за преступления, сопряженные со взяточничеством, существенно не изменилось; количество осужденных за дачу взятки только увеличилось!

Таким образом, изменение законодательных норм само по себе не обозначило перестройку уголовной политики. Нормы об уголовной ответственности за коррупционные преступления к должностным лицам применяются редко, выборочно, в то время как преступления, являющиеся основаниями применения соответствующих норм, широко распространены. Невозможно не признать, что практика укрытия подобных преступлений имеет регулярный и регулируемый характер.

Показательно, что большинство из 144 студентов Самарского государственного университета при анкетировании по теме борьбы с коррупцией на вопрос «Как Вы полагаете, насколько полезны громкие дела в борьбе с коррупцией?» ответили: «Польза есть, но небольшая, т.к. основная масса коррупционеров игнорирует их, воспринимая лишь как расправу с зарвавшимися» (51%) и «Пользы нет вообще» (15%).

Наличие социально-политических составляющих в квалификации преступления многие отрицают. Это обнаруживается при анализе определений понятия квалификации преступления.

Широко распространено *формально-юридическое понимание квалификации преступлений* как установления преступности деяния по признакам состава преступления. Теоре-

тической основой такого определения стали идеи А. А. Герцензона о том, что «квалификация преступления состоит в установлении соответствия данного конкретного деяния признакам того или иного состава преступления, предусмотренного уголовным законом»<sup>5</sup>. По оценке А. И. Рарога, это понимание квалификации преступлений «разделяется практически всеми криминалистами»<sup>6</sup>. Такой подход сориентирован на принцип законности и ограничивает возможности усмотрения при квалификации преступлений, вместе с тем не подвигает должностных лиц правоприменительных органов к поиску достоверного вывода о преступности деяния. Формально-юридическое понимание квалификации преступлений сопряжено с бюрократизацией правоприменительного процесса. С точки зрения социальных интересов это не полезно, т.к. увеличивается дистанция между гражданами и государством.

Известно и другое понимание квалификации преступлений — *социально-правовое*, когда квалификация преступлений раскрывается как правоприменительная деятельность, направленная на поиск истины, соответственно деяние признается преступлением не только формально, с точки зрения соответствия уголовно-правовой норме, но и по существу<sup>7</sup>. Такой концептуальный подход означает, что в процессе квалификации противоправность и общественная опасность деяния определяются во взаимосвязи, что итоги процесса квалификации оцениваются в соответствии не только с принципом законности, но и с принципом справедливости. Социально-правовое определение сопряжено с расширением пределов усмотрения при квалификации преступлений, значит, есть угроза произвола представителей государственной власти, тем не менее оно в большей степени, чем формально-юридическая дефиниция квалификации преступлений, отвечает потребностям общества.

По уголовным делам общественные ожидания связываются с тем, чтобы невиновные не привлекались к уголовной ответственности, а в отношении лиц, совершивших преступления, выносились обвинительные приговоры, основанные на законе и по существу правильные, справедливые.

Позиция государства относительно основных требований к решениям по уголовным делам особенная. От имени государства никто

<sup>5</sup> Герцензон А. А. Квалификация преступлений. М., 1947. С. 3.

<sup>6</sup> Рарог А. И. Проблемы квалификации преступлений по субъективным признакам. М., 2015. С. 8.

<sup>7</sup> Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. М., 1999. С. 40, 48 и др.

не отрицает социальную значимость соблюдения принципов уголовного закона при вынесении решений по уголовным делам, однако допускается избирательность в определении сферы применения соответствующих принципов, что означает либо их противопоставление, либо неполноту реализации. Так, решения о квалификации преступлений принято оценивать как правильные или неправильные, исходя из принципа законности, а принцип справедливости считается базовым для назначения наказания.

Такой дифференцированный подход к реализации принципов законности и справедливости в судебной практике по уголовным делам имеет нормативную основу. Так, в Уголовно-процессуальном кодексе РФ несправедливость приговора признается основанием его отмены или изменения и соотносится с несправедливостью наказания (ч. 2 ст. 389.18). В статье 389.15 УПК РФ другими основаниями отмены или изменения судебного решения в апелляционном порядке названы: несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом первой инстанции (п. 1); существенное нарушение уголовно-процессуального закона (п. 2); неправильное применение уголовного закона (п. 3); выявление обстоятельств, указанных в части первой и п. 1 ч. 1.2 ст. 237 УПК РФ (п. 5). В следующих статьях УПК РФ (ст. 389.16, 389.17, 389.18) конкретизированы основания отмены или изменения судебного решения, указанные в п. 1—4 ст. 389.15 УПК РФ. Законодатель объединил определения оснований, предусмотренных п. 3 и 4 ст. 389.15 УПК РФ, в одну статью — ст. 389.18 «Неправильное применение уголовного закона и несправедливость приговора». Судья по особенной законодательной технике (объединение в одну статью) и содержанию, указанные основания законодатель, видимо, посчитал специальными по отношению к более общему основанию — существенное нарушение уголовного закона.

В приведенной законодательной классификации оснований отмены или изменения судебного решения в апелляционном порядке не применены понятия «неправильная квалификация преступлений» или «ошибка в квалификации преступлений». Поскольку критерием оценки справедливости приговора в УПК РФ признается только назначенное наказание, можно предположить, что неправильная квалификация преступления (как уголовно-правовая категория) имеется в виду в п. 2 ч. 1 ст. 389.18 УПК РФ, в котором неправильное применение уголовного закона раскрывается как «применение не той статьи или не тех пункта и (или) части статьи Особенной части Уголовного кодекса Российс-

кой Федерации, которые подлежали применению». Из этого следует предположение, что в уголовно-процессуальном законе задан формальный подход к оценке приговора в части квалификации преступления, исходя из принципа законности, но не справедливости.

Конституционный Суд РФ в постановлении от 16.05.2007 № 6-П определил правовую позицию, отличную от изложенной в УПК РФ, с многоаспектной характеристикой несправедливости приговора: «Судебное решение, если существенно значимые обстоятельства события, являющегося предметом исследования по уголовному делу, отражены в нем неверно, не может рассматриваться как справедливый акт правосудия и должно быть исправлено независимо от того, что послужило причиной его несправедливости — неправомерные действия судьи, судебная ошибка или иные обстоятельства, объективно влияющие на законность, обоснованность и справедливость судебного акта»<sup>8</sup>. В интерпретации Конституционного Суда приговор является несправедливым, когда и уголовно-правовые, и уголовно-процессуальные выводы суда, изложенные в приговоре, не соответствуют фактическим обстоятельствам уголовного дела, т.е. показателями несправедливого приговора признаются неудовлетворительность доказательств с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а также неправильная квалификация преступления, даже при формальном соблюдении норм действующего законодательства.

Возможность определения критериев справедливости приговора иначе, чем это предусмотрено в УПК РФ, подтверждена в практике Верховного Суда РФ со ссылкой на международное право. Так, в постановлении от 08.04.2009 № 301П08 Президиум Верховного Суда РФ признал основанием изменения квалификации преступления установленное Европейским Судом по правам человека нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В названном постановлении Президиума Верховного Суда РФ сказано: «Решение об отмене или изменении вступивших в законную силу приговора, определения или постановления суда Президиум Верховного Суда РФ принимает в тех случаях, когда установленное Европейским Судом по правам человека нарушение Конвенции о защите прав человека и основных свобод позволяет сделать вывод о незаконности, необоснованности или несправедливости судебных решений»<sup>9</sup>. Специ-

<sup>8</sup> Собрание законодательства РФ. 28 мая 2007. № 22. Ст. 2686.

<sup>9</sup> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2009. № 9. С.22.

личность этого постановления выражается в том, что в нем не указано, какие нормы российских уголовного и уголовно-процессуального законов были применены неправильно российскими судами, принимавшими решения по уголовному делу, ставшему предметом рассмотрения Европейским Судом по правам человека. Квалификация была изменена в отношении К., который судом первой инстанции был осужден по ч. 3 ст. 129 УК РФ, т.к., являясь главным редактором и соучредителем газеты «Новый Гражданский Мирь», поместил в газете статью, где «распространил заведомо ложные сведения, порочащие честь и достоинство и подрывающие репутацию губернатора Ставропольского края Ч.». Президиум Верховного Суда РФ, руководствуясь решением Европейского Суда по правам человека, установившим нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении данного дела судом Российской Федерации, производство по делу прекратил за отсутствием в деянии состава преступления, объяснив: «Статья написана в критической форме, однако автор не вышел за рамки общепризнанного уровня преувеличения или провокации, что допустимо с позиции свободы слова для журналиста, статья не превышала применимых границ критики». Президиум Верховного Суда РФ, указав на отсутствие состава преступления, не конкретизировал, какие именно признаки состава клеветы, определенные в УК РФ, не были установлены по настоящему уголовному делу. Таким образом, квалификация преступления была признана ошибочной все же не по формальному основанию, а из-за несправедливости решения.

В современной России правотолковательную практику Европейского Суда по правам человека, наряду с УК РФ, стали признавать источником уголовно-правовых норм. Так, Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 27.06.2013 № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней» указал: «Как следует из положений статьи 46 Конвенции, ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 года № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», правовые позиции Европейского Суда по правам человека, которые содержатся в окончательных постановлениях Суда, принятых в отношении Российской Федерации, являются обязательными для судов» (п. 2).

То, что в УПК РФ несправедливость приговора определена в непосредственной связи только с назначением наказания и при клас-

сификации оснований отмены или изменения судебного решения не названа неправильная квалификация преступлений, является последствием недооценки социального значения квалификации преступлений, отношения к ней как к технической задаче.

Рассмотрение квалификации преступлений не как правоприменительной деятельности, а в качестве технической операции, сопутствующей уголовной ответственности, — это еще один известный вариант понимания квалификации преступлений.

Определение *квалификации преступления как технического действия* — ссылки на статью уголовного закона<sup>10</sup> — противостоит как социально-правовой, так и формально-юридической дефиниции квалификации преступлений, поскольку технические действия непосредственно не направлены на реализацию не только принципа справедливости, но и принципа законности. Технические акты правоприменения имеют нормативной основой технические, а не правовые нормы. Если должностное лицо правоприменительного органа относится к квалификации преступлений как техническому действию, то применяет уголовный закон без личного усмотрения при толковании содержания применяемых норм, а с ориентиром на распоряжение или позицию вышестоящего должностного лица или государственного органа.

Востребованность определения квалификации преступлений в качестве технической операции повышается в условиях нестабильного уголовного законодательства. Когда субъекты правотворческого процесса производят изменения и дополнения уголовного закона многократно, с правом на ошибку, принципу законности противопоставляется принцип целесообразности, как следствие, в правоприменительной практике утрачивается ориентир на определение основания уголовной ответственности в точном соответствии с законом. Аргумент о целесообразности одновременно обращен и против принципа справедливости.

Популяризации позиции, в соответствии с которой квалификация преступлений считается технической задачей, решаемой в соответствии с принципом целесообразности, также способствовала судебная реформа. После принятия УПК РФ все чаще по значимости противопоставляются процессуальные и материальные основания отмены или изменения решений по уголовным делам. Вывод о приоритетном значении уголовно-процессуальных предписаний подкрепляется ссылками на большую

<sup>10</sup> См., например: Уголовное право. Особенная часть / под ред. И. Я. Козаченко, З. А. Незнамовой, Г. П. Новоселова. М., 1998. С. 19—20.



опасность процессуальных нарушений при применении именно УПК РФ как закона реформаторского, сориентированного на состязательный процесс. Усилению влияния такой позиции способствовало и введение в УПК РФ норм об особом порядке принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением, а также норм о досудебном соглашении о сотрудничестве, применение которых сопряжено с рассогласованием преступления и уголовной ответственности.

То, что процедурным правилам придается значение критерия оценки события преступления и выбора его уголовно-правовых последствий, многие считают неправильным. Например, Э. Ф. Побегайло оценивает соответствующие законодательные решения как угрозу правам человека. По его словам, посредством УПК РФ «возрождена практика производства по уголовным делам, принятая в средневековой Европе, в рамках которой внимание прежде всего уделялось не рассмотрению сути дела, а признанию, полученному от обвиняемого»<sup>11</sup>.

Есть обстоятельство и уголовно-правового характера, способствующие преуменьшению в профессиональном сознании значения общеправовых принципов и техническому подходу к квалификации преступлений. Это прежде всего большая практика освобождения от уголовной ответственности и наказания, условного осуждения лиц, совершивших преступления, а также соразмерность во многих случаях наказания, предусматриваемого и назначаемого за разные виды преступлений.

Несмотря на множество условий, способствующих формальному, упрощенному подходу к квалификации преступлений, принципиально важно, чтобы приоритет имело социально-правовое понимание квалификации преступлений, поскольку оно соответствует социально-правовому значению этого направления государственной деятельности. Социальное назначение квалификации преступлений выражается в том, что этот вид правоприменения направлен на защиту интересов личности, общества и государства от преступных посягательств, тем самым обеспечивается общественная безопасность и социальная стабильность. Правовая значимость квалификации преступлений подтверждается тем, что решения о квалификации преступлений являются основаниями или условиями применения норм разной отраслевой принадлежности. В сфере применения уголовно-правовых норм в процессе квалификации преступлений решаются основные

уголовно-правовые вопросы: разграничивается преступное и не преступное поведение, устанавливается вина лица в отношении деяния и его последствий, дается официальная отрицательная оценка поведения лица как преступления с постановлением приговора именем Российской Федерации, обосновываются уголовное наказание или освобождение от него или уголовной ответственности.

*Социальная полезность квалификации преступлений обуславливает ее включение в уголовную политику.* Политическая составляющая квалификации преступлений, и в целом правоприменения, не получила научного признания. А вот правотворчество, как правило, рассматривается в уголовно-политическом аспекте.

В российской юридической литературе, посвященной проблемам уголовной политики, правоприменительную деятельность обычно разграничивают с правотворчеством, не только с учетом содержания и источников, но и по значению. Так, по оценке Н. А. Лопашенко, «уголовно-правовая политика, как никакая другая, жестко законодательно регламентирована; ее стратегия и тактика полностью отражаются в Уголовном кодексе и вносимых в него изменениях и дополнениях», а правоприменительная деятельность носит, «в определенной степени, вторичный характер по отношению к правотворчеству, поскольку осуществляется государством через представителей государственных органов, которые сами уголовно-правовую политику не творят, но реализуют»<sup>12</sup>.

А. И. Коробеев, признавая, что содержание уголовно-правовой политики не сводится только к правотворчеству, в него входит и правоприменительная деятельность, «главным содержанием» уголовно-правовой политики назвал криминализацию, пенализацию, декриминализацию, депенализацию<sup>13</sup>. Именно эти законодательные явления А. И. Коробеев выделил из ряда элементов содержания уголовно-правовой политики, сделав специальным предметом исследования в монографии, в целом посвященной уголовно-правовой политике.

Некоторые исследователи одинаково оценивают значение правотворчества и правоприменения для уголовной политики, но как внешних по отношению к ней факторов. Содержанием же уголовной политики считают совокупность идей, концепции или программы о противодействии преступности, а правотворческую и правоприменительную практику

<sup>11</sup> Побегайло Э. Ф. Истинно ли уголовное судопроизводство, где не требуется установления истины? // Избранные труды. СПб., 2008. С. 20.

<sup>12</sup> Лопашенко Н. А. Уголовная политика. М., 2009. С. 49, 50.

<sup>13</sup> Коробеев А. И. Советская уголовно-правовая политика. Владивосток, 1987. С. 6.

определяют формами реализации уголовной политики. Например, Н. А. Беляев писал: «Конечно, политика без практической деятельности по ее реализации ничто. Однако политика и ее практическая реализация не одно и то же»<sup>14</sup>. Н. А. Беляев пришел к выводу, что содержание политики составляет теоретическая разработка практического осуществления средств и методов воздействия на предмет политики — преступность<sup>15</sup>.

Поскольку уголовная политика включается в структуру государственной политики, неправильно отождествлять ее с идеями и доктринами. Как и любое направление государственной политики, уголовная политика отличается свойством реальности, это практическая сложноструктурированная деятельность государства по противодействию преступности. Об уголовной политике следует судить главным образом с учетом содержания и развития уголовного законодательства и практики его применения.

В настоящее время государством в основном решаются не стратегические, а тактические задачи уголовной политики, соответственно, принимаются уголовные законы, не обоснованные официально принятыми стратегиями или концепциями. Меняется реальность, появляются новые идеи о том, как противостоять преступности, и ответно обновляется уголовная политика, что отражается в текущем уголовно-правовом регулировании, когда вводятся в действие законы, изменяющие и дополняющие уже установленные в кодифицированном законе правила уголовной ответственности. Законодательно установленные уголовно-правовые нормы непосредственно включаются в содержание уголовной политики.

Правоприменение по определению имеет прикладное значение по отношению к правотворчеству и предназначено быть формой реализации законодательно выраженной уголовной политики. Вместе с тем уголовная политика может изменяться и без законодательного закрепления, с ориентиром на политическую целесообразность. Как и при текущем уголовно-правовом регулировании, посредством правоприменения осуществляется ситуативная уголовная политика, с учетом динамики криминальной ситуации, а также открывшихся социальных, экономических и организационных обстоятельств. *Правоприменение, наряду с правотворчеством, составляют отдельные направления уголовной политики, с внутренними источниками развития, закономерностями и особенностями.*

<sup>14</sup> Беляев Н. А. Уголовно-правовая политика и пути ее реализации. Ленинград, 1986. С. 29.

<sup>15</sup> См.: Беляев Н. А. Указ. соч. С. 27.

Самостоятельное уголовно-политическое значение правоприменительной практики косвенно подтверждается криминологическими исследованиями соотношения фактической и зарегистрированной преступности. В ходе этих исследований установлена тенденция роста преступлений, которые не были выявлены из-за невыполнения должностными лицами своих обязанностей или стали известны правоохранительным органам, тем не менее остались официально не выявленными и были укрыты от регистрации («искусственная латентность»)<sup>16</sup>. Меняются не только количественные, но и качественные показатели латентной преступности, и эти изменения не являются ответными к изменениям и дополнениям законодательства. В настоящее время ряд преступлений с традиционно высокой латентностью (например, дача и получение взяток, коммерческий подкуп, злоупотребление должностными полномочиями, уклонение от уплаты налогов, преступления, связанные с незаконным оборотом наркотических средств) пополнивается преступлениями, ранее считавшимися средними и низколатентными. Низколатентными перестали определять даже убийства<sup>17</sup>.

Прямым подтверждением формирования уголовной политики в процессе правоприменения является официальная судебная право-толковательная деятельность, когда она меняет смысл и содержание уголовного закона или рассматривается в качестве иного источника уголовно-правовых норм. В результате толкования статьи уголовного закона изменяются пределы ее применения и принимаются решения, способные служить прецедентом при рассмотрении уголовных дел; это значит, что правоприменительные органы фактически выходят за рамки правоприменительной деятельности и вовлекаются в правотворческий процесс, как следствие — в уголовную политику. По мнению А. В. Наумова, и решения Верховного Суда РФ по конкретным делам, и разъяснения, даваемые Пленумом этого Суда на основании обобщения судебной практики и судебной статистики в постановлениях по делам той или иной категории, с полным основанием претендуют на то, чтобы служить судебным прецедентом при рассмотрении уголовных дел. А. В. Наумов считает, что пора предоставить всем судам право официально ссылаться на решения Верховного Суда РФ, без этого пер-

<sup>16</sup> См., например: Иншаков С. М. Латентная преступность в Российской Федерации: 2001—2006. М., 2007; Кондратюк Л. В., Овчинский В. С. Криминологическое измерение. М., 2008.

<sup>17</sup> См., например: Корсантия А. Латентность убийств в современной России // Уголовное право. 2011. № 1. С. 84, 94.

спектива становления судебной власти остается весьма призрачной<sup>18</sup>. В Санкт-Петербурге на Третьих Сенатских чтениях Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ А. А. Иванов выступил с «Речью о прецеденте», которую завершил словами: «Нам нужно двигаться к тому, чтобы все высшие суды исходили из единых принципов влияния их правовых позиций на социальные отношения, т.е. придерживались идеи прецедентного права»<sup>19</sup>. Интересно, что А. А. Иванов полагает возможным распространение сферы воздействия судебных актов на социальные отношения, которые не были предметом судебного разбирательства, т.е. допускает расширительное толкование закона, вместе с тем он категорично утверждает, что сам прецедент расширительному толкованию не подлежит<sup>20</sup>.

Наряду с судебными разъяснениями уголовного закона в связи с рассмотрением конкретных уголовных дел, научные исследователи в ряд источников уголовно-правовых норм стали включать правовые позиции судов. О том, что правовые позиции судов — это самостоятельное явление в юридической практике, к примеру, пишут Н. А. Власенко и А. В. Гринева: «Именно эти позиции являются определяющими в правовом регулировании, и не только с точки зрения достижения правового эффекта (урегулирование фактических отношений), но и правообразующего влияния»<sup>21</sup>. Под правовыми позициями здесь понимается не совокупность принятых по аналогичным делам решений и тем более не конкретное решение по отдельному делу, а система правовых аргументов, положенная в основу вывода о применении соответствующей юридической нормы или группы норм.

Некоторые российские ученые противопоставляют по юридической силе судебные позиции и прецеденты. Так, А. А. Толкаченко пишет: «При всем многообразии выбора иной альтернативы нет: правоприменитель не может руководствоваться доктриной или прецедентом в чистом виде. А вот правовые позиции Европейского, Конституционного, Верховного судов — это уже признанные источ-

ники, в том числе ограничивающие усмотрение правоприменителя»<sup>22</sup>.

*Уголовная политика (уголовно-правовая политика)* — это сложный вид деятельности государства, включающий определение целей, задач и принципов реагирования на преступления уголовно-правовыми средствами, а также использование уголовно-правовых средств в соответствии с избранными целью, задачами и принципами деятельности.

Поскольку в уголовно-правовой политике выделяются различные направления деятельности: создание директивной базы; законотворческая и правоприменительная деятельность; управленческая деятельность по организации законотворческой и правоприменительной практики, — в процессы формирования и реализации уголовно-правовой политики обособованно вовлечены все ветви государственной власти, в том числе судебная власть.

Включение в круг субъектов уголовной политики органов судебной власти допустимо с позиции конституционного права. В Конституции РФ задан порядок осуществления государственной власти на основе ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную (ст. 10), при этом государственная политика, ее отдельные направления, не отнесены к сфере деятельности определенной ветви власти. В Конституции РФ никакие органы и должностные лица не исключены из круга субъектов государственной политики, но выделена роль Президента РФ: «Президент Российской Федерации в соответствии с Конституцией Российской Федерации и федеральными законами определяет основные направления внутренней и внешней политики государства» (ст. 80). Представляется, что разделение властей в связи с осуществлением уголовной политики определяется так же, как для государственной политики в целом. Разделение властей сопровождается различением полномочий государственных органов и должностных лиц в связи с уголовной политикой, а не исключением из сферы уголовной политики носителей законодательной, исполнительной или судебной власти. Ряд субъектов, формирующих и осуществляющих уголовную политику, составляют Президент РФ, другие структуры исполнительной власти, органы законодательной власти, суды.

Те исследователи, кто не признают правоприменение структурной частью уголовной политики, ссылаются не только на производность правоприменения от законодательства и раз-

<sup>18</sup> См., например: Наумов А. В. О судебном толковании уголовного закона (в связи с юридической природой постановлений Пленума Верховного Суда РФ) // Уголовная ответственность и проблемы исполнения наказаний: сб. науч. тр. Академии Ген. прокуратуры РФ. М., 2009. С. 47—48; и др.

<sup>19</sup> Иванов А. А. Слово о прецеденте: как сохранить и независимость суда, и правовую определенность // Новая юстиция. 2009 (5). № 4. С. 11—12.

<sup>20</sup> Иванов А. А. Указ. соч. С. 6.

<sup>21</sup> Власенко Н. А., Гринева А. В. Судебные правовые позиции (основы теории). М., 2009. С. 53.

<sup>22</sup> Толкаченко А. Пределы судебного усмотрения при назначении уголовного наказания // Уголовное право. 2010. № 4. С. 60.

деление судебной и иных властей, но и на то, что правоприменение не предназначено воздействовать на общественные отношения, имеет персонифицированный характер, а уголовная политика объектом воздействия имеет именно общественные отношения.

Действительно, под применением права обычно понимается государственно-властная деятельность уполномоченных органов, состоящая в рассмотрении конкретного юридического дела и вынесении по нему индивидуального решения, обязательного для адресатов<sup>23</sup>. Таким образом, признается, что при правоприменении осуществляется воздействие на поведение людей. Однако с позиций общей теории права воздействие на поведение людей и регулирование общественных отношений имеют совместимый характер. Поскольку при правоприменении влияние оказывается на поведение не только человека, в отношении которого было принято соответствующее решение, но и других лиц, осведомленных о соответствующей практике, это означает, что воздействие осуществляется в целом на общественные отношения. Характеристика правоприменения как индивидуально-правовой деятельности не исключает определения его функцией регулирования общественных отношений. Многие исследователи включают акты правоприменения в механизм правового регулирования. Известна дефиниция актов применения права как формы индивидуального правового регулирования общественных отношений<sup>24</sup>.

То, что правоприменительная деятельность имеет непосредственную связь с процессами регулирования общественных отношений, подтверждается направленностью применения права на установление правопорядка, защиту законных интересов личности, общества и государства, восстановление нарушенных прав.

О недостаточности законодательных средств для решения задач политико-правового процесса писал Л. С. Явич: «В актах применения права не менее, чем в правотворческой деятельности, а то и более, проявляется политика государства, его место и значение в жизни классового общества. От сущности государства и политического режима в огромной степени зависит характер правоприменения, удельный вес актов, направленных на реализацию диспозиций норм права, и актов, реализующих санкции»<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> См., например: Дюрягин И. Я. Применение норм советского права. Свердловск, 1973. С. 19; Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. М., 1982. Т. 2. С. 317—320.

<sup>24</sup> См.: Явич Л. С. Общая теория права. Ленинград, 1976. С. 233.

<sup>25</sup> Явич Л. С. Указ. соч. С. 234.

Представляется, что в современной России научные дискуссии о возможности участия судов в уголовной политике имеют запаздывающий характер. В российской уголовной политике уже взят курс на усиление политико-правового значения решений судебной власти. Судебная власть, формируя правовые позиции и принимая решения прецедентного характера, определяет ориентиры в практической деятельности не только для судов, но и других органов и должностных лиц, принимающих решения по уголовным делам.

Правоприменительная практика (квалификация преступлений, назначение наказания, освобождение от уголовной ответственности и наказания) имеет критериальное значение для определения содержания и тенденций уголовной политики.

Данные о квалификации преступлений составляют эмпирическую базу для принятия уголовно-политических решений. Неправильная квалификация преступлений представляет собой искаженное отражение объективной криминальной ситуации и является одной из причин недостоверности официальных статистических данных о состоянии преступности в стране. Неадекватная статистика преступлений препятствует выработке целесообразных направлений и средств уголовной политики.

Для уголовной политики практика квалификации преступлений имеет и непосредственное значение, поскольку в практике квалификации преступлений выражается политика порицания. *Политика порицания* — это деятельность государства, направленная на разрешение социальных конфликтов, возникающих в связи с посягательствами на важные социальные ценности и общественные отношения, путем квалификации этих посягательств как преступлений.

Государство ответственно за установление и поддержание правопорядка и посредством законодательно определенных правил принуждает граждан и иных физических лиц, пребывающих на территории государства, вести себя правомерно, не совершать преступлений. Государство одновременно устанавливает правила поведения в форме запретов и является стороной уголовно-правовых отношений, регулируемых им. Иногда уголовно-правовые отношения определяются как односторонние в том смысле, что «преступник обязан нести ответственность за совершенное деяние, а государство имеет право его наказать»<sup>26</sup>. Однако общепринятыми стали знания о содержании уголовно-правового отношения в виде вза-

<sup>26</sup> Российское уголовное право / под ред. А. И. Рарога. М., 2004. Т. 1: Общая часть. С. 8 (автор главы — О. Ф. Шишов).



имных прав и обязанностей его субъектов. Для конфликтных (охранительных) уголовно-правовых отношений, возникающих в связи с совершением преступления, это — права и обязанности, определяющие состояние и пределы уголовной ответственности лица, совершившего преступление. Государство может освободить себя от некоторых, но не от всех обязанностей, сопряженных с уголовной ответственностью лица, нарушившего установленный государством запрет. Так, государство вправе решить вопрос об уголовной ответственности или других видах уголовно-правового принуждения не на общих основаниях, а с учетом особенных обстоятельств содеянного или данных о личности, назначить наказание более мягкое, чем предусмотрено за данное преступление, посчитать нецелесообразным уголовное наказание и освободить от наказания. Вместе с тем государство не вправе оставить факт совершения преступления без реакции, освободив себя от обязанности осуществить порицание лица, совершившего преступление. Выполнение этой обязанности — не только часть уголовной ответственности, но и необходимое условие разрешения конфликта лица, совершившего преступление, с государством, обществом, а также потерпевшим от преступления<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Следует согласиться с В. К. Дуюновым, который с уместной настойчивостью говорит об актуальности задачи обеспечения неотвратимости уголовно-правового воздействия как неизбежной реакции государства на каждый акт совершения преступления, с негативной оценкой содеянного, его порицанием. См., например: Дуюнов В. К. Уголовно-правовое воздействие: теория и практика. М., 2003. С. 129—133.

То, что в современной уголовной политике не уделяется должного внимания политике порицания, особенно заметно по массовому характеру практики принятия решений об отказе в возбуждении уголовных дел, в соответствии с которыми исключается в принципе достоверное установление виновности или невиновности лица, предположительно совершившего преступление, и осуждение за преступление.

Таким образом, признавая реальность включения уголовно-правового регулирования в политические процессы, нельзя забывать об угрозах политически конфликтного правоприменения. Недопустимо, чтобы в государстве, гарантирующем принципы законности, справедливости, равенства прав и свобод человека и гражданина, считалось политически целесообразно отступать от этих принципов. Квалификация правильная *ipso facto et ipso jure* (в силу самого факта и по закону). Недостоверная и внеправовая квалификация преступлений может стать источником социального напряжения и протестных проявлений.

#### Библиография:

1. Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. — Т. 2. — М., 1982.
2. Беляев Н. А. Уголовно-правовая политика и пути ее реализации. — Ленинград, 1986.
3. Власенко Н. А., Гринева А. В. Судебные правовые позиции (основы теории). — М., 2009.
4. Герцензон А. А. Квалификация преступлений. — М., 1947.
5. Дуюнов В. К. Уголовно-правовое воздействие: теория и практика. — М., 2003.
6. Дюрягин И. Я. Применение норм советского права. — Свердловск, 1973.
7. Иванов А. А. Слово о прецеденте: как сохранить и независимость суда, и правовую определенность // Новая юстиция. — 2009. — (5). — № 4.
8. Иншаков С. М. Латентная преступность в Российской Федерации: 2001—2006. — М., 2007.
9. Кондратюк Л. В., Овчинский В. С. Криминологическое измерение. — М., 2008.
10. Коробеев А. И. Советская уголовно-правовая политика. — Владивосток, 1987.
11. Корсантия А. Латентность убийств в современной России // Уголовное право. — 2011. — № 1.
12. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. — М., 1999.
13. Лопашенко Н. А. Уголовная политика. — М., 2009.
14. Мацкевич И. М. Криминологический портрет Бандеры // Союз криминалистов и криминологов. — 2014. — № 2.
15. Наумов А. В. О судебном толковании уголовного закона (в связи с юридической природой постановлений Пленума Верховного Суда РФ) // Уголовная ответственность и проблемы исполнения наказаний : сб. науч. тр. Академии Ген. прокуратуры РФ. — М., 2009.

16. Побегайло Э. Ф. Истинно ли уголовное судопроизводство, где не требуется установления истины? // Избранные труды. — СПб., 2008.
17. Рарог А. И. Проблемы квалификации преступлений по субъективным признакам. — М., 2015.
18. Толкаченко А. А. Пределы судебного усмотрения при назначении уголовного наказания // Уголовное право. — 2010. — № 4.
19. Уголовное право. Особенная часть / под ред. И. Я. Козаченко, З. А. Незнамовой, Г. П. Новоселова. — М., 1998.
20. Явич Л. С. Общая теория права. — Ленинград, 1976.

Материал поступил в редакцию 29 марта 2015 г.

## SOCIO-POLITICAL COMPONENTS IN CLASSIFICATION OF CRIMES

**Klenova Tatiana V.** — Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Department of Criminal Law and Criminology, Samara State University.

[klenova\_tatiana@mail.ru]

443011, Russia, Samara, Akademika Pavlova Street, 1.

**Abstract.** *Classification of crime is a complex phenomenon, which includes the norms of criminal law, the activities of authorized representatives of the government in relation to the establishment of the circumstances of the crime and determination of its kind, enabling legislation with a negative judgment of the committed crime by a person subjected to criminal prosecution. The plurality of structural elements of the legal phenomenon determines its regulatory function. Focus on regulation and assessment of the behavior determines the allocation of social and political components in classification of crimes. The use of classification of crimes in the criminal policy is not covered in the Russian legal literature. This study is about the problems of understanding of the offense, its value for ensuring normal development of social relations, and the threats associated with the increasing role of the principle of political expediency in the practice of classification of crimes, and the need for consistent censure policy when classifying crimes.*

**Keywords:** *classification of crimes, criminal policy, resonant criminal cases, the separation of powers in the field of criminal policy, censure policy, discrimination and privileges when classifying crimes.*

### References:

1. Alekseev S.S. Obshhaja teorija prava [General Theory of Law] In 2 volumes. V. 2. - Moscow, 1982.
2. Belyaev N.A. Ugolovno-pravovaja politika i puti ejo realizacii [Penal policy and ways of its implementation], Leningrad, 1986.
3. Vlasenko N.A., Grinyova A.V. Sudebnye pravovye pozicii (osnovy teorii) [Court legal positions (basic theory)], Moscow, 2009.
4. Gertsenzon A.A. Kvalifikacija prestuplenij [Classification of crimes], Moscow, 1947.
5. Duyunov V.K. Ugolovno-pravovoe vozdejstvie: teorija i praktika [Criminal law theory and practice], Moscow, 2003.
6. Dyuryagina I.J. Primenenie norm sovetskogo prava [Application of norms of Soviet law], Sverdlovsk, 1973.
7. Ivanov A.A. Slovo o precedente: kak sohranit' i nezavisimost' suda, i pravovuju opredelennost' [Word about precedent: how to preserve and independence of the court, and legal certainty], Novaja justicija [New justice], 2009, (5), № 4.
8. Inshakov S.M. Latentnaja prestupnost' v Rossijskoj Federacii: 2001-2006 [Latent crime in the Russian Federation: 2001-2006], Moscow, 2007.
9. Kondratiuk L.V., Ovchinsky V.S. Kriminologicheskoe izmerenie [Criminological dimension], Moscow, 2008.
10. Korobeev A.I. Sovetskaja ugolovno-pravovaja politika [Soviet criminal law policy], Vladivostok, 1987.
11. Korsantia A. Latentnost' ubijstv v sovremennoj Rossii [Latency murders in modern Russia], Ugolovnoe pravo [Criminal Law], 2011, № 1.
12. Kudryavtsev V.N. Obshhaja teorija kvalifikacii prestuplenij [The general theory of qualification of crimes], Moscow, 1999.
13. Lopashenko N.A. Ugolovnaja politika [Criminal policy], Moscow, 2009.

14. Matskevich I.M. Kriminologicheskij portret Bandery [Criminological portrait of Bandera], Sojuz kriminalistov i kriminologov [Union of forensics and criminologists], 2014. № 2.
15. Naumov A.V. O sudebnom tolkovanii ugolovnogo zakona (v svjazi s juridicheskoj prirodoy postanovlenij Plenuma Verhovnogo Suda RF) [On the judicial interpretation of the criminal law (in relation to the legal nature of the decisions of the Plenum of the Supreme Court)], Ugolovnaja otvetstvennost' i problemy ispolnenija nakazanij: sb. nauch. tr. Akad. Gen. Prokuratury Rossijskoj Federacii [Criminal responsibility and challenges of enforcement: scientific journal of the Academy of General Prosecutor's Office of the Russian Federation], Moscow, 2009.
16. Pobegailo E.F. Istinnno li ugolovnoe sudoproizvodstvo, gde ne trebuetsja ustanovlenija istiny? [Is the criminal proceedings true if it is not required to establish the truth?] Izbrannye Trudy [Selected Works], Saint-Petersburgh, 2008.
17. Rarog A.I. Problemy kvalifikacii prestuplenij po sub'ektivnym priznakam [Problems of classification of crimes on subjective grounds], Moscow, 2015.
18. Tolkachenko A.A. Predely sudebnogo usmotrenija pri naznachenii ugolovnogo nakazanija [The limits of judicial discretion in the appointment of criminal penalties], Ugolovnoe pravo [Criminal Law], 2010, № 4.
19. Kozachenko I.Y., Neznamova Z.A., Novoselov G.P. ,(eds.) Ugolovnoe pravo. Osobennaja chast' [Criminal law. The special part], Moscow, 1998.
20. Yavich L.S. Obshhaja teorija prava [General Theory of Law], Leningrad, 1976.

# МЕЖПРЕДМЕТНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

А. Г. Безверхов\*

## О ДЕЙСТВИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА В УСЛОВИЯХ МЕЖОТРАСЛЕВЫХ СВЯЗЕЙ

***Аннотация.** В статье исследуются особенности действия уголовного закона в области межотраслевых отношений, складывающихся между разными отраслевыми ветвями в результате правового регулирования и охраны разнообразных сфер социальной жизнедеятельности и выражающих относительно высокую зависимость между двумя или более отраслями законодательства.*

*Показано, что отрасли в системе законодательства находятся в сложной сети взаимных зависимостей. Те связи между отраслями — компонентами системы законодательства, которые носят необходимый, существенный и устойчивый характер, признаются «правообразующими». Указанные связи обеспечивают стабильность законодательства. Без них правовая система перестала бы существовать как единое целое.*

*Затрагивается вопрос о типологии межотраслевых связей, включающей в себя следующие классификационные ряды: прямые и обратные; координационные (горизонтальные) и субординационные (вертикальные); функциональные и генетические (исторические); системные и комплексные; связи строения (структурные) и развития.*

*Обосновывается положение, согласно которому органическую взаимосвязь нормативных положений уголовного и других отраслей законодательства о правах и обязанностях участников общественных отношений необходимо учитывать как при законодательном конструировании, так и в процессе применения соответствующих положений Уголовного кодекса РФ. Акцентируется внимание на системных, функциональных и структурных связях УК РФ со смежным законодательством.*

*Выявлено, что наличие межотраслевых системных связей определяет необходимость реализации уголовного закона в системе субординационных (вертикальных) и координационных (горизонтальных) отношений с другими отраслями.*

*В рамках межотраслевого функционального взаимодействия уголовный закон призван охранять от возможных преступных нарушений наиболее важные общественные отношения. В строгом соответствии с функциональным подходом УК РФ защищает не все особо значимые отношения, а ту их часть, которая в позитивном смысле урегулирована другими отраслями права; отдельные социальные блага и интересы только тогда должны охраняться уголовным законом, когда они являются правовой ценностью, а социальные отношения — когда они становятся правоотношениями.*

© Безверхов А. Г., 2015

\* Безверхов Артур Геннадьевич — доктор юридических наук, профессор Самарского государственного университета.

[bezverkhov\_artur@rambler.ru]

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



*Доказано, что функциональные связи, складывающиеся между уголовным законом и регулятивными отраслевыми кодификациями, значительно влияют на определение уголовной противоправности как юридического признака преступления. Это обосновывается тем, что запреты функционально неотделимы от дозволений и по своему юридическому существу призваны действовать в паре с дозволениями. В условиях реализации права определенным юридическим дозволениям корреспондируют соответствующие уголовно-правовые запреты, юридически обеспечивая их действительность.*

*Установлено, что правоохранные нормы, поставленные в необходимость комплексного межотраслевого взаимодействия, должны быть так законодательно выражены, чтобы получить возможность действовать параллельно и совместно, тем самым обеспечивая синхронное применение правоохранных средств различной отраслевой природы. Комплексная правовая охрана — одно из наиболее эффективных юридических средств противодействия преступности и иным противоправным посягательствам, обусловленное разнообразием характеристик, причин и условий этих антиобщественных проявлений.*

*Выдвигается гипотеза о структурной разнородности правовых норм. В этом случае целесообразна идея о многообразии вариантов строения норм права: от морфологической нерасчлененности (неразложимости), свойственной нормам-принципам, до полиструктурности норм, которая означает наличие у одной нормы нескольких конструктивных элементов одного вида.*

*В статье затрагивается проблема бланкетности в уголовном праве. При этом бланкетность рассматривается как выражение структурных связей между уголовным правом и другими отраслевыми ветвями с помощью особого приема законодательной техники — бланкетного способа изложения нормативного материала в тексте уголовного закона и соответствующих этому способу средств законодательной техники — бланкетных конструкций и терминологии. Бланкетность как правовая реальность говорит о присутствии в уголовно-правовой норме неуголовно-правового нормативного материала.*

**Ключевые слова:** *уголовный закон, межотраслевое взаимодействие, межотраслевые связи уголовного права, межотраслевые структурные связи, бланкетность.*

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.107.10.076-092

1. В современной правовой действительности сосуществуют две тенденции.

Одна — в виде дифференциации права и законодательства на автономные части (разграничения права на частное и публичное, образования новых отраслей законодательства, дробления отраслей на юридические институты, деления нормы на структурные элементы и т. д.).

Другая тенденция правовой действительности проявляется в виде последовательного интегрирования правовых процессов, систематизации и унификации правового материала. Объединение разрозненных нормативных положений в юридические институты, соединение родственных институтов в самостоятельные отрасли и их кодификация, консолидация отраслей в общую систему законодательства, проникновение частноправовых начал в публично-правовую сферу и другие

примеры внутриотраслевого и межотраслевого взаимодействия представляют собой столь же естественный и необходимый процесс, как и дифференцирование юридического мира. Даже простое наблюдение убеждает, что правовой действительности, как и всему окружающему нас миру, присуще диалектическое взаимопроникновение, взаимосвязь, синтез. Каждый компонент правового мира воздействует на другие его составляющие и сам испытывает на себе их ответное влияние. «Развитая правовая система, — пишет С. С. Алексеев, — сложный, спаянный закономерными связями организм»<sup>1</sup>. Познание связей между правовыми явлениями имеет немаловажное значение: раскрывая их, юристы открывают законы правового мира, выявляют юридические закономерности.

<sup>1</sup> Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 252.

Одно из наиболее ярких проявлений второй из названных тенденций — действие юридических институтов, норм и их структурных компонентов в условиях *межотраслевых* отношений, складывающихся между различными отраслевыми ветвями в результате правового регулирования и охраны разнообразных сфер социальной жизнедеятельности и выражающих относительную зависимость между двумя или более отраслями законодательства.

Межотраслевые связи различаются по своему характеру, видам, принимают различные формы. В этом смысле можно говорить о типологии межотраслевых связей, включающей в себя следующие их классификационные ряды: прямые и обратные; координационные (горизонтальные) и субординационные (вертикальные); функциональные и генетические (исторические); системные и комплексные; связи строевые (структурные) и развития.

Взаимодействие Уголовного кодекса РФ с другими отраслями законодательства также представляет собой запутанный клубок юридических закономерностей. Особенно очевидной является связь уголовного закона с теми смежными отраслевыми ветвями, которые составляют единый блок в борьбе с преступностью и другими антиобщественными проявлениями — уголовно-процессуальным, уголовно-исполнительным, административным законодательством, а также комплексным федеральным законодательством о противодействии конкретным группам (видам) преступлений и иных правонарушений.

Однако этим не исчерпывается богатство межотраслевого взаимодействия с участием УК РФ. Этот кодифицированный закон связан с каждой отраслью права и законодательства, положениям которых предоставляет охрану. Уголовный кодекс основывается на Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права, соотносится с иными отраслевыми ветвями (гражданским, трудовым, финансовым, экологическим правом и др.). В этой связи можно заметить, что межотраслевое взаимодействие правовых норм в сфере уголовно-правовой охраны общественных отношений представляет собой взаимную связь нормативных положений уголовного и других отраслей законодательства о правах и обязанностях участников общественных отношений, которую необходимо учитывать при законодательном конструировании и применении соответствующих положений УК РФ.

2. Межотраслевые взаимоотношения УК РФ с другим отраслевым законодательством характеризуется прежде всего наличием *системных* закономерностей. Под системой понима-

ется упорядоченное множество элементов, образующих определенную целостность (единство). Опыт системного исследования свидетельствует, что система немыслима без образующих ее частей, поскольку она является результатом взаимосвязи между ними. В целом нет ничего, кроме ее частей и их взаимодействия<sup>2</sup>. Любая система не только означает совокупность нескольких элементов, но предполагает, что эти элементы не изолированы друг от друга, а находятся между собой в процессе взаимодействия. Органическая связь, в которой находятся между собой элементы системного целого, — один из отличительных признаков системности. Система — это такое образование, в котором внутренние связи элементов преобладают над внешними воздействиями на них. Существование системных связей обеспечивает противостояние системы своему окружению — среде и служит основанием того, что во взаимодействии со средой система всегда выступает как единое целое.

Элементы системы, поставленные в необходимость взаимодействия, определенным образом приспособляются друг к другу и, соответственно, находятся между собой в отношениях подчинения (субординации) и соподчинения (координации). Отсюда следует, что нормативные предписания одной или различной отраслевой принадлежности не могут противоречить друг другу. *Непротиворечивость* — основное качество любой, в том числе правовой системы. «Обеспечение непротиворечивости всей системы законодательства, — писал Р. З. Лившиц, — одна из задач законодателя»<sup>3</sup>.

Что касается Уголовного кодекса, то противоправность здесь нередко определяется в тесной взаимосвязи с нормативными положениями иной отраслевой принадлежности. Изменение содержания последних при неизменности текста уголовного закона может привести к сужению или, напротив, расширению области действия уголовно-правовых норм. Поэтому непротиворечивость остается основным требованием и в сфере межотраслевого системного взаимодействия норм уголовного и иных отраслей права.

Уголовный кодекс опутан сетью системобразующих связей. Наличие межотраслевых системных связей определяет необходимость реализации уголовного закона в системе субординационных (вертикальных) и координационных (горизонтальных) отношений с другими отраслями. С учетом действия системных

<sup>2</sup> См.: Афанасьев В. Г. Научное управление обществом: Опыт системного исследования. 2-е изд., доп. М., 1973. С. 248.

<sup>3</sup> Лившиц Р. З. Теория права: учебник. М., 1994. С. 120.

закономерностей, к примеру, между уголовным и гражданским законодательством можно сформулировать следующие требования к определению уголовной противоправности: недопустимо наличие противоречия между соответствующими уголовно-правовыми запретами и юридическими дозволениями гражданско-правовой природы. Это означает, что УК РФ должен учитывать правомерность поведения, определяемую ГК РФ, и в этом смысле не расходиться с нормативными положениями гражданско-правового характера. Положения уголовного закона не должны противоречить имущественно-правовым закономерностям и отраженным в гражданском праве объективно-субъективным характеристикам имущественных связей. Уголовные запреты не могут отрицать гражданско-правовых дозволений, равно как и наоборот, ибо посредством одних определяются границы других. Так, уголовный закон не может признавать хищением изъятие собственных вещей из чужого владения, т.к. согласно ст. 209 ГК РФ собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом. Дозволение совершать определенные имущественные действия (бездействие) исключает уголовную противоправность такого поведения и возможность привлечения к уголовной ответственности за него. Как справедливо указывал Б. С. Никифоров, «едва ли можно допустить, чтобы на основе одних и тех же действий субъект был признан виновным в мошенничестве и в то же время совершившим действие, правомерное с точки зрения гражданского права»<sup>4</sup>.

3. Другая модель межотраслевого взаимодействия УК РФ исходит из наличия *функциональных* связей, складывающихся между уголовным и иными отраслями законодательства. Функция есть та роль (назначение), которую исполняет элемент в составе системы и которая служит целям объединения множества частей в единое целое и оптимального функционирования системы. При этом один и тот же элемент некой целостности (системы) может выполнять сразу несколько различных функций, равно как и наоборот — одна и та же функция может осуществляться разными элементами.

Также и отрасли в правовой системе влияют друг на друга, обеспечивая ее функционирование как целостного образования. Упорядоченность права и законодательства определяет функциональную зависимость между составляющими их отдельными отраслевыми ветвями. Иными словами, когда совокупность

отраслей образует систему и устанавливается порядок отраслевого взаимодействия, формируются функции в обеспечении устойчивых связей между отраслями. Функции заданы «юридическим» разделением труда, отраслевым распределением ролей и другими процессами, за которыми в конечном счете стоят системные закономерности законодательства. Известно, что все части служат целому, но каждая часть по-своему. Так и отрасли в системном строении правовой действительности имеют строго определенные функциональные задачи. Функции как бы возложены на отрасли и выполняются в рамках присущих праву и законодательству системных свойств. Системность обуславливает определенное функциональное назначение каждой отрасли: одни отрасли выполняют преимущественно регулирующие функции, вторые — охранительные и пр.

УК РФ при всей своей относительной самостоятельности, так же как и другие отраслевые кодификации, имеет свое специфическое назначение. Считается, что в рамках межотраслевого функционального взаимодействия уголовный закон призван охранять от возможных преступных нарушений наиболее важные общественные отношения. В строгом соответствии с функциональным подходом УК РФ защищает не все особо значимые отношения, а ту их часть, которая в позитивном смысле урегулирована другими отраслями права<sup>5</sup>. Отдельные социальные блага и интересы только тогда должны охраняться уголовным законом, когда они являются правовой ценностью, а социальные отношения — когда они становятся правоотношениями. Так, Н. Ф. Кузнецова полагала, что «охраняемые УК интересы (объекты) — это правоотношения в тех или иных сферах жизнедеятельности личности, функционирования общества и государства»<sup>6</sup>. Аналогичное мнение высказывал и Е. В. Ворошилин: «Специфика уголовного законодательства заключается в том, что оно охраняет от наиболее опасных посягательств те общественные отношения, которые регулируются нормами иных отраслей права»<sup>7</sup>. Отсюда следует и вывод о нецелесообразности принятия новых уголовно-правовых норм по вопросам, которые не урегулированы в позитивном плане другими отраслями права. Если социальные отношения

<sup>5</sup> Если охраняемые УК РФ отношения не урегулированы нормами иной отраслевой природы, то уголовный закон находится в этом случае во взаимодействии с социальными нормами неюридического характера.

<sup>6</sup> См.: Уголовное право Российской Федерации: Особенная часть: учебник / под ред. Г. Н. Борзенкова и В. С. Комиссарова. М., 1997. С. 16.

<sup>7</sup> Уголовный кодекс РСФСР. Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР. М.: БЕК, 1994. С. 12.

<sup>4</sup> Никифоров Б. С. Борьба с мошенническими посягательствами на социалистическую и личную собственность по советскому уголовному праву. М., 1952. С. 104.

законодательно не урегулированы, то это может означать, что они не обладают той особой ценностью для общества, которая требует их уголовно-правовой охраны, а значит, отсутствует необходимость в их особой защите. Кроме того, если отношения не урегулированы той или иной отраслью права, то сложно определить объект, субъектный состав и содержание этих отношений, а следовательно, невозможно обеспечить их надежную уголовно-правовую охрану.

Функциональное соотношение между отраслями ветвями создает общий фон и задает пределы действия институтов и нормативных предписаний Особенной части УК, а значит, оказывает влияние на содержание последних. Функциональные связи, складывающиеся между уголовным законом и регулятивными отраслевыми кодификациями, значительно влияют на определение уголовной противоправности как юридического признака преступления. Это обосновывается тем, что запреты функционально неотделимы от дозволений и по своему юридическому существу призваны действовать в паре с дозволениями. В условиях реализации права определенным юридическим дозволениям корреспондируют соответствующие уголовно-правовые запреты, юридически обеспечивая их действительность.

В рамках функционального взаимодействия УК РФ охраняет от возможных преступных нарушений, например имущественные отношения, урегулированные нормами ГК РФ. Функциональные связи, складывающиеся между УК РФ и ГК РФ, существенно влияют на определение уголовной противоправности как юридического признака имущественного преступления. Если уголовное право призвано охранять отношения, позитивно урегулированные гражданским законодательством, то уголовно-правовой запрет должен логически следовать из определенного гражданско-правового дозволения, а значит, и получать необходимо вытекающее из последнего содержание. В этой связи воспрепятствование реализации управомочивающей нормы гражданского права влечет за собой, при наличии к тому оснований, действие соответствующей нормы уголовного права. Гражданско-правовые дозволения, будучи связанными с уголовно-правовыми запретами по смыслу, имплицитно (от лат. *implicatio* — сплетение, *implico* — тесно связываю) последние. Отсюда уголовная противоправность имущественных нарушений определяется уголовным законом с учетом действия управомочивающих норм гражданско-правовой природы, которые позитивно регулируют имущественные отношения, нарушаемые преступным деянием. При этом ука-

занные управомочивающие нормы (дозволения) и соответствующие им уголовно-правовые запреты должны находиться в отношении имплицитации и иметь содержательную связь, т.е. в различной юридической форме выражать равнозначные, эквивалентные правовые положения.

4. Уголовный закон и другие отрасли законодательства одновременно регулируют разные стороны и грани одних и тех же отношений. Совместное действие норм УК РФ и других кодификаций, запрещающих определенное негативное поведение, определяет возникновение *комплексных* межотраслевых связей. Под комплексом понимается совокупность компонентов, которые при одновременном и согласованном взаимодействии образуют в некотором смысле единое целое. Комплекс — это сложное объединение, которое складывается из явлений и процессов одной или разной природы, взаимосвязанных друг с другом, но при этом сохраняющих свою самостоятельность.

Принцип комплексности в уголовном праве означает, что отдельные институты и нормативные предписания УК РФ действуют при совместном участии нормативных положений другой отраслевой природы и одновременно с последними обеспечивают защиту одному и тому же отношению. При этом каждый из юридических запретов, входящих в комплекс правовой охраны, сохраняет свою самостоятельность. В этом смысле можно утверждать, что действие уголовно-правового запрета не прекращается и в случае отсутствия запрета другой отраслевой природы. Равно как и наоборот: «Отсутствие какого-либо уголовно-правового запрета не может служить препятствием для того, чтобы данное действие не могло быть запрещено другой отраслью права»<sup>8</sup>. Правоохранительные нормы, поставленные в положение необходимости комплексного межотраслевого взаимодействия, должны быть так законодательно выражены, чтобы получить возможность действовать параллельно и совместно, тем самым обеспечивая согласованное, слаженное, синхронное применение правоохранительных средств различной отраслевой природы. Комплексная правовая охрана — одно из наиболее эффективных юридических средств противодействия преступности и иным противоправным посягательствам, обусловленное разнообразием характеристик, причин и условий этих антиобщественных проявлений.

Юридические запреты различной отраслевой природы, действующие в комплексе,

<sup>8</sup> Ковалев М. И. Понятие преступления в советском уголовном праве. Свердловск, 1987. С. 83.



не должны носить взаимоисключающий характер, противоречить друг другу или быть в отношении противоположности. С точки зрения комплексности складывается следующее соотношение уголовно-правовых требований с нормативными запретами другой отраслевой природы: они должны определенным образом координироваться, согласовываться, соотноситься друг с другом. Указанное соотношение предполагает такое соответствие уголовно-правовых норм определенным запретам других отраслей, которое обеспечивает единство подходов законодателя к регламентации конкретного комплекса отношений и позволяет взглянуть на внешне разнородные нормообразования с единой точки зрения. Действующие в комплексе запреты должны обладать таким свойством, которое обеспечивает возможность неодинаковых по характеру и различающихся по содержанию нормативных предписаний совместно взаимодействовать при регулировании одного и того же отношения.

Если несколько отраслевых запретов действуют одновременно, в комплексе друг с другом, объемы их требований должны быть определенным образом совместимыми. При этом совместимость не должна быть полной, в смысле равнозначной: уголовно-правовой запрет не должен дублировать или подменять соответствующие положения иной отраслевой принадлежности. Так, имущественные правонарушения с усеченным и формальным составами, а также на ранних стадиях их совершения (приготовления и покушения) прямо не запрещены гражданским законодательством, а следовательно, и не признаются им противоправными, тогда как уголовный закон может устанавливать наказуемость не только за имущественные нарушения, причинившие существенный вред, но и за те, которые поставили в опасность причинения такого вреда либо заключаются в умышленном создании условий для совершения задуманного посягательства. Как заметил Н. С. Таганцев: «Покушение на умышленный поджог, хотя бы виновный был захвачен прежде, чем началось повреждение дома, наказывается почти так же, как и поджог оконченный, а между тем с гражданской точки зрения такое безрезультатное покушение даже вовсе не может быть основанием иска»<sup>9</sup>.

Еще один пример комплексного взаимодействия разноотраслевых норм охранительного характера демонстрируют уголовно-правовые положения о мошенничестве и гражданско-правовые установления о сделках, со-

вершенных под влиянием обмана. Обман — одно из гражданско-правовых оснований признания сделки недействительной независимо от того, привлечен обманщик к уголовной ответственности или нет. Сделка, совершенная под влиянием обмана, не тождественна мошенничеству (например, если она совершена из иной личной заинтересованности или направлена на получение результата работ, услуг или объектов интеллектуальной собственности, является возмездной, состоялась между юридическими лицами). Равным образом и совершенное мошенничество далеко не всегда является одновременно сделкой, заключенной под влиянием обмана (приготовление к тяжкому мошенничеству, шулерство, преступные ничтожные сделки, соединенные с мошенническим обманом, и др.). Уголовные запреты и запреты гражданско-правовой природы не всегда могут быть нарушены одновременно<sup>10</sup>.

Вместе с тем между мошенничеством и соответствующим гражданским правонарушением нередко складываются отношения идеальной совокупности. В таких случаях одним деянием одновременно нарушаются нормы уголовного и гражданского права (заключение договора участия в долевом строительстве на уже проданный объект, заключение договора страхования после наступления страхового случая, передача денежной «куклы» в счет заранее обусловленной сделкой доплаты за товар, заключение договора банковского вклада без намерения исполнить обязательство). В итоге речь идет о сочетании в содеянном составов двух различных правонарушений при условии, что они совершаются одним и тем же лицом, в одно и то же время и одним и тем же действием. Тогда преступлением признается деяние, запрещенное нормами иной отраслевой природы, следовательно, такое преступление почти всегда одновременно является иноотраслевым деликтом, влекущим свои отраслевые правовые последствия<sup>11</sup>.

5. Межотраслевое взаимодействие УК РФ с другими кодификациями характеризуется наличием *структурных* связей. Структурность — важный атрибут окружающего человека мира. В научно-философском смысле понятие структуры означает, что совокупность составляющих целое компонентов имеет внутреннюю форму организации, которая выражается в упорядоченном расположении частей целого по отношению друг к другу. Можно сказать, что понятие

<sup>10</sup> См.: Безверхов А. Г. Имущественные преступления. Самара, 2002. С. 332.

<sup>11</sup> См.: Шишко И. В. Экономические правонарушения: вопросы юридической оценки и ответственности. СПб., 2004. С. 173.

<sup>9</sup> Таганцев Н. С. Русское уголовное право : в 2 т. Тула, 2001. Т. 1. С. 98.

структуры равнозначно понятию упорядоченности, когда элементы целого организованы в строго определенные конфигурации.

Взаимодействие двух или более объектов, сцепляющихся между собой посредством своих структур, может возникнуть лишь в случае некоторого соответствия, присущего их строению. Отношения, складывающиеся между структурами двух или более самостоятельных объектов, в научной теории характеризуются понятием изоморфизма (греч. *isos* — одинаковый, равный; *morphe* — вид, форма). Если каждому элементу одной структуры соответствует хотя бы один элемент другой структуры, то две такие структуры считаются изоморфными друг другу. Так, П. С. Новиков называет несколько систем изоморфными, «если между их элементами можно установить взаимнооднозначное соответствие, при котором отмеченные свойства (отношения) одной системы переходят в отмеченные свойства (отношения) другой системы»<sup>12</sup>.

Структура права — одна из объективных закономерностей правовой действительности. Л. С. Явич так сформулировал это положение: «Структурированность права оказывается законом его существования и действия — вне и помимо своей особой структуры нет и самого права как специфического явления общественной жизни»<sup>13</sup>.

С одной стороны, структура права обеспечивает его целостность и тождественность самому себе, т.е. сохранение его основных свойств при различных внешних и внутренних воздействиях и изменениях. На это обстоятельство справедливо указывал Д. А. Керимов: «Правовая система образует единство в результате структурной упорядоченности ее компонентов (подсистем), определяющей их функциональную зависимость и взаимодействие. В результате правовая система представляет собой единый, гармоничный «ансамбль», обеспечивающий субординацию, иерархичность и синхронность в процессе функционирования»<sup>14</sup>.

С другой стороны, структурная закономерность права, выражая зависимость между составляющими его структурными подразделениями, обуславливает действие права во времени, пространстве, по кругу лиц. Как движение всякой машины главным образом определяется ее строением, так и действенность права зависит от его структуры. «Действенным, — пи-

сал Л. С. Явич, — может быть только структурированное право»<sup>15</sup>.

Научное внимание к вопросам строения права объясняется и устойчиво действующей тенденцией, характеризующейся усложнением правовой действительности. Как свидетельствует история права, его развитие есть поступательный процесс, для которого характерны постепенный переход от незаметного деления правовой действительности к явно выраженной и строгой ее дифференциации, возрастанию числа составных частей и элементов правовой материи. Как замечает С. С. Алексеев, в современную эпоху в силу потребностей экономической и социальной жизни структура права приобретает все более сложный характер<sup>16</sup>. На это указывает и В. М. Сырых: «Право как объект познания правовой науки представляет собой сложное полиструктурное образование иерархически взаимосвязанных компонентов: отраслей, институтов и норм права»<sup>17</sup>.

Прогрессирующий процесс дифференциации права — отличительная черта его развития. Структурой обладает право в целом и любые конкретные компоненты в его рамках. При этом последние отличаются своей специфической структурой, которая не сводима к более общей структуре — структуре права. Существование сложной дифференциации права обеспечивает его структурную пластичность, которая, в свою очередь, определяет более высокую степень его упорядоченности, устойчивости и целостности, а значит, и возможность его дальнейшего развития.

С учетом вышеизложенного структуру права можно представить в виде совокупности устойчивых связей между правовыми элементами и компонентами, которые в соединении друг с другом образуют самые разнообразные конструкции. По мнению В. М. Сырых, полиструктурность права определяет следующие четыре уровня его структурного анализа: а) наиболее простых в структурном отношении явлений — норм права; б) системных образований, где эти явления выступают в качестве элементов, — юридических институтов; в) систем, включающих в себя системные образования второго уровня, — отраслей права; г) тотальной целостности — права в целом<sup>18</sup>. Как видно, правовые структуры возникают по меньшей мере на *четырёх* уровнях строения

<sup>12</sup> Цит. по: Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник. 2-е, испр. и доп. изд. М., 1975. С. 191.

<sup>13</sup> Явич Л. С. Социализм: право и общественный прогресс. М., 1990. С. 51.

<sup>14</sup> Керимов Д. А. Законодательная техника: научно-методическое и учебное пособие. М., 1998. С. 77.

<sup>15</sup> Явич Л. С. Указ. соч. С. 35.

<sup>16</sup> См.: Алексеев С. С. Гражданское право в современную эпоху. М., 1999. С. 38.

<sup>17</sup> Сырых В. М. Логические основания общей теории права: в 2 т. М., 2000. Т. 1: Элементный состав. С. 466.

<sup>18</sup> См.: Сырых В. М. Указ. соч. С. 466.

права, а также характеризуются разнообразием видов на каждом из указанных уровней<sup>19</sup>.

При этом структурный тип связи может складываться между 1) элементами нормы права одной отраслевой принадлежности, 2) элементами нормы права разной отраслевой природы, 3) юридическими нормами (правовыми институтами) одного отраслевого характера, 4) «инородными» юридическими нормами (правовыми институтами), 5) отдельными отраслями права.

Отсюда следует, что структура права есть результат внутриотраслевого и межотраслевого взаимодействия элементов норм, норм права, юридических институтов и отраслей. Она выражается в образовании множества правовых конструкций на разных уровнях правовой действительности, обеспечивая высокую степень упорядоченности правового мира. Отсюда и морфология права как учение о его внутренней дифференциации призвана изучать строение и формообразование права с учетом видовой и уровневой его структуризации.

Как уже было замечено, структура права формируется постепенно. Представляется, что исторически первое свое выражение она получает с появлением и развитием *правовых норм*. Поэтому при структурном анализе права в первую очередь необходимо выделить следующие его составляющие — нормы, образно названные И. Я. Дюрягиным начальными элементами, кирпичиками всего правового здания, из которых постепенно складываются не только правовые институты и отрасли права, но и система права в целом<sup>20</sup>. Для права в первую очередь характерна нормоструктурность. В этой связи справедливо утверждение, что право — это не только нормы, но без норм, без свойства нормативности права нет<sup>21</sup>.

По вопросу о структуре нормы права было высказано множество научных суждений и дополняющих друг друга идей. Между тем отвлечение от детальных аспектов научного обсуждения рассматриваемого вопроса позволяет выделить два кардинально различных направления видения учеными-юристами нормоструктуры: дуализм — дуальное устройство нормы и триализм (трилогизм, трихотомия) — тройственное строение нормы.

<sup>19</sup> С. С. Алексеев пишет: «Право как явление объективной реальности отличается жёсткой многоуровневой, иерархической структурой — одним из наиболее выразительных показателей высокой степени его институциональности». См.: Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия. С. 248.

<sup>20</sup> См.: Теория государства и права: учебник / под ред. С. С. Алексеева. М., 1985. С. 333.

<sup>21</sup> См.: Алексеев С. С. Теория права. М., 1995. С. 93—94.

Согласно первому всякая правовая норма состоит из двух элементов: гипотезы и диспозиции, или гипотезы и санкции, или диспозиции и санкции<sup>22</sup>. Основанием такого подхода выступает законодательная практика, где нормы обыкновенно и строятся по такой схеме<sup>23</sup>. Особенность дуализма состоит и в том, что это исторически первая из разработанных теоретических моделей нормоструктуры. При этом дореволюционные отечественные криминалисты, развивая учение о структуре норм, акцент делали на строении закона и его элементов, т.е. на вербальном (знаковом, текстуальном) выражении правовой нормы. Например, Н. С. Таганцев писал, что уголовные законы, определяющие признаки наказуемых деяний и назначаемую за них ответственность, содержат в себе всегда две части: «Описание того посягательства, которое запрещается под страхом наказания, — часть определительная, или диспозитивная, и указание на самую ответственность — часть карательная, или санкция. Наличие обеих этих условий есть необходимая принадлежность всякого уголовного закона»<sup>24</sup>. Соответствующая тенденция сохранилась и в современной науке уголовного права, где также признается практически допустимым и целесообразным рассмотрение структуры статей или частей статьи уголовного законодательства<sup>25</sup>.

В соответствии с другой системой взглядов правовая норма состоит из трех структурных частей, именуемых гипотезой, диспозицией и санкцией. Как замечал Д. А. Керимов, правовая норма не может быть одноэлементной или двухэлементной, она всегда состоит из трех элементов<sup>26</sup>. Аналогичное мнение высказывал и Л. С. Явич: «Все доводы, направленные против трехчленной структуры законодательных норм, имеют своим истоком смешение вопроса о логической структуре норм с их словесным изложением в соответствующих актах»<sup>27</sup>. Суть вышеизложенного подхода лучше всего отражают следующие слова: «Не может быть норм права, лишенных правил, условий их применения и не обеспеченных государственной охраной»<sup>28</sup>; «отсутствие хотя бы одной из частей свидетельствует о том, что обнару-

<sup>22</sup> См., напр.: Теория государства и права. С. 336; Смирнов В. Г. Функции советского уголовного права. Л., 1965. С. 34—35.

<sup>23</sup> См.: Лившиц Р. З. Теория права. С. 104.

<sup>24</sup> Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая: в 2 т. М., 1994. Т. 1. С. 78.

<sup>25</sup> См., напр.: Уголовное право России. Часть Общая: учебник / отв. ред. Л. Л. Кругликов. М., 1999. С. 51.

<sup>26</sup> См.: Керимов Д. А. Указ. соч. С. 40.

<sup>27</sup> Явич Л. С. Указ. соч. С. 48.

<sup>28</sup> Мицкевич А. В. Акты высших органов советского государства. М., 1967. С. 39.

женное в праве предписание не может быть причислено к разряду норм права»<sup>29</sup>.

Данный подход, в отличие от первого, имеет весьма строгое обоснование. В самом деле, любая правовая норма, во-первых, должна выражать само *содержание* правила поведения, т.е. указывать на определенное действие, являющееся объектом нормативной регуляции, которое должно быть, может или не должно быть выполнено. Отсюда диспозиция как «стратегема действия» является содержательной частью структуры любой социальной нормы, обуславливая ее известную самостоятельность и качественное своеобразие<sup>30</sup>. Это положение в равной мере относится и ко всякой норме права. «Обязательный элемент любой правовой нормы, — писал Р. З. Лившиц, — ее содержание, то правило поведения, которое эта норма устанавливает»<sup>31</sup>. Во-вторых, в норме должны быть определены условия, при которых она реализуется, т.е. установлены конкретные обстоятельства, при которых должно или не должно выполняться действие. Отсюда гипотеза — другой важный элемент нормы права. Очевидно, что любая норма (включая такие ее элементы, как диспозиция и санкция) в условиях неодинаковых жизненных обстоятельств и различных ситуаций действует по-разному и даже может просто бездействовать. Гипотеза всегда ограничивает действие нормы в пространстве, по времени и кругу лиц. Наконец, необходимо указание на правовые последствия нарушения нормы права, т.е. определение конкретных мер принуждения, которые могут быть применены к правонарушителям. Следовательно, санкция — третий значимый элемент в структуре нормы. При этом анализ трехэлементной структуры нормы необходимо приводит к выводу, что гипотеза, диспозиция и санкция нормы находятся между собой в причинно-следственном отношении.

Между тем есть основания полагать, что рассмотренная структурная триада правовой нормы выступает в виде идеального представления о ее строении, в виде «нормообраза» и в большинстве случаев не отражает действительного строения норм «в их реальном бытии». Не случайно в теории права все чаще звучит мысль, что «о гипотезе, диспозиции и санкции следует говорить скорее как о подразумеваемых элементах правовой нормы, чем о ее непосредственных составных частях»<sup>32</sup>. И дело здесь

не только в том, что в статьях закона нормы обыкновенно не формулируются в виде трех названных элементов. Существование трехэлементной нормативной структуры не может быть обосновано путем отрицания тождества между нормой и статьей закона, как это иногда делается в научной литературе. Вопрос о соотношении норм права и статей закона имеет самостоятельное значение и в общем теоретическом плане решается так: правовая норма не тождественна тексту закона, в силу чего норма и статья закона редко совпадают. В противном случае не было бы смысла вообще проводить различие между правовой нормой и статьей закона<sup>33</sup>. Между тем недопустимо и противопоставлять нормы права положениям законодательства, где они находят свое знаковое выражение и текстуальное закрепление. В. Н. Кудрявцев заметил: «Правила и иные стандарты поведения, даже широко распространенные в обществе и одобряемые общественным сознанием, нельзя рассматривать как юридические нормы, если они не закреплены в каком-либо юридическом, признанном государством источнике»<sup>34</sup>.

Тем более трехэлементную структуру правовой нормы трудно со всей однозначностью обосновать, ссылаясь на логику норм<sup>35</sup>. Концепция логической структуры нормы не отвечает на главный вопрос: почему правовые нормы, столь разные по своему характеру, содержанию, условиям действия, адресату, правовым последствиям несоблюдения и пр., должны иметь одинаковую структуру? Соответствующая концепция изначально отрицает различное строение правовых норм. При этом положение о трихотомии нормоструктуры рассматривается как аксиоматическое, но скорее не в смысле истинного суждения, а как общепринятое положение. Между тем в логике норм предполагается, что все многообразные нормы имеют по меньшей мере четырехэлементную структуру:

- 1) характер — норма обязывает, разрешает или запрещает;
- 2) содержание — действие, которое должно быть, может или не должно быть выполнено;
- 3) условия приложения — обстоятельства, в которых должно или не должно выполняться действие;
- 4) субъект — круг лиц, которому адресована норма.

<sup>29</sup> Горшенев В. М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Советское государство и право. 1978. № 3. С. 114.

<sup>30</sup> См.: Плахов В. Д. Социальные нормы. Философские основания общей теории. М., 1985. С.53—54 и др.

<sup>31</sup> Лившиц Р. З. Указ. соч. С. 104.

<sup>32</sup> Там же.

<sup>33</sup> См., напр.: Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 78 ; Керимов Д. А. Указ. соч. С. 42 ; Кудрявцев В. Н. Закон, поступок, ответственность. М., 1986. С. 91 ; Проблемы общей теории права и государства : учебник / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1999. С. 255.

<sup>34</sup> Кудрявцев В. Н. Указ. соч. С. 92.

<sup>35</sup> См., напр.: Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия. С. 65—66.



При этом установлено, что не все указанные структурные элементы находят явное выражение в языковой формулировке нормы. Но это не означает, что они не обязательны. Без любого из них нет нормы. Что касается санкции, или угрозы наказания, в логике норм предложено через это понятие определять обязательность: действие обязательно, когда воздержание от него влечет за собой наказание. Кроме того, считается, что это средство, превращающее позитивную оценку действия в норму, требующую его реализации<sup>36</sup>.

Если формула дуализма удобна в практическом смысле, подходя для самых различных правовых норм, которые проявляются в законе хотя бы через один из структурных элементов (остальные позволяет домыслить анализ действующего законодательства), то формула трилогизма выглядит более привлекательной и в теоретическом смысле завершенной, направляя к уяснению всех возможных структурных элементов нормы. Однако бросается в глаза чрезмерный формализм концепций двух- или трехзвенной структуры нормы. Формализм этих концепций состоит в том, что и в той и другой презюмируется тождество нормоструктур без учета (1) развития правовых норм, (2) разнообразия их видов и (3) многостороннего взаимодействия норм между собой.

Между тем учет первого из названных обстоятельств предполагает, что строение правовых норм исторически изменчиво. «Для интенсивно развивающихся норм характерны структурные перестройки: прогрессивные в случае усложнения содержания, перехода на более высокие структурные уровни и т.д., регрессивные — в случае «свертывания», перехода на низшие уровни, деградации, распада и т.д.»<sup>37</sup>. Исторический анализ даже одной нравственной системы показывает, что нормы здесь не всегда представляли с точки зрения своего морфологического строения одно и то же. «Табу, талион, «золотое правило» нравственности — все эти нормативные образования отнюдь не отличаются четко выраженной дифференциацией указанных структурных ингредиентов. В самом деле, в элементарном талионе «око за око, зуб за зуб» мы не найдем ни гипотезы, ни санкции; точнее говоря, они слились воедино с диспозицией»<sup>38</sup>. С точки зрения своего генезиса нормы выступают как менее или более зрелые. В первом случае они представляют собой такие образования, характерной осо-

бенностью которых является слабая морфологическая дифференциация; во втором случае нормы превращаются в более строгие образования и в плане морфологии, и в плане содержания<sup>39</sup>.

Аналогичное положение вещей наблюдается и в праве. По мнению С. С. Алексеева, развитие правовой действительности привело как бы к распределению структурных элементов между регулятивными и правоохранительными нормами<sup>40</sup>. Так же и в уголовном праве нормы его Общей и Особенной частей различаются структурно<sup>41</sup>. Действительно, достаточно сравнить структуру норм об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, со строением большинства нормативных положений об ответственности за преступления, чтобы прийти к выводу о неодинаковой морфологической конструкции у данных норм. Первые, будучи управомочивающими нормами, лишены санкций. Если последние и подразумеваются, то только в случаях «превышения и (или) злоупотребления правом» либо они обращены не к адресату управомочивающей нормы, а к лицам, которые препятствуют реализации соответствующего права.

Если бы структура у всех правовых норм была одинаковой, то в праве для всякого нового юридически значимого действия (бездействия), для всякого нового «нюанса», «оттенка» в обстоятельствах содеянного или различия в его правовых последствиях (мере принуждения) всегда бы возникали или существовали отдельные нормы. В таком случае правомерным было бы утверждение, например о наличии более двух десятков норм об убийстве (по числу квалифицированных и «привилегированных» его видов). Однако более логичным выглядит положение, согласно которому в четырех статьях УК РФ (ст. 105—108) закреплена одна, правда, сложноструктурированная норма об убийстве. При этом она подразделяется на несколько (по числу указанных статей и частей статей 105 и 108) своих разновидностей<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> См.: Плахов В. Д. Указ. соч. С. 53.

<sup>40</sup> См.: Алексеев С. С. Общетеоретические принципы исследования структуры права // Советское государство право. 1971. № 3. С. 42; Он же. Право: азбука — теория — философия. С. 66.

<sup>41</sup> См.: Уголовное право России: Общая часть: учебник / под ред. Л. Л. Кругликова. С. 51.

<sup>42</sup> На данное обстоятельство было обращено внимание уже в дореволюционной теории уголовного права. Согласно взглядам Н. С. Таганцева, одна норма может соответствовать целому ряду статей: так, норма «не убей» дает содержание ст. 453—466 Уголовного уложения. — См.: Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 78. Современной теории права также не чужды подобные взгляды. См.: Иногамова-Хегай Л. В. Конкуренция норм уголовного права. М., 1999. С. 56.

<sup>36</sup> См.: Ивин А. А. Логика норм. М., 1973. С. 23 и др.; Краткий словарь по логике / под ред. Д. П. Горского. М., 1991. С. 39—42, 123—124.

<sup>37</sup> Плахов В. Д. Указ. соч. С. 19.

<sup>38</sup> Там же.

Учитывая вышесказанное, есть все основания полагать, что уголовно-правовая норма со сложным строением может иметь несколько структурных элементов одного вида — гипотез и (или) санкций. Это положение можно попробовать обосновать так: ни одна правовая система не в состоянии выразить все особенности того или иного юридически значимого условия совершения действия (бездействия), самого деяния и правовых последствий содеянного всякий раз посредством образования новых норм. Образно говоря, она просто рухнет под тяжестью такого груза. Конкретность действительности беспредельна, «нормативно-правовые» ресурсы ограничены.

Исходя из вышеизложенного, представляется возможным выдвинуть гипотезу о структурной разнородности правовых норм. В этом случае целесообразна мысль о многообразии вариантов строения норм права: от морфологической нерасчлененности (неразложимости), свойственной нормам-принципам, до полиструктурности норм, которая означает наличие у одной нормы нескольких конструктивных элементов одного вида.

Нормы права, вступающие во взаимодействие между собой в целях образования юридических институтов, подотраслей и отраслей права либо установления межотраслевых связей, не могут не изменять свое первоначальное строение. Структурные отношения правовой системы вызывают изменение внутреннего строения составляющих ее правовых элементов.

Структурные трансформации, происходящие при взаимодействии норм права, не нужно понимать в смысле вплетения конструктивного элемента одной нормы в строение другой либо синтеза норм, объединения разных норм в единую сложную «макронорму», тем более реструктуризации или разукрупнения норм, рассредоточения структурных частей норм по разным институтам или отраслям права, потери нормами некоторых из своих структурных элементов. Если бы дело обстояло именно так, одна из взаимодействующих норм перестала бы существовать как автономное правовое явление и, следовательно, прекратила свое действие, вдохнув жизнь в другую норму.

В действительности же каждая норма в структурном аспекте представляет собою внутреннее, конструктивное единство. Вступающие во взаимодействие посредством своих структурных элементов нормы сохраняют свое прежнее правовое значение: и юридическую силу, и характер, и содержание. Другими словами, нормативное взаимоотношение не допускает деструкции одной из взаимодействующих норм, т.е. нарушения или разрушения

ее структуры, что означало бы утрату нормой своих юридических качеств. Так, тесное структурное взаимодействие норм международного и внутригосударственного уголовного права не приводит к их слиянию в единую правовую систему. Нормы внутригосударственного уголовного права даже в тех случаях, когда они созданы специально для охраны международного правопорядка, остаются нормами внутригосударственного права<sup>43</sup>.

Межотраслевое структурное взаимодействие норм уголовного и других отраслей права тесно связано с понятием *бланкетности*. Бланкетность как правовое явление есть выражение структурных связей между названными отраслевыми ветвями с помощью особого приема законодательной техники — бланкетного способа изложения нормативного материала в тексте уголовного закона и соответствующих этому способу средств законодательной техники — бланкетных конструкций и терминологии. Бланкетность как правовая реальность говорит о присутствии в уголовно-правовой норме неуголовно-правового нормативного материала.

Межотраслевое структурное взаимодействие заключается в наличии *общих диспозиций* у норм различной отраслевой принадлежности<sup>44</sup>. При этом в уголовном праве каждая блан-

<sup>43</sup> См.: Международное уголовное право / под общ. ред. В. Н. Кудрявцева. 2-е изд. перераб. и доп. М., 1999. С. 15.

<sup>44</sup> Особенность внутриотраслевого взаимодействия выражается в том, что нормы одной отраслевой природы в своих сцеплениях и сложениях характеризуются общей для них гипотезой или санкцией. Другими словами, структурная связь в данном случае складывается на основе одинакового для взаимодействующих норм какого-либо из указанных конструктивных элементов. Указанное взаимодействие может выражаться как в виде бинарных, так и в виде полиадических нормотношений. Если таким способом взаимодействует группа юридических норм, регулирующих те или иные стороны и участки качественно однородных общественных отношений на основе строго определенного юридического режима, образуются цельные институты или подотрасли права. Институциональное единство норм предполагает наиболее устойчивое их сочетание. Так, институты Особенной части уголовного права строятся с учетом общих гипотез. Последние обыкновенно текстуально воспроизведены в Общей части Уголовного кодекса РФ. Тем самым соблюдается следующее правило законодательной техники: если нормы предусматривают одинаковые условия их реализации, гипотеза последних указывается в отдельной статье (статьях), предпосланной тем статьям, в которых излагаются соответствующие правила (диспозиции). Такие крупные подотрасли гражданского права, как право собственности и другие вещные права и обязательственное право, складываются с учетом общих санкций, которые описываются в отдельных структурных частях гражданского законодательства (главы 20 и 25 ГК РФ). При этом действует следующее правило юридической техники: если нарушение диспозиции ряда норм влечёт наступление одинаковых юридических последствий, санкции этих норм указываются в отдельной статье (статьях) закона. Как видно, в описанном случае взаимодействие норм принимает «древовидную» форму (см.: Керимов Д. А. Указ. соч. С. 40—41).

кетная норма сцепляется с целым множеством норм иной отраслевой принадлежности. Получается, что бланкетная норма уголовного права характеризуется наличием нескольких диспозиций, текстуально воспроизведенных в одной статье уголовного закона, причем в абстрактной (обобщенной) форме. Анализируя соотношение норм различной отраслевой принадлежности, необходимо заметить, что они связаны по принципу дополнительности (каждая норма восполняет то, что не дано другой, и в своей совокупности обеспечивают необходимый набор юридических средств воздействия на сознание и поведение человека). При этом бланкетная норма уголовного права получает действие при наличии строго определенных дополнительных условий.

Следует также заметить, что бланкетность может проявляться и на самом низком уровне строения права, когда правовые положения и отражающие их понятия и термины одной отрасли права используются при строении правовых норм иной отраслевой принадлежности. Так, бланкетное изложение часто используется в статьях Особенной части УК РФ. Например, при описании в диспозиции статьи уголовного закона состава преступления, наряду с понятиями уголовного права, применяются юридические категории иной отраслевой принадлежности. Такая форма бланкетизации УК РФ носит название *бланкетного признака* состава преступления. Бланкетные признаки — это объективные и субъективные признаки состава преступления, содержание которых обычно определено в нормах неуголовного законодательства (налоговый агент; сведения, составляющие государственную тайну; организации, занесенные в Красную книгу Российской Федерации; наркотические средства; сотрудник органа внутренних дел; глава органа местного самоуправления и пр.). Бланкетные признаки — это признаки точного значения. Они выражены юридическими терминами и понятиями неуголовно-правового характера, которые перемещены законодателем и отображены в нормах уголовного права. Как писал В. Н. Кудрявцев, бланкетные признаки есть разновидность *переменных* признаков состава преступления, их конкретное содержание зависит от другой, в большинстве случаев подзаконной нормы, относящейся к иной отрасли права<sup>45</sup>.

Наряду с бланкетными признаками, в УК РФ используются *бланкетные диспозиции*. При бланкетном изложении диспозиций норм УК РФ законодатель нередко использует нор-

мативный материал иной отраслевой принадлежности в виде правил поведения. В этом случае норма Уголовного кодекса включает в себя «инородные» отраслевые предписания. Например, в главе 27 «Преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта» УК РФ говорится о «нарушении правил безопасности движения транспорта», «нарушении правил эксплуатации транспорта», «неисполнении требований по соблюдению транспортной безопасности», «недоброкачественном ремонте транспортных средств» и др. При этом бланкетная норма уголовного закона получает действие при наличии в содеянном дополнительных кримиобразующих признаков (в случаях описания транспортных преступлений в главе 27 УК РФ это, как правило, причинение тяжкого вреда здоровью человека либо причинение смерти).

При квалификации преступлений, предусмотренных в статьях с бланкетными признаками и диспозициями, необходимо обращаться к неуголовному законодательству, регламентирующему отношения, которые охраняются применяемой уголовно-правовой нормой, и, соответственно, исходить из положений тех нормативных актов, которые регулируют отношения, ставшие объектом преступного посягательства. Без обращения к соответствующим нормам неуголовного законодательства невозможно понять содержание уголовно-правовой нормы, а следовательно, нельзя дать верную юридическую оценку содеянному.

В уголовном законе может иметь место и скрытая «бланкетность», когда используется такой категориальный аппарат иной отраслевой принадлежности (собственность, имущество, право на имущество, ущерб, доход, использование полномочий и др.), который наполняется особым «уголовно-правовым» содержанием. Вспомним концепцию трех признаков предмета хищения, уничтожения и повреждения имущества (физического, экономического и юридического). Обратимся в качестве еще одного примера к отдельным положениям главы 18 УК РФ. Применяемые здесь категории «половое сношение», «мужеложство», «лесбиянство» должны наполняться прежде всего свойственным им медицинским содержанием, конечно же вкуче с уголовно-правовыми уточнениями. В результате их интерпретации в медико-биологическом и уголовно-правовом аспектах частично не совпадают. К примеру, «половое сношение» с точки зрения уголовного закона может быть полным или неполным, прерванным или физиологически завершенным, с реальной возможностью зачатия или без такового. Если поло-

<sup>45</sup> См.: Энциклопедия уголовного права. СПб.: Издание профессора Малинина, 2005. Т. 4: Состав преступления. С. 72.



вой акт совершен по принуждению со стороны лица женского пола, то, как правильно разъяснил Верховный Суд РФ в постановлении от 15.06.2004 № 11, это уже не «половое сношение» в смысле ст. 131, а иные действия сексуального характера, наказуемые по ст. 132 УК РФ. Вкрапленный в инородную правовую ткань в виде «кристаллов» другой отраслевой природы, такой нормативный материал в части сохраняет свою идентичность и самобытность, но в другой своей части несколько изменяет свое первоначальное смысловое содержание.

В заключение заметим, что структурный, функциональный или иной подход недопустимо абсолютизировать. Как известно, любой живой организм возникает не путем сложения частей в целое, а, наоборот, путем выделения частей из некоторого вначале недифференцированного целого<sup>46</sup>. Так же и право приобретает свою сложную структуру постепенно, путем образования все новых и новых составляющих его частей. Поэтому большим заблуждением был бы взгляд на те или иные правовые компоненты (норму, институт, отрасль) как на некое механическое соединение: гипотезы, диспозиции и санкции в правовую норму, норм — в юридический институт, институтов — в отрасль и пр. Определить их так — значило бы изолировать друг от друга и от целого, в состав которого они входят. Это привело бы к ложной мысли, будто можно начинать с правовых ингредиентов и из их суммы строить правовую систему, тогда как на самом деле надо, отталкиваясь от совокупного целого — права, путем анализа его доходить до заключенных в нем компонентов. Последние, выделившись в самостоятельные правовые феномены, не только получают собственное строение, но и сочетаются друг с другом по строго определенным законам, примыкают друг к другу в строго определенной последовательности и сохраняют связь с породившими их правовыми явлениями и процессами.

Далее, как справедливо указывает В. М. Сырых, результативность применения системного, структурного или функционального подхода убывает по мере продвижения к более сложным формам строения правовой материи<sup>47</sup>. Действительно, эффективность использования того или иного метода наиболее очевидна в границах области изучения наименее сложных компонентов права — его норм. Так, структуры наиболее наглядно выражены при локальном расположении частей целого.

По мере же глобализации правовых явлений и процессов их структурные компоненты удаляются друг от друга. Их расположение в сложных структурах становится все более независимым, сообразованным с собственными законами строения и функционирования, а значит, и все более непредсказуемым. Это обстоятельство затрудняет исследование на более высоких уровнях структуры права. Так, применение указанного методологического средства вызывает подчас неразрешимые трудности в познании структурных отношений и зависимостей, складывающихся между правовыми институтами или отраслями права. На первый взгляд кажется очевидным, что структуры регулятивных и охранительных отраслей непосредственно связаны между собой. Отсюда обыкновенно полагают, что система правовой охраны должна находиться в полном соответствии с системой правового регулирования, а структура уголовного закона должна быть строго привязана к строению конституционного, гражданского, финансового, экологического и других отраслей законодательства. Такое представление о структуре законодательства, столь просто и доступно объясняющее запутанный клубок юридических закономерностей, весьма распространенное и, надо сказать, довольно устоявшееся. Его первым теоретическим основанием считается нормативная теория К. Биндинга — немецкого криминалиста второй половины XIX в. Согласно этой теории, «нормы права, нарушение которых карается уголовным законом, находятся за пределами уголовного закона, содержащего лишь повеление о применении наказания в случае совершения деяния, описанного в диспозиции уголовного закона»<sup>48</sup>. Из этого следует, что «преступным деянием нарушаются законы определительные, которые находят в законах охранительных или уголовных свою санкцию»<sup>49</sup>. Другими словами, уголовный закон содержит лишь санкции за нарушения правовых норм, содержащихся в других отраслях права.

Отсюда же берет свои логические корни и положение о том, что норма уголовного закона охраняет предписания иной отраслевой принадлежности. Так, Я. М. Браинин утверждал, что уголовное право выполняет функцию охраны общественных отношений от преступных посягательств, но осуществляет эту функцию не непосредственно, а путем защиты правовых норм, регулирующих эти отношения. Охрана этих норм от преступных посягательств составляет сущность уголовного права<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> См.: Браинин Я. М. Уголовный закон и его применение. М., 1967. С. 17.

<sup>49</sup> Цит. по: Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 24—25.

<sup>50</sup> См.: Браинин Я. М. Указ. соч. С. 21.

<sup>46</sup> См.: Ильенков Э. В. Диалектическая логика. Очерки истории и теории. М., 1974. С. 109.

<sup>47</sup> См.: Сырых В. М. Указ. соч. С. 467.



В свете сказанного трудно согласиться и с таким мнением: классификация объектов экономических преступлений должна быть согласована с дифференциацией гражданско-правовых норм, регулирующих имущественные отношения и группирующихся в системе гражданского права в два раздела: вещное право и обязательственное право. Если вещное право опосредствует статику имущественных отношений, то обязательственное — их динамику, регулируя движение имущества в хозяйственном обороте.

Деление раздела VIII УК РФ на главу о преступлениях против собственности и главу о преступлениях в сфере экономической деятельности более или менее соответствует разграничению имущественных отношений на вещные, в которых управомоченные лица могут осуществлять свои права на имущество, не нуждаясь в положительных действиях других лиц, и обязательственные, в которых управомоченное лицо имеет возможность требовать от другого лица передачи имущества или совершения иных имущественных действий<sup>51</sup>. В действительности же господствующая в уголовном законодательстве России концепция преступлений против собственности (глава 21) направлена на охрану не только вещных, но и обязательственных отношений, а также всего имущественного правопорядка в целом. Что же касается положений главы 22 УК РФ, заметим, что ряд норм о преступлениях в сфере экономической деятельности имеет свое историческое обоснование в нормах о преступлениях против собственности и представляет собой их модифицированный вид.

Наличие в нормах о преступлениях в сфере экономической деятельности ряда сходных признаков с теми или иными видами имущественных посягательств не случайно. Это обстоятельство является следствием отражения в уголовном законе процессов приспособления традиционного криминалитета к усложняющейся экономической организации общества. Хозяйственные преступления были и останутся особой формой подлаживания, приноравливания преступности к изменяющимся условиям в экономической сфере. Поэтому законодатель при сохранении «традиционных» норм о преступлениях в сфере экономики конструирует «новые», которые получают относительную самостоятельность,

в силу чего их родственная связь с породившими их «пранормами» не всегда очевидна. При этом взаимодействие между «традиционными» нормами об имущественных и «новыми» нормами о хозяйственных преступлениях принимает разные формы, и последствия, которые во многом еще скрыты от нас, соответственно, требуют самостоятельного теоретико-прикладного исследования.

С учетом вышеизложенного представляется недопустимым сводить право к нормам и в соответствии с этим делать предположение о тождестве строения нормы и структуры права. Поддержка этого подкупающего своей внешней убедительностью положения влечет за собой ряд выводов, весьма неутешительных для уголовного права:

а) решающее значение в уголовном законе имеют санкции, число которых зависит от числа запретов, содержащихся в иных отраслях законодательства;

б) Общая часть уголовного закона состоит исключительно из положений, регламентирующих назначение наказания;

в) система Особенной части уголовного закона строится строго в соответствии с принципом: «отрасль или ряд смежных отраслей законодательства — глава или раздел УК»;

г) статьи Особенной части уголовного закона характеризуются исключительно бланкетными диспозициями и конструируются по типу «отраслевое правило поведения (диспозиция) — уголовно-правовая санкция»;

д) само уголовное законодательство получает значение придатка к другим отраслям.

Между тем нарисованная картина, и это вполне очевидно, находится в полном противоречии с действительным положением вещей. Уголовное законодательство имеет структуру, складывающуюся в соответствии с интегративными качествами системы уголовного права. Структура уголовного законодательства имеет собственное основание построения и не определяется структурой других отраслей права. Конечно же, система уголовного права и нормативные системы иной отраслевой природы взаимодействуют друг с другом, но они связаны между собой опосредованно — путем взаимодействия своих отдельных компонентов (обычно в виде нормативных предписаний и терминов), которое осуществляется при этом с учетом действия внутриотраслевых закономерностей.

<sup>51</sup> См.: Бойцов А. И. Преступления против собственности. СПб., 2002. С. 13, 62 и др.

## Библиография:

1. Алексеев С. С. Общетеоретические принципы исследования структуры права // Советское государство и право. — 1971. — № 3. — С. 41—47.
2. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. — М., 1999. — 712 с.
3. Алексеев С. С. Теория права. — М., 1995. — 320 с.
4. Алексеев С. С. Гражданское право в современную эпоху. — М., 1999. — 40 с.
5. Афанасьев В. Г. Научное управление обществом : Опыт системного исследования. — 2-е изд., доп. — М., 1973. — 392 с.
6. Безверхов А. Г. Имущественные преступления. — Самара, 2002. — 359 с.
7. Бойцов А. И. Преступления против собственности. — СПб., 2002. — 775 с.
8. Брайнин Я. М. Уголовный закон и его применение. — М., 1967. — 240 с.
9. Горшенев В. М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Советское государство и право. — 1978. — № 3. — С. 113—118.
10. Ивин А. А. Логика норм. — М., 1973. — 121 с.
11. Ильенков Э. В. Диалектическая логика. Очерки истории и теории. — М., 1974. — 271 с.
12. Иногамова-Хегай Л. В. Конкуренция норм уголовного права. — М., 1999. — 288 с.
13. Керимов Д. А. Законодательная техника : науч.-метод. и учеб. пособие. — М., 1998. — 127 с.
14. Ковалев М. И. Понятие преступления в советском уголовном праве. — Свердловск, 1987. — 205 с.
15. Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник. — 2-е изд., испр. и доп. — М., 1975. — 722 с.
16. Краткий словарь по логике / под ред. Д. П. Горского. — М., 1991. — 208 с.
17. Кудрявцев В. Н. Закон, поступок, ответственность. — М., 1986. — 448 с.
18. Лившиц Р. З. Теория права : учебник. — М., 1994. — 224 с.
19. Международное уголовное право / под общ. ред. В. Н. Кудрявцева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 1999. — 264 с.
20. Мицкевич А. В. Акты высших органов советского государства. — М., 1967. — 175 с.
21. Никифоров Б. С. Борьба с мошенническими посягательствами на социалистическую и личную собственность по советскому уголовному праву. — М., 1952. — 179 с.
22. Плахов В. Д. Социальные нормы. Философские основания общей теории. — М., 1985. — 254 с.
23. Проблемы общей теории права и государства : учебник / под ред. В. С. Нерсесянца. — М., 1999. — 552 с.
24. Смирнов В. Г. Функции советского уголовного права. — Л., 1965. — 188 с.
25. Сырых В. М. Логические основания общей теории права : в 2 т. Т. 1 : Элементный состав. — М., 2000. — 528 с.
26. Таганцев Н. С. Русское уголовное право : в 2 т. Т. 1. — Тула, 2001. — 800 с.
27. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая : в 2 т. Т. 1. — М., 1994. — 380 с.
28. Теория государства и права : учебник / под ред. С. С. Алексеева. — М., 1985. — 483 с.
29. Уголовное право России. Часть Общая : учебник / отв. ред. Л. Л. Кругликов. — М., 1999. — 559 с.
30. Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть : учебник / под ред. Г. Н. Борзенкова и В. С. Комиссарова. — М., 1997. — 752 с.
31. Шишко И. В. Экономические правонарушения: вопросы юридической оценки и ответственности. — СПб., 2004. — 303 с.
32. Энциклопедия уголовного права. Т. 4 : Состав преступления. — СПб. : Издание профессора Малинина, 2005. — 796 с.
33. Явич Л. С. Социализм: право и общественный прогресс. — М., 1990. — 271 с.

*Материал поступил в редакцию 29 марта 2015 г.*

## ON APPLICATION OF CRIMINAL LAW IN THE CONTEXT OF INTER-BRANCH LINKAGE

Bezverkhov Arthur G. — Doctor of Legal Sciences, Professor, Samara State University.

[bezverkhov\_artur@rambler.ru]

443011, Russia, Samara, Akademika Pavlova Street, 1.

**Abstract.** *The article examines the characteristics of criminal law in the area of inter-branch linkage developing between the various branches of the law as a result of legal regulation and protection of the various spheres of social life; these relations are expressed in terms of the relationship between two or more branches of legislation.*

*It is shown that branches of law are subject to a complex network of mutual dependencies. Those linkages between the branches, the components of the legislative system, which are of necessary, substantial and sustainable character, are recognized as "lawmaking". The connections provide the stability of legislation. Without them, the legal system would cease to exist as a single entity.*

*The article addresses the issue of the typology of the inter-branch linkage, including the following classification ranks: forward and backward; coordination (horizontal) and subordination (vertical); functional and genetic (historical); systematic and complex; structure (structural) and development. It is proved that the position, according to which the organic relationship of the regulations and other branches of the criminal legislation and legislation on the rights and obligations of the participants of social relations, must be considered not only when designing legislation but also in the course of application of relevant provisions of the RF Criminal Code. The emphasis is given to systemic, functional and structural connections of the Criminal Code with the related legislation.*

*It was found that the existence of inter-industry system relations determines the need for the implementation of the criminal laws system of subordinate (vertical) and coordination (horizontal) relationships with other industries.*

*Within the framework of interindustry functional interconnection criminal laws are intended to protect against possible criminal violations of the most important public relations. In strict accordance with the functional approach the Criminal Code does not protect all individuals' meaningful relationships, but the part of them that, in a positive way, is settled by other branches of law; certain social benefits and interests are subject to legal protection only when they are of legal value, and social relations – when they become legal relations.*

*It is proved that functional relationships developing between criminal law and regulatory branch codifications, influence the definition of criminal illegality as a legal sign of a crime. It is based on the fact that the prohibitions are functionally inseparable from permissibility and in its legal matter are to act "in tandem" with the permissibility. In the course of realization of the law certain legal permissibilities correspond with appropriate penal prohibitions legally ensuring their effectiveness. It is established that the law enforcement regulations necessary for complex inter-branch linkage should be so expressed by law, to be able to operate simultaneously and jointly, thereby ensuring consistent, harmonious, synchronous application of enforcement law by means of various sectoral nature. Complex legal protection is one of the most efficient legal means of combating crime and other illegal encroachments caused by a variety of characteristics, causes and conditions of these anti-social manifestations.*

*The article formulates the hypothesis on the structural heterogeneity of legal rules. In this case, the idea of a variety of suitable options for the structure of the law seems sensible: from the morphological indivisibility (simplicity) peculiar of norms and principles to polystructural standards, which means that one norm has several structural elements of one kind.*

*The article addresses the issue of blanket norm of criminal law. This rule is seen as an expression of the structural links between criminal law and other branches of law by means of a special legislative method (blanket method) of presenting the standard material in the regulatory text in criminal law and relevant to this process means of legislative method – blanket structures and terminology. Blanket norm as legal reality shows the presence of non-criminal legal standard material in criminal laws.*

**Keywords:** *criminal law, interindustry cooperation, interindustry linkages of criminal law, interindustry structural links, blanket norm*

#### References:

1. Alekseev S.S. Obshheteoreticheskie principy issledovaniya struktury prava [General theoretical principles studies of the structure of law], Sovetskoe gosudarstvo i pravo [the Soviet state and the law], 1971, № 3, p. 41-47.
2. Alekseev S.S. Pravo: Azbuka — teoriya — filosofiya: Opyt kompleksnogo issledovaniya [Law: The ABC— theory — Philosophy: Experience of complex research], Moscow, 1999, 712 p.
3. Alekseev S.S. Teoriya prava [Theory of Law], Moscow, 1995, 320 p.
4. Alekseev S.S. Grazhdanskoe pravo v sovremennuyu jepohu [Civil law in the modern era], Moscow, 1999. — 40 p.
5. Afanasyev V.G. Nauchnoe upravlenie obshhestvom: Opyt sistemnogo issledovaniya [Scientific management of society: experience of system research], 2nd ed., Ext., Moscow, 1973, 392 p.
6. Bezverkhov A.G. Imushchestvennye prestupleniya [Property crimes], Samara, 2002, 359 p.
7. Fighters A.I. Prestupleniya protiv sobstvennosti [Crimes against property], Saint Petersburg, 2002, 775 p.
8. Brainin Y.M. Ugolovnyy zakon i ego primeneniye [Criminal law and its application], Moscow, 1967, 240 p.

9. Gorshenev V.M. Netipichnye normativnye predpisanija v prave [Atypical regulatory requirements in law], Sovetskoe gosudarstvo i pravo [The Soviet state and the law], 1978, № 3. pp. 113-118.
10. Ivin A.A. Logika norm [Logics of rules], Moscow, 1973, 121 p.
11. Ilyenkov E.V. Dialekticheskaja logika. Ocherki istorii i teorii [Dialectical logic. Studies in the History and Theory], Moscow, 1974, 271 p.
12. Inogamova-Khegai L.V. Konkurencija norm ugovornogo prava [Competition criminal law], Moscow, 1999, 288 p.
13. Kerimov D.A. Zakonodatel'naja tehnika: nauchno-metodicheskoe i ucheb. posobie [Legislative technique: scientific methods and studies], Moscow, 1998, 127 p.
14. Kovalev M.I. Ponjatie prestuplenija v sovetskom ugovornom prave [The concept of a crime in the Soviet criminal law], Sverdlovsk, 1987, 205 p.
15. Kondakov N.I. Logicheskij slovar'-spravochnik [Logics eference dictionary], 2nd ed., rev. and add. Moscow, 1975, 722 p.
16. Gorsky D.P. (ed.) Kratkij slovar' po logike [The Concise Dictionary of logics], Moscow, 1991, 208 p.
17. Kudryavtsev V.N. Zakon, postupok, otvetstvennost' [The law, act responsibility], Moscow, 1986, 448 p.
18. Livshits R.Z. Teorija prava: Uchebnik [Theory of Law: Textbook], Moscow, 1994, 224 p.
19. Kudryavtseva V.N. (ed.) Mezhdunarodnoe ugovornoe pravo [International criminal law] /2nd ed. Revised. and add. Moscow, 1999, 264 p.
20. Mickiewicz A. Akty vysshih organov Sovetskogo gosudarstva [The acts of the supreme bodies of the Soviet state], Moscow, 1967, 175 p.
21. Nikiforov B. S. Bor'ba s moshennicheskimi posjagatel'stvami na socialisticheskuju i lichnuju sobstvennost' po sovetskomu ugovornomu pravu [Fight against roguish infringement of socialist and personal property on the Soviet criminal law], Moscow, 1952, 179 pages.
22. Plakhov V. D. Social'nye normy. Filosofskie osnovanija obshhej teorii [Social norms. Philosophical bases of the general theory], Moscow, 1985, 254 pages.
23. Nersisjants V. S. Problemy obshhej teorii prava i gosudarstva: Uchebnik [Problems of the general theory of the right and state: The textbook], Moscow, 1999, 552 pages.
24. Smirnov V. G. Funkcii sovetskogo ugovornogo prava [Functions of the Soviet criminal law], Leningrad, 1965, 188 pages.
25. Crude V. M. Logicheskie osnovanija obshhej teorii prava [Logical bases of the general theory of the right] In 2 volumes. V.1., Jelementnyj sostav [Elementary structure], Moscow, 2000, 528 pages.
26. Tagantsev N. S. Russkoe ugovornoe pravo [Russian criminal law] In 2 volumes. V.1., Tula, 2001, 800 pages.
27. Tagantsev N. S. Russkoe ugovornoe pravo: Lekcii: Chast' obshhaja [Russian criminal law: Lectures: Part the general] In 2 volumes. V. 1., Moscow, 1994, 380 pages.
28. Alekseev S. S. (ed.) Teorija gosudarstva i prava: Uchebnik [Theory of the state and right: The textbook], Moscow, 1985, 483 pages.
29. Kruglikov L. L. (ed.) Ugovornoe pravo Rossii: Chast' Obshhaja: Uchebnik [Criminal law of Russia: Part the General: Textbook], Moscow, 1999, 559 pages.
30. Borzenkov G. N., Komissarov V. S (eds.) Ugovornoe pravo Rossijskoj Federacii: Osobennaja chast': Uchebnik [Criminal law of the Russian Federation: Special part: The textbook], Moscow, 1997, 752 pages.
31. Cone I. B. Ekonomicheskie pravonarushenija: voprosy juridicheskoi ocenki i otvetstvennosti [Economic offenses: questions of a legal assessment and responsibility], Saint Petersburg, 2004, 303 pages.
32. Jenciklopedija ugovornogo prava [Encyclopedia of criminal law], V. 4. Sostav prestuplenija [Corpus delicti], Izdanie professora Malinina [Edition of professor Malinin], Saint Petersburg, 2005, 796 pages.
33. Yavich L. S. Socializm: pravo i obshhestvennyj progress [Socialism: right and public progress], Moscow, 1990, 271 pages.



# ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

В. Д. Рузанова\*,

Ю. С. Поваров\*\*

## ТОЛКОВАНИЕ ПОНЯТИЯ ПРАВОВОГО АКТА\*\*\*

***Аннотация.** В статье обсуждаются проблемы интерпретации терминов «закон» и «иной правовой акт» в контексте применения ст. 168 ГК РФ; делается вывод о том, что круг актов, о которых идет речь в данной статье, является более широким по сравнению с указанным в ст. 3 ГК РФ. Кроме того, рассматривается вопрос о последствиях совершения сделки с нарушением децентрализованных предписаний; подчеркивается, что такое нарушение само по себе не может влечь инвалидацию сделки на основании ст. 168 ГК РФ, что не исключает возможности признания сделки недействительной исходя из специальных законоположений, а также наступления иных негативных последствий.*

***Ключевые слова:** централизованное и децентрализованное регулирование, недействительность сделки, гражданско-правовая законодательная система, законы и иные правовые акты, акты локального (автономного) регулирования.*

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.107.10.093-102

Общие основания недействительности гражданско-правовых сделок устанавливаются в ст. 168 ГК РФ. Особенность данной статьи, как известно, состоит в том, что она применяется всегда, в том числе и в тех случаях, когда в статьях ГК РФ, посвященных конкретным сделкам (договорам), нет прямой отсылки к ст. 168, при условии, что отсутствует специальное основание недействительности сделки, предусмотренное

законом. В ГК РФ наиболее типичные нарушения закона (иного правового акта) выделены в качестве специальных (самостоятельных) оснований недействительности сделок, вследствие чего нормы, устанавливающие такие основания, подлежат приоритетному применению.

Существование общей нормы оправдано потому, что в законе невозможно оговорить все нарушения, которые могут быть допущены при

© Рузанова В. Д., 2015

\* Рузанова Валентина Дмитриевна — кандидат юридических наук, зав. кафедрой гражданского и предпринимательского права Самарского государственного университета. [cl@ssu.samara.ru]  
443011, Россия, г. Самара, ул. Академика Павлова, д. 1.

© Поваров Ю. С., 2015

\*\* Поваров Юрий Сергеевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и предпринимательского права Самарского государственного университета. [cl@ssu.samara.ru]  
443011, Россия, г. Самара, ул. Академика Павлова, д. 1.

\*\*\* Статья написана в раздельном соавторстве: автор вводной части и первого раздела — В. Д. Рузанова, автор второго раздела — Ю. С. Поваров.

совершении сделок. Именно такой широкой трактовки придерживается и судебная практика. Изложенному подходу противостоит попытка придать правилу ст. 168 ГК РФ более узкий характер и свести его только к незаконности содержания сделки<sup>1</sup>; данный взгляд можно было бы признать обоснованным, если бы в законе были оговорены последствия всех иных (кроме тех, которые касаются ее содержания) дефектов сделки.

Состоявшееся новеллирование гражданского законодательства затронуло, помимо прочего, и институт недействительности сделок; при этом имеющая «генеральное» значение ст. 168 ГК РФ оказалась подвергнутой серьезной корректировке. Вместе с тем, как и прежде, остается нерешенным вопрос о том, в каком значении в ст. 168 ГК РФ употребляются термины «закон» и «иной правовой акт», т.е. нарушение норм каких источников может стать причиной инвалидации сделки со ссылкой на ст. 168 ГК РФ. Представляется плодотворным и полезным с практической точки зрения рассмотрение затронутой проблемы через призму централизованного и децентрализованного регулирования.

### 1. Круг актов централизованного регулирования, нарушение требований которых является основанием для применения ст. 168 ГК РФ

До настоящего времени сохраняется дискуссионность по поводу того, в каком значении в ст. 168 ГК РФ употребляются термины «закон» и «иной правовой акт», иначе говоря, каков круг актов, нарушение требований которых способно повлечь недействительность сделки? Если мыслить в аспекте системы гражданского законодательства, то можно констатировать, что их содержание вполне определенно раскрывается в ст. 3 ГК РФ: под термином «закон» понимается **федеральный закон**, регулирующий отношения, составляющие предмет гражданского права (т.е. собственно гражданско-правовой закон), а под термином «иной правовой акт» — **указы Президента РФ и постановления Правительства РФ**. Однако, как представляется, такое толкование не соответствует действительному смыслу ст. 168 ГК РФ, поскольку необоснованно сужает сферу ее применения. Прежде всего обращает на себя внимание тот факт, что в указан-

ной статье говорится о нарушении *требований*, т.е., по сути, правовых норм, содержащихся в соответствующих нормативных правовых актах.

В доктрине по этому поводу высказано несколько мнений. Одни авторы чрезмерно расширяют содержание названных терминов и считают, что речь здесь должна идти не только о нормативном, но и об индивидуальном правовом акте<sup>2</sup>. Отметим, что если законодатель имеет в виду ненормативный (индивидуальный) правовой акт, то он об этом прямо говорит, например в ст. 13 ГК РФ. Другие ученые полагают, что они охватывают все надлежаще установленные нормы гражданского законодательства РФ, в том числе нормы международного права, которые являются составной частью правовой системы РФ<sup>3</sup>. Как известно, в систему форм гражданского права включаются и международные источники (общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ) (ст. 7 ГК РФ). Согласно ст. 15 Конституции РФ и ст. 7 ГК РФ они являются составной частью правовой системы РФ. С точки зрения приоритета их действия они делятся на два вида. Правила международных договоров РФ обладают приоритетом по отношению к законам РФ, а для приоритетного действия общепризнанных принципов и норм международного права необходимо указание об этом в законе. Если применительно к толкованию используемых в ст. 168 ГК РФ терминов исходить из формулировки ст. 3 ГК РФ, то на договор лизинга, например, заключенный с нарушением требований Конвенции УНИДРУА от 28 мая 1988 г. (Оттава) «О международном финансовом лизинге»<sup>4</sup>, ст. 168 ГК РФ не распространяется.

Кроме того, в состав системы гражданско-правовых нормативных актов, помимо федеральных законов и иных правовых актов, входят акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти (**ведомственные нормативные акты**) (п. 7 ст. 3 ГК РФ). В ракурсе строения гражданско-правовой законодательной системы эти акты относятся к ее отдельному уровню. Принципиальная особенность их издания и действия заключается в том, что в качестве источника гражданского права они могут приниматься только

<sup>1</sup> См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации : в 3 т. Т. 1 : Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина ; Ин-т государства и права РАН. М. : Юрайт-Издат, 2004. С. 510.

<sup>2</sup> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Т. 1 / под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. С. 510—511.

<sup>3</sup> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / отв. ред. О. Н. Садикова. М. : Контракт: Инфра-М, 2006. С. 476.

<sup>4</sup> Собрание законодательства РФ. 1999. № 32. Ст. 4040.

в случаях и в пределах, предусмотренных ГК РФ, другими законами и иными правовыми актами. Как справедливо подчеркивает В. Ф. Яковлев, для издания названных актов необходимы специальные полномочия, предусмотренные либо в виде компетенции указанных органов, либо в форме прямого поручения, адресованного им законом или иными правовыми актами. При этом, по мнению автора, не исключена и ситуация, когда Правительство РФ делегирует свои полномочия по изданию актов своим министерствам и ведомствам<sup>5</sup>.

Размышляя по поводу обоснованности включения данных актов в систему источников гражданского права, В. Ф. Яковлев, базируясь на мировой практике, делает вывод о том, что необходимость в их издании действительно существует, поскольку они позволяют гибко реагировать на потребности общественной жизни и вносить изменения в конкретные не оправдавшие себя правила или дополнять регулирование новыми правилами для ликвидации пробелов<sup>6</sup>. Установленные в ГК РФ условия издания ведомственных актов, содержащих нормы гражданского права, свидетельствуют об их исключительно вторичном характере, ограниченности сферы осуществляемой ими регламентации.

Между тем иногда сам ГК РФ говорит о нарушении требований нормативных правовых актов министерств и иных федеральных органов исполнительной власти как об основании недействительности сделки. Например, согласно п. 2 ст. 835 ГК РФ в случае принятия денежных средств юридического лица на условиях договора банковского вклада лицом, не имеющим на это право, или с нарушением порядка, установленного законом или принятыми в соответствии с ним банковскими правилами, такой договор является недействительным. Недействительными должны признаваться и условия договора, противоречащие правилам перевозки, издаваемым «транспортными» министерствами. Прямое указание об этом имеется в ряде транспортных уставов и кодексов. Если же толковать используемые в ст. 168 ГК РФ термины «закон» и «иной правовой акт» исключительно в значении ст. 3 ГК РФ, то мы неизбежно должны прийти к выводу о том, что нарушение требований международных источников и ведомственных актов не является основанием для недействительности сделки. Однако это противоречит приведенным нормам, а также, как указывалось,

действительному смыслу указанной статьи, вытекающему из ее назначения.

Полагаем, что толкование содержащихся в ст. 168 терминов должно осуществляться в нормативном единстве с другими статьями ГК РФ и иных законов, а также с учетом того важного обстоятельства, что в кодификационном акте нередко одни и те же понятия используются в различных значениях. Так, в п. 2 ст. 3 ГК РФ термин «гражданское законодательство» понимается как совокупность ГК РФ и иных федеральных законов, регулирующих отношения, являющиеся предметом гражданского права. Однако указанное понятие ГК РФ употребляется не только в узком, но и в широком смысле (как совокупность федеральных законов и иных правовых актов, содержащих нормы гражданского права), например п. 1 ст. 3 ГК РФ («гражданское законодательство находится в ведении РФ»), ст. 4 ГК РФ («действие гражданского законодательства во времени»). Иногда из содержания той или иной статьи ГК РФ не всегда можно сделать однозначный вывод об объеме используемого в ней термина «законодательство» (см., например, п. 2 ст. 5, п. 1 ст. 6 ГК РФ).

Другой аспект проблемы сопряжен с тем, что современное гражданское законодательство самым тесным образом связано с другими отраслями законодательства, и прежде всего с семейным, жилищным, земельным, водным, лесным законодательством, законодательством о недрах и об охране окружающей среды, которые согласно п. «к» ст. 72 Конституции РФ относятся к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов. В нормативных актах перечисленных отраслей содержится немало гражданско-правовых норм. В этой связи возникает вопрос, имеющий большое значение для формирования состава гражданско-правовой законодательной системы: могут ли **субъекты РФ** включать в нормативные акты, издаваемые ими в сфере совместного ведения, *гражданско-правовые нормы*?

Одни авторы дают положительный ответ на этот вопрос<sup>7</sup>, другие же, напротив, считают, что «создавать» гражданское законодательство может только Российская Федерация<sup>8</sup>. Иногда в литературе такое право субъекта РФ рассматривается как допускаемое Конституцией исключение из общего правила о не-

<sup>5</sup> См.: Яковлев В. Ф. Источники гражданского права // Избранные труды. Т. 2: Гражданское право: История и современность. Кн. 1. М.: Статут, 2012. С. 782—783.

<sup>6</sup> См.: Яковлев В. Ф. Указ. соч. С. 780—781.

<sup>7</sup> См., например: Толстой Ю. К. Проблемы разграничения полномочий Российской Федерации и ее субъектов в сфере законодательной деятельности // Журнал российского права. 2005. № 12. С. 68.

<sup>8</sup> См., например: Маковский А. Л. О кодификации гражданского права (1922—2006). М.: Статут, 2010. С. 340—344 и др.

возможности для названного субъекта издавать нормативные акты в сфере гражданского права<sup>9</sup>.

Считаем, что толкование ст. 71 и 72 Конституции РФ возможно лишь на основе их нормативного единства. Поскольку Конституция РФ, с одной стороны, говорит о совместном ведении в названных сферах, а с другой — относит гражданское законодательство к ведению РФ, то это может означать только одно: если общественные отношения в «совместных» областях требуют гражданско-правового регулирования, то такие правовые нормы могут находиться исключительно в актах федерального уровня. Субъекты же Федерации при реализации полномочия издавать нормативные правовые акты в указанных в п. «к» ст. 72 Конституции законодательных областях не могут включать в эти акты нормы гражданского права. Именно таким образом должны разграничиваться и осуществляться нормотворческие полномочия РФ и ее субъектов. Думается, что в качестве теоретической основы здесь необходимо использовать принцип приоритета «отраслевой» компетенции над «предметной», который, как убедительно показал А. Л. Маковский, может быть применен и тогда, «когда предмет ведения представляет собой комплекс правовых норм...»<sup>10</sup>.

Если же посмотреть на эту проблему с другой стороны, т.е. со стороны тех отношений, которые подлежат правовому регулированию, и проанализировать ситуацию с точки зрения разграничения полномочий в отраслях законодательства, относящихся к предмету совместного ведения РФ и ее субъектов, то можно взять за основу следующий подход: в случае, если предмет совместного ведения требует в том числе и гражданско-правового регулирования, то вопросы, регламентация которых осуществляется посредством норм гражданского права, должны быть отнесены к компетенции РФ. В литературе приводится конкретный

пример того, когда закон г. Москвы, закрепляющий определение нежилого помещения, вышел за пределы своей компетенции<sup>11</sup>.

Сказанное позволяет сделать вывод о том, что субъекты Российской Федерации не вправе принимать не только законодательные, но и иные нормативные правовые акты, содержащие гражданско-правовые нормы, в том числе и по предмету их совместного ведения с РФ. Следовательно, в состав гражданско-правовой законодательной системы нормативные правовые акты субъектов РФ входить не могут.

Вместе с тем мы не исключаем, что в актах субъекта Федерации, принятых в рамках его полномочий, могут содержаться нормы, связанные с особенностями порядка совершения тех или иных сделок. Так, в соответствии с федеральным законодательством региональное законодательство может содержать и правовые нормы, непосредственно связанные с реализацией субъектами РФ своих полномочий, в которых отражается их правовой статус как собственников имущества. Например, в ст. 5 Федерального закона от 22.07.2008 № 159-ФЗ «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>12</sup> субъекту РФ предоставлено право устанавливать срок рассрочки оплаты приобретаемого субъектами малого и среднего предпринимательства арендуемого ими имущества при реализации преимущественного права на его приобретение, который не должен быть менее трех лет. Далее, согласно ч. 4.1 ст. 18 указанного Закона порядок и условия предоставления в аренду (в том числе льготы для субъектов малого и среднего предпринимательства, занимающихся социально значимыми видами деятельности) включенного в перечни государственного и муниципального имущества устанавливаются соответственно нормативными правовыми актами РФ, субъектов РФ, муниципальными правовыми актами. В этом случае, по нашему мнению, нарушение сделкой установленных правил может оказать влияние на ее действительность, в связи с чем видится вполне логичным отнесение указанных актов к нормативной основе применения ст. 168 ГК РФ.

<sup>9</sup> См. подробнее: Литовкин В. Н., Рахмилович В. А., Садиков О. Н. Концепция развития гражданского законодательства // Журнал российского права. 1999. № 2. С. 17; Рахмилович В. А. Гражданское право как предмет законодательной компетенции Российской Федерации и ее субъектов // Журнал российского права. 2003. № 2. С. 74—75.

В литературе высказывается и мысль о том, что субъекты РФ могут принимать нормы в этих сферах законодательства только в пределах поручений Федерации. Субъект не компетентен по собственной инициативе принимать решения в области гражданского права, т.к. гражданское право относится к ведению России (см.: Литовкин В. Н., Рахмилович В. А., Садиков О. Н. Указ. соч. С. 18).

<sup>10</sup> Маковский А. Л. Гражданское законодательство как предмет ведения Федерации в прошлом и настоящем нашего Отечества // Журнал российского права. 2003. № 11. С. 105.

<sup>11</sup> См.: Гришаев С. П. Правовой режим недвижимого имущества // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>12</sup> Собрание законодательства РФ. 2008. № 30 (часть I). Ст. 3615; 2013. № 27. Ст. 3436. Статьи 1—6 и 9 данного Закона действуют до 1 июля 2015 г.



Судебная практика демонстрирует различные подходы относительно круга актов, нарушение требований которых влечет необходимость обращения к данной статье. Так, в определении Верховного Суда РФ от 13.12.2011 № 5-В11-116 указывается, что положения ст. 168 ГК РФ о недействительности сделок должны применяться при их несоответствии требованиям всех перечисленных в ст. 3 ГК РФ правовых актов, содержащих нормы гражданского права, к которым относятся и акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти<sup>13</sup>. В другом судебном акте — постановлении Президиума ВАС РФ от 20.06.2010 № 2142/10 со ссылкой на ст. 3 ГК РФ делается вывод о том, что в ст. 168 ГК РФ под законами, содержащими нормы гражданского права, понимаются лишь ГК РФ, иные федеральные законы, а под иными правовыми актами — указы Президента РФ и постановления Правительства РФ; акты же министерств и иных федеральных органов исполнительной власти, органов субъектов РФ и органов местного самоуправления к таковым не относятся<sup>14</sup>. Примечательно, что приведенные позиции базируются на различном толковании одной и той же статьи — ст. 3 ГК РФ.

По результатам анализа ст. 168 ГК РФ в теории сделаны выводы о том, что применение положений данной статьи происходит не только при нарушении гражданско-правовых норм, но и в случае несоблюдения **норм других отраслей права**<sup>15</sup>. Аналогичного взгляда придерживается и судебная практика. Так, в определении ВАС РФ от 02.03.2011 № ВАС-1723/11 говорится, что на основании ст. 168 ГК РФ суды нижестоящих инстанций верно пришли к выводу о недействительности государственного контракта, противоречащего нормам бюджетного законодательства. Статья 168 ГК РФ применяется и в других делах, когда установлено нарушение договором предписаний бюджетного законодательства<sup>16</sup>, к ней обращаются и при рассмотрении дел о нарушении таможенного законодательства<sup>17</sup>.

Отметим, что помимо ГК РФ нормы о недействительности отдельных категорий сде-

лок, не соответствующих требованиям закона или иного правового акта (согласно ныне действующей редакции — нарушающих такие требования), содержатся в целом ряде других федеральных законов. В частности, в ст. 17.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»<sup>18</sup> установлен порядок заключения договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества, не закрепленного на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, при нарушении которого в соответствии с новой редакцией ст. 168 ГК РФ такие договоры должны квалифицироваться как ничтожные, поскольку они посягают на публичные интересы<sup>19</sup>. Статья 25 Федерального закона от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»<sup>20</sup> говорит о недействительности сделок, совершенных с нарушением положений актов валютного законодательства РФ и актов органов валютного регулирования (ст. 168 ГК РФ), и о применении последствий недействительности таких сделок.

Кроме того, земельным, лесным и водным законодательством установлены существенные особенности совершения сделок, например договора аренды в отношении природных объектов. Несмотря на то что кодификационные акты, стоящие во главе этих отраслей, не являются актами гражданского законодательства (что не исключает наличие в них гражданско-правовых норм), нарушение содержащихся в них правовых норм также может влиять (и влияет) на действительность сделок.

В пользу *расширительного* толкования смысла терминов «закон» и «иные правовые акты» говорит и тот факт, что в гражданско-правовых актах, как известно, могут содержаться нормы других отраслей права, а нормы гражданского права, в свою очередь, могут иметь форму акта другой отраслевой принадлежности. В статье же 3 ГК РФ имеются в виду только гражданско-правовые акты.

Проведенный анализ позволяет сделать вывод о том, что *круг нормативных правовых актов, о которых идет речь в ст. 168 ГК РФ, является более широким по сравнению с тем, который указан в ст. 3 ГК РФ*, и включает в себя: гражданско-правовые акты всех уровней (в том числе нормативные правовые акты министерств

<sup>13</sup> Здесь и далее сделаны ссылки на акты судебных органов из СПС «КонсультантПлюс».

<sup>14</sup> См., например: определение ВАС РФ от 02.03.2011 № ВАС-1723/11 по делу № А51-10815/2009.

<sup>15</sup> См.: Постатейный комментарий к главе 9 Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2009 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>16</sup> См., например: определение ВАС РФ от 14.11.2007 № 11567/07; постановление Президиума ВАС РФ от 05.04.2006 № 15061/05.

<sup>17</sup> См., в частности: определение ВАС РФ от 24.08.2011 № ВАС-10564/11.

<sup>18</sup> Собрание законодательства РФ. № 31 (часть 1). Ст. 3434.

<sup>19</sup> См.: Решение Арбитражного суда Самарской области от 10.04.2014 № 7/2014-60756(1) по делу № А55-26806/2013 // Официальный сайт Арбитражного суда Самарской области. URL: [www.samara.arbitr.ru](http://www.samara.arbitr.ru).

<sup>20</sup> Собрание законодательства РФ. 2003. № 50. Ст. 4859.

и иных федеральных органов исполнительной власти), международные акты, федеральные акты иной отраслевой принадлежности. Считаем также допустимым применение данной статьи и при нарушении правовых норм, содержащихся в актах субъектов Федерации. Представляется, что названной проблемы можно было бы избежать, если бы в ст. 168 ГК РФ говорилось о нормах права без указания на их источники.

## 2. Значение актов децентрализованного регулирования в аспекте применения ст. 168 ГК РФ

Гражданско-правовая сфера имманентно предполагает недостаточность одного лишь централизованного регламентационного механизма<sup>21</sup>. «В отношениях, в которых превалирует частный интерес, — обоснованно пишет С. Т. Максименко, — право использует особый юридический инструмент — инструмент саморегулирования. Законодатель соглашается с тем, что в этих отношениях наиболее оптимальным будет разрешить участникам отношений самим регулировать свое поведение»<sup>22</sup>. Ключевыми средствами децентрализованного воздействия на общественные отношения выступают прежде всего акты локального регулирования юридических лиц (учредительные документы, а также внутренний регламент и иные внутренние документы, не являющиеся учредительными)<sup>23</sup>, договоры<sup>24</sup> и решения собраний (которые в ходе реформы гражданского законодательства — в результате четкого отграничения от сделок — приобрели самостоятельный юридико-фактический «статус»).

Обозначенные акты-регуляторы, среди прочего, прямо или косвенно могут определять требования к сделкам — к их форме (см., к при-

меру, абз. 3 п. 1 ст. 160 и п. 2 ст. 163 ГК РФ), содержанию (см. п. 4 ст. 79, п. 6 ст. 83 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»<sup>25</sup> (далее — Закон об АО) и пр.), принципиальной допустимости и условиям совершения (см. п. 1 ст. 67.2, п. 2 и 6 ст. 93, п. 2 ст. 382, п. 3—5 ст. 388 ГК РФ) и т.д.

Указанные **требования источники децентрализованного (локального или автономного) регулирования** (вне зависимости от нормативного или индивидуального характера содержащихся в них предписаний) **могут устанавливать** двояко:

— во-первых, в *развитие* соответствующих *законоположений* (включая вышеперечисленные), т.е. при наличии специальной законодательной клаузулы касательно возможности децентрализованной регламентации конкретного вопроса (типа «уставом/соглашением сторон может быть предусмотрено совершение сделки с согласия участников/стороны» и т.п.);

— во-вторых, в сугубо *инициативном* порядке исходя из общедозволительной направленности гражданско-правового регулирования (так, п. 3 ст. 11 Закона об АО допускает включение в устав любых положений, не противоречащих закону; важнейшим компонентом принципа свободы договора, раскрываемого в п. 2 ст. 1 и ст. 421 ГК РФ, является правило об определении условий договора по усмотрению сторон, кроме, конечно, случаев, когда содержание условия предписано правовыми актами).

С учетом значимости и отмеченной «неизбежности» состояния «юридической децентрализации», «наличности множества самоопределяющихся центров»<sup>26</sup> актуальным становится вопрос о последствиях нарушения децентрализованных предписаний, одним из ракурсов которого выступает **момент правомерности признания** в данном случае **сделки недействительной на основании ст. 168 ГК РФ**.

Применительно ко второму («творческому») варианту децентрализованной регламентации *отрицательный* ответ является достаточно очевидным, ибо несоблюдение локальных (автономных) правил, установленных исключительно по воле частных лиц, вряд ли можно расценить в качестве нарушения требований закона или иного правового акта (принимая в том числе и трактовку понятия «правовой акт» в п. 6 ст. 3 ГК РФ<sup>27</sup>).

<sup>21</sup> Хотя, конечно, «локальное правовое регулирование (как, впрочем, и индивидуальное регулирование посредством сделок и решений собраний, которое мы обозначим в качестве автономного. — Прим. Ю. П.)... носит вторичный, дополнительный характер. Оно не может идти вразрез с централизованным, общегосударственным регулированием...» (Антонова Л. И. Локальное правовое регулирование (теоретическое исследование). Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1985. С. 20).

<sup>22</sup> Максименко С. Т. К вопросу об особенностях частноправовой сферы регулирования // Актуальные проблемы частного права в России: межвуз. сб. науч. ст., посвящ. 75-летию З. И. Цыбуленко / отв. ред. Т. И. Хмелева. Саратов: Изд-во Саратовской гос. юрид. академии, 2012. С. 128.

<sup>23</sup> Подробнее об их регулятивном потенциале, в частности, см.: Поваров Ю. С. Акты локального регулирования юридических лиц: новеллы гражданского законодательства // Власть закона. 2014. № 3. С. 125—135.

<sup>24</sup> «Наряду с нормами права, — справедливо подчеркивает Ю. П. Егоров, — они (сделки, включая договоры. — Прим. Ю. П.) имеют регулирующую силу, но в определенной сфере и для определенного круга субъектов» (Егоров Ю. П. Сделки как средства индивидуального регулирования общественных отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екб., 1993).

<sup>25</sup> Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 1 (с послед. изм. и доп.).

<sup>26</sup> Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 40.

<sup>27</sup> Так как, например, устав юридического лица теоретически вполне допустимо рассматривать в качестве правового акта.

Более сложной, однако, оказывается интерпретация ситуации невыполнения децентрализованных положений, сформулированных в условиях непосредственного санкционирования законодателем локальной (автономной) регламентации того или иного аспекта взаимоотношений участников. Фундирование в разбираемом случае децентрализованной регламентации на соответствующих «уполномочивающих» законоположениях дает некоторые поводы для задействия ст. 168 ГК РФ (незвизрая на необходимость для ее применения установления нарушения требований все-таки правовых актов). Тем не менее судебная практика в основном демонстрирует отрицательное отношение к гипотетически возможному использованию ст. 168 ГК РФ. Так, уставом ЗАО «Атлант» было предусмотрено (причем в русле дозволения, зафиксированного в п. 3 ст. 11 Закона об АО), что одному акционеру не может принадлежать более 7% общего количества обыкновенных акций общества. Сославшись на то, что «...устав общества не является законом или правовым актом», Президиум ВАС РФ пришел к выводу, что «...сделки, совершенные с нарушением положений устава, не могут быть признаны недействительными на основании статьи 168 Гражданского кодекса РФ» (постановление от 02.08.2005 № 2601/05 по делу № А01-1783-2004-11).

Показателен и следующий казус из судебной практики. С учетом правил ст. 21 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»<sup>28</sup> (далее — Закон об ООО) (т.е., опять же, в порядке опосредованного законом децентрализованного регулирования), «...уставом общества «Светлячок»... предусмотрена возможность отчуждения доли (части доли) участника третьим лицам только с согласия других участников общества. Однако суды апелляционной и кассационной инстанций, — констатировал Президиум ВАС РФ, — правильно указали, что устав общества не является законом или правовым актом, поэтому сделки, совершенные с нарушением положений устава, не могут быть признаны недействительными...» со ссылкой на ст. 168 ГК РФ (постановление от 10.04.2007 № 23104/06 по делу № А60-33044/2005-С3).

Ограничительный подход, избранный судами, не является в чистом виде «бюрократическим» (хотя и это, бесспорно, важно, ибо ст. 168 ГК РФ действительно *формально* рассчитана на случаи нарушения именно законов и иных правовых актов). Он в наибольшей сте-

пени соответствует задаче поддержания *предсказуемости гражданского оборота* и охраны интересов добросовестных лиц, не участвовавших в выработке децентрализованных предписаний (вписываясь тем самым в логику противодействия «разрушению стабильности гражданского оборота», диктующую «сокращение легальных возможностей признавать сделки недействительными во всех случаях, когда недействительность сделки как гражданско-правовая санкция является неоправданной...», на что специально было обращено внимание в п. 5.2.1 разд. II Концепции развития гражданского законодательства РФ, одобренной решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009<sup>29</sup>).

Сказанное отнюдь не означает, что нарушение децентрализованных правил является юридически безразличным (в противном случае децентрализованное регулирование оказывалось бы бессмысленным с правовой точки зрения). Прежде всего это связано с тем, что нередко закон прямо оговаривает наступление **негативных последствий** при несоблюдении указанных правил. Сверх того, нарушение децентрализованных предписаний, по мысли законодателя, способно привести и собственно к *недействительности сделки*. Но речь здесь идет о порочности сделки не на основании ст. 168 ГК РФ как таковой, а в силу:

1) специальных положений о недействительности сделок, предусмотренных нормами § 2 гл. 9 («Недействительность сделок») и касающихся несоблюдения локальных (автономных) правил. В первую очередь имеются в виду такие составы недействительных сделок, как:

а) совершение юридическим лицом сделки в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными в учредительных документах (ст. 173 ГК РФ), т.е. с нарушением параметров специальной правоспособности организации, очерченных именно в акте локального регулирования;

б) совершение сделки с выходом за пределы ограничений в ситуации, когда полномочия лица на совершение сделки ограничены договором или положением о филиале или представительстве юридического лица либо полномочия органа юридического лица ограничены учредительными документами или иными регулирующими его деятельность документами по сравнению с тем, как они определены в доверенности, в законе либо как они могут считаться очевидными из обстановки, в которой совершается сделка (п. 1 ст. 174 ГК РФ);

<sup>28</sup> Собрание законодательства РФ. 1998. № 7. Ст. 785 (с послед. изм. и доп.).

<sup>29</sup> Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.



2) особых («казуальных») указаний, сброшенных по тексту ГК РФ (но не получивших прямого отражения в § 2 гл. 9) или содержащихся в иных законах, относительно недействительности сделки при нарушении конкретных децентрализованных правил. В частности, к «поражению» силы сделки способно привести несоблюдение:

а) нотариальной формы сделки, обязательность которой была установлена соглашением сторон (хотя по закону для сделок данного вида квалифицированная письменная форма не требовалась); при этом законодатель предусматривает самый жесткий сценарий, вводя правило о ничтожности такой сделки (п. 2, 3 ст. 163 ГК РФ);

б) рестриктивных положений корпоративного договора: в соответствии с п. 6 ст. 67.2 ГК РФ сделка, заключенная стороной корпоративного договора в нарушение этого договора, может быть признана судом недействительной по иску участника корпоративного договора, правда, только в случае, если другая сторона сделки знала или должна была знать об ограничениях, предусмотренных корпоративным договором;

в) договорного запрета уступки<sup>30</sup>; сделка по уступке может быть признана недействительной по иску должника, но лишь тогда, когда доказано, что другая сторона сделки знала или должна была знать об указанном запрете (п. 2 ст. 382 ГК РФ).

Чрезвычайно важно, что практически всегда признание сделки недействительной по мотиву неисполнения децентрализованных правил (в частности, во всех перечисленных случаях, кроме ситуации с несоблюдением нотариальной формы сделки) опосредуется доказанностью *недобросовестности контрагента* (его осведомленности об ограничениях), в то время как ст. 168 ГК РФ данное условие не предусматривает. Анализируемое нюансирование, корреспондирующее, повторимся, идее поддержания стабильности оборота, является рациональным и справедливым (с позиции приоритетной защиты интересов третьих лиц) и, пожалуй, заслуживает нормативного воплощения в качестве общего правила. Примечательно, что в ранее упоминавшемся споре, связанном с нарушением устава ООО «Светлячок», суд, постулировав, что в основе устава «...лежит соглашение учредителей, которое по своей природе носит гражданско-правовой характер», занял позицию, в соответствии с ко-

торой «...в случае нарушения каким-либо учредителем... положения устава о необходимости получить согласие общества или остальных участников общества на уступку доли третьим лицам, такая сделка применительно к статье 174 ГК РФ... может быть признана судом недействительной... лишь в случаях, когда будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об... ограничениях»<sup>31</sup>.

Выявленный точечный, ситуативный характер нормирования вопроса о недействительности сделок (принимая во внимание отсутствие общих установлений в законе по поводу последствий нарушения требований к совершению сделок, вводимых в формате децентрализованной регламентации, и указание п. 1 ст. 166 ГК РФ о том, что сделка недействительна по основаниям, установленным *законом*) — дополнительное формальное свидетельство в пользу тезиса о *неправомерности* применения ст. 168 ГК РФ (по крайней мере априорного) для «уничтожения» силы сделки, совершенной в противоречии с актами локального (автономного) регулирования.

Кроме того, иногда законом называются отрицательные *последствия* невыполнения децентрализованных правил, *не связанные с недействительностью* совершенной сделки. В частности, Закон об ООО (п. 3 ст. 14), допуская ограничение уставом максимального размера доли участника, а равно возможности изменения соотношения долей участников общества, предусматривает, что лицо, которое приобрело долю в уставном капитале общества с нарушением соответствующих уставных положений, вправе голосовать на общем собрании участников частью доли, размер которой не превышает установленный уставом общества максимальный размер доли. Данное негативное для нарушителя устава последствие, выступающее альтернативой признанию сделки недействительной, является довольно действенной мерой предотвращения «монополизма» в обществе с ограниченной ответственностью.

Заметим, что для иных корпораций, в том числе акционерного общества, аналогичное правило санкционного плана законом не предусмотрено, вследствие чего эффективность предусмотренного в п. 3 ст. 11 Закона об АО меха-

<sup>30</sup> Попутно отметим, что в цитируемом п. 2 ст. 382 ГК РФ речь, думается, следовало вести о нарушении не только запрета уступки, а и ограничения на уступку (тем более что в дальнейшем — в ст. 388 ГК РФ — понятия ограничения и запрета уступки резонно разведутся).

<sup>31</sup> Однако сегодня, с учетом состоявшейся корректировки ст. 174 ГК РФ, приведенная квалификация наталкивается на формальные препятствия, поскольку из нового наименования ст. 174 ГК РФ недвусмысленно вытекает, что законодатель подразумевает не любых лиц, чьи полномочия ограничиваются актами локальной (автономной) регламентации, а только представителей (тогда как участник общества, отчуждающий долю в уставном капитале, представителем не является).



низма, препятствующего концентрации акций, несколько сомнительна (с учетом ранее рассмотренной судебной практики, исключающей признание недействительными сделок по приобретению акций в нарушение соответствующих положений устава). Логичным и полезным способом придания данному механизму полновесности могло бы стать введение в акционерный закон предписания о запрете на голосование акциями, приобретенными в нарушение уставных ограничений (как это уже сделано в п. 3 ст. 14 Закона об ООО). В настоящее же время, полагаем, может вестись речь о применении положений п. 3 ст. 14 Закона об ООО в порядке аналогии закона (хотя данный вывод не является бесспорным<sup>32</sup>).

Помимо прочего, нарушение децентрализованных правил может служить основанием для привлечения лица к гражданско-правовой ответственности, причем предусмотренной в рамках как централизованной, так и децентрализованной регламентации (тем самым механизмом, стимулирующим лицо к исполнению децентрализованных правил при совер-

шении сделки, является не ее инвалидация, а возможность возложения на нарушителя дополнительных обременений). Порой законодатель прямо акцентирует на этом внимание: к примеру, в п. 3 ст. 388 ГК РФ определяется, что соглашение между должником и кредитором об ограничении или о запрете уступки требования по денежному обязательству, связанному с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, не лишает силы такую уступку<sup>33</sup> и не может служить основанием для расторжения договора, из которого возникло это требование, но кредитор (цедент) не освобождается от ответственности перед должником за данное нарушение соглашения.

Итак, *совершение сделки с нарушением децентрализованных правил само по себе не может привести к ее недействительности на основании ст. 168 ГК РФ*, что совершенно не исключает возможности признания сделки недействительной с опорой на специальные законоположения, а равно наступления иных негативных последствий. При этом в серьезном научном осмыслении нуждается вопрос о пределах локального (автономного) регулирования такого рода последствий (о чем, в частности, упоминается в абз. 3 п. 1 ст. 160 ГК РФ) как составной части общей проблематики сущности и функционального назначения актов децентрализованной регламентации и их взаимодействия с источниками централизованного регулирования.

<sup>32</sup> В литературе представлено и иное видение решения затронутой проблемы. Так, С. В. Богатов, констатируя, что «ограничений, подобных предусмотренным абз. 2 п. 3 ст. 14 Закона № 14-ФЗ, Закон № 208-ФЗ не содержит», считает, что «единственным видимым последствием превышения допустимого размера акций является возмещение обществу и его акционерам убытков, вызванных нарушением установленных уставом ограничений», обоснованно замечая при этом, что «осуществить такое возмещение на практике будет крайне сложно ввиду затруднительности доказывания причиненных убытков и причинной связи между их возникновением и действиями ответчика» (см.: Богатов С. В. Вопрос-ответ // СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>33</sup> Фраза «не лишает силы уступку» означает невозможность интерпретации сделки об уступке в качестве недействительной.

#### Библиография:

1. Антонова Л. И. Локальное правовое регулирование (теоретическое исследование). — Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1985. — 152 с.
2. Гришаев С. П. Правовой режим недвижимого имущества // СПС «КонсультантПлюс».
3. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / отв. ред. О. Н. Садилова. — М.: Контракт: Инфра-М, 2006. — 1062 с.
4. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: в 3 т. Т. 1: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина; Ин-т государства и права РАН. — М.: Юрайт-Издат, 2004. — 1069 с.
5. Литовкин В. Н., Рахмилович В. А., Садиков О. Н. Концепция развития гражданского законодательства // Журнал российского права. — 1999. — № 2. — С. 12—19.
6. Маковский А. Л. Гражданское законодательство как предмет ведения Федерации в прошлом и настоящем нашего Отечества // Журнал российского права. — 2003. — № 11. — С. 93—105.
7. Маковский А. Л. О кодификации гражданского права (1922—2006). — М.: Статут, 2010. — 736 с.
8. Максименко С. Т. К вопросу об особенностях частноправовой сферы регулирования // Актуальные проблемы частного права в России: межвуз. сб. науч. ст., посвящ. 75-летию З. И. Цыбуленко / отв. ред. Т. И. Хмелева. — Саратов: Изд-во Саратовской гос. юрид. академии, 2012. — С. 128—133.
9. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — 353 с.
10. Рахмилович В. А. Гражданское право как предмет законодательной компетенции Российской Федерации и ее субъектов // Журнал российского права. — 2003. — № 8.
11. Толстой Ю. К. Проблемы разграничения полномочий Российской Федерации и ее субъектов в сфере законодательной деятельности // Журнал российского права. 2005. — № 12. — С. 66—69.
12. Яковлев В. Ф. Источники гражданского права // Избранные труды. Т. 2: Гражданское право: История и современность. Кн. 1. — М.: Статут, 2012. — С. 779—796.

Материал поступил в редакцию 29 марта 2015 г.

INTERPRETATION OF THE CONCEPT OF LEGAL ACT<sup>1</sup>

**Ruzanova Valentina Dmitrievna** — Candidate of Legal Sciences, Head of the Department of Civil and Business Law, Samara State University.

[cl@ssu.samara.ru]

443011, Russia, Samara, Akademika Pavlova Street, 1.

**Povarov Yuriy Sergeevich** — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Department of Civil and Business Law, Samara State University.

[cl@ssu.samara.ru]

443011, Russia, Samara, Akademika Pavlova Street, 1.

**Abstract:** *This paper discusses the problems of interpretation of the terms "law" and "other legal act" in the context of application of Article 168 of the Civil Code. It is concluded that the range of instruments referred to in this article is broader than that specified in Article 3 of the Civil Code. In addition, the issue of the impact of the transaction with violation of the decentralized orders. Moreover, the authors stresses out that such a violation itself shall not entail invalidation of the transaction on the basis of Article 168 of the Civil Code, which does not exclude the possibility of recognizing the transaction invalid on the basis of special regulations, as well as the occurrence of other negative consequences.*

**Keywords:** *centralized and decentralized regulation, the invalidity of transaction, civil law legal system, laws and other legal acts, the acts of the local (autonomous) regulation*

## References:

1. Antonov L.I. Lokal'noe pravovoe regulirovanie (teoreticheskoe issledovanie) [Local legal regulation (theoretical study)], Leningrad: Izdatel'stvo Leningradskogo universiteta [Leningrad University Publishing House], 1985, 152 p.
2. Grishaev S.P. Pravovoye rezhim nedvizhimogo imushchestva [The legal regime of real estate], SPS "Konsultant Plus"
3. Sadikova O.N. (ed.) Kommentarij k grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, chasti pervoj (postatejnyj) [Commentary on the Civil Code of the Russian Federation, first part (itemized)], Moscow, juridicheskaya firma "Contract" [Law firm "Contract"]: INFRA-M, 2006, 1062 p.
4. Abov T.E., Kabalkina A.Y. (eds.) Kommentarij k grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii: V 3 t. T.1. Kommentarij k Grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, chasti pervoj [Commentary to the Civil Code of the Russian Federation: In 3 volumes. V.1. Commentary to the Civil Code of the Russian Federation, first part], Institut gosudarstva i prava RAN [Institute of State and Law, RAS], Moscow, Jurajt-Izdat, 2004, 1069 p.
5. Litovkin V.N., Rakhmilovich V.A., Sadikov O.N. Konceptija razvitiya grazhdanskogo zakonodatel'stva [The concept of civil law], Zhurnal rossijskogo prava [Journal on Russian Law], 1999. № 2, 12-19 pp.
6. Makovsky A.L. Grazhdanskoe zakonodatel'stvo kak predmet vedenija Federacii v proshlom i nastojashhem nashego Otechestva [Civil legislation as a matter of reference of the Federation in the past and present of our native land], Zhurnal rossijskogo prava [Journal on Russian Law], 2003. № 11, 93-105 pp.
7. Makovsky A.L. O kodifikacii grazhdanskogo prava (1922 - 2006) [On codification of civil law (1922 - 2006)], Moscow, Statut, 2010, 736 p.
8. Maksimenko S.T. K voprosu ob osobennostjah chastnopravovoj sfery regulirovanija [To a question of the peculiarities of private law the scope of regulation], Aktual'nye problemy chastnogo prava v Rossii: mezhvuz. sb. nauch. st., posvjashh. 75-letiju Z.I. Cybulenko / otv. red. T.I. Hmeleva [Topical issues of private law in Russia: Interuniversity Journal of Scientific Articles dedicated to the 75th anniversary of Tsybulenko Z.I., Khmeleva T.I. (ed.)], Saratov: Izdatel'stvo FGBOU VPO "Saratovskaja gosudarstvennaja juridicheskaja akademija" [VPO "Saratov State Academy of Law" Publishing House], 2012, 128-133 pp.
9. Pokrovsky I.A. Osnovnye problemy grazhdanskogo prava [Basic problems of civil law], Moscow, Statut, 1998, 353 p.
10. Rakhmilovich V.A. Grazhdanskoe pravo kak predmet zakonodatel'noj kompetencii Rossijskoj Federacii i ee sub'ektov [Civil law as a matter of legislative competence of the Russian Federation and its subjects], Zhurnal rossijskogo prava [Journal of Russian law], 2003, № 8.
11. Tolstoy Y.K. Problemy razgranichenija polnomochij Rossijskoj Federacii i ee sub'ektov v sfere zakonodatel'noj dejatel'nosti [Problems of differentiation of powers of the Russian Federation and its subjects in the sphere of legislative activity], Zhurnal rossijskogo prava [Journal of Russian law], 2005, № 12, 66-69 pp.
12. Yakovlev V.F. Istochniki grazhdanskogo prava // Izbrannye trudy. T.2: Grazhdanskoe pravo: Istorija i sovremennost'. Kn. 1. [Sources of civil law. Selected Works. Volume 2: Civil law: history and modernity. Bk. 1.], Moscow, Statut, 2012, 779-796 pp.

<sup>1</sup> The article is written in a separate co-authorship: V.D. Ruzanova is the author of the introduction and the first section; Yu.S. Povarov is the author of the second section.

# НАУЧНЫЙ КОММЕНТАРИЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

А. С. Таран\*

## ОТВОД АДВОКАТА СУДОМ НА ОТДЕЛЬНЫХ ЭТАПАХ ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

**Аннотация.** Уголовно-процессуальный кодекс РФ регламентирует осуществление отвода адвоката судом только применительно к подготовительной части судебного разбирательства. В связи с недостаточностью правовой регламентации в статье ставится вопрос о возможности и надлежащей процедуре отвода адвоката судом на иных стадиях и этапах производства по уголовному делу: предварительного расследования и подготовки к судебному заседанию, а также после начала судебного следствия. Применительно к досудебным стадиям уголовного процесса Уголовно-процессуальный кодекс РФ упоминает о возможности отвода адвоката судом только в случаях, предусмотренных ст. 165 УПК РФ (ч. 2 ст. 72, ч. 1 ст. 69 УПК РФ). Автор делает вывод о том, что отвод адвоката судом может быть осуществлен во всех формах производства судебного контроля: не только в порядке ст. 165 УПК РФ, но и ст. 108, 125 УПК РФ. Принятие судом решения об отводе адвоката в данном случае предполагает необходимость соблюдения процессуального порядка отвода, свойственного состязательному судебному производству: с правом сторон заявлять отводы, высказывать по нему свою позицию, представлять объяснения и возражения. В статье выявляется проблема пробельности правовой регламентации действий и решений судьи при обнаружении обстоятельств, исключающих участие адвоката в уголовном процессе на стадии подготовки дела к судебному разбирательству. Выделяются и анализируются вероятные формы разрешения судьей рассматриваемой ситуации. Автор делает вывод, что с позиции максимального обеспечения гарантий прав участников процесса оптимальным явилось бы назначение судьей предварительного слушания для решения вопроса об отводе адвоката. Выявлено, что в науке уголовного процесса на отвод адвоката часто распространяется правило, установленное ч. 2 ст. 64 УПК РФ, ограничивающее в целом заявление отвода судьей рамками начала судебного следствия. Автор приходит к выводу, что это положение уголовно-процессуального закона в отношении адвоката не должно применяться. Судья должен выносить решение в случае заявления адвокату отвода после начала судебного следствия независимо от времени, когда сторона узнала о наличии оснований для него. Нерассмотрение данного отвода, принятие по нему решения одновременно с постановлением приговора само по себе должно признаваться нарушением уголовно-процессуального закона.

**Ключевые слова:** уголовный процесс, адвокат, отвод, отвод адвоката, суд, отвод адвоката судом, судебный контроль, подготовка к судебному заседанию, предварительное слушание, судебное следствие.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.107.10.103-114

© Таран А. С., 2015

\* Таран Антонина Сергеевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Самарского государственного университета.

[Taran\_as@rambler.ru]

443041, Россия, г. Самара ул. Академика Павлова, д. 1.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ регламентирует отвод адвоката<sup>1</sup> судом на подготовительной части судебного разбирательства (ст. 266 УПК РФ). При этом возможность осуществления его судом на отдельных этапах производства по уголовному делу: стадиях предварительного расследования и подготовки к судебному заседанию, а также после начала судебного следствия, — вопрос не достаточно очевидный.

Исследуем полномочия суда по отводу адвоката на обозначенных этапах производства по уголовному делу.

#### **Отвод адвоката судом при производстве предварительного расследования**

Вопрос о возможности осуществления судом отвода адвоката в ходе предварительного расследования возникает в связи с функционированием института судебного контроля, сделавшего судью участником уголовно-процессуальных отношений еще на досудебных стадиях уголовного процесса.

Надо отметить, что проведенный нами опрос правоприменителей явно продемонстрировал, что в большинстве своем они отрицают наличие у суда данных полномочий. Так, на вопрос о том, вправе ли суд осуществить отвод защитника в ходе осуществления судебного контроля в порядке ст. 125 УПК РФ, положительно ответили только 20% опрошенных секретарей СЗ /помощников судей и 41,6% мировых судей. О том, что суд вправе отвести защитника в отдельных случаях на стадии предварительного расследования, например в порядке ст. 108 УПК РФ, указало меньше трети адвокатов (27,3%).

В этой связи, на наш взгляд, положением, требующим разъяснений, является закрепленная в ч. 1 ст. 69 УПК РФ возможность осуществления на предварительном следствии отвода адвоката судьей в случаях, предусмотренных ст. 165 УПК РФ.

В целом получение разрешения на производство следственных действий осуществляется в отсутствие защитника — по общему правилу в заседании вправе участвовать прокурор, следователь и дознаватель (ч. 3 ст. 165 УПК РФ). Только при рассмотрении ходатайства о проведении следственных действий, касающихся реализации или уничтожения вещественных доказательств, в судебном заседании вправе участвовать обвиняемый (подозреваемый), их защитники и (или) законные представители (ч. 3 (1) ст. 165 УПК РФ).

Представляется, что именно в этом случае может возникнуть вопрос о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле. А если так, тогда суду законодатель предоставил полномочие по осуществлению отвода адвоката-защитника в ходе предварительного расследования только при рассмотрении ходатайства о производстве следственного действия, касающегося реализации или уничтожения вещественных доказательств.

Это предоставленное законом правомочие вызывает некоторые вопросы: если следователь является субъектом, ведущим производство по уголовному делу, тогда почему он не осуществил этот отвод сам? Действительно, сложно представить, что он заявляет отвод адвокату в ходе данного процессуального действия, если только основания для этого не стали известны во время его проведения или если только адвокат не вступил в дело именно в момент рассмотрения судом ходатайства о производстве следственного действия.

В свете сказанного возникает вопрос: почему законодатель упоминает о возможности отвода адвоката судом только при осуществлении судебного контроля в виде дачи согласия на производство следственного действия? А как быть с его полномочием по рассмотрению жалоб в ходе предварительного расследования? Ведь именно здесь происходит судебное заседание с участием сторон. На нем присутствуют заявитель (им может быть и обвиняемый, и потерпевший), защитник, представитель потерпевшего, так называемые «иные лица, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым решением», а также прокурор, следователь, руководитель следственного органа (ч. 3 ст. 125 УПК РФ). Здесь судья разъясняет участвующим в деле лицам их права и обязанности (ч. 4 ст. 125 УПК РФ).

Разъясняется ли здесь судом сторонам право на отвод, в том числе на отвод адвоката? В законе сказано, что судья в начале судебного заседания «представляется явившимся в судебное заседание лицам» (ч. 4 ст. 125 УПК РФ). Очевидно, что с требованием представиться, т.е. огласить о себе определенную информацию, позволяющую провести идентификацию своей личности, связана возможность заявить отвод представившемуся лицу, т.е. судье. Означает ли это, что, не требуя представлять остальных участников процесса, закон и не допускает разрешения вопроса об их отводе? На наш взгляд, здесь следует применить аналогию закона, т.е. положения ч. 1 ст. 69 УПК РФ о возможности осуществления отвода судьей переводчика и адвоката на стадии предварительного расследования при производстве в по-

<sup>1</sup> Здесь и далее, употребляя термин «адвокат», мы будем подразумевать адвоката, участвующего в производстве по уголовному делу в качестве защитника и адвоката-представителя потерпевшего (гражданского истца, гражданского ответчика).



рядке ст. 165 УПК РФ распространить и на ст. 125 УПК РФ.

Кроме того, актуальность отвода адвоката именно на этом этапе производства по делу обусловлена возможностью его вступления в уголовный процесс при подаче и рассмотрении жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ, обоснованной Конституционным Судом РФ. Согласно его определению от 24.11.2005 № 431-О «положение части третьей статьи 125 УПК РФ в его конституционно-правовом истолковании не препятствует допуску представителя к участию в рассмотрении жалобы потерпевшего на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя и прокурора независимо от того, принимал ранее представитель участие в деле или нет». Думается, что эта позиция в полной мере может быть распространена и на защитника. Соответственно, возможность вступления адвоката в производство по делу и на данном этапе требует обеспечения права сторон на заявление ему отвода<sup>2</sup>.

В свете сказанного совершенно правильным представляется разъяснение, данное Пленумом Верховного Суда РФ в постановлении от 10.02.2009 № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Согласно п. 13 указанного постановления «в силу части 4 статьи 125 УПК РФ судье надлежит разъяснять явившимся по вызову лицам их права и обязанности, в частности их право принимать участие в судебном заседании: *заявлять отводы* (выделено мной. — А. Т.), ходатайства, представлять документы, знакомиться с позицией других лиц, давать по этому поводу объяснения».

Следует обсудить еще и возможность отвода судьей адвоката в процессе избрания мер пресечения, назначаемых с согласия суда по итогам рассмотрения соответствующего ходатайства следователя (дознавателя): залога, домашнего ареста и заключения под стражу. Процедура их применения (ст. 108 УПК РФ) предусматривает участие обвиняемого (подозреваемого), к которому эта мера применяется, и его защитника. Помимо них в заседании участвуют прокурор, вправе участвовать также законный представитель несовершеннолетнего обвиняемого (подозреваемого), руководитель следственного органа, следователь, дознаватель. В отношении защитника сделана оговорка — «если он участвует в уголовном деле».

В данном случае закон имеет в виду, что обязательно участие защитника, уже вступившего в дело в ходе производства предварительного расследования. Означает ли это, что защитник обвиняемого не может вступить в дело в момент проведения заседания о применении к его подзащитному меры пресечения и участвовать в нем не сможет? На наш взгляд — нет, предъявление указанных в ч. 4 ст. 49 УПК РФ документов: ордера и удостоверения адвоката требуют от судьи считать его полноправным участником процесса.

Закон не упоминает специально о том, что суд разъясняет участникам процесса их право на заявление отвода. Он требует от судьи в начале судебного заседания разъяснить участвующим в нем лицам их права и обязанности. Входит ли в этот перечень разъяснение права на отвод?

Очевидно, что профессиональным участникам процесса, которых в данном заседании всегда большинство, разъяснять права не требуется. А вот обвиняемому, безусловно, разъяснять права необходимо, в том числе право на отвод, что особенно актуально может быть именно в отношении отвода того же судьи или прокурора.

В этой связи заметим, что ст. 108 УПК РФ не требует от судьи объявлять лиц, участвующих в заседании. Между тем оглашение данной информации — важный элемент реализации права на заявление отвода. Поэтому судья должен перед началом судебного разбирательства огласить круг его участников, в том числе назвать себя и, безусловно, адвоката.

Иллюстрацией отвода адвоката судом в ходе судебного контроля может служить дело гражданина О. Б. Федорова. Как следует из определения Конституционного Суда РФ, вынесенного по его жалобе, районный суд, рассматривая вопрос о продлении срока содержания его под стражей, удовлетворил поддержанное прокурором ходатайство следователя об отводе его адвоката, приняв во внимание ранее вынесенное следователем постановление об отводе адвоката<sup>3</sup>. Таким образом, адвокат оказался как бы дважды отведенным. Полагаем, что при том, что в данном случае решения суда на отвод адвоката не требовалось (на наш взгляд, достаточно было уведомить суд об отводе адвоката следователем), эта ситуация подтверждает тот факт, что суды правомочны, готовы и могут принимать решение об отводе адвоката при осуществлении судебного контроля.

Таким образом, процедура осуществления судом судебного контроля в ходе производства

<sup>2</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 24.11.2005 № 431-О «По жалобе гражданина Саблина Олега Викторовича на нарушение его конституционных прав частью третьей ст. 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

<sup>3</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 25.09.2014 № 1916-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Федорова О. Б. на нарушение его конституционных прав ч. 1 ст. 389 (1) УПК РФ».

предварительного расследования, предусматривающая участие обвиняемого (подозреваемого) и его защитника, предполагает необходимость соблюдения процессуального порядка отвода, свойственного состязательному судебному производству: с правом заявлять отводы, высказывать свою позицию, представлять по нему объяснения и возражения.

#### **Отвод адвоката судом на стадии подготовки к судебному заседанию**

Стадия подготовки к судебному заседанию недостаточно подробно урегулирована уголовно-процессуальным законодательством, многие недостатки ее правовой регламентации уже отмечены в науке<sup>4</sup>. Этим во многом обусловлена неочевидность возможности отвода на ней адвоката. В специально посвященном данной стадии процесса постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 22.12.2009 № 28 «О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству» этот вопрос не регламентируется.

Часть 2 ст. 69 УПК РФ устанавливает, что решение об отводе «в ходе судебного производства» принимает «суд, рассматривающий данное уголовное дело, или судья, председательствующий в суде с участием присяжных заседателей». Означает ли, что отнесся к субъектам отвода «суд, рассматривающий уголовное дело», законодатель предусмотрел решение этого вопроса только в процессе «рассмотрения дела», осуществляемого, как известно, исключительно в рамках судебного разбирательства?

На наш взгляд, ответ на этот вопрос должен быть отрицательным уже потому, что суд может и должен отвести адвоката в ходе предварительного слушания, проводимого, в силу ч. 1 ст. 234 УПК РФ, с соблюдением требований глав 33, 35 и 36 УПК РФ (в частности, с процедурой подготовительной части судебного разбирательства, предусматривающей разрешение вопросов об отводах).

Проведение предварительного слушания — особая процедура исследуемой стадии процесса. Возможно ли разрешение судом вопроса об отводе адвоката при подготовке дела к рассмотрению в суде в обычном порядке?

Обратившись к ст. 227, 228 УПК РФ, определяющим полномочия суда по поступившему уголовному делу и вопросы, подлежащие выяснению по нему, мы не увидим прямого упоминания об институте отвода, на суд не возложена обязанность проверять наличие

обстоятельств, исключающих участие субъектов процесса и принимать соответствующее решение.

Между тем сам собой напрашивается вопрос: как должен поступить судья, если в процессе подготовки к судебному заседанию обнаружит, что участвующий в деле защитник еще на предварительном следствии подлежал отводу?

Возможность выявления этого факта обусловлена тем, что о защитнике, участвующем в деле, суд узнает в процессе выяснения вопросов, обозначенных в ст. 228 УПК РФ. Особенно это актуально применительно к обязанности суда разрешить поступившие ходатайства и жалобы (п. 4 ч. 1 ст. 228 УПК РФ). А они могут содержать просьбу об отводе адвоката.

Представляется, что выбор предполагаемых вариантов разрешения судьей такой ситуации может лежать в следующих плоскостях:

- назначение судьей судебного разбирательства и разрешение вопроса о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, уже в его подготовительной части;

- разрешение судьей вопроса об отводе адвоката в ходе подготовки к рассмотрению уголовного дела в обычном порядке;

- назначение судьей предварительного слушания для разрешения вопроса о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле.

Проанализируем каждый из выделенных нами вариантов в обозначенной последовательности.

1. О том, что судья может произвести отвод адвоката только в самом судебном разбирательстве, говорит то, что его осуществление судом, по предписанию закона, прямо предусмотрено именно применительно к данной стадии, где он разрешается в условиях состязательности (ст. 266 УПК РФ). Поэтому вполне возможно утверждать, что он не входит в круг вопросов стадии подготовки дела к судебному разбирательству, обосновывая это тем, что судья должен выслушать стороны, узнать мнение отводимого лица и проч.

Вместе с тем при установлении обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, на стадии подготовки к судебному заседанию, когда велика вероятность отвода адвоката в ходе судебного разбирательства, назначение судебного заседания не эффективно с точки зрения процессуальной экономии. Отложение судебного разбирательства, обусловленное необходимостью приглашения другого защитника взамен отведенного, затянет рассмотрение дела по существу, может привести к нарушению прав граждан на рассмотрение дела в разумные

<sup>4</sup> См.: Ковтун Н. Н. О спорных вопросах порядка проведения судьей предварительных слушаний по уголовным делам // Вестник ОГУ. 2006. № 3. С. 93.

сроки (ч. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, ст. 6 (1) УПК РФ).

Вспомним, что задачей исследуемой стадии является создание условий для проведения законного судебного разбирательства. Н. А. Колоколов об этом пишет так: «Стадия подготовки к судебному заседанию — это своеобразный фильтр между досудебным и судебным производством. На данном этапе законодателем перед судом поставлена задача не допустить дальнейшего движения уголовных дел, по которым органами предварительного расследования и прокурором допущены нарушения уголовного и уголовно-процессуального закона, препятствующие нормальному осуществлению правосудия»<sup>5</sup>.

Если на данном этапе уголовного судопроизводства судья должен установить «проведено ли предварительное расследование в точном соответствии с законом, соблюдены ли требования закона по обеспечению прав обвиняемого»<sup>6</sup> то, очевидно, определение в рамках предоставленных ему законом средств «пригодности» участия лица в деле входит в предмет проверки судьи. Это все дает основание для вывода о том, что на данной стадии процесса может и должен решаться вопрос об отводе адвоката: «если на этой стадии создаются условия для проведения законного судебного разбирательства, почему бы не дать возможность заявить отвод?»<sup>7</sup>

2. В пользу того, что судья может осуществить отвод адвоката при подготовке дела к рассмотрению в суде в обычном порядке, свидетельствует то, что в числе вопросов, подлежащих разрешению на данной стадии, фигурирует следующий: «Подлежат ли удовлетворению заявленные ходатайства и поданные жалобы?» (п. 4 ч. 1 ст. 228 УПК РФ). Именно из этого нормативного предписания отдельные ученые делают вывод, что на этой стадии «...в предмет доказывания судьи в конкретном уголовном деле может входить наличие или отсутствие оснований для отвода прокурора или судьи...»<sup>8</sup>. Действительно, стороны на данном этапе уголовного процесса узнают, кто принял их дело к производству. Они могут заявить об известных им обстоятельствах,

исключающих участие этого судьи в деле. Очевидно, что продолжая мысль ученого, можно говорить о разрешении судом и ходатайств об отводе защитника и адвоката-представителя потерпевшего.

Проводя параллели между предписаниями различных отраслей права и обратившись к процедуре рассмотрения судом гражданских дел, мы увидим в числе задач, поставленных там перед подготовкой дела к судебному разбирательству «разрешение вопроса о составе лиц, участвующих в деле, и других участниках процесса» (ст. 148 ГПК РФ). В уголовном процессе суд также решает вопрос о составе лиц, вызываемых в судебное заседание (п. 3, 4 ч. 2 ст. 231 УПК РФ).

Заметим, что, предусмотрев обязанность суда разрешать на исследуемой стадии процесса ходатайства и жалобы, законодатель основанием для проведения предварительного слушания назвал только ходатайство об исключении доказательства (п. 1 ч. 2 ст. 229 УПК РФ). Если предположить, что в данном случае законодатель использует термин «ходатайство» в широком смысле, подразумевая под ним любую просьбу, адресованную суду, в том числе и об отводе, означает ли это, что он допускает разрешение заявления об отводе в обычном порядке, т.е. в отсутствие сторон?

Действительно, можно задуматься о том, насколько обязательна, по мнению законодателя, состязательная процедура решения вопроса об отводе, если она не предусмотрена применительно к разрешению его следователем на стадии предварительного расследования.

Обратившись к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.12.2009 № 28 «О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству» мы обнаружим его позицию о том, что в порядке п. 4 ст. 228 УПК РФ «могут быть удовлетворены лишь обоснованные ходатайства, которые не требуют проверки». Соответственно, если придерживаться расширительного толкования закона и признать, что законодатель в данном случае использовал термин «ходатайство» в широком смысле, подразумевая любую просьбу, адресованную суду, в том числе и заявление об отводе, то суд если и правомочен рассмотреть последнее, то только в том случае, если основания для отвода адвоката носят формальный характер и подтверждены документально (например, факт предыдущего участия адвоката в деле в ином процессуальном качестве).

3. Назначение судьей предварительного слушания способно снять претензии к процеду-

<sup>5</sup> Колоколов Н. А. Решения судьи в стадии предварительного слушания, пресекающие движение уголовного дела // Юридическая библиотека ЮРИТЛИБ. URL: [http://www.juristlib.ru/book\\_6968.html](http://www.juristlib.ru/book_6968.html).

<sup>6</sup> Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / отв. ред. П. А. Лупинская. М. : Юрист, 1998. С. 360.

<sup>7</sup> Шигуров А. В. Подготовка дела к судебному заседанию в российском уголовном процессе : дис. ... к. ю. н. Саранск, 2004. С. 108.

<sup>8</sup> Шигуров А. В. Указ. соч. С. 175.

ре отвода адвоката, которые могло бы вызвать разрешение этого вопроса судьей в обычном порядке подготовки дела к судебному разбирательству, т.е. без участия сторон. Вместе с тем проблемой является то, что основания его проведения четко определены законом, их перечень закрыт (ч. 2 ст. 229 УПК РФ). Среди них нет такого основания, как заявление отвода участнику процесса. Однако если законодатель предусматривает в качестве обязательного элемента процедуры предварительного слушания разрешение вопроса об отводах (согласно ч. 1 ст. 234 УПК РФ здесь должен соблюдаться общий порядок подготовительной части судебного разбирательства, предусмотренный гл. 36 УПК РФ), почему бы не провести предварительное слушание специально для решения вопроса об отводе какого-либо участника процесса?

Вспомним, что закрытый перечень оснований проведения предварительного слушания, установленный законом, по мнению Конституционного Суда РФ, не является исчерпывающим. В частности, в свое время Суд сделал вывод, что он не служит препятствием проведения предварительного слушания при разрешении судом вопроса о продлении срока содержания под стражей обвиняемого: «Ставя и решая по собственной инициативе вопрос об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей, суд, по смыслу ст. 108 УПК Российской Федерации, не освобождается от обязанности выслушать мнения сторон, а стороны не могут быть лишены возможности привести свои доводы»<sup>9</sup>. Таким образом, по мнению Конституционного Суда РФ, ч. 2 ст. 229 УПК РФ не ограничивает суд в возможности проведения предварительного слушания для разрешения вопросов, требующих выяснения позиции сторон, в том числе реализации права подсудимого на изложение своего мнения. Очевидно, что к ним можно отнести и вопрос об отводе адвоката.

Отметим, в связи со сказанным, определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 21.09.2011 № 30-011-18. В нем был отменен приговор в отношении А. на том основании, что на стадии предварительного расследования и судебного разбирательства его защиту осуществлял адвокат М., ранее защищавший по делу, выделенному в отдельное

производство, Г., интересы которого противоречили интересам А. В изложении Верховным Судом РФ данного решения указано следующее: «Поскольку данное существенное нарушение закона подлежало обсуждению и оценке еще в стадии предварительного слушания, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ приговор отменила, а дело направила на новое рассмотрение со стадии предварительного слушания»<sup>10</sup>. Тем самым Верховный Суд РФ подчеркнул возможность и необходимость разрешать на предварительном слушании вопрос о наличии обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле.

Таким образом, в силу законодательной неурегулированности и противоречивости практики при обнаружении судом на стадии подготовки дела к рассмотрению в суде признаков наличия обстоятельств, исключающих участие адвоката в деле, у судьи в арсенале фактически все три изложенных нами варианта. Очевидно, что если выбор осуществлять с позиции максимального обеспечения гарантий прав участников процесса, то оптимальным явилось бы назначение судьей предварительного слушания. Тем более что отвод адвоката может повлечь постановку сторонами вопроса о признании доказательств, полученных с его участием, недопустимыми, что является основанием для проведения подготовки к судебному заседанию в данной форме по прямому предписанию закона (п. 1 ч. 2 ст. 229 УПК РФ).

Что касается мнения практиков на этот счет, то ни один секретарь СЗ/помощник судьи не посчитал, что судья может осуществить отвод адвоката при обычном порядке подготовки к судебному заседанию, в то время как этот вариант признали приемлемым 8,3% мировых судей и 33,3% опрошенных адвокатов. Большинство секретарей СЗ/помощников судей (56%) высказались за назначение судьей предварительного слушания и решения вопроса об отводе адвоката в его рамках. С тем, что судья может осуществить их отвод на предварительном слушании, согласны 39,4% опрошенных адвокатов. Треть секретарей СЗ/помощников судей (32%) посчитало, что судья должен в данной ситуации назначить судебное заседание и осуществить отвод адвоката в ходе его подготовительной части. Таким образом, на наш взгляд, при некоторой расхождении позиций, можно проследить, что вариант проведения предварительного слушания пользуется большим одобрением у указанных ка-

<sup>9</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 22.03.2005 № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений УПК РФ, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан».

<sup>10</sup> Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 21.09.2011 № 30-011-18 (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 6. С. 12.



тегорий опрошенных. Этого не скажешь о мировых судьях, с незначительным перевесом выбравших такой вариант решения ситуации, как назначение судебного заседания и осуществление отвода в его подготовительной части — 54,2%. Только треть из них (37,5%) считает возможным назначить предварительное слушание и осуществить на нем отвод.

#### **Отвод адвоката судом после начала судебного следствия**

УПК РФ прямо не ограничивает возможность заявления отвода адвокату в ходе судебного разбирательства какими-либо временными рамками.

Вместе с тем в науке встречаются утверждения, что по закону это допустимо делать до начала судебного следствия, а после — только при наличии определенного условия. Так, в комментарии к Уголовно-процессуальному кодексу РФ можно прочесть: «На предварительном следствии отвод адвокату заявляется после того, как стали известны основания для отвода, а в судебном заседании — до начала судебного следствия. Однако закон не запрещает отвод адвоката и в других частях судебного разбирательства при условии, что основания для отвода стали известны после начала судебного следствия»<sup>11</sup>. Аналогичную мысль высказывают и другие ученые — как в научной, так и в учебной литературе<sup>12</sup>.

Разбираясь в действии данного правила в отечественном уголовном процессе, заметим, что рассматриваемое условие заявления отвода уголовно-процессуальный закон устанавливает как ранее, так и сейчас, но только применительно к судье (ч. 2 ст. 64 УПК РФ, ч. 2 ст. 61 УПК РСФСР). Очевидно, что ученые провели параллели между отводами этих участников процесса и применили аналогию закона.

Допустима ли она в данном случае?

Прежде всего, очевидно, что по своей сути норма ч. 2 ст. 64 УПК РФ — некоторое сужение права на отвод судьи. Закон, предусматривая последнее, при этом же и ограничивает его рамками первого этапа судебного разбирательства.

Для чего законодателю потребовалось устанавливать данное правило? Ясно, что обеспечивая процессуальную экономию, законо-

датель создает стимул для обнаружения сторонами оснований отвода судьи на первом, начальном этапе судебного разбирательства. Достаточно значимо, чтобы при невозможности рассмотрения дела конкретным судьей судебное разбирательство не продлилось далее его подготовительной части. Закон препятствует в данном случае переходу заявления об отводе судьи в плоскость тактики: когда сторона умышленно его откладывает по определенным соображениям, обуславливая, например, поведением судьи или той или иной процессуальной обстановкой.

Каков законодательный механизм обеспечения действия этой нормы?

По логике, требование ч. 2 ст. 64 УПК РФ должно подкрепляться признанием законодателем диспозитивности обстоятельств, исключающих участие судьи в процессе. Согласие лица на разрешение его дела судьей при наличии последних, выраженное путем незаявления ему отвода до начала судебного следствия, должно было бы приводить к лишению юридической силы требований закона о недопустимости участия такого судьи в уголовном судопроизводстве.

Нивелируются ли на самом деле установленные ст. 61 УПК РФ обстоятельства, исключающие участие судьи в уголовном процессе, в том случае, если до начала судебного следствия ему не заявлялся отвод сторонами, знающими об их наличии? На наш взгляд, весьма сомнительно, что да.

В основе существования нормы ч. 2 ст. 64 УПК РФ лежит, безусловно, публично-правовой интерес, состоящий в том, чтобы обстоятельства, исключающие участие судьи в деле, были обнаружены тогда, когда это принесет наименьший урон и наибольшую пользу для судопроизводства. Но и в основе установления обстоятельств, исключающих участие судьи в деле, тоже публичный интерес, в силу чего они, как известно, императивны и действуют независимо от усмотрения сторон. Именно поэтому, если сторона не заявила отвод судье в подготовительной части судебного разбирательства, зная о наличии оснований для его отвода, это не значит, что судья получил индульгенцию на рассмотрение данного дела при наличии обстоятельств, исключающих его участие в нем. Именно поэтому неза явление отвода судье на первом этапе судебного разбирательства само по себе не может быть основанием для отказа в удовлетворении жалобы на приговор, обоснованной незаконностью состава суда. Рассмотрение дела судьей, подлежащим по закону отводу, должно признаваться существенным нарушением уголовно-

<sup>11</sup> Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / отв. ред. В. И. Радченко ; под ред. В. Т. Томина. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 1999. С. 128.

<sup>12</sup> Козырев Г. Н. Институт защиты в уголовном судопроизводстве : науч.-практ. комментарий. Н. Новгород, 1995. С. 39 ; Комментарий к ст. 64 УПК РФ // Сайт адвоката А. М. Карафелова. URL: <http://ugolovno-processualniy-kodeks-rf.com/statya-64-zayavlenie-ob-otvode-sudji/> ; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / отв. ред. П. А. Лупинская. М. : Юристъ, 1998. С. 408 ; Халдеев Л. С. Судья в уголовном процессе : практ. пособие. М. : Юрайт, 2000. С. 87.

процессуального закона, влекущим отмену приговора (п. 2 ч. 2 ст. 389 (17) УПК РФ), независимо от того, заявляла ли сторона об отводе судьи ранее и когда она об этих основаниях узнала.

Достигается ли процессуальная экономия частью 2 ст. 64 УПК РФ, если установленным ею ограничением возможности заявления отвода судье приговор может быть обречен на отмену?

По-видимому, мы должны постараться найти положительный ответ на этот вопрос, и искать его надо в процессуальном порядке применения этой нормы.

Процедура разрешения заявления об отводе судьи после начала судебного следствия законом специально не определена. На практике существует недопонимание того, как должен поступить судья в случае заявления ему отвода в рассматриваемом нами случае, т.е. в ходе судебного следствия, в судебных прениях и в последнем слове подсудимого.

Известны факты игнорирования судьями таких заявлений, отражения мнения о них только в самом приговоре, вызывающие весьма противоречивые оценки<sup>13</sup>.

В то же время существует и противоположная практика, отмеченная учеными: «Заявленные отводы разрешаются без выяснения установленного в законе расплывчато ограничения об известности или неизвестности стороне, заявившей отвод, оснований для его заявления ранее, до судебного следствия»<sup>14</sup>. Специально проведенное Л. Д. Калинкиной исследование показало, что разрешение отводов во всех случаях их заявления в ходе судебного следствия происходило в порядке ст. 65 УПК РФ<sup>15</sup>.

Каков же должен быть алгоритм действий судьи, получившего отвод в ходе судебного следствия? Если по закону отвод должен заявляться до начала судебного следствия, вправе ли судья оставить заявление, сделанное позже, без рассмотрения? Ответ не может быть однозначно положительным хотя бы потому, что из указанного правила сделано исключение, обязывающее суд как минимум установить, когда стороне стали известны те обстоятельства, на которые она ссылается.

Анализ встречающихся на практике ситуаций оставления заявления об отводе судьи без рассмотрения позволяет сделать вывод, что оно признается законным в том случае, когда из материалов дела очевидно следует, что обстоятельство, на которые ссылается сторона в его обоснование, были известны ей до начала судебного следствия. Например, когда отвод по данному основанию ею уже заявлялся и был судьей разрешен.

Так, по делу Ф. и М. суд не рассмотрел заявление адвоката М. об отводе народного заседателя М., сделанное после начала судебного следствия, и кассационная инстанция — Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ — признала это правомерным. Из существа кассационного определения следует, что отвод данному участнику процесса по этому же основанию заявлялся тем же адвокатом ранее и был разрешен судом в соответствии с требованиями УПК РФ<sup>16</sup>.

По общему же правилу, игнорирование заявления об отводе судьи, поданного после начала судебного следствия, признается нарушением процессуального закона. И здесь есть резон: отсутствие специальной правовой регламентации не означает ее отсутствие в принципе. Очевидно, законодатель предлагает суду, получившему заявление об отводе после начала судебного следствия, обратиться к общим положениям об отводе (ст. 65, 66 УПК РФ), как он прямо сделал при регламентации подготовительной части судебного разбирательства (ст. 266 УПК РФ). Все это требует от судьи не оставлять заявление об отводе, поданное после начала судебного следствия, без внимания, а принять по нему решение с соблюдением требования ч. 2 ст. 256 УПК РФ.

Разрешение по существу отвода, заявленного судье после начала судебного следствия, способно затянуть процесс, ибо требует доказывания наличия или отсутствия обстоятельств, исключающих участие судьи в уголовном процессе. В связи с этим законодатель и предоставил судье возможность отказать в удовлетворении заявленного ему отвода, ссылаясь на формальное основание: время его заявления. Между тем, принимая данное решение, суд фактически разрешает заявленный ему отвод и по существу, констатируя отсутствие обстоятельств, исключающих его участие в процессе. Как субъект, которого обнародованные в заявлении об отводе обстоятельства непосредственно касаются, он выражает тем самым свое отношение к факту их существования и их

<sup>13</sup> Особенно активно обсуждаются случаи, когда суд не рассматривает отвод, заявленный ему подсудимым в последнем слове. См.: *Zona zakona.ru*. Юридический интернет-портал. URL: <http://www.zonazakona.ru/showthread.php?t=140493>; Закон. Форум прокуроров и следователей. URL: <http://law.vl.ru/forum/viewtopic.php?f=4&t=11140>.

<sup>14</sup> Калинкина Л. Д. Заявление и разрешение повторных отводов суду (судье) на стадии судебного разбирательства // *Адвокат*. 2009. № 10. С. 19.

<sup>15</sup> Калинкина Л. Д. Указ. соч. С. 19.

<sup>16</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 27.02.2003 № 45-002-146 // URL: <http://docs.cntd.ru/document/885142041>.

оценке. В противном случае он был бы обязан заявить самоотвод (ч. 1 ст. 62 УПК РФ).

В связи со сказанным можно сделать вывод, что норма ч. 2 ст. 64 УПК РФ вовсе не предоставляет суду право произвольно игнорировать отвод, заявленный ему после начала судебного следствия. Она защищает суд от явных случаев «злоупотребления правом» — неоднократного заявления сторонами отводов судьбе по одним и тем же основаниям.

Безусловно, проблема заявления отводов после начала судебного следствия особенно актуальна именно в отношении судьи. Будучи субъектом, принимающим итоговое решение по делу, он подвергается острой критической оценке сторон, лично, прямо или косвенно заинтересованных в исходе дела и в отстранении его от участия в нем при сомнении в вынесении благоприятного для них решения. Лица, уже заявлявшие отвод судьбе, могут и в ходе судебного следствия не оставлять попыток устранить его из производства по делу. Именно поэтому, очевидно, законодатель и установил особые ограничительные правила по заявлению отвода судьбе после начала судебного следствия.

Запрет ч. 2 ст. 62 УПК РФ, предусмотренный в отношении судьи, актуален также в связи с тем, что основания его отвода могут появиться именно в ходе судебного следствия. На этом этапе судебного разбирательства могут быть обнаружены его предвзятость и тенденциозность. Их проявления возможны, например, в форме реплик и суждений по поводу обстоятельств рассматриваемого дела, ставящих под сомнение его беспристрастность<sup>17</sup>, или нарушений судьей установленного порядка судебного разбирательства<sup>18</sup>.

Все это, примеряя к адвокату и основаниям его отвода, предусмотренным ст. 72 УПК РФ, не значимо. Аналогичные действия со стороны адвоката не являются обстоятельствами, исключающими его участие в деле, они могут служить основанием для его отвода путем отказа от защитника (ст. 52 УПК РФ) или замены судом в порядке ч. 2 ст. 258 УПК РФ.

На наш взгляд, отводы судьи и отвод адвоката в ходе судебного следствия, при всей

кажущейся схожести, весьма различны и по механизму разрешения.

Конституционный Суд РФ указал, что «статья 62 УПК РФ закрепляет обязанность перечисленных в ней лиц — при наличии оснований для их отвода — устраниваться от участия в производстве по делу, т.е. заявить самоотвод. Эта обязанность возникает независимо от того, знают ли о наличии таких оснований другие участники процесса и требуют ли они отвода названных лиц»<sup>19</sup>. Тем более эта обязанность существует независимо от того, заявила ли сторона о наличии этих обстоятельств до начала судебного следствия или после. Судья, отказывающийся в удовлетворении заявленного ему отвода по причине того, что обстоятельства, на которые сторона ссылается, были известны ей до начала судебного следствия, фактически выносит решение и по существу: он констатирует отсутствие оснований для отвода, иначе он заявил бы самоотвод, выполнив обязанность, установленную законом (ч. 1 ст. 62 УПК РФ).

Очевидно, именно из этих соображений отмечается, что «отвод, заявленный судьбе после начала судебного следствия, не имеет юридического значения и не обязывает суд рассматривать его в порядке, установленном ст. 65 УПК РФ, *если нет законных оснований для устранения судьи от участия в судопроизводстве* (выделено мной. — А. Т.)»<sup>20</sup>. Заметим, что здесь обосновывается нерассмотрение судом заявленного ему отвода именно отсутствием обстоятельств, исключающих участие в деле. Их наличие или отсутствие для судьи бывает очевидно, т.к. они имеют самое непосредственное к нему отношение.

В случае с адвокатом ситуация иная. Заявление отвода — это право стороны, а заявление самоотвода — это обязанность участника процесса, к выполнению которой суд не должен быть безразличен. У судьи нет гарантий выполнения этой обязанности адвокатом в случае заявления последнему отвода после начала судебного следствия, поэтому отклонение судьей такого отвода только по тем мотивам, что сторона знала ранее о наличии этих обстоятельств, недопустимо.

Распространение правила ч. 2 ст. 62 УПК РФ на адвоката бессмысленно еще и потому, что заявление кем-либо отвода адвокату по обстоятельствам, известным ему до начала

<sup>17</sup> Надзорное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 17.12.1992 // Бюллетень Верховного Суда РФ 1993. № 8. С. 8.

<sup>18</sup> Сборник постановлений Президиума и определений Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РСФСР (1974—1979 гг.) / под ред. А. К. Орлова; сост. Т. В. Воробьева, З. Г. Андропова. М.: Юрид. лит., 1981. С. 343—344.

Вопреки предписаниям Конституционного Суда РФ, судья зачитал обвинительное заключение, исследовал доказательства. См.: Постановление Европейского Суда по правам человека 18 мая 2010 г. по делу «Озеров против Российской Федерации» (Жалоба № 64962/01).

<sup>19</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 21.10.2008 № 947 О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Курбанова С. А. на нарушение его конституционных прав положениями статей 29, 61—65, 125, 256, 294, 295, 299, 355, 379, 409 и 413 УПК РФ».

<sup>20</sup> Комментарий к ст. 64 УПК РФ // Сайт адвоката А. М. Карафелова. URL: <http://ugolovno-processualniy-kodeks-rf.com/statya-64-zayavlenie-ob-otvode-sudi/>.

судебного следствия, не лишает другого участника процесса, узнавшего о наличии этих обстоятельств из данного заявления, продублировать этот отвод от своего имени.

Кроме того, суд является субъектом, который может осуществить отвод любого участника процесса и по собственной инициативе. Поэтому даже если отвод адвокату будет заявлен после начала судебного следствия по обстоятельствам, известным стороне ранее, суд не вправе оставить без внимания обнаруженное обстоятельство, исключающее участие адвоката в процессе. Суд должен проверить наличие обстоятельства и принять соответствующее решение.

На наш взгляд, признание неизвестности стороне оснований для отвода адвоката обязательным условием его рассмотрения после начала судебного следствия способно далеко увести суд в исследование того момента, когда данные обстоятельства стали известны заявителю, в то время как он мог бы уже быть разрешен по существу.

Все это свидетельствует о том, что установленное ч. 2 ст. 64 УПК РФ временное ограничение на заявление отвода судье не должно распространяться на отвод адвоката.

Опрос практиков показал, что секретари судебного заседания/помощники судей почти единодушно придерживаются данной точки зрения. 74% из них указали, что судья должен рассмотреть заявленный в ходе судебного следствия отвод адвокату в любом случае. Соответственно, менее трети (26%) посчитали, что он сделает это только тогда, когда основания для отвода не были известны заявителю ранее. Близки к данному результату и мировые судьи, отдавшие данным вариантам ответов 70,8 и 20,9 % голосов соответственно. Только 8,3% решили, что судья вправе не рассматривать этот отвод, ссылаясь на то, что сторона не воспользовалась правом на заявление отвода в подготовительной части судебного разбирательства.

Опрошенные адвокаты продемонстрировали не столь единодушное мнение о праве сторон заявить им отвод. Положительный ответ на вопрос, вправе ли стороны отвести адвоката в ходе судебного следствия, обусловили незнанием ранее оснований отвода 48,5 % опрошенных, 33,3 % дали категоричный положительный ответ, 15,2 % — столь же категоричный отрицательный (3 % адвокатов затруднились с ответом).

Таким образом, данная категория опрошенных скорее склонна полагать, что отвод адвоката в ходе судебного следствия обусловлен фактом незнания соответствующих оснований ранее. На наш взгляд, это отражает то, что адвокатам в целом симпатизирует возможность

ограничения права на заявление им отвода в ходе судебного разбирательства.

Особо мы спросили у секретарей судебных заседаний/помощников судей и мировых судей о том, как должен поступить судья, если отвод адвокату — представителю потерпевшего будет заявлен подсудимым в последнем слове. Результаты опроса свидетельствуют о том, что данные категории опрошенных уже не столь категоричны в своей позиции о необходимости разрешения отвода адвокату, заявленного после начала судебного следствия, применительно к последнему слову подсудимого. Между тем никаких оговорок, связанных с этим введенным нами условием, закон не делает. Практике известны случаи, когда судья возобновляет судебное следствие для принятия решения об отводе адвоката. Так, в ходе судебных прений Дзержинский районный суд г. Ярославля выявил тот факт, что адвокат Х., осуществлявший защиту Б., являлся супругом свидетеля, чьи интересы, по мнению суда, противоречили интересам подсудимого. Суд возобновил судебное следствие и принял решение об отводе адвоката<sup>21</sup>. Очевидно, что и в случае обнародования в последнем слове обстоятельств, исключающих участие адвоката в производстве по делу, суд тоже правомочен так поступить.

Таким образом, представляется весьма сомнительным, что в отношении отвода адвоката распространяется правило, установленное ч. 2 ст. 64 УПК РФ, ограничивающее в целом заявление отвода судье рамками начала судебного следствия. На наш взгляд, выносить решение по существу в случае заявления адвокату отвода после начала судебного следствия судье необходимо независимо от времени, когда сторона узнала о наличии оснований для отвода адвокату. Нерассмотрение данного отвода, принятие по нему решения одновременно с постановлением приговора сами по себе должны признаваться нарушением уголовно-процессуального закона.

Проведенное исследование продемонстрировало пробельность и неоднозначность правового регулирования отвода адвоката на отдельных этапах производства по делу. Очевидно, это обусловило выявленные различия в понимании данного вопроса правоприменителями. Принимая во внимание тот факт, что отвод адвоката непосредственно затрагивает право граждан на квалифицированную юридическую помощь (ч. 1 ст. 48 Конституции РФ), данная ситуация должна быть преодолена.

<sup>21</sup> Кассационное определение СК по УД Ярославского обл. суда от 18.01.2011 на решение районного суда г. Ярославля. URL: <https://rospravosudie.com/court-yaroslavskij-oblastnoj-sud-yaroslavskaya-oblast-s/act-105249085/>.



**Библиография:**

1. Калинкина Л. Д. Заявление и разрешение повторных отводов суду (судье) на стадии судебного разбирательства // Адвокат. — 2009. — № 10.
2. Ковтун Н. Н. О спорных вопросах порядка проведения судьей предварительных слушаний по уголовным делам // Вестник ОГУ. — 2006. — № 3.
3. Козырев Г. Н. Институт защиты в уголовном судопроизводстве : научно-практический комментарий. — Н. Новгород, 1995. — 72 с.
4. Колоколов Н. А. Решения судьи в стадии предварительного слушания, пресекающие движение уголовного дела // Юридическая библиотека ЮРИТЛИБ.URL: [http://www.juristlib.ru/book\\_6968.html](http://www.juristlib.ru/book_6968.html) (дата обращения: 06.12.2015).
5. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / отв. ред. В. И. Радченко ; под ред. В. Т. Томина. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 1999. — 730 с.
6. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / отв. ред. П. А. Лупинская. — М. : Юрист, 1998. — 696 с.
7. Халдеев Л. С. Судья в уголовном процессе : практ. пособие. — М. : Юрайт, 2000. — 500 с.

*Материал поступил в редакцию 29 марта 2015 г.*

## REMOVAL OF A LAWYER BY THE COURT AT DIFFERENT STAGES OF THE CRIMINAL PROCEDURE

Taran Antonina Sergeevna — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Department of Criminal Procedure and Criminology, Samara State University.

[Taran\_as@rambler.ru]

443041, Russia, Samara Str. Akademika Pavlova, 1.

**Abstract.** *The Criminal Procedure Code regulates the implementation of removal of a lawyer by the court only in relation to the pre-trial stage. Due to the lack of legal regulation, the article raises a question of the possibility and proper procedure for challenging a lawyer by the court on other stages and phases of the criminal proceedings: the preliminary investigation and the preparation for the trial, and after the start of the trial.*

*With regard to the pre-trial stage of criminal proceedings, Criminal Procedure Code mentions the possibility of removal of a lawyer by the court only in the cases under Art. 165 of Code of Criminal Procedure (Part 2, Art. 72, Part 1, Art. 69 Code of Criminal Procedure). The author concludes that removal of a lawyer by the court can be carried out in all forms of judicial control, not only according to Art. 165 Code of Criminal Procedure and Articles 108, 125 of the Code. The Court's decision on removal of a lawyer in this case involves the need to comply with the procedural order of removal inherent of legal procedure: parties have the right to file a motion for removal, to express their position and objections.*

*The article reveals the problem of gaps in legal regulation of actions and decisions of the judges when revealing new facts which exclude the participation of a lawyer in criminal proceedings at the pre-trial stage. The author emphasizes and analyzes the likely form of resolution of this situation by the judge. The author concludes that from a position of maximum guarantee for the rights of participants in the process a better decision would be for the judge to appointment a preliminary hearing in order to decide if the lawyer is to be removed.*

*It was revealed that in the science of criminal proceedings on the removal of a lawyer they often apply a rule set forth in Art. 64, Part 2 of Code of Criminal Procedure. This rule limits the overall statement of objection to the judge beyond the start of the trial. The author concludes that this provision of the law of criminal procedure against a lawyer should not be used. The judge shall make a decision in case of lodging removal of a lawyer after the beginning of the trial, regardless of the time when the party has become aware of a reason for it. Not considering the removal, rendering a decision on the removal alongside with sentencing should be recognized as a violation of the criminal procedure law.*

**Keywords:** *criminal trial lawyer, removal, removal of a lawyer, trial, removal of a lawyer by the court, judicial supervision, pre-trial stage, the preliminary hearing, the judicial investigation.*

## References:

1. Kalinkina L.D. Zajavlenie i razreshenie povtornyh otvodov sudu (sud'e) na stadii sudebnogo razbiratel'stva [Application and permit repeated removals to the court (judge) at the trial stage], Advokat [Lawyer], 2009, №10.
2. Kovtun N.N. O spornyh voprosah porjadka provedenija sud'ej predvaritel'nyh slushanij po ugovnym delam [On controversial issues of the preliminary hearings in criminal cases by a judge] Vestnik OSU [OSU Bulletin], 2006, №3.
3. Kozyrev G.N. Institut zashhity v ugovnom sudoproizvodstve. Nauchno – prakticheskij kommentarij [Institute of protection in criminal proceedings. Scientific and practical commentaries], Nizhny Novgorod, 1995, 72 p.
4. Kolokolov N.A. Reshenija sud'i v stadii predvaritel'nogo slushanija, presekajushhie dvizhenie ugovnogo dela [Decisions of judges during the preliminary hearing, stop up the movement of the criminal case], Juridicheskaja biblioteka JuRITLIB [Legal Library YURITLIB], <[http://www.juristlib.ru/book\\_6968.html](http://www.juristlib.ru/book_6968.html)> (last visited - February 6, 2015).
5. Radchenko V.I., Tomina V.T. (eds.) Kommentarij k Ugolovno-processual'nomu kodeksu RSFSR [Commentary on the Code of Criminal Procedure of the RSFSR] 2nd ed., Rev. and add., Moscow, Yurayt, 1999, 730 p.
6. Lupinskaya P.A. Ugolovno-processual'noe pravo Rossijskoj Federacii: Uchebnik [Criminal Procedure Law of the Russian Federation: Textbook], Moscow Lawyer, 1998, 696 p.
7. Khaldeev L.S. Sud'ja v ugovnom processe: prakt. posobie [The judge in the criminal process: Practical allowance], Moscow, Yurayt, 2000, 500 p.

## СЛЕДСТВЕННЫЕ ДЕЙСТВИЯ — ПРАВОМЕРНЫ ЛИ НОВЫЕ ТРАКТОВКИ?

**Аннотация.** В статье анализируются предложения ряда авторов о пополнении системы следственных действий новыми познавательными приемами, в том числе оперативно-розыскными мероприятиями и «нетрадиционными приемами доказывания». Опираясь на свои представления о закономерностях развития системы, автор показывает несовместимость «новых» следственных действий с принципами уголовного процесса, с таким обязательным признаком следственного действия, как правоотношения между участниками. В итоге делается вывод: предлагаемые новации разрушают систему следственных действий.

**Ключевые слова:** следственные действия, познавательная характеристика и правовое регулирование, система, оперативно-розыскные мероприятия, нетрадиционные приемы доказывания, психофизиологическая экспертиза.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.107.10.115-127

Сложные проблемы борьбы с преступностью, вызванные ее ростом и консолидацией, породили многочисленные призывы к упрощению нашего уголовного процесса, устранению его излишней формализации, перегруженности процессуальными гарантиями и всего то, что служит помехой раскрытию преступлений, мешает эффективной деятельности органов расследования<sup>1</sup>.

Они коснулись и основного способа собирания доказательств — следственного действия. С учетом обновленного законодательства сопредельных стран некоторые авторы в целях усиления борьбы с преступностью считают возможным заимствовать из него положения, расширяющие содержание следственных действий и повышающие их эффективность в раскрытии преступлений. Но и в прежние времена вносились предложения о пополнении системы следственных действий. Исследуя эту проб-

лему, целесообразно вначале рассмотреть в теоретическом плане представления о сущности следственного действия и сформулировать правовые основы пополнения их системы, а затем проанализировать правомерность этих предложений.

**Система следственных действий и условия ее развития.** Отметим вначале, что в процессуальной науке общепризнано, что следственное действие является основным способом собирания доказательств. Однако, как отмечено многими авторами, его правовая регламентация несовершенна и оставляет место для полемики.

Семантический анализ понятия выявляет двоякое его значение: а) широкое: следственное действие — это любое процессуальное действие, производимое следователем (дознавателем); б) узкое: это только познавательное действие управомоченного субъекта. В первом случае в основе определения лежит субъект процессуальной деятельности, а во втором — осуществляемая управомоченным субъектом — следователем, дознавателем деятельность, ее познавательная цель и содержание.

<sup>1</sup> См., например: Волынский Р. Ф., Волынский В. В. Новый УПК Украины — ответ на вызовы современной преступности или...? // Российский следователь. 2013. № 5. С. 39—43.

© Шейфер С. А., 2015

\* Шейфер Семен Абрамович — доктор юридических наук, профессор Самарского государственного университета.

[cpl-kafedra-ssu@ya.ru]

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

Правовая регламентация следственного действия всегда рождала неясность. Например, прежнее законодательство относило к следственным действиям как познавательные действия (допросы, обыски, осмотры) — ст. 70 УПК РСФСР 1960 г., так и распорядительные действия (заключение под стражу) — п. 4 ст. 29 Закона о Прокуратуре СССР.

Неопределенность в определении понятия сохраняется и в УПК РФ 2001 г. В нем отсутствует нормативное определение этого института: п. 32 ст. 5 УПК РФ, разъясняющий понятия, используемые в этом Кодексе, говорит о следственных действиях как части процессуальных действий, не раскрывая сущности первых, а п. 19 ст. 5 характеризует цель неотложных следственных действий как обнаружение и фиксацию следов преступления, а также доказательств, т.е. подчеркивает их познавательную направленность. В то же время согласно п. 9 ст. 29, ч. 1 ст. 164, ч. 5 ст. 165 УПК РФ следственным действием признается и наложение ареста на имущество, т.е. действие, не носящее познавательного характера и отнесенное УПК РФ к мерам процессуального принуждения (ст. 115).

Эти обстоятельства послужили причиной различной трактовки сущности следственных действий в научных исследованиях. Однако большинство ученых придерживаются узкой трактовки понятия, считая, что следственные действия — это лишь те процессуальные действия, которые имеют познавательную направленность — получение доказательств. Но и при узкой трактовке следственного действия наблюдается упрощенный подход к определению его цели. Многие авторы определяют следственное действие как действие следователя по собиранию доказательств. Неточность такого представления проявляется в том, что правильно констатируя цель следственного действия — получение доказательств, оставляют без внимания его содержание и творческую роль следователя, который, как отмечалось в литературе, посредством следственного действия преобразует доказательственную информацию, заключенную в следах, оставленных событием, в доказательства в уголовно-процессуальном смысле.

Для правильного обозначения и уяснения смысла понятия «следственное действие», полагаем, следует рассмотреть его в двух аспектах — познавательном и процессуальном. С познавательной точки зрения следственное действие выступает как способ собирания доказательств — извлечения информации из следов события: отыскания (обнаружения) доказательственной информации, содержащейся в следах, ее восприятия, преобразо-

вания и закрепления в материалах дела, т.е. по существу — формирования доказательств. При этом определяющее значение имеют два положения: а) извлечение информации предполагает применение следственных действий, включающих определенные методы познания — познавательные операции: наблюдение, измерение, сравнение, расспрос, эксперимент, моделирование; б) набор этих методов, определяющий специфику каждого следственного действия, обусловлен объективным фактором — характером отображаемой информации. Каковы следы, таковы и методы их отображения! Таким образом, каждое следственное действие приспособлено для отображения не любых, а только соответствующих познавательным приемам следов. Иными словами, сфера применения каждого следственного действия не безгранична, она строго очерчена характером следов<sup>2</sup>.

Процессуальный же аспект следственного действия состоит в том, что его проведение четко регламентировано нормами уголовно-процессуального закона, совокупность которых образует специфический институт уголовно-процессуального права, реализуемый в правоотношениях между его участниками. Он охватывает основания проведения следственных действий, права лиц, привлекаемых к участию в следственных действиях, предписания, определяющие содержание познавательных и удостоверительных операций, меры принуждения, которые могут быть применены к недобросовестным участникам<sup>3</sup>.

После принятия решения о проведении следственных действий правоприменитель реализует его, т.е. осуществляет познавательную и удостоверительную деятельность<sup>4</sup>.

В плане нашего исследования важно подчеркнуть, что правоприменительную деятельность осуществляет только управомоченный государственный орган; в то время как другие участники процесса вправе и обязаны исполнять, соблюдать и использовать право. Из смысла закона следует, что субъектом проведения следственных действий является следователь, а также руководитель следственного органа, дознаватель и начальник подразделения дознания (ст. 38, 39, 40, 40.1, 164 УПК РФ). Только эти лица, а также суд вправе принимать решения, содержащие властные веления о проведении следственных действий. Это обстоятельство позволяет разрешить ставший в пос-

<sup>2</sup> Подробнее см.: Шейфер С. А. Следственные действия: система и процессуальная форма. М.: Юрлитинформ, 2001. С. 5—38.

<sup>3</sup> Шейфер С. А. Указ. соч. С. 39—50.

<sup>4</sup> Шейфер С. А. Указ. соч. С. 51.



леднее время спорным вопрос о том, кто производит следственные действия.

Является ли субъектом проведения следственного действия эксперт? С точки зрения вышесказанного отрицательный ответ не вызывает сомнения. Но в процессуальной литературе высказано мнение, что экспертиза — это следственное действие<sup>5</sup>. Так как экспертизу проводит эксперт (а не следователь), при таком взгляде получается, что именно эксперт становится субъектом проведения следственного действия, другими словами — субъектом собирания доказательств<sup>6</sup>.

Однако современная конструкция экспертизы не позволяет согласиться с подобным взглядом, т.к. деятельность эксперта должна ограничиваться лишь проведением исследования и не охватывать всех аспектов назначения и проведения экспертизы, т.е. познавательно-организационную деятельность следователя, образующую вместе с деятельностью эксперта сложный познавательный и процессуальный комплекс. Оберегая прерогативу следователя на собирание доказательств, закон запрещает эксперту самостоятельно собирать материалы для экспертного исследования (п. 2 ч. 4 ст. 57 УПК РФ). При этом деятельность эксперта не является полностью автономной: представленные следователю права дают ему возможность, не подменяя эксперта, управлять его деятельностью. Это выражается в том, что следователь:

- определяет в своем постановлении о назначении экспертизы предмет и программу экспертного исследования (предоставляя эксперту объекты исследования и формулируя вопросы);

- обеспечивает объективность и должный научный уровень эксперта (подбирая соответствующее экспертное учреждение или независимого эксперта, разрешая заявленные эксперту отводы, разъясняя эксперту его права и обязанности);

- определяет возможные направления экспертного исследования, излагая в постановлении обстоятельства, повлекшие назначение экспертизы и происхождение объектов;

- осуществляет контроль за объективностью, полнотой и научностью исследования, присутствуя при проведении экспертизы и запрашивая разъяснения эксперта по поводу производимых им действий;

<sup>5</sup> См. работы Н. С. Алексеева, В. М. Галкина, Н. Ф. Крылова. Такова же позиция Ю. К. Орлова. См., в частности: Орлов Ю. К. Производство экспертизы в уголовном процессе. М.: ВЮЗИ, 1982. С. 3.

<sup>6</sup> Отметим, что такое суждение усматривалось из текста первых УПК РСФСР. Так, ст. 193—195 УПК РСФСР 1923 г. устанавливали, что для осмотра и вскрытия трупов, для освидетельствования потерпевших и других лиц приглашается судебно-медицинский эксперт, а следователь лишь присутствует при этом и подписывает протокол, составленный экспертом.

- предоставляет по запросу эксперта необходимую ему дополнительную информацию;

- обеспечивает права и законные интересы участников процесса при проведении экспертизы.

Сказанное позволяет определить структуру познавательного комплекса, каким является экспертиза: следователь осуществляет систему действий, связанных с назначением и проведением экспертизы, которые и являются следственным действием в изложенном выше смысле. Эксперт же по поручению следователя осуществляет исследовательскую деятельность, лежащую за пределами следственного действия и выполняемую им с использованием методов материнской науки (в то время как методы проведения следственных действий определены уголовно-процессуальным законом) и обобщает ее результаты, представляя следователю свое заключение.

Оспаривая мысль о том, что сущность следственного действия состоит в извлечении информации из следов именно следователем, а не кем-то другим, ученые порой ссылаются на ч. 4 ст. 80 УПК РФ, которая устанавливает, что если освидетельствование сопровождается обнажением лица иного пола, то оно производится врачом. Однако данное положение не следует трактовать в том смысле, что врач становится субъектом проведения следственного действия: таковым остается следователь, врач же по поручению следователя обследует тело освидетельствуемого и сообщает следователю о результатах этого обследования.

К тому же следует учесть, что следственное действие включает в себя не только познавательные, но и удостоверительные операции, которыми оно завершается. В данной ситуации протокол освидетельствования составляет не врач, а следователь (ч. 1 ст. 180 УПК РФ). Фактически в рассматриваемой ситуации освидетельствование проводит следователь через врача, который выступает специалистом, оказывающим содействие следователю в получении доказательств (ч. 1 ст. 58 УПК РФ) и отнюдь не заменяет следователя.

Некоторые авторы вообще отвергают мысль о том, что суть следственного действия состоит в том, что следователь, производя его, извлекает информацию, заключенную в следах, и превращает ее в доказательства в процессуальном смысле, аргументируя свою позицию ссылкой на экспертизу и освидетельствование, процедура которых включает опосредованные элементы<sup>7</sup>. Но при этом они, как и

<sup>7</sup> Очередин В. Т. Следственные действия в уголовном процессе. Волгоград: Академия МВД, 2008. С. 13.

многие другие исследователи, все же считают, что следственные действия — это действия, проводимые следователем с целью обнаружения, изъятия и проверки доказательств<sup>8</sup>. Однако и данное представление вызывает возражения, ввиду его методологического несовершенства.

Так как «готовых» доказательств, т.е. показаний, заключений и т.д. (ч.2 ст.74 УПК РФ), в природе не существует, очевидно, что свести следственные действия к «изъятию» доказательств, которые как будто уже имеются в наличии, невозможно. Изъять можно лишь следы на материальных объектах.

В заключение приходим к выводу: для того, чтобы считать познавательное действие следственным, необходимо, чтобы доказательственную информацию извлекал из следов, оставленных событием, лично следователь на основе непосредственного контакта со следами. Иная трактовка следственного действия как способа собирания доказательств, без указания, кто и каким образом превращает информацию, заключенную в следах, в доказательство в уголовно-процессуальном смысле, размыкает это понятие и позволяет считать следственным действием любой канал поступления в уголовный процесс доказательственной информации.

Полагаем, что именно такой взгляд на субъекта следственных действий лежит в основе формирования научных представлений о системе следственных действий. На основе общих положений теории систем<sup>9</sup> можно считать, что система следственных действий — это не их простая совокупность, а комплекс, упорядоченный системообразующими связями, т.е. связями между отдельными элементами — следственными действиями, отражающими их общие черты. Эти связи носят объективный характер, ибо порождены связями следов, оставленных событием преступления в окружающем мире, и они придают упорядоченной совокупности следственных действий свойство целостности. Оно означает, что отображение всей информации, содержащейся в следах, оставленных исследуемым событием в окружающем мире, может быть достигнуто применением всех следственных действий, образующих систему, при том что каждое из них приспособлено к отображению информации, запечатленной в отдельных следах.

Система следственных действий — это не статическое, неизменное образование. Теория

познания учит, что круг средств познания в окружающем мире непрестанно совершенствуется и развивается. Соответственно этому процессуальная наука и криминалистика вычленили среди закрепленных в законе следственных действий познавательные приемы, отличающиеся от традиционных существенной спецификой. После практической апробации, доказавшей их эффективность, они получают закрепление в законодательстве в качестве новых следственных действий. Так появились предъявление для опознания, следственный эксперимент и проверка показаний на месте.

Однако не каждый замеченный исследователями познавательный прием имеет перспективу стать следственным действием. Важнейшей закономерностью формирования системы следственных действий является, на наш взгляд, разработанная еще в 70-х гг. прошлого века концепция, согласно которой система, сформировавшись как целостное образование, накладывает на процесс своего дальнейшего развития определенные ограничения, «препятствующие произвольному присоединению новых элементов, в известной мере предопределяя тот тип результатов, которые могут быть сведены в систему»<sup>10</sup>. Переводя это предписание на процессуальный язык, можно утверждать, что система следственных действий должна удовлетворять двум важнейшим требованиям. Во-первых, система должна соответствовать принципам уголовного судопроизводства, образующим систему более высокого уровня, т.е. включать достаточные гарантии достижения целей судопроизводства — установления истины и обеспечения законных интересов участников следственных действий (ст. 6 УПК РФ). Эти требования достигаются закреплением в законе порядка проведения соответствующих следственных действий, обеспечивающего надежность полученных доказательств и исключающего из арсенала следствия приемы, способные привести к ошибке.

Во-вторых, каждый включенный в систему прием должен приводить к достижению оригинального познавательного результата, т.е. получению доказательств определенного вида. Если возникающий на практике прием не соответствует этим исходным базовым требованиям системы, он не имеет перспективы стать следственным действием.

Так, не получило признания в науке предложение закрепить в законе в качестве следственного действия так называемую реконструкцию — воссоздание со слов очевидца об-

<sup>8</sup> Очередин В. Т. Указ. соч. С. 11.

<sup>9</sup> Система — совокупность элементов, находящихся в отношениях и связях друг с другом, которое образует определенную целостность, единство (Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 619).

<sup>10</sup> Блауберг И. В., Юдин В. Т. Понятие целостности и его роль в научном познании. М., 1970. С. 26.

становки события, т.к. этот прием не имеет самостоятельного доказательственного значения, ибо служит лишь предпосылкой осмотра<sup>11</sup>.

Не согласился законодатель и с нормативной регламентацией так называемой добровольной выдачи<sup>12</sup>, поскольку, как это видно из ч. 5 ст. 182 УПК РФ, этот прием является лишь элементом обыска или выемки.

В свое время И. Е. Быховский рассматривал в качестве следственного действия наложение ареста на имущество, т.к. в результате его проведения иногда обнаруживается ценное имущество, свидетельствующее о жизни не по средствам<sup>13</sup>. В современной литературе эту мысль поддерживает А. П. Рыжаков<sup>14</sup>. Но наложение ареста на имущество не преследует познавательной цели, а лишь обеспечивает его неотчуждение, в связи с чем законодатель обоснованно регламентирует его в главе 14 УПК РФ как «иные меры процессуального принуждения».

Не получило закрепления в законе в качестве следственного действия и предлагавшееся рядом ученых судебно-медицинское освидетельствование, которое фактически представляет собой один из видов судебно-медицинской экспертизы.

Таким образом, пополнение и развитие системы следственных действий — это сложный и длительный процесс, сопровождаемый высокими требованиями к ее новым элементам.

Однако пополнение системы в сопредельных государствах и отчасти в нашей стране пошло в другом направлении.

**Проникновение оперативно-розыскных мер и «нетрадиционных приемов доказывания» в систему следственных действий.**

Отметим вначале, что в связи со стремлением изменить саму конструкцию досудебного производства с целью повышения его эффективности наблюдается закреплённая законодательством стран Прибалтики, стран СНГ, а в известной мере и Российской Федерации тенденция к насыщению системы следственных действий оперативно-розыскными элементами.

Наиболее ярко этот процесс получил легализацию в законодательстве Латвии, Эстонии и Литвы.

Так, в соответствии с постановлением Сейма Латвии от 21.04.2005 новый Уголовно-процессуальный кодекс этой страны установил возможность проведения, наряду с обычными, таких следственных действий, как наблюдение и слежка за лицом, специальный следственный эксперимент, контроль средств связи и других известных нашему законодательству оперативно-розыскных мероприятий, «если для выяснения обстоятельств, подлежащих доказыванию... сведения о фактах необходимо получить, не информируя вовлеченных в процесс лиц». Если для этого необходимо использовать средства и методы оперативной работы, их проведение поручается особо уполномоченным государственным учреждениям (ст. 210 УПК Латвии).

Сходные положения содержатся в УПК Эстонии: допускается собирание доказательств путем проведения оперативно-розыскных действий (скрытое наблюдение, скрытый осмотр объекта почтово-телеграфных отправок, негласное прослушивание, имитация преступления и т.д.), «если собирание доказательств путем иных процессуальных действий невозможно или существенно затруднено» (ст. 110—120).

По такому же пути пошли и некоторые бывшие республики СССР, обновившие свое уголовно-процессуальное законодательство. Так, УПК Республики Молдова в главе о доказывании установил возможность проведения специальных розыскных мероприятий (в виде обследования жилища и наблюдения за ним, прослушивания переговоров, идентификации абонента, розыскной деятельности под прикрытием и др.), «если иным путем невозможно реализовать цели уголовного судопроизводства и/или может быть нанесен значительный ущерб сбору доказательств». Они представляют собой действия по уголовному преследованию гласного и негласного характера, производимые розыскными офицерами (ст. 132.1—138.3 УПК Республики Молдова). Процессуальные акты о результатах специальных розыскных мероприятий и приложения к ним являются одним из видов доказательств (п. 8 ч. 2 ст. 93 УПК Республики Молдова).

В наиболее широких пределах внедряет в систему следственных действий оперативно-розыскные мероприятия новый УПК Украины, принятый 13 апреля 2012 г. Согласно ст. 40 УПК Украины на досудебном производстве следователь уполномочен сам проводить как следственные (розыскные), так и негласные следственные (розыскные) действия, хотя может поручать проведение последних соответствующим оперативным подразделениям.

<sup>11</sup> См.: Быховский И. Е., Лузгин И. М. Реконструкция как самостоятельное следственное действие // Правоведение. 1971. № 3. С. 132—135.

<sup>12</sup> См.: Баев О. Я. Криминалистическая тактика и уголовно-процессуальный закон. Воронеж, 1977. С. 92.

<sup>13</sup> См.: Быховский И. Е. Процессуальные и тактические вопросы системы следственных действий : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1976. С. 7.

<sup>14</sup> См.: Рыжаков А. П. Следственные действия и иные способы собирания доказательств. М., 1997. С. 45.

Специально подчеркивается, что негласные следственные (розыскные) действия — это разновидность следственных (розыскных) действий, сведения о факте и методы проведения которых не подлежат разглашению, кроме некоторых случаев. Таким образом, негласные действия, а к ним закон относит обследование публично недоступных мест, слежение за лицом, внедрение, использование конфиденциального сотрудничества и другие оперативные меры (ст. 246 УПК Украины), могут производиться как лично самим следователем, так и по его поручению оперативно-розыскными подразделениями. Но в первом из этих вариантов следователь становится субъектом проведения как традиционно процессуальных, так и оперативно-розыскных действий, употребляясь детективу американского ФБР, который одновременно и следователь, и сыщик.

Как и в рассмотренных выше процессуальных актах, УПК Украины связывает цель проведения негласных следственных действий с ситуацией, при которой «сведения о преступлении и лице, его совершившем, невозможно получить другим способом». Такая позиция, основанная на принципе «цель оправдывает средства», не только недооценивает познавательные возможности «обычных» следственных действий, но и открывает простор для использования в доказывании разного рода сомнительных приемов<sup>15</sup>. Кроме того, «средства», т.е. оперативно-розыскные мероприятия, сами по себе не обеспечивают с необходимой надежностью достижение «цели», т.е. установления обстоятельств, подлежащих доказыванию, поскольку не содержат в себе необходимых при доказывании гарантий достоверности получаемой информации и охраны прав и законных интересов участников процесса от возможных нарушений со стороны лиц, осуществляющих эти мероприятия.

Законодательная трансформация традиционных для нашей страны представлений о следственных действиях и об их системе вызвала оживленную дискуссию в отечественной процессуальной науке. Наряду с предложениями сохранить и усовершенствовать наше досудебное производство, многие авторы, исходя из собственных представлений о том, что отечественный уголовный процесс излишне формализован и забюрократизирован, призывают к его упрощению и даже к «депроцессуализации» предварительного следствия. Ссылаясь на опыт стран Запада, они предлагают свести досудебное производство к поиску

материалов, используя для этого и непроцессуальные средства с тем, чтобы вчинить перед судом уголовный иск, после чего и начнется собственно уголовный процесс.

На протяжении ряда лет эту идею развивает А. С. Александров, считая необходимым слить воедино предварительное расследование и уголовное преследование, создать всеохватывающую судебную власть, возглавляемую прокурором и подготавливающую материалы для обращения в суд с уголовным иском. Автор предлагает вывести всю досудебную деятельность за процессуальные рамки и превратить ее в сбор информации в различных непроцессуальных формах. Розыск, агентурная работа — это, по мысли автора, неотъемлемый элемент процессуальной деятельности по подготовке уголовного иска, призванной заменить собой современное предварительное расследование<sup>16</sup>.

По мнению М. Л. Позднякова, последовательно разделяющего эти идеи, основным органом «предварительного расследования» должна стать «федеральная криминальная полиция», уполномоченная выявлять, раскрывать, расследовать все преступления, посредством «полицейского дознания», с применением ОРД<sup>17</sup>.

В свое время сходные идеи высказывали А. В. Дулов и П. Д. Нестеренко. Опираясь на материалы расследования дела П., осужденного за измену Родине, они считали возможным пополнить систему так называемым тактическим экспериментом — действием, в котором сочетались бы наблюдение за передвижением подозреваемого к месту, куда должна быть заложена информация от иностранной разведки, и захват подозреваемого в момент ее изъятия из тайника<sup>18</sup>.

Объединение оперативно-розыскного мероприятия (наблюдение) с процессуальным (задержание), т.е. проведение тактической операции, сыграло важнейшую роль в раскрытии преступления. Но с процессуальной точки зрения эта операция не могла быть признана следственным действием, ибо действия, базирующиеся на принципиально разных основаниях, несоединимы.

В то же время в современной отечественной литературе встречаются открытые призывы считать оперативно-розыскные меропр-

<sup>15</sup> Еще Карл Маркс полагал, что «цель, для которой требуются неправомерные средства, не есть правая цель» (Энциклопедия мудрости. М.: Росса, 2010. С. 645).

<sup>16</sup> Александров А. С. Каким не быть предварительному следствию // Государство и право. 2001. № 9. С. 54—62.

<sup>17</sup> Поздняков М. Л. Каким не стать следственному комитету в 2017 году // Уголовное судопроизводство. 2014. № 1. С. 21.

<sup>18</sup> См.: Дулов А. В., Нестеренко П. Д. Тактика следственных действий. Минск, 1971. С. 232.



ятия особыми или специальными следственными действиями.

Так, А. Н. Соколов, опираясь на Закон Республики Латвия «Специальные следственные действия», принятый Сеймом Латвии 21 апреля 2005 г. и предусматривающий, как отмечалось выше, использование в качестве доказательств информации, полученной втайне от ее носителя в процессе оперативной деятельности, полагает, что и в отечественном уголовном процессе следует считать специальными следственными действиями оперативно-розыскные мероприятия, предусмотренные ст. 6 Закона об ОРД. Кардинальные различия юридической формы следственных и оперативно-розыскных действий не позволяют согласиться с таким предложением по соображениям, которые будут изложены ниже.

На протяжении ряда лет В. Ф. Статкус, в прошлом следователь по особо важным делам органов МВД, отмечает в своих работах, что УПК РФ ограничивает деятельность полиции (в прошлом — милиции) в применении средств и методов, успешно зарекомендовавших себя в практике борьбы с преступностью в других странах. И в связи с этим предлагает сочетать в деятельности следователя и процессуальные, и оперативно-розыскные мероприятия<sup>19</sup>.

Исходя из необходимости активного противодействия преступности, А. Ф. Волинский и В. В. Волинский положительно оценивают нормы нового УПК Украины, наделяющие следователя правом на проведение негласных следственных действий, и считают, что опыт Украины может быть учтен и в отечественном уголовно-процессуальном законодательстве<sup>20</sup>.

Безоговорочно поддерживает эту позицию Н. Н. Ковтун, анализируя новый УПК Украины. Автор иронизирует по поводу трудов ученых, в которых обосновывалась принципиальная неприменимость использования в доказывании данных ОРД и указывалось на необходимость их «интерпретации», «легализации», «представления» для непосредственного использования. По его мнению, украинский законодатель решил этот «практически неразрешимый» вопрос и кардинально, и качественно<sup>21</sup>. Позиция автора означает, что он отвергает соответствующие положения действующего УПК РФ (ст. 89) и недавно принятой обновленной Инст-

рукции от 27.09.2013 (утвержденной 9 правоохранительными органами) о порядке **представления** результатов ОРД органам расследования или в суд, не приводя каких-либо аргументов.

Поддерживаемая рядом ученых допустимость слияния в следственном действии процессуальных и оперативно-розыскных элементов представляется глубоко ошибочной, и прежде всего в методологическом плане. Напомним: нормы, регламентирующие проведение следственных действий, образуют специфический уголовно-процессуальный институт. Он имеет богатое содержание и охватывает много предписаний, определяющих процедуру следственного действия. Их реализация порождает сложную систему правоотношений, сопровождающих собирание доказательств. Можно утверждать, что правоотношения — это важнейший признак следственного действия, без которого действие не может считаться следственным. Но этот признак отсутствует в производимых негласно ОРМ. Правоотношения и не могут иметь место в тайных мероприятиях, к которым процессуальные участники не допускаются. Из сказанного следует, что слияние процессуальных и оперативно-розыскных мероприятий недопустимо, ибо оно разрушает принципиальные основы уголовного процесса.

Рассмотрев обновленное законодательство некоторых зарубежных государств, устанавливающих возможность пополнения системы следственных действий оперативно-розыскными мероприятиями, и оценку такой позиции отдельными учеными, отметим, что определенные шаги в этом направлении сделаны и в отечественном уголовно-процессуальном законодательстве. Они состоят во включении в систему следственных действий таких познавательных приемов, как контроль и запись переговоров (ст. 186 УПК РФ) и получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами (ст. 186.1 УПК РФ). Этот вопрос заслуживает отдельного рассмотрения.

Для начала обратим внимание на такое оперативно-розыскное мероприятие, как предусмотренное п. 10 ст. 6 Закона об ОРД прослушивание телефонных переговоров. Как отмечается в комментариях к Закону об ОРД, это способ негласного получения речевой информации о содержании разговоров, ведущихся по абонентским телефонным линиям связи, осуществляемый органами ФСБ, внутренних дел, но только по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях или в отношении лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях. Фонограммы, полученные в результате прослушивания, хранятся в опечатанном

<sup>19</sup> См., в частности: Статкус В. Ф. Следователь по особо важным делам. М., 2007. С. 44—44.

<sup>20</sup> Волинский А. Ф., Волинский В. В. Указ. соч. С. 39—43.

<sup>21</sup> Ковтун Н. А. Негласные следственные (розыскные) действия УПК Украины как легитимные процессуальные средства доказывания // Уголовное судопроизводство. 2013. № 4. С. 26—32.

виде, в условиях, исключаящих их прослушивание и тиражирование. В случае возбуждения уголовного дела в отношении лица, переговоры которого прослушиваются, фонограмма и бумажный носитель записи переговоров передаются следователю для приобщения к уголовному делу в качестве вещественных доказательств<sup>22</sup>.

При сравнении этих положений со ст. 186 УПК РФ, предусматривающей такое следственное действие, как контроль и запись переговоров, обращает на себя внимание фактически неотличимое сходство черт ОРМ — прослушивания телефонных переговоров — с положениями ст. 186 УПК РФ, на которые обращают внимание комментаторы Закона об ОРД. Это и неудивительно, т.к. и там, и там речь идет об информации, негласно получаемой спецслужбами. Между тем отсутствует такой, на наш взгляд, определяющий признак следственного действия, как непосредственное извлечение информации лично следователем, путем непосредственного контакта со следами. Следователь не может тайно прослушивать переговоры, ибо следственное действие — это всегда правоотношение между его участниками.

Отметим также, что Федеральный закон от 04.03.2013, ст. 38 УПК РФ и ст. 7 Закона об ОРД предоставляют следователю право давать органу дознания обязательные для исполнения поручения о проведения оперативно-розыскных мероприятий (в том числе и о прослушивании), которым следователи часто пользуются, избегая сложной процедуры контроля переговоров, предусмотренной ст. 186 УПК РФ.

Учитывая вышесказанное, многие ученые-процессуалисты (И. Л. Петрухин, О. Я. Баев, Б. Т. Безлепкин, А. В. Победкин, Е. А. Доля, А. В. Смирнов, К. Б. Калиновский и другие) считают, что фактически контроль и запись переговоров представляет собой оперативно-розыскное мероприятие.

Однако немало исследователей, которые занимают противоположную позицию и полагают, что контроль и запись переговоров хотя и сочетают в себе процессуальные и оперативно-розыскные мероприятия, все же являются следственным действием. Так, В. М. Быков считает контроль и запись переговоров самостоятельным следственным действием, отличающимся от ОРМ — прослушивания телефонных переговоров — тем, что ст. 186 УПК РФ предусматривает ряд процессуальных операций: вынесение постановления следова-

телем, установление сроков применения и т. д. Исходя из того что в результате контроля могут быть получены доказательства, а это является «главным признаком следственного действия», он причисляет к последним и контроль переговоров. Однако следует учесть, что доказательства, согласно ч. 1 ст. 86 УПК РФ, могут быть получены в результате не только следственных, но и «иных процессуальных действий», так что этот признак необязательно указывает на следственное действие.

Также и В. А. Семенов хотя и разделяет наше представление о том, что следственное действие включает в себя комплекс познавательных и удостоверительных операций, осуществляемых следователем, все же считает контроль и запись переговоров самостоятельным следственным действием, поскольку ст. 186 УПК РФ предусматривает ряд процессуальных элементов. Однако при проведении этого действия следователь никаких познавательных операций не производит и ограничивается лишь вынесением постановления с ходатайством перед судом о прослушивании и направлении его для исполнения в соответствующий орган. Фактически имеет место лишь запрос информации оперативного происхождения.

Такое понимание можно отнести и к новому, включенному в УПК РФ Федеральным законом от 01.07.2011 № 143-ФЗ следственному действию — получению информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами (ст. 186.1 УПК РФ). Закон преобразует в следственное действие достаточно широко распространенный в следственной практике прием детализации переговоров, ведущихся с мобильных и других телефонов. Этот прием, эффективно используемый для раскрытия преступлений, фактически представляет собой разновидность оперативно-розыскного мероприятия — снятия информации с технических каналов связи (п. 11 ст. 6 Закона об ОРД). При известной неопределенности этого термина, отмечаемой комментаторами Закона, он охватывает контроль различных переговорных устройств, основанных на использовании радиоволн. Но регламентация этого приема в УПК РФ не предусматривает каких-либо познавательных операций, присущих следственным действиям. Следователь, при наличии оснований, ограничивается вынесением постановления с ходатайством о получении информации, а при удовлетворении ходатайства судом — направлением постановления в соответствующую, осуществляющую услуги связи организацию. При этом какие-либо процессуальные отношения между следовате-

<sup>22</sup> Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: науч.-практ. комментарий. М.: Спарк, 2003. С. 64, 65.

лем и оператором отсутствуют, не предусмотрена и ответственность оператора за непредоставление сведений. И хотя запрос информации направляется не в оперативно-розыскной орган, а в соответствующее учреждение, фактически на практике оперативные органы вклиниваются в получение такой информации, т.к. располагают необходимыми техническими возможностями для снятия информации с каналов связи, с тем чтобы полученная информация фиксировалась затем в справке организации, оказывающей услуги связи.

Завершая рассмотрение проблемы включения оперативно-розыскных мероприятий в систему следственных действий, отметим, что эта идея имеет своих сторонников, прежде всего среди следственных работников и некоторых ученых.

По-видимому, она порождается таким фактором, как внешнее сходство ряда оперативно-розыскных мероприятий, закрепленных в ст. 6 Закона об ОРД, со следственными действиями, что приводит к мысли об их тождественности. Но главный фактор — возрастающие по ряду причин трудности раскрытия преступлений в условиях роста и консолидации преступности, побуждающие к поиску новых средств, позволяющих повысить эффективность расследования. Многие ученые и практики обосновывают свою позицию ссылкой на опыт ряда западных стран, где результаты ОРД рассматриваются как доказательства и используются для раскрытия преступлений.

Однако эти доводы представляются неубедительными. Будучи эффективным средством обнаружения и раскрытия преступлений, оперативно-розыскные мероприятия имеют правовую основу — ст. 6 Закона об ОРД. Но они проводятся в порядке, предусмотренном этим нормативным актом, часто негласно и не опираются на четко определенную законом процессуальную процедуру, в которой обязательно должны содержаться гарантии прав и законных интересов лиц, участвующих в проведении следственного действия. Это лишает непосредственные результаты ОРМ до придания им процессуальной формы свойства допустимости, особенно необходимой в досудебном производстве.

В практике ряда зарубежных стран — США, Франции, ФРГ — действительно используются при формировании доказательственной базы на досудебном производстве результаты оперативной деятельности. Но это особенность судопроизводства указанных стран. Результаты досудебного производства — еще не доказательства: чтобы стать таковыми, они должны пройти процедуру легализации в суде, который

может признать, а может и не признать их доказательствами.

В отечественном же досудебном производстве дело обстоит иначе: следователь признает собранную информацию доказательством, если она соответствует требованиям относимости и допустимости. Легализация результатов ОРМ возможна и на досудебном производстве при соблюдении положений Инструкции от 27.09.2013, требований ст. 89 УПК РФ и, во всяком случае, при известности происхождения и способов получения доказательственной информации<sup>23</sup>. Но после этого полученные данные становятся уже доказательствами в уголовно-процессуальном смысле. Повторим: в своем первоначальном виде, до придания им процессуальной формы, результаты оперативно-розыскных мероприятий доказательствами считаться не могут, а сами мероприятия, не соответствуя познавательной и процессуальной характеристике следственных действий, не являются таковыми.

Анализируя зигзаги в развитии способов собирания доказательств, нельзя не обратить внимания на попытки внедрить в систему следственных действий «нетрадиционные приемы доказывания», к которым относят гипноз, использование способностей экстрасенсов и др. Одним из таких приемов является испытание на полиграфе, которое облекается в форму психофизиологической экспертизы (ПФЭ) либо особого следственного действия.

На протяжении многих лет отечественная наука крайне отрицательно относилась к возможности применения полиграфа («детектора лжи») как средства получения доказательств по уголовному делу ввиду ненадежности получаемого результата, учитывая также, что этот прием не признается законодательством зарубежных стран как средство доказывания<sup>24</sup>. В то же время допускалась возможность его применения за рамками уголовного процесса — для отбора кадров, при проведении оперативно-розыскной работы и т.п. МВД СССР и ряд других ведомств легализовали практику не только в этом направлении, но и в направлении использования испытаний на полиграфе в целях доказывания. Начиная с 2001 г. началось производство психофизиологических экспертиз с применением полиграфа как средства доказывания и в судопроизводстве.

<sup>23</sup> Об этом подробнее см.: Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовному делу: Проблемы теории и правового регулирования. 2-е изд. М.: Норма, 2014. Главы 5, 6.

<sup>24</sup> Ларин А. М. Криминалистика и паракриминалистика. М., 1996; Шадрин В. С. Обеспечение прав личности при расследовании преступлений. М., 2000. С. 91—93 и др.

Следует отметить, что идея о широких возможностях гипноза, экстрасенсорики, полиграфа для установления истины широко распространяется в современном обществе (в ее востребованности, полагаем, отражается желание людей усилить борьбу с преступностью и вера в возможность достижения этой цели без больших усилий). Средства массовой информации с завидным постоянством повествуют об успешном раскрытии преступлений с помощью экстрасенсов, о проверке правдивости граждан, спорящих между собой, с помощью полиграфа, игнорируя доводы науки о неправомерности применения подобных методов установления истины. Впрочем, игнорируются и критические материалы относительно применения этих приемов как основанных на предрассудках и невежественных представлениях, которые проявляются (довольно редко) в тех же СМИ.

Имеются многочисленные примеры использования заключений полиграфологов органами расследования и судом. Полиграф проник и в Верховный Суд РФ: как сообщает судья ВС в отставке Н. А. Колоколов, в кассационной практике Верховного Суда имеют место ссылки на заключение психофизиологической экспертизы: по одному из рассмотренных дел таким заключением у одного из обвиняемых выявлены реакции, свидетельствующие о том, что он вступил в сговор с другим обвиняемым на совершение преступления. По этому поводу автор иронически замечает, что внедрение в систему доказательств выводов психофизиологических экспертиз означает укрепление доверия к показаниям, «освященным» не пыткой, а мнением неких узких специалистов, что неизбежно чревато угрозой целого комплекса ошибок, до сих пор неведомых нашему уголовному процессу<sup>25</sup>.

Мы убеждены, что применение полиграфа в целях доказывания как в форме ПФЭ, так и в форме особого следственного действия неправомерно ввиду многих обстоятельств. Сами сторонники ПФЭ, в первую очередь Ю. И. Холодный, можно сказать — родоначальник полиграфологии, отмечают отрицательные стороны ее применения: проведение исследований полиграфологами, не имеющими соответствующего образования (особенно частными), неправильная постановка вопросов следователями, отсутствие разработанной методики проведения ПФЭ, недопустимо низкое качество исследований, проводимых многими госу-

дарственными и частными полиграфами, и др.<sup>26</sup> В полемике со своим коллегой, Я. В. Комиссаровой, автор упрекает ее в ошибочности применяемой методики исследований и рекомендаций по постановке вопросов эксперту, в построении выводов эксперта на реакциях, выявленных полиграфом, без их оценки, в подмене эксперта специалистом и т.п. Я. В. Комиссарова отвергает эти обвинения, обосновывая свою позицию по спорным вопросам<sup>27</sup>.

Уже то, что сами организаторы ПФЭ расходятся в основных проблемах ее применения, ставит под сомнение пригодность данной экспертизы к решению задач судопроизводства. Думается, однако, что и устранение противоречий не сделает ПФЭ надежным средством собирания доказательств<sup>28</sup>.

Полагаем, что главный недостаток ПФЭ, препятствующий использованию ее результатов в целях доказывания, состоит в несоответствии этого приема научным основам доказывания. Как отмечал много лет тому назад профессор М. А. Чельцов, заключение эксперта строится как силлогизм, большая посылка которого представляет собой опытное положение, истинность которого подтверждена длительным практическим опытом, превратившим ее в аксиому той или иной науки. Малая же посылка — это выявленные исследованием конкретные обстоятельства событий. Подведение малой посылки под опытное положение позволяет определить значение установленных исследованием конкретных обстоятельств. Например, наличие жидкой крови в полости сердца трупа всегда признак асфиксии (большая посылка), а обнаружение экспертом этого факта при вскрытии раскрывает причину смерти. Данные о ДНК в организме человека отражают индивидуальные и неповторимые свойства личности (большая посылка), а совпадение с ними пробы, взятой у конкретного человека, свидетельствует о родстве двух лиц.

<sup>26</sup> Холодный Ю. Н. Процессуальные вопросы применения полиграфа при расследовании уголовных дел // Уголовный процесс. 2013. № 3; Холодный Ю. Н., Подшибякин А. С. Оценка качества криминалистических исследований с применением полиграфа // Уголовный процесс. 2013. № 4; Холодный Ю. Н., Орлов Ю. К. Использование полиграфа в уголовном процессе: рекомендации по оценке экспертизы // Уголовный процесс. 2013. № 8.

<sup>27</sup> Комиссарова Я. В. Обоснованность методик экспертиз с применением полиграфа // Уголовный процесс. 2013. № 7.

<sup>28</sup> Непригодность ПФЭ для установления истины по делу отмечают в своих работах многие видные ученые-процессуалисты. См., например: Тарло Е. Полиграф! Ты не прав! // URL: <http://tarloeg.livejournal.com/12080.html> (дата обращения: 07.02.2014); Воскобитова Л. А. Некоторые особенности познания в уголовном судопроизводстве, противоречащие мифу об истине // Библиотека криминалиста. 2012. № 4 (5).

<sup>25</sup> Колоколов Н. А. Проблемы уголовного судопроизводства // Уголовный процесс. 2011. № 4. С. 5. Примеры применения заключений ПФЭ при рассмотрении дел в суде приводятся и в других источниках.



Но в ПФЭ отсутствует большая посылка, т.е. опытное положение, позволяющее оценить показания полиграфа (полиграммы), отображающие в графической форме реакции на вопросы полиграфолога. О чем говорят эти реакции, определить нельзя из-за отсутствия объясняющего их опытного положения.

Так что же все-таки определяет полиграф? В статье под таким названием ученые-специалисты в области психофизиологических исследований показали, что полиграф не может устанавливать ложь или правдивость ответов испытываемого на полиграфе человека. Они пришли к выводу, что полиграф при его правильном применении может определить только относительную значимость предъявляемых стимулов (т.е. слов или предметов), и более ничего! Определение же причин значимости отдельных стимулов (другими словами, ложности или правдивости ответов) лежит за пределами психофизиологической процедуры и требует логико-психологического анализа<sup>29</sup>. Для такого анализа необходимо собрать исчерпывающую совокупность объективных доказательств.

По-видимому, слабость концепции полиграфической экспертизы побудила исследователей к поиску других форм использования в доказывании результатов исследования на полиграфе. Так, В. А. Семенцов предлагает предусмотреть данный прием в главе 26 УПК как новое следственное действие — проверка показаний на полиграфе<sup>30</sup>. В последующих

работах автор предлагает распространить возможность применения полиграфа при проведении других следственных действий, направленных на получение вербальной информации, — очной ставки, предъявления для опознания и проверки показаний на месте «в целях выявления ложности данных при их производстве показаний»<sup>31</sup>.

Отметим прежде всего чрезвычайную смелость автора в определении целей привлечения полиграфолога. Даже ученые, являющиеся родоначальниками внедрения ПФЭ в уголовный процесс, полагают, что «совершенно недопустимы суждения эксперта-полиграфолога о ложности или правдивости чьих-то показаний. Этот хронический порок выводов «горе-экспертов» является основным поводом для нападок на СПФЭ»<sup>32</sup>. Суждение, безусловно, верное, ибо никакому эксперту не дано права устанавливать обстоятельства, подлежащие доказыванию (п. 2 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). Авторами предложена значительно более скромная формулировка выводов ПФЭ.

Завершая рассуждения о неправомерности новых трактовок следственного действия, еще раз подчеркнем: следственное действие, как и вся их система, — это четко урегулированный законом эффективный способ достижения цели доказывания. Поспешные и методологически неоправданные предложения о включении в систему ряда сомнительных приемов могут только ослабить и даже разрушить систему и все судопроизводство в целом.

<sup>29</sup> См.: Пеленицын А. Б., Сошников А. П., Жбанкова О. В. Так что же все-таки определяет полиграф? // Вестник криминалистики. Вып. 2 (20) / отв. ред. А. Г. Филиппов. М., 2011. С. 7—12.

<sup>30</sup> Семенцов В. А. Новое следственное действие — проверка показаний на полиграфе // Российский юридический журнал. 2010. № 5. С. 132—138.

<sup>31</sup> Семенцов В. А. Проверка правдивости показаний на полиграфе // Российский юридический журнал. 2011. № 2. С. 111—116.

<sup>32</sup> См.: Холодный Ю. Н., Орлов Ю. К. Указ. соч. С. 33.

#### Библиография:

1. Александров А. С. Каким не быть предварительному следствию // Государство и право. — 2001. — № 9.
2. Баев О. Я. Криминалистическая тактика и уголовно-процессуальный закон. — Воронеж, 1977.
3. Блауберг И. В., Юдин В. Т. Понятие целостности и его роль в научном познании. — М., 1970.
4. Быховский И. Е., Лузгин И. М. Реконструкция как самостоятельное следственное действие // Правоведение. — 1971. — № 3.
5. Волинский А. Ф., Волинский В. В. Новый УПК Украины — ответ на вызовы современной преступности или...? // Российский следователь. — 2013. — № 5.
6. Воскобитова Л. А. Некоторые особенности познания в уголовном судопроизводстве, противоречащие мифу об истине // Библиотека криминалиста. — 2012. — № 4 (5).
7. Дулов А. В., Нестеренко П. Д. Тактика следственных действий. — Минск, 1971.
8. Ковтун Н. А. Негласные следственные (розыскные) действия УПК Украины как легитимные процессуальные средства доказывания // Уголовное судопроизводство. — 2013. — № 4.
9. Колоколов Н. А. Проблемы уголовного судопроизводства // Уголовный процесс. — 2011. — № 4.
10. Комиссарова Я. В. Обоснованность методик экспертиз с применением полиграфа // Уголовный процесс. — 2013. — № 7.
11. Ларин А. М. Криминалистика и паракриминалистика. — М., 1996.

12. Орлов Ю. К. Производство экспертизы в уголовном процессе. — М. : ВЮЗИ, 1982.
13. Очередин В. Т. Следственные действия в уголовном процессе. — Волгоград : Академия МВД, 2008.
14. Пеленицын А. Б., Сошников А. П., Жбанкова О. В. Так что же все-таки определяет полиграф? // Вестник криминалистики. Вып. 2 (20) / отв. ред. А. Г. Филиппов. — М., 2011. — С. 7—12.
15. Поздняков М. Л. Каким не стать Следственному комитету в 2017 году // Уголовное судопроизводство. — 2014. — № 1.
16. Рыжаков А. П. Следственные действия и иные способы собирания доказательств. — М., 1997.
17. Семенцов В. А. Новое следственное действие — проверка показаний на полиграфе // Российский юридический журнал. — 2010. — № 5. — С. 132—138.
18. Семенцов В. А. Проверка правдивости показаний на полиграфе // Российский юридический журнал. — 2011. — № 2. — С. 111—116.
19. Статкус В. Ф. Следователь по особо важным делам. — М., 2007.
20. Холодный Ю. Н. Процессуальные вопросы применения полиграфа при расследовании уголовных дел // Уголовный процесс. — 2013. — № 3.
21. Холодный Ю. Н., Орлов Ю. К. Использование полиграфа в уголовном процессе: рекомендации по оценке экспертизы // Уголовный процесс. — 2013. — № 8.
22. Холодный Ю. Н., Подшибякин А. С. Оценка качества криминалистических исследований с применением полиграфа // Уголовный процесс. — 2013. — № 4.
23. Шадрин В. С. Обеспечение прав личности при расследовании преступлений. — М., 2000.
24. Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовному делу : Проблемы теории и правового регулирования. — М. : Норма, 2014.
25. Шейфер С. А. Следственные действия: система и процессуальная форма. — М. : Юрлитинформ, 2001.

*Материал поступил в редакцию 29 марта 2015 г.*

## INVESTIGATIVE ACTION - THE LEGITIMACY OF NEW INTERPRETATION

Shafer Semyon Abramovich — Doctor of Legal Sciences, Professor, Samara State University.  
[cpl-kafedra-ssu@ya.ru]  
443011, Russia, Samara, Akademika Pavlova Street, 1.

**Abstract.** *The article analyzes the proposals of several authors on supplementation of the system of investigative actions with new cognitive techniques, including special investigation means and "non-traditional methods of proof." Based on its understanding of the laws governing the development of the system, the author demonstrates the incompatibility of the "new" investigative actions with the principles of criminal procedure, such obligatory indication of the investigative action as relationship between the parties. Overall, the author concludes that these innovations destroy the system of investigative actions.*

**Keywords:** *investigation, cognitive characteristics and the legal regulation of the system, system, special investigation means, non-traditional methods of proof, psychophysiological examination.*

### References:

1. Aleksandrov A.S. Kakim ne byt' predvaritel'nomu sledstviju [How not to be a preliminary investigation], Gosudarstvo i pravo [State and Law], 2001, № 9.
2. Baev O.Y. Kriminalisticheskaja taktika i ugovovno-processual'nyj zakon [Forensic tactics and criminal procedure law], Voronezh, 1977.
3. Blauberg I.V., Yudin V.T. Ponjatие celostnosti i ego rol' v nauchnom poznanii [The concept of integrity and its role in scientific knowledge], Moscow, 1970.
4. Bykhovskiy I.E., Luzgin I.M. Rekonstrukcija kak samostojatel'noe sledstvennoe dejstvie [Reconstruction as an independent investigative action], Pravovedenie [Jurisprudence], 1971. № 3.
5. Volynskiy A.F., Volynskiy V.V. Novyj UPK Ukrainy – otvet na vyzovy sovremennoj prestupnosti ili...? [The new Ukrainian Code of Criminal Procedure - the answer to the challenges of modern crime, or ...?], "Rossijskij sledovatel'" [Russian investigator], 2013, № 5.
6. Volynskiy R.F., Volynskiy V.V. Novyj UPK Ukrainy – otvet na vyzovy sovremennoj prestupnosti ili...? [The new Ukrainian Code of Criminal Procedure - the answer to the challenges of modern crime, or ...?], "Rossijskij sledovatel'" [Russian investigator], 2013, № 5.

7. Voskobitova L.A. Nekotorye osobennosti poznaniya v ugovnom sudoproizvodstve, protivorechashhie mifu ob istine. [Some features of cognition in the criminal proceedings, contrary to the myth of the truth], Biblioteka kriminalista [Criminology Library], 2012, № 4 (5)
8. Dulov A.V., Nesterenko P.D. Taktika sledstvennykh deystviy [The tactics of the investigation], Minsk, 1971.
9. Kovtun N.A. Neglasnye sledstvennye (rozysknye) deystviya UPK Ukrainy kak legitimnye processual'nye sredstva dokazyvaniya [Behind the Scenes of the investigation (investigative) action under Criminal Procedure Code of Ukraine as a legitimate means of proof], Ugolovnoe sudoproizvodstvo [Procedural criminal proceedings], 2013, №4.
10. Kolokolov N.A. Problemy ugovnogo sudoproizvodstva [Problems of criminal proceedings], Ugolovnyy process [Criminal procedure], 2011, №4.
11. Komissarova Y.V. Obosnovannost' metodik jekspertiz s primeneniem poligrafa [Substantiation of a technique using polygraph examinations], Ugolovnyy process [Criminal procedure], 2013, №7.
12. Larin A.M. Kriminalistika i parakriminalistika [Forensics and parakriminalistika], Moscow, 1996.
13. Orlov J.K. Proizvodstvo jekspertizy v ugovnom processe. [Providing expertise in criminal procedure], Moscow, VYUZI 1982.
14. Ocheredin V.T. Sledstvennye deystviya v ugovnom processe [Investigatory actions in criminal proceedings], Volgograd. Police Academy, 2008.
15. Pelenitsyn A.B., Soshnikov A.P., Zbankova O.V. Tak chto zhe vse-taki opredeljaet poligraf? [So what is it that which determines the polygraph?], Vestnik kriminalistiki [Journal of Criminology], Vol. 2 (20), Filippov A.G. (ed.), Moscow, 2011, pp. 7-12.
16. Pozdnyakov M.L. Kakim ne stat' sledstvennomu komitetu v 2017 godu [A kind of a committee the investigative one won't be in 2017], Ugolovnoe sudoproizvodstvo [Criminal procedure], 2014, №1.
17. Ryzhakov A.P. Sledstvennye deystviya i inye sposoby sobiraniya dokazatel'stv [Investigation and other methods of gathering evidence], Moscow, 1997.
18. Sementsov V.A. Novoe sledstvennoe deystvie – proverka pokazaniy na poligrafe [New investigative action - Checking with the polygraph], Rossijskij juridicheskij zhurnal [Russian Law Journal], 2010, №5, pp. 1,320,138.
19. Sementsov V.A. Proverka pravdivosti pokazaniy na poligrafe [New investigative action - Checking with the polygraph], Rossijskij juridicheskij zhurnal [Russian Law Journal], 2011, №2, pp. 111-116.
20. Statkus V.F. Sledovatel' po osobo - vazhnym delam [Investigator for particularly - important cases], Moscow, 2007.
21. Kholodnyy Y.N. Processual'nye voprosy primeneniya poligrafa pri rassledovanii ugovnykh del [Procedural issues of polygraph application in criminal cases], Ugolovnyy process [Criminal procedure], 2013, №3.
22. Kholodnyy Y.N., Orlov Y.K. Ispol'zovanie poligrafa v ugovnom processe: rekomendacii po ocenke jekspertizy [The use of polygraph in criminal proceedings: the recommendations of the evaluation examination], Ugolovnyy process [Criminal procedure], 2013, №8.
23. Kholodnyy Y.N., Podshibyakin A.S. Ocenka kachestva kriminalisticheskikh issledovaniy s primeneniem poligrafa [Assessment of the quality of forensic investigations with the use of polygraph], Ugolovnyy process [Criminal procedure], 2013, №4.
24. Shadrin V.S. Obespechenie prav lichnosti pri rassledovanii prestupleniy [Ensuring individual rights during the investigation of crimes], Moscow, 2000.
25. Sheifer S.A. Dokazatel'stva i dokazyvanie po ugovnomu delu: Problemy teorii i pravovogo regulirovaniya [Evidence and proof in a criminal case: Theory and legal regulation], Moscow: Norma, 2014.
26. Sheifer S.A. Sledstvennye deystviya: sistema i processual'naja forma [Investigative actions: system and procedural form], Moscow, Yurlitinform, 2001.

# ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ПРЕСТУПНОСТИ

Н. В. Олиндер\*

## КРИМИНАЛИСТИЧЕСКАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ЭЛЕКТРОННЫХ ПЛАТЕЖНЫХ СРЕДСТВ И СИСТЕМ

**Аннотация.** В статье дана развернутая характеристика электронных платежных систем как элемента криминалистической характеристики преступлений, совершенных с использованием электронных платежных средств и систем. Приведены статистические данные оборота электронных платежей; количества преступлений, совершенных с использованием электронных платежных средств и систем; ущерба от них. Выделены и проанализированы особенности оборота электронных платежных средств; внутреннее содержание электронных платежных систем; сходство и отличие от расчетов в банковской сфере. Проведен анализ российского законодательства (в частности Закона «О национальной платежной системе») для определения понятия электронного платежного средства и электронной платежной системы. Сформулировано определение электронной наличности (как записи, юридически свидетельствующей о взаимных денежных обязательствах субъектов платежных систем) и электронной платежной системы (как юридического лица, являющегося самостоятельным участником расчетных отношений, наделенного особым правовым статусом, осуществляющего аккумуляцию, распределение и перераспределение электронных платежных средств от имени клиентов на основании заключенного договора и (или) операции по вводу и выводу денежных средств посредством специального программного комплекса, компоненты которого выполняются на серверах сети Интернет и конечном сетевом оборудовании пользователя). Предпринята попытка анализа «биткоинов», получивших широкое распространение в мире, несмотря на запрет во многих странах, и их оборота. Перечислены наиболее распространенные электронные платежные системы в Российской Федерации.

Предпринята попытка определения минимального и максимального объема информации (сведений) о платежных системах, востребованной для расследования преступлений, совершенных с использованием электронных платежных средств и систем. Информация об электронной системе как предмете преступного посягательства сопоставлена с информацией о работе таких систем. Указано на необходимость уделить особое внимание соблюдению требований уголовно-процессуального законодательства о получении данных о платежных электронных системах и электронных платежных средствах в ходе специально предназначенных для этого следственных действий — осмотра места происшествия, обыска, выемки и т.п.

**Ключевые слова:** криминалистическая характеристика; электронные платежные средства; электронные платежные системы; биткоины; расследование преступлений, совершенных с использованием электронных платежных средств и систем.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.107.10.128-138

© Олиндер Нина Владимировна — кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Самарского государственного университета.  
[Olindernv@yandex.ru]  
443041, Россия г. Самара, ул. Академика Павлова, д. 1.



Криминалистическая характеристика любого вида преступлений представляет собой систему криминалистически значимых сведений, полученных в результате специальных научных исследований, которая является основополагающим структурным элементом методики расследования преступлений и способствует их раскрытию, расследованию и предупреждению. Общепринято в качестве структурных элементов криминалистической характеристики выделяют: сведения о предмете преступления; событие преступления (время, место и другие обстоятельства совершения преступления); сведения о типичных способах неправомерного использования платежных средств и систем; сведения о типичных чертах личности преступника и составе преступной группы; сведения об особенностях следообразования; иные обстоятельства (например, сведения о потерпевшем; обстоятельства, влияющие на степень и характер ответственности обвиняемого; характер и размер ущерба; причины и условия, способствовавшие совершению преступления).

Одним из первых элементов криминалистической характеристики является информация о предмете преступного посягательства, в рассматриваемых преступлениях — сведения об электронной платежной системе и электронных платежах: о системе электронных платежей; ее организационно-правовой структуре; порядке осуществления расчетов и обмена средств учета в системе; порядке регистрации и использования электронного кошелька; об обороте средств и т.д. При этом большое значение имеет наличие или отсутствие возможности обмена электронных аналогов денежных средств на такие аналоги в других электронных платежных системах. Для получения полного объема информации о платежной системе проанализируем особенности оборота электронных платежных средств и внутреннее содержание систем.

Возрастающий интерес к электронным платежным средствам объясняется значительным ростом объема рынка электронных платежей, что связано с внедрением вычислительной техники и информационных технологий практически во все сферы деятельности. Использование вычислительной техники в экономических отношениях было постепенным и привело сначала к применению электронных вычислительных машин для оптимизации расчетных операций, а в дальнейшем к появлению самостоятельных видов расчетов с использованием электронных платежных средств. Электронные платежные средства выполняют функцию средства платежа, однако

не всегда защищены в правовом, социальном, экономическом и иных аспектах.

На первом этапе внедрения электронных платежных систем в экономические отношения основными проблемами являлись техническая сторона автоматизации расчетных операций, механизм использования средств электронной вычислительной техники, процедура защиты информации и технологии кодирования. С развитием информационных технологий успешно решались технические проблемы, в то время как правовые оставались нерешенными.

На сегодняшний день электронные платежные средства стали привычным инструментом ведения бизнеса, их используют организации, а также физические лица. Объем этого рынка в 2008 г. оценивался в 40—45 млрд долл. Из них на услуги связи, коммунальные платежи и возврат потребительских кредитов (погашаемых через третье лицо) пришлось соответственно 18, 14 и 15 млрд. Ежегодный рост данного рынка составляет 15—20%<sup>1</sup>. В 2009 г. объем потребительских онлайн-сделок увеличился на 8,8% и достиг отметки в 2,4 млрд долл., в 2010 г. количество электронных сделок выросло на 2,6% (до 18,3 млрд долл.)<sup>2</sup>. Одно из основных мест занимали платежи, совершенные при помощи мобильных телефонов (мировой объем операций, совершенных при помощи мобильных телефонов, в 2011 г. составил 105,9 млрд долл., в 2012 г. — 171,5 млрд долл.)<sup>3</sup>.

По данным, представленным национальной платежно-дисконтной системой Pricefree, объем электронной коммерции в России в 2013 г. достиг 13 млрд долл., рост по сравнению с 2012 г. составил около 35%. При этом наибольшее количество средств, свыше 46%, россияне тратят на технологические продукты и электронику. На втором месте стоит одежда и обувь (15%). На третьем (10%) — запчасти для автомобилей. Среднестатистический россиянин тратит в Интернете порядка 75 долл. в год, а активные пользователи — до 4 500 долл. На конец 2013 г. порядка 7,2 млн человек в РФ использовали электронные кошельки для платежей и взаимных расчетов. В этом сегменте свыше 85% рынка контролируется тремя крупнейшими игроками: «Яндекс. Деньги», Qiwi и WebMoney. Объем рынка кошельков можно оценить в 4,5 млрд долл. с перспективой дву-

<sup>1</sup> По данным статистических отчетов электронных платежных систем «Яндекс. Деньги», WebMoney, PayCash, E-Gold.

<sup>2</sup> Электронные кошельки используются всё активнее // Сетевой ресурс E-MoneyNews 13.04.2011. URL: <http://www.e-moneynews.ru/elektronnye-koshelki-aktivnost>.

<sup>3</sup> Gartner: в 2012 г. мировой рынок мобильных платежей вырастет // Сетевой ресурс Moneynews.ru. 18.07.2013. URL: <http://www.moneynews.ru/News/16399-2013>.

кратного увеличения к началу 2015 г. Объем рынка электронных платежей в России в 2013 г. вышел на рубеж в 70 млрд долл. Наибольшая часть этого объема (приблизительно 60%) обрабатывается терминалами, число которых в России приближается к 500 тыс.<sup>4</sup>

Исследование, проведенное компанией Analytic Research Group, показывает, что за последние 6 лет наблюдается устойчивая тенденция роста объема платежей, совершенных через сеть Интернет, так, в 2013 г. рост составил 36,7%, величина показателя в общем объеме платежей — 57,9%<sup>5</sup>.

Прогнозы рынка электронных платежей на 2014 г. были следующие: рост объема электронной коммерции до 15 млрд долл. (с 13 млрд долл. в 2013 г.), а рынок электронных кошельков — с 4,5 млрд долл. в 2013 г. до 5,3 млрд долл. в текущем году<sup>6</sup>.

Для определения общественной опасности от преступлений, совершенных с использованием электронных платежных средств и систем, необходимо использовать оценочный подход. В научной литературе можно выделить общее мнение, которое совпадает в том, что количество преступлений, объектом которых выступают электронные платежи, растет. О степени общественной опасности рассматриваемых преступлений как в России, так и за ее пределами свидетельствует то, что в настоящее время продолжают расти ущерб, причиненный такими преступлениями<sup>7</sup>.

Согласно сведениям, представленным в докладе Центра ФБР США по борьбе с преступлениями в сети Интернет, совокупный доход только от преступлений, связанных с использованием глобальной компьютерной сети Интернет, в 2006 г. составил 198,4 млн долл., что на 15,3% больше, чем в 2005 г. При этом официально было зарегистрировано 207 тыс. заявлений от потерпевших, где наличествует такой предмет преступного посягательства<sup>8</sup>. В 2008 г. на территории России было возбуж-

дено более 5,5 тыс. уголовных дел, связанных с незаконной деятельностью в сфере информационных технологий. Это более чем на 20% превышает уровень 2007 г. К примеру, только в январе — мае 2009 г. органы внутренних дел еженедельно возбуждали от 50 до 100 уголовных дел. За шесть месяцев 2009 г. было зарегистрировано 11 333 преступлений<sup>9</sup>.

В 2013 г. всего зарегистрировано 61 393 преступления экономической направленности, из них в Москве более 3 567; в Республике Адыгея, Красноярском крае, Свердловской области, Омской области — 2 678—3 567; в Республике Башкортостан, Республике Татарстан, Самарской области, Нижегородской области, Ростовской области, Республике Дагестан — 1 789—2 678 преступлений<sup>10</sup>.

Средний размер ущерба от одного компьютерного преступления составляет:

— от мошенничества, совершенного с использованием компьютерных технологий, — 423,9 тыс. руб.;

— незаконного предпринимательства, совершенного в сфере компьютерной информации, — 326,7 тыс. руб.<sup>11</sup>

Исследователей тревожит тот факт, что решение правовых вопросов не соответствует темпам развития рынка электронных платежей. Вместе с тем такой рынок сам является элементом современного информационного общества, которое динамично развивается.

Как видим из приведенных данных, в последние годы традиционные участники — банки — оказались потеснены новыми игроками. Данное явление интересно еще и тем, что рынок электронных платежей стремительно растет и с самого первого дня своего формирования стал объектом пристального внимания криминальных структур. Это обусловлено рядом объективных и субъективных причин. Для рассмотрения таких причин прежде всего определим, что относится к электронным платежным средствам и системам и каков механизм их действия.

В 2011 г. был принят Федеральный закон от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе», который установил основы правового регулирования электронных расчетов, однако пробелы остаются и до настоящего времени.

<sup>4</sup> Айриян С. Рынок электронных платежей. Основные тенденции и итоги 2013 года // Сетевой ресурс FutureBanking. 04.02.2014 (дата обращения: 03.08.2014).

<sup>5</sup> Развитие рынка электронных платежей в России // Сетевой ресурс Analyticgroup.ru. 25.02.2014. URL: <http://www.analyticgroup.ru/news/48> (дата обращения: 03.08.2014).

<sup>6</sup> Объем рынка электронных платежей в 2014 г. может достичь \$ 90 млрд // URL: <http://citforum.ru/news/32181/> (дата обращения: 03.08.2014).

<sup>7</sup> Вехов В. Б. Основы криминалистического учения об исследовании и использовании компьютерной информации и средств ее обработки: монография. Волгоград: ВА МВД России, 2008. С. 9—11.

<sup>8</sup> Левашова Ю. FBI — статистика интернет-преступности в 2006 году // Официальный сайт Запорожского центра исследования организованной преступности [12.08.2008]. URL: <http://www.crime-research.ru/news/3390>.

<sup>9</sup> Нурғалиев Р. Г. Электронный патруль // Российская газета. № 5020 (197). 16.10.2009.

<sup>10</sup> Статистика преступлений // Генеральная прокуратура. Федеральный портал правовой статистики. URL: [crimestat.ru/21](http://crimestat.ru/21) (дата обращения: 27.07.2014).

<sup>11</sup> О направлении статистических сведений: приложение к письму ГИАЦ при МВД России от 14.02.2007 № 34/4-318.

Для выявления пробелов законодательства необходимо более подробно рассмотреть характеристику электронного платежного средства и электронных платежных систем. Электронное платежное средство не является денежным средством в том смысле, как их определяет действующее гражданское законодательство (ст. 140 ГК РФ). В соответствии с указанной статьей деньги (валюта) — это рубль, являющийся законным платежным средством, обязательным к приему по нарицательной стоимости на всей территории Российской Федерации. Электронное платежное средство рублем не признается, для каждой системы принято собственное название (титულიный знак, электронные деньги и т.д.).

В настоящее время существует два подхода к определению понятия «электронное платежное средство» — как авансовый платеж и как ценные бумаги, причем и в том и в другом случае фактически это будет являться предоплаченным финансовым продуктом. Следовательно, правильнее определять их как «электронное средство учета» или «электронная система учета».

Для оборота и осуществления расчетов такими средствами пользователь устанавливает на свой компьютер специально предназначенную для этого программу, которая поддерживает ведение локально или удаленно так называемого виртуального кошелька, который можно пополнить реальными деньгами через банковский, почтовый переводы, а также за счет перечисления из других виртуальных кошельков, однако данные средства будут выступать именно средствами «учета» существующей на реальном банковском счете наличности. Виртуальный кошелек — это специальная программа (кипер), которая необходима для учета и управления электронной наличностью, как правило, представляет собой сложный код, отражающий состояние денег в системах. Существуют различные виды виртуальных кошельков, например в системе WebMoney их четыре вида, в соответствии с учетными валютами (Z-кошелек, или кошелек типа Z (долларовый): хранящиеся в нем деньги (их принято для удобства называть WMZ) эквивалентны долларам США; R-кошелек, или кошелек типа R (рублевый): хранящиеся в нем деньги (WMR) эквивалентны российским рублям; E-кошелек, или кошелек типа E: хранящиеся в нем деньги (WME) эквивалентны евро; U-кошелек, или кошелек типа U: хранящиеся в нем деньги (WME) эквивалентны украинской гривне. Номер кошелька состоит из буквы «U (Z, R, E)» и 12 цифр (например, U654783345609).

Электронные платежные системы, в отличие от классических банковских расчетных сис-

тем, являются составной частью отношений банк — клиент. В обобщенном виде в любых электронных расчетах за владельцами электронных платежных систем будут стоять провайдеры и банки. Следовательно, электронные платежные системы выступают, с одной стороны, как составная часть банковской системы (и тогда на них распространяется действие банковского законодательства), а с другой — как самостоятельная система (следовательно, регламентированы специализированным законодательством). Таким образом, мы можем утверждать, что электронные платежные системы выступают самостоятельными субъектами, осуществляющими расчетные операции, причем исходя из норм закона это юридические лица.

С момента появления электронных платежных средств с легкой руки ученых<sup>12</sup>, занимавшихся этой проблемой, укрепилась и была популяризирована мысль о том, что платежные системы — это компонент банковской сферы. Мы не возражаем, что в первом приближении (обобщенно) это правильно, однако отметим, что юридическая проработка банковской сферы не была взята за образец, вплоть до сегодняшнего дня.

Рассмотрим особенности функционирования электронных платежных систем. Платежные системы являются одним из основных элементов инфраструктуры системы электронной коммерции. В электронных расчетах фигурируют так называемые титульные знаки, которые ликвидны относительно реальных денег и свободно принимаются всеми участниками этих систем. Эмиссионная организация (эмитент) выпускает электронные аналоги денег, называемые в разных системах по-разному (например, купоны, титульные знаки и т.д.). Далее они покупаются пользователями, которые с их помощью оплачивают «покупки», а затем продавец обналичивает их у эмитента.

Функционирование платежных систем в Интернете осуществляется таким образом, что пра-

<sup>12</sup> См., напр.: Информатика для юристов и экономистов : учебник / С. В. Симонович, Г. А. Евсеев, В. И. Мураховский, А. Ю. Казуто ; под ред. С. В. Симоновича. СПб.: Питер, 2005 ; Калинина А. Э. Интернет-бизнес и электронная коммерция : учебное пособие. Волгоград : ВолГУ, 2004 ; Успенский И. В. Интернет-маркетинг : учебник. СПб. : СПГУЭиФ, 2003 ; Голубицкий С. М. WebMoney. Ваш электронный кошелек. М. : НТ Пресс, 2004 ; Тедеев А. А. Электронные банковские услуги. М., 2005 ; Бауэр В. Золото в системе цифровых денег // Финансист. 08.09.2001 ; Егизарян Ш. П. Понятие электронных денег // Банки и технологии. № 3. 2003 ; Небезина В. П. Электронные деньги: накопления, использование, хранение, безопасность. М., 2003 ; Липис А., Маршал Е. Электронная система денежных расчетов. М. : Церих-пел, 2004 ; Достов В. Электронные наличные в новом веке. М. : Инфо-Бизнес, 2002 ; Афонина С. В. Электронные деньги. СПб. : Питер, 2001.



вила осуществления операций устанавливают владельца платежных систем, пользователь при регистрации должен всего лишь автоматически заполнить позиции электронной формы, что трактуется владельцем системы как факт согласия с предложенными условиями. При этом спустя даже небольшое количество времени как сама электронная форма целиком, так и ее отдельные поля могут произвольно быть изменены владельцем системы, что повлечет за собой наступление юридических последствий для всех пользователей, присоединившихся ранее совсем к другой оферте в электронном виде.

Закон «О национальной платежной системе» 2011 г. стал основой правового регулирования электронных платежей. В пункте 18 ст. 3 названного Закона дано следующее определение электронного денежного средства: «денежные средства, которые предварительно предоставлены одним лицом (лицом, предоставившим денежные средства) другому лицу, учитывающему информацию о размере предоставленных денежных средств без открытия банковского счета (обязанному лицу), для исполнения денежных обязательств лица, предоставившего денежные средства, перед третьими лицами и в отношении которых лицо, предоставившее денежные средства, имеет право передавать распоряжения исключительно с использованием электронных средств платежа. При этом не являются электронными денежными средствами денежные средства, полученные организациями, осуществляющими профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг, клиринговую деятельность и (или) деятельность по управлению инвестиционными фондами, паевыми инвестиционными фондами и негосударственными пенсионными фондами и осуществляющими учет информации о размере предоставленных денежных средств без открытия банковского счета в соответствии с законодательством, регулирующим деятельность указанных организаций»<sup>13</sup>.

Помимо этого, указанный Закон устанавливает понятие электронного средства платежа — это «средство и (или) способ, позволяющие клиенту оператора по переводу денежных средств составлять, удостоверять и передавать распоряжения в целях осуществления перевода денежных средств в рамках применяемых форм безналичных расчетов с использованием информационно-коммуникационных технологий, электронных носителей информации, в том числе платежных карт, а также иных технических устройств» (п. 19 ст. 3).

Кроме того, дано определение национальной платежной системы, которая представляет собой совокупность операторов по переводу денежных средств (включая операторов электронных денежных средств), банковских платежных агентов (субагентов), платежных агентов, организаций федеральной почтовой связи при оказании ими платежных услуг в соответствии с законодательством Российской Федерации, операторов платежных систем, операторов услуг платежной инфраструктуры (субъекты национальной платежной системы) (п. 1 ст. 3).

Однако приведенные определения не отражают всей специфики отношений, складывающихся в сфере электронной коммерции. Понятие «национальная платежная система» шире, чем платежная система и тем более — электронная платежная система. Закон достаточно четко устанавливает субъектов электронной коммерции, это оператор по переводу денежных средств, оператор электронных денежных средств, платежная система, значимая платежная система и т.д., тем не менее порядок осуществления платежей с использованием электронных платежных средств зачастую не подпадает под действие закона (например, при приобретении виртуальных объектов в онлайн-играх, социальных сетях и т.д.). Недостатки законодательства создают предпосылки для формирования иных элементов платежных систем, которые, не нарушая закон, несут в себе риски из-за того, что не идентифицируют клиентов.

До настоящего времени в полном объеме не разработаны нормативные документы, фактически регулирующие данные отношения, их роль играют требования к участникам таких отношений, а пробелы законодательства действуют в пользу правонарушителя<sup>14</sup>.

Владельцы платежных систем заинтересованы в том, чтобы не подпадать под действие законодательных предписаний, в то время как пользователь, наоборот, заинтересован в максимальном регулировании. Пробелы законодательства являются той самой причиной, которая способствует обращению внимания преступников, и эти пробелы активно ими используются.

В настоящее время российским пользователям доступны такие электронные платежные системы, как: WebMoney Transfer, «Яндекс.Деньги», «КредитПилот», «Рапида», E-gold, «Единый кошелек», MoneyMail, Easy Pay, «Мобильный кошелек», Moneybookers RUpay, PayPal. Все они обладают правовым статусом, т.е. зарегистрированы в соответствующем по-

<sup>13</sup> Российская газета. 30 июня 2011 года. № 5515.

<sup>14</sup> Термин «пробел законодательства» может характеризовать как полное отсутствие регулирования каких-либо отношений, так и регулирование частичным способом.



рядке и в некоторой организационно-правовой форме, и позволяют осуществить ряд расчетных операций, которые, по сути, разорваны во времени и пространстве.

В связи с вступлением в силу отдельных положений Закона «О национальной платежной системе» в 2012 г. Центральный банк РФ опубликовал список банков и НКО, осуществляющих деятельность по переводу электронных денежных средств (78 организаций). В их числе «Банк Москвы», «Альфа-Банк», банк «Русский стандарт», а также операторы крупнейших платежных сервисов «Мейл.Ру», «Яндекс. Деньги», «Лидер», «Рапида», QIWI. Надзор за платежными системами с июля 2012 г. возложен на Банк России. С 2010 г. на рынок, который изначально был поделен между тремя платежными системами — Chronopay, Assist и Cyberplat, активно выходят банки: «Райффайзен-банк», «Альфа-банк», «Транскредитбанк», «Банк Москвы» и «Сбербанк».

В практическом плане осуществления таких платежей практически нет проблем, однако их правовое регулирование остается недостаточным, несмотря на принятие Закона «О национальной платежной системе», который расширил возможности использования электронных денег и в целом платежных систем.

Принятие указанного Закона решило часть проблем, связанных с регулированием данной отрасли (урегулирован понятийный аппарат, определен порядок взаимодействия субъектов платежных систем, определен круг ответственности операторов платежных систем, установлены границы взаимодействия операторов с банками и т.д.), но стремительное развитие платежных систем и оборота «электронной наличности» порождает пробелы законодательства, и часть отношений остаются неурегулированными законом (оборот денег в онлайн-играх, социальных сетях, помимо прочего, в настоящее время растет оборот «биткоинов»). Вследствие этого происходит уход от правового регулирования и ответственности за неправомерное поведение в сфере оборота электронных платежных средств. Подход, который применим к регулированию отношений в другой сфере, здесь без адаптации не работает, он требует одновременного рассмотрения поправок в законодательстве в области связи, финансов, бухгалтерского учета и т.д.

Все вышесказанное позволяет утверждать, что современные платежные системы включают: моментальные платежные системы и системы электронных денег, в некоторых источниках можно встретить деление платежных систем на бескарточные (базируются на платежных системах типа банк — клиент) и карточ-

ные системы. Технология осуществления расчетов одна, однако есть особенности, связанные со спецификой работы отдельных платежных систем. В электронных платежных системах от оборота денег мы переходим к обмену обязательствами в электронной форме, при этом не всегда сами обязательства соответствуют нормам гражданского законодательства, т.е. отношения из одной отрасли права переносятся в другую, в которой не действуют. Вышесказанное подтверждает вывод о том, что «электронные платежные средства» не являются деньгами в том смысле, как их определяет законодатель (нормы Гражданского кодекса), и являются лишь электронной стоимостью (средством учета) наличных и безналичных денег. Электронная стоимость в любом случае привязана к счету, независимо от того, банковский это счет или подобные услуги оказывает небанковская организация. Денежные средства помещаются на этот счет, а клиенту переводится на карту или в электронный кошелек эквивалентная стоимость этих денежных средств, а дальше он использует их по своему усмотрению. Еще раз необходимо подчеркнуть, что расчеты с помощью электронных денег не являются классическими безналичными расчетами и на них не распространяется законодательство о безналичных расчетах. Таким образом, можно отметить, что существует самостоятельная процедура передачи денег, и она в полной мере не урегулирована.

Однако и для безналичной формы существует эмиссия. Электронные платежные средства (по аналогии) можно отнести к разряду безналичных расчетов (т.к. в конечном счете реальные деньги оседают на счете пользователя или владельца системы в банке), опасность состоит в том, что на рынке электронных платежей появляются псевдовалюты и денежные суррогаты, оборот которых не регулируется законом. В настоящее время большое опасение вызывает увеличение оборота биткоинов. Рассмотрим более подробно их характеристики, т.к. они не подпадают под определение Закона «О национальной платежной системе» и во многих странах запрещены.

Биткоин — это децентрализованная анонимная электронная валюта<sup>15</sup>.

Идею криптовалюты «b-money» описал в 1998 г. Вей Дай, также свои предложения сделал Ник Сабо под названием Bitgold<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Что такое биткоины и кому они нужны? // URL: <http://siliconrus.com/2013/04/bitcoin> (дата обращения: 04.08.2014).

<sup>16</sup> Виртуальные деньги будут запрещены в России // URL: <http://bankir.ru/novosti/s/virtualnye-dengi-budut-zapreshcheny-v-rossii-10076> (дата обращения: 04.08.2014).

В 2008 г. человеком или группой лиц под псевдонимом Сатоси Накамото был опубликован файл с описанием принципа работы одноранговой сети, по его словам, разработка началась в 2007 г., в 2009 г. он закончил разработку протокола и опубликовал программу-клиент, после чего была запущена сеть. В дальнейшем разработку и развитие координировал Гевин Андерсен.

Согласно «Википедии» bitcoin (от англ. bit — бит и coin — монета) — пиринговая система электронной наличности, использующая одноименную цифровую валюту, которую называют криптовалютой, или виртуальной валютой. Особенностью является то, что сеть полностью децентрализована, не имеет центрального администратора или какого-либо его аналога.

Биткоин может быть использован для оплаты товаров или услуг у продавцов, готовых их принимать; есть возможность обмена на обычные деньги через специализированные площадки. Эмиссия децентрализованная, лимитирована по объему и по времени, распределяется относительно случайно среди желающих, которые используют мощность своего оборудования для защиты платежной системы от повторного расходования средств. Деятельность по обслуживанию системы с возможностью получения вознаграждения в форме эмитированных биткоинов является майнингом (от англ. mining — добыча полезных ископаемых). Базовым элементом указанной системы является программа-клиент с открытым ключом; протоколы клиентов, запущенные на множестве компьютеров, соединяются между собой в одноранговую сеть.

Биткоины обмениваются на обычные деньги аналогично любым другим валютам, однако существенное отличие состоит в том, что биткоины не обеспечиваются реальными деньгами, т.е. они начисляются за работу аппаратного средства и решения неких задач, т.е. с помощью майнинга. Для майнинга нужен компьютер, который будет подбирать 64-значные цифры, причем чаще всего это делается на графическом процессоре из-за более высокой эффективности. Компьютер генерирует случайные числа, пытаясь подобрать ключ к блоку — пачке транзакций по обмену биткоинами. Этот процесс проводится одновременно несколькими участниками сети, победитель получает 25 биткоинов. Система запрограммирована таким образом, чтобы генерировать установленное количество монет в определенный промежуток времени. В настоящее время каждые 10 минут в сети появляется 25 новых биткоинов. Другими сло-

вами, при запуске специальной программы компьютер пользователя решает некую математическую задачу, по окончании вычислений на счет пользователя начисляется биткоин. Курс биткоинов нестабилен, за последний год его стоимость колебалась от 100 долл. до 1,1 тыс. долл., а за последние месяцы составляет около 600 долл. По официальным статистическим данным совокупный объем выпущенных биткоинов оценивается в 8 млрд долл.

Система биткоинов полностью анонимна: у каждого участника есть только адрес кошелька в виде случайно подобранной комбинации цифр и букв. Это означает, что на биткоины можно купить какие-либо нелегальные товары (наркотики, оружие и т.д.). Это еще усугубляется тем, что биткоины не имеют привязки к какой-либо стране, поэтому система предполагает перемещение денег по миру с минимальными затратами.

В августе 2014 г. на едином портале раскрытия проектов нормативных актов появилось сообщение о разработке Минфином России законопроекта, который полностью запретит выпуск и использование в России виртуальных валют<sup>17</sup>. Министерство предполагает запретить выпускать денежные суррогаты в электронном виде и использовать их в качестве платежного средства, а также обменивать на рубли или иностранную валюту. За нарушение запрета предполагается введение административной и (или) уголовной ответственности. Помимо этого планируется блокировка сайтов, где виртуальные валюты можно выпускать и использовать. Данное решение обосновано тем, что виртуальная валюта не имеет статуса законного средства платежа, а неподконтрольность органам власти и децентрализация таких систем привлекает теневой сектор экономики.

Первоначально с предостережением от использования биткоинов выступил Центральный банк РФ в январе 2014 г., указав, что выпуск денежных суррогатов запрещен. В настоящее время использование криптовалют запрещено в Китае и Таиланде, а, например, в Бразилии они разрешены. Таким образом, при рассмотрении вопросов оборота электронных платежных средств и систем в своей работе мы не рассматриваем вопросы оборота биткоинов и иных псевдокриптовалют.

Любые безналичные расчеты оформляются специальными документами и представляют собой специальный вид операций. При осуществлении безналичных расчетов происходит списание сумм со счета на счет, однако списываются не наличные (материально определен-

<sup>17</sup> Нургалиев Р. Г. Электронный патруль // Российская газета. 2009. 16 октября.

ные деньги), а специальные денежные знаки, т.е. безналичные деньги. Таким образом, отсутствует оборот денег, что значительно упрощает процедуру расчетов на значительных расстояниях или в крупных суммах.

Как было доказано выше, системы электронных платежей с самого начала с целью привлечения клиентов мимикрируют под обычную систему платежей. С сайтов, со страниц прессы предполагаемых клиентов электронных платежных систем убеждают, что вместо обычных денег они получают полноценный эквивалент, который соответствует всем характеристикам наличных денег, т.е. вместо обычной формы используется «обычная» электронная наличность, их убеждают, что такая форма наличности совершенно эквивалентна реальной наличности. В ответ на поиск термина «электронная наличность» Google выдает 134 000 статей, это подтверждает факт подмены понятий, что объективно способствует мошенничеству, т.к. такого понятия законодательно не установлено, оно лишь применяется в юридической литературе для обозначения термина. Развитие наличного и безналичного обращения сопровождалось правовым регулированием и обеспечением, а тут нет. Например, разрешение физическим лицам иметь расчетный счет урегулировано нормами Положения ЦБ РФ, а в отношении электронных платежных систем такого регулирования нет. Возникает вопрос, а нужно ли учитывать средства на электронных кошельках физических лиц, например при составлении налоговой декларации, ведь это средства, которые могут быть получены в том числе в виде прибыли. Однако в Налоговом кодексе РФ дан четкий перечень доходов (ст. 208 «Доходы от источников в Российской Федерации и доходы от источников за пределами Российской Федерации») и определены доходы, не подлежащие налогообложению (ст. 217 «Доходы, не подлежащие налогообложению (освобождаемые от налогообложения»); в их состав такие средства не включены, следовательно, они не принимаются при налогообложении во внимание. Еще один пример: Федеральный закон «О государственной (гражданской) службе» запрещает иметь анонимные счета, но данное положение не будет распространяться на электронные кошельки.

Нечеткое правовое регулирование приводит к росту нарушений в рассматриваемой сфере. Прежде всего необходимо отметить, что в международном праве определение электронных денег закреплено с 1998 г. В Докладе об электронных деньгах, опубликованном Европейским центральным банком

в августе 1998 г., дается следующее определение: «электронные деньги в широком смысле определяются как электронное хранение денежной стоимости на техническом устройстве, которое может широко применяться для осуществления платежей в пользу не только эмитента, но и других фирм, и которое не требует обязательного использования банковских счетов для проведения транзакций, а действует как предоплаченный инструмент на предъявителя». Позднее была принята Директива «О деятельности в сфере электронных денег, пруденциальном надзоре над институтами, занимающимися этой деятельностью», в которой уточнено определение электронных денег: «денежная стоимость, представляющая собой требование к эмитенту, которая: хранится на электронном устройстве; эмитируется после получения денежных средств в размере не менее объема принимаемых на себя обязательств; принимается в качестве средства платежа не только эмитентом, но и другими фирмами».

С учетом вышесказанного предложим определение электронной наличности. Существующее де-факто определение электронной наличности определяет ее как запись, формально или фактически свидетельствующую о денежных обязательствах одного субъекта платежной системы перед другим. При этом юридически такого обязательства может и не существовать.

Проанализировав предлагаемые различными учеными и практикующими юристами определения, можно предложить обобщенное определение электронной наличности, которое будет отражать всю специфику осуществления таких расчетов. *Электронная наличность — это запись, юридически свидетельствующая о взаимных денежных обязательствах субъектов платежных систем.* При этом частности работы этой технологии, способы передачи, обработки нас интересуют лишь в той степени, в которой они нарушают право самостоятельно распоряжаться своими средствами одной из сторон или действующее законодательство.

По результатам рассмотрения особенностей функционирования отдельных электронных платежных систем нами сформулировано следующее определение. *Электронная платежная система — это юридическое лицо, являющееся самостоятельным участником расчетных отношений, наделенное особым правовым статусом, осуществляющее аккумуляцию, распределение и перераспределение электронных платежных средств от имени клиентов на основании заключенного договора, и (или) операции по вводу и выводу денежных средств посредством специального программного ком-*

плекса, компоненты которого выполняются на серверах сети Интернет и конечном сетевом оборудовании пользователя.

Рассматривая особенности действия электронных платежных систем, мы приходим к выводу о том, что в основе электронных расчетов лежит оптимальное развитие и соотношение достижений математики (криптография), техники (компьютеры), финансов (эволюция банковских расчетов), поскольку при отсутствии хотя бы одного элемента осуществление электронных расчетов посредством электронных платежных систем было бы невозможно. При определении электронной наличности мы также опирались на законодательное регулирование всех аспектов.

В основе электронных платежных систем лежит криптография и компьютерные средства, в то время как безналичные расчеты являются главным атрибутом, т.к. выступают прототипом электронных систем.

Основной проблемой сегодня является то, что упор осуществляется на технологическую защиту денег, а не на правовую защиту действия систем.

Внедрение электронных технологий предполагает не только развитие информационного потенциала страны, развития научно-технического прогресса, удобство граждан, но и может являться мощным инструментом противодействия коррупции, поскольку автоматизация государственных услуг позволит снизить, а со временем и вовсе исключить возможность совершения должностных преступлений<sup>18</sup>.

Электронные платежные средства и системы могут выступать как предмет преступного посягательства или как средство совершения преступления. Предметом преступного посягательства в этом случае будут средства, находящиеся на счетах в этих системах, информация о клиентах. Признак предмета преступления в составе преступления является факультативным. Предметом преступного посягательства в преступлениях рассматриваемой категории выступают электронные платежные средства, находящиеся на счетах в этих системах, и охраняемая законом информация о клиентах (их персональные данные, реквизиты доступа и т.д.).

С использованием электронных платежных систем могут быть совершены следующие виды преступлений: легализация (отмывание) денежных средств, полученных преступным путем; кража; мошенничество; получение или дача взятки; незаконное получение кредита

и т.п. Количество таких преступлений растет, изменяется их качественный состав, что свидетельствует о значимости и об общественной опасности.

Электронные платежные средства и системы используются в качестве средства совершения корыстного преступления (хищения) и умысел виновного лица направлен на завладение чужим имуществом путем изменения информации либо путем введения в компьютерную систему ложной информации. Электронные платежные системы могут выступать средством совершения в следующих преступлениях: легализация (отмывание) денежных средств, полученных преступным путем; кража; мошенничество; получение или дача взятки; незаконное получение кредита и т.п.

Результаты анализа электронных платежных систем показали, что информация об электронной системе как предмете преступного посягательства имеет большое значение и представляет значительный интерес в сопоставлении с информацией о работе аналогичных систем. Для получения такой информации следователю необходимо анализировать работу различных электронных систем с точки зрения ввода и вывода наличных средств, обмена различных видов титульных знаков, обмена между системами и т.д. Криминалистически значимой информацией для расследования преступлений, совершенных с использованием электронных платежных средств и систем, будет являться информация относительно способов зачисления денежных средств в систему, способов вывода денег из нее, а также порядок осуществления операций внутри системы.

Таким образом, в качестве обобщения можно выделить две группы информации об электронной платежной системе, необходимой для расследования рассматриваемой категории преступлений и включения в криминалистическую характеристику: минимально необходимый объем информации и максимальный объем информации.

Минимальный объем информации, востребованной при расследовании преступлений, совершенных с использованием электронных платежных средств и систем, составляют сведения о правовом статусе электронной платежной системы, порядке регистрации пользователя, порядке осуществления расчетных и обменных операций, порядке ввода и вывода денежных средств. Такие данные можно получить достаточно быстро путем изучения сведений об электронной платежной системе, находящихся в открытом доступе в сети Интернет в соответствующих разделах сетевого

<sup>18</sup> Курс уголовного права. Общая часть. Том 1 : Учение о преступлении / под ред. Н. Ф. Кузнецовой и И. М. Тяжковой. М., 2002. С. 216—217.



ресурса, созданного для доступа клиентов к системе посредством web-интерфейса, однако такие сведения не имеют доказательственной силы, т.к. получены не в ходе процессуальной деятельности. Необходимо особое внимание уделять соблюдению требований уголовно-процессуального законодательства о получении таких данных в ходе специально предназначенных для этого следственных действий — осмотра места происшествия, обыска, выемки и т.д.

В максимальный объем информации, востребованной при расследовании рассматриваемой категории преступлений, мы считаем необходимым включить сведения о системе учета; об особенностях доступа к электронной

платежной системе с помощью сети Интернет; сведения об аппаратных и программных средствах, которые используются при работе конкретной электронной платежной системы; сведения об используемых средствах защиты информации и т.д. Такая информация объективна, когда подтверждается в том числе проведенными экспертизами, сбор таких сведений занимает продолжительное время, вместе с тем такие сведения помогают не только доказать событие конкретного преступления, но и предупредить другие преступления, совершаемые с использованием электронных платежных систем и средств, поскольку отслежены пути и способы оборота денег, выявлены схемы отмывания и обналичивания денег.

#### Библиография:

1. Вехов В. Б. Основы криминалистического учения об исследовании и использовании компьютерной информации и средств ее обработки : монография. — Волгоград.: ВА МВД России, 2008.
2. Курс уголовного права. Общая часть. Том 1 : Учение о преступлении / под ред. Н. Ф. Кузнецовой и И. М. Тяжковой. — М., 2002.
3. Логинов Е. Л. Отмывание денег через интернет-технологии : Методы использования электронных финансовых технологий для легализации криминальных доходов и уклонения от уплаты налогов : учеб. пособие для студентов вузов / Е. Л. Логинов. — М. : Юнити-Дана, 2005.
4. Мещеряков В. А. Преступления в сфере компьютерной информации: основы теории и практики расследования. — Воронеж : ВГУ, 2002. — 408 с.
5. Нурғалиев Р. Г. Электронный патруль // Российская газета. 2009. 16 октября.

*Материал поступил в редакцию 29 марта 2015 г.*

## FORENSIC CHARACTERIZATION OF ELECTRONIC PAYMENT MEANS AND SYSTEMS

Olinder Nina Vladimirovna — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Department of Criminal Procedure and Criminology, Samara State University.

[Olindernv@yandex.ru]

443041, Russia, Samara, Akademika Pavlova Street, 1.

**Abstract.** *The article provides a detailed description of electronic payment systems, as part of criminological characteristics of crimes committed with the use of electronic payment instruments and systems. The article provides the statistical data on electronic payments turnover, the number of crimes committed using electronic payment instruments and systems; and damage caused by them. The author emphasizes and analyzes the features of circulation of electronic means of payment; the inner content of electronic payment systems; similarities and differences resulting from the settlement in the banking sector. The Russian legislation (in particular, the law "On National Payment System") for the definition of an electronic means of payment and electronic payment system is analyzed in the article. According to the results of the analysis the author formulates the definition of electronic currency (as record legally reflecting the mutual financial obligations of the payment systems) and electronic payment system. The latter is defined as a legal entity being itself a party to payment relations, with specific legal status of performing accumulation, distribution and redistribution of electronic payment funds on behalf of clients on the basis of the signed contract, and (or) the operation of the input and output of money through a special software package, the components of which are performed on the servers of the Internet and network user's end equipment.*

*An attempt is made to analyze "Bitcoins", which became widespread in the world, despite the ban in many countries, and their turnover. The most common electronic payment systems in the Russian Federation are enumerated.*

*The author attempts to determine the minimum and maximum amount of information (data) on payment systems, demand for the investigation of crimes committed with the use of electronic payment instruments and systems. The article provides a comparison of information on electronic systems as the object of a criminal assault and information on the operation of such systems. The author stresses out the need to pay particular attention to compliance with the requirements of the criminal procedure legislation on the receiving the data on payment electronic systems and electronic means of payment in the course of specifically designed investigation such as crime scene investigation, search, seizure, etc.*

**Keywords:** *forensic characterization; electronic means of payment; electronic payment systems; Bitcoin; investigation of crimes committed with the use of electronic payment instruments and systems.*

#### References:

1. Vekhov V.B. Osnovy kriminalisticheskogo uchenija ob issledovanii i ispol'zovanii komp'juternoj informacii i sredstv ee obrabotki: monografija [Bases of the criminalistics doctrine on the study and use of computer and information processing facilities: a monograph], Volgograd: VA Ministry of Internal Affairs of Russia, 2008.
2. Kuznetsova N.F., Tyazhkova I.M. Kurs ugolvnogo prava. Obshhaja chast'. Tom 1: Uchenie o prestuplenii [The course of the criminal law. A common part. Volume 1: The doctrine of the crime], Moscow, 2002.
3. Loginov E.L. Otmyvanie deneg cherez internet-tehnologii: Metody ispol'zovanija jelektronnyh finansovyh tehnologij dlja legalizacii kriminal'nyh dohodov i uklonenija ot uplaty nalogov: Ucheb. posobie dlja studentov vuzov [Money laundering through Internet technology: the use of electronic methods of financial technologies for the legalization of criminal proceeds and tax evasion: Tutorial for students], Moscow: UNITY-DANA, 2005.
4. Meshcheryakov V.A. Prestuplenija v sfere komp'juternoj informacii: osnovy teorij i praktiki rassledovanija [Crimes in sphere of computer information: basic theory and practice of investigation], Voronezh: Voronezh State University, 2002, 408 p.
5. Nurgaliev R.G. Jelektronnyj patrol [Electronic Patrol], Rossijskaja gazeta [the Russian newspaper], 2009, Oct 16th.

# УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛЕ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) в разделе «Издательская деятельность», «Научные журналы»  
[http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific\\_journals/lex\\_russica/](http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific_journals/lex_russica/)

1. В Журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения Авторы, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой Журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются Авторы — ведущие специалисты, ученые и практики. При прочих равных условиях преимущественное право на опубликование имеют:
  - профессорско-преподавательский состав МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) — перед сотрудниками иных вузов и научных учреждений;
  - лица, имеющие учёные степени, — перед аспирантами и соискателями.
3. Один Автор может опубликовать в течение года не более трех своих статей. Все исключения необходимо заранее согласовывать с редакцией.
4. **Направление Автором статьи для опубликования в Журнале считается акцептом**, то есть согласием Автора на заключение Лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Lex Russica». Содержание договора опубликовано на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).
5. Автор направляет в редакцию Журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина). **При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью Автору без рассмотрения.**
6. Статья направляется в редакцию. Автору необходимо зарегистрироваться в системе, указав все запрашиваемые данные. **Для аспирантов и соискателей** обязательна для заполнения информация о научном руководителе / консультанте, его контактная информация (в поле «Дополнительные сведения»). В дальнейшем для отправки очередной статьи заново вводить эти данные не потребуется. При добавлении новой статьи откроется окошко регистрации статьи, где приводятся все данные о статье (соавторы, название статьи, название журнала, название рубрики, ключевые слова на русском, аннотация на русском, библиография на русском). Текст статьи прикрепляется к регистрационной форме в виде файла, сохраненного в любой версии Word с расширением .doc, .docx или .rtf.
7. Требования к содержанию и объему статьи:
  - объем статьи должен составлять от 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.
8. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
  9. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
  10. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться **библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008**. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный.
  11. Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).
  12. **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.
  13. **Ссылки на электронные ресурсы** следует оформлять в соответствии с **библиографическим ГОСТом 7.82-2001**. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, <в угловых скобках> полный адрес местонахождения ресурса и (в круглых скобках) дату последнего посещения веб-страницы.
  14. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться **библиографическим ГОСТом 7.1-2003**. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)

ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.

**ISSN 1729-5920**

Телефон редакции: (8-499)244-85-56.

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

E-mail: lexrus@msal.ru

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Объем: 16,27 усл.-печ.л., формат 60x84<sup>1</sup>/<sub>8</sub>. Тираж 250 экз. Дата подписания в печать 03.11.2015 г.

Редактор *М.В. Баукина*

Корректор *А.Б. Рыбакова*

Верстальщик *А.Н. Коноплева*

Печать цифровая. Гарнитура «Calibri».

Типография Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**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.