

Председатель Редакционного совета

БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович — ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса. Заслуженный юрист Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, почетный работник науки и техники Российской Федерации.

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

ПРУГЛОВА Марина Николаевна — 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, заведующая кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

ДМИТРИЕВА Галина Кирилловна — доктор юридических наук, профессор, заведующая 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.

ЗОЙЛЬ Отмар — доктор права, почетный доктор права, Emeritus профессор Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).

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.

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

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 — проректор по научной работе Северо-Кавказского федерального университета, доктор юридических наук, доктор философских наук, профессор, член квалификационной коллегии судей Ставропольского края, член Совета УМО по юридическому образованию вузов Российской Федерации.

ТУМАНОВА Лидия Владимировна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского процесса и правоохранительной деятельности, декан юридического факультета Тверского государственного университета, заслуженный юрист РФ.

ХЕЛЛЬМАНН Уве — Dr. iur. habil, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

ФЕДОРОВ Александр Вячеславович — заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, кандидат юридических наук, профессор, главный редактор журнала «Наркоконтроль».

ШЕВЕЛЕВА Наталья Александровна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой государственного и административного права, декан юридического факультета 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 — профессор Роттердамского университета (Голландия), профессор кафедры Жана Монне (Европейский Союз).

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

PRUGLOVA, Marina Nikolaevna — 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 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.

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

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 — Vice-Rector on Scientific Work of the North Caucasian Federal University, Doctor of Law, Doctor of Philosophy, Member of Qualification Board for the Judges of the Stavropol Region, Member of the Scientific and Methodological Association on Legal Education of the Higher Education Institutions 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.

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).

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).

SHEVELEVA, Natalia Aleksandrovna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of State and Administrative Law, the Dean of the Law Faculty of the St. Petersburg State University.

SHUGRINA , Ekaterina Sergeevna — Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law, Head of the Division for the Scientific and Publishing Policy, Head of the Editorial Advisory Board of the Kutafin Moscow State Law University, the Editor-in-Chief of the journal «Topical Problems of Russian Law».

DE ZWAAN, Jaap Willem — Professor of the Rotterdam University (Holland), Professor of the Jean Monnet Chair (the EU).

СОДЕРЖАНИЕ

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

О.Ю. Рыбаков, С.В. Тихонова
Доктрина естественного права
и философия трансгуманизма:
возможность коммуникации 143

ИССЛЕДОВАНИЕ РОССИЙСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ

А.А. Петров
Конституция России: взгляд
с позиции теории иерархических
многоуровневых систем 153

ПРАВО И ЭКОНОМИКА

И.В. Ершова
Понятие предпринимательской
деятельности в теории и судебной
практике 160

ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Е.А. Рыжкова
Публичное и частное в финансовом
праве 168

С.Б. Россинский
Протоколы следственных действий
и судебного заседания по уголовному
делу: постановка проблемы 176

Л.В. Чхутиашвили
Организация и совершенствование
экологического учета на российских
предприятиях 185

ДИСКУССИОННАЯ ТРИБУНА

М.Б. Добробаба
Концептуальные основы
служебно-деликтного права 199

ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ

Е.Е. Уксусова
Гражданское судопроизводство
по делам о банкротстве: проблемы
законодательного регулирования
и правоприменения. 211

ИСТОРИЯ АДВОКАТУРЫ

В.Н. Ивакин
Недопустимость ведения
неправых дел 228

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

З.Б. Соктоев
Преступления против личности
в уголовном праве Беларуси,
России и Украины / П. А. Андрушко,
А. А. Арямов, Н. А. Бабий [и др.];
отв. ред. А.И. Чучаев. — М.:
Перспект, 2014. — 680 с. 242

ABOUT THE AUTHORS, ANNOTATIONS AND KEYWORDS . . . 248

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛЕ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ 253

МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) www.msa.ru и © NOTA BENE (ООО «НБ-Медиа») www.nbpublish.com

PHILOSOPHY OF LAW

Rybakov, O.Y., Tikhonova, S.V.
 Doctrine of natural law and
 transhumanism philosophy:
 the communication possibility. 143

STUDIES OF RUSSIAN STATEHOOD

Petrov, A.A.
 The Constitution of Russia: a view
 from the standpoint of theory of
 hierarchical multi-level systems 153

LAW AND ECONOMICS

Ershova, I.V.
 Definition of entrepreneurial activity
 in theory and judicial practice 160

**PROBLEMS OF THEORY
OF BRANCHES OF LAW**

Ryzhkova, E.A.
 Public and private elements
 in financial law 168

Rossinskiy, S.B.
 Investigation activity protocols and
 protocols of judicial hearings on criminal
 cases: problem statement 176

Chkhutiashvili, L.V.
 Organization and improvement of the
 environmental cost accounting at the
 Russian enterprises. 185

DISCUSSION STAND

Dobrobaba, M.B.
 Conceptual fundamentals of the
 service delict law 199

PROBLEMS OF LEGAL EDUCATION

Uksusova, E.E.
 Civil judicial procedure on bankruptcy
 cases: problems of legislative regulation
 and legal practice 211

HISTORY OF ADVOCACY

Ivakin, V.N.
 Inadmissibility of advocacy
 in unjust cases 228

BOOKSHELF

Soktoev, Z.B.
 Crimes against a person in criminal
 law of Belarus, Russia and Ukraine/
 P.A. Andrushko, A.A., Aryamov,
 N.A. Babiy (and others); Executive
 editor A.I. Chuchaev. – Moscow,
 PROSPEKT, 2014. – 680 p. —
 ISBN 978-5-392-13525-7 242

**ABOUT THE AUTHORS,
 ANNOTATIONS AND KEYWORDS . . . 248**

**PUBLISHING CONDITIONS
 AND THE REQUIREMENTS
 TO THE MATERIALS
 FOR THE JOURNAL 253**

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

О.Ю. Рыбаков*, С.В. Тихонова**

ДОКТРИНА ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА И ФИЛОСОФИЯ ТРАНСГУМАНИЗМА: ВОЗМОЖНОСТЬ КОММУНИКАЦИИ

Аннотация. Статья посвящена проблеме эволюции доктрины естественного права. Авторы полагают, что она детерминирована развитием как общественных отношений, так и философско-правовой мысли. Сегодня развитие техники делает возможным автоэволюцию человека, и ближайшие ее рубежи рефлексированы философией трансгуманизма. Переосмысливая человеческую природу, доказывая, что ее основой является стремление человека совершенствоваться, пересоздавать себя, перекраивать биологию, трансгуманисты выдвигают свою версию философии естественного права. Базовым для нее является постулат морфологической свободы, раскрывающимся в праве изменять свое тело в соответствии со своими желаниями. Трансгуманисты все чаще инициируют дебаты по этическим и правовым аспектам применения биотехнологий и развивают философию естественного права в направлении адаптации к новым технологическим условиям. Однако от доктринального закрепления их попытки пока далеки. Авторы анализируют правовые идеи трансгуманизма, способные интегрировать трансгуманистический идеал в доктрину естественного права исходя из реалий современности. На примере права на репродукцию показывают, что современный трансгуманизм способен концептуально обогатить доктрину естественного права, расширив ее содержание. Коммуникация теории прав человека и философии трансгуманизма могла бы содействовать доктринальному закреплению принципа автономии личности, имеющей естественное право на поиск счастья, раскрывающийся в новых естественных правах.

Ключевые слова: юриспруденция, философия права, трансгуманизм, правовая доктрина, юснатурализм, технологический детерминизм, правовое развитие, естественные права, право на репродукцию, вспомогательные репродуктивные технологии.

DOI: 10.7256/1729-5920.2014.2.10192

Работа выполнена при поддержке гранта РГНФ № 12-03-00118

Доктрина естественного права сегодня является одним из важнейших элементов правовой системы, определяющим содержание нормативных предписаний, регулирующих общественные отношения. Ее вклад в формирование в доминирующий тип правопонимания, в соответствии с которым функционирует и развивается российская

© Рыбаков Олег Юрьевич, Тихонова Софья Владимировна

* Доктор философских наук, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Российской правовой академии Министерства юстиции РФ [Rybakov-OY@yandex.ru]

127051, Москва, Большой Каретный пер., д.10а.

** Доктор философских наук, профессор кафедры истории государства и права Саратовской государственной юридической академии [segedasv@yandex.ru]

410056, г. Саратов, ул. Вольская, д. 1.

правовая система, общеизвестен. Природа правовых доктрин, представляющих собой научно обоснованные, авторитетные воззрения и теории, предполагает динамичность, процессуальность самого явления – теории и концепции в соответствии с базовыми принципами научного знания регулярно обновляются по мере приращения новых данных. Доктрина естественного права не является исключением, для нее также характерно обновление содержания и включения новых положений.

Естественное право определено природой человека и существует независимо от конкретных социальных условий и признания со стороны государства. Определяется оно человеческим разумом, но процесс этого определения приводит к «сериям» формулировок. Изменчивость содержания доктрины естественного права была зафиксирована Рудольфом Штаммлером, выдвинувшим тезис о том, что содержание естественного права исторически изменчиво, изменение социальных реалий приводит к требованиям реформы права. Меняются исторические условия – появляются новые правовые идеи.

Развитие доктрины естественного права тесно связано и с развитием самой системы прав человека. Для последней характерно закономерное усложнение внутренней структуры в процессе истории. Одной из попыток зафиксировать исторически изменчивый характер естественного права является концепция «поколений прав человека». При всей ее метафоричности и условности, не раз вызывавшей критику в отечественной юридической науке¹, она отражает исторический характер содержания естественного права, их тесную связь с характером и направлением социального развития. Усложнение социума вызывает к жизни новые возможности, новые грани человеческой свободы, кристаллизующиеся в новых конструкциях прав человека. Последние годы отмечены довольно неоднозначной полемикой о формировании прав четвертого поколения. Ученые все чаще начинают относить к четвертому поколению прав человека права в области информационных технологий и биотехнологий.

Как появляются такие конструкции? Очевидно, что формирование новых правовых идей детерминировано как социальным

развитием (появлением новых видов общественных отношений), так и развитием общественного сознания, появлением в нем новых теоретических взглядов. Думается, что формы такой детерминации различны, чаще она бывает опосредованной. В современном коммуникационном пространстве правовая доктрина связана обратной связью с научными и философскими теориями, на которые она опирается, при этом и сама доктрина, и первичные теории отвечают на вызовы социального развития, испытывая влияние друг друга.

В рамках данной статьи мы обратимся к вопросам, связанным с возможной трансформацией доктрины естественного права, инициируемой появлением новых технологий, внедрение которых вызывает изменения в биосоциальной природе человека. Проблемы отношения человека и техники подвергались осмыслению на протяжении всего XX века и привели к формированию особой методологической установки – технологического детерминизма. Технологические детерминисты считают, что развитие техники ускоряет социальное развитие и лежит в его основе. Однако довольно быстро становится очевидным, что техника может менять не только социальное развитие, но и самого человека.

Во второй половине XX века в англоязычной философской традиции широкое распространение получила радикальная форма технологического детерминизма – трансгуманизм. Под последним принято понимать философское учение, согласно которому человек может и должен управлять своей эволюцией с помощью созданных им технологий. Технологии, на которые уповают трансгуманисты, получили название конвергентных, поскольку развитие группы одной из них (информационно-коммуникационные технологии, биотехнологии, нанотехнологии и когнитивные технологии) зависит от развития другой и, в свою очередь, обеспечивает ее ускорение.

В последние десятилетия трансгуманизм трансформируется в академическое философское течение благодаря работам Ника Бострома, Андерса Сандберга, Джулиана Савулеску и др. Однако он был и продолжает оставаться социальным движением, объединяющим усилия людей по созданию, внедрению и популяризации технологий, совершенствующих человеческое тело, минимизирующих старение, элиминирующих смерть.

Переосмысливая человеческую природу, доказывая, что ее основой является стремление человека совершенствоваться, пересоздавать себя, перекраивать биологию, трансгу-

¹ Золотухин В.С. К вопросу о концепции «третьего поколения прав человека» или «прав солидарности» // Советский ежегодник международного права. 1989–1990–1991. М., 1992; Варламова Н.В. Третье поколение прав человека? // Российский юридический журнал. 2011. № 2 (77).

манисты выдвигают свою версию философии естественного права.

Базовым для нее является постулат морфологической свободы, раскрывающийся в праве изменять свое тело в соответствии со своими желаниями. А. Сандберг определил морфологическую свободу как расширение права человека на собственное тело, переход от владения им к его изменению по собственному желанию². Он вывел это право из права на свободу, вытекающего из права на жизнь и права на поиск счастья. Трансгуманисты все чаще инициируют дебаты по этическим и правовым аспектам применения биотехнологий и развивают философию естественного права в направлении адаптации к новым технологическим условиям. Однако от доктринального закрепления их попытки пока далеки.

Одновременно сам технологический прогресс инициирует изменения права «снизу», так что усилия трансгуманистов ложатся на уже подготовленную почву. Попытаемся очертить логику развития правовых идей, способных интегрировать трансгуманистический идеал в доктрину естественного права, исходя из реалий современности.

Возможность улучшать себя люди сегодня имеют с помощью эстетической медицины и репродуктивных технологий. Самоулучшение³ отличается от лечения тем, что лечение позволяет вернуть в норму (восстановить) ту или иную функцию организма, а самоулучшение дает возможность организму выполнять функцию, которой у него ранее не было или не могло быть на данном этапе онтогенеза. Отметим, что любая форма протезирования, независимо от степени технологической сложности, является лечением.

Эстетическая медицина, хотя вызывает известный скепсис и определенное неодобрение, получила достаточно широкое распространение довольно быстро, поскольку эстетические предпочтения так или иначе опираются на физическое совершенство как идеал здоровья, а значит, могут быть интерпретированы в привычных для общественного сознания терминах лечения.

Принципиально иной оказалась ситуация с репродуктивным здоровьем. Репродуктив-

ное здоровье означает, что у людей есть возможность иметь доставляющую удовлетворение и безопасную половую жизнь и что у них есть возможность воспроизводить себя, и что они вольны принимать решения о том, делать ли это, когда делать и как часто⁴. Репродуктивное здоровье эквивалентно способности продолжать свой род, социальную значимость которой трудно переоценить.

С юридической точки зрения воспроизведение себя обуславливает возникновение родительских прав, предполагающих биологическую (кровную) связь ребенка и его родителей. Каждому обществу известно и альтернативное, «социальное» основание приобретения родительских прав – усыновление (удочерение). Юридическая конструкция родительства при усыновлении идентична биологической модели при отсутствии биологической связи. Основой заботы о детях всегда был материнский (отцовский) инстинкт, в высокой степени обеспечивавший альтруистическое поведение родителей по отношению к детям. Возможность «перенаправлять» этот инстинкт на других детей вне кровного родства никогда не отрицалась, однако кровная связь родителей и детей всегда имела особую правовую охрану. В современном обществе эта тенденция сохранена.

Статья 16 Всеобщей декларации прав человека гласит, что семья является естественной и основной ячейкой общества, согласно ст. 25 Декларации материнство и младенчество дают право на особое попечение и помощь. В Конституции РФ родительские права определены как забота о детях, их воспитание, являющиеся одновременно правом и обязанностью родителей (ч.2 ст. 38).

Соответственно, участие в процессе репродукции трактуется биологически детерминированное. Однако правовая основа такого участия всегда имела опосредованный характер. На протяжении человеческой истории утверждения о том, что у человека есть право, данное богом или природой, «плодиться и размножаться» стали общим местом. Упоминания о продолжении рода как естественном законе (праве) можно найти в правовых учениях со времен Античности. Действительно, право на самовоспроизводство естественно, т.е. вытекает из факта существования челове-

² Sandberg A. Morphological Freedom– Why We not just Want it, but Need it // TransVision Conference Berlin, June, 22–24, 2001. URL: <http://www.aleph.se/Nada/Texts/MorphologicalFreedom.htm>.

³ Трансгуманистический термин, означающий улучшение человеческого тела с помощью биомедицинских технологий.

⁴ Народонаселение мира в 2004 году. Десять лет Каирскому консенсусу: народонаселение, репродуктивное здоровье и глобальные усилия по искоренению нищеты. Нью-Йорк: Фонд Организации объединенных наций в области народонаселения, 2004. С. 45.

ка как такового. Однако логический вывод этого права из биологической природы человека, его этическое обоснование дает ему категориальный статус научной абстракции, которую невозможно прямо закрепить легально в тех обществах, в которых медицина не достигла определенного порога развития, а репродукция возможна только в естественной форме, заложенной природой.

Во-первых, эффективность участия в репродукции зависит от наличного репродуктивного здоровья родителей, которое вне медицинской помощи от них не зависит. Законы физиологии не подвластны правовому регулированию.

Во-вторых, естественная репродукция неосуществима отдельным индивидом и неотделима от личных неимущественных отношений гетеросексуальных пар. Закрепление права на репродукцию требует корреспондирующей обязанности, потенциально приходящей в противоречие со свободой личности. Иначе говоря, право на репродукцию одного индивида означает принудительную беременность или принудительное участие в зачатии другого индивида. Учитывая, что права какого-либо лица или группы лиц могут быть ограничены только в том случае, когда их осуществление ограничивает такие же или сопоставимые права других лиц, мы получаем невозможность легального закрепления права на естественную репродукцию.

В-третьих, принцип равноправия мужчин и женщин «подрывается» асимметричностью их физиологического вклада в репродукцию, что отражено в развитии социального института семьи и уравнивающей правовой политике по защите материнства, отцовства и детства. Интересно, что сегодня принцип равноправия мужчин и женщин при реализации репродуктивных прав трактуется как а) равный доступ к информации о состоянии своего репродуктивного здоровья, о методах планирования семьи и б) свобода репродуктивного выбора.

Поэтому возможность участия в репродуктивном процессе юридически определялась как следствие права на свободу и личную неприкосновенность (физическая неприкосновенность), поскольку запрет или принуждение участия в зачатии ограничило бы личную свободу, а лишение репродуктивной функции предполагает насильственное медицинское вмешательство.

Однако научно-технический прогресс и, особенно, развитие медицины, изменили репродуктивные возможности человека, повысив безопасность прерывания беременности,

эффективность контрацепции и лечения бесплодия. Их внедрение и распространение во многом было связано с активной борьбой за права женщин. В итоге во второй половине XX века в резолюциях международных конференций формулируется идея нового естественного права – «права на репродукцию». Приведем кратко основные вехи его истории.

В 1968 г. на Международной конференции по правам человека (Тегеран) была сформулирована концепция права на репродуктивный выбор. Согласно ст. 16 Воззвания Тегеранской конференции родители обладают неотъемлемым правом свободно и с чувством ответственности определять число детей и сроки их рождения⁵.

В 1985 г. Третья всемирная конференция по положению женщин «Всемирная конференция для обзора и оценки достижений десятилетия женщины ООН: равенство, развитие и мир» (Найроби) провозгласила репродуктивные права важнейшим условием завоевания женщинами равноправного статуса в обществе.

В 1994 г. в итоговом документе Каирской конференции по народонаселению и развитию репродуктивное здоровье и права обозначены как «краеугольный камень расширения прав и возможностей женщин». Принцип 8 принятой на Каирской конференции «Программе действий» гласит: «Государствам следует принимать все соответствующие меры для обеспечения на основе равноправия мужчин и женщин всеобщего доступа к медицинскому обслуживанию, в том числе к услугам по охране репродуктивного здоровья, которые включают услуги, связанные с планированием семьи и сексуальным здоровьем. В рамках программ в области охраны репродуктивного здоровья должен обеспечиваться самый широкий спектр услуг без принуждения в любой форме. Все супружеские пары и отдельные лица имеют основное право свободно и ответственно решать вопрос о числе своих детей и продолжительности периода между их рождением и на получение необходимых для этого информации, образования и средств»⁶.

В 1995 г. Пекинская декларация, принятая на четвертой Всемирной конференции по по-

⁵ Воззвание Тегеранской конференции (Принято в г. Тегеране 13.05.1968 Международной конференцией по правам человека): Электронный документ. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=15153> (дата обращения – 20 октября 2013 г.).

⁶ Программа действий Международной конференции по народонаселению и развитию, Каир, 1994 год: Электронный документ. URL: http://www.r-komitet.ru/s_i_d/kair1.htm (Дата обращения – 20 октября 2013 г.).

ложению женщин, провозгласила, что «четкое признание и подтверждение права всех женщин на контроль за всеми аспектами своего здоровья, в частности их собственной фертильностью, имеют основополагающее значение для расширения их возможностей» (ст. 17).

Использование термина «право на репродукцию» в научной литературе подкреплялось успехами в развитии технологии экстракорпорального оплодотворения⁷. С конца XX в. он регулярно появляется в научной литературе⁸, посвященной проблемам правового регулирования вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ). К последним относят группу технологий, направленных на достижение беременности пациенткой, при которых отдельные этапы зачатия или весь его процесс полностью осуществляются вне организма матери. К ним относят такие медицинские технологии, как внутриматочную инсеминацию, экстракорпоральное оплодотворение, внутриплазматическую инъекцию сперматозоида в яйцеклетку, культивирование эмбрионов, криоконсервацию ооцитов, сперматозоидов, эмбрионов и т.д., а также донорство сперматозоидов и яйцеклеток, суррогатное материнство.

Следует отметить, что ВРТ применяются как метод лечения бесплодия. Поэтому, хотя их распространение и усилило призывы к легальному закреплению права на репродукцию⁹, более жизнеспособной оказалась модель репродуктивных прав, которая рассматривает успешную репродукцию как результат реализации комплекса прав личности, начиная от права на жизнь и заканчивая правом на медицинскую помощь. О.Б. Кожеурова считает ядром репродуктивных прав право на физическую неприкосновенность, предполагаю-

щую невозможность насильственного лишения сексуальных и репродуктивных качеств посредством принудительного брака, хирургических вмешательств, небезопасных методов контрацепции, принудительной беременности и др.¹⁰ Эта модель предполагает опосредованное регулирование процесса репродукции разрозненными нормами, относящимися или к конституционному, или к семейному, или к формирующемуся медицинскому праву, которые в целом могут быть рассмотрены как межотраслевой институт. Его центральные специализированные нормы предусматривают правовое регулирование применения вспомогательных репродуктивных технологий (ст. 55 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан»), искусственного прерывания беременности (ст. 56 указанного Закона), медицинскую стерилизацию (ст. 57 Закона).

На сегодняшний день они во многом противоречивы и пробельны, что во многом объясняется конфликтом принципа государственного невмешательства в личную жизнь граждан и государственной правовой политики по поддержке семьи, продолжающей поддерживать гендерную асимметрию репродуктивных прав. В частности, ст. 55 Федерального закона «Об основах законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан» указывает в качестве стороны договора суррогатного материнства потенциальных родителей либо одинокую женщину, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям, что исключает участие в таком договоре одинокого мужчины. Понятие «одиночество» и его степень в законе не раскрывается.

Применение вспомогательных репродуктивных технологий вызывало и продолжает вызывать бурные этические дискуссии в связи с так называемым «разобщением зачатия» и проблемой статуса эмбрионов. Разобщение зачатия, т.е. включение в процесс действий медицинского персонала и увеличение числа родителей с двух до пяти (доноры яйцеклетки и сперматозоида, суррогатная мать, супруги-заказчики, которые намерены стать социальными родителями) интерпретируют как нарушение права ребенка на естественное развитие, разрушение родственных связей и деперсонализацию брачных отношений, а эмбрионы

⁷ Первый случай успешного применения – 1977 г. (рождение Луизы Браун).

⁸ Иногда он отождествляется с правом на материнство, трактуемым как право женщины на искусственное имплантирование эмбриона.

⁹ Например, Т.А. Шумилова считает, что право на репродукцию существует, но не подвергнуто юридическому определению и закреплению. Указанное право является естественным правом человека, поэтому следует дополнить Конституцию РФ нормой, провозглашающей, что каждый человек имеет право на репродукцию в соответствии с законодательством РФ. Автором обосновывается равное право как мужчин, так и женщин на репродукцию и предлагается дополнить Конституцию РФ нормой, из содержания которой следовало бы, что каждый человек имеет право на репродукцию в соответствии с действующим законодательством (Шумилова Т. А. Конституционно-правовое регулирование равенства родительских прав и обязанностей в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003).

¹⁰ Кожеурова О.Б. Репродуктивные права человека в современной России // Альманах современной науки и образования. Тамбов, 2009. №1 (20): в 2-х ч. Ч. 1. С. 87.

отождествляют с человеческой личностью. Мы далеки от идеи признания за эмбрионом статуса субъекта правоотношений, однако это не значит, что эмбрионы человека могут быть приравнены к вещам, а манипуляции с ними – осуществляться вне особого правового режима. В отечественной цивилистике доминирует подход, согласно которому использование правовых конструкций вещного права, права собственности в отношении человеческого тела и человеческого материала противоестественно¹¹. Телесная оболочка человека не существует отдельно от человека, она выступает неотъемлемым компонентом индивида, поскольку без нее жизнь невозможна. Поэтому человек распоряжается своим организмом не на основе права собственности, а через совершение правомерных действий по реализации права на физическую неприкосновенность. Распоряжение телом не имеет вещной природы, что отражено в правовых нормах, регулирующих трансплантацию и донорство: они направлены на то, чтобы избежать включения человеческих материалов в гражданский правооборот. Поэтому донорами тканей и органов выступают только родственники и умершие люди, в целом донорство (включая донорство эмбрионов, спермы, яйцеклеток) осуществляется на условиях запрета извлечения донором финансовой выгоды. Прямая коммерциализация рассматриваемой сферы однозначно повлечет дегуманизацию общественных отношений, унижение человеческого достоинства и вызовет к жизни новые виды преступности.

Особенно наглядными последствия коммерциализации делает проблема суррогатного материнства. В последние годы намечается тенденция к обоснованию умаления прав суррогатной матери, выражающаяся в требованиях законодательно закрепить невозможность возникновения у суррогатной матери родительских прав. Социальная доктрина родительства, характерная для современного семейного права, вероятно, создает иллюзию инструментальности биологического материнства (беременности, родов, лактации) по отношению к материнству социальному (воспитанию ребенка). В свою очередь, недифференцированность понятия «материнство» в отечественном законодательстве подкрепляет эту ошибку. В обществе сегодня действуют

две конфликтующие установки – «не та мать, которая родила, мать та, кто воспитала» и «человек должен быть благодарен той, которая подарила ему жизнь». Обе имеют силу риторических аргументов, затемняя то обстоятельство, что для общества, государства и отдельного человека равно важны как биологическая репродукция, так и социальное родительство, которые выступают последовательными этапами формирования человеческой личности, не отменяющими и не заменяющими друг друга.

Попытки рассматривать беременность и роды как труд, работу или услугу, направленные на доведение генетического материала заказчика до должного качества, проблематичны именно по вышеуказанным причинам. Телесное отношение ребенка с вынашивающей матерью было и будет одним из важнейших аспектов родительства. Очевидно, что основная мотивация суррогатных матерей – это финансовое вознаграждение, однако это не значит, что их миссия чужда гуманизма и альтруизма, не заслуживает уважения и не подпадает под понятие охраняемого государством материнства. Конечно, суррогатное материнство – это всегда осуществление права репродуктивного выбора, но модель права на репродукцию описывает его сущность более точно. Суррогатная мать – один из ключевых участников репродуктивного процесса, переживающий беременность и роды. Без «проводника» в мир в ее лице новая жизнь так и остается потенциальной.

Более того, беременность, роды и лактация физиологически детерминируют отношения мать–дитя, стимулируют материнский инстинкт, роль которого для качественного исполнения социальной роли матери мы отмечали выше. Сегодня легально закреплен запрет на вынашивание суррогатной матерью эмбриона, в отношении которого она выступила донором яйцеклетки. Этот запрет направлен на ослабление биологической связи между суррогатной матерью и выношенным ею ребенком. Однако универсальной силы он не имеет, поскольку биологический инстинкт запускается не по факту кровного родства матери и эмбриона (на начальном этапе беременности имплантация любого эмбриона воспринимается как вторжение однородного организма), а в силу гормональной регуляции беременности и родов. Одни люди чувствительны к «голосу крови», другие – нет. Это обстоятельство иллюстрируется поведением матерей, чьих детей случайно перепутал медицинский персонал в родильных домах: некоторые всю жизнь

¹¹ Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001. С. 88; Она же. Статус органов, тканей, тела человека как объектов права собственности и права на физическую неприкосновенность // Законодательство. 2003. № 11. С.14.

терзались подозрениями и чувствовали, что ребенок «чужой», другие полностью принимали новорожденного как своего.

Если у суррогатной матери все же проснулся материнский инстинкт, он должен стать основой соответствующего права, поскольку биологический характер связи между матерью и ребенком является именно тем, что признан и закреплен государством. Разумеется, в этом случае обязательно возвращение предусмотренных договором суррогатного материнства выплат и затрат потенциальных родителей. Полагаем, что разумнее было бы их регулировать не на основе гражданского законодательства, а за счет введения специализированных новелл семейного права. Также высока потребность в дополнительном регулировании ситуации отказа от ребенка и потенциальных родителей, и суррогатной матери. В этом случае должны быть предусмотрены механизмы ответственности всех участников репродуктивного процесса.

Испытанием на прочность для модели репродуктивных прав оказываются такие ВРТ, как посмертная репродукция и клонирование. В первом случае используется генетический материал уже умершего человека. К технологии прибегают родственники умершего (супруги, родители, сестры, братья и т.п.)¹², однако такая практика экстраординарна и редка сегодня. Второй случай относится к запрещенным технологиям, поскольку эксперименты с клонированием человека находятся под запретом, хотя сама принципиальная возможность их успеха сомнений не вызывает. Показательно, что Декларация ООН о клонировании человека принята при активном участии Ватикана. По мнению Святейшего престола, с биологической точки зрения зачатие клонированного эмбриона человека небезопасно для человеческого рода в целом, т.к. такая асексуальная форма воспроизводства обойдет обычную стадию «перемешивания» генов и произвольно зафиксирует генотип в определенной конфигурации. Кроме того, клонирование оскорбляет человеческое достоинство с антропологической точки зрения¹³. Не вда-

ваясь в обсуждения понятия «человеческое достоинство», отметим, что принятие Декларации о клонировании инициировали преимущественно страны конкурдата или с сильным влиянием католичества. Россия не поддержала данную Декларацию ООН, ограничившись федеральным законом о временном запрете на клонирование. Последний вводит временный запрет на клонирование человека, «исходя из принципов уважения человека, признания ценности личности, необходимости защиты прав и свобод человека и учитывая недостаточно изученные биологические и социальные последствия клонирования человека» вплоть до дня вступления в силу федерального закона, устанавливающего порядок использования технологий клонирования организмов в целях клонирования человека. Сложно сказать, когда такой закон будет принят и каким будет его содержание, учитывая все возрастающее влияние Русской православной церкви в стране, занимающей в вопросе о допустимости клонирования весьма сходную с Ватиканом позицию.

В целом правовая политика в области репродукции в ряде стран приобретает явно выраженный сдерживающий консервативный характер. Приходится констатировать сужение круга лиц, имеющих доступ к ВРТ, до супружеских пар, законодательно закрепленное в ряде стран Европы уменьшение числа имплантируемых в рамках ЭКО эмбрионов, дополнительные ограничения и четкое позиционирование данного способа репродукции как «экстраординарного» метода лечения бесплодия. К.Н. Свитнев насчитывает 14 групп цензов на применение ВРТ в законодательстве стран Европы (фертильность, возраст, супружеский статус, пол, состояние здоровья, сексуальная ориентация, материальная обеспеченность, наличие в живых, кровное родство с будущим ребенком, наличие информированного согласия, религиозные запреты, доступность той или иной методики ВРТ, приверженность к вредным привычкам, вес пациентки)¹⁴. Согласно его выводам, приказ Министерства здравоохранения РФ от 30 августа 2012 г. № 107н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их приме-

¹² Стеблева Е.В. Правовое регулирование посмертного суррогатного материнства // Семейное и жилищное право. 2011. № 3.

¹³ Соображения по проблеме клонирования человека, представленные Святейшим престолом в связи с обсуждением в Генеральной Ассамблее ООН конвенции против клонирования человека в целях воспроизводства // Архив Обсуждения проекта Международной конвенции против клонирования человека в целях воспроизводства на официальном сайте ООН. URL: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N04/541/28/PDF/N0454128.pdf?OpenElement (дата обращения – 26 июля 2012 г.).

¹⁴ Свитнев К.Н. Вспомогательные репродуктивные технологии в новом законодательстве // Правовые вопросы в здравоохранении. 2013. №7. С. 43.

нению» сводит вспомогательные технологии репродукции исключительно к лечению бесплодия, закрывая доступ к ним фертильным людям. Кроме того, утвержденные этим приказом фактически вводятся дополнительные временные ограничения, поскольку предполагается предваряющее применение метода ЭКО для лечения бесплодия. При этом «рекомендуемая длительность обследования для установления причин бесплодия» составляет срок в 3–6 месяцев. После установления причины проводится лечение, включая лапароскопическую и гистероскопическую коррекцию, стимуляцию овуляции и терапию мужского фактора бесплодия. Лечение может быть признано неэффективным только через 9–12 месяцев. Соответственно от обращения за данным видом медицинской помощи до реального ее получения может пройти 1–2 года.

Трудно не согласиться с К.Н. Свитневым, отметившим, что многие цензы доступа ВРТ продиктованы субъективно-этическими представлениями и не имеют логических объяснений. Усиление стратегии ограничений свидетельствует о популярности у законодателей модели репродуктивных прав, реализуемых в условиях господства доктрины нуклеарной гетеросексуальной семьи.

Однако современная семья далека от этого идеала. Даже если не принимать во внимание борьбу сексуальных меньшинств за легализацию однополых браков, очевидны как высокий процент разводов, так и рост числа родителей-одиночек. Социологическая наука демонстрирует зависимость форм семьи не только от культурных, но и в первую очередь от экономических факторов, а также их непрекращающуюся эволюцию. Брак, основанный на свободном выборе мужчины и женщины, основанном на взаимной любви, возведен в ранг единственно возможной основы семейной жизни идеологией романтизма. Несмотря на всю притягательность и очарование этого идеала, приходится констатировать его исторический, временный характер. Социологи констатируют кризис нуклеарной семьи, возникновение и распространение нетрадиционных форм семьи.

Немецкий социолог М. Кеттнер, анализируя современные «идолы» сознания в понимании сути семьи, констатирует, что для современного общества характерна индивидуализация желания иметь ребенка¹⁵. Процесс

воспроизводства оценивается не столько как достижение социально значимой цели, сколько как удовлетворение желания индивида. Истории известны различные формы «расколотого» (термин М. Кеттнера) родительства, ВРТ не совершили в этом смысле принципиальной революции. Усыновление (удочерение) известны всем социальным системам, а несовпадение генетического отцовства с социальным можно считать распространенным явлением (по данным Кеттнера, в двух случаях из десяти генетическое родительство не совпадает с социальным). Сложно не согласиться с М. Кеттнером в том, что страх перед репрогенетическим (основанным на применении ВРТ), расколотым родительством является проявлением боязни будущего.

Действительно, семья – одна из базовых ценностей современного общества. Эта ценность признана международным правом и закреплена в российской Конституции. Но признание не означает возможности абсолютизировать и догматизировать ценность конкретной исторической формы семьи, позиционировать ее как нечто более значимое, чем человек, его права и свободы. Консерватизм современной репродуктивной политики позитивен только до тех пор, пока он обеспечивает дополнительное время на принятие осознанных решений в сфере трансгуманистических исканий. Но превращение его в самоцель недопустимо, поскольку чревато социальным застоєм и несчастьем отдельных людей. Законодатель сегодня оказывается между наукой и моралью, словно между Сциллой и Харибдой. Отрыв от господствующей морали сделает нормы права неэффективными. Отрыв от науки ограничит человеческие возможности. Поиск золотой середины должен опираться на гуманизм и примат ценности человека над любыми политическими целями.

В целом практика применения ВРТ не только обеспечила появление на свет нескольких поколений детей, но и ознаменовалась исчерпанием актуальности модели репродуктивных прав. Сегодня мы вплотную подходим к такому уровню социального развития, который делает реальным концепцию естественного права на репродукцию, предполагающую различные формы его реализации (естественная репродукция, репродукция с использованием ВРТ, суррогатное материнство, донорство генетического материала, посмертная репродукция). Трансгуманистическая перспектива предполагает рост автоно-

¹⁵ Приводится по: Сидорова Т.А. Концепция репрогенетического расколотого родительства М. Кеттнера // Вестник НГУ. Серия: Биология, клиническая медицина.

2007. Т.5. Вып. 7. С. 94–97.

мизации ВРТ, который приведет к асексуальной искусственной репродукции, в рамках которой человеческое размножение будет осуществляться в «лабораторных» условиях без необходимости личных контактов владельцев генетического материала. Однако сама по себе она автоматически не означает апофеоза бездуховности и отчуждения. Техника была и остается инструментом человека, который может и должен быть поставлен на службу человеческому счастью.

Трансгуманизм ставит перед собой задачи демифологизации современного юснатурализма, поиска рациональных правовых начал определения доступа людей к технологиям, способных сделать их жизнь лучше. По словам Н. Бострома, трансгуманизм призван развивать дискуссии о возможности повышения и расширения человеческих способностей в двух направлениях – вниз и вверх¹⁶. Этико-правовая мысль должна идти вниз, изучая аспекты выбора, с которым сталкиваются заинтересованные лица и лица, принимающие решения. Одновременно она не должна пренебрегать противоположным направлением, двигаясь вверх при оценке долгосрочных пер-

спектив принятия тех или иных «повышений». Движение вниз серьезно разработано биоэтической традицией, либеральная парадигма которой является «естественной средой обитания» для трансгуманизма. Тенденция сближения трансгуманизма и биоэтического дискурса способствует доктринальному закреплению принципа автономии личности, имеющей естественное право на поиск счастья, раскрывающийся в новых естественных правах, к которым относится право на репродукцию. В наше время теоретическая коммуникация между доктриной естественного права и философией трансгуманизма реальна и потенциально весьма плодотворна. Поздний трансгуманизм обосновал расширение понятия человеческого достоинства, рационализировал саму категорию «человеческое достоинство», подготовил почву для взвешенного применения биотехнологий, позволяющего минимизировать риски и увеличивать шансы на счастье конкретных людей. Воспримет ли доктрина естественного права эти достижения, состоится ли коммуникация теорий? – ответы на эти вопросы философии права еще предстоит дать.

Библиография:

1. Варламова Н.В. Третье поколение прав человека? // Российский юридический журнал. – 2011. – № 2 (77).
2. Золотухин В.С. К вопросу о концепции «третьего поколения прав человека» или «прав солидарности» // Советский ежегодник международного права. 1989–1990–1991. – М., 1992.
3. Кожеурова О.Б. Репродуктивные права человека в современной России // Альманах современной науки и образования. – Тамбов, 2009. – №1 (20): в 2-х ч. – Ч. 1.
4. Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. – М., 2001.
5. Малеина М.Н. Статус органов, тканей, тела человека как объектов права собственности и права на физическую неприкосновенность // Законодательство. – 2003. – № 11.
6. Народонаселение мира в 2004 году. Десять лет Каирскому консенсусу: народонаселение, репродуктивное здоровье и глобальные усилия по искоренению нищеты. – Нью-Йорк: Фонд Организации Объединенных Наций в области народонаселения, 2004.
7. Свитнев К.Н. Вспомогательные репродуктивные технологии в новом законодательстве // Правовые вопросы в здравоохранении. – 2013. – № 7.
8. Сидорова Т.А. Концепция репрогенетического расколотого родительства М. Кеттнера // Вестник НГУ. Серия: Биология, клиническая медицина. – 2007. – Т. 5. – Вып. 7.
9. Стеблева Е.В. Правовое регулирование посмертного суррогатного материнства // Семейное и жилищное право. – 2011. – № 3.
10. Шумилова Т.А. Конституционно-правовое регулирование равенства родительских прав и обязанностей в Российской Федерации: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. – Саратов, 2003.
11. Bosnrom N., Savulescu J. Human Enhancement Ethics: The State of the Debate // Human Enhancement. – Oxford: University Press, 2010.

¹⁶ Bosnrom N., Savulescu J. Human Enhancement Ethics: The State of the Debate // Human Enhancement. Oxford: Universiti Press, 2010. P.19.

12. Sandberg A. Morphological Freedom – Why We not just Want it, but Need it // TransVision Conference Berlin, June, 22-24, 2001. URL: <http://www.aleph.se/Nada/Texts/MorphologicalFreedom.htm>.

References

1. Varlamova N.V. Tret'e pokolenie prav cheloveka? // Rossiiskii yuridicheskii zhurnal. – 2011. – № 2 (77).
2. Zolotukhin V.S. K voprosu o kontseptsii «tret'ego pokoleniya prav cheloveka» ili «prav solidarnosti» // Sovetskii ezhegodnik mezhdunarodnogo prava. 1989–1990–1991. – M., 1992.
3. Kozheurova O.B. Reproktivnye prava cheloveka v sovremennoi Rossii // Al'manakh sovremennoi nauki i obrazovaniya. – Tambov, 2009. – № 1 (20): v 2-kh ch. – Ch. 1.
4. Maleina M.N. Lichnye neimushchestvennye prava grazhdan: ponyatie, osushchestvlenie, zashchita. – M., 2001.
5. Maleina M.N. Status organov, tkanei, tela cheloveka kak ob'ektov prava sobstvennosti i prava na fizicheskuyu neprikosnovennost' // Zakonodatel'stvo. – 2003. – № 11.
6. Narodonaselenie mira v 2004 godu. Desyat' let Kairskommu konsensusu: narodonaselenie, reproductivnoe zdorov'e i global'nye usiliya po iskoreneniyu nishchety. – N'yu-lork: Fond Organizatsii ob'edinennykh natsii v oblasti narodonaseleniya, 2004.
7. Svitnev K.N. Vspomogatel'nye reproductivnye tekhnologii v novom zakonodatel'stve // Pravovye voprosy v zdravookhranении. – 2013. – № 7.
8. Sidorova T.A. Kontseptsiya reproductivnogo raskolotogo roditel'stva M. Kettnera // Vestnik NGU. Seriya: Biologiya, klinicheskaya meditsina. – 2007. – T. 5. – Vyp. 7.
9. Stebleva E.V. Pravovoe regulirovanie posmertnogo surrogatnogo materinstva // Semeinoe i zhilishchnoe pravo. – 2011. – № 3.
10. Shumilova T.A. Konstitutsionno-pravovoe regulirovanie ravenstva roditel'skikh prav i obyazannostei v Rossiiskoi Federatsii: Avtoref. dis... kand. yurid. nauk. – Saratov, 2003.
11. Bosnrom N., Savulescu J. Human Enhancement Ethics: The State of the Debate // Human Enhancement. – Oxford: University Press, 2010.
12. Sandberg A. Morphological Freedom – Why We not just Want it, but Need it // TransVision Conference Berlin, June, 22-24, 2001. URL: <http://www.aleph.se/Nada/Texts/MorphologicalFreedom.htm>.

Материал поступил в редакцию 27 ноября 2013 г.

ИССЛЕДОВАНИЕ РОССИЙСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ

А.А. Петров*

КОНСТИТУЦИЯ РОССИИ: ВЗГЛЯД С ПОЗИЦИИ ТЕОРИИ ИЕРАРХИЧЕСКИХ МНОГОУРОВНЕВЫХ СИСТЕМ

Аннотация. Статья посвящена вопросам выделения внутри Конституции РФ иерархически организованных уровней. Формулируется проблема наличия в Конституции РФ ряда иерархических уровней. Исследуется специфика нормы ч. 2 ст. 16 Конституции РФ с позиций теории коллизионной нормы. Отмечается, что новизна и уникальность данной нормы были в должной мере оценены исследователями и комментаторами Конституции РФ. Подчеркивается, что подобное регулирование не находит теоретического обоснования в традиционных теориях иерархии в праве. Предлагается применить для анализа ситуации теорию иерархических многоуровневых систем. С позиции теории иерархических многоуровневых систем рассматривается специфика иерархического приоритета концептуальных положений основ конституционного строя в структуре Конституции. Отмечается, что данные концептуальные положения, стоящие за конкретными нормами и нормативными обобщениями, являются одним из предельных оснований для принятия решений по праву и установления смысла права.

Ключевые слова: Конституция РФ, основы конституционного строя, иерархия, приоритет, конституционализм, смысл права, конституционные принципы, теория иерархии, структура конституции, теория права.

DOI: 10.7256/1729-5920.2014.2.8763

Конституция РФ является удивительным правовым документом, который таит в себе множество загадок, требующих обстоятельного осмысления. Так, в известных нам конституциях развитых западных государств субординация структурных частей единого документа отсутствует. Разделение на иерархические уровни исторически не было характерно и для отечественной конституционно-правовой традиции. Однако внимательный взгляд на действующую российскую Конституцию позволяет выделить в ней несколько иерархически организованных уровней.

Как минимум можно говорить об иерархическом превосходстве главы первой «Основы

конституционного строя» над всеми иными структурными частями Конституции, так как в силу ч. 2 ст. 16 Основного закона никакие другие положения Конституции не могут противоречить основам конституционного строя РФ. Факт наличия повышенной юридической силы норм гл. 1 Конституции РФ признан Конституционным Судом РФ¹.

¹ Определение Конституционного Суда РФ № 13-О от 1 апреля 1996 г. «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса группы депутатов Государственной Думы Федерального Собрания о проверке конституционности Указа Президента Российской Федерации № 1633 от 15 октября 1993 г. «О проведении всенародного голосования по проекту Конституции Российской Федерации» в

© Петров Александр Александрович

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Сибирского федерального университета

[sfu-pravo@yandex.ru]

660079, г. Красноярск, пр. Свободный, д. 79.

Ряд исследователей выделяет большее число иерархических уровней в структуре Основного закона. Например, по мнению В.А.Толстика, Конституция РФ может быть разделена на три иерархических эшелона:

- 1) глава 1 «Основы конституционного строя»;
- 2) глава 2 «Права и свободы человека и гражданина»; глава 9 «Конституционные поправки и пересмотр Конституции»;
- 3) главы 3 – 8 Конституции, а равно законы о поправках в Конституцию РФ².

Есть и другие подходы к внутреннему разделению Конституции на иерархические уровни³.

Для настоящей статьи вопрос о том, сколько же на самом деле уровней иерархических уровней в Конституции РФ, не является ключевым. Значимо другое: общепризнано, что ч. 2 ст. 16 Конституции РФ – это пример типичной (по способу конструирования и формулирования) иерархической коллизии нормы, которая устанавливает безусловный приоритет положений одной структурной части данного нормативного акта над всеми остальными⁴.

Новизна и уникальность подобного регулирования, к сожалению, не были в должной мере оценены исследователями и комментаторами Конституции. Они, как правило, обходят стороной вопрос об основаниях субординационных отношений между разными глава-

части утверждения Положения о всенародном голосовании по проекту Конституции Российской Федерации 12 декабря 1993 года»; Определение Конституционного Суда РФ № 137-О от 28 декабря 1995 г. «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Государственной Думы Федерального Собрания о толковании положений статьи 80 и части 2 статьи 95 Конституции Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

² Толстик В.А. Иерархия источников российского права. Н. Новгород, 2002. С. 123.

³ Конституция Российской Федерации: научно-практический комментарий / под ред. Б.Н. Топорнина. М., 1997. С. 671–672; Визер Б. Некоторые размышления по поводу иерархии норм в системе конституционного права Российской Федерации // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1999. № 2. С. 22–29.

⁴ Норма, содержащаяся в ч. 2 ст. 16 Конституции РФ, не может рассматриваться как устанавливающая порядок разрешения содержательной коллизии в праве, поскольку положения главы «Основы конституционного строя» Конституции РФ не могут по своей природе являться специальными нормами относительно остальных положений Конституции РФ. (Стародубцева И.А. Особенности коллизий в конституционном законодательстве // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 4. С. 10).

ми Конституции, констатируя факт наличия иерархии внутри Основного закона⁵, фиксируя новизну такого регулирования для российской правовой системы⁶, либо рассматривая данное обстоятельство только в контексте толкования положений Конституции РФ⁷.

Справедливости ради заметим, что в литературе встречаются редкие попытки осмысления избранного авторами Конституции способа обеспечения приоритетности основ конституционного строя. В частности, для С.А. Авакьяна положения ч. 1–2 ст. 16 Конституции РФ – это «громкие, но ничего не значащие нормы»⁸, поскольку «ведь глава-то называется “Основы конституционного строя”, поэтому и так понятно ... для чего они предназначены»⁹. Будучи

⁵ Кутафин О.Е. Российский конституционализм. М., 2008. С. 244.

⁶ В литературе отмечается: «...новеллой действующей Конституции России является установление внутренней иерархии между самими конституционными нормами. Впервые в отечественной истории Основным законом установлен приоритет норм гл. 1 Конституции перед иными ее нормами. Это означает, что в случае внесения изменений в гл. 2–9, второй раздел и преамбулу Основного закона, они не должны нарушать требования, содержащиеся в гл. 1. Иными словами, Конституционное собрание, создаваемое в соответствии со ст. 135 Конституции России, палаты парламента, граждане в ходе референдума не могут одобрить изменения в перечисленные разделы Конституции, которые бы противоречили основам конституционного строя. Правда, Основной закон не определяет порядок выявления этих противоречий. Очевидно, что орган, который полномочен рассмотреть этот вопрос, – это Конституционный Суд РФ. Однако остается неясно, кто, какой орган государственной власти полномочен обратиться в него с подобным запросом. Этот вопрос, на наш взгляд, должен быть решен Федеральным конституционным законом “О Конституционном Собрании Российской Федерации”, который до сих пор не принят» (Конституция Российской Федерации. Научно-практический комментарий (постатейный) / под ред. Ю.А. Дмитриева. М., 2007 // СПС «КонсультантПлюс»)

⁷ В литературе подчеркивается, что «...ст. 16 (ч. 2) Конституции РФ требует от Конституционного Суда толковать положения всех норм Конституции так, чтобы они не противоречили основам конституционного строя, изложенным в том числе в ст. 1 Конституции РФ» (Денисов С.А. Защита Конституционным Судом РФ принципов демократии и республики // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 12. С. 6).

⁸ Встречаются и иные утверждения, например: «Интерпретация положений Конституции РФ не может противоречить нормам гл. 1 и поэтому должна проводиться в сопряжении с ними» (Сасов К.А. Споры о конституционности налоговых законов: полномочия Конституционного Суда Российской Федерации / под ред. М.Ф. Ивлиевой. М., 2006. С. 79).

⁹ Авакьян С.А. Современные проблемы конституционного и муниципального строительства в России // Конституционное и муниципальное право. 2010. № 3. С. 9.

⁹ Там же.

последовательным в своих рассуждениях, С.А. Авакьян задается вопросом о юридическом значении формулировки ч. 2 ст. 16 Конституции РФ: «А если бы не включили в Конституцию ч. 2 ст. 16, тогда расплодилось бы в последующих нормах противоречия основам конституционного строя?»¹⁰.

В ряде региональных конституций (уставов) также можно встретить выделение различных иерархических уровней внутри одного документа. По состоянию на 2008 г. иркутский исследователь А.А. Петров насчитал 18 регионов (16 республик и 2 края – Приморский и Ставропольский), в основных законах которых выделяются различные иерархические уровни¹¹. При этом в подобных региональных основных законах, очевидно, скопирован опыт федеральной Конституции 1993 г.

Как представляется, наделение иерархическим приоритетом структурной части нормативного правового акта является весьма оригинальным решением, не вписывающимся в континентальную модель правовой иерархии. И в теории «иерархии ступеней» А. Меркля¹², и в иерархической пирамиде норм Г. Кельзена¹³ отсутствуют какие-либо основания для разделения отдельного нормативного правового акта на несколько уровней с разной юридической силой. Нехарактерно такое понимание иерархичности и для югославской¹⁴, польской¹⁵ и французской¹⁶ доктрин. Это вполне объяснимо: иерархические отношения внутри одного документа, с позиций господствующей доктрины, представляются не просто чрезмерным усложнением, но и не имеют под собой прочного фундамента, поскольку иерархия правовых норм традиционно связывается с иерархией властей.

¹⁰ Там же.

¹¹ Петров А.А. Идея иерархичности положений конституций (уставов) субъектов Российской Федерации: нормативное закрепление и проблемы реализации // Академический юридический журнал. 2008. № 2. С. 16–17.

¹² Меркель А. Юридическая энциклопедия. СПб., 1902. С. 15–20, 37–43, 95–103 и др.

¹³ Kelsen H. General Theory of Law & State. Law and Society Series. 2007. P. 115–135; Kelsen H. On the theory of interpretation // Legal Studies. 1990. Vol. 10. No 2. P. 127–135; Чистое учение о праве Ганса Кельзена: сб. переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 67–93.

¹⁴ Мицайков М. Иерархия в праве // Вестник Моск. унта. Сер. 11. Право. 1999. № 6. С. 54–58.

¹⁵ Pleszka K. Hierarchia w systemie prawa. Kraków, 1988. S. 52–63.

¹⁶ Бертель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 153–164.

Место органа, издавшего нормативный акт, в системе органов публичной власти признается основным фактором, влияющим на иерархию норм¹⁷. Как писал Я. М. Магазинер, «акты, по значению своему и по юридической своей силе, различаются не только по содержанию, но и по тому, от какого органа они исходят: это признак ясный, бесспорный и практически незаменимый. Его практическая важность основана на том, что государственные акты, исходя от самых разнообразных органов, могут быть противоречивы или разногласны: кому из них отдать предпочтение в юридической силе? Очевидно, тому акту, который исходит от наиболее авторитетной, высшей в стране власти»¹⁸. О.Э. Лейст прямо указывал: «От иерархии государственных органов, создающих или санкционирующих правовые нормы, зависят юридическая сила последних, приоритет одних нормативно-правовых актов по отношению к другим (конституция – законы – указы – постановления правительства – акты министерств и т.д.)»¹⁹.

Кроме того, традиционный взгляд на иерархию в праве применим прежде всего к нормам права, создающим определенные модели поведения в конкретных ситуациях²⁰. В главе «Основы конституционного строя» юридические правила, применимые к четко определенным ситуациям, практически отсутствуют. Более того, предельная абстрактность, лаконичность и отточенность концептуальных положений этой главы с очевидностью предполагает, что для ее реального применения содержащиеся в ней нормативно-регулятивные средства «должны быть пропущены через фильтр представлений о них»²¹. Это означает затруднительность реализации правила ч. 2 ст. 16 Конституции как иерархической коллизионной нормы.

¹⁷ Самощенко И.С. Иерархия и основные подразделения нормативных актов социалистического государства // Ученые записки ВНИИСЗ. 1968. Вып. 15. С. 4.

¹⁸ Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства. Глава 3. Источники права // Правоведение. 1998. № 2. С. 68.

¹⁹ Лейст О.Э. Сущность права: Проблемы теории и философии права. М., 2008. С. 244. Аналогичные мысли прослеживаются в работе О.Е. Кутафина (Кутафин О.Е. Источники конституционного права Российской Федерации. М., 2002. С. 24).

²⁰ Чистое учение о праве Ганса Кельзена: сб. переводов. С. 85–88.

²¹ Загребельский Г. Толкование законов: стабильность или трансформация? // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. С. 81.

Поэтому в рамках традиционного подхода к иерархии в праве выделение различных иерархических уровней в Конституции РФ выглядит достаточно странно.

Вместе с тем возможен несколько другой взгляд на правовую иерархию, в рамках которого можно осмыслить положения ч. 2 ст. 16 действующей Конституции. В его основе лежит теория иерархических многоуровневых систем²². Для нее характерно разграничение трех аспектов понимания иерархии:

- а) *иерархия уровней описания, абстрагирования (страт)*, которое означает, что определенная иерархическая система «задается семейством моделей, каждая из которых описывает поведение системы с точки зрения различных уровней абстрагирования»²³. Данный аспект в понимании иерархического *уровня-страты* как модели системы определенной степени общности (абстрактности) подразумевает, что относительно друг друга уровни-страты располагаются по принципу «матрешки», т.е. путем последовательного включения нижестоящих уровней в вышестоящие, но при сохранении за нижестоящими уровнями качественной специфики;
- б) *иерархия уровней сложности принимаемого решения (иерархия слоев принятия решения)* означает, что «сложная проблема принятия решения разбивается на семейство последовательно расположенных более простых подпроблем, так что решение всех подпроблем позволяет решить и исходную проблему»²⁴. В данном аспекте иерархии уровень является слоем, определяющим спектр проблем, которые будут исследоваться для принятия определенного решения;
- в) *организационная иерархия* – система *уровней-эшелонов*, состоящая из нескольких взаимодействующих подсистем, часть из которых наделена решающей способностью (решающий элемент), причем одни решающие элементы управляют другими и т.д.²⁵

Как представляется, анализ приоритетного характера основ конституционного строя может быть произведен с позиций указанного разграничения трех аспектов иерархии с учетом специфики права как иерархически организованной системы²⁶.

В литературе справедливо отмечается, что глава первая Конституции РФ «содержит как раз те принципы, ценности, приоритеты, которые придают единство всей конституционно-правовой материи, являются важным измерителем конституционности конкретных политических процессов, а также действующих и вновь принимаемых нормативных правовых актов, относящихся к текущему законодательству»²⁷. Именно в Основах конституционного строя содержится большинство основополагающих конституционных целей, задач, принципов, которые являют собой «базовые мировоззренческие юридические предписания, пребывающие в «свернутом виде»» и в определенном смысле «предопределяют конкретное содержание всех иных конституционных норм»²⁸, придавая им определенную ценностную окраску и содержательное наполнение²⁹.

Концептуальные положения основ конституционного строя, которые стоят за конкретными нормами и нормативными обобщениями, являются одним из предельных оснований для *принятия решений* по праву и установления смысла права³⁰.

С позиций теории иерархических многоуровневых систем основы конституционного строя являются одним из наиболее высоких уровней в иерархии слоев принятия решения по праву. Видимо поэтому при разработке Конституции 1993 г. было предложено наделить главу первую Конституции РФ большей юридической силой относительно иных ее структурных частей. Часть 2 ст. 16 Конститу-

²⁶ Мицайков М. Указ. соч. С. 53–71; Петров А.А. К вопросу об иерархии в праве // Ленинградский юридический журнал. 2009. № 2. С. 162–171.

²⁷ Лебедев В.А., Киреев В.В. Главное – конституционализм! (Пути развития российской демократии) // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 2. С. 5.

²⁸ Гаджиев Г.А. Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2. С. 31.

²⁹ Об этих аспектах применения основ конституционного строя Конституционным Судом РФ см.: Несмеянова С.Э. Основы конституционного строя РФ в решениях Конституционного Суда // Журнал конституционного правосудия. 2008. № 4. С. 15–19.

³⁰ Шафилов В.М. Проблема пробелов в праве и современное (интегративное) правопонимание // Российское правосудие. 2010. № 10. С. 5–13.

²² Месарович М., Мако Д., Такахара И. Теория иерархических многоуровневых систем. М., 1973.

²³ Там же. С. 56.

²⁴ Там же. С. 63.

²⁵ Там же. С. 69.

ции РФ призвана закрепить организационное преимущество основ конституционного строя как отражение приоритетного при принятии решений по праву статуса наиболее общих, абстрактных, концептуальных политико-юридических положений. Очевидно, что в данном случае происходит взаимное наложение трех иерархических структур (иерархии уровней описания права, иерархии слоев принятия решений по праву и организационной иерархии).

В качестве факторов, которые обуславливают увеличение юридической силы основ конституционного строя как в федеральной Конституции, так и в региональных уставах и конституциях, выступает, очевидно, максимальная степень общности (абстрактности) и значимости их положений и аналогичных структурных частей региональных основных законов, являющихся основой основ системы российского права – и, соответственно, его источников.

Вместе с тем есть риск упрощенного, слишком буквального понимания приоритета основ конституционного строя как обычной иерархической коллизионной нормы, устанавливающей организационную иерархию норм, – и не более того.

Для правильного отношения к положениям ч. 2 ст. 16 Конституции РФ важно помнить, что значение для правового регулирования и установления смысла права концептуальных положений основ конституционного строя основывается в первую очередь на их особых свойствах. Эти положения лишь констатируют, но не порождают первенство основ конституционного строя. Если эта или подобная иерархическая коллизионная норма отсутствовала бы в Конституции, вряд ли это послужило бы основанием игнорировать указанные основы как при возникновении «трудных дел», так и в процессе применения иных положений Конституции РФ. В частности, в этом контексте утверждение Н.С. Бондаря о том, что Конституционный Суд РФ не вправе проверять конституционность отдельных положений Конституции ни по каким параметрам, в том числе на соответствие основам конституционного строя России, несмотря на повышенную юридическую силу норм главы 1 Конституции³¹ можно понимать как косвенное признание концептуального единства Конституции, которое сохраняется даже при разделении ее на иерархические уровни.

Библиография:

1. Kelsen H. General Theory of Law & State. Law and Society Series. 2007.
2. Kelsen H. On the theory of interpretation // Legal Studies. – 1990. – Vol. 10. – Issue 2.
3. Pleszka K. Hierarchia w systemie prawa. – Kraków, 1988.
4. Авакьян С.А. Современные проблемы конституционного и муниципального строительства в России // Конституционное и муниципальное право. 2010. – № 3.
5. Бертельс Ж.-Л. Общая теория права. – М., 2000.
6. Визер Б. Некоторые размышления по поводу иерархии норм в системе конституционного права Российской Федерации // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 1999. – № 2.
7. Гаджиев Г.А. Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. – 2008. – № 2.
8. Денисов С.А. Защита Конституционным Судом РФ принципов демократии и республики // Конституционное и муниципальное право. – 2009. – № 12.
9. Загребельский Г. Толкование законов: стабильность или трансформация? // Сравнительное конституционное обозрение. – 2004. – № 3.
10. Конституция Российской Федерации. Научно-практический комментарий (постатейный) / под ред. Ю.А. Дмитриева. – М., 2007.
11. Конституция Российской Федерации: научно-практический комментарий / под ред. Б.Н. Топорнина. – М., 1997.
12. Кутафин О.Е. Источники конституционного права Российской Федерации. – М., 2002.
13. Кутафин О.Е. Российский конституционализм. – М., 2008.
14. Лебедев В.А., Киреев В.В. Главное – конституционализм! (Пути развития российской демократии) // Конституционное и муниципальное право. – 2012. – № 2.

³¹ Бондарь Н.С. Конституционные ценности – категория действующего права (в контексте практики Конституционного Суда России) // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 6. С. 2.

15. Лейст О.Э. Сущность права: Проблемы теории и философии права. – М., 2008.
16. Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства. Глава 3. Источники права / Я.М. Магазинер // Правоведение. – 1998. – № 2.
17. Месарович М., Мако Д., Такахара И. Теория иерархических многоуровневых систем. – М., 1973.
18. Меркль А. Юридическая энциклопедия / пер. Ф.К. Зейделя; под ред. В.М. Грибовского. – СПб., 1902.
19. Мицайков М. Иерархия в праве // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. – 1999. – № 6.
20. Несмеянова С.Э. Основы конституционного строя РФ в решениях Конституционного Суда // Журнал конституционного правосудия. – 2008. – № 4.
21. Петров А.А. Идея иерархичности положений конституций (уставов) субъектов Российской Федерации: нормативное закрепление и проблемы реализации // Академический юридический журнал. – 2008. – № 2.
22. Самощенко И.С. Иерархия и основные подразделения нормативных актов социалистического государства // Ученые записки ВНИИСЗ. – 1968. – Вып. 15.
23. Сасов К.А. Споры о конституционности налоговых законов: полномочия Конституционного Суда Российской Федерации / под ред. М.Ф. Ивлиевой. – М., 2006.
24. Стародубцева И.А. Особенности коллизий в конституционном законодательстве // Конституционное и муниципальное право. – 2012. – № 4.
25. Толстик В.А. Иерархия источников российского права. – Н. Новгород, 2002.
26. Чистое учение о праве Ганса Кельзена: сб. переводов. Вып. 2 / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович. – М., 1988.
27. Шафиров В.М. Проблема пробелов в праве и современное (интегративное) правопонимание // Российское правосудие. – 2010. – № 10.

References

1. Kelsen H. General Theory of Law & State. Law and Society Series. 2007.
2. Kelsen H. On the theory of interpretation // Legal Studies. – 1990. – Vol. 10. – Issue 2.
3. Pleszka K. Hierarchia w systemie prawa. – Kraków, 1988.
4. Avak'yan S.A. Sovremennye problemy konstitutsionnogo i munitsipal'nogo stroitel'stva v Rossii // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. – 2010. – № 3.
5. Berzhel' Zh.-L. Obshchaya teoriya prava. – М., 2000.
6. Vizer B. Nekotorye razmyshleniya po povodu ierarkhii norm v sisteme konstitutsionnogo prava Rossiiskoi Federatsii // Konstitutsionnoe pravo: vostochnoevropeskoe obozrenie. – 1999. – № 2.
7. Gadzhiev G.A. Printsipy prava i pravo iz printsiptov // Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie. – 2008. – № 2.
8. Denisov S.A. Zashchita Konstitutsionnym Sudom RF printsiptov demokratii i respubliki // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. – 2009. – № 12.
9. Zagrebel'skii G. Tolkovanie zakonov: stabil'nost' ili transformatsiya? // Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie. – 2004. – № 3.
10. Konstitutsiya Rossiiskoi Federatsii. Nauchno-prakticheskii kommentarii (postateinyi) / pod red. Yu.A. Dmitrieva. – М., 2007.
11. Konstitutsiya Rossiiskoi Federatsii: nauchno-prakticheskii kommentarii / pod red. B.N. Topornina. – М., 1997.
12. Kutafin O.E. Istochniki konstitutsionnogo prava Rossiiskoi Federatsii. – М., 2002.
13. Kutafin O.E. Rossiiskii konstitutsionalizm. – М., 2008.
14. Lebedev V.A., Kireev V.V. Glavnoe-konstitutsionalizm! (Puti razvitiya ros-siiskoi demokratii) // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. – 2012. – № 2.
15. Leist O.E. Sushchnost' prava: Problemy teorii i filosofii prava. – М., 2008.
16. Magaziner Ya.M. Obshchaya teoriya prava na osnove sovet'skogo zakonodatel'stva. Glava 3. Istochniki prava // Pravovedenie. – 1998. – № 2.
17. Mesarovich M., Mako D., Takakhara I. Teoriya ierarkhicheskikh mnogourovnevnykh sistem. – М., 1973.
18. Merkl' A. Yuridicheskaya entsiklopediya / per. F.K. Zeidelya; pod red. V.M. Gribovskogo. – SPb., 1902.
19. Mitsaikov M. Ierarkhiya v prave // Vestnik Mosk. un-ta. Ser. 11. Pravo. – 1999. – № 6.

20. Nesmeyanova S.E. Osnovy konstitutsionnogo stroya RF v resheniyakh Konstitutsionnogo Suda // Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya. – 2008. – № 4.
21. Petrov A.A. Ideya ierarkhichnosti polozhenii konstitutsii (ustavov) sub"ektov Rossiiskoi Federatsii: normativnoe zakreplenie i problemy realizatsii // Akademicheskii yuridicheskii zhurnal. – 2008. – № 2.
22. Samoshchenko I.S. Ierarkhiya i osnovnye podrazdeleniya normativnykh aktov sotsialisticheskogo gosudarstva // Uchenye zapiski VNIISZ. – 1968. – Vyp. 15.
23. Sasov K.A. Spory o konstitutsionnosti nalogovykh zakonov: polnomochiya Konstitutsionnogo Suda Rossiiskoi Federatsii / pod red. M.F. Ivlievoi. – M., 2006.
24. Starodubtseva I.A. Osobennosti kollizii v konstitutsionnom zakonodatel'stve // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. – 2012. – № 4.
25. Tolstik V.A. Ierarkhiya istochnikov rossiiskogo prava: monografiya. – N. Novgorod, 2002.
26. Chistoe uchenie o prave Gansa Kel'zena. Sbornik perevodov. Vyp. 2 / otv. red.: V.N. Kudryavtsev, N.N. Razumovich. – M., 1988.
27. Shafirov V.M. Problema probelov v prave i sovremennoe (integrativnoe) pravoponimanie // Rossiiskoe pravosudie. – 2010. – № 10.

Материал поступил в редакцию 28 мая 2013 г.

ПРАВО И ЭКОНОМИКА

И.В. Ершова*

ПОНЯТИЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ТЕОРИИ И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ

Аннотация. В статье проанализировано понятие предпринимательской деятельности на основе теории предпринимательского права, законодательства и судебной практики. Рассмотрены существующие в науке различные точки зрения относительно сферы применения указанного понятия, обращено внимание на высказанную позицию об отсутствии закрепленного законодательством понятия предпринимательской деятельности, которая автору видится небесспорной. С позиции теории предпринимательского права охарактеризованы такие признаки предпринимательской деятельности, как систематичность, направленность на получение прибыли. Большое внимание уделено легитимности как формальному признаку предпринимательской деятельности; высказано мнение о содержании предпринимательства; указано на необходимость разграничения дохода предпринимателя и дохода собственника имущества. В заключение сделан вывод о том, что некорректность и нечеткость легальной дефиниции восполняется выработанными судебной практикой правовыми позициями. В статье приведены основные правовые позиции Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционного Суда РФ по анализируемой проблематике.

Ключевые слова: предпринимательская деятельность, прибыль, систематичность, судебная практика, легитимность, государственная регистрация, правонарушение, ответственность, предпринимательское право, экономическая деятельность.

DOI: 10.7256/1729-5920.2014.2.9310

Формирование современного российского рыночного законодательства с неизбежностью потребовало определения предпринимательской деятельности, что впервые было сделано в Законе РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности»¹.

В ГК РФ, заменившим указанный закон, сказано, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (в п. 1 ст. 2). Несмотря на нечет-

¹ ВСНД РСФСР. 1990. № 30. Ст. 418.

© Ершова Инна Владимировна

* Доктор юридических наук, заведующая кафедрой предпринимательского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина

[inna.ershova@mail.ru]

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

Статья подготовлена в рамках программы стратегического развития ФГБОУ ВПО «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»; НИР «Государственное регулирование экономической деятельности в условиях членства России в ВТО, Евразийском экономическом сообществе и Таможенном союзе», проект № 2.1.1.1.

кость юридической конструкции, большинство ученых признали данное положение дефиницией предпринимательской деятельности. Например, В.В. Лаптев неоднократно отмечал: «Понятие предпринимательской деятельности ранее давалось в Законе о предприятиях и предпринимательской деятельности..., а теперь оно определяется в первой части Гражданского кодекса»². Е.П. Губин и П.Г. Лахно указывают, что «российское законодательство содержит легальное определение предпринимательской деятельности»³, приводя далее закрепленное в ГК РФ понятие. В.С. Белых также пишет, что «легальное определение понятия “предпринимательская деятельность” дано в п. 1 ст. 2 ГК»⁴. Аналогичное утверждение содержится в учебной и научной литературе⁵.

Однако высказана и иная точка зрения. Так, О.М. Олейник замечает: «В связи с тем, что данное определение содержится в ГК РФ, возникает вопрос об уместности такого определения, пределах его использования и содержательной нагрузке». Автор констатирует: «Обзор судебной практики и беглый анализ нормативных предписаний приводит к выводу о том, что в настоящее время в российском праве нет легального определения предпринимательской деятельности»⁶. Указанная позиция небесспорна. Если в теоретическом плане, с позиции хозяйственно-правовой школы, она имеет право на существование, то с прикладной точки зрения дефиниция, которая содержится в п.1 ст. 2 ГК РФ, является основополагающей для квалификации деятельности как предпринимательской.

Говоря о сфере применения рассматриваемого определения, В.В. Лаптев отмечает, что «будучи сформулированным в ГК РФ, данное определение ориентировано на отношения, регулируемые этим законом»⁷. Схожая

точка зрения высказана А.Г. Быковым. Он пишет: «Основную цель фиксации этого положения законодатель видел не в формулировке понятия предпринимательской деятельности, а в том, чтобы сказать, что гражданское законодательство регулирует также и отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность (или с их участием), кратко отметив в этой связи (дабы не было каких-либо недоуменных вопросов) что понимается под этой деятельностью»⁸.

Судебная практика по-иному подходит к решению данного вопроса. Например, в п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем»⁹ (далее – постановление Пленума ВС РФ № 23) указано: «При решении вопроса о наличии в действиях лица признаков состава преступления, предусмотренного статьей 171 УК РФ, судам следует выяснять, соответствуют ли эти действия указанным в пункте 1 статьи 2 ГК РФ признакам предпринимательской деятельности». В соответствии с п. 13 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 октября 2006 г. № 18 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Особенной части Кодекса РФ об административных правонарушениях»¹⁰ (далее – постановление Пленума ВС РФ № 18), «решая вопрос о том, образуют ли действия лица состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.1 КоАП РФ, необходимо проверять, содержатся ли в них признаки предпринимательской деятельности, перечисленные в пункте 1 статьи 2 ГК РФ»¹¹. В п. 4.1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2010 г. № 15¹¹ разъяснено, что «преступления, предусмотренные статьями 159, 160 и 165 УК РФ, следует считать совершенными в сфере предпринимательской деятельности, если они совершены лицами, осуществляющими предприни-

² Лаптев В. В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. М., 1997. С. 18; Предпринимательское (хозяйственное) право / под ред. В.В. Лаптева, С.С. Занковского (автор главы – В.В. Лаптев). М., 2006. С. 21.

³ Предпринимательское право Российской Федерации / под ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно. М., 2010. С. 26.

⁴ Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М., 2005. С. 38.

⁵ Российское предпринимательское право / под ред. И.В. Ершовой, Г.Д. Отнюковой. М., 2012. С. 19; Ершова И.В. Предпринимательское право. М., 2009. С. 17.

⁶ Подробнее аргументацию см.: Олейник О.М. Формирование критериев квалификации предпринимательской деятельности в судебной практике // Предпринимательское право. 2013. № 1. С. 2–16.

⁷ Предпринимательское (хозяйственное) право / под ред. В.В. Лаптева, С.С. Занковского (автор главы – В.В. Лаптев). С. 21.

⁸ Быков А.Г. О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения // А.Г. Быков. Человек, Ученый, Учитель. М., 2013. С. 72.

⁹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 1.

¹⁰ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 12.

¹¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2010 г. № 15 «О внесении дополнения в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 октября 2009 года № 22 “О практике применения судами мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста”» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 8.

мательскую деятельность или участвующими в предпринимательской деятельности, и эти преступления непосредственно связаны с указанной деятельностью. При решении вопроса о том, является ли такая деятельность предпринимательской, судам надлежит руководствоваться пунктом 1 статьи 2 ГК РФ, в соответствии с которым предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке».

Аналогичные разъяснения со ссылкой на п.1 ст. 2 ГК РФ содержатся и в других актах высших судебных инстанций, а также в большинстве решений по конкретным спорам, связанным с незаконным предпринимательством.

Таким образом, можно сделать вывод об универсальности закрепленного в п.1 ст. 2 ГК РФ определения предпринимательской деятельности и его применимости как к отношениям частноправового, так и публично-правового характера, что, впрочем, не мешает говорить о несовершенстве рассматриваемой дефиниции, выделять недостатки как сущностного, так и юридико-технического свойства. Заметим, что представленное в ГК РФ понятие неоднократно являлось предметом конструктивной критики в учебной¹² и научной литературе¹³.

Несовершенство законодательной дефиниции восполняется выработанными судебной практикой правовыми позициями. Обратим внимание на некоторые из них. Так, одним из наиболее критикуемых является такой признак предпринимательской деятельности, как направленность на систематическое получение прибыли. Следует иметь в виду, что получение прибыли – цель предпринимателя, ее наличие придает его деятельности коммерческий характер. Однако отсутствие по итогам отчетного периода прибыли не влияет на квалификацию деятельности как предпринимательской. Указанная правовая позиция была сформулирована Верховным Судом РФ: «Само по себе отсутствие прибыли не влияет на квалификацию правонарушений, предусмотренных статьей 14.1 КоАП РФ, поскольку

извлечение прибыли является целью предпринимательской деятельности, а не ее обязательным результатом» (п. 13 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 18).

Данная правовая позиция принимается во внимание при вынесении решений по отдельным спорам. Так, Федеральный арбитражный суд Приволжского округа в постановлении от 14 декабря 2012 г. по делу № А49-1675/2012 указал: «Ведение предпринимательской деятельности связано с хозяйственными рисками, в связи с чем для отнесения деятельности к предпринимательской существенное значение имеет не факт получения прибыли, а направленность действий предпринимателя на ее получение».

Нельзя также не учитывать, что экономическая невыгодность сделки, «неполучение юридическим лицом ожидаемого им дохода от заключения сделки само по себе не может рассматриваться как незаконные действия и нарушение закона, поскольку это предопределено рисковым характером предпринимательской деятельности»¹⁴.

При этом в случае отсутствия цели получения прибыли изначально, деятельность не должна квалифицироваться в качестве коммерческой, предпринимательской. Так, в постановлении от 30 июня 2006 г. № 53-АД06-2¹⁵ Верховный Суд РФ отметил: Д. заключал договоры займа с гражданами в простой письменной форме. При этом в долговых расписках не указывалось о взимании им платы за пользование его денежными средствами, а содержались условия о взыскании процентов с заемщиков только в случаях, если долг не будет ими возвращен своевременно. Из этого следует, что надлежащее исполнение заемщиками обязательств по возврату долга исключало получение Д. каких-либо процентов за пользование принадлежащими ему денежными средствами. Кроме того, в постановлении об отказе в возбуждении уголовного дела от 4 февраля 2005 г. указано, что в действиях Д. отсутствует умысел на получение прибыли по договору займа. Производство по делу об административном правонарушении в отношении Д. Верховным Судом РФ было прекращено. В похожем случае Санкт-Петербургский городской суд, прекращая производство по делу об административном правонарушении в связи с недоказанностью обстоятельств, в по-

¹² Российское предпринимательское право / под ред. И.В. Ершовой, Г.Д. Отнюковой. С. 19–24; Ершова И.В. Предпринимательское право. С. 17–22.

¹³ Быков А.Г. О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения. В книге: А.Г. Быков. Человек, Ученый, Учитель. С. 72.

¹⁴ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20 декабря 2007 г. № КА-А41/13385-07 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ <http://www.supcourt.ru>

становлении от 23 июня 2011 г. № 4а-891/11¹⁶ указал: «Согласно протоколу об административном правонарушении О. задержан сотрудником милиции у дома 22 по Невскому проспекту, где последний занимался индивидуальной предпринимательской деятельностью без специального разрешения и государственной регистрации, а именно продавал книги за денежное вознаграждение... Согласно объяснениям О., он занимался распространением религиозной литературы без получения платы за нее, при этом его деятельность не носила систематический характер. Из материалов дела усматривается, что мировым судьей не был установлен факт осуществления О. торговли книгами, кроме того, не обозначены необходимые критерии предпринимательской деятельности, а именно систематичность и ориентированность на получение прибыли».

Важно указать и на такой закрепленный в законодательном определении признак предпринимательской деятельности, как систематичность извлечения прибыли предпринимателя. Каких-либо критериев, четко раскрывающих термин «систематичность», законодательством и наукой не выработано. Однако в судебных актах содержится четкая правовая позиция, согласно которой лицо, осуществляя предпринимательскую деятельность, должно ставить перед собой цель не разового извлечения прибыли, а ее получения в качестве промысла, на постоянной основе, да и сама деятельность должна носить систематический характер: «Отдельные случаи продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг лицом, не зарегистрированным в качестве индивидуального предпринимателя, не образуют состава данного административного правонарушения при условии, если количество товара, его ассортимент, объемы выполненных работ, оказанных услуг и другие обстоятельства не свидетельствуют о том, что данная деятельность была направлена на систематическое получение прибыли» (п. 13 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 18).

Наличие в деяниях лица цели не разового, а систематического извлечения прибыли является условием его привлечения и к уголовной ответственности по делам о незаконном предпринимательстве. Так, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ в надзорном определении от 16 июня 2005 г. № 19-ДПО5-8¹⁷, отменяя приговор в части осуждения М. по ст. 171 ч. 1 УК РФ, указа-

ла: согласно приговору М. признан виновным в незаконном предпринимательстве только по одному эпизоду выполнения в апреле 1999 г. ремонтно-строительных работ без лицензии в караульных помещениях Верховного суда Республики Северная Осетия – Алания. Согласно п. 1 ст. 2 ГК РФ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Суд признал, что руководимое М. объединение однократно произвело ремонтно-строительные работы, требующие специального разрешения, получив определенную прибыль. При таких обстоятельствах отсутствует обязательный признак предпринимательской деятельности – систематическое получение прибыли.

Верховным Судом РФ выработана правовая позиция относительно набора доказательств, подтверждающих факт занятия лицами деятельностью, направленной на систематическое получение прибыли. Такими доказательствами, «в частности, могут являться показания лиц, оплативших товары, работы, услуги, расписки в получении денежных средств, выписки из банковских счетов лица, привлекаемого к административной ответственности, акты передачи товаров (выполнения работ, оказания услуг), если из указанных документов следует, что денежные средства поступили за реализацию этими лицами товаров (выполнение работ, оказание услуг), размещение рекламных объявлений, выставление образцов товаров в местах продажи, закупку товаров и материалов, заключение договоров аренды помещений» (п. 13 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 18). Указанные и иные доказательства приводятся в судебных решениях при привлечении лиц к ответственности по ст. 14.1 КоАП РФ. Так, в постановлении Верховного Суда РФ от 11 февраля 2011 г. № 10-АД11-1¹⁸ отмечено: «К. в период с сентября 2006 г. по март 2010 г. приобрел в ООО “Киров Стеклопак” стеклопакеты (общее количество 91 шт.), из которых изготавливал окна и двери для реализации гражданам и юридическим лицам. В том числе К. в период с 2008 г. по март 2010 г. изготовил и установил пластиковые окна и дверь в нежилом помещении, принадлежащем Ш., ..., за что получил доход в общей сумме ... рублей. Указанные обстоятельства подтверждаются протоколом об административном правонару-

¹⁶ СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ <http://www.supcourt.ru>.

¹⁸ СПС «КонсультантПлюс».

шении, заявлением Ш., протоколом осмотра помещения, рекламными листовками, письменными объяснениями Ш., объяснениями сотрудников ООО «Киров Стеклопак», копиями счетов на оплату товара, копиями накладных ООО «Киров Стеклопак», справкой ИФНС по г. Кирову и другими материалами дела об административном правонарушении. Собранные по делу доказательства свидетельствуют о том, что К. занимался деятельностью, направленной на систематическое получение прибыли, не имея регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, то есть совершил административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях».

В постановлении первого арбитражного апелляционного суда от 15 сентября 2008 г. по делу № А43-7006/2008-9-94 со ссылкой на постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 октября 2006 г. № 18¹⁹ говорится: «Судом первой инстанции установлено, что в материалах административного дела отсутствуют доказательства того, что деятельность по перевозке пассажиров автомобильным транспортом является основной предпринимательской деятельностью индивидуального предпринимателя Д..., и получение прибыли от указанной деятельности является систематическим: не представлены показания лиц, оплативших проезд, отсутствуют билеты. Однократное выявление факта перевозки людей автобусом, арендованным предпринимателем, не дает оснований делать вывод о систематических действиях по перевозке людей». В другом случае в решении Калининградского областного суда от 21 июня 2012 г. по делу 7А-244/2012²⁰ указано: «Рассматривая административное дело, судья правильно исходил из того, что факт осуществления К. предпринимательской деятельности – торговли рыбной продукцией, подтверждается рапортом начальника Центра ИАЗ УМВД России по г. Калининграду от 23 марта 2012 г., протоколом осмотра торгового ларька от 23 марта 2012 г., фототаблицей, протоколом изъятия весов от 23 марта 2012 г., объяснениями К. от 23 марта 2012 г.».

В легальном определении предпринимательской деятельности указано, что прибыль извлекается от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Рассматриваемый аспект раскрывает содержание предприниматель-

ской деятельности. Однако, как видится, и он сформулирован несколько некорректно, поскольку предпринимательская деятельность многогранна и в условиях рынка ее направления не укладываются в «прокрустово ложе» закрытого перечня.

Мы убеждены, что поскольку источники получения прибыли определяются прежде всего рынком, не имело смысла их указывать в легальной дефиниции. Заметим, что в понятии предпринимательской деятельности Закона РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности»²¹ такой признак отсутствовал, что представляется верным.

Анализ судебной практики приводит к выводу о том, что достаточно было при квалификации предпринимательской деятельности ограничиться требованием ее законности. Так, арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области в решении от 19 января 2011 г. по делу № А56-66201/2010²², сделав отсылку к определению предпринимательской деятельности, данному в ст. 2 ГК РФ, указал, что «в целях извлечения дохода организация имеет право осуществлять любую законную деятельность, при этом основной целью организации при совершении вышеизложенных мероприятий является получение прибыли».

Представляется значимым и то, что отсутствие факта выхода предпринимателя с продукцией на рынок является основанием, не позволяющим квалифицировать его деятельность в качестве предпринимательской. Напомним, что Федеральным законом от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»²³ товар определяется как объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. Соответственно ведение хозяйственной деятельности с целью удовлетворения собственных потребностей, для своих личных нужд не зарегистрированным в качестве предпринимателя лицом не должно рассматриваться как правонарушение.

Однако отсутствие полных циклов торгового оборота и, соответственно, неполучение реальной прибыли при наличии изначально цели ее получения не являются обстоятельствами, освобождающими от ответственности за незаконное предпринимательство. Так, в

¹⁹ СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ СПС «КонсультантПлюс».

²¹ ВСНД РСФСР.1990. № 30. Ст. 418.

²² <http://www.spb.arbitr.ru>

²³ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434.

определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 28 марта 1997 г. № 56-В97-2 отмечено: прибыль в результате торгово-закупочной деятельности образуется в результате покупки товара и последующей его продажи по более высокой цене. При наличии неблагоприятных обстоятельств полный цикл торгового оборота может не состояться, в результате чего предприниматель может понести убытки. Вместе с тем наличие неблагоприятных для предпринимателя обстоятельств не только не меняет самого характера предпринимательской деятельности, а является одним из составляющих элементов этой деятельности, связанной с различными рода рисками.

Следует отметить, что в науке предпринимательского права высказывались слова справедливой критики в адрес рассматриваемого определения, поскольку законодателем при его конструировании, по сути, проигнорирована норма, содержащаяся в ст. 34 Конституции РФ, рассматривающей предпринимательскую деятельность как разновидность экономической. Так, А.Г. Быков писал: «Экономическая деятельность – это деятельность, как признано в мировой практике, по использованию природных, материальных, финансовых, трудовых, интеллектуальных ресурсов в процессе создания и реализации товара, а отнюдь не только от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг, как предусмотрено ГК»²⁴.

Решая вопрос о квалификации предпринимательской деятельности, важно разграничивать получаемые предпринимателем доходы от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг и доходы собственника, в том числе связанные с распоряжением имуществом. Правовая позиция по данной проблеме выработана в постановлении Верховного Суда РФ: «В тех случаях, когда не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя лицо приобрело для личных нужд жилое помещение или иное недвижимое имущество либо получило его по наследству или по договору дарения, но в связи с отсутствием необходимости в использовании этого имущества временно сдало его в аренду или внаем и в результате такой гражданско-правовой сделки получило доход (в том числе в крупном или особо крупном размере), содеянное им не влечет уголов-

ной ответственности за незаконное предпринимательство» (п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 23).

Указанная правовая позиция принимается во внимание при рассмотрении конкретных дел. Так, в постановлении от 10 января 2012 г. № 51-АД11-7 Верховный Суд РФ отметил: «Признавая С. виновной в совершении административного правонарушения, ответственность за которое установлена ч. 1 ст. 14.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, мировой судья исходил из того, что сдача внаем посуточно и по часам жилого помещения является предпринимательской деятельностью. С таким выводом мирового судьи согласиться нельзя. Сдача квартиры внаем выступает одним из способов реализации законного права гражданина на распоряжение принадлежащим ему на праве собственности имуществом и не является предпринимательской деятельностью».

Однако если установлен факт многократного приобретения квартир с целью их последующей реализации, такая деятельность является предпринимательской, а продажа квартир квалифицируется как продажа товара. Так, В. в 2008 и 2009 гг. осуществляла предпринимательскую деятельность, связанную с приобретением и продажей недвижимого имущества (семи квартир). Установив систематическое получение предпринимателем В. дохода от реализации квартир, не использовавшихся в личных целях (т.е. для проживания своей семьи, родственников или улучшения жилищных условий) суд апелляционной инстанции обоснованно пришел к выводу о том, что «спорные операции правомерно расценены налоговым органом как предпринимательская деятельность, выразившаяся в продаже квартир как товара». Правомерность такой позиции нижестоящих судов была подтверждена Высшим Арбитражным Судом РФ²⁵.

В качестве предпринимательского судами квалифицируется и доход от продажи иного (помимо жилого помещения) недвижимого имущества, ранее приобретенного и использовавшегося для ведения предпринимательства, а не в личных целях. К примеру, в Постановлении от 16 марта 2010 г. № 14009/09 Президиум Высшего

²⁴ Быков А.Г. О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения // Быков А.Г. Человек, Ученый, Учитель. С. 75.

²⁵ Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 3 сентября 2012 г. № ВАС-11548/12 «Об отказе в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации». Дело № А79-5243/2011 // СПС «Гарант».

Арбитражного Суда РФ указал: «Судами установлено, что предприниматель по договору купли-продажи от 26.03.2001 № 2 приобрел у открытого акционерного общества «Промтовары» недвижимое имущество, в том числе здания, ... для осуществления предпринимательской деятельности. Осуществляя розничную торговлю, предприниматель являлся плательщиком единого налога на вмененный доход. Названные здания 26.05.2005 проданы предпринимателю А. Расчет по сделке был произведен путем внесения денежных средств на расчетный счет предпринимателя. Следовательно, доход от продажи указанных зданий непосредственно связан с предпринимательской деятельностью, поэтому предприниматель не имеет права на получение имущественного налогового вычета». Изложенная правовая позиция ложится в основу при разрешении аналогичных споров²⁶.

В законодательном определении предпринимательской деятельности закреплено, что она осуществляется лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Ведение предпринимательской деятельности без государственной регистрации является правонарушением. Административная ответственность за данное правонарушение предусмотрена ст. 14.1 КоАП РФ, а уголовная – ст. 171 УК РФ. При этом состав преступления является материальным (в отличие от формального состава ст. 14.1 КоАП РФ), ответственность наступает, если деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо сопряжено с извлечением дохода в крупном (особо крупном) размере.

Как указал Верховный Суд РФ, под доходом в ст. 171 УК РФ следует понимать выручку от реализации товаров (работ, услуг) за период осуществления незаконной предпринимательской деятельности без вычета произведенных лицом расходов, связанных с осуществлением незаконной предпринимательской деятельности. При исчислении размера дохода, полученного организованной группой лиц, судам следует исходить из общей суммы дохода, извлеченного всеми ее участниками (п. 12, 13 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 23).

С приведенным разъяснением термина «доход» не согласился С. В жалобе, адресо-

ванной в Конституционный Суд РФ, он указал, что «данное толкование ... нормы противоречит ст. 2 ГК РФ, определяющей понятие предпринимательской деятельности, п. 3 ст. 210 НК РФ, а также судебной практике определения размера дохода от предпринимательской деятельности по делам о преступлениях, связанных с уклонением от уплаты налогов». С. просил признать ст. 171 УК РФ не соответствующей ст. 19, 54 и 55 Конституции РФ, так как она является неопределенной в части, касающейся признаков объективной стороны преступления, в ней не конкретизированы понятие и способ определения размера дохода, полученного в результате незаконной предпринимательской деятельности.

Конституционный Суд РФ, не найдя оснований для принятия жалобы к рассмотрению, разъяснил, что оценка степени определенности содержащихся в законе понятий должна осуществляться исходя не только из самого текста закона и используемых в нем формулировок, но и из их места в системе нормативных предписаний (постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2003 года № 9-П). «Само по себе отсутствие в ст. 171 УК РФ формализованного определения понятия «доход» не дает оснований считать, что оно не имеет законодательно установленных рамок, вследствие чего допускается его произвольное истолкование. Федеральный законодатель, предусматривая в уголовном законе ответственность за те или иные посягательства на общественные отношения, урегулированные другими отраслями права, в значительной мере основывается на положениях, содержащихся в соответствующих правовых нормах. С учетом этого органы предварительного расследования и суды общей юрисдикции при определении в ходе производства по конкретному уголовному делу содержания предусмотренных указанной статьей понятий обязаны исходить не только из текста данной статьи, но и из иных норм УК РФ, а также из предписаний законов, регламентирующих предпринимательскую деятельность, в том числе ГК РФ»²⁷.

²⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 25 ноября 2010 г. № 1523-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сергеева Михаила Ивановича на нарушение его конституционных прав статьей 171 Уголовного кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс». См. также: Определение Конституционного Суда РФ от 20 ноября 2003 г. № 431-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Чавкина Сергея Николаевича на нарушение его конституционных прав статьей 171 Уголовного кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁶ Постановление Федерального арбитражного суда Приволжского округа от 14 декабря 2012 г. по делу № А49-1675/2012 // СПС «Гарант».

В заключение анализа понятия предпринимательской деятельности подтвердим свой вывод о том, что в законодательстве оно сформулировано, а определенная некорректность и нечеткость легальной дефиниции восполняется выработанными судебной практикой правовыми позициями.

Библиография:

1. Андреева Л.В., Ершова И.В., Отнюкова Г.Д. Российское предпринимательское право. – М., 2012.
2. Белых В. С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. – М., 2005.
3. Быков А.Г. Человек, Ученый, Учитель. – М., 2013.
4. Вознесенская Н.Н., Занковский С.С., Лаптев В.В. Предпринимательское (хозяйственное) право. – М., 2006.
5. Губин Е.П., Гаджиев Г.А., Лахно П.Г. Предпринимательское право Российской Федерации. – М., 2010.
6. Ершова И.В. Предпринимательское право. – М., 2009.
7. Лаптев В.В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. – М., 1997.
8. Олейник О.М. Формирование критериев квалификации предпринимательской деятельности в судебной практике // Предпринимательское право. – 2013. – № 1.

References

1. Andreeva L.V., Ershova I.V., Otnyukova G.D. Rossiiskoe predprinimatel'skoi pravo. – M., 2012.
2. Belykh V. S. Pravovoe regulirovanie predprinimatel'skoi deyatel'nosti v Rossii. – M., 2005.
3. Bykov A.G. Chelovek, Uchenyi, Uchitel'. – M., 2013.
4. Voznesenskaya N.N., Zankovskii S.S., Laptev V.V. Predprinimatel'skoe (khozyaistvennoe) pravo. – M, 2006.
5. Gubin E.P., Gadzhiev G.A., Lakhno P.G. Predprinimatel'skoe pravo Rossiiskoi Federatsii. – M., 2010.
6. Ershova I.V. Predprinimatel'skoe pravo. – M., 2009.
7. Laptev V.V. Predprinimatel'skoe pravo: ponyatie i sub'ekty. – M., 1997.
8. Oleinik O.M. Formirovanie kriteriev kvalifikatsii predprinimatel'skoi deyatel'nosti v sudebnoi praktike // Predprinimatel'skoe pravo. – 2013. – № 1.

Материал поступил в редакцию 8 сентября 2013 г.

ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Е.А. Рыжкова*

ПУБЛИЧНОЕ И ЧАСТНОЕ В ФИНАНСОВОМ ПРАВЕ

Аннотация. В современном финансовом праве вне зависимости от правовой системы – англосаксонской, континентальной или мусульманской – постоянно происходит столкновение частного и публичного элементов. Несмотря на то, что финансовое право защищает в первую очередь публичный интерес, игнорирование частнопроводного элемента в этой отрасли может привести к существенным разногласиям в обществе. Исторические особенности, религия, фундаментальные принципы, присущие каждой правовой системе (разумность англосаксонского права, целесообразность континентального и справедливость мусульманского права), сформировали основы финансовой системы каждого государства. В настоящее время при осуществлении финансовой деятельности государства вынуждены исходить уже не только из собственных интересов общего характера (содержание государственного аппарата, аппарата управления и принуждения, армии, внешнеполитической и внешнеэкономической деятельности и др.), которые были им присущи еще с момента зарождения, но и заботиться о благе каждого физического или юридического лица, предоставляя ему финансовую возможность для реализации жизненных задач и амбиций. Такие изменения произошли благодаря возрастающей роли частных финансов в финансовой системе. Поэтому государства, встав на путь интеграции, стараются при разработке новых норм финансового права найти компромиссное решение в вопросах столкновения частных и публичных интересов при осуществлении финансовой деятельности.

Ключевые слова: финансовое право, континентальная система права, мусульманское право, англосаксонское право, публичное право, церковный налог, религия и право, публичный интерес, публичные финансы, закят.

DOI: 10.7256/1729-5920.2014.2.8959

В современном финансовом праве наметилась тенденция проникновения частнопроводного элемента в регулирование публичных финансов. Большинство государств формирует свои доходы за счет налоговых отчислений частных лиц, для покрытия возрастающего дефицита бюджета опять же прибегает к их накоплениям. В связи с возрастающей ролью частных финансов в финансовой системе государства вынуждены идти на различного рода уступки в пользу интересов указанных лиц.

Еще римский юрист Ульпиан разделил все отрасли права в государстве на публичные и

частные. Основой теории разделения права на частное и публичное стала его известная формула: *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*¹. В Энциклопедическом словаре Ф. Брокгауза и И. Ефрона публичное право понимается как «совокупность норм, определяющих организацию и функции государства в отношении его к отдельным лицам... в отличие

¹ Публичное право есть то, которое относится к положению римского государства; частное – которое относится к пользе отдельных лиц.

© Рыжкова Екатерина Александровна

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры административного и финансового права Московского государственного института международных отношений (университета) МИД России
[ryjkova@inbox.ru]

119454, Москва, пр.Вернадского, д. 76.

от частного права, регулирующего отношения граждан друг к другу»². Энциклопедический юридический словарь 1996 г. определяет публичное право как «совокупность отраслей права, которые регулируют отношения, обеспечивающие общий, совокупный интерес, в отличие от частного права, направленного на защиту частного интереса, обеспечивающего независимость и инициативу индивидуальных собственников и объединений в их имущественной деятельности и в личных отношениях»³.

В продолжение традиций римского права в странах континентального права базовыми основаниями такого разграничения называют выраженный в нормах права интерес (так, отрасли публичного права отражают публичный, общегосударственный интерес; отрасли частного права – интересы частных лиц), наличие или отсутствие равноправия сторон (в публичном праве доминирует государство и отсутствует равноправие сторон; в частном праве вмешательство государства минимально, господствует добрая воля и частная инициатива лиц). Так, публично-правовые отношения возникают в результате реализации норм конституционного, административного, уголовного, финансового, уголовно-процессуального и некоторых других отраслей права, а частноправовые отношения регулируются нормами таких отраслей права, как гражданское, семейное, трудовое и др.

В доктрине стран англосаксонской системы права и в мусульманском праве такое деление отсутствует. В частности, исследователь мусульманского права Р.Шарль, следуя заключению Л.Мийо, советует «отказаться от понятий нашей латинской логики» при разборе юридических положений ислама, и далее отмечает, что «в Коране нормы публичного и частного права перемешаны без всякого соподчинения»⁴. Л.Р. Сюкияйнен указывает, что несмотря на то, что традиционная мусульманско-правовая доктрина не проводила различия между публично-правовыми и частноправовыми отраслями, на практике такое деление в известном смысле существовало⁵, так как шариат представляет собой свод пра-

вил поведения мусульман во всех сферах жизни. Наиболее ярким примером, дошедшим до наших дней, является «Хидая. Комментарии мусульманского права» Аль-Маргинани Борхан-эд-Дин Али, написанная в XII в.⁶ В книге помимо религиозных обрядов представлен анализ норм мусульманского права, регулирующих брачно-семейные, наследственные, имущественные, финансовые отношения, особое внимание уделяется институтам преступления и наказания в шариате, суду и процессу. Таким образом, уже в XII в. мусульманское право изучалось по институциональному принципу, и одним из критериев было разграничение интересов частных и общих, т.е. публичных. Позднее, под влиянием западной юридической культуры, в XIX в. в странах Арабского Востока проходит волна кодификации: принимаются уголовные, процессуальные, гражданские кодексы, кодексы личного статуса, самым ярким примером которых является изданная в 1869–1876 гг. Маджалла – гражданский кодекс Османской империи.

Таким образом, в связи с развитием интеграционных процессов, происходящих в современном мире, необходимо не только изучить особенности правовых систем, но и выявить все возможные точки их соприкосновения и неразрешимые противоречия, чтобы при выработке новых норм национального и наднационального права обеспечить единое понимание требований права и его реализацию. Необходимо отметить, что все больше влияния на развитие права оказывает внутренняя и внешняя политика государств, как защищающих свои традиционные устои, так и устраняющих любые препятствия на пути к интеграции в единое мировое сообщество. Основным барьером для этих государств становится позиция гражданского общества, которое отстаивает свои принципы, свое мировоззрение. Таким образом, столкновение публичных и частных основ представляют наибольший интерес на современном этапе.

Теория государства и права называет систему налогов и сборов одним из обязательных элементов государства наряду с публичной властью, населением и территорией, суверенитетом и системой права, т.е. нет налогов, сборов и общей казны – нет и государства. Поэтому финансовое право является одной из ключевых отраслей права любого государства. Теория определяет финансо-

² Брокгауз Ф., Ефрон И. Энциклопедический словарь. Общество и государство. Правители и полководцы. Народы и страны. М., 2003. С. 614.

³ Румянцев О.Г., Додонов В.Н. Энциклопедический юридический словарь. М., 1996. С. 260.

⁴ Шарль Р. Мусульманское право. М. 1959. С.11–14.

⁵ Сюкияйнен Л.Р. Структура мусульманского права // Мусульманское право: структура и основные институты. М., 1984, С.28.

⁶ Аль-Маргинани Борхан-эд-Дин Али. Хидая. Комментарии мусульманского права. В 4 т. пер. с англ.; под ред. Н.И. Гродекова. Ташкент, 1893.

вое право как отрасль права, регулирующую финансовые отношения, которые связаны с формированием, распределением и использованием публичных финансов.

Итак, по каким основаниям в рамках финансового права, с точки зрения различных подходов, происходит столкновение или взаимодействие публичного и частного элементов и в чем состоят принципиальные отличия трех подходов: континентального, англосаксонского и мусульманского к финансовому праву?

Необходимо отметить, что финансовое право развивалось параллельно с конституционным и административным правом. В отличие от административного права, развитие которого проходило разными путями (индуктивный подход в странах англосаксонского права и дедуктивный – в странах континентального), финансовое право в большинстве стран развивалось практически одинаково. Современное западное финансовое право зародилось из денежных повинностей постоянного характера, которыми обвязывал монарх своих вассалов. В течение XIII–XIV вв. существенно изменился экономический облик западноевропейских государств. Феодальные поборы сделались особенно нестерпимыми после крестовых походов XI–XII вв. В XIII в. обострилась политическая борьба: сильной королевской власти стали противостоять оформившиеся сословия. В Великобритании все фундаментальные основы финансового права окончательно сформировались в конце XVII в., когда бюджетный конфликт закончился превосходством парламента над короной с принятием Билля о правах 1689 г., закрепившего за парламентом право утверждения доходов и расходов с их годовой периодичностью. Во Франции, ведущей стране континентальной системы права, революция 1789 г. в Декларации прав человека и гражданина установила необходимость общественного обложения для содержания государственной силы и на расходы по содержанию администрации, принцип равномерного обложения между всеми гражданами согласно их состоянию, а также право граждан, лично или через своих представителей, участвовать в обсуждении, утверждении и контроле за обложением и расходованием средств. Лишь Конституция V Республики 1958 г. и Ордонанс от 2 января 1959 г. об органическом законе относительно финансовых законов внесли коррективы в завоевания французского народа, существенно ограничив компетенцию парламента в финансовой сфере в пользу исполнительной власти.

Надо иметь в виду и одну из древнейших развитых правовых систем – мусульманское право, зародившееся еще в VII в. и пережившее взлеты и падения, колониальную эпоху и активно возрождающееся в большинстве исламских государств. Интересно, что бурное развитие мусульманского права в VII–X вв. произошло во многом благодаря арабским завоеваниям и распространению ислама. В этот период для мусульманского общества характерны открытость и восприимчивость нового, что нашло свое отражение в культуре и доктрине мусульманской общины. Считается, что фундаментальные основы мусульманского права, те положения и принципы, которые и составляют его понятие, были разработаны именно в этот период⁷. Угасание империи Аббасидов (935 г. н.э.), формирование основных школ – толков (шиитских и суннитских) привели к тому, что с этого времени единое мусульманское право перестало существовать. Считается, что в последние столетия мусульманские государства в значительной степени растеряли свои способности к новаторству, а также творческий порыв, присущий такому виду развития. Ислам, осознавая необходимость адаптации религии к условиям меняющегося мира, на протяжении веков под руководством улем⁸ утратил всякую веру в будущее. Посчитав, что невозможно ничего сделать лучше предшественников, мусульманами было принято решение о закрытии «ворот Иджтихада». Этот страх улем перед нововведениями повлиял на совокупность философских и социальных воззрений ислама, оставив без внимания любые толкования источников относительно современных нужд общины⁹. Сегодня фундаментальной основой этой системы являются религиозные нормы, сформированные в VII–X вв. и закрепляющие, в частности, принцип справедливости, на котором построена вся финансовая система ислама. На протяжении всей истории ислама считалось, что выполнение предписаний относительно *закята* (благотворительного налога в пользу неимущих) и *риба* (запрета ссудного процента) способно отвратить мусульманское общество от основных пороков и зол, в том числе

⁷ Чиркин В.Е. Мусульманская концепция права // Мусульманское право: структура и основные институты. М., 1984. С.6.

⁸ Улемы (араб. علماء – уляма-знающие, ученые) – собирательное название признанных и авторитетных знатоков теоретических и практических сторон ислама.

⁹ М. Charfi, Introduction à l'étude du droit, Tunis, 1983, p.67.

от жадности, воровства, бедности, вражды между неимущими и имущими. Корень всех социальных и хозяйственных недугов выводится из несправедливого распределения, а в качестве единственного средства спасения от них называется шариатская налоговая система и запрет *риба*: «Уничтожает Аллах рост и вырашивает милостыню» (2:277(276))¹⁰. Так, налоговая система шариата рассматривается как мера справедливого урегулирования, как способ распределения материальных благ между членами мусульманской общины.

Как уже было сказано, налоги являются основой любого государства и зародились они из денежных повинностей вассалов. Напомним, что основной принцип англосаксонской системы права – это принцип разумности. Все отношения в обществе, так же как все права и обязанности участников любых правоотношений, рассматриваются с точки зрения их разумности, т.е. насколько то или иное требование или действие разумно с точки зрения человека. Пока этот принцип четко реализуется – государство и общество мирно сосуществуют, а когда происходит нарушение принципа справедливости общество встает на защиту своих интересов как путем подачи частной жалобы чиновнику или суду, так и путем выражения всеобщего недовольства. Такой подход был обусловлен изначально замкнутостью Англии и невозможностью решения ею своих проблем путем захвата новых территорий, что было сопряжено с тяжелыми финансовыми затратами на строительство и поддержание флота. Страны континентального права, никогда не ограниченные, в отличие от Англии, в территориальных и человеческих ресурсах, во главу угла существования государства и реализации им своих функций ставили принцип целесообразности, т.е. рассматривали все свои действия с точки зрения достижения поставленной цели и ее результата. Армия, пожиравшая львиную долю доходов государства, успешно защищала интересы правителей, а доходы, приносимые военными походами, с лихвой покрывали затраты коренной части населения. Но современные государства уже ограничены в своих завоевательных амбициях и вынуждены более внимательно прислушиваться к мнению населения. Здесь мы наблюдаем первое столкновение публичных и частных интересов: с учетом чьих запросов и интересов государство должно проводить свою финансовую политику. Как заметил С.А. Курочкин, публичный

интерес – это система частных интересов, публичные и частные интересы соотносятся как система и ее элементы¹¹.

Публичные финансы являются предметом финансового права. При этом, по мнению А.Н. Козырина, они «...представляют собой сферу столкновения различных, подчас противоречивых и разнонаправленных интересов: государственных, групповых, индивидуальных»¹². О необходимости четкого разграничения государственных и частных финансов говорил еще П.М. Годме¹³.

Финансы как явление общественной жизни возникают с появлением государства и денег. Деньги, выполняя функцию средства обращения, являются важнейшей предпосылкой появления финансов как самостоятельной сферы денежных отношений. В настоящее время финансы представляют собой, с одной стороны, совокупность всех денежных средств, находящихся в распоряжении государства или частного лица; систему формирования, распределения и использования денежных средств – с другой стороны.

Предметом изучения финансового права являются публичные финансы, но в законодательстве отсутствует, как правило, закрепление их понятия. Дело в том, что, по сути, невозможно провести четкое разграничение публичных и частных финансов, так как любой критерий носит рамочный характер и не учитывает всего разнообразия общественных отношений, объектом которых являются финансы. Однако в науке выделяют несколько критериев, совокупность которых помогает определить категории публичных и частных финансов.

Во-первых, основанием для разграничения финансов являются отношения собственности. Так, под публичными финансами понимаются финансы различных государственных и муниципальных образований, в то время как частные финансы включают в себя финансы частных лиц (физических и юридических). Во-вторых, публичные и частные финансы различаются по источникам финансирования. Несомненно, такие доходы, как прибыль, дивиденды, поступления от использования имущества, займы, безвозмездные поступления, характерны как для частных, так и для публичных лиц. Однако лишь государство и муниципальные

¹⁰ Здесь и далее ссылки даются: Коран / пер. И.Ю. Крачковского. М., 1963.

¹¹ Курочкин С.А. Частные и публичные интересы в праве – системное исследование // Юридический мир. 2011. № 10 // СПС «КонсультантПлюс».

¹² Козырин А.Н. Публичные финансы: взаимодействие государства и общества. М., 2002. С. 3.

¹³ Годме П.М. Финансовое право. М., 1978. С. 41.

образования имеют исключительный источник финансирования – налоги, носящие обязательный характер. В-третьих, только государство при регулировании своих финансовых отношений может применять принуждение. Финансовые операции частных лиц (физических или юридических) базируются на договоре, в то время как государство применяет метод авторитарного распределения денежных средств (властный метод). В-четвертых, разница вытекает из подхода к расходованию средств. Так, государство сначала исчисляет свои расходы и лишь затем определяет необходимые для их покрытия доходы, в то время как частные лица поступают наоборот. В-пятых, публичные финансы превышают по объему финансы частного лица. Безусловно, в объемном отношении публичные расходы значительно превышают расходы частных лиц. Часто государство тратит больше, чем может покрыть, настолько больше, что не опасается таких серьезных последствий, как признание несостоятельности, применяемой к коммерческим предприятиям в случае прекращения ими платежей. Указанная ситуация обусловлена тем, что современное государство не может быть доведено до банкротства. Кроме того, только публичные финансы наделяются функцией обеспечения, распределительной и контрольной функциями. Публичные финансы призваны распределить стоимость валового общественного продукта и тем самым обеспечить каждого субъекта хозяйствования необходимыми для выполнения им возложенных на него задач финансовыми ресурсами, а также отслеживать весь ход распределительного процесса. Отсюда следует, что различие публичных и частных финансов становится более очевидным при анализе целей расходования средств. В то время как частные юридические лица ищут прибыль, физические лица – материальное удовлетворение своих личных нужд, государство, наоборот, стремится защитить то, что оно считает общественным интересом. Именно государство обеспечивает деньгами социальную сферу жизни общества, берет на себя заботу о наименее защищенных слоях общества.

Таким образом, государство, осуществляя финансовую деятельность, исходит не только из собственных интересов общего характера (содержание государственного аппарата, аппарата управления и принуждения, армии, внешнеполитической и внешнеэкономической деятельности и др.), которые были ему присущи еще с момента зарождения государств, но и заботится о благе каждого индивида, физического или юридического лица,

предоставляя ему финансовую возможность для реализации жизненных задач и амбиций.

Следующий уровень взаимодействия публичного и частного проявляется в характере источников финансового права.

Традиционно считается, что нормы финансового права – это нормы публичного характера, т.е. финансовые отношения регулируются нормами публичных отраслей права. Однако нельзя отрицать тот факт, что многие дефиниции содержатся именно в актах частного правового характера. Такие понятия, как деньги, имущество, хозяйствующий субъект, юридическое лицо и др. определяются нормами гражданского права; например, в зависимости от личного статуса лица будет зависеть его статус налогоплательщика. Кроме того, не стоит забывать, что отдельные институты финансового права являются комплексными, т.е. регулируются нормами как публичного, так и частного права (в частности, страхование, банковское право, кредит). Таких примеров можно привести очень много, потому что основной поток средств в бюджет государства идет за счет средств частных лиц, каждое из которых обладает различным статусом и разным имуществом в соответствии с нормами частного права. Нормы же публичных отраслей права (финансового, конституционного, административного и др.) определяют лишь финансово-правовой статус субъектов финансового права, четко устанавливая границы поведения возможного и должного участников финансовых правоотношений. В частности, Э.Д. Соколова подробно рассматривает вопросы правового регулирования отношений между звеньями финансовой системы, подчеркивая, что в Налоговом и Бюджетном кодексах РФ, помимо отсылок к гражданскому законодательству, «содержатся нормы, характерные для гражданского права и закрепляющие гражданско-правовые способы регулирования финансовых отношений, что ... свидетельствует о тенденциях интеграции в правовой сфере»¹⁴. Несомненно, нельзя не согласиться, что объектом финансового контроля является деятельность всех хозяйствующих субъектов публичного и частного права, так как «от финансового результата их деятельности зависит выполнение ими своих обязанностей по уплате соответствующих налогов, т.е. в данном случае присутствует

¹⁴ Соколова Э.Д. Правовое регулирование финансовой деятельности государства и муниципальных образований. М., 2009. С. 117.

публично-правовой интерес, закрепленный нормами финансового права»¹⁵.

Говоря о методе финансового права, необходимо отметить, что большинство финансовых правоотношений реализуется посредством властного метода: государство авторитарно распределяет свои денежные средства, обладает исключительными полномочиями в сфере налогообложения, регулирует денежное обращение, осуществляет всесторонний контроль за всеми сферами финансовой жизни общества в целом. Однако финансовое право оставляет возможность частным лицам добровольно участвовать в некоторых финансовых правоотношениях, например, предоставляет право воспользоваться налоговыми льготами, в определенных законом пределах выбрать налоговый режим, вступить в кредитные отношения с государством. В частности, Налоговый кодекс РФ предусматривает возможность добровольного перехода на уплату единого сельскохозяйственного налога и переход к упрощенной системе налогообложения организациями и индивидуальными предпринимателями (ст. 346.1 и 346.11 соответственно). Несомненно, все условия займа устанавливаются государством в одностороннем порядке и не могут быть оспорены подписчиком. Однако в отличие от налогов, которые обязательны для уплаты всеми определенными законом налогоплательщиками в обязательном порядке, займы представляют собой договор присоединения. Подписка к государственному займу признается добровольной, хотя активная пропаганда, политическое и психологическое давление подталкивают к подписке. Например, в 1948 г. во Франции была предпринята попытка проведения добровольно-обязательного займа: гражданам был предоставлен выбор между уплатой специального налога или подпиской к займу. Конечно, на фоне общего массива императивных норм такие послабления являются незначительными, но вместе с тем государство готово в рамках финансового права рассматривать частное лицо в качестве субъекта, обладающего свободой воли в финансовых правоотношениях.

Еще одной интересной особенностью, с точки зрения публичного и частного, является категория субъекта. Считается, что в финансовых правоотношениях одним из субъектов обязательно выступает государство или муниципальное образование в лице своих органов, уполномоченных органов или лиц. Этот субъект

наделен статусом публичного лица, т.е. обладает не только правами и обязанностями, но и полномочиями. Причем таким статусом могут обладать не только юридические лица публичного права или должностные лица, представляющие собой публичную власть, но и лица частного права, которые законом наделены правом реализации задач и функций государства, полномочиями по осуществлению контроля и надзора в финансовой сфере, реализации финансовой политики государства. Речь идет, в частности, о кредитных учреждениях, аудиторах, профессиональных участниках рынка ценных бумаг, нотариусах и др. Их статус определяется нормами частного права, но в качестве уполномоченных участников финансовых правоотношений они выступают на основании норм финансового права, наделяющих их особым статусом. В качестве особенности следует отметить и применение норм семейного законодательства для регулирования финансовых правоотношений, в частности налоговых. В рамках российского налогового законодательства таких примеров немного, самым ярким можно назвать положения ст. 217 Налогового кодекса РФ, устанавливающие в абз.2 п.18.1, что доходы, полученные в порядке дарения, освобождаются от налогообложения в случае, если даритель и одаряемый являются членами семьи и (или) близкими родственниками в соответствии с Семейным кодексом Российской Федерации (супругами, родителями и детьми, в том числе усыновителями и усыновленными, дедушкой, бабушкой и внуками, полнородными и неполнородными (имеющими общих отца или мать) братьями и сестрами). Как известно, в зарубежных странах существует отдельный налог на имущество, переходящее в порядке наследования и дарения, и именно от степени родства, установленного в соответствии с семейным законодательством или законодательством о личном статусе, будет зависеть ставка налога. Семейное положение в зарубежных странах влияет также на ставку налога на доходы физических лиц. Так, во Франции в соответствии с положениями ст. 193 Общего кодекса налогов налогооблагаемый доход разделяется на некоторое количество долей, определенных в соответствии со ст. 194, согласно положению и семейным обязанностям налогоплательщика¹⁶. Закон о подоходном налоге Великобритании 2007 г.

¹⁶ Codegénéraldesimpôts // Официальный сайт размещения законодательных актов Франции. URL: <http://legifrance.gouv.fr> (дата обращения – 24 июня 2013 г.).

¹⁵ Там же. С.123.

также предусматривает налоговые льготы для лиц в зависимости от их семейного положения, брачно-семейных отношений и наличия иждивенцев (ст.27)¹⁷. В Германии с 1958 г. существует право выбора между раздельным учетом и совместным налогообложением супругов, оно закреплено в Законе о налоге на доходы физических лиц (§26, §26a, §26b)¹⁸. Аналогичные положения можно найти в законодательстве большинства стран мира (Ирландия, Италия, Швеция и др.). Поддерживая семью, предоставляя существенные налоговые льготы на каждого ребенка, государство преследует, конечно же, не только интересы частных лиц, но прежде всего проводит единую политику по стимулированию рождаемости, таким образом через налоговое законодательство защищает и частный, и публичный интерес.

Наконец, рассматривая вопросы взаимосвязи публичного и частного в финансовом праве, нельзя не затронуть проблему взаимоотношения религии и права. Нормы религии через мораль и нравственность давно нашли отражение в нормах права, например через закрепление общепризнанных принципов и норм международного права, через установление основных прав и свобод человека и гражданина («не убий», «не укради» и др.). В финансовом праве примером влияния религиозных норм является существование церковного налога в странах Западной Европы и Арабского Востока. Его отличие от пожертвований в пользу церкви заключается в его обязательности, санкционированности государством и взимании через государство. Однако в отличие от классических налогов, средства от церковного налога идут не в доход государства или муниципальных образований, а в доход церкви, как правило, на осуществление ею ритуальных услуг, поддержание церковных зданий, ведение церковных записей, организацию помощи и поддержки детей и молодежи, малообеспеченным лицам, обездоленным. При этом государство может проводить очень жесткую политику в отношении неплательщиков церковного налога. Например, в Австрии обязанность и порядок уплаты церковного налога регулируется

Законом о церковных взносах 1939 г.¹⁹ Лица, не желающие платить налог, обязаны подать письменное заявление в муниципалитет. На основании этого заявления они отлучаются от церкви и впредь не могут пользоваться церковными услугами. В Германии в 2012 г. вступил в силу Декрет конференции немецких епископов по выходу из церкви от 20 сентября 2012 г.²⁰, согласно которому немецкая католическая церковь имеет право отлучать от церкви из-за отказа платить церковный налог. В документе прописаны санкции в отношении неплательщиков: они не смогут причаститься, пройти обряд миропомазания, исповедаться, а также стать крестным отцом или матерью, вступить в общественное церковное объединение. Таким образом проявляется взаимосвязь публичного и частного через финансовое право и религию.

В исламском мире классические основы мусульманского финансового права нашли свое закрепление не только в законодательстве современных мусульманских государств (например, в Саудовской Аравии и Пакистане *закят* стал государственным налогом²¹), но и в ст. 15 Всеобщей исламской декларации прав человека, в соответствии с которой «бедняки имеют право на определенную часть состояния богатых, установленную *закатом* и накопленную в соответствии с законом», а также «для обеспечения развития сбалансированной экономики и защиты общества от эксплуатации исламский закон запрещает... ростовщичество...»²².

Итак, в современном финансовом праве вне зависимости от правовой системы постоянно происходит столкновение частного и публичного элементов. Несмотря на то, что финансовое право, несомненно, защищает в первую очередь публичный интерес, игнорирование частнопроводного элемента в этой

¹⁹ Erhebung von Kirchenbeiträgen – Österreich Правовая информационная система Австрии URL: <http://www.ris.bka.gv.at> (дата обращения – 24 июня 2013 г.).

²⁰ Allgemeines Dekret der Deutschen Bischofskonferenz zum Kirchenaustritt. Сайт Конференции немецких епископов URL: <http://www.dbk.de> (дата обращения – 24 июня 2013 г.).

²¹ Royal Decree №17/2/28/557; Официальный сайт Департамента по сбору *заката* и подоходного налога при Министерстве финансов Саудовской Аравии URL: <http://dzit.gov.sa> (дата обращения – 24 июня 2013 г.), Zakat & Ushr Ordinance 1980 (No. XVIII of 1980) Сайт CDC Pakistan URL: http://www.cdcpakistan.com/fck_images/file/Zakat_ordinance.pdf (последнее посещение – 24 июня 2013 г.).

²² Sinaceur. M.A. Declaration islamique universelle des droits de l'homme: preservation. Droit de l'homme, droits des peuples. P.1982.P.221–227.

¹⁷ Income Tax Act 2007 // Официальный сайт размещения законодательных актов Великобритании. URL: <http://legislation.gov.uk> (дата обращения – 24 июня 2013 г.).

¹⁸ Einkommensteuergesetz // Официальный сайт Министерства юстиции Германии, Великобритании. URL: <http://gesetze-im-internet.de> (дата обращения – 24 июня 2013 г.).

отрасли может привести к существенным разногласиям в обществе. Поэтому государства, встав на путь интеграции, стараются при разработке новых норм финансового права найти компромиссное решение в просах столкновения интересов частных и публичных при осуществлении финансовой деятельности.

Библиография:

1. Аль-Маргинани Борхан-эд-Дин Али. Хидая. Комментарии мусульманского права. В 4 т. / пер. с англ.; под ред. Н.И. Гродекова. – Ташкент, 1893.
2. Брокгауз Ф., Ефрон И. Энциклопедический словарь. Общество и государство. Правители и полководцы. Народы и страны. – М., 2003.
3. Годме П.М. Финансовое право. – М., 1978.
4. Козырин А.Н. Публичные финансы: взаимодействие государства и общества. – М., 2002.
5. Коран / пер. и ком. И.Ю. Крачковского. – М., 1963.
6. Курочкин С.А. Частные и публичные интересы в праве – системное исследование // Юридический мир. – 2011. – № 10.
7. Мусульманское право: структура и основные институты. – М., 1984.
8. Румянцев О.Г., Додонов В.Н. Энциклопедический юридический словарь. – М., 1996.
9. Соколова Э.Д. Правовое регулирование финансовой деятельности государства и муниципальных образований. – М., 2009.
10. Шарль Р. Мусульманское право. – М., 1959.
11. M. harfi, Introduction à l'étude du droit, Tunis, 1983.
12. Sinaceur. M.A. Declaration islamique universelle des droits de l'homme: preservation // Droit de l'homme, droit des peuples. – P., 1982.

References:

1. Al'-Marginani Borkhan-ed-Din Ali. Khidaya. Kommentarii musul'manskogo prava. V chetyrekh tomakh. Per.s angl. Pod red. N.I.Grodekova. – Tashkent, 1983.
2. Brokgauz F., Efron I. Entsiklopedicheskii slovar'. Obshchestvo i gosudarstvo Praviteli i polkovodtsy. Narody i strany. – M., 2003.
3. Godme P.M. Finansovoe pravo. – M., 1978.
4. Kozyrin A.N. Publichnye finansy: vzaimodeistvie gosudarstva i obshchestva. – M., 2002.
5. Koran / per. i kom. I.Yu. Krachkovskogo. – M., 1963.
6. Kurochkin S.A. Chastnye i publichnye interesy v prave-sistemnoe issledovanie // Yuridicheskii mir. – 2011. – № 10.
7. Musul'manskoe pravo: strutura i osnovnye instituty. – M., 1984.
8. Rumyantsev O.G., Dodonov V.N. Entsiklopedicheskii yuridicheskii slovar'. – M., 1996.
9. Sokolova E.D. Pravovoe regulirovanie finansovoi deyatel'nosti gosudarstva i munitsipal'nykh obrazovaniy. – M., 2009.
10. Sharl' R. Musul'manskoe pravo. – M., 1959.
11. M. Charfi, Introduction à l'étude du droit, Tunis, 1983.
12. Sinaceur. M.A. Declaration islamique universelle des droits de l'homme: preservation // Droit de l'homme, droit des peuples. – P., 1982.

Материал поступил в редакцию 25 июня 2013 г.

С.Б. Россинский*

ПРОТОКОЛЫ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ И СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

Аннотация. В статье аргументируется необходимость исследования протоколов следственных действий и судебного заседания как доказательств по уголовному делу. На основании многочисленных отечественных работ по уголовно-процессуальному праву дореволюционного, советского, а также современного периода делается вывод о явно недостаточном научном внимании к данной проблематике. Автор полагает, что в настоящее время в науке уголовного процесса наметилась определенная тенденция, направленная на более детальное исследование протоколов следственных действий и судебного заседания как доказательств по уголовному делу. Однако вопрос об их использовании в доказывании проработан в гораздо меньшей степени, по сравнению, например, с показаниями, заключениями эксперта или вещественными доказательствами. В этой связи предпринята попытка наметить определенные направления для дальнейшего развития этой научной проблемы с целью совершенствования процессуального законодательства и правоприменительной практики.

Ключевые слова: доказательство, доказывание, следственные действия, судебное заседание, уголовно-процессуальное законодательство, следователь, суд, судебное производство, процессуальное действие, вещественное доказательство.

DOI: 10.7256/1729-5920.2014.2.8887

Уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации в качестве одного из видов доказательств предусматривает протоколы следственных действий и судебного заседания¹ (п. 5 ч. 2 ст. 74, ст. 83 УПК РФ). Как известно – это доказательства, сопряженные с непосредственным восприя-

тием дознавателем, следователем или судом сведений, имеющих значение для уголовного дела. Нередко с их помощью удается установить и обосновать такие обстоятельства и факты, имеющие значение для уголовного дела, которые не могут быть доказаны иными процессуальными средствами.

Протоколы используются и в досудебном, и в судебном производстве. Однако в процессе предварительного расследования каждое процессуальное действие фиксируется самостоятельным протоколом, а в ходе судебного разбирательства все процессуальные действия – одним общим протоколом судебного заседания.

Вместе с тем в научных работах, посвященных доказательственному праву, протоколы следственных действий и судебного заседания традиционно не привлекали и до настоящего времени не привлекли должного внимания исследователей. Они ограничивались и продолжают ограничиваться лишь по-

¹ Необходимо обратить внимание на некоторую законодательную неточность, допущенную при формулировании взаимосвязанных положений п. 5 ч. 2 ст. 74 и ст. 83 УПК РФ в части судебных действий. Так, в первом случае закон говорит о протоколах судебных действий, а во втором – о едином протоколе судебного заседания. Представляется очевидным, что правильной является формулировка, содержащаяся в ст. 83 УПК РФ, поскольку все действия, происходящие в судебном заседании (за исключением, пожалуй, лишь судебной экспертизы) находят свое отражение в едином процессуальном документе – протоколе судебного заседания. В этой связи мы будем придерживаться именно формулировки «протоколы следственных действий и судебного заседания». А причины, побудившие к появлению отмеченной законодательной неточности, и возможные варианты ее преодоления будут рассмотрены в дальнейшем.

© Россинский Сергей Борисович

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
[s.rossinskiy@gmail.com]

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

нятием протоколов следственных действий и судебного заседания по уголовному делу, а также перечнем самих процессуальных действий, обуславливающих появление данного вида доказательств². Отдельные авторы также затрагивали вопросы использования в доказывании наглядных приложений к протоколам следственных действий и судебного заседания (фотоснимков, аудиозаписи и т.д.)³. И, наконец, в некоторых работах, посвященных данной проблематике, акцентируется внимание на правилах составления протоколов следственных действий и судебного заседания как на условиях допустимости данного вида доказательств⁴. Остальные вопросы продолжают оставаться вне предмета многочисленных научных публикаций. Так, до настоящего времени малоисследованной остается сущность протоколов следственных действий и судебного заседания, в частности характер и значение запечатленной в них доказательственной информации. Практически не рассмотрены проблемы соотношения протоколов следственных действий и судебного заседания с другими видами уголовно-процессуальных доказательств – показаниями, вещественными доказательствами и иными документами. Явно недостаточно научного внимания уделялось основным свойствам указанных протоколов: относимости, достоверности и допустимости. Не определено их соотношение с близкими по сути непроцессуальными средствами познания – результатами оперативно-розыскной и административной деятельности.

Отсутствие выработанных теоретических подходов к доказательственной сущности рассматриваемых протоколов, пробелы в их

правовой регламентации неизбежно приводят к серьезным затруднениям, возникающим в повседневной правоприменительной деятельности органов дознания и предварительного следствия, судов и прочих участников производства по уголовному делу.

Что же из себя представляют протоколы следственных действий и судебного заседания в системе средств процессуального познания в настоящее время? Какие следственные и судебные действия обуславливают появление данного вида доказательств?

Анализ русской дореволюционной литературы показывает, что первые взгляды и суждения отечественных исследователей, посвященные изучению данной процессуальной тематики, появились на рубеже XIX–XX столетий. Это произошло в то время, когда в Российской империи уже была наработана определенная практика применения буржуазного уголовно-процессуального законодательства смешанного типа, позволившая выявить целый ряд теоретических и прикладных проблем. В отечественной процессуальной науке наметились отдельные тенденции, направленные на их изучение и разрешение. Однако это были только первые шаги на пути от эмпирии к теории. Воззрения ученых о сущности и доказательственном значении письменных документов, в частности протоколов следственных действий и судебного заседания, находились еще в самом зачаточном состоянии и, конечно, во многом не соответствовали современным представлениям. Как справедливо отмечал М.М. Выдря, в связи с принятием в 1864 г. Устава уголовного судопроизводства некоторые дореволюционные юристы начали глубже разрабатывать вопросы теории доказательств, однако документам не было уделено должного внимания⁵.

Все существовавшие в дореволюционной России научные позиции по поводу использования в доказывании по уголовным делам протоколов следственных действий и судебного заседания можно условно разделить на две большие группы.

Представители первой группы преимущественно воздерживались от каких-либо суждений и комментариев относительно сущности и доказательственного значения протоколов следственных действий и судебного заседания в уголовном судопроизводстве. В работах они упоминали об этих документах лишь вскользь, не раскрывая их содержания.

⁵ Выдря М.М. Вещественные доказательства в советском уголовном процессе. М., 1955. С. 46.

² Чельцов М.А. Уголовный процесс. М., 1948. С. 326; Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. М., 1968. С. 458; Курс советского уголовного процесса. Общая часть / под ред. А.Д. Бойкова, И.И. Карпеца. М., 1989. С. 602–603; Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание. Воронеж, 1995. С. 216–217; Ульянова Л.Т. Предмет доказывания и доказательства в уголовном процессе России. М., 2008. С. 120–121; Орлов Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. М.: Юристъ, 2009. С. 161–162 и др.

³ Галкин В.М. Средства доказывания в уголовном процессе. М., 1967. С. 44–47; Божьев В.П., Лубенский А.И. Источники доказательств по уголовно-процессуальному законодательству СССР и других социалистических государств. М., 1981. С. 66–67; Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. М., 2009. С. 326–327.

⁴ Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н.В. Жогин. М., 1973. С. 674–680; Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. М., 1995. С. 69.

Так, С.В. Познышев ограничивался кратким суждением, что письменные доказательства могут быть записями, изложениями и описаниями тех или иных доказательственных фактов, собранных органами предварительного производства (например, разные протоколы осмотров, обысков и т.п.)⁶.

С.И. Викторский, ограничиваясь цитированием Устава уголовного судопроизводства, писал, что если стороны того потребуют или признают это нужным судьи или присяжные, то в судебном заседании могут быть прочитаны протоколы об осмотрах, освидетельствованиях, обысках и выемках⁷. Причем к этой же категории документов, имеющих значение непосредственных доказательств по делу, по его мнению, принадлежали и письма, заметки, написанные подсудимым, и всякого рода другие частные бумаги, служащие к обвинению или оправданию подсудимого⁸.

М.В. Духовской в курсе лекций по уголовному процессу, написанном для студентов Московского университета, упоминал, что протоколы осмотров, обысков и выемок могут быть оглашены в судебных заседаниях так же, как и остальные протоколы, когда этого требуют стороны или найдет нужным суд⁹.

Вторую группу, по нашему мнению, составляют взгляды и воззрения дореволюционных специалистов, предпринимавших отдельные попытки исследования сущности и значения протоколов следственных действий и судебного заседания как доказательств по уголовному делу. Так, И.Я. Фойницкий, выделяя протоколы осмотра и освидетельствования из других письменных доказательств, пытался определить основания и порядок их использования в судебном заседании, оценить значение по уголовному делу. Он писал, что наибольшую доказательственную силу практика признает за протоколами судебного заседания¹⁰.

Г.С. Фельдштейн утверждал, что письменными доказательствами в собственном смысле являются разного рода протоколы, под которыми нужно разуметь известную запись, составленную по установленной форме

официальным органом и содержащую в себе отчет о действиях этого органа по поводу какого-либо события. Они возможны в самых разнообразных формах: протоколы, составленные полицией и другими административными властями; все акты предварительного следствия; протоколы судебного заседания и пр.¹¹ При этом автор рассматривал протоколы вкуче с другими письменными документами, не проводя между ними более или менее четкой границы.

Наибольшую же историческую ценность, на наш взгляд, представляет фундаментальная работа Л.Е. Владимиров «Учение об уголовных доказательствах», в которой он дает понятие судебного протокола. Таковым, по его мнению, следует считать отчет, составленный компетентным лицом на месте, с соблюдением предписанных законом правил для установления каких-либо фактов, имеющих значение обстоятельств судебного дела. При этом в качестве признаков такого протокола автор выделял: а) необходимость его составления надлежащим лицом¹²; б) необходимость его составления на месте; в) необходимость его подписания наряду с составителем, свидетелями его составления (понятыми. – С.Р.)¹³. Все судебные протоколы Л.Е. Владимиров подразделял на три группы: протоколы – поводы к началу предварительного расследования (сообщения полиции, явки с повинной и т.д.); протоколы следственных действий и протоколы судебного заседания¹⁴.

Резюмируя изложенные научные позиции, можно прийти к некоторым выводам о взглядах дореволюционных ученых по поводу сущности и значения протоколов следственных действий и судебного заседания как доказательств по уголовному делу. Во-первых, очевидна весьма слабая теоретическая разработанность данной проблемы. Все приведенные суждения (в том числе и позиции представителей второй группы, которые несомненно продвинулись в рассмотрении этих

¹¹ Фельдштейн Г.С. Лекции по уголовному судопроизводству. М., 1915. С. 292–293.

¹² Л.Е. Владимиров в принципе не исключал и возможности, при наличии особых обстоятельств, составления судебных протоколов иными, специально не уполномоченными на это лицами. По его мнению, такие протоколы вполне могли использоваться в процессе доказывания по уголовному делу как частные письменные документы, доказательственная сила которых должна была определяться по внутреннему усмотрению судьи.

¹³ Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Части общая и особенная. СПб., 1910. С. 354–355.

¹⁴ Там же. С. 355–359.

⁶ Познышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. М., 1913. С. 201.

⁷ Викторский С.И. Русский уголовный процесс. М., 1912. С. 297.

⁸ Там же. С. 297–298.

⁹ Духовской М.В. Русский уголовный процесс. М., 1910. С. 243.

¹⁰ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. СПб., 1996. С. 308–309, 311–312.

вопросов гораздо дальше) носили достаточно отрывистый, бессистемный характер. Во-вторых, дореволюционные юристы вообще не считали протоколы следственных действий и судебного заседания самостоятельным видом (источником) доказательств, а рассматривали их как разновидность письменных документов, исходящих от определенных государственных органов и содержащих определенные сведения. В-третьих, под протоколами следственных действий прежде всего понимались именно протоколы осмотра и освидетельствования. Хотя дореволюционному уголовному процессу были известны и иные следственные действия – обыск и выемка. Причина представляется вполне ясной: осмотры и освидетельствования (кстати, как и сейчас) связаны в первую очередь с визуальным восприятием какого-либо места, объекта или человека. Причем обнаружение и изъятие в ходе их производства каких-либо предметов – потенциальных вещественных доказательств возможно, но совсем не обязательно. Обыск или выемка, наоборот, направлены именно на изъятие подобных объектов.

Таким образом, вывод напрашивается сам собой: видимо, дореволюционные специалисты не дифференцировали вещественные доказательства и следственные действия, направленные на их обнаружение и изъятие. Иными словами, результат обыска или выемки и объекты, изъятые в ходе их производства, рассматривались как единое целое – вещественное доказательство. Кстати, на этот факт обращал внимание и М.М. Выдря. Он писал, что в дореволюционной литературе господствующей была точка зрения, согласно которой за документами самостоятельного значения в уголовном процессе не признавалось; они, как правило, относились к вещественным доказательствам¹⁵.

Дореволюционные специалисты опирались в первую очередь на действовавший в то время процессуальный закон – Устав уголовного судопроизводства Российской империи. Этот нормативный акт, как известно, в качестве самостоятельного вида (источника) выделял лишь вещественные доказательства (ст. 371). Никаких доказательств – протоколов – он не предусматривал¹⁶. В этой связи следует

отметить, что уголовно-процессуальные кодексы ряда стран, в том числе действующие и поныне, также не предусматривают среди доказательств протоколов следственных и судебных действий. В частности, подобная законодательная конструкция используется в УПК Федеративной Республики Германии¹⁷.

Несмотря на всю слабость теоретической разработанности данной проблемы, представляется очевидным одно существенное обстоятельство: российской дореволюционной науке был известен механизм формирования доказательств посредством составления протоколов определенных процессуальных действий. Под такими протоколами ученые справедливо понимали подлежащие последующему оглашению в суде письменные уголовно-процессуальные акты, в которых фиксировалась информация, полученная в результате собственных и преимущественно в последующем невосполнимых действий полиции, следователя или иных официальных лиц.

Анализ советской процессуальной литературы, до- и послевоенного периодов показал, что не произошло существенных сдвигов в отношении к доказательственной сущности протоколов следственных действий и судебного заседания. Представляется, что внимание к ним со стороны ученых было вынужденным и обуславливалось появлением в ст. 58 действовавшего тогда УПК РСФСР 1923 г. в качестве одного из видов (источников) доказательств протоколов осмотров и иных письменных документов. Поэтому советские специалисты, в отличие от дореволюционных, зачастую вообще не признававших подобного вида доказательств, просто не могли обойти данный объект стороной. Однако на этом их интерес к проблеме, как правило, заканчивался. Советскую процессуальную школу в первую очередь интересовали проблемы показаний обвиняемого и свидетелей, заключения эксперта и вещественные доказательства¹⁸.

Протоколы следственных действий и судебного заседания рассматривались вкратце,

¹⁷ Бойльке В. Уголовно-процессуальное право ФРГ / пер. с нем.; под ред. Л.В. Майоровой. Красноярск, 2004. С. 116.

¹⁸ Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. М., 1950. С. 259–285; Рахунов Р.Д. Теория и практика экспертизы в советском уголовном процессе. М., 1953. С. 7–66; Выдря М.М. Указ. соч. С. 5–56; Мотовиловкер Я.О. Показания и объяснения обвиняемого как средство защиты в советском уголовном процессе. М., 1956. С. 5–51; Каминская В.И. Показания обвиняемого в советском уголовном процессе. М., 1960. С. 19–92 и др.

¹⁵ Выдря М.М. Указ. соч. С. 47.

¹⁶ Устав уголовного судопроизводства Российской империи вообще не содержал какого-либо систематизированного перечня доказательств по уголовному делу. Впервые такой перечень был дан в ст. 58 УПК РСФСР 1923 г.

да еще и в совокупности с другими письменными доказательствами. Зачастую специалисты просто ограничивались пересказом соответствующей статьи УПК. Подобную конструкцию можно встретить в довоенных работах М.С. Строговича или послевоенных трудах М.Л. Якуба¹⁹. Некоторые авторы, в частности А.Я. Вышинский и М.М. Выдря, просто старались обойти протоколы следственных действий судебного заседания своим вниманием.

Тем не менее в советской литературе до- и послевоенного периода все же можно отметить некоторые попытки, направленные на изучение доказательственной сущности протоколов в уголовном судопроизводстве. Так, М.А. Чельцов писал об актах и протоколах судебно-следственных органов как об особом виде письменных доказательств, заменяющих на суде иные источники доказательств – вещественные доказательства и показания свидетелей, прочтение которых служит вместо судебного осмотра и допроса. Далее он указывал, что их оглашение может иметь место либо при противоречии устных показаний на суде с показаниями, ранее запротоколированными, либо при отсутствии устных показаний за смертью свидетеля, невозможностью его явки или отказом обвиняемого от дачи показаний²⁰.

Очень близкую позицию занимала в то время Л.Т. Ульянова, говоря о том, что особенностью протоколов следственных и судебных действий является их производность от других источников доказательств (протокол допроса – от показаний свидетеля или обвиняемого; протокол осмотра – от обстановки и вещественных доказательств на месте происшествия и т.д.)²¹.

Мы не можем согласиться с такой точкой зрения, в данной ситуации налицо некоторое смешение протоколов следственных действий и судебного заседания как вида доказательств по уголовному делу с их содержанием, в том числе с информацией, подлежащей оглашению в судебном заседании, в частности с показаниями потерпевшего и свидетеля.

Однако все же необходимо признать стремление задать научный импульс для дальнейшего развития рассматриваемой проблемы.

О производном характере протоколов писал В.Я. Лившиц²². Кстати, в этой связи весьма любопытным является предложенное им обоснование своей позиции. Он отмечал, что в советском уголовном процессе центр тяжести лежит на судебном разбирательстве как главной стадии процесса, в которой суд непосредственно воспринимает и проверяет доказательства, служащие основанием судебного приговора. Именно такое исследование, производимое судом в судебном заседании, лучше всего соответствует выполнению тех задач, которые стоят перед советским судом, в первую очередь – отысканию материальной истины по делу. При этом В.Я. Лившиц указывал, что в буржуазном уголовном процессе эпохи империализма широко проявляются различные заимствования из арсенала инквизиционного процесса и возврат к нему. А под такими заимствованиями автор, в частности, понимал и проведение судебного следствия исключительно путем ознакомления суда с протоколами предварительного следствия без непосредственного заслушивания устных показаний²³.

Оценивая данную точку зрения, вынуждены констатировать ее политическую окраску, стремление автора пуститься из крайности в крайность, идеализировать советское правосудие, превознести его перед иными, буржуазными формами судопроизводства. Результат остается тем же: В.Я. Лившиц, как и другие упомянутые авторы, явно обесценивал протоколы следственных действий, придавая им второстепенный характер.

Комплексный анализ изложенных позиций позволяет констатировать весьма слабый научный интерес специалистов-процессуалистов до- и послевоенного периода к проблеме использования в доказывании по уголовным делам протоколов следственных действий и судебного заседания. Общее отношение к протоколам как к доказательствам в науке осталось прежним. Не была разорвана совершенно необоснованная связь между протоколами и иными используемыми в доказывании письменными документами: справками, характеристиками и тому подобными объектами. Наметившиеся тенденции к развитию данной процессуальной проблематики, на наш взгляд, были ошибочными: во-первых, обуславливали смешение различных видов доказательств как между собой, так и с содер-

¹⁹ Якуб М.Л. Вещественные и письменные доказательства // Вопросы уголовного процесса в практике Верховного Суда СССР. М., 1955. С. 209.

²⁰ Чельцов М.А. Указ. соч. С. 327.

²¹ Ульянова Л.Т. Оценка доказательств судом первой инстанции. М., 1959. С. 165.

²² Лившиц В.Я. Принцип непосредственности в советском уголовном процессе. М., 1949. С. 118.

²³ Там же. С. 135.

жавшейся в них доказательственной информацией; во-вторых, были направлены на их явное обесценивание, изначально закрепление за ними производного характера. Более того, намеченные тенденции во многом обуславливались политическим заказом, стремлением превознести советское правосудие. Поэтому очевидно, что рано или поздно они были обречены на провал.

Серьезным импульсом для развития проблемы использования в доказывании по уголовным делам протоколов следственных действий и судебного заседания послужила проведенная на рубеже 50–60 гг. прошлого века реформа уголовно-процессуального законодательства СССР и союзных республик. Так, ст. 16 Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1958 г.²⁴ предусматривала в качестве одного из видов (источников) доказательств протоколы следственных и судебных действий. Аналогичные правовые нормы нашли свое отражение в уголовно-процессуальных кодексах союзных республик, в частности в ч. 2 ст. 69 УПК РСФСР 1960 г. Статья 87 УПК РСФСР раскрывала сущность протоколов следственных действий и судебного заседания.

Научная общественность бурно откликнулась на подобную законодательную новацию. Так, во втором томе коллективной монографии «Теория доказательств в советском уголовном процессе» (1967 г.) протоколам следственных действий и судебного заседания посвящен целый самостоятельный параграф. Под такими протоколами Г.М. Миньковский и В.Г. Танасевич – авторы данного параграфа – понимали письменные акты, составленные лицом, производящим дознание, следователем, прокурором, судом при производстве следственных и судебных действий по собиранию и проверке доказательств. При этом сразу же следовала совершенно справедливая оговорка, что к таковым относятся не все протоколы, а лишь те, которые фиксируют фактические данные, полученные составителем протокола в результате непосредственного наблюдения действий, явлений, материальной обстановки, следов. И, наконец, в отличие от своих предшественников авторы выделяют целый ряд особенностей, характеризующих протоколы как самостоятельный вид (источник) доказательств: а) фиксируют целенаправленную деятельность органов расследования; б) фиксируют являющуюся деятельность; в) не только их ис-

пользование, но и составление носит процессуальный характер²⁵.

В.М. Галкин отмечал, что исходя из особых условий формирования процессуальных документов, законодатель из всей группы документов выделяет протоколы следственных и судебных действий. Он же говорил, что доказательствами УПК РСФСР признает протоколы лишь тех следственных и судебных действий, во время которых фиксируются факты, воспринимаемые органами расследования и суда непосредственно²⁶.

М.С. Строгович в своих более поздних работах также пересмотрел прежнюю позицию относительно сущности рассматриваемых протоколов и писал о них как об отдельном виде доказательств, удостоверяющих обстоятельства и факты, установленные при осмотре, освидетельствовании, выемке, обыске, задержании, предъявлении лица для опознания и производстве следственного эксперимента. При этом особо подчеркивал, что в эту группу закон выделяет именно те протоколы, в которых фиксируются определенные факты, фактические обстоятельства, например то, что было обнаружено при осмотре места преступления, при обыске у обвиняемого. К ним не следует относить протоколы допросов, а также действий, фиксирующих выполнение определенных требований закона, без установления обстоятельств существа дела, например протокол ознакомления обвиняемого с материалами законченного дела²⁷.

Примерно тех же взглядов придерживались И.М. Гуткин²⁸, В.П. Божьев, А.И. Лубенский²⁹ и иные специалисты, посвятившие работы проблемам уголовно-процессуального доказывания, в частности отдельным видам доказательств.

Анализ современной уголовно-процессуальной литературы показывает гораздо больший интерес ученых к проблемам использования в доказывании протоколов следственных действий и судебного заседания. На наш взгляд, подобная динамика связана в первую очередь с новыми подходами законодателя к сущности процессуального доказывания в целом и отдельным средствам доказывания в

²⁵ Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н.В. Жогин. Т. 2. М., 1967. С. 301–303.

²⁶ Галкин В.М. Указ. соч. С. 43.

²⁷ Строгович М.С. Указ. соч. С. 458.

²⁸ Уголовный процесс / под ред. Б.А. Викторова. М., 1970. С. 140–141.

²⁹ Божьев В.П., Лубенский А.И. Указ. соч. С. 65–66.

²⁴ Ведомости Верховного Совета СССР. 1959. № 1. Ст. 15.

частности. Исходя из современного смешанного, но в то же время во многом стремящегося к состязательному, характера отечественного уголовного судопроизводства, новый импульс развития получили многие, казалось бы, достаточно привычные процессуальные принципы. В частности, особое внимание стало уделяться концепции свободы оценки доказательств, предполагающей изначально гипотетическое равенство между всеми установленными законом средствами познания в уголовном процессе (ст. 17 УПК РФ). И это несмотря на то, что формально аналогичные правовые нормы существовали и ранее (например, ст. 57 УПК РСФСР 1923 г., ст. 71 УПК РСФСР 1960 г.).

В связи с отмеченной тенденцией современные ученые проводят более глубокий анализ сущности и значения протоколов следственных действий и судебного заседания как доказательств по уголовному делу, стремятся доказать их равноценность с такими доказательствами, как, например, показания, заключение эксперта или вещественные доказательства. Например, В.А. Лазарева применительно к протоколам следственных действий отмечает, что их содержанием являются достоверные ими факты и обстоятельства, обнаруженные органом расследования при производстве следственных действий. Особенностью протоколов следственных действий выступает то, что они отражают результаты непосредственного, чувственного восприятия дознавателем, следователем или прокурором следов, оставленных преступлением³⁰.

Л.Т. Ульянова в последних работах пишет, что протоколы следственных и судебных действий – письменные акты, в которых дознаватель, следователь, прокурор, суд по предусмотренным законом правилам фиксирует прежде всего то, что фактически было сделано при осуществлении конкретного действия, в том числе факт применения технических средств, а также установленные на основе непосредственного восприятия сведения, имеющие значение для правильного разрешения дела³¹.

Аналогичной позиции придерживается Ю.К. Орлов. Он отмечает, что указанные в ст. 83 УПК РФ протоколы выделены в самостоятельный источник доказательств ввиду того, что в них фиксируются обстановка, предметы или явления, непосредственно воспринимаемые следователем, понятыми и другими

участниками данного следственного действия, а также судом, если такие следственные действия проводятся в судебном заседании³².

Таким образом, в настоящее время прослеживается четкая тенденция, направленная на более детальный анализ протоколов следственных действий и судебного заседания как доказательств по уголовному делу в контексте их гипотетической равноценности с другими средствами процессуального познания. Мы уже отмечали, что несмотря на появившийся научный интерес к данным протоколам, этим видам доказательств уделяется явно недостаточно внимания; многие вопросы практически не исследованы.

Кстати, и в УПК РФ (ст. 83) данному виду доказательств посвящена лишь небольшая и явно расплывчатая формулировка. Подчас даже создается впечатление, что законодатель считает протоколы следственных действий и судебного заседания какими-то «не главными» средствами познания, не заслуживающими такого пристального внимания, как, например, показания, заключение эксперта или вещественные доказательства. Иными словами, несмотря на закрепленную в законе концепцию свободы оценки доказательств, предполагающую гипотетическую равнозначность всех средств процессуального познания, в реальности некоторым из них, в частности протоколам следственных действий и судебного заседания, предусмотренным ст. 83 УПК РФ, фактически отводится явно второстепенное значение.

Это наглядно демонстрируют материалы современной правоприменительной практики, те процессуальные документы, которые предполагают изложение собранных по делу доказательств: приговоры судов, обвинительные заключения и т.д. Например, по приговору Московского городского суда Ш. признан виновным в совершении нескольких преступлений, предусмотренных различными частями ст. 290 УК РФ. Свое решение суд аргументировал целым рядом собранных по делу доказательств. Однако при этом имеющиеся показания обвиняемого (подсудимого), а также свидетелей были описаны в приговоре весьма и весьма обстоятельно: каждому из них посвящено по несколько абзацев текста. А содержащиеся в уголовном деле протоколы следственных действий были охарактеризованы лишь фрагментарно – на нескольких строчках, без детального рассмотрения их содержания. В частности, в отношении результатов

³⁰ Лазарева В.А. Указ. соч. С. 324.

³¹ Ульянова Л.Т. Предмет доказывания и доказательства в уголовном процессе России. М., 2008. С. 120.

³² Орлов Ю.К. Указ. соч. С. 161.

контроля и записи переговоров было лишь отмечено, что они подтверждают фактическое общение в мае 2011 г. между людьми, говорящими между собой с абонентских номеров взяткодателя и взяткополучателя. При этом ни характер разговоров, ни их содержание, в отличие от изложенных в том же приговоре показаний, подробно не раскрываются³³.

Аналогичная ситуация прослеживается, например, в приговоре Бутырского районного суда г. Москвы в отношении С., осужденной по ч. 4 ст. 159 УК РФ. Наряду с подробно охарактеризованными показаниями подсудимой, потерпевших и свидетелей в нем имеется указание на целый ряд протоколов осмотров документов, описанных весьма и весьма лаконично. Так, по поводу протокола осмотра выписки из домовой книги лишь кратко отмечается, что потерпевшая вместе с двумя детьми была зарегистрирована по указанному адресу на основании договора безвозмездного пользования³⁴.

В приговоре Люблинского районного суда г. Москвы среди прочих доказательств фигури-

рует протокол осмотра черного чехла от ножа, обнаруженного и изъятого в автомобиле и признанного вещественным доказательством. При этом судья вообще не счел необходимым упомянуть, зачем проводился этот осмотр и к каким результатам он привел³⁵.

Следует заметить, что очень похожие проблемы наблюдаются и в близком к нам уголовно-процессуальном законодательстве стран СНГ. В частности, ст. 104 и 108 нового УПК Украины, делая акцент не на сущности протоколов, а на процессуальных правилах их составления, содержит также весьма краткие формулировки общего характера. Более детально протоколы следственных действий и судебного заседания регламентированы в ст. 99 УПК Республики Беларусь, ст. 122 УПК Казахстана и ст. 121 УПК Армении, где содержится перечень процессуальных действий, протоколы которых допускаются в качестве доказательств по уголовному делу. Однако представляется, что и эти правовые конструкции не способны разрешить всех обозначенных проблем.

Библиография:

1. Бойльке В. Уголовно-процессуальное право ФРГ / пер. с нем.; под ред. Л.В. Майоровой. – Красноярск, 2004.
2. Божьев В.П., Лубенский А.И. Источники доказательств по уголовно-процессуальному законодательству СССР и других социалистических государств. – М., 1981.
3. Викторский С.И. Русский уголовный процесс. – М., 1912.
4. Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Части общая и особенная. – СПб., 1910.
5. Выдря М.М. Вещественные доказательства в советском уголовном процессе. – М., 1955.
6. Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. – М., 1950.
7. Галкин В.М. Средства доказывания в уголовном процессе. – М., 1967.
8. Духовской М.В. Русский уголовный процесс. – М., 1910.
9. Каминская В.И. Показания обвиняемого в советском уголовном процессе. – М., 1960.
10. Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. – М., 1995.
11. Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание. – Воронеж, 1995.
12. Курс советского уголовного процесса. Общая часть / под ред. А.Д. Бойкова, И.И. Карпеца. – М., 1989.
13. Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. – М., 2009.
14. Лившиц В.Я. Принцип непосредственности в советском уголовном процессе. – М., 1949.
15. Мотовиловкер Я.О. Показания и объяснения обвиняемого как средство защиты в советском уголовном процессе. – М., 1956.
16. Орлов Ю.К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. – М., 2009.
17. Познышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. – М., 1913.
18. Рахунов Р.Д. Теория и практика экспертизы в советском уголовном процессе. – М., 1953.
19. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. – М., 1968.
20. Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н.В. Жогин. Т. 2. – М., 1967.

³³ <http://www.mos-gorsud.ru>.

³⁴ <http://sudrf.ru>.

³⁵ <http://sudrf.ru>.

21. Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н.В. Жогин. – М., 1973.
22. Уголовный процесс / под ред. Б.А. Викторова. – М., 1970.
23. Ульянова Л.Т. Оценка доказательств судом первой инстанции. – М., 1959.
24. Ульянова Л.Т. Предмет доказывания и доказательства в уголовном процессе России. – М., 2008.
25. Фельдштейн Г.С. Лекции по уголовному судопроизводству. – М., 1915.
26. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. – СПб., 1996.
27. Чельцов М.А. Уголовный процесс. – М., 1948.
28. Якуб М.Л. Вещественные и письменные доказательства // Вопросы уголовного процесса в практике Верховного Суда СССР. – М., 1955.

References

1. Boil'ke V. Ugolovno-protsessual'noe pravo FRG / pod. red. L.V. Ma-iorovoi. – Krasnoyarsk, 2004.
2. Bozh'ev V.P., Lubenskii A.I. Istochniki dokazatel'stv po ugolovno-protsessual'nomu zakonodatel'stvu SSSR i drugih sotsialisticheskikh gosudarstv. – М., 1981.
3. Viktorskii S.I.. Russkii ugolovnyi protsess. – М., 1912.
4. Vladimirov L.E. Uchenie ob ugolovnykh dokazatel'stvakh. Chasti: obshchaya i osobennaya. – SPb., 1910.
5. Vydrya M.M. Veshchestvennye dokazatel'stva v sovetskom ugolovnom protsesse. – М., 1955.
6. Vyshinskii A.Ya. Teoriya sudebnykh dokazatel'stv v sovetskom prave. – М., 1950.
7. Galkin V.M. Sredstva dokazyvaniya v ugolovnom protsesse. – М., 1967.
8. Dukhovskoi M.V. Russkii ugolovnyi protsess. – М., 1910.
9. Kaminskaya V.I. Pokazaniya obvinyaemogo v sovetskom ugolovnom protsesse. – М., 1960.
10. Kipnis N.M. Dopustimost' dokazatel'stv v ugolovnom sudoproizvodstve. – М., 1995.
11. Kokorev L.D., Kuznetsov N.P. Ugolovnyi protsess: dokazatel'stva i dokazyvanie. – Voronezh, 1995.
12. Kurs sovetskogo ugolovnogo protsesssa. Obshchaya chast' / pod red. A.D. Boikova, I.I. Karpetsa. – М., 1989.
13. Lazareva V.A. Dokazyvanie v ugolovnom protsesse: uchebn. – М., 2009.
14. Livshits V.Ya. Printsip neposredstvennosti v sovetskom ugolovnom protsesse. – М., 1949.
15. Motovilovker Ya.O. Pokazaniya i ob'yasneniya obvinyaemogo kak sredstvo zashchity v sovetskom ugolovnom protsesse. – М., 1956.
16. Orlov Yu.K. Problemy teorii dokazatel'stv v ugolovnom protsesse. – М., 2009.
17. Poznyshev S.V. Elementarnyi uchebnik russkogo ugolovnogo protsesssa. – М., 1913.
18. Rakhunov R.D. Teoriya i praktika ekspertizy v sovetskom ugolovnom protsesse. – М., 1953.
19. Strogovich M.S. Kurs sovetskogo ugolovnogo protsesssa. T.1. – М., 1968.
20. Teoriya dokazatel'stv v sovetskom ugolovnom protsesse / отв. ред. N.V. Zhogin. Т. 2. – М., 1967.
21. Teoriya dokazatel'stv v sovetskom ugolovnom protsesse / отв. ред. N.V. Zhogin. – М., 1973.
22. Ugolovnyi protsess / pod red. B.A. Viktorova. – М., 1970.
23. Ul'yanova L.T. Otsenka dokazatel'stv sudom pervoi instantsii. – М., 1959.
24. Ul'yanova L.T. Predmet dokazyvaniya i dokazatel'stva v ugolovnom protsesse Rossii. – М., 2008.
25. Fel'dshtein G.S. Leksii po ugolovnomu sudoproizvodstvu. – М., 1915.
26. Foinitskii I.Ya. Kurs ugolovnogo sudoproizvodstva. Т. 2. – SPb., 1996.
27. Chel'tsov M.A. Ugolovnyi protsess. – М., 1948.
28. Yakub M.L. Veshchestvennye i pis'mennye dokazatel'stva // Voprosy ugolovnogo protsesssa v praktike Verkhovnogo Suda SSSR. – М., 1955.

Материал поступил в редакцию 14 июня 2013 г.

Л.В. Чхутиашвили*

ОРГАНИЗАЦИЯ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО УЧЕТА НА РОССИЙСКИХ ПРЕДПРИЯТИЯХ

Аннотация. Статья посвящена вопросам организации и совершенствования экологического бухгалтерского учета на российских предприятиях в рыночных условиях хозяйствования. В современном обществе, установившем абсолютный приоритет рыночных отношений, защита экологии связана с рациональным природопользованием. В Декларации по окружающей среде и развитию, принятой в Рио-де-Жанейро в 1992 г., указывается, что государства должны сотрудничать для создания открытой международной экономической системы, которая приведет к экономическому росту и устойчивому развитию во всех странах, оказывающему влияние на экологию. С одной стороны, развитие невозможно без использования природных ресурсов, а с другой стороны, неизбежно влияние производственных и иных процессов на окружающую среду. Достижение оптимальных результатов развития с минимальным ущербом для среды – основная задача концепции устойчивого развития. Одной из проблем экологической экономики в свете концепции устойчивого развития является разработка и совершенствование направлений и принципов экологического учета и контроля, которые включают в себя финансовый и управленческий учет, отчетность по экологическим показателям и экологический аудит. При этом связь между управлением природоохранной деятельностью и экологическим учетом вполне понятна. В практике работы организаций осознание значимости экологии проявляется в постоянной необходимости расходования средств на охрану и восстановление окружающей среды, а это влечет за собой потребность организации экологического бухгалтерского учета, степень качества информации от которых может оказывать существенное влияние на принятие управленческих решений. Причем эти решения должны во взаимосвязи учитывать не только интересы своей организации, но и общие социально-экономические задачи охраны атмосферы, водных и земельных ресурсов, здоровья населения.

Ключевые слова: юриспруденция, бухгалтерский учет, природные ресурсы, охрана природы, устойчивое развитие, экология, рыночные отношения, экономический рост, международная экономическая система, производственные процессы.

DOI: 10.7256/1729-5920.2014.2.6205

В условиях современного общества, установившего абсолютный приоритет рыночных отношений, защита экологии связана с рациональным природопользованием. Человек превратился в потребителя, не задумываясь о том, что потребляет он в первую очередь богатства природы, истребляя то, что создавалось на нашей планете в течение миллионов лет. Для изменения отношения человечества к природе могут по-

требоваться десятки, а может и сотни лет. Но планета не будет ждать милости от людей. Необратимые изменения в биосфере уже начались, и сейчас задача наиболее прогрессивной части общества – максимально снизить силу воздействия человека на природу. Самый эффективный метод достижения этой цели – создание новой, экологической экономики, ориентированной на восстановление и поддержание экологического равновесия, и

© Чхутиашвили Лела Васильевна

* Кандидат экономических наук, доцент кафедры философских и социально-экономических дисциплин Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) [lela@email.ru]

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

новой идеологии, снижающей значимость нематериальных ценностей. В частности, она включает вторичное использование сырья и возобновляемых источников энергии, а также стабильный уровень населения.

Сегодня составляющей концепции нового экономического порядка является концепция устойчивого развития, в соответствии с которой экономическое развитие должно быть обусловлено необходимостью защиты и охраны окружающей природной среды. Причем реализация такого развития возможна только на глобальном уровне, с учетом интересов каждого государства и в единой взаимосвязанной системе. В Декларации по окружающей среде и развитию, принятой в Рио-де-Жанейро в 1992 г.¹, указывается, что государства должны сотрудничать для создания открытой международной экономической системы, которая приведет к экономическому росту и устойчивому развитию во всех странах.

Развитие оказывает влияние на экологию. Развитие невозможно без использования природных ресурсов, а с другой стороны, неизбежно влияние производственных и иных процессов на окружающую среду. Достижение оптимальных результатов развития с минимальным ущербом для среды – основная задача концепции устойчивого развития.

В соответствии с Основными положениями государственной стратегии действий по охране окружающей среды и обеспечению устойчивого развития, утвержденными Указом Президента РФ от 4 февраля 1994 г.², направлениями деятельности по обеспечению экологически безопасного устойчивого развития признаются:

- экологически обоснованное размещение производительных сил;
- экологически безопасное развитие промышленности, энергетики, транспорта и коммунального хозяйства;
- экологически безопасное развитие сельского хозяйства;
- неистощительное использование возобновляемых природных ресурсов;
- рациональное использование невозобновляемых природных ресурсов.

Одной из проблем экологической экономики в свете концепции устойчивого развития являются разработка и совершенствование направлений и принципов экологического учета и контроля, которые включают

в себя финансовый и управленческий учет, отчетность по экологическим показателям и экологический аудит. При этом связь между управлением природоохранной деятельностью и экологическим учетом вполне понятна. Основания, по которым в условиях коммерциализации вопросы природоохранной деятельности следует объединить в корпоративный учет, очевидны:

1) счета бухгалтерского учета организации должны отражать ее отношение к окружающей среде и влияние расходов, рисков и обязательств/ответственности, связанных с природоохранной деятельностью, на финансовое положение предприятия;

2) инвесторам для принятия инвестиционных решений необходимо располагать информацией по экологическим мероприятиям и расходам, связанным с природоохранной деятельностью;

3) вопросы природоохранной деятельности выступают также предметом управленческой деятельности: менеджерам необходимо выявлять и распределять природоохранные затраты для правильной оценки продукции и принятия инвестиционных решений, которые должны базироваться на реальных издержках и выгодах;

4) организации могут иметь преимущества в конкурентной борьбе, если они окажутся способными доказать, что их товары и услуги отвечают требованиям экологической безопасности;

5) экологический учет является ключом к устойчивому развитию экономики.

Несмотря на то, что экономические субъекты принимают концепцию устойчивого развития, они испытывают трудности в преломлении ее принципов в конкретных организациях. Поэтому Всемирным экологическим форумом по устойчивому развитию был впервые введен термин «экоэффективность». Экоэффективный режим работы снижает воздействие организации на состояние окружающей среды, одновременно повышая ее прибыльность. Однако эффективность может быть измерена только посредством ведения экологического учета для предоставления точной информации по природоохранным расходам, сбережениям и воздействию хозяйственной деятельности на окружающую среду.

Руководители российских организаций, стремящиеся увеличить объемы финансирования с западных рынков капитала, понимают, что если в новых российских бухгалтерских балансах не будет представлена инфор-

¹ Международное публичное право. Сб. документов. Т. 2. М., 1996. С. 135–138.

² Российская газета. 1994. 9 февр.

мация по экологическим обязательствам, то это снизит доверие инвесторов к финансовым отчетам. Инвесторы, подозревающие о существовании таких обязательств, но не располагающие их оценкой, повысят стоимость капитала для российских организаций ввиду повышения риска.

Следовательно, экологическая информация должна быть неотъемлемой частью при составлении достоверной бухгалтерской (финансовой) отчетности. Однако в настоящее время в России нет нормативных актов регулирования учетной деятельности в области экологии, требующих подробного отражения в финансовой отчетности обязательств и затрат, связанных с природоохранной деятельностью. Более того, в тысячах организаций имеет место неупорядоченность учета природоохранных затрат, когда они не только не выделяются, но и, особенно текущие, «растворяются» в себестоимости, необоснованно относятся на охрану труда и технику безопасности, на общехозяйственные либо прочие расходы. Поэтому разработка основ развития экологического учета представляет социально-экономическую значимость для предотвращения кризисных явлений.

Следует отметить, что в термин «экологический учет» (учет природоохранной деятельности) разными авторами вкладывается различный смысл. На уровне *национального счетоводства* он истолковывается как учет, относящийся к физическим запасам природных ресурсов, стоимостной оценке деградации окружающей среды и соответствующим затратам на природоохранные меры, а также к расчету истинного (или «зеленого») ВВП. На уровне организаций учет природоохранной деятельности может быть использован в контексте методик внутреннего (управленческого) учета, финансового учета для целей представления внешней отчетности, а также анализа физических потоков сырья по методу «затраты – выпуск».

Конкретного же определения экологического учета в специальной литературе не приводится. По нашему мнению, к этому вопросу следует подойти с позиции характеристики бухгалтерского учета как науки и его функций в сфере экологии.

Функциями бухгалтерского учета в сфере экологии можно назвать следующие:

- а) усиление роли регулирования экономики;
- б) усиление контроля за расходами;
- в) возникновение новых экономических возможностей, в частности рыночных;

г) осуществление менеджмента и контроля природоохранных мероприятий³;

д) появление проблем риска;

е) обязательность составления соответствующей отчетности;

ж) возможность принятия защитных мер;

з) необходимость выполнения профессиональных обязанностей и соблюдения общественного интереса;

и) моральная ответственность.

Наиболее серьезные из этих проблем связаны с современным состоянием окружающей среды и настолько сложны, что должны решаться по отдельности.

Следовательно, экологический учет можно представить как процесс отражения в системе бухгалтерского учета природоохранных затрат и обязательств, а также социо-эколого-экономических результатов хозяйствующих субъектов с целью управления бизнесом и достижения оптимальной экономико-экологической ниши на рынке товаров и услуг.

На Западе в качестве отправной точки для разработки систем экологического бухгалтерского учета используется единая концептуальная схема, в которой могут быть позиционированы современные направления развития. Агентство охраны окружающей среды США (The United States Environmental Protection Agency, EPA, 1995) разработало следующее представление сферы учета природоохранной деятельности (см. табл. 1).

Таблица 1

Система экологического бухгалтерского учета EPA

Тип экологического учета	Объект учета	Адресат
Учет национального дохода	Нация	Внешний
Финансовый учет	Компания	Внешний
Управленческий учет	Компания, отдел, канал обслуживания, производственная линия или система	Внутренний

Дальнейшая разработка предложенной выше системы, так же как и разработка концептуальных основ экологического учета, безусловно потребует включения в нее ряда качественных характеристик, разработанных, например, ISAR, Комитетом по международным стандартам финансовой отчетности (International Accounting Standards Committee –

³ Соколова М.П. Бухгалтерский учет природоохранных мероприятий // Бухгалтерский учет. 2000. № 15. С. 26–32.

IASC) и Комитетом по международным стандартам финансового учета (Financial Accounting Standards Board – FASB). К этим характеристикам относятся: существенность, объективность, своевременность, точность и обоснованность (см. табл. 2).

Таблица 2

Модифицированная модель экологического учета EPA

Тип учета	Объект учета	Адресат	Единицы учета
Учет национального дохода	Нация	Внешний	Количественные. Стоимостные
Финансовый учет	Компания	Внешний	Стоимостные
Управленческий учет	Компания, отдел, канал обслуживания, производственная линия или система	Внутренний	Количественные. Стоимостные

Это лишь первый шаг при переходе от финансового экологического учета к финансовой отчетности. Без необходимости представления отчетов (внутренних или внешних) о деятельности в области экологии методы экологического учета вряд ли развились бы. Развитие этого направления влечет за собой и разработку соответствующих методов бухгалтерского учета.

Учет национального дохода рассматривается выше в рамках системы EPA, тем не менее здесь не проводится анализ экологического учета ни на уровне общественного сектора в соответствии с Системой национальных счетов (System of National Accounts, SNA – United Nations, 1968), ни на уровне соответствующей модернизированной Системы интегрированного экологического и экономического учета (System for Integrated Environmental and Economic Accounting – SEEA), разработанной в 1993 г. отделом статистики департамента экономической и общественной информации ООН на основе SNA.

Основная работа в сфере внутреннего (управленческого) экологического учета проводится по двум направлениям: совершенствование системы распределения расходов на охрану окружающей среды в частном секторе (совершенствование учета «скрытых» затрат на окружающую среду) и интернационализация внешних (общественных) затрат.

В качестве альтернативы к использованию подхода «владелец организации и успешность решения», который подразумевается в финансовой отчетности, во внут-

реннем учете принят подход с точки зрения перспективных затрат.

В отличие от экологического учета современные инициативы в области финансового учета затрат на экологию и потенциальные обязательства связаны, однако, с постепенным признанием целесообразности большего раскрытия информации и того, что существующие стандарты нуждаются в расширении и детализации за счет представления дополнительных данных.

EPA предлагает удобную систему анализа затрат на окружающую среду. В ней рассматриваются различные виды потенциальных затрат (см. табл. 3). Этот подход не предполагает интернализацию внешних затрат.

Как показывают наблюдения зарубежных авторов, желание корпораций прибегать к произвольному раскрытию информации (финансовой и экологической) обусловлено в значительной степени возможностью (в отдельных случаях – вероятностью) судебных процессов, возбужденных вследствие неосмотрительного раскрытия информации. Свидетельства нежелания компаний раскрывать потенциальные экологические обязательства стали в какой-то степени анекдотичными. Однако во многих публикациях, посвященных изучению такого рода дел, отмечается необходимость привлечения корпорациями своих юридических консультантов (помимо аудиторов) при принятии решений об оценке (и раскрытии) экологических обязательств.

Таблица 3

Классификация экологических затрат

Классификация экологических затрат EPA	Примеры экологических затрат
Частные (инициативные)	Обычные затраты. Оборудование, оплата труда, материалы. Скрытые затраты: а) нормативные – системы, контроль, сборы; б) авансовые – изучение, освоение участков; в) конечные – ликвидация, проверка участков; г) добровольные – аудит, составление отчетности, НИОКР, благоустройство участков. Потенциальные затраты: неустойки, штрафы, восстановление окружающей среды. Затраты на имидж и социальные затраты. Имидж корпорации и социальные затраты
Внешние (общественные) затраты	Затраты, которые несет общество в целом и которые не «переадресуются» отвечающему за них предприятию, таким образом не влияя на его чистую прибыль (после налогообложения)

В большинстве случаев финансовый экологический учет приобретает подлинную до-

стоверность лишь при одновременном действии двух условий:

1) вероятность обязательства (согласно определению, данному в модели GAAP) достигла такого уровня, когда возникла необходимость в формировании резерва по возможным обязательствам с целью избежать отчета о проверке счетов;

2) принятая граница существенности нарушена из-за потенциальных обязательств.

При наличии лишь одного из этих условий признание необходимости раскрытия информации и соответствующее ее раскрытие может не произойти.

По мнению А. Думнова и И. Потравного⁴, наиболее логически стройной представляется точка зрения, согласно которой к охране окружающей природной среды относится ограниченный круг мероприятий по сохранению ее качества, защите различных природных ресурсов от негативных антропогенных последствий. Сюда должны включаться как целевая деятельность по охране природы, так и сопряженные мероприятия по внедрению прогрессивных технологий производства и форм потребления. При подсчете экологических затрат сопряженные экологические мероприятия, естественно, учитываются лишь частично, т.е. в соответствии с их природоохранной долей.

Что касается отраслей, экономически взаимосвязанных с эксплуатацией (изъятием) природных ресурсов, поддержанием элементарных санитарно-эпидемиологических условий проживания населения, восстановлением его здоровья и т.п., то вычленив здесь природоохранную составляющую весьма сложно. В этой связи лесное хозяйство, растениеводство и животноводство, мелиорация и агротехнические мероприятия по повышению плодородия почв, внесению удобрений, регулированию выпаса скота, гидростроительство, жилищно-коммунальное хозяйство в части благоустройства населенных пунктов, здравоохранение, организация отдыха и санаторного лечения, соблюдение техники безопасности и выполнение санитарных требований на производстве, предупреждение и ликвидация последствий природных катастроф и т.д. можно рассматривать при «расширенной» трактовке охраны окружающей природной среды. Но даже при таком подходе характер некоторых мероприятий остается достаточно противоре-

чивым (например, благоустройство городов, приводящее к расширению их территории и дополнительному землеотводу).

Авторы считают, что в России в настоящее время имеются все необходимые предпосылки и существует настоятельная потребность в проведении полномасштабных расчетов природоохранных затрат по «суженной» трактовке. Однако для этого надо решить ряд организационных и статистических вопросов и прежде всего по упорядочиванию информации о структуре и расходах государственного управления, контроля, мониторинга, НИОКР и т.п.

В методологии статистического учета в нашей стране под текущими затратами на охрану окружающей среды понимаются все расходы организации по охране окружающей среды и рациональному использованию природных ресурсов, осуществляемые за счет собственных или заемных средств организации либо средств государственного бюджета.

Важным, определяющим размер затрат на природопользование, является социальный фактор. Производственная деятельность организаций оказывает существенное воздействие на социальные элементы окружающей среды, в том числе и на человека. Негативное воздействие на них в пределах, превышающих официально допустимые нормативы, наносит прямой и косвенный материальный ущерб.

Прямой ущерб выражается в штрафах и платежах за сверхнормативное воздействие, затратах на ликвидацию последствий и компенсационные платежи (в том числе **медико-экологического** характера), потерях при ограничении и закрытии производств. Косвенный ущерб возникает в результате снижения привлекательности инвестиций в предприятия, конкурентоспособности их продукции, лишения предприятий льгот и привилегий вследствие формирования негативного общественного мнения, пристрастного отношения уполномоченных органов контроля и управления и в ряде других случаев.

В вопросах оценки общей величины и структуры расходов на охрану окружающей среды сегодня нет единого мнения. В то же время этот раздел является важным фактором эколого-экономической и учетной политики. С учетом результатов исследований, а также учетной практики перечень основных групп и видов затрат экологического назначения, по нашему мнению, может быть принят следующий:

1. *Текущие затраты предприятий, организаций и учреждений на охрану окружающей среды.* Под текущими экологическими

⁴ Думнов А., Потравный И. Экологические затраты: проблемы сопоставления и анализа // Вопросы экономики. 1998. № 6. С. 122–132.

затратами в данном случае следует понимать расходы на содержание и эксплуатацию основных фондов природоохранного назначения (прежде всего водо- и пыле-газоочистных установок, объектов водооборотного водоснабжения, оборудования и сооружений по сбору, обезвреживанию, складированию и захоронению твердых (полужидких) отходов производства и потребления, зданий, сооружений и оборудования по охране биологических ресурсов и нормального функционирования заповедных территорий, расходы на рекультивацию земель, осуществляемые за счет себестоимости выпускаемой продукции или оказываемых услуг), а также иные аналогичные затраты, перечисленные в указаниях по заполнению формы № 4-ОС.

2. *Затраты на капитальный ремонт основных фондов природоохранного значения.* В составе затрат на капитальный ремонт основных экологических фондов должны быть отражены расходы по ремонту сооружений, установок, оборудования непромышленных фондов природоохранного назначения. Конкретные данные могут быть также взяты из отчетов по форме № 4-ОС⁵.

3. *Капитальные вложения на мероприятия по охране окружающей среды и рациональному использованию природных ресурсов* охватывают инвестиции по обновлению, реконструкции, замене и расширению основных экологических фондов, перечень которых приведен в инструкции по составлению отчета по форме № 18-КС⁶. При этом все иные инвестиции, в том числе имеющие комплексное (двойное) назначение, в эти расходы в настоящее время не попадают.

Учет затрат по приобретению указанных объектов рекомендуется вести обособленно от затрат по капитальному строительству и приобретению других видов внеоборотных активов в ведомости № 18-КС «Учет затрат по капитальным вложениям». Учет источников финансирования приобретения указанных объектов основных средств следует вести в

ведомости учета использования источников финансирования капитального строительства совместно и в таком же порядке, который установлен для учета источников финансирования капитального строительства.

4. *В состав затрат на содержание особо охраняемых природных территорий* (заповедников, заповедно-охотничьих хозяйств и национальных природных парков) входят операционные расходы, выделяемые из бюджета и иных источников на их содержание, включая заработную плату работников этих учреждений и организаций. Конкретное содержание данных затрат приводится в инструкции по заполнению отчетности по форме № 1- заповедник⁷, а также в ряде ведомственных документов.

5. *Затраты на научное исследование в области охраны окружающей среды и рационального использования природных ресурсов* по данным сводных отчетов по форме № 2-наука⁸.

6. *Расходы на содержание и деятельность государственных органов по охране окружающей среды*, в том числе труда работников управленческих и контрольных органов по данным их финансовых отчетов.

7. *Затраты на подготовку специалистов по экологическим специальностям* в соответствии с Классификатором на основе расчетов и оценок стоимости подготовки.

8. Важной статьей *затрат на природоохранные мероприятия* в условиях коммерциализации являются все виды экологических платежей – и плата за землю, и использование водных ресурсов.

9. *В состав экологических затрат необходимо включать расходы на экспертно-аудиторские услуги по сертификации производства, почвы, сырья и готовой продукции на предмет экологической безопасности.*

Экологическая отчетность сегодня должна стать важным элементом устойчивого экономического развития организаций, поскольку она является не только механизмом демонстрации для общественности своей готовности к действиям по охране окружающей среды, но и результатом самих действий. Это также и хороший бизнес, и источник информации при экологическом аудировании. Для пользы дела экологический отчет должен отражать:

⁵ Постановление Госкомстата РФ от 1 сентября 2003 г. № 80 «Об утверждении Порядка заполнения и представления формы федерального государственного статистического наблюдения № 4-ОС «Сведения о текущих затратах на охрану окружающей среды и экологических платежах»».

⁶ Постановление Госкомстата РФ 26 ноября 2001 г. № 87 (Д) «Об утверждении Инструкции по заполнению формы федерального государственного статистического наблюдения № 18-кс «Сведения об инвестициях в основной капитал, направленных на охрану окружающей среды и рациональное использование природных ресурсов»».

⁷ Форма № 1-заповедник утратила силу с отчета за 2004 г. на основании постановления Росстата от 14.07.2004 г. № 28.

⁸ Форма № 2-наука утратила силу с отчета за 2006 г. на основании постановления Росстата от 20 ноября 2006 г. № 67.

- вид экологических проблем, относящихся к деятельности данного предприятия и отрасли, в которую оно входит;
- официальную политику и программы, принятые предприятием в отношении природоохранных мер; улучшения в ключевых областях, произошедшие со времени принятия политики;
- целевые показатели выбросов в окружающую среду, установленные предприятием, и то, как деятельность предприятия соотносится с этими показателями, в частности:

а) в какой степени принятие природоохранных мер было продиктовано государственными законами; в какой степени требования Правительства (например сроки сокращения объема выбросов) выполняются;

б) любые существенные разбирательства в соответствии с законами об охране окружающей среды (руководство должно представлять информацию об известной потенциально серьезной экологической проблеме);

в) финансовые или оперативные последствия мероприятий по охране окружающей среды для капиталовложений и чистой выручки предприятия в текущем периоде и любые конкретные последствия для будущих периодов;

г) при существенных последствиях – сумму, отнесенную на счет операций в текущем периоде вместе с описанием тех природоохранных мер, к которым они относятся. Эта сумма может быть подразделена на следующие счета общей бухгалтерской книги: очистка сточных вод, очистка газообразных отходов и отработанного воздуха, обработка твердых отходов, анализ, наблюдение и контроль за соблюдением, ликвидация последствий, утилизация и прочее (например, авария, обеспечение безопасности и т.д.).

Таким образом, система экологического бухгалтерского учета должна включать в себя четыре основные составляющие: учет природоохранных расходов, учет экологических обязательств, отчетность о природоохранной деятельности и аудит соответствующей информации, каждая из которых имеет экономическую значимость.

По нашему мнению, систему экологического бухгалтерского учета можно представить следующим образом.

Учет текущих затрат на охрану окружающей среды:

1) затраты на капремонт основных фондов природоохранного назначения;

2) капитальные вложения на мероприятия по охране окружающей среды и рациональному использованию природных ресурсов;

3) затраты на содержание особо охраняемых природных территорий;

4) затраты на научное исследование в области охраны окружающей среды;

5) расходы на содержание и деятельность государственных органов по охране окружающей среды;

6) затраты на подготовку специалистов по экологическим специальностям;

7) экологические налоги и платежи за землю и использование водных ресурсов;

8) расходы на экоаудиторские услуги по сертификации производства на предмет экологической безопасности.

Экологический учет – это:

- учет природоохранных расходов;
- учет экологических финансовых обязательств по восстановлению окружающей природной среды;
- отчетность о природоохранной деятельности.

Учет природоохранных расходов – это учет расходов, связанных с ограничением в ходе обычных производственных процессов всех видов неблагоприятного воздействия на окружающую среду до приемлемых уровней, рассматривать как расходы на природоохранную деятельность. Учет экологических финансовых обязательств в области природопользования и охраны окружающей среды в настоящей концепции определяется как совокупность затрат, являющихся следствием событий прошлого, текущего и будущих периодов. Прямой учет этих затрат ведет к снижению финансовых показателей деятельности компании и ее подразделений.

Проблема организации и ведения учета экологических обязательств связана главным образом с высокой степенью их неопределенности. Эта неопределенность обусловливается комплексом таких факторов, как техническая и организационная сложность природовосстановительных мероприятий, их долгосрочный характер.

Игнорирование экологических обязательств в бухгалтерском учете и, как следствие, невключение их в отчетность опасно по многим причинам. Во-первых, акционеры могут пожелать учесть оценку этих обязательств в цене акций. Во-вторых, отсутствие определенной политики в отношении экологических обязательств может привести к тому, что управленческий персонал не будет своевременно обращать внимание старшего руко-

водящего звена на экологические проблемы. В-третьих, за организацией может утвердиться репутация безответственной. И, наконец, акционеры могут попытаться возбудить иски против организации, не предоставляющей соответствующую информацию.

Достоверность перспективной оценки (даже в течение календарного года) финансовых обязательств в области охраны окружающей среды, зависящая в первую очередь от прямых затрат будущих периодов экологического характера, в российских условиях весьма низка.

Оценка расходов будущих периодов должна характеризовать в денежном выражении ее экологические обязательства: на период ожидаемой стабильности и прогнозируемости законодательных и правовых актов в области охраны природы и соответствующего налогообложения; по этапам и проектам развития компании согласно стратегии ее развития; во временных рамках согласно условиям инвестиционных кредитных и иных соглашений.

Экологические расходы будущих периодов (как и любые потенциальные затраты) являются следствием событий предыдущих периодов и ожидаемых событий, последствия которых должны привести к снижению финансовых показателей деятельности компании. Эти расходы определяются исходя из требований природоохранного законодательства с учетом степени готовности предприятия удовлетворить требования или оплатить штрафные санкции, а также текущих и плановых затрат на осуществление природоохранных мероприятий компенсационного и превентивного характера.

Структура расходов будущих периодов включает следующие укрупненные компоненты:

1) плановые затраты на природоохранное обеспечение текущей производственной деятельности согласно действующим проектам, природоохранному законодательству и нормативным актам, включая отложенные затраты прошлых периодов и их финансовые последствия;

2) плановые затраты на природоохранную деятельность по перспективным проектам, утвержденным компанией и согласованным с органами охраны природы, другими заинтересованными органами исполнительной власти;

3) вероятные затраты на локализацию, смягчение и ликвидацию экологически опасных последствий внештатных и аварийных ситуаций природного и техногенного характе-

ра на предприятиях; обязательные платежи (нормативные, сверхнормативные, штрафы) в федеральные региональные и муниципальные экологические фонды;

4) затраты на участие в федеральных, региональных и муниципальных программах экологического оздоровления территории в зоне деятельности организации;

5) затраты на ведение судебных дел и удовлетворение исков к компании экологического характера со стороны органов власти, юридических и физических лиц;

6) затраты на формирование благоприятного общественного мнения и создание имиджа экологически безопасного производства на предприятиях.

Все составляющие структуры экологических расходов будущих периодов имеют частично возвратный характер благодаря обеспечению прибыльности и частичной самокупаемости природоохранной деятельности, получению льгот и привилегий, зачету обязательных платежей и т.п.

Раскрытие информации о природоохранной деятельности организации в ее годовой бухгалтерской (финансовой) отчетности помогает собственникам оценивать деятельность руководства, обеспечивает широкий общественный контроль, способствует формированию положительного имиджа организации.

Экологическая бухгалтерская отчетность – это отчетность:

- по инвестициям в природоохранную деятельность;
- по общефирменным расходам на охрану окружающей среды и степени их влияния на финансовые результаты деятельности;
- по расходам на научные исследования и разработки в области охраны окружающей среды и рационального природопользования;
- по расходам по управлению природоохранной деятельностью и ее планированию;
- по расходам, связанным с ликвидацией последствий ущерба;
- по возмещенным расходам, уплаченным добровольно или по решению суда;
- по финансовым последствиям мероприятий в области охраны окружающей среды для будущих периодов.

Вопросы, связанные с природоохранной деятельностью, оказывают влияние на аудит бухгалтерской отчетности, в особенности на стадиях заключения договора, планирования

аудита, проведения аудиторских процедур. Проверку информации о природоохранной деятельности осуществляют экологические аудиторы.

Развитие экологического аудита в России невозможно рассматривать вне развития системы финансового (общего, банковского и страхового) аудита. Постановлением Правительства РФ от 23 сентября 2002 г. № 696⁹ были утверждены Федеральные правила (стандарты) аудиторской деятельности в Российской Федерации как системы независимого общественного финансового контроля.

Законодательной основой экологического аудита в России служат Федеральный закон «Об охране окружающей среды» (в ст. 1 дано определение экологического аудита), Федеральный закон «Об охране атмосферного воздуха» (п. 2 ст. 27 предусматривает использование экоаудита по требованию государственных инспекторов), Указ Президента РФ «О классификаторе правовых актов» (характеризует экоаудит как вид деятельности), приказ Госкомэкологии РФ «О проведении практических работ по введению экологического аудирования в Российской Федерации». Госстандартом России приняты стандарты серии ГОСТ Р ISO 14000 по формированию системы экоаудита.

В 2010 г. Минприроды России совместно с Минэнерго России, Минфином России, Минэкономразвития России, Государственной корпорацией по атомной энергии «Росатом» был разработан проект Федерального закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации (в части регулирования вопросов осуществления экологического аудита)», которым предусматривается, что экологический аудит проводится членами саморегулируемых организаций в области экологического аудита – экологическими аудиторами. В настоящее время законопроект дорабатывается Министерством по замечаниям Государственно-правового управления Президента РФ в части отношений, связанных с деятельностью саморегулируемых организаций в области экологического аудита.

В рыночных условиях хозяйствования чрезвычайно важны меры по созданию с помощью эффективных рыночных инструментов и регуляторов благоприятного климата для развития всех сфер бизнеса, способствующего экологизации экономики, особенно экологического аудита.

Сфера применения и роль экологического аудита очень широка и многогранна. *Экологический аудит* – это:

- организационно-управленческий инструмент обеспечения экологической безопасности объекта;
- инструмент государственного обеспечения экологической безопасности объектов и территорий;
- инструмент обеспечения предупреждения и ограничения последствий аварий на аудируемом объекте;
- элемент системы экологического страхования;
- новое направление предпринимательской деятельности на рынке экологических услуг.

Являясь инструментом повышения инвестиционной привлекательности и эффективности предприятий, прежде всего реального сектора экономики, экологический аудит позволит решать государственные задачи в области экологической безопасности как составляющей национальной безопасности России.

Экологические приоритеты нашли свое отражение в Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации (2008), в которой определены цели России до 2020 г. Эта Концепция официально утверждена всеми структурами власти России, и ее приоритеты должны задать направления развития страны на длительную перспективу. Целью экологической политики провозглашается значительное улучшение качества природной среды и экологических условий жизни человека, формирование сбалансированной экологически ориентированной модели развития экономики и экологически конкурентоспособных производств.

В Концепции выделяются следующие четыре основных направления экологизации экономического развития и улучшения экологической среды жизни человека на перспективу:

1. Направление, связанное с экологизацией производства, предусматривает поэтапное сокращение уровней воздействия на окружающую среду от всех антропогенных источников. Основными элементами этого направления должны стать новая система нормирования допустимого воздействия на окружающую среду, предусматривающая отказ от установления индивидуальных разрешений по каждому предприятию и установление нормативов и планов поэтапного снижения загрязнения до уровней, соответствующих наилучшим экологически безопасным мировым технологиям, создание развитой индустрии по утилизации

⁹ СЗ РФ. 2002. № 39. Ст. 3797,

отходов и расширение использования альтернативных возобновляемых источников энергии, сдерживание объемов антропогенной эмиссии парниковых газов. Будут активно стимулироваться процессы модернизации производства, ориентированные на снижение энергоемкости и материалоемкости. К 2020 г. целевым ориентиром является снижение удельных уровней воздействия на окружающую среду в 3–7 раз в зависимости от отрасли;

2. «Экология человека» – создание экологически безопасной и комфортной среды проживания населения, мест его работы и отдыха, иной социальной активности;

3. «Экологический бизнес» – создание эффективного экологического сектора экономики. Этот сектор может включить в себя конкурентоспособный бизнес в области общего и специализированного машиностроения, бизнес-девелопмента, экологического консалтинга, развития рынка квот на выбросы;

4. Сохранение и защита природной среды. Основу действий в этом направлении будут составлять новые методы территориального планирования, землепользования и застройки, учитывающие экологические ограничения.

В условиях возможности выбора организацией хозяйствования учетной политики исследование основ формирования и функционирования экологического учета принимает особую актуальность. Необходимость разработки целостной экономически научно обоснованной организационно-методической базы развития экологического учета как целостной формы контроля и важнейшего звена информационного обеспечения системы управления природоохранной деятельностью хозяйствующих субъектов предопределили становление и развитие экологического учета в Российской Федерации.

Таким образом, напряженная экономико-экологическая обстановка на современном этапе требует совершенствования подходов к экологизации производственной деятельности организаций с целью оптимизации параметров и издержек охраны окружающей природной среды как одной из задач социальной экономики и социальной политики России.

В практике работы организаций осознание значимости экологии проявляется в постоянной необходимости расходования средств на охрану и восстановление окружающей среды, а это влечет за собой потребность организации экологического учета, степень качества информации от которых может оказывать существенное влияние на при-

нятие управленческих решений. Причем эти решения должны во взаимосвязи учитывать не только интересы своей организации, но и общие социально-экономические задачи охраны атмосферы, водных и земельных ресурсов, здоровья населения.

Наряду с этим экологическая состоятельность самой организации прямо влияет на уровень ее инвестиционной привлекательности, конкурентоспособности на рынке товаров и услуг, в целом имиджа. Экологическая опасность становится препятствием социально-экономическому развитию самих организаций и общества. Состояние окружающей среды уже перешло из разряда экзогенных параметров для экономической системы в разряд внутриаقتصادي характеристик. Поэтому достижение экологической безопасности требует на всех уровнях решения двух взаимосвязанных задач: поддержание минимального уровня жизни в период перехода к рыночной экономике и создание условий для устойчивого социально-экономического развития. В этих условиях развитие экологического учета приобретает основополагающее значение для управления экономико-экологическими процессами хозяйствующих субъектов.

Разработка теории и практики отраслевой системы экологического учета должна базироваться на сочетании комплексов в таких областях, как экология, экономика и бухгалтерский учет.

Анализ состояния учета и отчетности природоохранной деятельности организаций выявил недостаточный уровень его организации. Экологический учет ведется несистемно, зачастую при помощи выборок, статистических расчетов и экспертных оценок. Основная часть текущих природоохранных затрат не выделяется в обособленные статьи бухгалтерского учета и отчетности. Все это затрудняет определение реальной обстановки по природоохранной деятельности предприятия, не способствует организации контроля за эффективностью экологических затрат, не позволяет принимать оптимальные управленческие решения по центрам ответственности, что влияет на конечные финансово-хозяйственные результаты.

В целях совершенствования учета и отчетности природоохранной деятельности рекомендуется в системе бухгалтерского учета выделить статьи для учета текущих и общих экологических затрат, а в учетной политике каждой организации предусмотреть сравнительно автономную подсистему организации экологического учета.

Определение и оценка потенциальных финансовых экологических обязательств является центральной проблемой в учете природоохранной деятельности и одной из основных задач аудита. Оценка обязательств по возмещению экологического ущерба необходимо проводить в следующих случаях: признание и подтверждение хозяйствующего субъекта в качестве потенциально ответственной стороны; получение одностороннего административного распоряжения; участие в процедурах определения реального или возможного ущерба в качестве потенциально ответственной стороны; завершение процедуры исследования вероятности наступления ущерба; оформление документа, фиксирующего согласие с процедурами по очистке окружающей среды, которые должны быть предприняты предприятием по результатам их оценки; составление проекта возмещения экологического ущерба в процессе хозяйственной деятельности, включая последующий мониторинг.

Исследованием установлено, что совершенствование форм и методов достоверной природоохранной отчетности способствует развитию экологического учета, их гармонизации с международными стандартами финансового и управленческого учета на основе концепции объективной необходимости эволюционного вхождения России в систему мировой рыночной экономики. Сводный экологический отчет должен включать следующие разделы: полное изложение экологической политики; уровень ответственности (членов правления) и обязательств компании; информация о суммарном воздействии на окружающую среду основной деятельности, компании; количественные данные об экологической деятельности, задачи в этой области и показатели их выполнения; информация, требуемая законами и соглашениями; финансовое влияние деятельности в области экологии на бизнес, например риски, затраты, штрафы, резервы и обязательства; способы оценки полноты информации, например при помощи доклада об общем материальном балансе.

Экологический отчет должен быть объединен или связан с годовым отчетом и информацией о финансовом положении. В нем должны быть сформулированы эколого-экономические цели для обеспечения стабильного развития предприятия. Отчет должен быть аудирован. В этой связи необходимо разработать структуру, формы экологического отчета и методику по их заполнению.

Предлагаемая структура экологических отчетов без расширения ее объема будет спо-

собствовать улучшению качества, достоверности и оперативности эколого-экономической внутрипроизводственной информации и на этой основе упорядочению экологического и экономического контроля, повышению уровня объективности принятия управленческих решений. Данное обстоятельство позволит достичь достоверности и своевременности статистической отчетности, а внешним пользователям будет предоставлена возможность определения степени риска экономических отношений с предприятием, в случае если хозяйствующий субъект сочтет возможным обнародовать свою экологическую отчетность (или если учетная политика хозяйствующего субъекта допускает ее раскрытие).

В современных условиях контрольный аспект бухгалтерского учета выдвигается на первый план, все более приобретая государственный характер, а внутренняя направленность связана с поиском и мобилизацией резервов повышения эффективности производства. Система управленческого контроля, основанная на информации сегментарного учета и отчетности, позволяет руководителям всех уровней реализовывать одну из своих управленческих функций – функцию контроля за выполнением принятых решений. Поэтому для оперативного управления затратами на предприятии в условиях конкуренции рекомендуется вести учет затрат по расчетным действующим нормам организаций, что способствует проведению действенного контроля за уровнем издержек.

В русле внедрения в законодательство идеи повышения экологической эффективности российской экономики, отраженной в Указе Президента РФ от 4 июня 2008 г. № 889, законодатель вводит (законопроект № 111741-5 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях повышения энергетической и экологической эффективности российской экономики») в нормативную лексику понятие «экологическая эффективность». По контексту применения понятия оно близко по смыслу, например, эффективности природоохранных мероприятий, эффективности мер по сокращению негативного воздействия на окружающую среду. Но в настоящее время нет ни содержательной, ни технико-юридической необходимости в формализации еще одного, параллельного, понятия, тем более что подобное нововведение может только запутать правоприменительную практику. Если же законодатель не сомневается в обоснованности правового регулирования именно экологической эффек-

тивности, то необходимо на уровне федерального закона (и/или в ФЗ «Об охране окружающей среды») не только привести определение самого понятия, но и назвать показатели экологической эффективности, не передавая эту задачу на подзаконный уровень. Как возможный вариант, определение может быть дано посредством отсылки к показателям результативности конкретных природоохранных, ресурсо- и энергосберегающих мероприятий. В свою очередь, такая результативность должна интегрировать не только собственно экологические, но также и взаимосвязанные с ними экономические, социальные и иные последствия реализации названных мероприятий.

Разрабатываемые в настоящее время законопроект о мерах повышения энергоэффективности и энергосбережения рассматривают этот вид деятельности в системе экологического контроля и даже допускают замену государственного контроля экологическим аудитом. С точки зрения снижения административных барьеров предпринимательской деятельности, в отношении некоторых объектов перераспределение контрольных механизмов возможно и будет целесообразным. Однако экологический аудит в таком случае не является наилучшей, а тем более единственной альтернативой государственному экологическому контролю. Скорее, речь идет о повышении роли производственного экологического контроля, в рамках которого может проводиться внешний экологический аудит. Заключение же аудитора имеет значение в первую очередь и главным образом для самого хозяйствующего субъекта. Опираясь на такое заключение, субъект хозяйственной и иной деятельности должен составить собственный отчет о мерах по охране окружающей среды, который и следует представить в орган государственного экологического контроля. Далее можно урегулировать правовое значение такого отчета, ответственность за его недостоверность, нарушение сроков подачи и т.п., а также установить меры реагирования и порядок действий должностных лиц государственного контрольного органа в случае нарушения требований к самоконтролю. Прямое же замещение сферы государственного контроля экологическим аудитом недопустимо.

Экологический аудит вводится только как добровольный. Вместе с тем уже длительное время идет дискуссия о целесообразности введения обязательного экологического аудита. Видимо, если законодатель сделал окончательный выбор, то в числе принципов такого аудита надо указать добровольность

его проведения. Содержание экологического аудита должно включать оценку хозяйственной и иной деятельности на соответствие требованиям законодательства в области охраны окружающей среды, выявление возможностей для повышения экологической и энергетической эффективности производственных процессов, выдачу рекомендаций заказчику по улучшению организации и осуществления локального управления охраной окружающей среды. Необходимо также урегулировать юридическое значение и порядок использования заключения экологического аудита.

Подводя итог, нужно отметить, что отсутствие закона, регулирующего экологический аудит, существенно сдерживает его развитие в Российской Федерации. На законодательном уровне сегодня: отсутствуют указания на возможность, основания и правовые последствия обязательного назначения и проведения экологического аудита; не определены меры по защите конфиденциальной информации и порядок использования такой информации, полученной при проведении аудита; не закреплены квалификационные требования к аудиторам; не установлен порядок отнесения расходов, связанных с проведением экологического аудита, на цели налогообложения; не обозначено оказание услуг по проведению экологического аудита в качестве самостоятельного вида экономической деятельности в действующих классификаторах видов экономической деятельности и др.

В условиях ухудшающейся экологической обстановки представляется необходимым принять Федеральный закон «Об экологическом аудите», в котором предусмотреть нормы, регулирующие:

- обязательный аудит по инициативе государственного органа и аудит по инициативе субъекта предпринимательской деятельности;
- возможность, основания и правовые последствия обязательного назначения и проведения экологического аудита;
- меры по защите конфиденциальной информации, полученной при проведении аудита и порядок использования такой информации;
- меры ответственности при нарушении деятельности, контролируемой экологическими аудиторами;
- квалификационные требования к экоаудиторам;
- порядок аттестации и повышения квалификации экоаудиторов;

- оказание услуг по проведению экологического аудита в качестве самостоятельного вида экономической деятельности;
- правовое значение аудиторского заключения, ответственность за его недостоверность, нарушение сроков выдачи и т.п., а также меры реагирования и порядок действий должностных лиц государственного контрольного органа в случае

нарушения требований к самоконтролю и пр.¹⁰

Совершенствование экологического законодательства и системы нормативного регулирования экологического аудита, в частности, создаст основу для поступательного развития экологического аудита и общественно значимой профессии экологического аудитора в Российской Федерации, что обеспечит российский рынок и общество в целом объективной и надежной экологической информацией.

Библиография:

1. Бринчук М.М. Экологическое право. – М., 1999.
2. Бобылев С.Н. Экология и экономика: взгляд в будущее // Экологическое право. – 2001. – № 2.
3. Выскребенцев И.К. Экологическое регулирование деятельности предприятия // Налоговый вестник. – 1998. – № 8.
4. Доманин А.Б. Экономика и рациональное природопользование на рубеже веков // Вестник МГУ. – 2000. – № 3.
5. Качалин В.В. Финансовый учет и отчетность в соответствии со стандартами GAAP. – М., 2000.
6. Лещинская К.Л., Гринберг Т.В., Беннет Ш. Экологическая отчетность: мировые тенденции и факторы развития // Экология производства. – 2005. – № 2.
7. Основы общей экологии. – М., 1998.
8. Петрунин А.Т. Экологические платежи // Налоговый вестник. – 1999. – № 5.
9. Петрунин А.Т. Экологические платежи // Налоговый вестник. – 1998. – № 6.
10. Петрунин А.Т. Экологические платежи // Налоговый вестник. – 2000. – № 1.
11. Платежи за пользование природными ресурсами // Самоучитель по бухгалтерскому учету и налогам. – 1999. – № 5.
12. Соколова М.П. Бухгалтерский учет природоохранных мероприятий // Бухгалтерский учет. – 2000. – № 15.
13. Соколова М.П. Бухгалтерский учет природоохранных мероприятий // Бухгалтерский учет. – 2000. – № 16.
14. Сотникова Л.В. Бухгалтерский учет природоохранных мероприятий // СПС «Консультант-Плюс»: Версия Проф.-Бухгалтерский учет.
15. Чаплыгин Б.В. Плата за землю, пользование природными ресурсами и водными ресурсами // Финансовая газета. – 2000. – № 39.
16. Экологические затраты, проблемы, сопоставление и анализ // Вопросы экономики. – 1998. – № 6.
17. Экология, здоровье и природопользование в России. – М., 1995.
18. Чхутиашвили Л.В. Перспективы развития и нормативно-правовое регулирование экологического аудита в РФ // NB: Экономика, тренды и управление. – 2012. – № 1. DOI: 10.7256/2306-4595.2012.1.530. URL: http://www.e-notabene.ru/etc/article_530.html

References

1. Brinchuk M.M. Ekologicheskoe pravo. – M., 1999.
2. Bobylev S.N. Ekologiya i ekonomika vzglyad v budushchee // Ekologicheskoe pravo. – 2001. – № 2.
3. Vyskrebentsev I.K. Ekologicheskoe regulirovanie deyatel'nosti predpriya-tiya//Nalogovyi vestnik. – 1998. – № 8.

¹⁰ Чхутиашвили Л.В. Перспективы развития и нормативно-правовое регулирование экологического аудита в РФ // NB: Экономика, тренды и управление. 2012. № 1. С. 131–153. DOI: 10.7256/2306-4595.2012.1.530. URL: http://www.e-notabene.ru/etc/article_530.html.

4. Domanin A.B. Ekonomika i ratsional'noe prirodopol'zovanie na rubezhe vekov // Vestnik MGU. – 2000. – № 3.
5. Kachalin V.V. Finansovyi uchet i otchetnost' v sootvetstvii so standartami GAAP. – M., 2000.
6. Leshchinskaya K.L., Grinberg T.V., Bennet Sh. Ekologicheskaya otchetnost': mirovye tendentsii i faktory razvitiya // Ekologiya proizvodstva. – 2005. – № 2.
7. Osnovy obshchei ekologii. – M., 1998.
8. Petrunin A.T. Ekologicheskie platezhi // Nalogovyi vestnik. – 1999. – № 5.
9. Petrunin A.T. Ekologicheskie platezhi // Nalogovyi vestnik. – 1998. – № 6.
10. Petrunin A.T. Ekologicheskie platezhi // Nalogovyi vestnik. – 2000. – № 1.
11. Platezhi za pol'zovanie prirodnymi resursami // Samouchitel' po bukhgalterskomu uchetu i nalogam. – 1999. – № 5.
12. Sokolova M.P. Bukhgalterskii uchet prirodookhrannykh meropriyatii // Bukhgalterskii uchet. – 2000. – № 15.
13. Sokolova M.P. Bukhgalterskii uchet prirodookhrannykh meropriyatii // Bukhgalterskii uchet. – 2000. – № 16.
14. Sotnikova L.V. Bukhgalterskii uchet prirodookhrannykh meropriyatii // SPS «Konsul'tantPlyus»: Versiya Prof.-Bukhgalterskii uchet.
15. Chaplygin B.V. Plata za zemlyu, pol'zovanie prirodnymi resursami i vodnymi resursami // Finansovaya gazeta. – 2000. – № 39.
16. Ekologicheskie zatraty, problemy, sopostavlenie i analiz // Voprosy ekonomiki. – 1998. – № 6.
17. Ekologiya, zdorov'e i prirodopol'zovanie v Rossii. – M., 1995.
18. Chkhutiashvili L.V. Perspektivy razvitiya i normativno-pravovoe regulirovanie ekologicheskogo audita v RF // NB: Ekonomika, trendy i upravlenie. – 2012. – № 1. DOI: 10.7256/2306-4595.2012.1.530. URL: http://www.e-notabene.ru/etc/article_530.html

Материал поступил в редакцию 15 сентября 2013 г.

ДИСКУССИОННАЯ ТРИБУНА

М.Б. Добробаба*

КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ СЛУЖЕБНО-ДЕЛИКТНОГО ПРАВА

Аннотация. В статье рассматриваются концептуальные основы служебно-деликтного права, анализ которых автор связывает прежде всего с характеристикой последнего как научной категорией, что обуславливает необходимость исследовать историю возникновения, сформулировать понятие, выявить существенные свойства и его место в системе права. Выявление сущности заключается в исследовании содержания такого его базового термина, как «служебный деликт», определении институциональной составляющей данного правового института, в структуре которого автор выделяет такие субинституты, как служебно-дисциплинарная и служебно-материальная ответственность. Определение места в системе права осуществляется в соотношении его с административным правом как самостоятельной отраслью права, административно-деликтным правом и служебным правом как подотраслями административного права, а также трудовым правом как самостоятельной отраслью права. Кроме того, обосновывается комплексный характер служебно-деликтного права как правового института административного права, анализируются отдельные факторы, подтверждающие данное утверждение.

Ключевые слова: служебно-деликтное право, правовой институт, административное право, административно-деликтное право, служебное право, государственные служащие, муниципальные служащие, служебно-дисциплинарный деликт, служебно-дисциплинарная ответственность, служебно-материальная ответственность.

DOI: 10.7256/1729-5920.2014.2.8889

Одной из существующих проблем теории права является дефиниционная неопределенность и различные мнения ученых о характеристиках внутренних структурных элементов отраслей права (включая определения общих понятий «подотрасль права», «правовой институт») и понятиях конкретных подотраслей и институтов в рамках отдельных отраслей¹.

В последнее время в административно-правовой науке появились работы, в которых обосновывается существование администра-

тивно-деликтного права² как подотрасли или даже отрасли российского права³. Однако до сих пор никем не поднимался вопрос о не-

² Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Стариков Ю.Н. Административное право. М., 2005. С. 72; Административное право России / под ред. Н.М. Кониной, Ю.Н. Старилова. Саратов, 2006. С. 256; Кирин А.В. Указ. соч.; Филант К.Г. Законодательство субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях в системе административно-деликтного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 3.

³ Крамник А.Н. Административно-деликтное право. Общая часть. Минск, 2004. С. 10–13; Рогачева О.С. Эффективность норм административно-деликтного права. Воронеж, 2011.

¹ Кирин А.В. Административно-деликтное право (теория и законодательные основы). М., 2012. С. 92.

© Добробаба Марина Борисовна

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры административного и финансового права Кубанского государственного университета

[dobrobaba_mb@mail.ru]

350000, Краснодарский край, Краснодар, Ращипилевская, 43

обходимости формирования в рамках административного права института служебно-деликтного права, включающего в себя нормы служебного законодательства, основное назначение которых состоит в недопущении отклонения служебных правоотношений от надлежащей реализации, являющиеся средством обеспечения служебных правоотношений.

Служебно-деликтное право – одна из категорий юридической науки. Понятие «категория» (из др. греч. – высказывание, обвинение) в философии означает принципы, суждения; наиболее общие и фундаментальные теоретические понятия, отражающие существенные, всеобщие свойства и отношения явлений действительности и познания. Представляется, что исследование концептуальных основ служебно-деликтного права должно быть связано прежде всего с его характеристикой как научной категории, что обуславливает необходимость сформулировать понятие, выявить существенные свойства и место в системе права. При этом определить место служебно-деликтного права в системе права возможно лишь выявив его соотношение с административным правом как самостоятельной отраслью права, административно-деликтным правом и служебным правом как подотраслями административного права, а также трудовым правом как самостоятельной отраслью права.

В юридической науке до настоящего времени термин «служебно-деликтное право» практически не использовался. Только в работе И.В. Черепановой оно формулируется как институт публичного права, определяющий эффективность государственного управления. При этом автор отождествляет его с комплексом материально-правовых и процедурных норм, регулирующих дисциплинарную и уголовную ответственность государственных служащих⁴. Подобный подход, объединяющий дисциплинарную и уголовную ответственность государственных служащих, берет свое начало в законодательстве Российской империи, где к концу XIX столетия служебно-деликтное право выделилось в самостоятельную подотрасль права государственной службы, включающую в себя нормы о дисциплинарной и уголовной ответственности должностных лиц Российской империи. Классификация служебных проступков и преступлений, а также определенные за них взыскания и наказания сохранились в едином нормативном правовом

акте – Уложении о наказаниях уголовных и исправительных, в котором имелся специальный раздел «О преступлениях и проступках по государственной и общественной службе», состоящий из 176 статей (ст. 329–505)⁵. Уложение о наказаниях не всегда разграничивало должностные преступления и проступки. За одно и то же действие (преступление, проступок) в зависимости от обстоятельств дела, причиненного вреда и формы вины закон предусматривал несколько мер воздействия – от простого замечания до ссылки в каторжные работы с лишением всех прав состояния.

К концу XIX – началу XX вв. в связи с объективными процессами обособления из ставшего достоянием истории классического полицейского права многих новых отраслей уголовное право также обособилось как самостоятельная отрасль российской правовой системы, вобрав в свои достаточно жесткие отраслевые предметные пределы (в виде исчерпывающего перечня норм Особенной части всех последующих уголовных кодексов) все уголовно-правовые запреты и меры наказаний за их несоблюдение⁶.

Понимание служебно-деликтного права, сложившееся к концу XIX в., неприменимо в современных условиях ввиду существенного изменения общественных отношений, развития законодательства. В настоящее время основой разграничения системы юридической ответственности на виды служит отраслевой критерий, позволяющий выявить общие закономерности развития того или иного вида юридической ответственности, определить его юридическую природу, уяснить количество видов юридической ответственности в соответствии с отраслями отечественного права⁷.

Определение сущности служебно-деликтного права обусловлено необходимостью выявления институциональной составляющей данного правового института. Так, В.В. Кизиллов в качестве форм проявления служебной деликтности государственных гражданских служащих называет административные правонарушения, дисциплинарные проступки и неправовые этические нарушения. При этом анализ автором служебных деликтов без должного обоснования ограничивается институтом административной ответственности го-

⁴ Черепанова И.В. Служебно-деликтное право: история и современность // Вестник Омского университета. 2005. № 2 (3). С. 37–41.

⁵ Свод Законов Российской Империи. Т. XV. Свод законов уголовных. Ст. 3565–3652.

⁶ Киринов А.В. Указ.соч. С. 129.

⁷ Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Общая теория юридической ответственности. СПб., 2007. С. 641.

сударственных гражданских служащих⁸. Представляется, что столь расширительный подход к пониманию институциональной составляющей служебно-деликтного права является нецелесообразным. В условиях стремления к дифференциации форм ответственности, с одной стороны, и унификации отдельных видов юридической ответственности, имеющих идентичные основание и субъекты – с другой, он приведет к размыванию их границ. Использование же терминологии «служебный деликт» применительно к административному проступку государственного служащего указывает лишь на специального субъекта юридического состава административного правонарушения – государственного служащего.

Содержание правового института служебно-деликтного права во многом зависит от того, что вкладывать в понятие «служебный деликт». Российское законодательство не использует термин «деликт», вместе с тем в последнее время он получил широкое распространение в научной литературе: отдельные авторы ввели термины: «конституционный деликт»⁹, «административный деликт»¹⁰, «коррупционный деликт»¹¹, традиционно используется термин «гражданско-правовой деликт».

Если идти от истоков возникновения термина «деликт» и обратиться к римскому праву, то правонарушения (деликты) относились к области, в которой зародились обязательства вследствие причинения вреда. Уже в древнейший период, как это можно видеть из Законов XII таблиц, обязательства возникали не только из договоров, но и из деликтов (правонарушений).

Термин «delictum» является производным от глагола delinquo, который в древности отождествляли с глаголом deficio (отсутствовать)¹². Впервые термин delictum

встречается в текстах комедий Плавта «Амфитрион», «Вакхиды», «Купец»¹³, написанных в конце III – начале II в. до н.э. Ни в одной из комедий не раскрывается значения этого термина, однако употреблен он в значении «проступок». Два века спустя Геллий понимает delictum как наказуемый поступок, нарушающий закон, а в качестве необходимого условия назначения наказания называет желание совершить такой умышленный проступок¹⁴. В работах Гая и юристов следующих поколений¹⁵ термин delictum претерпел некоторые изменения и стал употребляться для обозначения правонарушения вообще.

Говоря о классическом римском праве, необходимо отметить, что в нем так и не сложилось родового понятия деликта. Римские юристы шли не по пути обобщения права, а по пути накопления юридических казусов. Это во многом отличает их от цивилистов современного периода и роднит с английскими юристами, создавшими основы прецедентного права¹⁶. Важность обращения к опыту римских юристов заключается в том, что понятия и категории, разработанные в римском праве, служат основой для многих новейших юридических конструкций.

Можно констатировать, что термин «delictum» прошел в юридической науке сложный путь: от термина, обозначающего проступок вообще, к частному правонарушению и, фактически, обратно – в текстах позднеклассического периода «delictum» часто употребляется для обозначения правонарушения в противовес термину «crimen», использовавшегося при описании конкретных составов правонарушений. На основе публичного деликта в современном уголовном праве разработано понятие преступления, на основе частного – гражданское правонарушение¹⁷.

В теории советского права деликтами стали именовать только гражданские, договорно-имущественные правонарушения как противоречащие нормам гражданского законодательства деяния, за которые предусмот-

⁸ Кизилов В.В. Институт административной ответственности государственных гражданских служащих России. Саратов, 2012. С. 77.

⁹ Забровская Л.В. Конституционно-правовые деликты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003.

¹⁰ Сажко Т.И. Правосубъектность Конституционного суда субъекта РФ при рассмотрении административных деликтов в сфере исполнительной власти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Хабаровск, 2004.

¹¹ Головкин С.А. Противодействие коррупционной преступности в России: ретроспектива, современность и перспективы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2006.

¹² Марей А.В. Обязательства ex delicto в «Семи Партидах» Альфонсо X Мудрого. М., 2005; Марей А.В. Iniuria в системе римских частных деликтов. D. 47.10: проблемы перевода и интерпретации // Дигесты Юстиниана / отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. VIII: Статьи и указатели. М., 2006. 160–169.

¹³ Тит Макций Плавт. Избранные комедии / пер. с лат. М.; Л., 1933.

¹⁴ Галлий Авл. Аттические ночи. Избранные книги / пер. с лат. Томск, 1993.

¹⁵ Гурлянд И. Римский юрист Гай и его сочинения. Ярославль, 1894.

¹⁶ Zimmerman R. The Law of Obligations: Roman foundations of civilian tradition. 1999. P. 912–914.

¹⁷ Сологуб Д. История развития понятия о деликтах в Римском праве / http://www.sqlaw.ru/mainpartners/850/article_904.html

рено наказание в форме материальной (имущественной) ответственности, являющейся основанием возмещения причиненного ущерба и влекущее возникновение так называемых деликтных обязательств (обязательств вследствие причинения вреда)¹⁸. В отличие от гражданско-правовых деликтов, проступками стали именовать нарушения норм административного права¹⁹ и дисциплинарные служебные нарушения, а преступлениями – нарушения норм уголовного права²⁰.

Во всех названных случаях рассматриваются и подразумеваются разновидности одного и того же – нарушения закона (или правонарушения), что позволяет для простоты восприятия и благозвучия употребить наименование «служебно-деликтное право» вместо «служебно-нарушительного». Стронником подобного подхода в употреблении анализируемой терминологии является и ряд других ученых, предложивших использовать наименование такой подотрасли административного права, как «административно-деликтное право»²¹. Так, термин «административно-деликтные» применительно к отношениям, возникающим в связи с совершением административных правонарушений, впервые был использован Ю.М. Козловым²², а автором первой серьезной научной публикации по проблемам «административно-деликтного права» был А.П. Шергин²³.

В качестве служебно-дисциплинарного деликта как базового понятия служебно-де-

ликтного права следует понимать особый вид правонарушений (деликтов), связанных с нарушением служебных обязанностей, что требует отграничения данного вида деликтов от уголовных преступлений, административных правонарушений и гражданских деликтов с участием государственных служащих. Служебно-дисциплинарные деликты в служебном праве именуются дисциплинарными проступками, совершение которых влечет за собой привлечение государственных служащих к специальному виду юридической ответственности, регулируемой нормами административного права, – дисциплинарной (служебно-дисциплинарной) ответственности.

Нормы, регулирующие дисциплинарную ответственность государственных и муниципальных служащих, выступают разновидностью мер дисциплинарного принуждения, применяемых к служащим в рамках служебных правоотношений²⁴. Проблема осмысления дефиниции «дисциплинарное принуждение» государственных и муниципальных служащих является довольно сложной; институт дисциплинарного принуждения регулируется нормами не только административного, но и трудового права, не имеет своего кодифицированного или даже хотя бы консолидированного законодательного оформления и, как отмечается в научной литературе, дисциплинарная ответственность как одна из разновидностей мер дисциплинарного принуждения до сих пор ждет серьезных исследований и научного осмысления²⁵.

Правовые проблемы дисциплинарной ответственности многоаспектны, имеют межотраслевой характер и находятся на стыке наук административного и трудового права²⁶. В настоящее время достаточно автономная и отличная от действующей в трудовом праве система дисциплинарной ответственности сформирована лишь на государственной военной службе²⁷. Что же касается гражданской

¹⁸ Иоффе О.С. Советское гражданское право. Л., 1958; Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л., 1973; Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951 и др.

¹⁹ Бахрах Д.Н. Состав административного проступка. Свердловск, 1987; Кисин В.Р. Административное правонарушение: Понятие. Состав. Квалификация. М., 1991; Петров Г.И. Советское административное право. Л., 1960; Самоценко И.С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963; Севрюгин В.Е. Понятие правонарушения (проступка) по административному законодательству. М., 1988; Шишов О.Ф. Преступление и административный проступок. М., 1967 и др.

²⁰ Волков Г.И. Классовая природа преступлений и советское уголовное право. М., 1935; Герцензон А.А. Понятие преступления в советском уголовном праве. М., 1955; Дурманов Н.Д. Понятие преступления. М., 1948; Пионтковский А.А. Учение о преступлении. М., 1961 и др.

²¹ Кирин А.В. Указ.соч. С. 115; Стариков Ю.Н. Курс общего административного права. В 3 т. Т. I: История. Наука. Предмет. Нормы. Субъекты. М., 2002. С. 336.

²² Советское административное право / под ред. Ю.М. Козлова. М., 1985. С. 215.

²³ Шергин А.П. Проблемы административно-деликтного права // Государство и право. 1994. № 8–9. С. 52–64.

²⁴ Общее административное право / под ред. Ю.Н. Старикова. Воронеж, 2007. С. 639.

²⁵ Кирин А.В. Указ. соч. С. 100.

²⁶ Добробаба М.Б. Отраслевая принадлежность дисциплинарной ответственности государственных служащих Российской Федерации // Современное право. 2008. № 4. С. 90–94.

²⁷ О статусе военнослужащих: Федеральный закон от 27 мая 1998 г. № 76-ФЗ (в ред. от 30.12.2012) // СЗ РФ. 1998. № 22. Ст. 2331; 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7613; Дисциплинарный устав Вооруженных Сил Российской Федерации, утв. Указом Президента РФ от 10 ноября 2007 г. № 1495 (в ред. от 14 января 2013 г.) // СЗ РФ. 2007. № 47 (1 ч.). Ст. 5749; 2013. № 3. Ст. 171.

и правоохранительной службы, то, за незначительными исключениями, нормы, регулирующие дисциплинарную ответственность служащих указанных видов службы, представляют собой рецепцию норм трудового законодательства²⁸. Между тем согласимся, что различия между общей дисциплинарной ответственностью работников и специальной ответственностью государственных служащих должны иметь сущностный характер, так как несмотря на внешнее сходство, эти виды ответственности отличаются прежде всего по целевому назначению²⁹. Следует отметить, что применительно к специальной дисциплинарной ответственности в нормативно-правовых актах отсутствует указание на ее цели, что свидетельствует о несовершенстве законодательства в этой области.

Дисциплинарная ответственность муниципальных служащих является общей и применяется по общим правилам, установленным трудовым законодательством. Так, согласно ч. 3 ст. 27 Федерального закона от 2 марта 2007 г. № 25-ФЗ (в ред. от 7 мая 2013 г.) «О муниципальной службе в Российской Федерации»³⁰ «порядок применения и снятия дисциплинарных взысканий определяется трудовым законодательством». В то же время некоторые особенности дисциплинарной ответственности муниципальных служащих могут фиксироваться в муниципальном законодательстве и актах органов местного самоуправления.

Сложно понять логику законодателя, установившего в отношении служащих двух уровней публичной службы порядок привлечения к дисциплинарной ответственности нормативными актами разной отраслевой принадлежности. Муниципальные служащие по своему правовому статусу существенно не отличаются от государственных служащих, их права, обязанности, ответственность, круг полномочий во многом совпадают с правовым статусом государственных служащих Российской Федерации³¹. Поэтому в перспективе следует отказаться от регулирования правового института дисциплинарной ответственности муниципальных служащих нормами трудового права, установив для государствен-

ных гражданских и муниципальных служащих единый порядок привлечения к дисциплинарной ответственности.

Несмотря на тождественность многих понятий и институтов, дисциплинарная ответственность в границах трудового и административного права имеет серьезные отличия, которые позволяют говорить о наличии оснований для дифференциации дисциплинарной ответственности по субъектному составу и разграничения двух самостоятельных видов юридической ответственности, таких как: 1) служебно-дисциплинарная ответственность; 2) дисциплинарно-трудовая ответственность. При таком подходе первая является частью административного права и субинститутом служебно-деликтного права.

Если следовать логике отдельных авторов³², институт служебно-деликтного права должен охватывать всю совокупность действующих правовых норм, устанавливающих все возможные виды (меры) дисциплинарного принуждения, используемые государством в целях предупреждения и пресечения дисциплинарных проступков, наказания виновных лиц за совершенные дисциплинарные проступки, а также возмещения имущественного ущерба, причиненного дисциплинарным проступком. Подобное понимание предмета рассматриваемого права несколько его расширяет. Так, меры дисциплинарного пресечения совершения противоправных действий или в связи с ними, так и в целях предупреждения. К примеру, согласно п. 7 ст. 59 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ (в ред. от 25 ноября 2013 г.) «О государственной гражданской службе Российской Федерации»³³, принимая решение о проведении служебной проверки, представитель нанимателя может отстранить гражданского служащего, совершившего дисциплинарный проступок, от замещаемой должности, чтобы тот не смог помешать расследованию правонарушения. Отстранение преследует и иную цель – пресечь неисполнение или ненадлежащее исполнение должностных обязанностей. Кроме того, данная мера способствует обеспечению нормальной работы комиссии и невозможности ликвидации документов, воздействия на членов комиссии, воспрепятствования ее работе иным образом.

²⁸ Пресняков М.В., Чаннов С.Е. Служебное право Российской Федерации. М., 2011. С. 382.

²⁹ Там же.

³⁰ СЗ РФ. 2007. № 10. Ст. 1152; Российская газета. 2013. 14 мая.

³¹ Стариков Ю.Н. Курс общего административного права. В 3 т. Т. I. С. 626.

³² Россинский Б.В., Стариков Ю.Н. Административное право. М., 2009. С. 82–83.

³³ СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215; Российская газета. 2013. 27 нояб.

Следует отметить, что и меры дисциплинарного пресечения, и дополнительные дисциплинарные меры материально-морального воздействия имеют вспомогательный характер. Как отмечает В.С. Нерсесянц, подобные предусмотренные законом принудительные меры – это вспомогательные (обеспечительные) правовые средства, в необходимых случаях допускаемые законом для надлежащего осуществления правоприменительного процесса, определения меры самой юридической ответственности и ее практической реализации³⁴. Данные аргументы не позволяют включать отдельные меры дисциплинарного принуждения, не являющиеся мерами дисциплинарной ответственности государственных и муниципальных служащих, в комплекс норм правового института служебно-деликтного права.

Что касается материальной ответственности, выступающей разновидностью мер дисциплинарного принуждения, то в теоретическом плане пока не решен вопрос о природе этого вида ответственности, ее отраслевом либо междисциплинарном характере. В теории трудового права по такому критерию, как субъект, принято выделять: 1) материальную ответственность работодателя перед работником; 2) материальную ответственность работника за ущерб, причиненный имуществу работодателя³⁵. В рамках служебно-деликтного права интерес представляет последний вид материальной ответственности государственных (муниципальных) служащих за ущерб, причиненный имуществу государственного (муниципального) органа.

К сожалению, ни в теории, ни в правоприменительной практике нет достаточно четкого понимания специфики направленности мер материальной ответственности государственных (муниципальных) служащих, не установлены основные критерии ущерба, подлежащего возмещению, что несомненно оказывает негативное воздействие на эффективное функционирование аппарата отдельных государственных органов, а также качество государственного управления в целом. Полагаем, что общая концепция материальной ответственности в современных условиях, связанных с бурным развитием служебного законодательства и активными исследованиями вопросов общей теории юридической ответственности, нуждается в пересмотре.

Несмотря на то, что санкции материальной ответственности государственных (муниципальных) служащих имеют правосоставительный (имущественный) характер, сама материальная ответственность в служебном праве имеет публичный характер. Подобный вывод в настоящее время безоговорочно справедлив применительно к военнослужащим, материальная ответственность которых регулируется специальным Федеральным законом от 12 июля 1999 г. № 161-ФЗ (в ред. от 25 ноября 2013 г.) «О материальной ответственности военнослужащих»³⁶. Обосновывая административно-правовой характер материальной ответственности военнослужащих, Д.Н. Лопатин определяет последнюю как институт административного права, представляющий собой совокупность норм административного права, которые регламентируют отношения по возмещению материального ущерба, причиненного военнослужащими. Именно в связи с этим она реализуется в административно-правовом порядке³⁷.

Институт материальной ответственности обстоятельно исследован в трудовом праве. Но несмотря на административно-правовое регулирование материальной ответственности военнослужащих, целостной концепции публично-правового регулирования данного правового института не сформировано. Учитывая специфику направленности мер данной ответственности государственных (муниципальных) служащих, отличную от материальной ответственности работников по нормам трудового права, будет целесообразным дифференцировать ее на два вида: 1) служебно-материальную, которая должна стать субинститутом служебно-деликтного права; 2) материально-трудовую – традиционный вид ответственности работников по нормам трудового права.

Если ущерб причинен имуществу государственного (муниципального) органа в рамках служебных правоотношений, т.е. в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением государственным (муниципальным) служащим своих служебных обязанностей, последний должен быть привлечен к служебно-материальной ответственности, имеющей административно-правовую природу; если же

³⁴ История политических и правовых учений / под ред. В.С. Нерсесянца, М., 1988. С. 523.

³⁵ Пресняков М.В., Чаннов С.Е. Трудовое право России. М., 2007. С. 269.

³⁶ СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3682; Российская газета. 2013. 27 нояб.

³⁷ Лопатин Д.В. Административно-правовое регулирование материальной ответственности военнослужащих в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

такой ущерб причинен государственным (муниципальным) служащим вне рамок служебных правоотношений, возмещение ущерба должно производиться по нормам гражданского права. При этом возмещение ущерба государственным (муниципальным) служащим должно осуществляться независимо от привлечения его к дисциплинарной, административной или уголовной ответственности за действия, которыми причинен ущерб, что обусловлено публично-правовой природой служебно-материальной ответственности как субинститута служебно-деликтного права. Материальная ответственность государственных (муниципальных) служащих всегда связана с совершением дисциплинарного проступка (служебно-дисциплинарного деликта), в результате которого причинен материальный ущерб государственному (муниципальному) органу, являясь разновидностью мер дисциплинарного принуждения, поэтому она должна рассматриваться в качестве дополнительной меры дисциплинарного воздействия в рамках служебных правоотношений.

Таким образом, служебно-деликтное право представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих отношения служебно-дисциплинарной ответственности государственных служащих и служебно-материальной ответственности военнослужащих. В перспективе представляется необходимым направить усилия законодателя на разработку и принятие законодательных актов, регулирующих дисциплинарную ответственность муниципальных служащих, а также материальную ответственность государственных гражданских служащих, служащих правоохранительной службы и муниципальных служащих нормами права, имеющими исключительно административно-правовую природу.

Среди ученых, исследующих предмет административно-деликтного права, не сформировалось единого мнения по вопросу о структуре его предмета. Так, Л.Л. Попов и В.А. Круглов не включают реализацию административной ответственности в предмет административно-деликтного права³⁸, при этом В.А. Круглов выделяет административно-деликтное процессуальное право как самостоятельную отрасль права³⁹. По мнению Ю.Н. Старилова, административно-де-

ликтное право включает две части: материальное административно-деликтное право и процессуальное административно-деликтное право⁴⁰. К нормам и институтам административно-деликтного права автор относит: виды, меры административного принуждения и порядок их применения; определение органов и должностных лиц, рассматривающих дела об административных правонарушениях; регламентацию принципов производства по делу об административном правонарушении⁴¹. Проецируя данный спор в плоскость служебно-деликтного права, полагаем, что исследуемый правовой институт, наряду с материальными, должен регулировать процессуальные отношения. Это позволяет сделать вывод: служебно-деликтное право охватывает комплекс материально-правовых и процессуальных норм, регулирующих служебно-дисциплинарную ответственность государственных (муниципальных) служащих.

Любой правовой институт является частью наиболее крупного и относительно самостоятельного подразделения системы права – отрасли (подотрасли) права. Как научная категория, служебно-деликтное право – это институт служебного права, который включает в себя обособленную группу норм, регулирующих однородные отношения и отличающихся качественным единством. Одним из первых возможность существования публичного служебного права обосновал Ю.Н. Старилов⁴², позже им было сформулировано понятие служебного права в качестве права публичной службы (государственной и муниципальной) – подотрасли административного права, регулирующей публично-служебные отношения, складывающиеся в органах публичной службы по поводу ее организации и функционирования, осуществления компетенции государственных органов и органов местного самоуправления⁴³. Идея формирования служебного права в качестве системы норм, регламентирующих отношения на государственной и муниципальной службе, получила поддержку

⁴⁰ Старилов Ю.Н. Российское административное право: к вопросу о соотношении материальных и процессуальных норм // Российский юридический журнал. 2003. № 1. С. 53.

⁴¹ Общее административное право / под ред. Ю.Н. Старилова. С. 65.

⁴² Старилов Ю.Н. Государственная служба в Российской Федерации: теоретико-правовое исследование: дис. ... д –ра юрид. наук. Воронеж, 1996. С. 367.

⁴³ Старилов Ю.Н. Из публикаций последних лет: воспоминания, идеи, мнения, сомнения...: сб. избранных научных трудов. Воронеж, 2010. С. 445.

³⁸ Попов Л.Л., Круглов В.А. Административно-деликтное право. М., 2005. С. 13.

³⁹ Круглов В.А. Административно-деликтное право Республики Беларусь: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. С. 16.

и ряда других ученых⁴⁴. Появились работы, в которых обосновывается самостоятельность служебного права как правовой отрасли. Так, по мнению И.А. Дякиной, служебное право является комплексной отраслью российского права⁴⁵. Однако аргументы автора в обоснование такого теоретического подхода могут быть подвергнуты серьезной критике, поэтому позиция И.А. Дякиной не получила широкой научной поддержки.

Институт государственной службы большинством современных ученых признается сложным комплексным правовым институтом, регулируемым нормами ряда отраслей права: конституционного, административного, уголовного, трудового, финансового, международного⁴⁶. Круг нормативных источников, регулирующих служебные отношения, очень велик, однако это свидетельствует лишь об отсутствии кодификации служебного законодательства подобно тому, как не имеет единого кодифицированного источника административное право Российской Федерации. Кроме того, как справедливо отмечается в научной литературе, практически любая отрасль права может содержать нормы, имеющие двойную, тройную и т.д. отраслевую принадлежность. Это вполне естественно, так как границы между отраслями права не являются какими-то монолитами, представляют в ряде случаев достаточно размытые образования. Да и сами отрасли права в законодательстве четко не выделены, а являются теоретическими конструкциями⁴⁷. Полагаем, что с развитием служебного законодательства нормы других правовых отраслей должны быть исключены из сферы регулирования служебных отношений, вместо них будут приниматься нормы административно-правового характера.

Служебно-деликтное право является институтом административного права в рамках служебного права. В то же время нельзя

не признать, что между административно-деликтным правом и служебно-деликтным правом должна быть определенная взаимосвязь. Не являясь сторонником выделения административно-деликтного права в качестве самостоятельной отрасли права, мы поддерживаем позицию ученых, отстаивающих его самостоятельный подотраслевой статус. При этом их мнения об институциональном содержании административно-деликтного права не совпадают.

Так, отдельные ученые определяют административно-деликтное право как предметно единый комплекс правовых институтов, объединяющих материальные и процессуальные административно-правовые нормы, регламентирующие основания и порядок применения уполномоченными субъектами административной юрисдикции системы мер административной ответственности (административных наказаний) за совершение административных правонарушений. По мнению Ю.Н. Старилова, административно-деликтное право охватывает: виды, меры административного принуждения и порядок их применения; определение органов и должностных лиц, рассматривающих дела об административных правонарушениях; регламентацию принципов производства по делам об административных правонарушениях⁴⁸. Особую позицию занимает Д.Н. Бахрах, дополнивший содержание административно-деликтного права также вопросами дисциплинарной и материальной ответственности, используя в качестве названия одного из разделов учебника по административному праву России «Дисциплинарное принуждение как метод публичной администрации»⁴⁹.

Учитывая, что дисциплинарная ответственность государственных служащих имеет административно-правовую природу и применяется в рамках служебных правоотношений, регулируемых нормами служебного права, соответственно, к ней может быть применена дефиниция «служебно-дисциплинарная ответственность», служебно-деликтное право является институтом административно-деликтного права как подотрасли административного права.

В настоящее время имеются объективные предпосылки утверждать, что служебно-деликтное право представляет собой в рам-

⁴⁴ Пресняков М.В., Чаннов С.Е. Служебное право Российской Федерации. М., 2011; Чаннов С.Е. Служебное право как формирующаяся отрасль российского права // Власть. 2011. № 1. С. 105–108.

⁴⁵ Дякина И.А. Служебное право как комплексная отрасль права: автореф. дис. ... д-ра юрид.наук. Ростов н/Д., 2007.

⁴⁶ Ноздрачев А.Ф. Государственная служба. М., 1999. С. 26; Овсянко Д.М. Государственная служба Российской Федерации. М., 1996. С. 19; Чиканова Л.А. Применение трудового законодательства к служебным отношениям на государственной гражданской службе: теория и практика: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 64 и др.

⁴⁷ Чаннов С.Е. Служебное право как формирующаяся отрасль российского права. С. 107.

⁴⁸ Общее административное право / под ред. Ю.Н. Старилова. С. 65.

⁴⁹ Бахрах Д.Н. Административное право России. М., 2011. С. 414–426.

ках служебного права комплексный институт административного права, являясь при этом одновременно институтом административно-деликтного права. При решении вопроса об определении границ служебно-деликтного права необходимо сделать вывод, что они должны определяться рамками служебных отношений, возникающих как в связи с совершением служащими дисциплинарных проступков (служебно-дисциплинарных деликтов), связанных с несоблюдением служебной дисциплины и привлечением виновных к служебно-дисциплинарной ответственности, так и в связи с причинением ими материального ущерба имуществу государственных (муниципальных) органов.

Служебно-деликтное право является комплексным правовым институтом административного права. Комплексные правовые институты – наиболее распространенная разновидность комплексных правовых явлений. Одним из факторов, подтверждающих комплексность правового регулирования института служебно-деликтного права, является межотраслевой характер правового регулирования дисциплинарной и материальной ответственности государственных (муниципальных) служащих в рамках служебных правоотношений, применение которых имеет место в случае совершения служащими служебных деликтов. Об этом свидетельствует наличие совокупности (комплекса) взаимосвязанных юридических норм о применении названных мер, содержащихся в различных отраслях права (таких как административное и трудовое), но регулирующих качественно однородные общественные отношения.

Библиография:

1. Административное право России / под ред. Н.М. Кони́на, Ю.Н. Старилова. – Саратов, 2006.
2. Бахрах Д.Н. Административное право России. – М., 2011.
3. Бахрах Д.Н. Состав административного проступка. – Свердловск, 1987.
4. Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Старилов Ю.Н. Административное право. – М., 2005.
5. Волков Г.И. Классовая природа преступлений и советское уголовное право. – М., 1935.
6. Галлий Авл. Аттические ночи. Избранные книги / пер. с лат. – Томск, 1993.
7. Герцензон А.А. Понятие преступления в советском уголовном праве. – М., 1955.
8. Головкин С.А. Противодействие коррупционной преступности в России: ретроспектива, современность и перспективы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Тюмень, 2006.
9. Гурлянд И. Римский юрист Гай и его сочинения. – Ярославль, 1894.
10. Дигесты Юстиниана / отв. ред. Л.Л. Кофанов. Том VIII: Статьи и указатели. – М., 2006.

В служебном⁵⁰ и административно-деликтном праве⁵¹, институтами которых одновременно является служебно-деликтное право, можно выделить как материальные, так и процессуальные нормы, поэтому логичен вывод: еще одна особенность института служебно-деликтного права заключается в том, что он содержит нормы как материального, так и процессуального права.

Наиболее значимым фактором, обосновывающим комплексный характер института служебно-деликтного права, является наличие ряда субинститутов, входящих в структуру института служебно-деликтного права, таких как: а) субинститут служебно-дисциплинарной ответственности; б) субинститут служебно-материальной ответственности служащих за ущерб, причиненный имуществу государственного (муниципального) органа.

Таким образом, служебно-деликтное право – это научная категория, представляющая собой комплексный административно-правовой институт в рамках служебного права и одновременно институт административно-деликтного права. Факторами, подтверждающими комплексность исследуемого института, являются: 1) включение в его структуру таких субинститутов, как служебно-дисциплинарная и служебно-материальная ответственность государственных (муниципальных) служащих; 2) межотраслевое правовое регулирование применения мер ответственности, за совершение служебно-дисциплинарных деликтов (нормами административного и трудового права); 3) институт служебно-деликтного права содержит нормы как материального, так и процессуального права.

⁵⁰ Служебное право (Государственная гражданская служба) / общ.ред. И.Н. Барциц, рук. авт. колл. В.Г.Игнатов. М., Ростов н/Д., 2007. С. 21.

⁵¹ Рогачёва О.С. Указ.соч. С. 187.

11. Добробаба М.Б. Отраслевая принадлежность дисциплинарной ответственности государственных служащих Российской Федерации // Современное право. – 2008. – № 4.
12. Дурманов Н.Д. Понятие преступления. – М., 1948.
13. Дякина И.А. Службное право как комплексная отрасль права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Ростов н/Д., 2007.
14. Забровская Л.В. Конституционно-правовые деликты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003.
15. Иоффе О.С. Советское гражданское право. – Л., 1958.
16. История политических и правовых учений / под ред. В.С. Нерсисянца. – М., 1988.
17. Кизилев В.В. Институт административной ответственности государственных гражданских служащих России. – Саратов, 2012.
18. Киринов А.В. Административно-деликтное право (теория и законодательные основы). – М., 2012.
19. Кисин В.Р. Административное правонарушение: Понятие. Состав. Квалификация. – М., 1991.
20. Крамник А.Н. Административно-деликтное право. Общая часть. – Минск, 2004.
21. Круглов В.А. Административно-деликтное право Республики Беларусь: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2008.
22. Лопатин Д.В. Административно-правовое регулирование материальной ответственности военнослужащих в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007.
23. Марей А.В. Обязательства ex delicto в «Семи Партидах» Альфонсо Х Мудрого. – М., 2005.
24. Ноздрачев А.Ф. Государственная служба: учебник для подготовки государственных служащих. – М., 1999.
25. Общее административное право / под ред. Ю.Н. Старилова. – Воронеж, 2007.
26. Овсянко Д.М. Государственная служба Российской Федерации. – М., 1996.
27. Петров Г.И. Советское административное право. – Л., 1960.
28. Пионтковский А.А. Учение о преступлении. – М., 1961.
29. Попов Л.Л., Круглов В.А. Административно-деликтное право. – М., 2005.
30. Пресняков М.В., Чаннов С.Е. Службное право Российской Федерации. – М., 2011.
31. Пресняков М.В., Чаннов С.Е. Трудовое право России. – М., 2007.
32. Рогачева О.С. Эффективность норм административно-деликтного права. – Воронеж, 2011.
33. Россинский Б.В., Стариков Ю.Н. Административное право. – М., 2009.
34. Сажко Т.И. Правосубъектность Конституционного суда субъекта РФ при рассмотрении административных деликтов в сфере исполнительной власти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Хабаровск, 2004.
35. Самощенко И.С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. – М., 1963.
36. Севрюгин В.Е. Понятие правонарушения (проступка) по административному законодательству. – М., 1988.
37. Службное право (Государственная гражданская служба) / общ. ред. И.Н. Барциц, рук. авт. кол. В.Г. Игнатов. – М., Ростов н/Д, 2007.
38. Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. – Л., 1973.
39. Советское административное право / под ред. Ю.М. Козлова. – М., 1985.
40. Сологуб Д. История развития понятия о деликтах в Римском праве / http://www.sqlaw.ru/mainpartners/850/article_904.html
41. Стариков Ю.Н. Государственная служба в Российской Федерации: теоретико-правовое исследование: дис. ... д-ра юрид. наук. – Воронеж, 1996.
42. Стариков Ю.Н. Из публикаций последних лет: воспоминания, идеи, мнения, сомнения...: сборник избранных научных трудов. – Воронеж, 2010.
43. Стариков Ю.Н. Курс общего административного права. В 3 т. Т. I: История. Наука. Предмет. Нормы. Субъекты. – М., 2002.
44. Стариков Ю.Н. Российское административное право: к вопросу о соотношении материальных и процессуальных норм // Российский юридический журнал. – 2003. – № 1.
45. Тит Макций Плавт. Избранные комедии / пер. с лат.; под ред. М.М. Покровского. – М. – Л., 1933.
46. Филант К.Г. Законодательство субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях в системе административно-деликтного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2006.

47. Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. – М., 1951.
48. Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Общая теория юридической ответственности. – СПб., 2007.
49. Чаннов С.Е. Служебное право как формирующаяся отрасль российского права // Власть. – 2011. – № 1.
50. Черепанова И.В. Служебно-деликтное право: история и современность // Вестник Омского университета. – 2005. – № 2 (3).
51. Чиканова Л.А. Применение трудового законодательства к служебным отношениям на государственной гражданской службе: теория и практика: дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005.
52. Шергин А.П. Проблемы административно-деликтного права // Государство и право. – 1994. – № 8–9.
53. Шишов О.Ф. Преступление и административный проступок. – М., 1967.
54. Zimmerman R. The Law of Obligations: Roman foundations of civilian tradition. – 1999.

References

1. Administrativnoe pravo Rossii: uchebnik / pod red. N.M. Konina, Yu.N. Starilova. – Saratov, 2006.
2. Bakhrakh D.N. Administrativnoe pravo Rossii. – М., 2011.
3. Bakhrakh D.N. Sostav administrativnogo prostupka. – Sverdlovsk, 1987.
4. Bakhrakh D.N., Rossinskii B.V., Starilov Yu.N. Administrativnoe pravo. – М., 2005.
5. Volkov G.I. Klassovaya priroda prestuplenii i sovetskoe ugovolnoe pravo. – М., 1935.
6. Gallii Avl. Atticheskie nochi. Izbrannye knigi: Perevod s latinskogo. – Tomsk, 1993.
7. Gertsenzon A.A. Ponyatie prestupleniya v sovetskom ugovolnom prave. – М., 1955.
8. Golovko S.A. Protivodeistvie korruptsionnoi prestupnosti v Rossii: retrospektiva, sovremennost' i perspektivy: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. – Tyumen', 2006.
9. Gurlyand I. Rimkii yurist Gai i ego sochineniya. – Yaroslavl', 1894.
10. Digesty Yustiniana / otv. red. L.L. Kofanov. Tom VIII: Stat'i i ukazateli. – М., 2006.
11. Dobrobaba M.B. Otraselevaya prinadlezhnost' distsiplinarnoi otvetstvennosti gosudarstvennykh sluzhashchikh Rossiiskoi Federatsii // Sovremennoe pravo. – 2008. – № 4.
12. Durmanov N.D. Ponyatie prestupleniya. – М., 1948.
13. Dyakina I.A. Sluzhebnoe pravo kak kompleksnaya otrasl' prava: avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk. – Rostov n/D., 2007.
14. Zabrovskaya L.V. Konstitutsionno-pravovye delikty: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. – М., 2003.
15. Ioffe O.S. Sovetskoe grazhdanskoe pravo. – L., 1958.
16. Istoriya politicheskikh i pravovykh uchenii: uchebnik / pod red. V.S. Nersesyantsa. – М., 1988.
17. Kizilov V.V. Institut administrativnoi otvetstvennosti gosudarstvennykh grazhdanskikh sluzhashchikh Rossii. – Saratov, 2012.
18. Kirin A.V. Administrativno-deliktnoe pravo (teoriya i zakonodatel'nye os-novy): monografiya. – М., 2012.
19. Kisin V.R. Administrativnoe pravonarushenie: Ponyatie. Sostav. Kvalifikatsiya. – М., 1991.
20. Kramnik A.N. Administrativno-deliktnoe pravo. Obshchaya chast'. – Minsk, 2004.
21. Kruglov V.A. Administrativno-deliktnoe pravo Respubliki Belarus': avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk. – М., 2008.
22. Lopatin D.V. Administrativno-pravovoe regulirovanie material'noi otvetstvennosti voennosluzhashchikh v Rossiiskoi Federatsii: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. – М., 2007.
23. Marei A.V. Obyazatel'stva ex delicto v «Semi Partidakh» Al'fonso X Mudrogo. – М., 2005.
24. Nozdrachev A.F. Gosudarstvennaya sluzhba: uchebnik dlya podgotovki gosudarstvennykh sluzhashchikh. – М., 1999.
25. Obshchee administrativnoe pravo: uchebnik / pod red. Yu.N. Starilova. – Voronezh, 2007.
26. Ovsyanko D.M. Gosudarstvennaya sluzhba Rossiiskoi Federatsii. – М., 1996.
27. Petrov G.I. Sovetskoe administrativnoe pravo. – L., 1960.
28. Piontkovskii A.A. Uchenie o prestuplenii. – М., 1961.
29. Popov L.L., Kruglov V.A. Administrativno-deliktnoe pravo. – М., 2005.
30. Presnyakov M.V., Channov S.E. Sluzhebnoe pravo Rossiiskoi Federatsii. – М., 2011.
31. Presnyakov M.V., Channov S.E. Trudovoe pravo Rossii. – М., 2007.
32. Rogacheva O.S. Effektivnost' norm administrativno-deliktnogo prava. – Voronezh, 2011.
33. Rossinskii B.V., Starilov Yu.N. Administrativnoe pravo. – М., 2009.

34. Sazhko T.I. Pravosub"ektnost' Konstitutsionnogo suda sub"ekta RF pri rassmotrenii administrativnykh deliktov v sfere ispolnitel'noi vlasti: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. – Khabarovsk, 2004.
35. Samoshchenko I.S. Ponyatie pravonarusheniya po sovetskomu zakonodatel'stvu. – M., 1963.
36. Sevryugin V.E. Ponyatie pravonarusheniya (prostupka) po administrativnomu zakonodatel'stvu. – M., 1988.
37. Sluzhebnoe pravo (Gosudarstvennaya grazhdanskaya sluzhba) / obshch. red. I.N. Bartsits, ruk. avt. kol. V.G. Ignatov. – M., Rostov n/D., 2007.
38. Smirnov V.T., Sobchak A.A. Obshchee uchenie o deliktnykh obyazatel'stvakh v sovetskom grazhdanskom prave. – L., 1973.
39. Sovetskoe administrativnoe pravo / pod red. Yu.M. Kozlova. – M., 1985.
40. Sologub D. Istoriya razvitiya ponyatiya o deliktakh v Rimskom prave / [http://www. sqlaw.ru/mainpartners/850/article_904.html](http://www.sqlaw.ru/mainpartners/850/article_904.html)
41. Starilov Yu.N. Gosudarstvennaya sluzhba v Rossiiskoi Federatsii: teoretiko-pravovoe issledovanie: dis. ... d-ra yurid. nauk. – Voronezh, 1996.
42. Starilov Yu.N. Iz publikatsii poslednikh let: vospominaniya, idei, mneniya, somneniya...: sbornik izbrannykh nauchnykh trudov. – Voronezh, 2010.
43. Starilov Yu.N. Kurs obshchego administrativnogo prava. V 3 t. T. I: Istoriya. Nauka. Predmet. Normy. Sub"ekty. – M., 2002.
44. Starilov Yu.N. Rossiiskoe administrativnoe pravo: k voprosu o sootnoshenii material'nykh i protsessual'nykh norm // Rossiiskii yuridicheskii zhurnal. – 2003. – № 1.
45. Tit Maksii Plavt Izbrannye komedii / per. s lat.; / pod red. M.M. Pokrovskoga. – M. – L., 1933.
46. Filant K.G. Zakonodatel'stvo sub"ektov Rossiiskoi Federatsii ob administrativnykh pravonarusheniyakh v sisteme administrativno-deliktного prava: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. – Ekaterinburg, 2006.
47. Fleishits E.A. Obyazatel'stva iz prichineniya vreda i neosnovatel'nogo ob-ogashcheniya. – M., 1951.
48. Khachaturov R.L., Lipinskii D.A. Obshchaya teoriya yuridicheskoi otvetstvennosti. – SPb., 2007.
49. Channov S.E. Sluzhebnoe pravo kak formiruyushchayasya otrasl' rossiiskogo prava // Vlast'. – 2011. – № 1.
50. Cherepanova I.V. Sluzhebno-deliktное pravo: istoriya i sovremennost' // Vestnik Omskogo universiteta. – 2005. – № 2 (3).
51. Chikanova L.A. Primenenie trudovogo zakonodatel'stva k sluzhebnyim otnosheniyam na gosudarstvennoi grazhdanskoj sluzhbe: teoriya i praktika: dis. ... d-ra yurid. nauk. – M., 2005.
52. Shergin A.P. Problemy administrativno-deliktного prava // Gosudarstvo i pravo. – 1994. – № 8–9.
53. Shishov O.F. Prestuplenie i administrativnyi prostupok. – M., 1967.
54. Zimmerman R. The Law of Obligations: Roman foundations of civilian tradition. – 1999.

Материал поступил в редакцию 15 июня 2013 г.

ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ

Е.Е. Уксусова*

ГРАЖДАНСКОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ О БАНКРОТСТВЕ: ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Аннотация. Статья состоит из трех частей, каждая последующая развивает изложенное ранее: часть 1 «Соотношение материального и процессуального права»; часть 2 «Специфика процессуальной сферы несостоятельности (банкротства): современные законодательные и правоприменительные подходы»; часть 3 «Влияние практики высшего суда на гражданское судопроизводство по делам о банкротстве». Материал имеет внутреннюю разбивку, нумерация которой единая для всей статьи.

В первой части на основе общих методологических подходов к исследованию процессуального регулирования гражданского судопроизводства дается общая характеристика и определяется специфика гражданского судопроизводства; выявляется, отграничивается и определяется содержание гражданской процессуальной сферы несостоятельности (банкротства), ее процессуальная специфика; определяется оправдано допустимая форма комплексного законодательного регулирования как материальной, так и процессуальной сфер отношений в связи с несостоятельностью (банкротством); показана потребность исследования сложного механизма судебной защиты по гражданским делам при «парности» материального и процессуального права в увязке с материально-правовой характеристикой дел через предмет судебного рассмотрения и защиты; рассматривается применительно к сфере несостоятельности спорность и научная несостоятельность с позиций процессуального регулирования признания в цивилистической доктрине комплексного правового института права как конкурсное право, а также выделения процессуальных норм и правоотношений с матери-

© Уксусова Елена Евгеньевна

* Кандидат юридических наук, профессор кафедры гражданского процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина, автор спецкурса «Порядок судопроизводства по делам о банкротстве» магистерской программы «Материальное право и судебная форма защиты по гражданским делам»

[euksusova@mail.ru]

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

Статья подготовлена в рамках программы стратегического развития ФГБОУ ВПО «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)», проект НИР № 2.2.1.2 «Теоретические и практические проблемы соотношения материального права и судебной формы защиты по гражданским делам», руководителем которого является ее автор. Информационно-правовая поддержка СПС «КонсультантПлюс».

альной привязкой «конкурсные»; обсуждается неприемлемость такого рода материальной привязки и к процессуальным нормам, связанным с особенностями процессуальной формы по тем или иным категориям гражданских дел в рамках гражданского судопроизводства, которые определяются специальными процессуальными нормами.

В статье анализируются законодательство, главным образом гражданское (арбитражное) процессуальное законодательство в историческом развитии, регулирующие отношения, возникающие в связи с несостоятельностью (банкротством); современное состояние процессуального регулирования судопроизводства по делам о банкротстве, содержание и специальный характер гражданского процессуального регулирования судопроизводства по указанным делам, его процессуальная дифференциация с учетом категорий должников и процедур банкротства; судебные акты высших судов (Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ); положения цивилистической и процессуальной доктрины. При этом используются как общенаучные методы (анализ, синтез, обобщение и аналогия), так и методы частнонаучного познания (формально-логический, историко-правовой, формально-юридический, системный, сравнительно-правовой).

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, гражданское процессуальное право, несостоятельность (банкротство), процессуальные нормы, дела о банкротстве, правовая позиция, судебное правотворчество, высший суд, специализация процесса, специальное процессуальное регулирование.

DOI: 10.7256/1729-5920.2014.2.10498

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ СООТНОШЕНИЕ МАТЕРИАЛЬНОГО И ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

1. Развитие национальной правовой системы, как и любой зарубежной, отличает действие права в системе взаимосвязи всех его элементов. Принято считать, что системообразующие связи придают различным элементам права (нормам, институтам, отраслям) качество согласованности, взаимосвязанности и внутреннего единства. В частности, такие связи весьма показательны на примере особых правовых явлений, регулированием которых затрагиваются многие области законодательства и права, как частного, так и публичного, как материального, так и процессуального. Речь идет о комплексном регулирующем воздействии как материального законодательства, в частности гражданского, законодательства о налогах и сборах, административного, уголовного, так и процессуального – гражданско-процессуального, арбитражно-процессуального, административно-процессуального, уголовно-процессуального. Такое регулирование¹ чаще всего находит закрепление в комплексных специальных нормативных правовых актах с преобладающим материально-правовым содержанием, пре-

жде всего в федеральных законах. Подобного рода явлениям, как правило, присуще специальное правовое регулирование.

Сфера гражданского судопроизводства наглядно демонстрирует такие связи через предмет судебного рассмотрения – спорные материальные правоотношения (категории гражданских дел по спорам, возникающим из правоотношений различной материальной отраслевой принадлежности) в форме соотношения материального и процессуального права. К ним по праву могут быть отнесены отношения, возникающие в связи с несостоятельностью (банкротством), получившие комплексное специальное законодательное регулирование в Федеральном законе от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ (в ред. от 23 июля 2013 г.) «О несостоятельности (банкротстве)»² (далее – Закон о банкротстве 2002 г.) – комплексном законодательном акте, характеризующимся наличием материальных и процессуальных норм.

Признание несостоятельности (банкротства) как явления исключительного порядка отнесено ГК РФ к компетенции суда. ГК РФ устанавливает, что регулирование несостоятельности (банкротства) осуществляется Законом о несостоятельности (банкротстве) (ст. 25, 61, 65).

Законом о банкротстве 2002 г. в соответствии с ГК РФ устанавливаются основания для признания должника несостоятельным

¹ За исключением уголовно-правовой сферы, а также сферы уголовного судопроизводства, которые имеют обособленное правовое регулирование.

² СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190; 2013. № 30 (ч. 1). Ст. 4084.

(банкротом), регулируются порядок и условия осуществления мер по предупреждению несостоятельности (банкротства), порядок и условия проведения процедур, применяемых в деле о банкротстве, и иные отношения, возникающие при неспособности должника удовлетворить в полном объеме требования кредиторов (ст. 1). В этой связи основанием правового регулирования несостоятельности (банкротства) являются положения ГК РФ. При этом предметом регулирования Закона о банкротстве 2002 г. выступает весь комплекс отношений, возникающих в связи с неплатежеспособностью граждан и юридических лиц – участников имущественного оборота как с материальными, так и процессуальными аспектами этих отношений³.

Закон о банкротстве 2002 г., в свою очередь, является основополагающим законодательным актом специального правового регулирования несостоятельности (банкротства).

Дела о банкротстве юридических лиц и граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, в соответствии со ст. 32 Закона о банкротстве 2002 г. рассматриваются арбитражным судом по правилам, предусмотренным АПК РФ, с особенностями, установленными указанным Законом. Поэтому базовым основанием процессуального регулирования судопроизводства по делам о банкротстве выступает АПК РФ как основной акт арбитражного процессуального законодательства.

Законом о банкротстве охватывается сфера отношений в связи с несостоятельностью (банкротством), объединяющая различные их виды, прежде всего гражданские и процессуальные. Неотъемлемой составной частью отношений являются процессуальные отношения. Они связаны со сферой гражданского судопроизводства, судебной гражданской процессуальной формой, с судопроизводством по делам о банкротстве. Заметим, что указанный Закон включил большое количество специальных процессуальных норм, регламентирующих порядок их рассмотрения и разрешения арбитражным судом. Все главы Закона повсеместно содержат процессуальные нормы, прежде всего глава третья, посвященная разбирательству дел о банкротстве в арбитражном суде.

Материально-правовое и процессуальное регулирование несостоятельности (бан-

кротства) гражданской юрисдикции можно сравнить с двухместным велосипедом, где за процессуальным правом в таком тандеме закреплено постоянное самостоятельное место. Подобным сравнением подчеркивается не только диалектическое единство, взаимовлияние и взаимообусловленность материального и процессуального права, но также и характеризуется своеобразие дел о несостоятельности (банкротстве)⁴ получают реализацию только посредством судебной правоприменительной деятельности. Порядок судопроизводства выступает правовым средством, обеспечивающим приведение их в действие⁵. Процессуальная форма судопроизводства по делам о банкротстве является неотъемлемым компонентом системы правового регулирования несостоятельности (банкротства), важным его звеном, без которого немислима сама эта система, слаженное действие ее элементов. Хотя, как правило, «гражданско-правовая норма, конкретизированная в правоотношении, в соответствующих правах и обязанностях, живет, то есть осуществляется и вне процесса и процессуальной формы»⁶.

Несостоятельность (банкротство) отличается специальным комплексным правовым регулированием, включающим сосуществующие самостоятельные сферы: материальную и процессуальную. В этой связи отраслевая процессуальная наука в целях изучения и исследования возможностей судебной гражданской процессуальной формы и оптимизации процессуальных средств и способов процессуального регулирования через предмет судебного рассмотрения гражданского судопроизводства призвана, разграничивая материальную и процессуальную сферы, определять пределы и специфику процессуальной сферы регулирования судопроизводства, выявлять взаимовлияние и взаимообусловленность материального и процессуального регулирования для согласования и совершенствования межотраслевых (материальных и процессуальных) правовых связей. Такой подход при

⁴ Речь не идет о нормах, которыми предусматриваются меры по предупреждению несостоятельности (банкротства).

⁵ Подробнее о специфике судопроизводства по делам о банкротстве см.: Уксусова Е.Е. Специальный характер правового регулирования судопроизводства по делам о несостоятельности (банкротстве) // Журнал российского права. 2009. № 12.

⁶ Гурвич М.А. О применении советским судом гражданских законов // Ученые записки ВЮЗИ. М., 1969. Вып. XVI. С. 264–265.

³ Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / под ред. В.В. Витрянского. М., 2003. С. 52–53.

исследовании соотношения материального и процессуального права позволяет лучше понять многие теоретические и прикладные проблемы теории процесса, действия процессуальных норм и институтов. Именно с таких позиций видится оправданным исследование процессуальной сферы несостоятельности (банкротства), судопроизводства по делам о банкротстве.

Заметим, что такой подход задается усилившейся в последние десятилетия тенденцией процессуального регулирования судопроизводства по гражданским делам в направлении специализации за счет увеличения специальных процессуальных норм⁷, определяющих особенности судопроизводства через содержание и действие процессуальных институтов в увязке с материально-правовой характеристикой разрешаемых судом тех или иных категорий гражданских дел. Это в целом отражает сложившееся положение, когда по мере усложнения социального бытия законодательство расширяет границы регулирующего воздействия. Такой законодательный процесс применительно к процессуальной форме по гражданским делам посредством специальных норм будет более целесообразен, если законодательные дополнения и корректировки повышают уровень процессуального регулирования, отражают действительно объективно диктуемое специальное регулирование через соотношение материального права и процесса, обогащают его практическим опытом, воплощают новые измерения процессуальной формы, позволяющие эффективнее осуществлять судебную защиту и обеспечивать действие процессуальных гарантий. В то же время, принимая во внимание законодательную практику, нельзя не признать, что формирование законодательных воплощений не должно отличаться ненужным усердием, связанным с излишней детализацией и уточнениями, способными неоправданно количественно утяжелить процессуальную форму (процессуальный кодекс) и подрывать ее внутреннюю целостность и единство. Именно по данной причине научно обоснованное исследование призвано выявить указанные проблемы и предостеречь от наступления их последствий. Это весьма значимо для дел о банкротстве.

Специальное процессуальное регулирование порядка судопроизводства по делам о

банкротстве находит свое дальнейшее развитие прежде всего в Законе о банкротстве 2002 г. за счет расширения и углубления (приумножения) его процессуальной дифференциации с учетом категорий должников и процедур банкротства (см. 6.4. настоящей работы), что отражает влияние динамичного изменения гражданско-правовой сферы регулирования. Этим объяснимо традиционное внимание именно представителей цивилистической доктрины к правовому регулированию несостоятельности в целом.

2. По мнению современных ученых цивилистов, сфера правового регулирования несостоятельности носит комплексный характер⁸. Признается, что современное законодательство о банкротстве является сложнейшим комплексом правовой технологии⁹. Банкротство рассматривается и как комплексный институт в системе российского права, сочетающий нормы различных отраслей права, включающий нормы материального (гражданского, административного, финансового, трудового и др.) и процессуального права. Одновременно просматривается тенденция рассматривать банкротство и в качестве формирующейся отрасли российского права – конкурсного права¹⁰.

2.1. Разделяя и развивая подход о банкротстве как комплексном правовом институте различных отраслей права, М.В. Телюкина в понятие «конкурсное право» включает нормы как публичного, так и частного права. К публично-правовым конкурсным нормам отнесены «положения процессуального, административного, уголовного и других отраслей права» (курсив наш. – Е.У.). По признанию автора, «большую часть норм конкурсного права составляют все же нормы гражданско-правовые. Это положения о субъектах конкурсного права, их правах и обязанностях, об имуществе должника, недействительности некоторых сделок, о порядке формирования имущественной массы должника, о реализации конкурсной массы и разделении вырученных средств между кредиторами и т.д. Практически все эти положения имеют свою

⁸ О разных формах объективизации правовых образований с позиции общей теории права (например «комплексный институт») применительно к сфере несостоятельности (банкротства) см.: Телюкина М.В. Основы конкурсного права. М., 2004. С. 60–67.

⁹ Степанов В.В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Германии. М., 1999. С. 165.

¹⁰ Белых В.С., Дубичин А.А., Скуратовский М.Л. Правовые основы несостоятельности (банкротства). М., 2001. С. 21–22.

⁷ Уксусова Е.Е. Последние изменения Арбитражного процессуального кодекса России// Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 1.

специфику, но эти нормы соответствуют (по крайней мере должны соответствовать) положениям гражданского права»¹¹.

Не ставя целью проведение подробного анализа предлагаемой правовой конструкции, нельзя в контексте процессуального регулирования, места, содержания и значения судебной гражданской процессуальной формы с позиций гражданского (арбитражного) процессуального права не отметить ее определенную содержательную уязвимость и даже некую рыхлость. При этом имеющиеся недочеты вряд ли могут быть оправданы лишь только тем, что рассмотрение конкурсных публично-правовых норм, по признанию автора, целью ее исследования не являлось.

С одной стороны, таким правовым образованием, как «конкурсное право» охвачено процессуальное право, нормы которого являются публично-правовыми конкурсными. С другой стороны, автор признает в качестве предмета конкурсного права только имущественные отношения. Отсюда закономерно следует вывод, что процессуальные нормы, находясь в рамках нормативной конструкции – института, остаются без предмета регулирования. Возникает естественный вопрос, на который со всей очевидностью следует дать отрицательный ответ: разве может иметь место беспредметное правовое регулирование при имеющихся процессуальных нормах? Дело в том, что предмет имеется, но исходя из предложенной автором модели, получается так, что предметом регулирования сконструированного института он не охватывается, более того, он как бы совсем иной. Хотя на самом деле таким предметом объективно являются судопроизводственные отношения, возникающие в связи с рассмотрением и разрешением дел о банкротстве, и очевидно, что они являются неимущественными. Теорией процесса общепризнано, что процессуальные нормы регулируют отношения в области судопроизводства с участием суда, они связаны с порядком рассмотрения и разрешения гражданских дел, где суд является обязательным субъектом таких отношений. Уже в этом вопросе выявляется некая искусственность объединения процессуальных норм, как минимум с гражданско-правовыми нормами, без каких-либо имеющихся на то оснований. Видимо, это обусловлено отсутствием регулируемых конкурсными нормами однородных отношений, с наличием которых в общей теории права и признается возможность построения

комплексного института права, с чем автор соглашается. М.В. Телюкина разделяет точку зрения, согласно которой предмет регулирования такого образования, как комплексный институт нескольких отраслей права представляет собой именно гармоничный сплав однородных отношений¹². А ведь именно такой гармоничный сплав однородных отношений в качестве предмета регулирования для признания существования комплексного института несостоятельности на примере гражданско-правовых и процессуальных норм отсутствует.

2.2. Кроме того, автор предлагаемой правовой конструкции, исходя из того, что в конкурсном праве материальные и процессуальные нормы весьма тесно переплетены и взаимосвязаны, признает, что разделять материальные и процессуальные нормы весьма сложно и нецелесообразно. Подобный подход не может не вызывать нареканий, тем более когда такая нецелесообразность обосновывается с позиций научных исследований. Потребность в разделении совершенно очевидна, она диктуется необходимостью обращения к гражданскому судопроизводству, исключительно в рамках которого рассматриваются дела о банкротстве и применяются соответствующие процедуры банкротства (по терминологии Закона о банкротстве 2002 г. – «процедуры, применяемые в деле о банкротстве»). В рамках судопроизводства судом не только разрешается вопрос о банкротстве должника, применяются процедуры банкротства, судом также осуществляется весьма объемная и разносторонняя юрисдикционная деятельность на основании норм материального права, неизвестная иным судопроизводствам (процесс в процессе – об объективном соединении «мини-производств»)¹³. При этом сохраняется необходимость применения норм процессуального права, четкого выявления и отграничения процессуальной составляющей сферы несостоятельности (банкротства), исследования ее дифференциации. В противном случае как же можно учитывать специфику той отрасли права (законодательства), которая регулирует конкретный, рассматриваемый вид отношений сферы несостоятельности. В контексте анализируемой парной категории права и процесса нельзя не

¹¹ Телюкина М.В. Указ. соч. С. 65–67.

¹² Киримова Е.А. Правовой институт: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1998. С. 17–18; приводится по работе: Телюкина М.В. Указ. соч. С. 64.

¹³ Уксусова Е.Е. Дела о банкротстве: специализация арбитражных судов и арбитражной процессуальной формы // Судья. 2013. № 4. С. 17–22.

учитывать подходы научного методологического характера представителей процессуальной доктрины, которые и до настоящего времени сохраняют актуальность. Так, еще в середине прошлого века М.А. Гурвич отмечал, что «одно без другого не имело бы смысла; одно служит необходимым условием существования и действия другого» (курсив наш. – Е.У.)¹⁴.

М.С. Шакарян и А.К. Сергун, критически оценивая теорию «юридической процессуальной формы» и убедительно выступая против излишне широкого понимания процессуальных норм, процессуального права и процессуальной формы, обоснованно подмечали, что необходимость в дополнительном эпитете «материальное» значима именно при обращении к процессу, когда материальное право, материальная норма, материальное правоотношение надо вычленивать и не смешивать с процессуальным правом, процессуальной нормой, процессуальным правоотношением¹⁵. А.Т. Боннер признает, что «материальное и процессуальное право находятся между собой в диалектическом единстве, взаимно влияют и обуславливают друг друга»¹⁶.

Подобное диалектическое единство, взаимовлияние и взаимообусловленность, различие материального и процессуального права в полной мере относится и к рассматриваемой сфере несостоятельности (банкротства). Поэтому признание нецелесообразности разделения при переплетении и взаимосвязи норм материального и процессуального права рассматриваемой сферы лишено конструктивной научной направленности. М.В. Телюкиной конкурсное право определяется как «комплексный правовой институт, представляющий собой совокупность норм, регулирующих отношения должника, в течение определенного времени не исполняющего обязательства определенного размера, его кредиторов и третьих лиц; регламентирующих особое состояние должника, предполагающее вмешательство в его деятельность третьих лиц и применение к нему установленных в законе мероприятий». В предлагаемом определении выявить место и роль процессуальных

норм (права), его гражданско-процессуальной сферы не представляется возможным. Тогда возникает обоснованный вопрос: если нормы процессуального права включены в данный институт, то каково место и значение судебной деятельности по делам о банкротстве, судебной гражданской процессуальной формы, раз предлагаемым определением сфера судопроизводства, сфера процессуального регулирования гражданского судопроизводства (не говоря уже об уголовном судопроизводстве) не обозначаются.

Позволим себе предположить, что в определении автора суд – среди третьих лиц, его деятельность подпадает под «вмешательство третьих лиц», а судебная гражданская процессуальная форма судопроизводства находится в одном ряду с процедурами банкротства и другими мероприятиями как «применение установленных в законе мероприятий» к должнику. Поэтому такая конструкция вряд ли корректна. Она не отражает, а скорее даже затушевывает правовые реалии, не привнося ясности в их понимание, игнорируя верховенство суда и судебной формы защиты в качестве главной в сфере разрешения правовых конфликтов, в сфере юрисдикционной деятельности по обеспечению защиты прав, свобод и охраняемых законом интересов (ст. 18, 46 Конституции РФ). Основополагающую роль за судебной защитой гражданских прав признает ГК РФ (ст. 1, 11).

Очевидна исключительная роль суда и значимость процессуальной формы, в рамках которой осуществляется судебная власть в отправлении правосудия по гражданским делам. Применительно к делам о несостоятельности (банкротстве) это носит исключительный характер, поскольку, как отмечалось, признание должника банкротом возможно только в судебном порядке. Более того, при подобном научном подходе разграничить сферы материального и процессуального регулирования действительно не представляется возможным. Предлагаемой правовой конструкцией не фокусируется специфика правового регулирования несостоятельности затрагиваемых видов регулируемых отношений в связи с банкротством, а, напротив, она камуфлируется, включая и процессуальные отношения.

Известно, что не всякие явления вызывают к жизни соответствующее обособленное специальное процессуальное регулирование, как это имеет место в Законе о банкротстве 2002 г. Именно в потребности такого комплексного регулирующего воздействия нужно ви-

¹⁴ Гурвич М.А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия: избранные труды. В 2 т. Краснодар, 2006. Т. 2. С. 52–53.

¹⁵ Шакарян М.С., Сергун А.К. К вопросу о теории т.н. «юридической процессуальной формы» // Проблемы соотношения материального и процессуального права: Труды ВЮЗИ. М., 1980. С. 63–64.

¹⁶ Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе: автореф. дис...д-ра юрид. наук. М., 1980. С. 10–11.

деть основания для особого проявления переплетения и взаимосвязи норм материального и процессуального права. Более того, подобное сосуществование норм материального и процессуального права, как отмечалось, продиктовано тем, что нормы о банкротстве могут быть претворены в жизнь не иначе как только в судебном порядке, в форме гражданского судопроизводства, его разновидности – судопроизводства в арбитражных судах. В настоящее время порядок судопроизводства в арбитражных судах является основной формой существования и действия норм о банкротстве, его легитимным порядком. Банкротство, с юридической (цивилистической) точки зрения, вне судебного порядка (процесса) недопустимо. Как правило, в отличие от других норм гражданского права нормы законодательства о банкротстве реализуются посредством принятия судебных постановлений, реализации процессуальных норм.

Можно разделить распространенное мнение, в том числе и автора, что сфера несостоятельности (банкротства) отличается сложным правовым регулированием. Утверждается, что «попытки разделить публичные и частные аспекты конкурсного права являются сложной и неблагодарной работой, ибо в силу самой сути конкурсных отношений публичные и частные конкурсные элементы весьма сильно переплетены»¹⁷. Это вполне объяснимо. Немецкий исследователь Герхард Папе, характеризуя специфику и цели правового регулирования несостоятельности в Германии, справедливо замечает, что «регулирование несостоятельности “обречено” выполнять разнообразные функции, которые затрагивают почти все области права, поскольку любое требование – как частноправового, так и публично-правового характера – может оказаться в поле действия процедуры несостоятельности»¹⁸. Подобное характерно и для нашего национального правопорядка. Однако в любом случае судопроизводственная (процессуальная) деятельность по делам о банкротстве с участием суда всегда носит публичный характер.

2.3. В контексте процессуального регулирования нельзя не видеть определенную юридическую искусственность предлагаемой конструкции также в обозначении всех норм

и отношений, включая процессуальные, конкурсными. Подобная научная «маскировка», напротив, затрудняет понимание и анализ отношений, возникающих в связи с несостоятельностью (банкротством).

Нельзя не признать того, что характер отношений, связанных с банкротством, действительно достаточно разнороден. Здесь и материальные, прежде всего гражданские, налоговые, и, конечно, процессуальные отношения сферы гражданской юрисдикции (гражданского судопроизводства), по существу гражданско-процессуальные (арбитражно-процессуальные).

В предлагаемом объединении разнородных по природе норм права, охватывающем регулирование разнородных отношений, обобщающими терминами «конкурсные нормы», «конкурсные отношения» закладывается и обеспечивается их объединение, хотя такое объединение выглядит чисто механическим. Однако очевидно, что эти термины не могут выступать основанием для формирования комплексного правового института «конкурсное право».

Неоднородная природа регулируемых отношений, различные методы и средства правового воздействия на такие отношения сферы несостоятельности (банкротства) вызывают обоснованные сомнения относительно существования такого комплексного института российского права, как «конкурсное право» материально-процессуального содержания и его основания, учитывая исходные положения для формирования подобного правового образования в правовой системе. Научное наименование всех отношений «конкурсными», напротив, затрудняет понимание их сути, объективной оценки правовых реалий, связанных с многогранной судебной гражданской сферой банкротства. Если материальные отношения еще могут носить характер конкурсных, то отношения с участием суда сферы гражданского судопроизводства, возникающие в связи с рассмотрением дела о банкротстве, никак не приобретают характер конкурсных процессуальных отношений.

Характер отношений сферы гражданского судопроизводства, процессуальная организация которых связана с их поступательным развитием исключительно с участием суда, является однородным гражданским (арбитражным) процессуальным независимо от категории гражданских дел, им рассматриваемых. Едина гражданская процессуальная природа процессуальных норм, системность которых обеспечивает регламентацию судопроизводства,

¹⁷ Телюкина М.В. Указ.соч. С. 60–67.

¹⁸ Папе Герхард. Институт несостоятельности: общие проблемы и особенности правового регулирования в Германии. Комментарий к действующему законодательству / пер. с нем. М., 2002. С. 14–15.

производства по гражданским делам, прежде всего порядка отправления правосудия. Такие нормы определяют гражданское судопроизводство как судебную гражданскую процессуальную форму, судебную форму защиты по гражданским делам, которая призвана обеспечить надежные процессуальные гарантии защиты.

В рамках судопроизводства по любому гражданскому делу, независимо от характера спорных материальных отношений как предмета судебного рассмотрения, возникающие отношения с участием суда являются гражданско-процессуальными (арбитражно-процессуальными). Природа таких процессуальных отношений и их особенности, выявленные в процессуальной доктрине, едины относительно к категории гражданских дел. Единый процессуальный характер отношений сферы гражданского судопроизводства неизменяем категорией гражданских дел, характером спорных правоотношений как предметом судебного рассмотрения, материально-правовым регулированием, нормами материального права, которые применяет суд при разрешении гражданского дела по существу.

Имеющийся процессуальный характер отношений основывается на конституционном статусе суда как верховного юрисдикционного органа защиты прав, свобод и законных интересов. Осуществление защиты, прежде всего при отправлении правосудия исключительно судом, гарантированного государством, является для суда основным видом деятельности (ст. 18, 46 Конституции РФ). Правосудие по гражданским делам осуществляется в процессуальной форме – гражданского судопроизводства.

Гражданское судопроизводство, регламентированное процессуальным законом (ГПК РФ, АПК РФ), едино для всех рассматриваемых и разрешаемых гражданских дел и направлено на достижение поставленных задач (ст. 2 ГПК РФ, 2 АПК РФ). Целостность гражданского судопроизводства определяется в главном – его принципах, выступающих его внутренней опорой. Принципы, находя отражение в процессуальных институтах, применимых ко всем категориям гражданских дел, придают гражданскому судопроизводству самостоятельный характер и отличное гражданско-процессуальное содержание от иных конституционно разграничиваемых разнородных видов судопроизводства (ст. 118 Конституции РФ).

Именно такая монолитность процессуальной формы рассмотрения и разрешения

судами гражданских дел, цементируемая процессуальными кодексами с неотъемлемыми процессуальными гарантиями при внутрисистемной организации судопроизводства (производство в суде первой инстанции и проверочные производства), определяет универсальный характер гражданского судопроизводства как обычного (общего) по сравнению с иными отличными специальными видами судебной юрисдикции (конституционным, уголовным, административным судопроизводством). В свою очередь, процессуальными кодексами (ГПК РФ и АПК РФ) при единстве в правовом регулировании (в коренном, существенном) судопроизводства по гражданским делам разграничивается общее и специальное в регулировании гражданского судопроизводства. Гражданский и арбитражный процесс соотносятся как обычный и специальный вид гражданского судопроизводства, в рамках каждого из них – исковое и специализированное судопроизводство¹⁹.

Самостоятельность гражданского судопроизводства задается отличным предметом сферы судебной гражданской юрисдикции по отношению к конституционной, уголовной и административной юстиции, который нельзя определить исчерпывающим образом из-за неограниченности конституционного права на судебную защиту; равным счетом нельзя и ограничить допустимость судебной защиты посредством гражданского судопроизводства.

Объединяющую же основу, стержень единого комплексного гражданского процессуального правоотношения при осуществлении судопроизводства образует, по справедливому признанию М.А. Гурвича, «право (и обязанность) суда рассмотреть и разрешить гражданское дело, которое является выражением правовой власти правосудия, раскрывающейся в многочисленных соответствующих процессуальной форме отдельных правомочиях-обязанностях, под влиянием осуществления прав лиц, участвующих в деле, и во взаимодействии с этими правами»²⁰.

Кроме того, наличие специальных процессуальных норм относительно судопроизводства по той или иной категории гражданских дел и при различном характере рассматриваемых судом спорных материальных правоотношений

¹⁹ Подробнее о разграничении автором искового и специализированных (неисковых, специальных) производств по ГПК и АПК РФ см.: Уксусова Е.Е. Определение надлежащего судебного порядка по гражданским делам // Журнал российского права. 2009. № 6. С. 77–92.

²⁰ Гурвич М.А. Указ. соч. С. 45.

ношений, которые действуют исключительно в системной связи с общими процессуальными нормами, ограничивая (изменяя) сферу их действия, делая из них изъятия, не дает основания рассматривать такие процессуальные нормы и возникающие процессуальные правоотношения с дополнительной материальной правовой привязкой как семейные процессуальные, трудовые процессуальные, конкурсные процессуальные и т.д., тем более характеризовать их как разнородные (разновидовые) в зависимости от предмета судебного рассмотрения – характера спорного правоотношения. Все они гражданские (арбитражные) процессуальные, все они охватываются сферой гражданского судопроизводства регулируемые отраслями законодательства (гражданско-процессуального и арбитражно-процессуального). При этом нельзя не учитывать, что объем таких специальных процессуальных норм законодателем ограничен, ими соответственно регулируется лишь та часть судопроизводственных отношений (его элементов, аспектов), на которую специальные нормы рассчитаны. В отношении же иных с неизменным сохраняющимся предметом судебного рассмотрения действуют общие процессуальные нормы. Действующие лишь в системной связи со специальными общие же процессуальные нормы в то же время никак не могут иметь дополнительных специальных привязок. Даже если чисто умозрительно допустить такого рода привязки, то само неограниченное их перечисление потеряет какой-либо смысл. Поэтому подобным науковедческим подходом закладывается искусственный разрыв общих и специальных процессуальных норм, игнорируется их органическая связь и действие в системе. Таким подходом не приносится и ясности в их применение. Правильное же применение процессуальных норм для определения специфики порядка судопроизводства по той или иной категории гражданских дел возможно в таком их истолковании, которое основывается на системности общих и специальных норм и определяется их соотношением²¹.

Предлагаемый подход не может быть одобрен процессуальной наукой, поскольку привносимая к процессуальным нормам и

правоотношениям материальная привязка в данном варианте носит не сущностный, а декоративный и искусственный характер, «терминологически» необоснованно дробящий и идеологически разрушающий содержательную фундаментальность, целостность и универсальность процессуальной формы защиты по гражданским делам. Процессуальной формой по процессуальному кодексу определяется и направляется процессуальная деятельность.

С позиций законодательного регулирования судопроизводство по той или иной категории гражданских дел, будучи составной частью гражданского судопроизводства, подчинено его принципам и системной организации. В связи с этим предпринимается не имеющая на то основания попытка перекаривания процессуальных норм, процессуальных институтов, процессуального права под конкретную сферу материального правового регулирования, отрасль материального законодательства, нормы которого суд применяет при разрешении конкретного гражданского дела. При этом не учитывается, что гражданское судопроизводство может выступать формой принудительного осуществления норм разных отраслей материального права²². В порядке гражданского судопроизводства, являющегося универсальной судебной формой защиты, не исключается рассмотрение любого обращения, любого спора, требования, если законом не установлен иной специальный судебный порядок (ст. 118 Конституции РФ)²³. Наряду с этим в случаях, предусмотренных законом, гражданское судопроизводство является единственно допустимой формой реализации норм материального, прежде всего гражданского права, как это происходит на примере дел о банкротстве, что является дополнительным аргументом универсального характера и значимости гражданского судопроизводства. Неразделяемый нами научный подход лишен правовой основы, не согласуется с положениями Конституции РФ. Основным законом разграничиваются разнородные виды судопроизводства, посредством которых суды РФ осуществляют судебную власть: конституционное, гражданское, административное и уго-

²² Боннер А.Т. К.Маркс о соотношении материального права и процесса // Избранные труды по гражданскому процессу. СПб., 2005. С. 80–81.

²³ Боннер А.Т., Сергун А.К., Уксусова Е.Е. Замечания к проекту федерального закона «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» (по вопросам административного производства) // Вестник гражданского процесса. 2012. № 2. С.272.

²¹ В общей теории отмечается, что из наличия специальных норм вытекает ограничительное толкование, ибо специальная норма ограничивает сферу действия общей нормы, делает из нее изъятия (*lex specialis derogate legi generali*) (Общая теория государства и права. Академический курс в 3 т. /отв. ред. М.Н. Марченко. М., 2007. С. 776–779 (автор главы – А.Ф. Черданцев).

ловное, а также выделяются области процессуального законодательства (гражданско-процессуальное, арбитражно-процессуальное, административно-процессуальное, уголовно-процессуальное законодательство) (ст. 71, 72, 118 Конституции РФ).

Из этого следует, что характер процессуальных отношений неразрывно связан с разнородной природой конституционно разграничиваемых видов судопроизводства с учетом областей процессуального законодательства. Он никак не может определяться категорией гражданских дел, рассматриваемой в рамках гражданского судопроизводства.

2.4. Вместе с тем нельзя не согласиться с утверждением о том, что в отечественном праве, регулирующем сферу несостоятельности, нецелесообразно разделять нормы материального и процессуального права в части создания отдельных законов в области конкурсного права и конкурсного процесса²⁴, которые бы автономно регулировали материальную и процессуальную (судебную) составляющие этой сферы. Современное правовое регулирование несостоятельности не дает повода опасаться такого законодательного подхода, поскольку Закон о банкротстве 2002 г. не демонстрирует подобного разделения. Напротив, он как комплексный нормативный акт из года в год с завидным постоянством расширяет пределы своего регулирующего воздействия, продолжая включать как материальные, так и процессуальные нормы, регулируя в том числе судопроизводство по делам о банкротстве. Имеющийся исторический законодательный опыт как национальной, так и зарубежных правовых систем также не дает оснований для подобного подхода. Например, действовавший ранее Конкурсный устав Германии («Konkursordnung» vom 20 мая 1898 г. до действия Положения о несостоятельности «Insolvenzordnung» (InsO) vom 5 октября 1994 г.), название которого весьма созвучно с процессом, по содержанию норм вовсе не являлся исключительно процессуальным регламентом.

Несмотря на сказанное, не исключая возможного интереса современных разработчиков к такому акту, приведем лишь некоторые соображения относительно неприемлемости регулирования отдельным законом только исключительно порядка судопроизводства по делам о банкротстве.

Судопроизводство по делам о банкротстве – это составная часть гражданского судопроизводства, подвид арбитражного процес-

са, регулируемого процессуальными кодексами (ГПК РФ и АПК РФ). Порядок судопроизводства по делам о банкротстве, как отмечалось, включен и подчинен предусмотренной законом судебной процессуальной форме (порядку судопроизводства по гражданским делам)²⁵. Место и значимость процессуальной формы для осуществления судебной власти, отправления правосудия согласно российской законодательной традиции исключает существование федеральных законов, регулирующих исключительно судопроизводство по тем или иным категориям гражданских дел, нежели кодифицированный процессуальный нормативный акт, каковым призван быть процессуальный кодекс, определяющий целостную правовую регламентацию поступательного развития процесса, основанную на принципах процесса, необходимый внутренне согласованный объем общих и специальных правил судопроизводства. Принятие закона должно диктоваться потребностью в существовании иной, отличной по природе от предусмотренной кодифицированным законом, процессуальной формы (ГПК РФ и АПК РФ). Наличие такой формы должно согласовываться с конституционными основами осуществления судебной власти. Иной судебной формы защиты по гражданским делам, кроме как гражданское судопроизводство, Конституция РФ не предусматривает (ч. 2 ст. 118). Более того, в силу универсального характера процессуальной формы по гражданским делам, в рамках которой может быть рассмотрен любой спор о праве, любой правовой вопрос, и возможность ее приспособления и настройки с помощью специальных процессуальных норм для рассмотрения и разрешения той или иной категории гражданских дел, исключает потребность разработки отдельного процессуального акта в отношении определенной категории дел. Исторически сложившееся и оправдавшее себя эволюционное развитие национального гражданского процессуального (начиная с XIX в.) и арбитражного процессуального законодательства является весомым тому подтверждением. Преобладающая материальная цивилистическая природа дел о банкротстве такой объективной потребности также не вызывает. Разработка такого акта не может быть основана лишь на имеющейся специфике

²⁴ Телюкина М.В. Указ. соч. С. 61–62.

²⁵ Уксусова Е.Е. Специфика правового регулирования сферы судопроизводства по делам о банкротстве в России: прошлое и настоящее // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 6. С. 55–62.

природы дел о несостоятельности и наличии значительного объема специальных процессуальных норм, регулирующих их судебное рассмотрение и разрешение. Тесная связь и переплетение специальных процессуальных и материальных норм применительно к сфере несостоятельности, напротив, объективно диктуют необходимость их объединения и совместного сосуществования в рамках комплексного федерального закона, что бесспорно создает удобства для судебного правоприменения и оправдано законодательной техникой в целях сохранения логического смысла взаимосвязанных между собой норм и достижения полноты регулирования отношений несостоятельности.

Именно за комплексным общим Законом о банкротстве 2002 г. как оправданной формой законодательного регулирования и в дальнейшем должно сохраняться системообразующее значение в регулировании материальной и процессуальной сфер отношений в связи с несостоятельностью (банкротством).

2.5. Сфера несостоятельности (банкротство) как правовое явление, отличающееся специальным комплексным материальным и процессуальным правовым регулированием, для его корректной оценки с точки зрения глубинного смысла и сущностных взаимосвязей требует разграничения и несмешивания материальных и процессуальных норм, как и разнородных (материальных и процессуальных) правовых связей для их выявления, согласования, взаимосвязи и дальнейшего совершенствования.

По мере обновления и расширения материального и процессуального регулирования сферы гражданской юрисдикции для процессуальной науки сохраняется потребность анализа проявления материальных и процессуальных правовых связей, влияния их на правовой режим судопроизводства по гражданским делам для дальнейшего развития процессуальной формы через весьма обширный и разносторонний предмет судебного рассмотрения, в качестве которого выступают те или иные спорные материальные правоотношения, категории материально-правовых споров. Предмет судебного рассмотрения, будучи основным и определяющим звеном взаимосвязи материального и процессуального права, ставит перед процессуальной доктриной извечный вопрос о возможностях судебной защиты, не утрачивая своей актуальности, о способах и процессуальных средствах защиты относительно обновляемых и расширяемых сфер мате-

риально-правового регулирования. В связи с этим парность материального и процессуального права – это неотъемлемый атрибут, как два берега одной реки, – судебного правоприменения по гражданским делам, находящегося в постоянном развитии, неизменно продолжает выступать в качестве объекта научных исследований. Бесспорно, решение такого вопроса в форме подобной взаимосвязи рельефно выкристаллизует многие теоретические и прикладные проблемы процессуальной науки в области гражданской юрисдикции, содержания и действия процессуальных норм и институтов.

Для дел о банкротстве, для которых, по нашему мнению, характерно так называемое консолидированное производство, включающее разнообразные «мини-процессы» (производства), что существенно отличает такое производство по предмету и объему судебной правоприменительной деятельности, организации судопроизводства, подобный исследовательский подход приобретает особую значимость.

Сфера правового регулирования судопроизводства по делам о банкротстве с характерными ее особенностями отражает особую разновидность проявления связи материального и процессуального права. При этом пределы связанности процессуального регулирования судопроизводства задаются спецификой материального правового регулирования несостоятельности, когда специальное процессуальное регулирование накладывает отпечаток на важнейшие институты процессуального права. Судопроизводство по делам о банкротстве исторически связано именно с конкурсом как понятием материального (гражданского) права. Судебное производство возникает по поводу конкурса. Поэтому задаваемая специфика допускает оправданность сохранения его наименования как «конкурсный процесс» («конкурсное производство»), поскольку такое наименование получило широкое распространение в правовом обороте. Однако во избежание терминологической путаницы в целях отграничения судопроизводства от процедур банкротства и иных применяемых в отношении должника мероприятий непроцессуального характера, регулируемых нормами материального права, материальных и процессуальных отношений видится оправданным использование наименования «конкурсный процесс», «конкурсное судопроизводство» исключительно в процессуальном аспекте (контексте) для обозначения судопроизводства по делам о банкротстве, по нашему

мнению, как специализированного судопроизводства по АПК РФ. С позиции законодательного формата такое специализированное судопроизводство определяется с учетом природы той или иной (комплекса) категории (категорий) гражданских дел наличием в большей или меньшей степени целостного объема специальных процессуальных норм (правил). Объемом и содержанием данных норм при их связи с общими процессуальными нормами (общими правилами искового производства) задается, на наш взгляд, процессуальная специализация судопроизводства.

По АПК РФ судопроизводство по делам о несостоятельности (банкротстве) – это обособленный порядок судопроизводства, характеризующийся спецификой процессуального регламентирования. Судопроизводство по делам о банкротстве, с одной стороны, как составная часть арбитражного процесса, будучи охваченное ключевыми правовыми идеями – принципами процесса и его общей организации, подчинено общим правилам процесса и процессуальным институтам. По процессуальному кодексу этим определяется единство процессуального регулирования. С другой стороны, рассматриваемое судебное производство характеризуется наличием известных только делам о банкротстве и включенных, главным образом, в законы о несостоятельности (банкротстве) специальных процессуальных правил (специальных процессуальных норм). Проявляемым соотношением общих правил со специальными правилами процесса задается отличие производства по делам о банкротстве от иных судебных производств в его организации, в особом проявлении действия отдельных принципов процесса, реализации процессуальных институтов.

При этом нельзя не учитывать, что понятия «конкурсный процесс», «конкурсное производство» находят широкое применение и в рамках учения о несостоятельности как составной части цивилистической науки, которые используются и в материально-правовом смысле. В этой связи обратимся к дореволюционному законодательству и доктрине.

3. В России сфера несостоятельности (банкротства) в ретроспективе всегда включала ее материальное и судопроизводственное правовое регулирование. По мере развития материального законодательства²⁶ формиро-

валось и совершенствовалось процессуальное законодательство, связанное с несостоятельностью (банкротством).

На национальной почве рассматриваемое правовое регулирование имеет богатую историю, включая сферу судопроизводства по делам о банкротстве, так как судебный порядок в последние несколько веков сохранял приоритет установления несостоятельности.

XIX в. явился определяющим в правовой российской кодификации в целом и истории конкурсного процесса в частности. В это время были приняты специальные законодательные акты, среди них в 1832 г. Устав о торговой несостоятельности, Общее учреждение коммерческих судов и Устав судопроизводства в них²⁷, Устав гражданского судопроизводства 1864 г. А.Х. Гольмстеном был назван законодательным, в сравнении с XVIII в., «кодификационным, веком усиленной, но бесплодной кодификационной работы». По его признанию, Устав о торговой несостоятельности 1832 г. – «продукт всей предшествующей вековой кодификационной работы»²⁸. Предметом исторических изысканий автора был русский конкурсный процесс (конкурс), сущность которого заключалась в разрешении конкуренции прав нескольких кредиторов, вызванной несостоятельностью должника. Главными, характерными признаками его выделялись: недостаточность имущества должника, иначе – его несостоятельность; наличие нескольких кредиторов и известный порядок в удовлетворении требований этих кредиторов²⁹.

В этот период сфера несостоятельности (банкротства) получила кодифицированную материальную и процессуальную регламентацию, была создана судебная практика, что, судя по научным исследованиям³⁰, позволяло признать достаточно высокую степень регламентации и функционирования системы банкротства. «Никто не может быть признан в

дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2003; Андреев С.Е. Соотношение реабилитационных и ликвидационных процедур по законодательству о банкротстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

²⁷ Гуляев А.И. Торговое судопроизводство. М., 1914. С. 63–64.

²⁸ Гольмстен А.Х. Исторический очерк русского конкурсного процесса. СПб., 1888. С. 259–261.

²⁹ Гольмстен А.Х. Указ. соч. С. 1–2.

³⁰ Малышев К.И. Исторический очерк конкурсного процесса. СПб., 1871; Нефедьев Е.А. Судопроизводство торговое. Конкурсный процесс. М., 1909; Улинский А.И. Конкурсный процесс. Несостоятельность торговая и неторговая по русскому законодательству. Курск, 1915; Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. М., 2000.

²⁶ О развитии отечественного материального правового регулирования несостоятельности гражданско-правовой направленности см.: Авдеев С.С. Банкротство как способ ликвидации юридического лица: автореф.

несостоятельности прежде, нежели она объявлена будет судом», – гласит ст. 408 Устава судопроизводства торгового. Наряду с общегражданскими судами функционировали коммерческие суды как гражданские суды, процессуальная деятельность которых регулировалась Уставом судопроизводства торгового. Раздел третий Устава «О производстве дел о торговой несостоятельности» включал не только правила судопроизводства по делам торговой несостоятельности, но и значительное количество положений материального права.

Устав гражданского судопроизводства 1864 г. также предусматривал правила о порядке судопроизводства по делам о несостоятельности (Приложение III к ст. 1400), в соответствии со ст. 1 которых «дела о несостоятельности производятся по правилам, изложенным в Уставе Судопроизводства Торгового, с изменениями и дополнениями, означенными в статьях 2 и следующих сего приложения»³¹. Такая дифференциация процессуального регулирования судопроизводства по делам о банкротстве была предопределена видами несостоятельности. Уставы различали два ее вида: «смотря по тому, касается ли несостоятельности торговой, т.е., явившейся результатом торговой деятельности должника, или же несостоятельности гражданской, неторговой, которая возникала из участия должника в общегражданском обороте»³².

Дела о торговой несостоятельности были подведомственны коммерческим судам. В местностях, где не было коммерческих судов, – общим судебным учреждениям (окружным судам – по первой инстанции). Коммерческие суды при производстве этих дел руководствовались Уставом торгового судопроизводства, а общие суды по делам о неторговой несостоятельности – тем же Уставом с учетом изменений и дополнений, содержащихся в Приложении III к ст. 1400 Устава гражданского судопроизводства. На практике при недостаточности правил Устава судопроизводства торгового применялись общие установления Устава гражданского судопроизводства³³.

Приложение как временные правила о порядке производства дел о несостоятельности как торговой, так и неторговой были приняты в 1868 г. в целях необходимости согласования положений о несостоятельности в

связи с введением новых судебных учреждений, новых судебных уставов³⁴, каковым был и Устав гражданского судопроизводства. Анализ Приложения III Устава гражданского судопроизводства позволяет признать, что оно предусматривало две группы новых правил судопроизводства по делам о несостоятельности. Во-первых, среди них есть правила судопроизводства общего характера, которые были применимы для всех дел о несостоятельности, обязательные для коммерческих и общегражданских судов (ст. 1–19), они имели приоритет над Уставом судопроизводства торгового, поскольку в той или иной мере корректировали установленные им положения. Во-вторых, содержали особенности для дел о несостоятельности неторговой, которые современным языком можно именовать специальными процессуальными правилами по отношению к Уставу судопроизводства торгового (ст. 19–30). Они подлежали применению окружными судами, рассматривавшими отнесенные к их ведению дела о несостоятельности неторговой.

Таким образом, Устав судопроизводства торгового осуществлял базовое процессуальное регулирование судопроизводства по делам о банкротстве независимо от характера дел о несостоятельности. Им определялся общий порядок судопроизводства по делам о несостоятельности торговой и неторговой в коммерческих и общегражданских судах. В то же время в разделе третьем Устава предусматривались особенности для дел о торговой несостоятельности («О производстве дел о торговой несостоятельности»). Судебный порядок по делам о несостоятельности тем не менее носил специальный характер по отношению к порядку по гражданским делам в обычных судах по Уставу гражданского судопроизводства. При этом с учетом также действия изменений и дополнений, установленных Приложением III Устава гражданского судопроизводства, проводилось разграничение регулирования судопроизводства в зависимости от различаемых уставами видов несостоятельности (торговая и неторговая).

Судебной практикой узаконения о несостоятельности в торговом процессе в части целевой их направленности истолковывались как имеющие «целью охранение в тех случаях, когда имущество должника недостаточно для покрытия всех долгов, интересов всех его кредиторов, не давая из числа последних, пользующихся по своим претензиям равными

³¹ Устав гражданского судопроизводства. Пг., 1914.

³² Васильковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 1917. С. 405–415.

³³ Васильковский Е.В. Указ. соч. С. 405.

³⁴ Гуляев А.И. Указ. соч. С. 64.

правами, предпочтения одному перед другими» и вызываемые «необходимость удовлетворения претензий кредиторов в особом, установленном законом порядке, помимо отдельного обращения каждого из кредиторов исключительно в свою пользу к обыкновенным мерам взыскания, предусмотренным лишь в отношении состоятельных должников» (курсив наш. – Е.У.)³⁵.

Имевшееся истолкование в части особого, установленного законом порядка актуально и в настоящее время, когда следует ограничить материальную категорию «конкурс» как особый порядок (способ) удовлетворения требований кредиторов³⁶ от конкурсного процесса как особого, установленного законом судебного порядка³⁷.

Конкурс как способ удовлетворения требований кредиторов несостоятельного должника, будучи понятием материального права, что отмечалось ранее, неразрывно связан с процессуальным регулированием, с конкурсным процессом. Специальная целевая направленность конкурсного процесса задается именно конкурсом, и поэтому его судопроизводственная организация, включающая разнообразные производства, призвана обеспечить охранение, определение и реализацию имущества должника, составляющего конкурсную массу. Своеобразие конкурса с процессуальных позиций проявляется в том, что он проводится, во-первых, в связи с возбуждением конкурсного процесса. Такой процесс, будучи ориентированным и приспособленным для защиты прав и интересов неограниченного числа лиц, поэтому имея коллективный характер, открывается прежде всего для группы лиц – сообщества кредиторов должника, количественный состав которого установить крайне затруднительно, как и предъявляемых

и ожидаемых требований кредиторов, имеющих право на имущество должника, которого оказалось недостаточно для их полного удовлетворения. Во-вторых, особенность конкурса заключается в том, что кроме как в рамках возбужденного судопроизводства по делу о банкротстве в установленном особом порядке их рассмотрения, требования кредиторов, участников конкурса не могут быть установлены и удовлетворены.

При рассмотрении вопроса о соотношении конкурса с судебным процессом никак нельзя обойтись без анализа представлений об этом в дореволюционной цивилистической доктрине.

4. Несомненного внимания заслуживает учение о несостоятельности, разработанное классиками дореволюционной цивилистики. Среди научных исследований XIX в. сферы банкротства наиболее известна работа Г.Ф. Шершеневича «Конкурсный процесс». Нашими современниками она признается наиболее полным и глубоким исследованием вопросов несостоятельности среди всех опубликованных научных трудов в этой области цивилистики³⁸. Конкурсное право ученый рассматривал как «совокупность положений, определяющих порядок равномерного распределения ценности, какую представляет имущество несостоятельного должника, между кредиторами, ввиду вероятной его недостаточности для полного удовлетворения всех требований», которая «по характеру своих норм разделяется на две части. Одна часть его положений обнимает материальное конкурсное право, или конкурсное право в тесном значении слова, другая – формальное конкурсное право, или конкурсное производство. Последнее представляет собой сам порядок распределения имущества, а первое – совокупность изменений, вызываемых конкурсным производством в существующих правоотношениях» (курсив наш. – Е.У.)³⁹. Автором дается широкое понимание конкурсного права. В то же время разделение конкурсного права на две части вызывает закономерный вопрос: охватываются ли предлагаемым понятием процессуальные положения, которые связаны исключительно с судопроизводством, процессуальными отношениями, обязательным субъектом которых согласно общепризнанному учению о процессуальных отношениях является суд?

³⁵ Гуляев А.И. Указ. соч. С. 78–79.

³⁶ Телюкина М.В. Указ. соч. С. 62.

³⁷ В научных исследованиях в ретроспективе учение о несостоятельности в самом широком смысле с определенными оговорками рассматривалось как конкурсный процесс, конкурс, конкурсное право. Поэтому категории «конкурсный процесс», «конкурсное производство» в юридическом обороте охватывают не всегда только процессуальные вопросы судопроизводства по делам о банкротстве, но и материальное правовое регулирование, материальные проблемы, в том числе процедуры несостоятельности (банкротства), которые по своей природе являются материально-правовыми. Кроме того, в Законе о банкротстве 2002г. определены процедуры банкротства, применяемые в деле о банкротстве. Среди них упоминается и «конкурсное производство» как одна из процедур несостоятельности (банкротства).

³⁸ Работа издана в 1912 г. в качестве VII отдела тома IV Курса торгового права (Г.Ф. Шершеневич Указ. соч. С. 5; автор предисловия – В.В. Витрянский).

³⁹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 102

Можно было бы предположить, что применительно ко второй части – к формальному конкурсному праву, которое тогда также именовалось как конкурсный процесс, речь могла идти исключительно о судопроизводстве, процессуальных положениях, которые, с точки зрения функционального применения института банкротства, только в судебном порядке могли бы занять такое место. Однако все это не так очевидно.

Признавая из двух частей основным формальное конкурсное право, ученый рассматривал его как «сам порядок распределения имущества», имеющий своей целью, «ввиду угрожающих признаков имущественного расстройств должника, доставить всем кредиторам справедливое и равномерное, хотя и не полное, удовлетворение, и тем предупредить всякие преимущества одного верителя перед другим». Ранее нами отмечалось, что такой порядок относится к материальному праву, нормы которого он устанавливаются. При этом мы были бы не совсем точны, если бы не учитывали изложенное исключительно только в историческом контексте. Заметим, что действовавшим законодательством тогда была предусмотрена (чего нет сейчас) возможность исполнения обязанности конкурсного управления судом⁴⁰, если кредиторов у должника было меньше трех. Поэтому учитывая, что в обязанности «конкурсного управления» входило распределение имущества должника, то порядок его распределения с участием суда, возникающие при этом отношения могли трактоваться как процессуальные.

Определяемое автором место формального конкурсного права обосновывалось тем, что «материальные положения конкурсного права являются лишь логическим выводом из этой основной идеи», и по времени конкурсное производство возникает ранее действия материального конкурсного права. Именно в данном случае мы можем понять, что речь шла о судебном производстве по делу о несостоятельности. «Конкурсное производство, – признавал Г.Ф. Шершеневич, – возбуждается с момента предъявления кредитором или должником просьбы об открытии несостоятельности, между тем как материальные положения являются последствием объявления должника несостоятельным». При этом отмечается, что «в дальнейшем развитии конкурсного производства материальные положения тесно сплетаются с формальными и создают общую, неразрывную систему»⁴¹.

⁴⁰ Гольмстен А.Х. Указ. соч. С. 269.

⁴¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 102–103.

Ограничиваясь только лишь приведенным содержанием конкурсного права и его составных частей, выделим все же главную идею, заложенную в приведенных рассуждениях. Она заключается в рассмотрении несостоятельности как системы материальных и формальных положений и разграничении ее основных частей, что очень конструктивно и весьма актуально и поныне. В истории конкурсного процесса аналогичного подхода придерживалась и зарубежная доктрина.

Подобный подход, разграничивающий материальные и формальные положения, при уклоне последних в сторону судопроизводства при его базовом характере, отражал необходимую системность правового регулирования в действовавших уставах и специфику существовавшего специального правового регулирования несостоятельности (банкротства). Такое понимание и в настоящее время позволяет видеть потребность целостного правового регулирования при имевшихся взаимовлияющих и обуславливающих разнородных материальных и процессуальных положениях, по сути, специфику специального правового регулирования несостоятельности (банкротства), отражая необходимое соотношение материального и процессуального права, где процесс создает «несущую конструкцию» для материального права, а последнее наполняет его материально-правовым содержанием.

В настоящее время с позиции системы действующего правового регулирования несостоятельности (банкротства) сохраняется потребность установления объективной парности материальных и процессуальных законодательных установлений, при охвате последними исключительно сферы судопроизводства, разграничения разнородных материальных и процессуальных правовых связей, выявления существующего соотношения материального и процессуального права, специфики современных процедур банкротства и судопроизводства, специального правового регулирования несостоятельности сферы гражданской судебной юрисдикции, специализации процессуальной деятельности судов по делам о банкротстве. Иными словами, исследования сложного механизма судебной защиты по гражданским делам при «парности» материального и процессуального права через предмет рассмотрения и защиты, на примере дел о банкротстве.

5. Эволюционный процесс развития системы несостоятельности (банкротства) был прерван революционными событиями 1917 г.

Положения о несостоятельности появились в первом ГПК РСФСР, введенным в действие с 1 сентября 1923 г., лишь в связи с внесенными в него изменениями в 1927 г. Кодекс был дополнен гл. 37 «О несостоятельности частных лиц, физических и юридических»⁴². Данной главой предусматривалось специальное правовое регулирование судопроизводства по рассмотрению дел о банкротстве судами судебной системы РСФСР в гражданском процессе⁴³. Нормы о подведомственности дел судам Кодексом специально не выделялись. Дела об открытии несостоятельности частных лиц, физических и юридических, так они именовались по терминологии закона, подлежали ведению народного суда (ст. 319). В 1929 г. ГПК РСФСР был дополнен главами 38 и 39⁴⁴, которые были соответственно посвящены особенностям несостоятельности государственных предприятий, смешанных акционерных обществ и кооперативных организаций. Однако нормы этих глав оказались невостребованными в виду того, что в судах не было (или почти не было) дел о несостоятельности⁴⁵.

В поздний советский период оказавшийся в забвении институт банкротства ввиду пол-

ной невостребованности не получил своего процессуального оформления также и в пришедшем ему на смену ГПК РСФСР 1964 г., который действовал вплоть до принятого современного ГПК РФ 2002 г.

В начале 90-х годов прошлого века начавшиеся преобразования правовой системы в России, обусловленные появлением рыночной экономики, интенсивно развивающееся гражданское право, регулирующие новые отношения собственности и товарно-денежного обращения, естественным образом привели к потребности восстановления института банкротства как одного из неотъемлемых элементов современной экономики, становлению законодательства, регламентирующего материальные и процессуальные сферы банкротства. Сформировалась объективная основа для воссоздания экономического (коммерческого) правосудия, существовавшего в России до 1917 г., появления отдельной системы арбитражных судов, приспособленной к разрешению предпринимательских экономических споров⁴⁶ в РФ, в том числе дел о несостоятельности (банкротстве).

Библиография:

1. Белых В.С., Дубичин А.А., Скуратовский М.Л. Правовые основы несостоятельности (банкротства). – М., 2001.
2. Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2002.
3. Боннер А.Т., Сергун А.К., Уксусова Е.Е. Замечания к проекту федерального закона «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» (по вопросам административного производства) // Вестник гражданского процесса. – 2012. – № 2.
4. Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. – М., 1917.
5. Папе Герхард . Институт несостоятельности: общие проблемы и особенности правового регулирования в Германии. Комментарий к действующему законодательству / пер. с нем. – М., 2002.
6. Гольмстен А.Х. Исторический очерк русского конкурсного процесса. – СПб., 1888.
7. Гуляев А.И. Торговое судопроизводство. – М., 1914.
8. Гурвич М.А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия: избранные труды. В 2 т. – Краснодар, 2006. – Т. 2.
9. Гурвич М.А. О применении советским судом гражданских законов // Ученые записки ВЮЗИ. – 1969. – Вып. XVI.
10. Клейнман А.Ф. О несостоятельности частных лиц по советскому процессуальному праву. – Иркутск, 1929.
11. Курс советского гражданского процессуального права. – М., 1981.

⁴² СУ. 1927. № 123. Ст. 830.

⁴³ Клейнман А.Ф. О несостоятельности частных лиц по советскому процессуальному праву. Иркутск, 1929. С. 3–5.

⁴⁴ СУ. 1929. № 85–86. Ст. 836.

⁴⁵ Курс советского гражданского процессуального права. М., 1981. С. 446–447 (автор главы – П.Я. Трубников).

⁴⁶ Первый Закон РСФСР от 4 июля 1991 г. «Об арбитражном суде», ставший правовой основой для формирования системы арбитражных судов.

12. Общая теория государства и права. Академический курс в 3 т. / отв. ред. М.Н. Марченко. – М., 2007.
13. Степанов В.В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Германии. – М., 1999.
14. Телюкина М. Основы конкурсного права. – М., 2004.
15. Уксусова Е.Е. Определение надлежащего судебного порядка по гражданским делам // Журнал российского права. – 2009. – № 6.
16. Уксусова Е.Е. Специальный характер правового регулирования судопроизводства по делам о несостоятельности (банкротстве) // Журнал российского права. – 2009. – № 12.
17. Уксусова Е.Е. Дела о банкротстве: специализация арбитражных судов и арбитражной процессуальной формы // Судья. – 2013. – № 4.
18. Шакарян М.С., Сергун А.К. К вопросу о теории так называемой «юридической процессуальной формы» // Проблемы соотношения материального и процессуального права. Труды ВЮЗИ. – М., 1980.
19. Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. – М., 2000.

References

1. Belykh V.S., Dubichin A.A., Skuratovskii M.L. Pravovye osnovy nesostoyatel'nosti (bankrotstva). – М., 2001.
2. Bonner A.T. Primenenie normativnykh aktov v grazhdanskom protsesse: avtoref. dis. ...d-ra jurid. nauk. – М., 2002.
3. Bonner A.T., Sergun A.K., Uksusova E.E. Zamechaniya k proektu federal'nogo zakona «O vnesenii izmenenii v Grazhdanskii protsessual'nyi kodeks Rossiiskoi Federatsii» (po voprosam administrativnogo proizvodstva) // Vestnik grazhdanskogo protsessa. – 2012. – № 2.
4. Vas'kovskii E.V. Uchebnik grazhdanskogo protsessa. – М., 1917.
5. Pape Gerhard . Institut nesostoyatel'nosti: obshchie problemy i osobennosti pravovogo regulirovaniya v Germanii. Kommentarii k deistvuyushchemu zakonodatel'stvu/Per. s nem. – М., 2002.
6. Gol'msten A.Kh. Istoricheskii ocherk' russkago konkursnago protsessa. – SPb., 1888.
7. Gulyaev A.I. Torgovoe sudoproizvodstvo. – М., 1914.
8. Gurchich M.A. Grazhdanskie protsessual'nye pravootnosheniya i protsessual'nye deistviya: izbrannye trudy v dvukh tomakh. – Krasnodar, 2006. – Т. 2.
9. Gurchich M.A. O primenении sovetskimi sudom grazhdanskikh zakonov // Uchenye zapiski VYuZI. – 1969. – Vyp. XVI.
10. Kleinman A.F. O nesostoyatel'nosti chastnykh lits po sovetskomu protsessual'nomu pravu. – Irkutsk, 1929.
11. Kurs sovetskogo grazhdanskogo protsessual'nogo prava. – М., 1981.
12. Obshchaya teoriya gosudarstva i prava. Akademicheskii kurs v 3 t. / отв. ред. М.Н. Марченко. – М., 2007.
13. Stepanov V.V. Nesostoyatel'nost' (bankrotstvo) v Rossii, Frantsii, Germanii. – М., 1999.
14. Telyukina M. Osnovy konkursnogo prava. – М., 2004.
15. Uksusova E.E. Opredelenie nadlezhashchego sudebnogo poryadka po grazhdanskim delam // Zhurnal rossiiskogo prava. – 2009. – № 6.
16. Uksusova E.E. Spetsial'nyi kharakter pravovogo regulirovaniya sudoproizvodstva po delam o nesostoyatel'nosti (bankrotstve) // Zhurnal rossiiskogo prava. – 2009. – № 12.
17. Uksusova E.E. Dela o bankrotstve: spetsializatsiya arbitrazhnykh sudov i arbitrazhnoi protsessual'noi formy // Sud'ya. – 2013. – № 4.
18. Shakaryan M.S., Sergun A.K. K voprosu o teorii t.n. «yuridicheskoi protsessual'noi formy» // Problemy sootnosheniya material'nogo i protsessual'nogo prava. Trudy VYuZI. – 1980.
19. Shershenevich G.F. Konkursnyi protsess. – М., 2000.

Материал поступил в редакцию 15 декабря 2013 г.

ИСТОРИЯ АДВОКАТУРЫ

В.Н. Ивакин*

НЕДОПУСТИМОСТЬ ВЕДЕНИЯ НЕПРАВЫХ ДЕЛ

Аннотация. Еще в Древнем Риме для предотвращения использования адвокатами своих знаний и способностей с целью отстаивания противоречащих закону и морали требования или возражений своих доверителей был установлен прямой запрет ведения адвокатами неправых дел. Данный запрет содержался в тексте особой профессиональной присяги, которую адвокаты должны были произносить в начале каждого защищаемого дела. В принятых позднее средневековых нормативных правовых актах и сводах местных обычаев содержались аналогичные правила. Однако было бы ошибочным абсолютизировать те положения, которые касались запрета принятия адвокатами несправедливых дел, поскольку, во-первых, оценка их законности и нравственности давалась самими же адвокатами, во-вторых, перспективы дела непосредственно на момент обращения заинтересованного лица могли быть недостаточно ясны. Внешне бескомпромиссную позицию по вопросу о недопустимости ведения несправедливых дел, начиная со Средних веков, занимали французские юристы. Однако с течением времени в качестве их оппонентов в литературе выступил ряд известных юристов из других стран. Что же касается законодательства, то еще во времена Наполеона, 4 февраля 1804 г., во Франции был утвержден новый текст присяги французских адвокатов, в котором вообще умалчивалось о выборе дел последними. Ко второй же половине XIX в. только бельгийское законодательство предписывало адвокатам «защищать лишь те дела, которые представляются справедливыми их душе и совести». Между тем на уровне доктрины и адвокатской этики вопрос оставался достаточно спорным. Например, английские адвокаты так и не пришли к согласию, аналогичные разногласия существовали и среди российских присяжных поверенных, что потребовало продолжения дискуссии в XX в.

Ключевые слова: адвокат, принятие поручения, отбор дел, ведение несправедливых дел, неправота нравственная, неправота юридическая, запрет, присяга, отмена запрета, усмотрение адвоката.

DOI: 10.7256/1729-5920.2014.2.8940

В период становления адвокатуры определению адвокатов как служителей закона, а не частных лиц содействовал запрет ведения ими неправых дел. Проблема соблюдения правил этики при оказании юридической помощи сторонам в суде возникла еще в древние времена. Много упреков, в частности, заслуживали те из оказывающих такую помощь лиц, которые без разбору брались за любое дело, по которому к ним обращались. Положение, согласно которому лицо, осуществ-

ляющее защиту в суде, должно вести только правые дела, стало признанным в Риме задолго до создания организованной адвокатуры. Много доводов в пользу этого положения приведено в I в. н. э. известным теоретиком ораторского искусства Квинтилианом. «Если бы сила слова была орудием коварства, то не было бы ничего пагубнее для общественных и частных дел, чем красноречие... Сама природа была бы не матерью, а мачехой, когда бы сделала дар слова союзником злодеяний, против-

© Ивакин Валерий Николаевич

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры адвокатуры и нотариата Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА)
[ivakin.st@mail.ru]

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

ником невинности, врагом истины. Ибо лучше родиться немymi и совсем не иметь разума, чем обращать дары Провидения на взаимную погибель... Оратор защищать не всякого согласится: его красноречие есть спасительное пристанище, открытое для несчастных, но не убежище для разбойников; к поданию помощи решится он более всего качеством дела»¹. «Стыд не должен Оратора удерживать от взятых на себя дела, которое с первого взгляда показалось ему справедливым, а по дальнейшем исследовании нашлось неправым, хотя бы он уже сказал истцу, что успех в тяжбе его несомнителен. Ибо великую, если не ошибаюсь, сделает Оратор услугу, когда не будет мантия тяжущегося пустою надеждою. Да и сей не достоин попечений своего защитника, когда не послушается принимать от него совета. А для Оратора, какового мы предполагаем, неприлично защищать заведомо ложное»². Советуя адвокатам принимать дела не иначе, как после тщательного изучения их, он заканчивает свои соображения следующим выводом: «Оратор, исследовав таким образом дело и выяснив себе все, что говорит в пользу и во вред его, должен затем принять на себя роль третьего лица – судьи, вообразить, что дело производится перед ним, и признать те доводы, которыми бы он сам тронулся, произнося решение, самыми сильными, перед кем бы они ни были высказаны. Тогда он редко обманется в исходе, или вина будет уже на стороне судьи»³.

С оформлением же в Древнем Риме условия адвокатов для предотвращения использования ими своих знаний и способностей с целью отстаивания противоречащих закону и морали требований или возражений своих доверителей был установлен прямой запрет ведения адвокатами неправых дел. Данный запрет содержался в тексте особой профессиональной присяги, которую адвокаты должны были произносить не при вступлении в сословие, а в начале каждого дела. Они клялись, что приложат все усилия к тому, чтобы оправдать законные и справедливые

требования клиента, не замедлят отказаться от ведения дела даже во время производства, если убедятся в его неправомерности, все равно будет ли эта неправота нравственной или юридической, т.е. будет ли дело нечестным (*causa improba*) или юридически неосновательным (*penitus desperata*). В случае отказа адвоката от такого дела тяжущийся не имел права приглашать другого, чтобы, как говорилось в законе, «пренебрегая лучшими адвокатами, стороны не стали избирать нечестных». Если тяжущийся имел несколько адвокатов, из которых одни считали возможным вести дело, а другие – нет, то первые могли продолжать защиту, но на место вторых нельзя было приглашать новых⁴.

Можно думать, что императорские похвалы заслуживались адвокатами главным образом путем угодничества и низкопоклонства, а не мужественной защитой невинных людей. Писатель IV в. Аммиан Марцеллин рисует потрясающую сцену бесстыдства и продажности адвокатов своей эпохи: тут и «сеятели раздоров», ссорящие друзей и «обращающие святилище правосудия в какие-то темные капканы, откуда не выпускают, пока не высосут всех соков», и «невежественные наглецы с дерзкою руганью вместо доказательств»; некоторые из них «не помнят, держали ли они когда-либо в руках книгу», и если при них будет названо имя древнего автора, «они сочтут его за название диковинной рыбы или какого-либо кушанья»; тут и «специалисты в юриспруденции, заглохшей в хаосе противоречивых законов». Они даже «матереубийце пообещают оправдать его с «помощью никому неизвестных текстов», если только у него есть деньги...» (*Res gestae*, L. XXX, p. IV). Пораженные яркостью описания Аммиана Марцеллина, историки адвокатуры – Грелле-Дюмазо, Форсит и Васьяковский – склонны принимать его в известной мере за карикатуру, вызванную тем, что автор сам лично пострадал от адвокатов.

Высокая моральная оценка со стороны императорской власти деятельности первых поколений римских адвокатов была, очевидно, обусловлена той помощью, которую оказывали последние претендентам на римский престол в V в. н. э., активно участвуя в хитросплетениях борьбы за власть в Поздней Римской империи. Разумеется, что к участию в этой ожесточенной, нередко кровавой борьбе привлекались лучшие юридические умы того времени.

⁴ Васьяковский Е.В. Организация адвокатуры. Ч. 1. СПб., 1893. С. 65.

¹ Марка Фабия Квинтилиана двенадцать книг риторических наставлений. Ч. 2. СПб., 1834. С. 457.

² Там же. С. 457–458.

Сравните у Молло: «Отговорить клиента от неудачного процесса, значит оказать ему большую услугу»; «Нечестно было бы обнадеживать клиента в деле, представляющемся сомнительным» (Молло М. Правила адвокатской профессии во Франции // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.) / сост. И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов. СПб., 2004. С. 51, 54 (правила 65, 68).

³ Марка Фабия Квинтилиана указ. соч. С. 457.

Что же касается остальных адвокатов, то многие из них находились на значительно более низком уровне профессионального и нравственного развития, на что и указывают их современники – древнеримские историки. Не следует сбрасывать со счетов и традиционно отрицательное отношение обывателей к адвокатам, в том числе и во времена Древнего Рима, не изжитое до сих пор, а иногда прямо враждебные отношения между древними историками, тем же Аммианом Марцеллином, и адвокатами⁵.

В средневековых нормативных актах также предусматривалась обязательность отказа адвокатов от поддержания необоснованных требований в суде. Так, в августе 1231 г. на придворном съезде в Мельфи король Сицилии и император Священной римской империи Фридрих II Гогенштауфен обнародовал один из самых прогрессивных законодательных актов своего времени – Конституции (уставы) королевства Сицилийского («Мельфийские конституции»), получившие также еще одно название – «Lieber Augustalis» (Августинианская книга, или Книга Августа). В книге I Lieber Augustalis нашли отражение основные черты сицилийской системы правосудия, в том числе адвокатуры. В титуле 84 предусматривалось, что адвокаты во всех судах должны были перед допуском к работе и затем ежегодно приносить следующую профессиональную клятву: «Они будут заботиться о помощи стороне, защиту которой они возьмут на себя, со всей доверительностью и правдивостью без всяких хитростей. Они не будут подсказывать им отношение к фактам по делу. Они не будут осуществлять давления против их подлинных убеждений и не будут брать на себя защиту безнадежных дел. Если они возьмут на себя ведение дел, которые запутаны ложью одной из сторон и которые сначала казались им справедливыми, но в ходе слушаний на основании фактов или закона оказались несправедливыми, они немедленно прекратят защиту...»⁶. Приведенные нормы явно направлены не только против принятия адвокатами поручений на ведение неправых дел, но и против склонения самими адвокатами сторон к неправомерной тяжбе.

О распространенности в Средние века в Западной Европе закрепленного еще в рим-

ском праве положения о недопустимости ведения адвокатами неправых дел свидетельствует и содержание знаменитых «Учреждений Людовика Святого» (1270 г.)⁷, заложивших основы французского судоустройства и судопроизводства. Прежде всего в этом нормативном документе адвокатам предписывалось «не защищать на суде незаконных дел» (causes deloyales).

Аналогичные правила содержались и в Кутюмах Бовези – памятнике права, представляющем собой запись обычного права северо-восточной части Франции, сделанную в 1282 г. В §175 этого акта указано: «Если кто-либо хочет стать адвокатом ... он должен присягнуть, что, исполняя свои обязанности адвоката, он будет вести себя хорошо и честно, что он, насколько ему будет известно, будет вести только добрые и законные дела, что если он начнет дело, которое в начале покажется ему правильным, а потом узнает, что оно нечестно, он сразу, как только узнает об этом, бросит его»⁸.

В Англии «Зерцало правосудия», изданное в период правления Эдуарда II (1307–1327), требовало от адвокатов посвящать все свои заботы интересам клиентов, не искажать истины, поддерживать только правые дела, воздерживаться от лжи.

Формула присяги римских адвокатов послужила образцом для законодательства многих стран Западной Европы, в том числе не только для французского и английского, но и шотландского, испанского, отчасти итальянского, прусского, австрийского, саксонского, ольденбургского и др.⁹

Что касается французских юристов, то они абсолютизировали взгляды Квинтилиана, приписывая ему совершенно бескомпромиссную позицию в отношении ведения адвокатами дел, представляющихся сомнительными

⁷ Как отмечал Г.Ф. Шершеневич, данный документ представлял собой частную работу, только появившуюся в царствование Людовика IX (Шершеневич Г.Ф. Официальный отзыв на сочинение Е.В. Васьковского, канд. юрид. наук, под заглавием «Организация адвокатуры» в 2-х частях 1893 года, которое он представил для получения степени магистра гражданского права // Ученые записки Императорского Казанского Университета. Год LXIV. Девятая книга. Сентябрь. Казань, 1897. С. 8).

⁸ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Т. I: Древний мир и Средние века. М., 2003. С. 576.

⁹ Васьковский Е.В. Основные вопросы адвокатской этики // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.). С. 294.

⁵ Чельцов М. Об адвокатской профессии и юридической природе советской адвокатуры // Советское государство и право. 1940. № 7. С. 109–110.

⁶ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 404.

с нравственной точки зрения¹⁰. Именно так толковали его высказывания Пьер де Фонтэн, Дюран, Бомануар, Бутилье, Ларош-Флавэн, Гуссон, Фио-де-ла-Марш и многие другие¹¹. При этом излагая свою точку зрения, эти авторы практически дословно воспроизводили положения, сформулированные Квинтилианом. Так, по словам Фио-де-ла-Марша, в сомнительных случаях адвокату следует поставить себя в положение судьи и представить себе вероятность того или другого решения, а затем остановиться на том или другом, и, само собой, на представляющемся ему наиболее вероятным¹². В частности, Буше д'Аржи учил следующему: «Ложный стыд не должен мешать адвокату отказаться от дела, кажущегося ему поначалу правым и которое лишь по более тщательном рассмотрении он признал неправым»¹³.

В таком же духе высказывались и более поздние французские авторы. Так, Камю говорил: «Адвокат одинаково выслушивает всех лиц, обращающихся к нему; но он не защищает дела всех без различия. Его кабинет – частное судилище; он судит там дела прежде, чем принять на себя их защиту. Употреблять свои таланты для прикрытия несправедливости значило бы делать из них преступное применение». То же самое повторяли д'Агессо, Мейер, Дюпэн и др.¹⁴ По этому поводу Молло писал: «Адвокат может отказаться от ведения представляющегося ему сомнительным гражданского дела, хотя бы он и консультировал в пользу его, не имея достаточных доказательств. Нечестно было бы обнадеживать клиента в деле, представляющемся сомнительным»¹⁵.

Приведенные положения могли бы вызывать серьезные опасения в отношении защиты интересов клиентов французских адвокатов, если бы они на самом деле неукоснительно соблюдались на практике. Ссылаясь на статью А. Барымова «Защита по уголов-

ным делам», опубликованную в журнале «Юридический Вестник» (1878. № 9–11; 1879. № 8), российский присяжный поверенный Д. Невядомский писал: «Практика французских судов, – говорит г. Барымов, – представляет гораздо более примеров осуществления бентамовских принципов¹⁶, чем в какой-либо другой стране, не исключая и самой Англии. Только этим, конечно, можно объяснить себе слух, сообщенный недавно газетами, будто в правительственных сферах Франции идут уже разговоры на тему об упразднении адвокатуры как сословия»¹⁷. Оставляя в стороне газетные слухи того времени, следует заметить, что тогдашние российские адвокаты были в большей степени, чем современные, осведомлены о французской адвокатской практике в силу гораздо более тесных контактов, существовавших между жителями России и Франции.

Впрочем, и сам Молло, взгляды которого приведены выше, все же не абсолютизировал служение адвоката установлению объективной истины по рассматриваемому делу. В частности, в другом месте своего труда он писал: «Обязательность сообщений (документов адвокату противной стороны. – В.И.) не может простираться до того, чтоб стеснять защиту или компрометировать интересы клиента. Так, адвокат не обязан предъявлять документов, невыгодных для клиента: *nemo cogitur edere contra se* (никто не обязан поступать против себя).

Так, если в первой инстанции адвокат ответчика считает лучшим отклонить требование документа, представляющееся ему несправедливым и в то же время тягостным для клиента, если он не знает, как им воспользуется противная сторона, или если думает, что непредъявлением документа может довести истца до требуемого сознания, или, обнаружив клевету и противоречия, подтверждаемые документом, выяснить таким образом и недобросовестность противной стороны – он имеет право дать ей сначала высказаться и уже потом только что-либо предъявить. Противная сторона упрекать его может в том, что несвоевременным предъявлением документа

¹⁰ Между тем Квинтилиан писал: «...Нахожу много причин, по которым Оратор может, не нарушая чести, принять на себя такое дело, за которое, без побуждения честного и законного, никогда бы не взялся» (Марка Фабия Квинтилиана двенадцать книг риторических наставлений. Ч. 2. С. 423).

¹¹ Васильковский Е. В. Основные вопросы адвокатской этики. С. 296.

¹² Молло М. Указ. соч. С. 55–56.

¹³ Цит. по: Молло М. Указ. соч. С. 65.

¹⁴ Васильковский Е. В. Основные вопросы адвокатской этики. С. 296.

¹⁵ Молло М. Указ. соч. С. 54 (правило 68).

¹⁶ Согласно учению известного английского философа, экономиста и теоретика права И. Бентама, в трактовке А. Барымова и Д. Невядомского, адвокат должен принимать поручение на ведение любого дела.

¹⁷ Невядомский Д. Вечные вопросы адвокатуры (по поводу «Этюда по адвокатской этике» Гр. Джаншиева) // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.). С. 237.

он ввел ее в заблуждение; но законный интерес клиента должен приниматься во внимание прежде всего.

Впрочем, от такта адвоката ответчика всегда будет зависеть согласить правило с его применением и интересы клиента с уважением к собрату»¹⁸.

Однако неукоснительное соблюдение декларируемого правила об отказе адвокатов от ведения неправых дел представляло большие сложности. Очевидно, что такой критерий отбора дел адвокатом, как правота клиента, был трудноуловимым. Анализируя содержание § 175 Кутюмов Бовези, предусматривавшего принесение адвокатом присяги, что «он, насколько ему будет известно, будет вести только добрые и законные дела», Н.В. Андрианов пишет: «На первый взгляд может показаться, что приведенное положение серьезно ограничивает свободу выбора адвоката в принятии поручений на ведение дел, а значит и само право французских подданных на юридическую помощь. Мол, только «добрые и законные дела» достойны ее. Но ведь законность и праведность дела определяется судом, а не адвокатом. Поэтому ключевые слова в приведенном положении – «насколько ему будет известно». Адвокат наделяется правом по собственному усмотрению определять (разумеется, в предварительном порядке), законны ли требования (возражения) его доверителя, причем это право действует на протяжении выполнения им поручения. Никаких ограничений этого права Кутюмы Бовези не устанавливают». Что же касается права французских адвокатов в любой момент отказаться от поручения по основанию отсутствия правовой позиции, то, как отмечает указанный автор, «иначе и нельзя было ввиду необходимости поддерживать в обществе принципы нравственности и удерживать подданных от чрезмерного пристрастия к сутяжничеству»¹⁹.

Вместе с тем очевидно, что выяснение того, действительно ли адвокат сознавал, что он ведет неправое дело, весьма затруднительно по целому ряду причин. Во-первых, он может добросовестно заблуждаться относительно законности поддерживаемых им требований или возражений клиента; во-вторых, нередко оценка тех или иных обстоятельств с фактической или юридической стороны яв-

ляется спорной и вызывает существенные затруднения; в-третьих, неоднозначным может быть и толкование подлежащих применению в данном случае правовых норм; в-четвертых, практически очень сложно проверить искренность адвоката, утверждающего, что, по его мнению, отстаиваемая им позиция доверителя законна. Кроме того, как быть, если клиент, несмотря на все разъяснения адвоката относительно того, что его требования или возражения не основаны на законе или не подтверждаются фактическими обстоятельствами дела, все же просит адвоката довести дело до конца, что, как показывает практика, в некоторых случаях заканчивается вынесением судом решения в пользу клиента?

Ввиду незнания адвокатом во многих случаях всех обстоятельств, которые могут в будущем повлиять на исход дела, неоднозначности их возможной юридической оценки, проблем, возникающих при толковании закона, перспективы дела непосредственно на момент обращения к адвокату заинтересованного лица могут быть недостаточно ясны. Применительно к таким ситуациям Молло писал: «В случае сомнений в правоте иска, адвокат все же может взяться за дело. Взгляды так часто меняются, что он может его и выиграть. Но все же он должен остановиться на более вероятном исходе... Браться за дело, нравственно сомнительное, – значило бы подвергнуть сомнению и свою собственную нравственность»²⁰. В данных рассуждениях автор правильно обращает внимание на такое существующее в практике явление, как нередкая перемена представлений юристов, в частности судей, о том, как следует разрешать то или иное дело.

В то же время следует согласиться, быть может, за редким исключением, с мнением Молло, согласно которому адвокат не должен обнадеживать клиента, что процесс будет выигран. Как правильно им отмечается, самые верные дела иногда проигрываются, а в случае проигрыша адвокат может подвергнуться вполне заслуженным нареканиям²¹.

По верному замечанию Молло, какое бы ни занимал адвокат видное место, он не должен отказываться от дел незначительных, иначе его заподозрят либо в корыстолюбии, либо в самомнении. Раз он занимает слишком высокое положение, мелкие дела отойдут от него сами собой²². В то же время, как писал

¹⁸ Молло М. Указ. соч. С. 86 (правило 116).

¹⁹ Андрианов Н.В. Адвокатура – общественная солидарность // Профессия адвоката: Сборник работ о французской адвокатуре / сост. А.В. Поляков. М., 2006. С. 14.

²⁰ Молло М. Указ. соч. С. 55.

²¹ Там же. С. 60 (правило 78).

²² Там же. С. 20 (правило 14).

тот же автор, адвокат не должен набирать слишком много дел; если излишек их не всегда доказывает корыстолюбие, так уж во всяком случае убивает талант²³.

Нежелательным и допустимым лишь как исключение признавался отказ адвоката от ведения уже принятых к производству гражданских дел. Как указывает Молло, «адвокат должен отказаться от дела в том только случае, когда, после тщательного ознакомления с ним, оно ему представится безнадежным; предварительное согласие ни к чему его в данном случае не обязывает»²⁴. Известный французский юрист Филипп де-Бомануар обращал внимание на то, что поскольку адвокат может ошибочно взглянуть на дело, отказ от него должен быть выражен осмотрительно и любезно, чтобы не лишить клиента надежды найти себе другого адвоката²⁵.

Между тем могут иметь место и другие причины отказа адвоката от ведения гражданского дела в суде. В частности, такой отказ может последовать в связи с расхождением мнений между адвокатом и клиентом по поводу позиции, которую целесообразно занять по делу. Если адвокат полагает, что позиция, которой предпочитает придерживаться доверитель, явно расходится с обстоятельствами дела либо действующим законодательством и приведет к заведомому проигрышу дела, а клиент после соответствующих разъяснений, данных ему адвокатом, по той или иной причине не желает изменять свою позицию, адвокат вправе отказаться от данного ему поручения. Как указывал Молло, во всяком деле – как гражданском, так и уголовном – адвокат обязан ознакомить клиента с системой своей защиты или обвинения письменно или устно и, в случае недовольства клиента, отказаться от дела²⁶.

Согласно существовавшим ранее в Западной Европе представлениям адвокат не был обязан разъяснять доверителю причины своего отказа от ведения дела. По этому поводу Молло, излагая правила адвокатской профессии во Франции, писал: «Звание адвоката свободно: он может, без всякого объяснения причин, отказаться от вверенного ему дела. Это основное правило существовало всегда»²⁷. Как указывалось им далее, «Риом-

ское решение 11 июля 1828 г. ... постановляет, что в делах гражданских адвокат может отказаться от ведения дела, не подвергая мотивов отказа рассмотрению Совета, и Ф. Дюпэн, приводящий это решение... полагает, что оно согласно с принципом независимости профессии. Мне кажется, следует установить некоторое различие. Вполне признавая за адвокатом право отказа, думаю, что в случае, если отказ этот оспаривается судьей, от которого исходит назначение, или стороной, адвокат не вправе уклониться от представления Совету мотивов отказа. Если независимость и есть принадлежность профессии, то та же профессия предписывает адвокату и бескорыстие, и уважение приличий. Как избежать нареканий в несоблюдении этого правила без представления собратьям мотивов отказа?»²⁸.

Молло отмечает также, ссылаясь на мнение Буше д'Аржи, что такой отказ должен последовать до начала заседания и в том только случае во время его, когда на самом заседании будет представлен противной стороной какой-либо важный документ, бросающий на дело совершенно иной свет²⁹. При отсутствии указанных обстоятельств «было бы непростительной небрежностью или бесчестным отказаться от дела накануне или в самый день заседания, не давая клиенту времени отыскать другого адвоката»³⁰ до судебного заседания.

Особенно большие проблемы связаны с использованием критерия справедливости при принятии адвокатом поручений на ведение дел и реализацией бывшего распространенным во французской адвокатуре положения, согласно которому «адвокат есть служитель справедливости»³¹. Достаточно сложным и запутанным, в частности, является вопрос о соотношении справедливости и права. В соответствии с распространенной ранее точкой зрения право и является воплощением справедливости. Так, по мнению Аристотеля, право служит мерилем справедливости³². Ульпиан в первой книге «Институций» писал: «Право получило свое название от [слова] "справедливость", ибо согласно превосходному определению Цельса, право есть искусство доброго и справедливого (другой пере-

²³ Там же (правило 15).

²⁴ Там же. С. 65 (правило 89).

²⁵ Там же. С. 56.

²⁶ Там же. С. 64 (правило 88).

²⁷ Там же. С. 48 (правило 61).

²⁸ Там же. С. 51 (правило 63).

²⁹ Там же. С. 65 (правило 89).

³⁰ Там же (правило 91).

³¹ Профессия адвоката: Сборник работ о французской адвокатуре. С. 363.

³² Аристотель. Политика. Кн. 1 // Соч. в 4 т. Т. 4. М., 1983.

вод: «право есть искусство добра и справедливости» (*jus est ars boni et aequi*)» (Дигесты. I.1.1). В русской науке право именовалось «выражением справедливости»³³, «формулой справедливости»³⁴.

Однако с течением времени понятия «право» и «справедливость» стали в значительной мере обособленными, хотя никто и не отрицал их связь. Представляется, что данное обстоятельство было обусловлено тремя основными причинами. Во-первых, как известно, право содержит значительное количество так называемых «ситуационных» норм, позволяющих правоприменителю в определенных общих пределах варьировать свои решения в зависимости от установленных им конкретных обстоятельств, например, определять подлежащую применению меру уголовного наказания или размер подлежащих взысканию алиментов, когда он не определен законом. При этом немаловажное значение для надлежащего регулирования соответствующих отношений имеет соблюдение, наряду с нормой права, требования справедливости. Во-вторых, нередкими стали случаи, когда нормы действующего права признаются не соответствующими критерию справедливости на официальном уровне, например при рассмотрении дел международными судами, в частности Европейским Судом по правам человека. В-третьих, с усложнением общественных отношений становится все более и более ясным, что право как некий общий стандарт поведения не может учитывать каждую конкретную ситуацию и обеспечивать справедливость во всех без исключения случаях, в результате чего возникает весьма ощутимый разрыв между правом и справедливостью.

Если же рассматривать справедливость как обособленное от права понятие, то практическое пользование им также сопряжено с рядом проблем. Как правильно отмечалось в литературе, категория справедливости, будучи оторванной от конкретного культурно-исторического контекста, оказывается лишенной всякого содержания. Кроме того, единое представление о справедливости возможно только в рамках узкой группы людей (общины, семьи и т.д.), да и то в определенных временных рамках. В сложносоставных обществах, где существуют различные системы нравственных ценностей, множество субкультур, поня-

тие справедливого приобретает способность легко меняться на противоположное. Более того, даже у одного человека понимание справедливого и несправедливого может меняться на протяжении весьма короткого срока, в особенности – если непосредственно затронуты его интересы. Людям свойственно считать справедливым удовлетворение именно своих интересов, тем более, если речь идет о юридическом конфликте³⁵.

Не случайным в связи с изложенным является то, что законодательное закрепление имевших ранее место ограничений в принятии адвокатами поручений на ведение дел в судах становилось все менее актуальным и в конце концов перешло полностью в сферу доктрины и адвокатской этики, в которой данный вопрос либо не решался вовсе и оставался на усмотрение самих адвокатов, либо решался далеко неоднозначно.

Так, уже в начале XIX в., во времена Наполеона Законом от 22 вентоза XII г. (4 февраля 1804 г.) был утвержден новый текст присяги французских адвокатов, который гласил: «Клянусь не говорить и не публиковать, в качестве защитника или юрисконсульта, ничего противного законам, распоряжениям правительства, добрым нравам, безопасности государства и общественному спокойствию и никогда не уклоняться от должного уважения к судам и общественным властям»³⁶. Как видим, здесь уже не идет речь об обязанности адвоката вести только правые, справедливые, законные дела.

Ко второй же половине XIX в. только бельгийское законодательство предписывало адвокатам «защищать лишь те дела, которые представляются справедливыми их душе и совести». Европейское законодательство других стран (французское, германское, австрийское, русское, испанское, итальянское, венгерское, местно-австрийское для областей боснийской и герцеговинской) совершенно умалчивали о выборе дел адвокатами³⁷.

Со временем в странах Западной Европы стала ставиться под вопрос обязательность соблюдения правила о ведении адвокатами только правых дел и на уровне адвокатской этики. Начало этим сомнениям еще в древние времена было положено наиболее известным из римских ораторов – Цицероном, в одних

³³ Соловьев В.С. *Философские начала цельного знания*. Соч. в 2 т. М., 1988. Т. 2. С. 147.

³⁴ Тихомиров Л.А. *Монархическая государственность*. СПб., 1992. С. 22.

³⁵ Андрианов Н.В. Указ. соч. С. 11–12.

³⁶ Цит. по: Васьковский Е.В. *Организация адвокатуры*. Ч. 1. С. 150.

³⁷ Васьковский Е.В. *Основные вопросы адвокатской этики*. С. 294–295.

случаях говорившим, что не следует защищать «нечестивых и дурных людей», а в других высказывавшим иной взгляд³⁸.

В качестве особенно активного проводника позиции отрицания необходимости отбора адвокатом дел, принимаемых им для ведения в суде, выступил выдающийся английский философ, экономист и теоретик права Иеремия Бентам. В своем труде, посвященном судопроизводству, он излагает свои рассуждения следующим образом: «...Адвокат, за исключением особенных случаев, не может и не должен отказываться ни от какого дела. Может ли он произнести свое мнение о справедливости или несправедливости дела до его рассмотрения? Взяв же на себя защиту, может ли он нарушить принятую на себя обязанность, не обманув своего клиента? По какому праву займет он место судьи? И какое преимущество имел бы человек могущественный, если бы он мог уговорить адвоката отказаться от защиты его противника под тем предлогом, что совесть не позволяет ему продолжать ведение дела? Назначение адвоката – защищать, как случится, – то правую, то неправую сторону; его нельзя изменить. Интерес правосудия требует этой борьбы противоположных сторон. Дело судьи отбросить их софистические доводы и найти истину в самых их противоречиях. Польза этого состязания так очевидна, что общественное мнение безмолвно дает адвокатам некоторую свободу, освобождая их, при отправлении их обязанности, от того строгого уважения к правосудию и истине, которое требует во всяком другом случае. В этом отношении их положение несколько сходно с положением актеров, которым дозволяют выражать чувства, осуждаемые нравственностью, и о которых не судят по их ролям»³⁹.

На таких же соображениях основывался и известный английский адвокат Форсит, рассуждения которого приводит Е.В. Васильковский. Указав, что адвокат – не судья, что его обязанность излагать в каждом деле одну сторону вопроса, что в связи со сложностью судопроизводства тяжущиеся не в состоянии вести дело без помощи специалиста – законоведа, он пишет далее: «Было бы просто тиранией и несправедливостью, если бы постановления судов предвосхищались частными мнениями, и адвокаты воображали, что они могут угадать приговор или решение, а потому отказать в помощи свое-

го профессионального искусства». Рассматривая далее вопрос о столкновении закона с нравственностью, Форсит высказывает мнение, что для адвоката закон должен быть важнее по двум причинам: 1) потому, что если даже верховный носитель справедливости – суд обязан прежде всего применять закон, то тем более это необходимо для адвоката; 2) потому, что если адвокат в своих консультациях на дому может давать клиентам советы и разъяснения, руководствуясь законами и не обращая внимания на нравственность, то нет основания, по которому ему нельзя было бы сделать шаг дальше и высказать свое мнение на суде. Однако при этом Форсит делает следующую оговорку: «Отсюда не следует, что адвокат обязан во всех тех случаях, когда закон в пользу какой-либо стороны, предоставлять свои услуги этой стороне, если она обращается за ними. Он может отказаться стать орудием завершения целей низкой и беспринципной злоумышленности»⁴⁰. Изложенные взгляды Форсита вызвали критическое замечание Е.В. Васильковского, указывавшего на отсутствие у автора четкого критерия, пользуясь которым адвокат мог бы отказывать в оказании помощи в ведении дел в суде⁴¹.

Третьим автором, выступившим против ограничения дел, за ведение которых может взяться адвокат, явился известный бельгийский адвокат Пикар. Первоначально в составленном им совместно с Дюшеном руководстве для адвокатов он принял мнение Молло. Однако затем в своем весьма известном произведении «Парадокс об адвокате» им был развит совершенно иной взгляд. Прежде всего Пикар на примере двух адвокатов, выступавших по одному делу и весьма активно отстаивавших противоположные позиции по нему, показал искусственный, не согласующийся с обычной адвокатской деятельностью характер сохранявшегося еще в то время в бельгийском законодательстве положения о том, что адвокатам можно «защищать лишь те дела, которые представляются справедливыми их душе и совести». Один из известных адвокатов, участвовавших в рассмотрении данного дела, со слов Пикара, применительно к указанной выше формуле присяги говорил следующее: «Если эта формула в действительности исполняется, а я и мой противник только что говорили –

³⁸ Там же. С. 295.

³⁹ Бентам И. О судопроизводстве. СПб., 1860. С. 116–117.

⁴⁰ Цит. по: Васильковский Е.В. Основные вопросы адвокатской этики. С. 300–301.

⁴¹ Там же. С. 301.

один за, другой против? Каким образом мы находили возможным делать это же самое вчера и будем делать завтра, и так изо дня в день, сегодня против одного, завтра против другого, и так протекает вся жизнь адвоката! Какая цена моему разуму и моей совести, совести и разуму противника, встречаемого мною ежедневно на другой стороне, противоречащего мне, если эти разум и совесть двух лиц по таким важным и капитальным вопросам, как имущество, честь и свобода, могут быть столь различны и противоположны? Какую жалкую и унижительную комедию играл бы адвокат ежедневно, если бы он в его деятельности руководился такими правилами, как их изображают люди предубежденные!

И это еще не все. Если бы мой клиент обратился к моему противнику, а его клиент ко мне, то разве я не стал бы поддерживать то же самое, что он, а он, мой противник, не доказывал бы того, что доказывал я? Потому что положения, которые он развивал с такой силой и убедительностью, ему казавшиеся основательными, могли ведь показаться таковыми и мне. Его суждения не хуже моих, наши достоинства равны, и от того, что он нашел возможным защищать, он, один из первых адвокатов и абсолютно честный человек, какое право имел бы я, не оскорбляя его, отказаться? – Все это так, а в результате – черное и белое, утверждение и отрицание, истинное и ложное, которое в то же время, в тех же одинаковых условиях, двум чистосердечным людям, с ясными умами, опытом и талантом, казалось одновременно и справедливым, и несправедливым. Это-то и дает, как о том говорит рутина, странный и разочарывающий спектакль новичку, вступающему в среду адвокатуры; этой-то двусмысленной и постыдной работе, под фирмой профессии, именующей себя благородной и свободной, он должен посвятить свою жизнь!»⁴². Он продолжал свою мысль: «Если все это правда, то насколько права толпа, называя нас торгашами слова.

Как основательна злоецающая шутка, что ни вдова, ни сирота никогда не нуждались бы для защиты их в адвокате, если бы не было другого адвоката для нападения на них!

Как я понимаю того из моих товарищей, который, обладая данными, необходимыми для хорошего адвоката, впал в полнейшую апатию, бездеятельность и, витая во мраке

сомнений, ответил мне однажды: «Я питаю ужас к моей профессии»⁴³.

Далее Пикаром приводятся доводы того же известного адвоката, учеником которого в то время он был. Прежде всего данный адвокат выступает против той части формулы присяги бельгийских адвокатов, в которой говорится об их обязанности вести только правые дела: «Знайте же, положение, гласящее, что адвокат должен вести только такие дела, которые он считает по совести и разуму правыми – положение ложное, это ложный принцип, ибо он порождает лицемерие и разочарование»⁴⁴.

Свои рассуждения Пикар начинает следующим образом: «Есть процессы, несправедливость возбуждения которых очевидна; никто из честных и себя уважающих товарищей не берется за них. По крайней мере за 20 лет моей деятельности я не встречал подобного случая. Если же такие случаи и имели место, то подобные процессы велись теми бессовестными и развращенными лицами, которые остаются в списках сословия лишь благодаря той, очень широко применяемой снисходительности, которая заставляет нашу дисциплину уклоняться от исключения из сословия. Процессы, обыкновенно проходящие перед судами, таковы, что в закономерности и в успешности нападения и защиты никто не сомневается, и работа, произведенная как той, так и другой стороной, оказывается полезной для правосудия»⁴⁵.

Как видно из изложенного, взгляды Бен-тама, Форсита и Пикара объединяет то, что ни один из них не считает, что адвокат должен браться за ведение абсолютно любого дела, по которому к нему обратятся, и что все указанные авторы полагают, что возможен отказ от выступления в суде по делу по одним лишь нравственным основаниям, хотя бы и при наличии правовых оснований для поддержания позиции обращающегося к адвокату лица в суде.

Между тем Пикар продолжает: «Первое, что надо определить, дабы разобраться в этих потемках, – это установить, что должно быть дано правосудию, чтобы оно могло выполнить свою задачу.

Судебное решение должно отыскать и установить истину; но предоставленные сами себе судьи, будь они самыми интелли-

⁴² Пикар Эдм. Об адвокате: (Парадокс). М., 2000. С. 12–13.

⁴³ Там же. С. 13.

⁴⁴ Там же.

⁴⁵ Там же. С. 14–15.

гентными, выполнить этого не могут. Для того чтобы овладеть массой сложных элементов, которые дадут им возможность постановить наиболее близкое к истине решение, надо, чтобы дело перед их глазами было подвергнуто глубокому анализу, чтобы оно было разобрано со всех сторон, чтобы все его содержание рельефно выступало, чтобы все “за” и все “против” были ясно выражены, чтобы все содержание дела свободно разбиралось, оспаривалось и защищалось, и обычай, столь же древний как сам процесс, об этом свидетельствует. Чтобы в этом вполне убедиться и уничтожить всякое сомнение, зайдите в суд и прослушайте там дело. Прослушайте одного, потом другого. Попробуйте отдаться впечатлениям, которые на вас произведут эти речи; поддайтесь их аргументации, которая как болото, маня вас через него выйти на берег, ведет вас в еще более топкие места. Смотрите, с какой изобретательностью каждый из противников углубляется в вопрос и в нем вращается, подмечает все стороны, объясняет и придает ценность и значение фактам. Даете ли вы себе отчет об этой труднейшей работе просеивания, которая совершается и дает в результате возможность извлечь из этой необработанной массы, которая составляет процесс, все до мельчайших, имеющих ценность, подробностей? Каждый аргумент берется, разбирается и бросается противнику, который, в свою очередь, принимает его, оценивает и возвращает обратно. Когда талантливый адвокат дает себе труд вдуматься в дело, он в нем находит то, чего не заметит посредственный ум; и это всегда, даже в тех случаях, когда он имеет дело с полнейшей очевидностью. У него есть какая-то особая способность, с одной стороны, усиливать значение маленьких, как бы пустых, обстоятельств и придавать им значение, которого они, как казалось ранее, и не имели; с другой стороны, он умеет уменьшать и смягчать значительность других обстоятельств, тем самым упрощая их и делая их как бы более понятными. Приводя таким образом все к надлежащим размерам, которые в сущности и соответствуют действительности, он и содействует уяснению дела. Вот каким образом, перед судьями, зрителями этого удивительного процесса, совершается акт очищения дела от всего излишнего, постепенного примирения в нем всех противоречий и подбора, который в результате оставит на поле борьбы лишь чистейшие самородки золота, из которых судьи и выкуют свое решение. А отсюда вам уже

ясно видна настоящая миссия адвоката. Ему не нужно а priori становиться в роль судьи дела, как это рекомендуется педантичной формулой и Prudhomme'ами⁴⁶ адвокатуры, он не должен иметь претензий разрешить с самого начала и лишь своими малыми силами то, что может явиться результатом лишь совокупной работы нескольких лиц, о которой я только что говорил...

Думать, что познакомившись с делом лишь со слов клиента и по его документам, не выслушав противника и его объяснений, думать, что и в таких условиях можно решить, что выйдет из дела, чем оно окончится – это иллюзия, достойная метафизиков, полагавших, что лишь усилием их мозгов они откроют и восстановят истину.

В этом положении дела есть место только для гипотез, предположений; тут-то и получила начало поговорка, которой, шутя, колют адвоката, излишне уверенного в выигрыше дела: “ничто не навредит так процессу, как название беспроегрешным”. Кто из нас не испытывал этого странного чувства, когда после речи, усиленной новыми, не подготовленными и только что пришедшими в голову, аргументами, находишь свое дело в лучшем положении, чем это ранее предполагал, и, наоборот, кто из нас, выходя к кафедре, вполне уверенным в выигрыше дела, не отходил от нее, выслушав противника, совершенно разочарованным и уверенным в проигрыше!

Вернемся теперь к формуле присяги и спросим себя, чего она стоит, когда предписывает адвокату вести лишь те дела, которые он по разуму и совести считает правыми, т.е. лишь те, которые порождают в нём безусловное убеждение в правоте, убеждение, исключаящее всякое сомнение, убеждение прочное как сталь и чистое как девственный снег. Или формула присяги nonsense, возлагающий на адвоката неисполнимую обязанность, нечто вроде – окончить то, к чему не приступал, или формула хочет сказать (и в таком случае редакция её оставляет желать многого), что всё, что мы должны делать, принимая процесс, это удостовериться, что в деле есть основания, которые можно серьезно и легально отстаивать, хотя бы успех и не был верным, хотя бы дело вызывало сомнения, хотя бы оно могло

⁴⁶ Сюлли Прюдом (настоящее имя Рене Франсуа Арман Прюдом, 1839–1907) – известный французский поэт, для поэзии которого были характерны некоторая расщепленность и стремление к моральному и логическому осознанию действительности. По-видимому, эти черты творчества Прюдома и имел в виду Пикар, используя его имя в данном случае как нарицательное.

быть, в конце концов, и проиграно? Другими словами требуется лишь решить, может ли дело защищаться, а разумный и честный человек его защищать. Вот единственный вопрос, который должен быть задан нашей совести и нашему разуму. Только в этом смысле и в этих пределах можно говорить, что адвокат есть первый судья дела. Уходя за эти пределы, вступают в трясину противоречий, в дебри компромиссов, споров и, в особенности, в сферу лицемерия. Смотрите, как с этой минуты все просветляется и разъясняется. Уже нет места для вульгарного сарказма. Всякий процесс, дошедший до суда, по существу сомнителен, так как таковым он признан двумя просвещёнными умами. За и против представляются в деле почти в одинаковом количестве, в одинаковой силе, и каждая сторона этой колеблющейся комбинации pro и contra будет выставлена на суде, освещена и, так сказать, вылеплена талантливыми руками двух противников. Правда, что каждый из двух противников мог бы поменяться местом и принять ведение дела противника, но это лишь потому, что в деле на обеих сторонах есть сомнения, потому что к поддержанию той или другой стороны искусный ум может найти законные способы. Что делать? Ограниченной и брэнной натуре человека, даже в его высших проявлениях, не дано познать истину. Мы ее видим всегда с одной лишь стороны и поступаем так, как будто бы только на этой стороне она и находится. Один видит истину спереди, другой сбоку, и только потому, что каждый предлагает свою точку зрения, судья понимает все в совокупности. Судебное состязание напоминает легенду о тех двух рыцарях, которые шли один навстречу другому, а на пути их стояла статуя Марса, вооруженного щитом, серебряным снаружи и золотым внутри. Они долго спорили и в конце сильно побились из-за того, что каждый настаивал, что щит Марса из того металла, который представлялся его взору. Все зависит от комбинации и сочетаний. Лишь благодаря сопоставлению речей двух сторон, речей одна другую очищающих и анализирующих, появляется во всей силе и величии решение суда. И в какое завидное положение, благодарную роль, тотчас же переходит адвокат из того двусмысленного положения, в котором он оказался. Вооруженный словом, он напоминает мастера, который, не зная конечного назначения куска металла, попавшего под его молот, сознает, что благодаря его работе, решение будет выработано правильно и справедливо. Как не выйдет он из этого дела, победителем, или побежденным,

он выйдет из этого мирного боя удовлетворенным убеждением, что выполнил функцию, без которой не явилась бы в мир судебная истина. Смешными и безрезультатными оказались бы все дела, если бы каждый из двух противников являлся с целью высказать по делу свое беспристрастное мнение и, забывая, что он представитель интересов своего доверителя, предвосхищая деятельность суда, претендовал бы резюмировать дело, спорить и постановить окончательное решение.

Да и можете ли вы себе представить таких двух обесцвечивающих процесс адвокатов и удаляющих из дела всю страстность защиты, которая одна и сразу извлекает из дела все нужное? Адвокат овладевает, сказал я, достойным положением; но достоинство его еще более увеличивается: в его горячем споре есть нечто большее чем одно стремление достигнуть справедливости лишь в отдельном конкретном случае»⁴⁷.

Сказанное Пикаром перекликается с мнением Бенета и Форсита, согласно которому до рассмотрения дела судом невозможно, в том числе и адвокату, определить, какая из сторон по делу права, а какая – нет, и в чью пользу будет вынесено решение судом. В отличие же от указанных двух авторов, Пикар весьма много внимания уделяют значению состязания, которое ведется в процессе адвокатами и от которого зависит правильность решения, выносимого судом. Очевидно, что если бы адвокаты отказывались, как этого требовала присяга бельгийских адвокатов, от ведения тех дел, которые с самого начала представлялись им неправыми, то это не позволяло бы суду всесторонне исследовать все обстоятельства дела, что несомненно противоречило бы интересам правосудия.

Пикар обращает внимание и на значение участия адвоката в сомнительных или даже неправых, с точки зрения закона, делах для последующего совершенствования законодательства. Эта мысль выражена в следующих его словах: «Прогрессивное улучшение права зависит также от его усилий, его работы и таким образом судебное состязание придает его полезной деятельности еще большее значение.

Настойчивость, с которой он разыскивает все, что законным способом поддерживает принятое им на себя дело, наталкивает его ум на юридические вопросы. Тут он опять исследует, роется, ищет, и как только возникает сомнение – он выносит его на свет. Если осталась лишь какая-нибудь сторона в деле

⁴⁷ Пикар Эдм. Указ. соч. С. 15–20.

не освещенной, если только есть задоринка, разрушающая цельность решения, – он ее подмечает, указывает на нее, требует ее исправления, а порой заявляет прямо о необходимости изменения закона. Тут берет свое начало движение в юриспруденции, движение часто и медленное, как отливы моря, а порой быстрое, как извержение вулкана, выталкивающее на свет или новый остров или новую гору. В общем, право не менее подвижно, чем другие науки, оно, как замечательно мягкая и ковкая масса, способно, и в действительности постоянно подвергается изменениям.

Очень часто судебное состязание даёт жизнь новым взглядам, новым мыслям. Сначала их называют парадоксами; за сим говорят, что нет ничего невероятного, что в нихто и заключается истина; в конце концов все себя спрашивают – ужели можно было когда-нибудь быть противоположного мнения. Все это рождается, растет и вызревает у адвоката стола в пылу состязательного процесса, а жатва выразится в собрании правильных, разумных и современных решений. Ученые теоретики не могут оказывать большого влияния на движение и усовершенствование права; это мы, адвокаты, заставляем право улучшаться. Хотя и правда, что порой приходится выступать по делу без надежды на успех, идти против сложившихся убеждений и, так сказать, только во славу права, но, с другой стороны, нет для нас большего триумфа, как заставить суд изменить мнение на сложившуюся юридическую норму»⁴⁸.

Далее Пикар с осуждением говорит о «лжеучении какой-то ложной независимости адвоката, будто разрешающей ему произвольно, сообразуясь лишь со своими взглядами, интересами и расчетами, выбирать себе процессы»⁴⁹. «Адвокаты... должны брать всякое дело, которое можно защищать в том смысле, что оно содержит в себе такие юридические сомнения, наличность которых не исключает возможности разумно и по совести его поддерживать и отстаивать. Независимость и свобода могут проявляться только уже после принятия процесса, и они проявляются лишь в выборе средств, способов защиты и в свободе убеждений.

Адвокат, который станет делать изыскания для определения того, насколько достоин его помощи человек, который к нему обратился, станет справляться, что это за личность, какова ее мораль, – не исполняет своего долга

и поступает против независимости сословия; независимость корпорации для того и дана, чтобы она лучше удовлетворяла предъявляемые к ней требования. Только порицания заслуживают те благоденствующие адвокаты, которые занимаются лишь теми делами, которые содействуют их славе и соответствуют их вкусам, их личным интересам или выгодам; они походят на доктора, который отказывал бы тем, болезнь коих ему противна. Для адвоката – художника, преданного делу, нет маленьких дел, как нет на сцене маленьких ролей для талантливого актера. Адвокатура создана не для наслаждения тех, кто в ней состоит, а для общественного служения, служения трудного, сурового и серьезного. Обращение к нам клиентов – не просьба, а требование, от которого мы можем тогда лишь уклониться, когда очевидно, что законная поддержка и спор по поводу их требований невозможны»⁵⁰.

Нетрудно заметить в приведенной выдержке из произведения Пикара осуждение ставшего традиционным снобизма известных французских адвокатов, ратовавших за нравственную «чистоту» адвокатской деятельности, а также подчеркивание им публичного характера последней, не позволяющей адвокату отбирать дела по своему желанию для выступления по ним в суде в зависимости от его представлений о нравственности или безнравственности позиции, занимаемой обратившимся к нему за помощью лицом.

По поводу же сомнительных с точки зрения морали дел Пикар замечает: «И вот когда вы видите адвоката, ведущего такой процесс или защищающего такого клиента, что в первую минуту несколько удивляешься, – не оскорбительное подозрение должно прийти в голову. Собратья и судьи должны просто сказать себе: “Он защищает это дело потому, что к нему первому с ним обратились; что он был достаточно свободен, чтобы его принять; что он считал профессионально бесчестным бежать от опасности или ждать, когда к нему обратится лучший клиент”»⁵¹.

Против ограничения круга дел, принимаемых к ведению адвокатами, только правыми делами высказывался и целый ряд других западноевропейских адвокатов. Так, известный итальянский ученый и адвокат XVIII в. Романьози полагал, что адвокаты не должны быть окончательными судьями дела; отказываясь от процессов, представляющихся им неправыми, они тем самым лишают клиентов

⁴⁸ Пикар Эдм. Указ. соч. С. 20–21.

⁴⁹ Там же. С. 43.

⁵⁰ Пикар Эдм. Указ. соч. С. 43–44.

⁵¹ Там же. С. 45.

средств защиты, которую сам закон признает необходимой для правильного отправления правосудия⁵².

Английские же адвокаты так и не пришли к согласию относительно такого капитального вопроса, как ведение заведомо неправых дел⁵³. Таким образом, к концу XIX в. мнения западноевропейских юристов по поводу дел,

которые, с точки зрения их правоты и справедливости, может вести адвокат, существенно разошлись, что нашло свое отражение и в разногласиях между российскими присяжными поверенными, в результате чего потребовалось продолжение рассмотрения этого имевшего принципиальное значение для адвокатской практики вопроса в следующем, XX в.

Библиография:

1. Аристотель. Политика. Кн. 1. // Соч. В 4 т. Т. 4. – М., 1983.
2. Андрианов Н. В. Адвокатура – общественная солидарность // Профессия адвоката: Сборник работ о французской адвокатуре / сост. А. В. Поляков. – М.: Статут, 2006.
3. Бентам И. О судопроизводстве. – СПб., 1860.
4. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / пер. с англ. – М., 1998.
5. Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. Ч. 1. – СПб., 1893.
6. Васьковский Е.В. Основные вопросы адвокатской этики // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.) / сост. И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов. – СПб., 2004.
7. Марка Фабия Квинтилиана двенадцать книг риторических наставлений. Ч. 2. – СПб., 1834.
8. Молло М. Правила адвокатской профессии во Франции // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.) / сост. И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов. – СПб., 2004.
9. Невядомский Д. Вечные вопросы адвокатуры (по поводу «Этюда по адвокатской этике» Гр. Джаншиева) // Традиции адвокатской этики. Избранные труды российских и французских адвокатов (XIX – начало XX в.) / сост. И.В. Елисеев, Р.Ю. Панкратов. – СПб., 2004.
10. Пикар Эдм. Об адвокате: (Парадокс). – М., 2000.
11. Соловьев В.С. Философские начала цельного знания. Соч. в 2 т. Т. 2. – М., 1988.
12. Тихомиров Л.А. Монархическая государственность. – СПб., 1992.
13. Чельцов М. Об адвокатской профессии и юридической природе советской адвокатуры // Советское государство и право. – 1940. – № 7
14. Шершеневич Г. Ф. Официальный отзыв на сочинение Е.В. Васьковского, канд. юрид. наук, под заглавием «Организация адвокатуры» в 2-х частях 1893 года, которое он представил для получения степени магистра гражданского права // Ученые записки Императорского Казанского Университета. Год LXIV. Девятая книга. Сентябрь. – Казань: Типо-литография Университета, 1897. (Учен. зап. Императорск. Казанск. ун-та. Книга 9. 1897.)

References

1. Aristotel'. Politika. Kn.1. // Soch. V 4 t. T. 4. – M., 1983.
2. Andrianov N.V. Advokatura – obshchestvennaya solidarnost' // Professiya advokata: Sbornik rabot o frantsuzskoi advokature / sost. A.V. Polyakov. – M., 2006.
3. Bentam I. O sudoproizvodstve /Po fr. izd. Dyumona izl. A. Knirim. – SPb., 1860.
4. Berman G. Dzh. Zapadnaya traditsiya prava: epokha formirovaniya. – M., 1998.
5. Vas'kovskii E.V. Organizatsiya advokatury. Ch. 1. – SPb., 1893.
6. Vas'kovskii E.V. Osnovnye voprosy advokatskoi etiki // Traditsii advokatskoi etiki. Izbrannye trudy rossiiskikh i frantsuzskikh advokotov (XIX – nachalo XX v.) / sost. I.V. Eliseev, R.Yu. Pankratov. – SPb., 2004.
7. Mark Fabiya Kvintiliana dvenadtsat' knig ritoricheskikh nastavlenii. Ch. 2. – SPb., 1834.
8. Mollo M. Pravila advokatskoi professii vo Frantsii // Traditsii advokatskoi etiki. Izbrannye trudy rossiiskikh i frantsuzskikh advokotov (XIX – nachalo XX v.) / sost. I.V. Eliseev, R.Yu. Pankratov. – SPb., 2004.

⁵² Васьковский Е.В. Основные вопросы адвокатской этики. С. 303–304.

⁵³ Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. Ч. 1. С. 218.

9. Nevyadomskii D. Vechnye voprosy advokatury (po povodu «Etyuda po advokatskoi etike» Gr. Dzhanshieva) // Traditsii advokatskoi etiki. Izbrannye trudy rossiiskikh i frantsuzskikh advokatorov (XIX – nachalo XX v.) / sost. I.V. Eliseev, R.Yu. Pankratov. – SPb., 2004.
10. Pikar Edm. Ob advokate: (Paradoks). – M., 2000.
11. Solov'ev V.S. Filosofskie nachala tsel'nogo znaniya. Soch. v 2 t. T. 2. – M., 1988.
12. Tikhomirov L.A. Monarkhicheskaya gosudarstvennost'. – SPb., 1992.
13. Chel'tsov M. Ob advokatskoi professii i yuridicheskoi prirode sovetskoj advokatury // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. – 1940. – № 7.
14. Shershenevich G.F. Ofitsial'nyi otzyv na sochinenie E. V. Vas'kovskogo, kand. yurid. nauk, pod zaglaviem «Organizatsiya advokatury» v 2-kh chastyakh 1893 goda, kotoroe on predstavil dlya polucheniya stepeni magistra grazhdanskogo prava // Uchenye zapiski Imperatorskogo Kazanskogo Universiteta. God LXIV. Devyataya kniga. Sentyabr'. – Kazan': Tipo-litografiya Universiteta, 1897. (Uchen. zap. Imperatorsk. Kazansk. un-ta. Kniga 9. 1897).

Материал поступил в редакцию 23 июня 2013 г.

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

З.Б. Соктоев*

**ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ
ЛИЧНОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ
БЕЛАРУСИ, РОССИИ И УКРАИНЫ /
П. А. АНДРУШКО, А. А. АРЯМОВ,
Н. А. БАБИЙ [и др.]; ОТВ. РЕД.
А.И. ЧУЧАЕВ. — М.: ПРОСПЕКТ,
2014. — 680 с.**

***Аннотация.** Рецензия посвящена первой на постсоветском пространстве совместной работе ученых-юристов Республики Беларусь, Российской Федерации и Украины на злободневные и вместе с тем вечные проблемы борьбы с преступлениями против личности, которые, как пишут авторы монографии, оправдывают существование самого уголовного права. В ней раскрываются проблемы социальной обусловленности криминализации, пенализации и квалификации опасных посягательств, свойство общественной опасности которых, за малым исключением, никогда не ставилось под сомнение законодателем. Дается криминологическая характеристика преступности, образуемой рассматриваемыми преступлениями. Представлен анализ состояния научных исследований вопросов уголовной ответственности по указанным видам преступлений в Беларуси, России и Украине. Работа состоит из трех разделов, выделенных по странам: «Преступления против человека в уголовном праве Республики Беларусь» (разд. 1); «Преступления против личности в уголовном праве Российской Федерации» (разд. 2); «Преступления против личности в уголовном праве Украины» (разд. 3). Проведенное исследование, отличающееся высоким научно-теоретическим уровнем, будет, как это и задумали его авторы, способствовать интеграции ученых на постсоветском пространстве, обмену опытом в противодействии преступлениям против личности уголовно-правовыми средствами. Поэтому подготовленный труд можно рекомендовать всем, кто профессионально работает с уголовным правом или только получает необходимые профессиональные знания и навыки работы с ним.*

***Ключевые слова:** уголовное право, преступления против личности, Российская Федерация, Республика Беларусь, Украина, преступления против жизни, преступления против здоровья, половая свобода, половая неприкосновенность, свобода личности.
DOI: 10.7256/1729-5920.2014.2.10541*

Монография представляет первую на постсоветском пространстве совместную работу ученых-юристов Республики Беларусь, Российской Федерации и Украины, посвященную злободневным и вместе с тем вечным проблемам борьбы с пре-

© Соктоев Зорикто Борисович

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
[soktoev@gmail.com]

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

ступлениями против личности, которые, как пишут авторы, оправдывают существование самого уголовного права. В работе раскрываются проблемы социальной обусловленности, криминализации, пенализации и квалификации тех опасных посягательств, свойство общественной опасности которых, за малым исключением, никогда не ставилось под сомнение законодателем. Дается криминологическая характеристика преступности, образуемой рассматриваемыми преступлениями. Представлен анализ состояния научных исследований вопросов уголовной ответственности по указанным видам преступлений в Беларуси, России и Украине.

Работа состоит из трех разделов, выделенных по странам: «Преступления против человека в уголовном праве Республики Беларусь» (разд. 1); «Преступления против личности в уголовном праве Российской Федерации» (разд. 2); «Преступления против личности в уголовном праве Украины» (разд. 3). В каждом разделе в отдельных главах рассматриваются следующие группы деяний: преступления против жизни; преступления против здоровья; преступления, ставящие в опасность жизнь и здоровье; преступления против свободы, чести и достоинства личности; преступления против половой свободы и половой неприкосновенности.

Авторы работы не акцентируют внимание на компаративном анализе современного уголовного права, предоставив возможность читателю самостоятельно сформулировать то новое и полезное, что можно заимствовать у коллег, оказавшихся в разных государствах, в разных условиях формирования нормотворчества и правоприменения. Этот подход вовсе не свидетельствует о «лоскутном» расположении текста. Напротив, ясно и доходчиво написанная работа отличается логически последовательным изложением материала (за исключением, пожалуй, гл. 2 «Преступления против здоровья» разд. 3 «Преступления против личности в уголовном праве Украины»), в котором легко сориентируются в том числе студенты (бакалавры, специалисты и магистры) и аспиранты, не говоря уже о более подготовленном читателе.

По ряду принципиальных вопросов авторы призывают использовать опыт государств-соседей. Например, белорусские ученые – российский опыт квалификации по субъективной стороне состава доведения до самоубийства как исключительно умышленного деяния, определения последствий преступлений против здоровья как причинения

вреда здоровью, а не телесных повреждений; украинские ученые – переименовать состав «убийство по неосторожности» в состав «неосторожное причинение смерти» либо «причинение смерти по неосторожности» (как это осуществлено в уголовном законодательстве Республики Беларусь, России), указать на форму вины в самом Уголовном кодексе для исключения разных толкований о форме вины в отношении последствий, расширить перечень адресатов угрозы в нормах об изнасиловании и насильственных действиях сексуального характера; российские ученые – позицию украинских авторов об исключении ответственности за причинение преступнику средней тяжести телесных повреждений в результате превышения мер по его задержанию и т.д. Более того, в силу общности истории государств фактическими данными компаративного (сравнительно-исторического) анализа выступают одни и те же условия и результаты развития уголовного права. В частности, это блестяще продемонстрировано в § 1 «Общая характеристика преступлений против половой неприкосновенности и половой свободы» гл. IV «Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности» разд. II «Преступления против личности в уголовном праве Российской Федерации», который может быть органично дополнен историей становления современного законодательства, отраженного в § 1 «Уголовно-правовая охрана сферы половых отношений» гл. II «Преступления против половой неприкосновенности или половой свободы» разд. I «Преступления против человека в уголовном праве Республики Беларусь». На этом фоне заметно отличается содержательным анализом современных источников § 1 «Общая характеристика преступлений против половой свободы и половой неприкосновенности» гл. IV «Преступления против половой свободы и половой неприкосновенности» разд. III «Преступления против личности в уголовном праве Украины».

В целом избранный стиль изложения позволяет ознакомиться как с авторскими воззрениями видных ученых трех стран по рассматриваемым проблемам: профессоров Н.А. Бабий, А.В. Баркова, В.М. Хомича (Республика Беларусь), профессоров А.А. Арямова, А.И. Коробеева, А.И. Рагога, А.И. Чучаева (Российская Федерация), профессоров П.П. Андрушко, В.К. Грищук, С.Д. Шапченко, доцента Л.П. Брыч (Украина), так и с уголовным законодательством и практикой его применения в этих государствах.

В результате всестороннего и глубокого анализа затронутых в книге вопросов многие предложения и выводы авторов могут быть использованы для совершенствования законодательной и правоприменительной практики. В связи с ограничениями к объему рецензии приведем лишь некоторые из них.

В качестве одного из признаков убийства в уголовных законах Беларуси и Украины использован признак противоправности. В определении убийства по российскому уголовному законодательству противоправность деяния лишь подразумевается. Между тем этот признак позволяет признать разрешенным правом следующие виды умышленного причинения смерти другому человеку: вооруженному противнику во время войны или вооруженного конфликта; посягающему при соблюдении условий правомерности необходимой обороны; преступнику при его задержании; человеку при определенных условиях крайней необходимости и т.д. Причинение смерти при указанных обстоятельствах признается реализацией естественного права человека на жизнь и ее защиту, что могло бы найти свое отражение в легальном определении понятия убийства в ч. 1 ст. 105 УК РФ.

Высказано интересное мнение о моменте начала жизни (объекта уголовно-правовой охраны): если окончание жизни человека связано со смертью мозга, то начало его жизни, вероятно, следует связывать с возникновением (формированием) мозга, а именно достижением плодом полных 22 недель внутриутробного развития (с. 466, 498).

Заслуживает внимания ч. 1 ст. 156 УК РБ, предусматривающая уголовную ответственность за незаконное производство аборта врачом, имеющим высшее медицинское образование соответствующего профиля, и ч. 2 ст. 156 УК РБ, где предусмотрена повышенная ответственность за производство аборта лицом, не имеющим высшего медицинского образования соответствующего профиля. Производство аборта признается незаконным независимо от наличия или отсутствия согласия женщины, медицинских противопоказаний, установленного места проведения аборта и других обстоятельств (с. 93). В то время как российский законодатель под незаконным искусственным прерыванием беременности понимает ее осуществление лицом, не имеющим высшего медицинского образования соответствующего профиля. Тем самым резко сужена сфера применения этой нормы, выведены за рамки субъектов преступления «узкопрофильные специалисты».

Им предоставлена в известном смысле индульгенция на право осуществления подобных незаконных операций (вне соответствующих медицинских учреждений, безотносительно к наличию у пациенток противопоказаний и т.п.). Во всяком случае, именно такой вывод напрашивается из анализа ч. 1 ст. 123 УК РФ (с. 328).

Для решения вопросов ответственности за причинение вреда при превышении пределов необходимой обороны представит интерес редакция ч. 5 ст. 36 УК Украины. Согласно этой норме применение оружия либо других технических средств или предметов не является превышением пределов необходимой обороны, если они использованы для защиты от нападения вооруженного лица или нападения группы лиц, а также для пресечения противоправного насильственного вторжения в жилье или другое помещение, независимо от тяжести вреда, причиненного посягающему (с. 505–506). Это положение, думается, может быть рассмотрено *de lege ferenda*, равно как и иные казуистично сформулированные, например отраженное в п. 17 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 сентября 2012 г. № 19 «О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление» положение о применении не запрещенных законом автоматически срабатывающих или автономно действующих средств или приспособлений для защиты охраняемых уголовным законом интересов от общественно опасных посягательств.

При наличии в ст. 4 УК РБ ч. 15, в которой «под систематичностью понимается признак, указывающий на совершение лицом более двух тождественных или однородных правонарушений» несомненный интерес представляет проведенное обобщение российской судебной практики, связанное с толкованием признаков «нанесение побоев» и «систематическое нанесение побоев» (с. 285, 289–290).

При разных подходах в определении предмета состава «Заражение венерической болезнью» предпочтительной выглядит следующая позиция: «венерическими» болезнями признается строго ограниченная группа инфекционных заболеваний, передающихся, как правило, половым путем (сифилис, гонорея, мягкий шанкр, паховый лимфогранулематоз), поскольку даже медики начинают призывать юристов ограничить рамки ст. 121 УК РФ лишь четырьмя перечисленными заболеваниями (с. 311–312).

Согласно примечанию к ст. 131 УК РФ признаются находящимися в беспомощном состоянии лица, не достигшие возраста 12 лет (с. 432). Однако более состоятельной представляется позиция В.М. Хомича: «беспомощное состояние жертвы определяется (считается установленным) исключительно в зависимости от того, понимала ли потерпевшая характер и значение совершаемых с ней действий. Решающим, хотя не единственным фактором суждения об этом, является возраст. С учетом опыта социального взросления наличие беспомощного состояния по существу считается установленным при вступлении в половую связь с девочкой дошкольного возраста или возраста, соответствующего первым классам школы (до десятилетнего возраста). При превышении десятилетнего возраста вследствие условий, в которых росла и воспитывалась потерпевшая, не исключено понимание девочкой характера и последствий половой связи, что исключает наличие изнасилования. Половое сношение с такой несовершеннолетней без применения насилия должно квалифицироваться как вступление в половую связь с лицом, не достигшим шестнадцатилетнего возраста. Поэтому по достижению девочкой десятилетнего возраста в каждом случае должен выясняться уровень осознания потерпевшей ее собственного социально-полового развития, понимания сути половых отношений и их последствий» (с. 132).

Рассматривая квалифицированные составы насильственных посягательств на половую неприкосновенность по российскому уголовному законодательству, А.И. Чучаев верно отмечает, что исключение из закона (ст. 131 и 132 УК РФ) признака заведомости в характеристике вины как признака субъективной стороны изнасилования и насильственных действий сексуального характера по сути ничего не изменило (с. 439).

До рассмотрения проекта УК Украины в третьем чтении (до апреля 2001 г.) раздел III его Особенной части содержал две статьи, предусматривающие ответственность за оскорбление и клевету. При принятии УК Украины в окончательной редакции (в рамках третьего чтения) они были исключены (с. 592). В УК РФ была предусмотрена ответственность за клевету и оскорбление, однако согласно Федеральному закону от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» статьи 129 «Клевета» и 130 «Оскор-

бление» признаны утратившими силу. В этой части нужно согласиться с украинскими авторами о необоснованности и нецелесообразности декриминализации клеветы и оскорбления (с. 593). Так, Федеральным законом от 28 июля 2012 г. № 141-ФЗ через полгода после декриминализации УК РФ был дополнен ст. 128.1 «Клевета».

Сформулированные в работе предложения авторов по решению конкретных вопросов, нужно иметь в виду, не всегда совпадают с позицией, нашедшей отражение в судебной практике. Но это всегда те вопросы, по которым как раз сама судебная практика складывается весьма противоречиво. Поэтому аргументированные авторские воззрения представляют в связи с этим несомненный научный интерес и актуальны для развития уголовного права. Например, в доктрине Беларуси и России неоднозначно оценивается пребывание лица в состоянии временной бессознательности по причине сна, алкогольного, токсического или наркотического опьянения либо в силу иных причин, не связанных непосредственно с наличием физических или психических недостатков постоянного характера (с. 27–28, 205–206). В судебной практике в одних случаях эти обстоятельства признаютсяотягчающим обстоятельством, в других случаях – нет (в уголовном законодательстве Украины такой вид квалифицированного убийства не выделен). В составах насильственных посягательств на половую свободу, половую неприкосновенность «беспомощное состояние» выполняет роль криминообразующего признака. В связи с рассмотрением этого признака и с учетом практики Европейского Суда по правам человека в работе предлагается «наличие беспомощного состояния потерпевшего ... констатировать и в том случае, когда последний, понимая смысл происходящего, не давал явного согласия на половой контакт, хоть и не оказывал сопротивления насильнику из-за испуга либо пребывания в подневольном состоянии» (с. 638).

Следующий пример подобного рода связан с оценкой ситуации, когда лицо, действуя в интересах похищаемого (пусть даже ложно понятых), завладевает собственным или усыновленным ребенком, игнорируя волю другого родителя или близких родственников, у которых ребенок воспитывался. В частности, это могут быть и близкие родственники ребенка (дед, бабушка, родные и усыновленные брат, сестра) и лица, лишенные родительских прав. Как оценивать действия этих лиц:

как совершение деяния по признакам его малозначительности?

Жанр рецензии требует указания на представляющиеся небесспорными предложения и выводы авторов. Как и в любой иной творческой работе, написанной на сложную тему, такие положения, на наш взгляд, есть и в рецензируемом исследовании.

Вряд ли обоснована квалификация убийства женщины, которую виновный ошибочно считал беременной, по совокупности преступлений: покушение на умышленное убийство женщины, которая заведомо для виновного находилась в состоянии беременности, и оконченное убийство. В таком случае нарушается принцип справедливости: никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление (с. 481).

Допускается смешение вопросов установления причинной связи и вины (с. 241). В приведенном примере об ударе кулаком в бок и последующем самостоятельном, по инерции ударе потерпевшим головой о каменную стену, приведшем к сотрясению мозга и перелому свода основания черепа, отсутствует причинная связь. Однако суд необоснованность предъявленного обвинения объясняет тем, что в таком случае допускается объективное вменение, т.е. аргументирует положениями субъективной стороны преступления (невинное причинение вреда).

Следовало более критично отнестись к позиции Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ, согласно которой «как сопряженное с изнасилованием следует рассматривать умышленное причинение вреда здоровью перед началом указанных действий или в процессе их совершения с целью преодоления сопротивления потерпевшей или его предотвращения, а также для подавления ее воли. Только при таких обстоятельствах применение насилия полностью охватывается ст. 131 УК РФ» (с. 430). Верной представляется иное разъяснение, сформулированное в п. 15 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 15 июня 2004 г. № 11 «О судебной практике по делам о преступлениях, предусмотренных статьями 131 и 132 Уголовного кодекса Российской Федерации»: «Если при изнасиловании или совершении насильственных действий сексуального

характера либо покушении на них потерпевшему лицу умышленно причиняется тяжкий вред здоровью, действия виновного лица квалифицируются по соответствующей части статьи 131 или статьи 132 УК РФ и по совокупности с преступлением, предусмотренным статьей 111 УК РФ». Дело в том, что при конкуренции целой нормы и частей, когда часть нормы содержит признаки более опасного преступления, нежели преступление, предусмотренное целой нормой, квалификация содеянного проводится по совокупности преступлений.

Вывод об объективной стороне похищения человека как сочетания двух обязательных действий: захвата (завладения) лица и его перемещения – противоречит другому выводу автора о юридической завершенности этого преступления с момента перемещения лица в иное место с целью последующего удержания в неволе (с. 353). Автор правильно указывает на то, что захват и перемещение могут осуществляться обманным путем, когда потерпевший заблуждается относительно выбора места пребывания как реализации собственного свободного выбора. В таком случае вряд ли без третьей обязательной составляющей объективной стороны похищения человека: насильственном удержании в ином тайном месте – можно обосновать уголовную ответственность.

В качестве пожелания выскажем целесообразность приведения редакций статей уголовных законов о рассматриваемых преступлениях (как вариант – приложением к книге), поскольку не у каждого читателя этой весьма интересной работы имеются актуальные тексты уголовных кодексов государств, а авторское толкование, действительный смысл закона могут расходиться с «буквой» закона.

Несомненно другое: проведенное исследование, отличающееся высоким научно-теоретическим уровнем, будет, как это и задумали его авторы, способствовать интеграции ученых на постсоветском пространстве, обмену опытом в противодействии преступлениям против личности уголовно-правовыми средствами. Поэтому подготовленный труд можно рекомендовать всем, кто профессионально работает с уголовным правом или только получает необходимые профессиональные знания и навыки работы с ним.

Библиография:

1. Преступления против личности в уголовном праве Беларуси, России и Украины / П. А. Андрушко, А. А. Арямов, Н. А. Бабий [и др.]; отв. ред. А.И. Чучаев. – М., 2014.

References

1. Prestupleniya protiv lichnosti v ugovnom prave Belarusi, Rossii i Ukrainy / P. A. Andrushko, A. A. Aryamov, N. A. Babii [i dr.]; otv. red. A.I. Chuchaev. – M., 2014.

Материал поступил в редакцию 20 декабря 2013 г.

ABOUT THE AUTHORS, ANNOTATIONS AND KEYWORDS

Doctrine of natural law and transhumanism philosophy: the communication possibility

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, [Rybakov-OY@yandex.ru], 127051, Russia, Moskva, Bolshoi Karetnyi per., 10a.

TIKHONOVA, Sofia Vladimirovna – Doctor of Philosophy, Professor of the Department of History of State and Law of the Saratov State Law Academy, [segedasv@yandex.ru], 410056, Russia, Saratov, ul. Volskaya, 1.

Review. *The article is devoted to the problem of evolution of the natural law doctrine. The authors consider it to be determined by the development of both social relations and philosophical – legal thought. Today the technical development allows for the auto-evolution of humanity, and its nearest boundaries are reflected by the trans-humanism philosophy. Rethinking human nature, and proving that its fundamental basis is the wish of a human being to improve and remake himself, to remodel the biology, the transhumanists propose their own version of natural law philosophy. Its basic postulate is that of morphological freedom, as expressed in the right to change one's body in accordance with his wishes. The transhumanists more and more often initiate discussions on ethical and legal aspects of use of biotechnologies and develop the philosophy of natural law towards its adaptation to the novel technological conditions. However, their attempts are yet far from doctrinal provisions. The authors analyze the legal ideas of transhumanism, which are capable of integration of the transhumanism idea into the doctrine of natural law based upon the modern reality. Taking an example of reproductive rights, the authors show that the modern transhumanism is capable of conceptually enriching the doctrine of natural law, by widening the scope of its contents. The communication between the human rights theory and transhumanism philosophy could have facilitated the doctrinal provisions for the principle of autonomy of a person, possessing a natural right to pursuit of happiness, which is expressed by the new natural rights.*

Keywords: *jurisprudence, philosophy of law, transhumanism, legal doctrine, jus naturalis, technological determinism, legal development, natural rights, right to reproduce, assisting reproductive technologies.*

The Constitution of Russia: a view from the standpoint of theory of hierarchical multi-level systems

PETROV, Aleksandr Aleksandrovich – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Theory of State and Law of the Siberian Federal University, [sfu-pravo@yandex.ru], 660079, Russia, Krasnoyarsk, pr. Svobodnyi, 79.

Review: *The article is devoted to the issues of singling out hierarchically organized levels within the Constitution of the Russian Federation. The author formulates the problem regarding the presence of a number of hierarchically organized levels within the Constitution of the Russian Federation. The author studies specific features of the part 2 of the Art. 16 of the Constitution of the Russian Federation from the standpoint of the conflict of laws norms. It is noted that novelty and unique character of this norm were duly appreciated by the researchers and writers of commentaries to the Constitution of the Russian Federation. It is stressed that such a type of regulation finds no theoretical basis in the traditional theories of legal hierarchies. It is offered to use the theory of hierarchical multi-level systems for the analysis of the situation. From the standpoint of the theory of hierarchical multi-level systems the author views the specific features of the hierarchical priority of conceptual provisions for the fundamentals of the constitutional order in the structure of the Constitution. It is noted that these conceptual provisions behind the specific norms and normative generalizations form one of the ultimate bases for the legal decision-making and interpretation of law.*

Keywords: *the Constitution of the Russian Federation, the fundamentals of the constitutional order, hierarchy, priority, Constitutionalism, meaning of law, constitutional principles, hierarchy theory, constitutional structure, theory of law.*

Definition of entrepreneurial activity in theory and judicial practice

ERSHOVA, Inna Vladimirovna – Doctor of Law, Head of the Department of Entrepreneurial Law of the Kutafin Moscow State Law University, [inna.ershova@mail.ru], 123995, Russia, Moskva, Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

Review: The article contains analysis of entrepreneurial activity definition based upon the theory of entrepreneurial law, legislation and judicial practice. The author evaluates existing scientific viewpoints on the sphere of application of this term, attention is paid to the position on the absence of legislatively provided definition of entrepreneurial activity, which the author considers to be questionable. From the standpoint of entrepreneurial law the author characterizes elements of entrepreneurial activity, such as systemic character and the aim to obtain a profit. Much attention is paid to legitimacy as a formal element of entrepreneurial activity. An opinion is expressed on the contents of entrepreneurial activity, and it is pointed out that the profit of entrepreneur and profit of the owner of property should be differentiated. Finally, the conclusion is made that incorrect and unclear legal definition is complemented by the legal positions from the judicial practice. The article contains the key legal positions of the Supreme Court of the Russian Federation, the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation and the Constitutional Court of the Russian Federation on the relevant issues.

Keywords: *entrepreneurial activity, profit, systemic character, judicial practice, legitimacy, state registration, offence, responsibility, entrepreneurial law, economic activity.*

Public and private elements in financial law

RYZHKOVA, Ekaterina Aleksandrovna – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Administrative and Financial Law of the Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, [ryjkova@inbox.ru], 119454, Russia, Moskva, pr. Vernadskogo, 76.

Review: Public and private elements clash in the modern financial law no matter what legal system it belongs to: Anglo-Saxon, Continental or Muslim. In spite of the fact that the financial law protects public interest first of all, ignoring its private law component may cause significant discord in the society. The historic specificities, religion, fundamental principles inherent to any legal system (reason in Anglo-Saxon legal systems, practicality in Continental legal systems, and justice in the Muslim legal systems) formed the fundamentals of the financial system of each state. Currently in the process of implementation of financial activities of the states, they need to take into account their own general interests (financing the state apparatus, administrative and coercive apparatus, army, foreign political and economic activities, etc.), which are typical of them from the moment of their formation, and also take care of the good of any natural person or legal entity, providing them with the financial opportunities for the implementation of their vital goals and ambitions. Such changes took place due to the growing role of private finances in the financial system. That is why, the states take the path of integration, and they try to find compromise in the issues of clashing private and public interests in the sphere of implementation of economic activity, when developing new norms of financial law.

Keywords: *financial law, Continental system of law, Muslim, law, Anglo-Saxon law, public law, church tax, religion and law, public interest, public finances, Zakat.*

Investigation activity protocols and protocols of judicial hearings on criminal cases: problem statement

ROSSINSKIY, Sergey Borisovich – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Procedural Law of the Kutafin Moscow State Law University, [s.rossinskiy@gmail.com], 123995, Russia, Moskva, Sadovaya – Kudrinskaya, 9.

Review: The article substantiates the need to examine the investigative activity protocols and protocols of judicial hearings as evidence in criminal cases. Based upon numerous Russian publications on criminal procedural law of pre-Revolution, Soviet and modern period, the author makes a conclusion that the scientific attention to this problem is not sufficient. The author considers that currently there is a tendency in criminal process for the more detailed examination of the protocols of investigation activity acts and protocols of judicial hearings as evidence on a criminal case. However, there is much less detail on their use in evidence, if they are compared to the testimony, expert opinions or material evidence. For this reason the author makes an attempt to define directions for the further development of this scientific problem in order to improve the procedural legislation and legal practice.

Keywords: evidence, proof, investigative activities, judicial hearing, criminal procedural legislation, investigator, court, judicial proceedings, procedural act, material evidence.

Organization and improvement of the environmental cost accounting at the Russian enterprises

CHKHUTIASHVILI, Lela Vasilievna – PhD in Economics, Associate Professor of the Department of Philosophical, Social and Economic Disciplines of the Kutafin Moscow State Law University, [lela@email.ru], 123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

Review: The article concerns the issues of organization and improvement of environmental cost accounting at the Russian enterprises in the market economy conditions. The modern society has established an absolute priority of market relations, and environmental protection is related to the rational nature management. According to the Rio de Janeiro Declaration on Environment and Development of 1992 the states should cooperate in order to form an open international economic system, which would lead to economic growth and sustainable development in all of the states, having an influence on environment. On one hand, natural resources have to be used for development, on the other hand, industrial and other processes inevitably influence the environment. Achievement of the optimum development results with the minimal environmental damage is the main goal of the sustainable development concept. One of the problems of the environmental economics in the light of the sustainable development concept is development and improvement of directions and principles of environmental cost accounting and control, including financial and management audit, reporting on environmental markers and environmental audit. At the same time, the link between nature protection activity management and environmental accounting is clear. In the practice of organization work the value of environment is shown through the need to spend money on protection and revival of the environment, requiring the need for environmental cost accounting. The information provided by it may have a significant impact upon the decision-making in management. These decisions should be based upon consideration of the interests of the organization, as well as general social and economic goals of protection of atmosphere, water and land resources, and health of the population.

Keywords: jurisprudence, accounting, natural resources, environmental protection, sustainable development, environment, market relations, economic growth, international economic system, industrial processes.

Conceptual fundamentals of the service delict law

DOBROBABA, Marina Borisovna – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Administrative and Financial Law of the Kuban State University, [dobrobaba_mb@mail.ru], 350000, Russia, Krasnodarskiy krai, Krasnodar, Rashpilevskaya, 43.

Review: The article concerns conceptual bases of the service delict law, and the author connects its analysis with the characteristics of the latter as a scientific category, which presupposed the need to study the history of its formation, to formulate its definition, to uncover its substantial qualities and its place within the system of law. Revealing its nature includes the study of the contents of the basic term “service delict”, establishing the institutional element within this legal institution, and the author also singles out the sub-institutions of service disciplinary and service material responsibility. Defining its place within the legal system is performed in its correlation with the administrative law as an independent branch of law, administrative delict law, and service law, as sub-branches of administrative law, as well as with the labor law as an independent branch of law. Additionally, the author substantiates the complex character of service delict law as a legal institution of administrative law, analyzing specific factors in support of this statement.

Keywords: service delict law, legal institution, administrative law, administrative delict law, service law, state (public) servants, municipal servants, service disciplinary delict, service disciplinary responsibility, service material responsibility.

Civil judicial procedure on bankruptcy cases: problems of legislative regulation and legal practice

UKSUSOVA, Elena Evgenievna – PhD in Law, Professor of the Department of Civil Process of the Kutafin Moscow State Law University, author of the special course “Judicial Proceedings on Bankruptcy (Insolvency) Cases” for the Master’s Program “Material Law and Judicial Protection in Civil Cases”, [euksusova@mail.ru], 123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

Part 1.

Correlation of material and procedural law.

Review: The article is comprised of three parts, each latter one is the development of what is discussed in previous one. Part 1 is "Correlation of material and procedural law". Part 2 is "Specific features of procedural sphere of insolvency (bankruptcy)". Part 3 is "Influence of the practice of the supreme court on the civil judicial procedure on bankruptcy cases". The material has is inner layout and numbering throughout the article. In the first part of the article the author based upon the general methodological approaches towards the studies of procedural regulation of civil judicial proceedings establishes singles out and defines the contents of civil procedural sphere of insolvency (bankruptcy), its procedural specificities. The author also establishes whether the complex legislative regulation of both material and procedural elements of insolvency (bankruptcy) relations is viable, showing the need to study the complicated mechanism of judicial protection on civil cases, when the material and procedural law provide for double regulation with connection to material legal characteristics of cases through the subject of material legal characteristic features of cases through the object of judicial dispute and protection. With the regard to insolvency sphere the author discusses topicality and scientific inadequacy of recognizing <insolvency> competitive law as a complex legal institution within the civil law doctrine, or singling out procedural norms and legal relations with the material reference as "competitive". The author considers it unacceptable to provide such material ties to procedural norms regarding procedural forms on certain categories of civil cases within the framework of civil judicial procedure provided for by special procedural norms. The article also contains analysis of legislation, including mostly civil (arbitration) procedural legislation regulating insolvency (bankruptcy) in the perspective of their historical development, as well as the modern situation in procedural regulation of bankruptcy cases, contents and specialized character of civil procedural regulation of judicial proceedings on such cases, its procedural differentiation due to debtor categories and bankruptcy procedures. The article also contains analysis of judicial acts of supreme courts (the Constitutional Court of the Russian Federation, the Supreme Court of the Russian Federation, the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation, as well as the provisions of civil and procedural doctrines. The author uses both general scientific methods, such as analysis, synthesis, generalization and analogy, and the specific private law cognition methods (formal logical methods, historical legal method, formal legal method, systemic method, comparative legal method).

Keywords: civil judicial procedure, civil procedural law, insolvency (bankruptcy), procedural norms, bankruptcy cases, legal position, judicial law-making, supreme court, procedural specialization, specialized procedural regulation.

Inadmissibility of advocacy in unjust cases

IVAKIN, Valeriy Nikolaevich – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Advocacy and Notariate of the Kutafin Moscow State Law University, [ivakin.st@mail.ru], 123995, Russia, Moskva, Sadovaya – Kudrinskaya, 9.

Review: The use of knowledge and skills of advocates in order to support illegal or immoral claims or objections of clients was directly prohibited back in the Ancient Rome. This prohibition was included into the text of a special professional oath, which the advocates had to announce at the start of every case where they represented parties. Similar provisions were contained in the latter medieval normative legal acts and codes of local customs. However, it would be a mistake to regard these provisions as absolute, since evaluation of lawfulness and morality was given by the advocates themselves, and secondly the perspective of the case might have been unclear at the time when the client addressed a lawyer. The externally uncompromising position on inadmissibility of advocacy in unjust cases was taken by the French lawyers. However, with some time many renowned lawyers from other states were opposed to them. As for legislation, at the time of Napoleon on February 4, 1804 the text of a new oath of advocates was adopted, and it did not include any references as to choice of cases by them. By the second half of the XIX century only the Belgian legislation provided that the advocates should defend only those cases, which seem just to their soul and conscience". However, the issue remained topical at the level of doctrine and ethics of advocates. For example, the English advocates did not come to agreement, and various disputes remained among the Russian advocates, which required that the discussion continued in XX century.

Keywords: advocate, taking an assignment, choice of cases, representing in unjust cases, moral injustice, legal injustice, oath, termination of prohibition, discretion of a lawyer.

***Crimes against a person in criminal law of Belarus,
Russia and Ukraine/ P.A. Andrushko, A.A., Aryamov, N.A. Babiy (and others);
Executive editor A.I. Chuchaev. – Moscow, PROSPEKT, 2014. – 680 p.***

SOKTOEV, Zorikto Borisovich – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, [soktoev@gmail.com], 123995, Russia, Moskva, Sadovaya – Kudrinskaya, 9.

Review: *The review is devoted to the first post-Soviet joint project of legal scholars of the Republic of Belarus, the Russian Federation and Ukraine, which is devoted to the eternal problems of fighting crimes against a person, which, as the authors of the monograph point out, justify the very presence of criminal law. The monograph discusses the problems of social prerequisites of criminalization, penalization and qualification of the assaults, the public danger of which was with some minor exceptions always recognized by legislator. The authors provide criminological characteristics of crime in the relevant sphere. The monograph includes analysis of the situation in the field of scientific studies of criminal responsibility issues within this type of crime in Belarus, Russia and Ukraine. The monograph includes three parts, each of which is devoted to the specific states. Part 1 is "Crimes against a person in the criminal law of the Republic of Belarus". Part 2 is "Crimes against a person in the criminal law of the Russian Federation". Part 3 is "Crimes against a person in the criminal law of Ukraine". The study is performed with high scientific and theoretical standards, and it should, as the authors expected it to, facilitate integration of scientists at the post-soviet territory, exchange of their experience in fighting crime against a person with means of criminal law. That is why the monograph may be recommended to all those professionally working with criminal law, or gaining professional knowledge and skills in this sphere.*

Keywords: *criminal law, crimes against a person, the Russian Federation, the Republic of Belarus, Ukraine, the crimes against life, crimes against health, sexual freedom, sexual integrity, personal freedom.*

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/

1. В Журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения Авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой Журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются Авторы — ведущие специалисты, ученые и практики. При прочих равных условиях преимущественное право на опубликование имеют:
 - профессорско-преподавательский состав МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) — перед сотрудниками иных вузов и научных учреждений;
 - лица, имеющие учёные степени, — перед аспирантами и соискателями.
3. Один Автор может опубликовать в течение года не более трех своих статей. Все исключения необходимо заранее согласовывать с редакцией.
4. **Направление Автором статьи для опубликования в Журнале считается акцептом**, т.е. согласием Автора на заключение Лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «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 через сервис **online-редакция NOTA BENE**. Автору необходимо зарегистрироваться в системе, указав все запрашиваемые данные. **Для аспирантов и соискателей** обязательна для заполнения информация о научном руководителе / консультанте, его контактная информация (в поле «Дополнительные сведения»). В дальнейшем для отправки очередной статьи заново вводить эти данные не потребуется. При добавлении новой статьи откроется окошко регистрации статьи, где приводятся все данные о статье (соавторы, название статьи, название журнала, название рубрики, ключевые слова на русском, аннотация на русском, библиография на русском). Текст статьи прикрепляется к регистрационной форме в виде файла, сохраненного в любой версии Word с расширением .doc, .docx или .rtf.
7. Требования к содержанию и объему статьи:
 - объем статьи должен составлять от 15 до 25 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 10–15 страниц А4 (шрифт — Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полуторный, абзацный отступ — 1,25 см, поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с редакцией Журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;

- в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал, содержащийся в статье, не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых содержит воспроизведение нормативного материала, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования.
8. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
9. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
10. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться **библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008**. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например, с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный. Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).
Ссылки на иностранные источники следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке.
Ссылки на электронные ресурсы следует оформлять в соответствии с **библиографическим ГОСТом 7.82-2001**. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, <в угловых скобках> полный адрес местонахождения ресурса и (в круглых скобках) дату последнего посещения веб-страницы.
11. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться **библиографическим ГОСТом 7.1-2003**. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору за соблюдением законодательства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия

ПИ № 77-14596 от 7 февраля 2003 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.u

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Объем: 15,62 усл.печ.л., формата 60x841/8. Подписано в печать 26.02.2014 г.

Тираж 1000 экз. Печать офсетная. Бумага офсетная.

Отпечатано с готовых диапозитивов.

Первая оперативная типография, 115114, г. Москва, 2-й Кожевнический пер., 12.

Подписка на журнал возможна с любого месяца

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11178

ООО «НБ-Медиа»

Тел./факс (495) 424-26-02.; E-mail: w.danilenko@gmail.com

Почтовый адрес редакции: 117465, Россия, Москва, ул. Генерала Тюленева 31/1-210

Любой журнал или статью можно заказать на сайте издательства www.nbpublish.com

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.