

Председатель Редакционного совета

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

Заместитель председателя Редакционного совета

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

Главный редактор журнала

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

Ответственный секретарь

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

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

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

БЕШЕ-ГОЛОВКО Карин — доктор публичного права, Франция.

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

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна — доктор юридических наук, профессор, 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.

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

КОМОРИДА Акио — профессор Университета Канагава (Япония).

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

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

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

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

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

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

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

РАССОЛОВ Илья Михайлович — доктор юридических наук, профессор кафедры правовой информатики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Судебная и правоохранительная практика».

РЫБАКОВ Олег Юрьевич — доктор философских наук, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Российской правовой академии Министерства юстиции РФ, член российской секции Международной ассоциации философии права и социальной философии, член комиссии по науке ассоциации юристов России, член Экспертного совета по праву Министерства образования и науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ.

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

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

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

ШЕВЕЛЕВА Наталья Александровна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой государственного и административного права Санкт-Петербургского государственного университета.

ШУГРИНА Екатерина Сергеевна — доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права, председатель Редакционно-издательского совета Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Актуальные проблемы российского права».

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

2015 (Published in 1948)

RESEARCH PAPERS KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY. That CIII (№ 18)

Chairman of the Council of Editors

BLAZHEEV, Victor Vladimirovich — Rector of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Professor, Head of the Department of Civil Process, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

Vice-Chairman of the Council of Editors

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

Editor-in-Chief of the Journal

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

Executive Editor

GAVRILOVA, Olga Andreyvna — expert of the Division for the Scientific and Publishing Policy of the Department for the Organization of Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University.

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

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

BECHET-GOLOVKO, Karine — Doctor of Public Law, France.

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

GRACHEVA, Elena Yurievna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

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

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

KOMORIDA, Akio — Professor of the Kanagawa University (Japan).

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

MALINOVSKIY, Vladimir Vladimirovich — PhD in Law, Vice Prosecutor-General of the Russian Federation, Class 1 State Councillor of Justice.

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

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 — Rybakov, Oleg Yurievich - Doctor of Philosophy, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory and History of State and Law of the Russian Law Academy of the Ministry of Justice of the Russian Federation, Member of the Russian Section of the International Association of Philosophy of Law and Social Philosophy, Member of the Commission on Science of the Association of Lawyers of Russia, Member of the Expert Committee on Law of the Ministry of Education and Science of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

TUMANOVA, Lidia Vladimirovna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Process and Law-Enforcement Activities, the Dean of the Law Faculty of the Tver State University, the Merited Lawyer of the Russian Federation.

FEDOROV, Aleksandr Vyacheslavovich — vice-Chairman of the Investigation Committee of the Russian Federation, Colonel General, PhD in Law, Professor, Editor-in-Chief of the Journal «Drug Enforcement» (Narcocontrol).

HELLMANN, Uwe — Dr. iur. habil, Professor, Head of the Department of the Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the Potsdam University (Germany).

SHEVELEVA, Natalia Aleksandrovna — Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the St.Petersburg State University.

SHUGRINA, Ekaterina Sergeevna — Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the St.Petersburg State University.

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

СОДЕРЖАНИЕ

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Чернавин Ю.А.

Развитие института прав человека
в России: философско-правовой взгляд
на проблему 7

ЗАОЧНЫЙ КРУГЛЫЙ СТОЛ «НОВЫЙ УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС РОССИИ: КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ И ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ МОДЕЛЬ»

Иванчин А.В.

Теоретическая модель
предписаний Уголовного кодекса РФ
об основании
уголовной ответственности
и малозначительности 16

Шеслер А.В.

Перспективы совершенствования
уголовно-правовых норм о соучастии
в преступлении 30

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Лаптев В.А.

Конституция России
как основной источник
предпринимательского права 39

Петрикова С.В.

Вопросы реформирования
законодательства об освобождении
от уголовной ответственности
в связи с деятельным раскаянием
и примирением с потерпевшим 48

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ПРЕСТУПНОСТИ

Гавло В.К., Титова К.А.

Совершенствование
криминалистической методики
предварительного
и судебного следствия по делам
о хищениях в сфере жилищно-
коммунального хозяйства (ЖКХ) 58

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

Chirkin V.E.

Convergence and antagonisms
of the modern legal systems 65

ДИСКУССИОННАЯ ТРИБУНА

Гончаров Д.Ю.

Соотношение регулятивной
и охранительной функций
в законодательстве
о противодействии преступности 75

ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

Сопилко И.Н.

Особенности
информационной аксиологии
в условиях формирования
информационной цивилизации 90

ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Богдан В.В.

Теоретико-прикладные проблемы
защиты прав покупателей
в советском государстве 97

ИМЯ В НАУКЕ

Лушников А.М., Лушникова М.В.

Л.А. Сыроватская 108

НОВЫЕ ИЗДАНИЯ

Социокультурная антропология права:
коллективная монография / под ред.
Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. — СПб.:
Алеф-Пресс, 2015. — 840 с. 114

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ

К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ
В ЖУРНАЛЕ МАТЕРИАЛАМ
И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ 119

CONTENTS

PHILOSOPHY OF LAW

Chernavin, Y.A.

Development of human rights as
an institution in Russia:
philosophical legal view of the issue 7

EXTRAMURAL ROUNDTABLE «THE NEW CRIMINAL CODE OF RUSSIA: CONCEPTUAL FUNDAMENTALS AND THEORETICAL MODEL»

Ivanchin, A.V.

Theoretical model of the prescriptions
of the Criminal Code
of the Russian Federation
on the grounds for criminal responsibility
and violations of low significance..... 16

Shesler, A.V.

Perspectives for the improvement
of criminal legal norms
on co-perpetration in a crime..... 30

THEORETICAL PROBLEMS OF BRANCHES OF LAW

Laptev, V.A.

The Constitution
of the Russian Federation
as a primary source
of entrepreneurial law..... 39

Petrikova, S.V.

Issues of reforming legislation
on relief from criminal responsibility
due to active repentance
and reconciliation with a victim 48

FIGHTING CRIME

Gavlo, V.K. Titova, K.A.

Improving the forensic methods
for preliminary and judicial investigation
in cases of theft in the sphere
of housing and public
utilities infrastructure (HPU) 58

COMPARATIVE LEGAL STUDIES

Chirkin, V.E.

Convergence and antagonisms
of the modern legal systems 65

DISCUSSION STAND

Goncharov, D.Y.

Correlation of regulatory
and protective functions
in the legislation on fighting crime 75

FOREIGN LAW

Sopilko, I.N.

Specific features
of information axiology
in the conditions of the information
civilization formation..... 90

THE HISTORY OF STATE AND LAW

Bogdan, V.V.

Theoretical
and applied problems of protection
of customer rights in the Soviet state 97

NAME IN SCIENCE

Lushnikov, A.M., Lushnikova, M.V.

L.A. Syrovatskaya 108

NEW PUBLICATIONS

Socio-cultural anthropology of law.
Collective monograph /
Ed. by N.I. Isaev, I.L. Chestnov. — SPb.:
Alef-Press, 2015. — 840 p. 114

PUBLISHING CONDITIONS AND THE REQUIREMENTS TO THE MATERIALS

FOR THE JOURNAL 119

РАЗВИТИЕ ИНСТИТУТА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В РОССИИ: ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВОЙ ВЗГЛЯД НА ПРОБЛЕМУ

Аннотация. Основная проблема, связанная с утверждением института прав человека в России, заключается не в сиюминутном обеспечении прав личности, уровень которых пока невысок, а в принципиальной возможности достичь его эффективности в нашей стране когда-либо. Проблему создает существующее противоречие между необходимым — западным по сути — типом социальных практик и доминирующим в России восточным типом личности. Осмыслению данного противоречия и выработке путей его разрешения посвящена статья. Один из этих путей основывается на глубинной связи ценностей прав личности и характеристик русской культуры и ментальности. Мировоззренческой основой института прав человека выступают зародившиеся в глубине веков гуманистические идеи, их воплощение в борьбе с бесправием личности, против насилия и угнетения. Подобная борьба — часть нашей истории. Российский и русский народ свободолюбив. Другое дело, что в современной России, состоящей из вестернизированного меньшинства и традиционалистского большинства, наблюдается как искажение западных характеристик, так и трансформация традиционализма в квазитрадиционализм. Авторская позиция связывает проблему не только и не столько с доминированием в современной России традиционалистского типа личности, сколько с его ослаблением и искажением. Теория институциональных матриц, также послужившая методологической основой анализа, позволила сформулировать вывод о закономерности целенаправленного и активного внедрения в России института прав человека. Его современный европейский вариант отражает ценности не индивидуализма, но персоноцентризма, переходит от стадии либерализации и демократизации к стадии социализации. Возникшие в послевоенное время права третьего поколения — коллективные по своей природе — соответствуют духу и механизмам социальной деятельности в России. Вследствие этого способы институционализации прав человека в нашей стране могут быть специфичны — этап либерализации прав можно пройти, во-первых, «ускоренно», во-вторых, средствами не индивидуализации, но сотрудничества, при опоре не на выгоду, а на основе разделенных с другими людьми целей бытия. При этом средствами развития данного института являются эволюционное изменение российской государственности, сопряженное с возрождением и эволюционным изменением российского традиционализма.

Ключевые слова: институт прав человека в России, институционализация прав человека, традиционализм, гуманистический принцип личности, атомизация общества, институциональная матрица, индивидуализм, коллективизм, персоноцентризм.

Под собственным именем проблема прав человека тем или иным образом решается в России последние 20 лет. Безусловно, по сравнению с вековыми традициями Запада в защите прав личности срок крайне невелик, и масштабных социальных сдвигов в этом отношении

© Чернавин Ю.А., 2015

* Чернавин Юрий Александрович — доктор философских наук, профессор кафедры философских и социально-экономических дисциплин Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

[uchernavin@yandex.ru]

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

пока ждать не приходится. Позицию подобного рода по отношению к правам человека в России обозначил в апреле 2014 г. В. Лукин. Покидая пост Уполномоченного по правам человека в РФ, он отмечал: то, как общество отметило 20-летие Конституции РФ, впервые в нашей истории провозгласившей права и свободы человека, показывает, что «переходный период от советского устройства жизни к развитой демократии еще далек от завершения <...> российская демократия остается **развивающейся**»¹. Таким образом, проблема видится не в сиюминутном обеспечении и гарантировании прав личности, уровень которых в России в настоящий момент невысок, а в возможности достижения эффективности данного института в обозримом будущем. Более того, в *принципиальной* возможности достичь его эффективности в нашей стране когда-либо. Осмысление данной проблемы — главная задача статьи.

Проблему такого рода создают размышления о характеристиках славянской (шире — восточной) цивилизации, отличающейся не индивидуалистической, но общинной ментальностью; положения о российских политических традициях, связанных, с одной стороны, с авторитарностью государственной власти, с другой — с патернализмом общества. Подобные характеристики, исторически сложившиеся в России, не способствуют утверждению прав личности.

Современный ренессанс консерватизма, опирающегося на традиционализм, тоже порождает мысли о чужеродности и искусственности, следовательно, низкой социальной эффективности западноевропейского по сути института прав человека в России. Например, наиболее влиятельный мыслитель современного православного монархического направления отечественного консерватизма Иоанн (Снычев), митрополит Санкт-Петербургский и Ладужский, вспоминая слова К.П. Победоносцева о роковой лжи лозунга «свобода, равенство, братство», указывает на тот факт, что две самые кровавые революции в истории человечества — французская и русская — прошли под этим лозунгом. Идея прав человека, всеобщего равенства, по его мысли, является абсолютизацией индивидуализма, «исторически глубоко чуждого русскому национальному и религиозному самосознанию»².

Низкая социальная эффективность и даже дисфункциональность тех или иных институтов — распространённое явление в мировой и отечественной социальной истории и практике. Однако масштаб и значимость института прав человека не сравнимы

ни с каким другим — именно он во многом определяет будущее страны.

Методологической основой анализа проблемы избраны цивилизационная концепция развития общества и институциональный подход к его описанию как целостному феномену.

В традиции Н.Я. Данилевского, А. Тойнби цивилизация рассматривается как синоним прежде всего духовной культуры — системы ценностей, традиций, символов, ментальности, образа жизни, характерных для того или иного социума. В соответствии с доминирующим в научной литературе подходом современная мировая цивилизация в содержании культуры и способов ее реализации распадается на две основные составляющие — Запад и Восток, либеральную и традиционалистскую цивилизации.

Институциональный подход, характерный преимущественно для социологии, трактует общество как устойчивую социальную систему, институциональную структуру, постоянно складывающуюся неизменным образом независимо от того, как и какие бы социальные субъекты не взаимодействовали между собой в ее границах.

Институт возникает как ответ на необходимость закрепления определенных типов социальных отношений и деятельности, превращения их в обязательные для всех членов социума. Это те, которые удовлетворяют наиболее важные общественные потребности: воспроизводство общества осуществляется в рамках института семьи; усвоение накопленных знаний, культурных ценностей, передача их последующим поколениям реализуется институтом образования; промышленные предприятия, банки, рынки как экономические институты осуществляют производство и распределение товаров и услуг и т.д.

Практика закрепления отношений подобного рода заключается в создании системы социокультурных элементов — ценностей, норм, идеалов, образцов деятельности и поведения людей и их гарантировании. Эта система обеспечивает сходное поведение индивидов, согласовывает и направляет в русло их определенные стремления, устанавливает способы удовлетворения их потребностей, разрешает конфликты, поддерживает состояние равновесия и стабильности в рамках той или иной социальной группы и общества в целом.

Однако само по себе наличие социокультурных элементов, составляющих содержание института прав человека, еще не обеспечивает его функционирование. Элементы воплощаются в действиях людей, «играющих» по их правилам. Для этого ценности и нормы должны стать достоянием внутреннего мира личностей, быть интериоризованными в процессе социализации. При этом понятие интериоризации позволяет только в первом приближении уяснить характер

¹ Лукин В. Доклад Уполномоченного по правам человека в РФ за 2013 г. URL: <http://www.rg.ru/2014/04/08/doklad-site-dok.html>.

² Иоанн (Снычев), митр. Самодержавие духа. Очерки русского самосознания. СПб.: Изд-во Л.С. Яковлева, 1994. С. 34.

процесса, на деле не все столь прямолинейно. С возникновением и существованием социальных институтов связано формирование в каждом индивидууме особого набора социокультурных диспозиций (габитуса), практических схем действия, ставших для личности ее внутренней «естественной» потребностью. При этом порождаются соответствующие смыслы, задающие не только образцы человеческих взаимодействий, но и способы осмысления, понимания социальной реальности и самих людей. Благодаря габитусу происходит включение индивида в деятельность социальных институтов и их осознание. В итоге утверждаются тип личности и тип социальных практик, адекватные друг другу.

Возникновение организационных и поведенческих структур социального института сопровождается (или предшествует) их обоснованием — теоретическим, идеологическим, религиозным, мифологическим. В конечном счете или иные взгляды, учения, концепции вырабатывают своеобразную категориальную сетку, задающую «естественное» с позиций данного института видение мира.

Усложняясь по мере исторического развития, общество обогащается все большим числом институтов, каждый из которых выполняет характерную только для него функцию, определяющую его «лицо», связанную с главной социальной ролью по удовлетворению той или иной общественной потребности, закреплению и воспроизводству определенных социальных практик и отношений. Например, если это армия, то ее роль состоит в обеспечении военно-политической безопасности страны путем участия в боевых действиях и демонстрации военной мощи.

Исторической необходимостью перехода западноевропейского общества от традиционной модели развития к модели модернизационной в период Нового времени явилось становление института прав человека. Его главная функция — закрепление совокупности гарантированных возможностей, которые обеспечили личную, имущественную, гражданскую самостоятельность индивида. Условием и причиной утверждения данного института и одновременно его результатом явилось формирование типа личности, соответствующего процессам модернизации общества.

Возникновение института прав сопрягается с появлением ко второй половине XVIII в. зрелой теории, осмысливающей движения в защиту личности и ее достоинства, за право каждого самостоятельно устраивать свою жизнь и распоряжаться ею, хотя гуманистическая идея, вдохновлявшая многовековую борьбу с бесправием и угнетением человека, за свободу и равенство, существовала издревле. Ее развитие идет параллельно с исторической практикой (либо несколько опережает ее).

Представление о гражданине, наделенном определенным комплексом прав и обязанностей, возникло в VI–V вв. до н.э. Оно связано с тем регионом мира, где сформировалась наиболее высокая духовная культура — политическая мысль, формы государственной организации, философия, искусство, литература и т.д. Речь идет об античных полисах, в частности об Афинах и Риме. Полис — первая в истории человечества форма сообщества, которую можно определить как гражданский коллектив³. В полисах с гражданством были связаны прежде всего политические права: свобода, право на решение государственных дел, участие в правосудии и т.д.

Вместе с тем следует учитывать, что в данном случае о каком-либо совершенстве говорить не приходится: прав гражданина были лишены не только рабы, составляющие большинство населения в этих государствах, но и некоторые категории свободных. Кроме того, институт гражданства знал градации — различались граждане по рождению и лица, получившие гражданство. Наконец, свободный гражданин полиса должен был жить не для себя, а для государства. Частная жизнь, обеспеченная рабством, служила ему средством исполнения гражданских обязанностей. Однако уже в своем первичном, начальном звучании утверждение гражданина как носителя определенных прав было крупным шагом в области развития культуры гуманизма, на пути человечества к познанию свободы.

Разложение рабовладельческого строя, переход к европейскому Средневековью предопределили изменения в осмыслении прав человека, породили соответствующую ему новую социальную практику. Основным достижением этого исторического периода явилось устранение из социальной структуры полностью бесправных людей и социальных групп. Личность еще недостаточно индивидуализирована, все стороны ее деятельности подчинены обычаю, ритуалу, закону, сословным ограничениям, но юридически она считалась свободной. Феодалные корпорации (рыцарские и монашеские ордена, цеха ремесленников и торговцев), жестко подчиняя человека, нивелируя его индивидуальность, в то же время делают его равным с другими в рамках данной корпорации. Формируется чувство достоинства, пусть пока и сословного.

Буржуазные революции нацеливаются на поиск новых форм взаимоотношений индивида и власти, противопоставляя их феодальной сословности. В политической практике новоевропейских государств утверждаются неведомые до этого притязания личности к государству: государственная власть должна руководствоваться не произволом, а законом; охранять права и

³ См.: Общая теория прав человека / отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: Норма, 1996. С. 47.

благополучие всех членов общества; обеспечивать осуществление неотъемлемо принадлежащей человеку свободы. Подобные новации, постепенно накапливаясь, знаменуют становление в период Нового времени института прав человека в рамках западной цивилизации.

В чем видится соответствие нового типа социальных практик и основных социальных и духовных черт личности нового типа? На эту тему рассуждает в своем исследовании Л.И. Глухарева⁴. По ее мнению, в данном процессе высока значимость института частной собственности, его самостоятельное существование отдельно от власти. Частная собственность предполагает наличие у индивида самостоятельности, избирательной активности, способности проявлять инициативу, рисковать, принимать решения и нести за них ответственность.

Утверждение западной цивилизации в рамках христианского (в значительной мере, протестантского) мировоззрения и веры с ее представлениями о человеке как образе и подобии божьему связано с осознанием значимости каждой личности, пониманием ценности человеческого достоинства и укоренением взглядов о равенстве всех людей.

Особенности реализации власти в европейских государствах породили автономные корпоративные формы деятельности — города, гильдии, цеха. Не полагаясь на помощь и защиту государственных структур, подобные объединения в своей деятельности опирались на эффективность частной собственности и значимость личности. Это способствовало воспитанию солидарности и умению противостоять государственному давлению.

Основы прав человека в Европе закладывались и юридической системой, оказавшейся достаточно эффективным регулятором общественных отношений по сравнению с системами стран Востока. Знаменательным событием стало оформление правового статуса личности. Неопределенность юридического положения индивида, как это было в государствах Востока, закономерно предопределяет практически полную зависимость человека от власти. Кроме того, правовой статус наделял каждого члена той или иной социальной группы равными правами и обязанностями. В итоге возникают возможности выработки механизмов, ограждавших частную жизнь от государственного вмешательства, и, что не менее важно, — готовность личности эти механизмы использовать. По сути, подобные новации означали становление гражданского общества.

В сознании человека Нового времени утверждается аксиологический вектор вполне

определенной направленности, доминируют ценностные ориентации нравственного, правового и политического свойства, порождаемые протестантской этикой индивидуализма с ее, говоря словами М. Вебера, «непомерным моральным кодексом». Утверждается новый тип сознания, ориентированный на требования личной безопасности, свободы от чьего-либо давления, равенства всех перед законом, неприкосновенности частной жизни и собственности, договорных отношений в решении повседневных проблем и т.д. Следует подчеркнуть, что обобщающей характеристикой данного типа сознания и цивилизационного типа личности выступает индивидуализм.

Итак, в процессе перехода традиционного общества к стадии модернизации, становления гражданского общества, утверждения нового типа сознания и типа личности в рамках западной цивилизации формируется институт прав человека как инструмент поддержания равновесия между интересами самоутверждающейся личности и задачами развития государства и общества.

Становление института прав человека вне Запада происходит иначе, этот процесс сознательно определяется национальными элитами и государственными властями в той мере и таким способом, в какой они видят необходимость подобного института. Если права человека понимать в чисто юридическом смысле, то и в России подобной исторической традиции не прослеживается. Их фактическое существование под собственным именем начинается лишь в конце 80-х гг. XX в.

Как свидетельствуют многочисленные публикации, уклад российской жизни в ее истории не способствовал пониманию ценности автономной личности — свободной, ответственной, инициативной, самостоятельной⁵, а ведь без появления подобного личностного типа любые права и свободы, даже закрепленные в законе, повисают в воздухе. Главная характерная черта нашей политической истории — ее государственность. Ригидность монархической политической системы, засилье, неограниченность власти, ее сакрализация делали человека неправомочным. Об отстаивании индивидуальных прав речи не шло.

В то же время абсолютизм порождал патерналистские ожидания, ставшие в России яркой личностной типологической характеристикой. Ожиданию постоянной помощи от государства способствовали особенности экономики. Для государственных нужд из нее выкачивались

⁴ См.: Глухарева Л.И. Права человека в современном мире (социально-философские основы и государственно-правовое регулирование). М.: Юрист, 2003. С. 119–121.

⁵ См., например: Касьянова К. О русском национальном характере. М.; Екатеринбург: Академ. проект: Деловая книга, 2003; Сергеева А.В. Русские: стереотипы поведения, традиции, ментальность. М.: Флинта: Наука, 2005.

основные ресурсы, блокируя развитие городов, предпринимательства. В итоге третье сословие не стало сформировавшейся и эффективной социальной силой, утверждавшей самостоятельность и предприимчивость.

Крепостное право и сословная дифференциация, растворенность личности в сельской общине утверждали следование патриархальным традициям, пассивность и покорность. Постоянная бедность быта, ставшая привычной, порождала уравнилельные стремления, отрицательное отношение к богатству — «через золото слезы льются».

В литературе, как правило, указывают на противоречивый характер российского менталитета, отмеченный еще Н.А. Бердяевым: деспотизм и анархизм; гипертрофия государства и правовой нигилизм; жестокость и доброта; склонность к насилию и человечность; обостренное сознание личности и безличный коллективизм; искания Бога и воинствующее безбожие и т.д. Однако для рассмотрения проблемы института прав человека значимым является положение о сложившемся в истории России особом психологическом фоне, традиционалистском типе личности, предпочитающей меньше свободы взамен меньшей ответственности.

Авторитарная политическая культура и бюрократическое управление страной в период советской власти мало изменили доминирующее традиционалистское сознание.

Быстрое выдвижение прав человека в число приоритетных проблем в 1990-е гг. связано с пониманием предела, к которому подошла Россия в практике положения личности в обществе и ее оценки. Без радикального решения проблемы под вопросом оказывалась перспектива будущего развития. Передовые страны входят в эпоху глобального, информационного, креативного общества, где творческая личность становится главным источником развития. Институт прав человека в этом отношении — апробированный практикой эффективный фактор социальной динамики.

На рубеже веков политической властью в России предпринимаются поистине революционные шаги, направленные на создание института прав человека. Действующая с 1993 г. Конституция РФ определяет Российскую Федерацию как правовое государство (ч. 1 ст. 1), идеи, ценности и принципы которого положены в основу всего конституционно регулируемого пространства. Права человека, их признание, защита и гарантии утверждаются в качестве основного критерия законодательства и практики его применения.

Принцип приоритета прав и свобод человека, закрепленный в Конституции РФ, адресован всем ветвям государственной власти, связывает и обязывает их: «Признание, соблюдение и защита

прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства» (ст. 2). Чрезвычайно важным представляется введение прямого запрета правонарушающего закона: «В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина» (ч. 2 ст. 55).

Каталог прав и свобод человека и гражданина, закрепленный в Конституции РФ, вбирает в себя, уточняет и развивает соответствующие нормы Международного пакта о гражданских и политических правах, Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, ратифицированных в СССР в 1973 г., в известной степени предвосхищает положения Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, ратифицированной в 1998 г. в связи со вступлением России в Совет Европы. На идею прав человека ориентируется все законодательство. Россия обретает корпус соответствующих федеральных законов. Принципиальный характер имеют, в частности, законы «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ» (1997), «Об общественных объединениях» (1996), «О праве граждан РФ на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах РФ» (1993) и др.

Реализация и эффективность прав человека обеспечивается установлением развернутой системы государственной защиты соответствующих принципов и норм, которая венчается деятельностью специального органа — Конституционного Суда РФ. Защита прав и свобод человека и гражданина также обеспечена в уголовном судопроизводстве, в порядке гражданского судопроизводства, создан соответствующий механизм в сфере исполнительной власти. В соответствии с положением Конституции РФ (ч. 1 ст. 103 п. «д») в 1997 г. принимается закон «Об Уполномоченном по правам человека в РФ», положивший начало становлению в стране института омбудсмена. На идею прав человека сегодня сориентирована просветительская и пропагандистская работа; их принципы закрепляются в уставах практически всех политических партий; Русская православная церковь заявляет о ценности прав человека и др. В целом новации, характеризующие правовое поле в современной России, указывают на принципиальное изменение основ государства, всей политической системы, на деле поставившей в центр интересы и права человека.

Однако столь скоропалительное внимание к проблеме, которая еще недавно всерьез не воспринималась, на практике в одночасье не создало эффективного социального института прав человека, да и не могло создать. Как показано, на Западе права человека проходили длительный исторический период становления парал-

лельно с гражданским обществом. Мы к этому только приступаем.

В современной России сложилось противоречие между тремя элементами института прав человека: 1) формальными, законодательно оформленными социальными статусами и ролями, закрепляющими права человека, 2) социальными практиками по их реализации, 3) содержанием массового сознания, духовной культуры, потребностями, ценностными ориентациями и ожиданиями личности, не сопрягающей повседневную жизнь с ценностями прав человека.

Насколько успешным может быть разрешение данного противоречия? Имеет ли перспективу утверждение эффективного института прав человека в России в принципе? Думается, здесь оправдан оптимизм. Он объясняется двумя позициями.

Позиция первая. Она возвращает читателя к рассмотрению основных характеристик цивилизационного типа личности, характерного для России, несколько под другим углом.

Непосредственная основа теории прав человека — положения о естественных правах личности, гражданском обществе, правовом государстве, однако существует и более глубокий уровень анализа, связанный с зародившимися в глубине веков и развивающимися вплоть до настоящего времени гуманистическими идеями. Причем в послевоенном мире проблема прав человека встает на повестку дня именно как принцип нравственной и гуманистической организации социума, безотлагательная в этом отношении практическая задача, а не столько как научная или законодательная проблема⁶.

Воплощение гуманистической идеи в постоянной борьбе с бесправием личности, против насилия и угнетения — часть нашей истории. Гуманистический принцип личности, связанный с высоким уровнем духовности, стремления к равенству, осуждением произвола и насилия, всегда существовал в российской ментальности. Российский и русский народ свободолюбив. Причем свобода в народном понимании связана с классическим для прав человека подходом, сложившимся в XIX в., — прежде всего полная автономия от государства. «Русский народ, — пишет Н.А. Бердяев, — как будто бы хочет не столько свободного государства, свободы в государстве, сколько свободы от государства»⁷. Идеал в этом отношении опирается на традиции сельской общины, это — широкое самоуправление, решение вопросов на общем сходе, выборная власть и суд и т.д.

О глубокой укорененности принципа свободы в российском менталитете свидетельствует

нацеленность на исследование данной проблемы, характерная для русской религиозной философии. Проблемой свободы занималась целая плеяда великих русских философов: В.С. Соловьев, П.А. Флоренский, Н.А. Бердяев, С.Н. Булгаков, Е.Н. Трубецкой, В.В. Розанов, Л.И. Шестов и др. В их работах категория свободы многогранно сочетается с понятиями воли и права, добра и зла, соотносится с духовностью человека, его нравственностью. Базируясь на христианских традициях, русские философы утверждают: самый важный вид свободы — духовная. Без нее жизнь не имеет ни смысла, ни достоинства; без духовной свободы человек не существует как личность.

Действительно, разделяя свободу внешнюю (совокупность прав личности в государстве и обществе) и свободу внутреннюю, духовную, отечественная философия отдает приоритет второй. Внутренняя свобода — первая основа духовного характера, внешняя нужна, чтобы приобрести свободу внутреннюю. Внешняя устраняет насильственное вмешательство других людей в духовную жизнь человека, внутренняя обращает свои требования не к другим людям, а к самому человеку. С социальной и исторической точек зрения подобная направленность аксиологического вектора вполне объяснима. Для современных условий важно, во-первых, само наличие подобных смысловых измерений. Во-вторых, думается, что изменение этого вектора — на движение духовной энергии человека к свободе не только внутренней, но и внешней — будет ответом на вызовы современной цивилизации.

Уместно будет указать и на заметные успехи российской юридической науки, которых она достигла в дооктябрьский период в изучении прав и свобод человека. Эта проблематика являлась ключевой для доктрины «возрожденного естественного права», рассматривалась в рамках позитивистских правовых учений, интерпретировалась позитивистской политико-правовой мыслью. Правоведы разработали каталог прав и свобод человека, составили научные классификации прав, обосновали их юридическое содержание и механизмы осуществления⁸.

Итак, при ближайшем рассмотрении характеристики личностного типа, культурные коды России как минимум амбивалентны: с одной стороны, утверждается доминирование государства и общества, с другой — гуманистические принципы духовной свободы. Разрешение данного противоречия в условиях развития российской демократии, стремящейся к закреплению института прав человека, в ситуации усиления модернизации в стране могло быть вполне

⁶ См.: Глухарева Л.И. Указ. соч. С. 143.

⁷ Бердяев Н.А. Судьба России. М.: Сов. писатель, 1990. С. 12.

⁸ См.: Туманова А.С., Киселев Р.В. Права человека в правовой мысли и законодательстве Российской империи второй половины XIX — начале XX века. М.: Изд. дом ВШЭ, 2011. С. 7.

реальной задачей. Однако на деле проблема осложняется. В современной России, состоящей, по оценкам экспертов, из «вестернизированного» меньшинства (15–20 %) и традиционалистского большинства, наблюдается как искажение западных характеристик личностного типа, так и трансформация традиционализма в квазитрадиционализм:

- свобода трактуется как воля без границ;
- общинный коллективизм изживает себя, а складывающийся индивидуализм приобретает потребительские формы, отрицая значимость учета интересов других;
- российский индивидуализм в сочетании с традиционной пассивностью порождает беспрецедентную для страны атомизацию общества, оставляющую институту прав человека лишь его формальную оболочку⁹.

Таким образом, проблема состоит не только и не столько в доминировании традиционалистского типа личности, сколько в его ослаблении и демонтаже, в возврате к примитивному традиционализму либо дрейфу в сторону квазитрадиционализма.

В сложившихся условиях уместно вспомнить послевоенный опыт восточного соседа, сумевшего получить эффект «японского экономического чуда». Общекультурным и ценностным фундаментом столь впечатляющего рывка стали национальные традиции, в том числе коллективизм, стремление реализовать национальные цели, самоотверженность и трудолюбие. В результате Япония динамично прошла этап модернизации, став развитым обществом и государством с эффективным институтом прав человека, опирающимся на соответствующую национально-государственную парадигму. Она первой доказала, что модернизация совершенно не обязательно означает вестернизацию и отказ от национальных ценностей.

Вряд ли стоит копировать конкретные механизмы возрождения какой бы то ни было страны и культуры, однако общая идея целенаправленной культивации национальных традиций заслуживает самого пристального внимания. Гуманистические измерения характерны для многих традиций российской и русской культуры и ментальности, не связанных напрямую с государством и человеком, но способных активизировать эту связь в ее современном правовом звучании. Это культ предков, постоянная оглядка на опыт поколений; любовь к Отчизне, ратное ей служение; уникальное, трепетное отношение к родной земле (во всех смыслах); единение с природой и ее почитание; отношение к семье как важнейшей ценности; высокая трудовая этика, выражающаяся в соотношении

понятий «труд — вера — честь» и др. В русской общинности сегодня видят только слабость — мол, нивелирует личность, растворяя ее в социуме. Это действительно так, но есть и другая сторона процесса. Подобно гильдиям и цехам в Европе, формировавшим солидарность своих членов, русская община олицетворяет коллективистские и соборные отношения, весьма значимые для реализации, в частности, современных прав человека третьего поколения. Именно дух солидаризма, а не индивидуализма выступает мощным фактором, способствующим утверждению современного эффективного социального государства. Помимо прочего, именно институт прав человека в случае его эффективного функционирования поможет обезвредить бомбу несправедливости, тикающую в России последнюю четверть века.

Таким образом, в современных российских условиях для повышения эффективности института прав человека важно разделять, с одной стороны, принципы и характеристики традиционного коллективизма с его духом соборности, с другой, — черты и свойства примитивного традиционализма, квазитрадиционализма; необходимо возрождение и утверждение первого, блокирование второго.

Позиция вторая реализуется в рамках структурно-системного подхода к анализу общества, с позиции институциональных матриц. В данном случае система базовых институтов — политики, экономики, идеологии — образует институциональную матрицу общества, являющуюся, по сути, исходной моделью данного социума, задающую его природу и специфику, постоянно воспроизводящаяся в ходе исторической эволюции¹⁰. Историческая практика указывает на наличие двух институциональных матриц, концентрирующих разнообразие общественной жизни — восточной, нерыночной и западной, рыночной.

Современная социальная практика развивается, зачастую включая в структуру институциональной матрицы иные дополнительные институты, альтернативные по своей природе, из матрицы противоположного типа. В этом случае действует принцип доминантности основных базовых институтов, позволяющий в то же время компенсировать собственные издержки. Дело в том, что развитие основных институтов носит естественный и спонтанный характер. Абсолютизируя собственные характеристики, они в своем пределе ведут к разрушительным социальным последствиям. Альтернативные институты функционируют в социальных рамках, задаваемых основными институтами, но именно их действие зачастую обеспечивает необходи-

⁹ См.: Холодковский К. Общество отброшено к прежним своим убеждениям. URL:<http://lenta.ru/articles/2015/02/19/ident/>.

¹⁰ См.: Кирдина С.В. Теория институциональных матриц: в поисках новой парадигмы // Журнал социологии и социальной антропологии. 2001. Т. IV. № 1. С. 107.

мое социальное равновесие. Для своего развития они, в отличие основных институтов, требуют направленной и сознательной общественной деятельности, ее цель — снижение рисков и разрушительных следствий стихийного действия базовых институтов существующей матрицы. Причем если общество в кризисе, то активность внедрения альтернативных институциональных форм возрастает.

Например, в России, пишет С.В. Кирдина, при историческом доминировании института общей собственности — княжеской, монаршей, казенной, общенародной советской, потом федеральной, региональной — действуют формы частной собственности — индивидуальное предпринимательство, рыночная торговля, частные акционерные общества и т.д. Но последние, как свидетельствует история, имеют лишь дополнительный характер, действуют в условиях господства базовых институтов и ограничиваются задаваемыми ими рамками. Идеологический институт коммунитарности, на заре отечественной истории воплощавшийся в идее единства земли Русской, затем в православной идее коллективного спасения, потом в коммунистической идеологии, сейчас может быть реализован в идее субсидиарного государства. Суть же его, независимо от доктринальных форм, которые менялись и развивались на протяжении нашей истории, остается прежней — обоснование приоритета коллективных, общегосударственных ценностей по отношению к ценностям индивидуальным, личным¹¹.

Наряду с подобного рода идеями, доминирующими в институциональной матрице, и соответствующими им институтами, в России вводится институт прав человека, имеющий альтернативный характер. Однако его введение закономерно и необходимо.

Движение от крайностей индивидуализма к ценностям персонцентризма, демонстрируемое современной Европой, представляет картину

прав человека с позиций всеобщих задач, заботы о каждом отдельном человеке коллективными усилиями при учете стремления каждого учесть интересы других членов общества. Движение к принципам персонцентризма от крайностей общности в России позволит не только сохранить потенциал коллективизма, но и предохранит общество от дальнейшей социальной атомизации и духовной маргинализации. В обоих случаях подобная динамика свидетельствует о закономерном внедрении альтернативных институтов в господствующую институциональную матрицу.

Институт прав человека в Европе с началом XX в. переходит от стадии либерализации и демократизации к стадии социализации, от противостояния индивида и власти к их известному сотрудничеству. В результате возникают права человека второго поколения — социально-экономические по своему содержанию. Права третьего поколения, сформировавшиеся в послевоенное время, — коллективные по своей природе, «права солидарности» — включают, в частности, право на развитие, на мир, на здоровую окружающую среду, право на коммуникацию и др.

Коллективные и индивидуальные права находятся в гармонии, ни те, ни другие не могут ранжироваться выше. Однако их диалектическое единство, составляющее содержание института прав человека, позволяет выработать специфические пути формирования подобного института в России — пройти этап либерализации прав, то есть утверждения ценности самодостаточной, свободной личности, во-первых, «ускоренно», во-вторых, средствами не индивидуализации, но сотрудничества, при опоре не на выгоду, а на основе разделенных с другими людьми целей бытия. При этом средством развития института прав человека видится эволюционное изменение российской государственности, сопряженное с эволюционным изменением российского традиционализма.

Библиография:

1. Бердяев Н.А. Судьба России. — М.: Сов. писатель, 1990. — 348 с.
2. Глухарева Л.И. Права человека в современном мире (социально-философские основы и государственно-правовое регулирование). — М.: Юристъ, 2003. — 304 с.
3. Иоанн (Снычев), митр. Самодержавие духа. Очерки русского самосознания. — СПб.: Изд-во Л.С. Яковлева, 1994. — 352 с.
4. Касьянова К. О русском национальном характере. — М.; Екатеринбург: Академ. проект: Деловая Книга, 2003. — 560 с.
5. Кирдина С.В. Теория институциональных матриц: в поисках новой парадигмы // Журнал социологии и социальной антропологии. — 2001. — Т. IV. — № 1. — С. 101–115.
6. Общая теория прав человека / отв. ред. Е.А. Лукашева. — М.: Норма, 1996. — 520 с.
7. Сергеева А.В. Русские: стереотипы поведения, традиции, ментальность. — М.: Флинта: Наука, 2005. — 320 с.
8. Туманова А.С., Киселев Р.В. Права человека в правовой мысли и законодательстве Российской империи второй половины XIX — начале XX века. — М.: Изд. дом ВШЭ, 2011. — 279 с.

Материал поступил в редакцию 24 апреля 2015 г.

¹¹ См.: Кирдина С.В. Указ. соч. С. 111.

**DEVELOPMENT OF HUMAN RIGHTS AS AN INSTITUTION IN RUSSIA:
PHILOSOPHICAL LEGAL VIEW OF THE ISSUE**

Chernavin, Yuri Aleksandrovich — Doctor of Philosophy, Professor of the Department of Philosophical and Social-Economic Disciplines of the Kutafin Moscow State Law University.

[uchernavin@yandex.ru]

123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

Review. *The main problem concerning an institution of human rights in Russia concerns the principal possibility to achieve its efficiency in our state ever, rather than providing minute guarantees of human rights. The problem concerns the opposition between the necessary Western type of social practice and the dominating Oriental personality type in Russia. The article is devoted to the analysis of this contradictions and attempts to find the possible paths for its solution. One of such paths is to be found in the inherent connection between the values of human rights and typical Russian culture and mentality. The worldview basis for the human rights as an institution is formed by the humanistic ideas of the past, their manifestation in fighting abuse, absence of personal rights and freedoms. Such fight is part our history. Russian people are fond of freedom. However, in modern Russia there is a westernized minority and a traditionalist majority, the Western characteristics become distorted, and traditionalism is transformed into quasi-traditionalism. The position of the author is that this problem is due to weakening and distortion of the traditionalist personality type in Russia, rather than just its domination. The theory of institutional matrixes has formed the methodological basis for the analysis, allowing to formulate the conclusion on the pattern of purposeful and active introduction of the institution of human rights in Russia. Its modern European version reflects personality-centered values, rather than individual ones, transitioning from the liberalization and democratization to the socialization. The post-War 3rd generation human rights, which are collective rights by their nature correspond to the nature and mechanisms of social activities in Russia. As a result, the means of institutionalization of human rights in Russia may be very specific. The stage of liberalization of right may be passed fast and by means of cooperation, rather than individualization, based upon the shared goals, rather than profit. At the same time the means of development of this institution involve evolutionary changes in the Russian statehood, together with the restoration and evolutionary changes in the Russian traditionalism.*

Keywords: *institution of human rights in Russia, traditionalism, humanistic personal principles, atomization of society, institutional matrix, individualism, collectivism, personality centered approach.*

Bibliography:

1. Berdyaev, N.A. Fate of Russia. — M.: Sov. pisatel', 1990. — 348 p.
2. Glukhareva, L.I. Human rights in the modern world (social and philosophical fundamentals and state legal regulation). — M.: Yurist, 2003. — 304 p.
3. Ioann (Snychev), Metropolit, Sovereignty of soul. Essays on Russian conscience. — SPb.: Izd-vo L.S. Yakovleva, 1994. — 352 p.
4. Kasyanova, K. On the Russian national character. — M.; Ekaterinburg: Akadem. proekt: Delovaya Kniga, 2003. — 560 p.
5. Kirdina, S.V. Theory of institutional matrixes: searching for a new paradigm // Zhurnal sotsiologii i sotsial'noy antropologii. — 2001. — V. IV. — № 1. — P. 101–115.
6. General theory of human rights. / Ed by. E.A. Lukashev. — M.: Norma, 1996. — 520 p.
7. Sergeeva, A.V. Russian stereotypes of behavior, traditions, mentality. — M.: Flinta: Nauka, 2005. — 320 p.
8. Tumanova, A.S., Kiselev, R.V. Human rights in the legal thought and legislation of the Russian Empire of the 2nd half of the XIX — early XX centuries. — M.: Izd. Dom VShE, 2011. — 279 p.

ЗАОЧНЫЙ КРУГЛЫЙ СТОЛ «НОВЫЙ УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС РОССИИ: КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ И ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ МОДЕЛЬ»

А.В. Иванчин*

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ МОДЕЛЬ ПРЕДПИСАНИЙ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РФ ОБ ОСНОВАНИИ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ И МАЛОЗНАЧИТЕЛЬНОСТИ

***Аннотация.** В статье на основе познания сущности состава преступления обосновывается необходимость принципиального уточнения как ст. 8 УК РФ, так и предписаний о малозначительности в уголовном праве. Автор отмечает, что состав преступления существует не в жизни, а в уголовном законе. В жизни все преступления причиняют какие-либо последствия, характеризуются пространственными и временными рамками и т.д., но конструктор (законодатель) нередко оставляет их за пределами состава, обрисовывая соответствующее преступление в законе. В итоге установление признаков состава преступления означает лишь тот факт, что содеянное запрещено уголовным законом, но еще ничего не говорит об опасности содеянного. Соотнесение деяния с составом и установление в результате соответствия между ними является лишь основанием для предположения об общественной опасности содеянного. Однако это предположение в конкретном случае может быть опровергнуто, что явствует из содержания ч. 2 ст. 14 УК (нормы о малозначительности). С учетом этого в статье предлагается модифицировать норму об основании уголовной ответственности (ст. 8 УК), указав, что им является совершение общественно опасного деяния, признаки которого соответствуют составу преступления, предусмотренному настоящим Кодексом. Данное видоизменение предполагает соответствующую модификацию ряда иных предписаний Кодекса, в которых упоминается состав преступления, например ч. 1 ст. 29 УК: «Преступление признается оконченным, если признаки совершенного лицом деяния соответствуют составу преступления». Отталкиваясь от изложенной позиции, автор считает необходимым в ходе будущей кодификации (или в ходе реформы действующего уголовного закона) соответствующим образом изменить и норму о малозначительности (ч. 2 ст. 14 УК): «Не является преступлением деяние, хотя и запрещенное настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности». Наконец, в работе доказывается целесообразность введения в УК следующей нормы: «Если действие (бездействие) лица лишь формально соответствует признаку, который в Особой части настоящего Кодекса влечет повышенную (квалифицирующий признак) или пониженную (привилегированный признак) уголовную ответственность, последняя наступает без*

© Иванчин А.В., 2015

* Иванчин Артем Владимирович — кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова.

[ivanchin@uniyar.ac.ru]

150000, Россия, г. Ярославль, пр-т Ленина, д. 33.

учета данного признака» (в существующей редакции Кодекса эту норму следует закрепить в ч. 3 ст. 14).

Ключевые слова: состав преступления, преступление, основание уголовной ответственности, малозначительность, Уголовный кодекс РФ, квалифицирующие и привилегирующие признаки, совершенствование уголовного закона.

Указанные в заголовке настоящей статьи предписания, предусмотренные ст. 8 и ч. 2 ст. 14 УК РФ, относятся к числу фундаментальных положений отечественного уголовного права. Статья 8 УК и вовсе входит в главу об уголовно-правовых принципах и на этом основании по праву причисляется к системообразующим нормативным предписаниям Общей части УК¹. Поэтому качество законодательной регламентации основания уголовной ответственности и малозначительности должно быть предельно высоким, чего, к сожалению, не наблюдается сегодня.

Для обоснования своей позиции и формирования проекта обновленных редакций рассматриваемых фрагментов УК РФ необходимо, прежде всего, установить сущность состава преступления как юридического основания уголовной ответственности. Очевидна его *нормативная природа*. Состав преступления существует не в жизни, а в уголовном законе. В жизни все преступления причиняют какие-либо последствия, характеризуются пространственными и временными рамками и т.д., но конструктор (законодатель) нередко оставляет их за пределами состава, обрисовывая соответствующее преступление в законе. Значит, признаки и элементы преступления, входящие в состав, устанавливаются, «задаются» уголовным законом, описываются в нем, предусмотрены им.

Нормативная природа состава преступления представляется очень важной характеристикой для его понимания. Только такой подход позволяет осуществить полную классификацию составов преступлений и понять многие явления, с ним связанные². Не случайно эта черта возводится иногда в ранг самой существенной в понятии состава. Так, И.Я. Гонтарь, проведя

специальное исследование, пришел на основании его результатов к выводу, что «под составом преступления в теории уголовного права следует понимать содержащееся в уголовном законе описание (курсив наш. — А.И.) признаков общественно опасного деяния»³. По нашему мнению, с позиции логики «законодательное описание» не может выступать родовым признаком состава. И задачи УК, и его принципы, и вина, и соучастие, и наказание, и абсолютное большинство всего остального, из чего складывается уголовное право, описано в уголовном законе. И все это, в принципе, существует в таком виде, в каком оно описано в уголовном законе. Но из данного факта отнюдь не вытекает, что «описание в уголовном законе» есть родовый признак того или иного феномена. Важно, что и как обрисовывается (описывается) в уголовном законе. И определение понятия как логический прием призвано ответить на этот главный вопрос, то есть призвано вскрыть суть понятия.

Однако то обстоятельство, что состав таков, каково его описание в законе, И.Я. Гонтарь, подметил, на наш взгляд, верно. Так же, как верно подметил это свойство в составе преступления ряд других ученых (А.А. Пионтковский, В.С. Прохоров и др.), которых Н.Ф. Кузнецова назвала сторонниками «нормативистского понимания состава» или «нормативистами»⁴. К такому же выводу пришел и Ю.Е. Пудовочкин: «Нормативистское учение о составе преступления наиболее точно отражает суть данного феномена»⁵. Вслед за названными учеными мы также подчеркиваем, что состав преступления имеет нормативную или законодательную природу. Например, в реальной действительности (жизни) бандитизм, как правило, выражается в совершении вооруженной организованной группой различных корыстно-насильственных преступлений. Законодателем же его состав в ч. 2

¹ См.: Коняхин В.П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. С. 191.

² Анкетирование практических работников выявило заметные расхождения во взглядах на природу состава. На вопрос: «Где, на ваш взгляд, содержится состав преступления?», были получены следующие ответы: «В уголовном законе» — 29 %; «В реальной действительности» — 28 %; «В уголовном законе и в реальной действительности» — 32 %; «Иной вариант» — 1 % (опрошено 335 практических работников Ярославской, Ивановской и Костромской областей, а также в г. Москва — судей, работников прокуратуры, следователей, дознавателей, оперуполномоченных и адвокатов). Эти цифры лишней раз подтвердили актуальность изучения вопроса о сущности состава преступления, ибо столь полярные мнения о природе юридического основания уголовной ответственности с очевидностью не способствуют формированию единообразной следственно-судебной практики.

³ Гонтарь И.Я. Преступление и состав преступления как явления и понятия в уголовном праве (логико-методологические аспекты): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 1997. С. 11. Сходным является мнение о том, что под составом преступления следует понимать «совокупность объективных и субъективных элементов, позволяющих определенное общественно опасное деяние признать соответствующим его описанию в статье уголовного закона» (курсив наш. — А.И.) (Уголовное право. Общая часть: учебник / отв. ред. И.Я. Козаченко. М.: Норма, 2008. С. 186).

⁴ Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. А.И. Коробеева. Т. I: Преступление и наказание. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2008. С. 306 (автор главы о составе преступления: Н.Ф. Кузнецова).

⁵ Пудовочкин Ю.Е. Учение о составе преступления: учеб. пособие. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 6.

ст. 209 УК «урезан» и образуется уже самим фактом участия субъекта в такой группе (законодательная характеристика бандитизма). В этом и заключена сущность состава: *преступления и их составы таковы, как они определены, выражены в уголовном законе.*

Для познания сущности состава преступления необходимо также провести его сравнение с понятием преступления и малозначительного деяния. Споры на эту архиважную тему не утихают в теории уголовного права и по сей день⁶. Понятно, что решение данных вопросов напрямую зависит от трактовки исследователем соотносимых категорий. Много путаницы вызывают попытки соотносить несоотносимые понятия. М.П. Карпушин и В.И. Курляндский правильно, как представляется, отмечают, что «правомерно проводить сравнение в одной плоскости», например, состав преступления сопоставлять с преступлением, состав определенного преступления — с определенным преступлением⁷, то есть процесс соотношения искомых понятий должен быть корректным в научном смысле: соотносить необходимо одноуровневые понятия. В частности, логично сравнивать понятие состава преступления и понятие этого же преступления (например, состав доведения до самоубийства и понятие доведения до самоубийства).

На этом уровне мы сразу же убедимся, что традиционные «рецепты» решения проблемы не работают: дескать, «преступление — это явление реальной жизни, а состав преступления — юридическое представление законодателя о конкретном реально существующем явлении — преступлении»⁸; «понятием преступления характеризуется реальное явление, а состав преступления выступает как юридическое понятие об этом явлении»⁹. Понятие какого-либо преступления — это явно не реальное жизненное явление, а понятие о нем, в котором преступление отражено так же, как и в составе, в своих типичных и существенных признаках. Поэтому трудно согласиться и с Н.А. Лопашенко, которая указывает, что преступление и его состав различа-

ются, среди прочего, по природе: «состав — законодательная конструкция, преступление — реальность, находящаяся в социальной жизни общества, хотя и несущее на себе отпечаток воли законодателя, признающего преступление преступлением»¹⁰. Если соотнести понятие об этом преступлении с понятием его же состава, то решение проблемы не будет столь очевидным.

Наметив указанную отправную точку, перейдем на уровень соотнесения признаков искомых понятий (то есть проведем сравнение на понятийном уровне). В.Н. Кудрявцев, позиция которого поддержана многими отечественными криминалистами, следующим образом решает поставленный вопрос: «Признаки, характеризующие какой-либо состав преступления, в равной мере входят и в понятие об этом преступлении<...> В составе преступления признаки перечислены в некоторой жесткой последовательности, они сгруппированы, привязаны к определенным элементам преступления, а для понятия преступления это отнюдь не характерно. Иными словами, состав и понятие преступления различаются по их внутренней структуре, по степени упорядоченности одних и тех же признаков»¹¹.

Однако структурированность признаков (с позиции логики, действительно, присущая составу преступления, но не характерная для понятия этого же преступления), как представляется, — не главный отличительный признак соотносимых понятий. Понятие любого преступления (видовое понятие), естественно, включает и признаки родового понятия. Родовое понятие закреплено в ч. 1 ст. 14 УК. Можно спорить об удачности включения в набор признаков преступления виновности и наказуемости (так, виновность, как представляется, является частью запрещенности), но в любом случае непреложными останутся два фундаментальных свойства преступления — его общественная опасность и запрещенность уголовным законом (уголовная противоправность, предусмотренность уголовным законом, «формальный» признак преступления). И вот именно соотношение состава с этими признаками образует, на наш взгляд, центральный пункт рассматриваемой проблемы.

Господствующий до сих пор взгляд на соотношение состава преступления и общественной опасности был сформулирован еще А.Н. Трайниным. Приведем ряд характерных цитат из его фундаментального труда «Общее учение о составе преступления»: «Лишь общественно опасное действие может образовать состав преступления <...> Доказательство наличия в действиях лица всех элементов предусмотренного законом состава преступления есть тем самым и доказательство

⁶ См., например: Лопашенко Н.А. Соотношение преступления и состава преступления // Уголовное право: стратегия развития в XXI в.: материалы 4-й Междунар. науч.-практ. конф. М.: Проспект, 2007. С. 128–134; Ворошилин Е.В. Еще раз к вопросу о соотношении состава преступления и преступления // Уголовное право: стратегия развития в XXI в.: материалы 5-й Междунар. науч.-практ. конф. М.: Проспект, 2008. С. 157–159. Об интересующей нас полемике как этапе в эволюции состава преступления см. также: Кругликов Л.Л. Этапы становления учения о составе преступления // Там же. С. 122–127.

⁷ Карпушин М.П., Курляндский В.И. Уголовная ответственность и состав преступления. М.: Юрид. лит., 1974. С. 19.

⁸ Учение о составе преступления в уголовном праве России и Китая: Сравнительно-правовое исследование / под ред. В.С. Комисарова, А.И. Коробеева, Хе Бинсуна. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2009. С. 57.

⁹ Российское уголовное право: в 2 т. Т. 1: Общая часть / под ред. А.И. Рарога. М.: Эксмо, 2004. С. 88.

¹⁰ Лопашенко Н.А. Указ. соч. С. 133.

¹¹ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2001. С. 59.

общественной опасности этих действий»¹². Иными словами, общественная опасность, как считал А.Н. Трайнин, содержится в составе преступления, рассредоточена по его элементам. Аналогичную позицию занимали В.Н. Кудрявцев («Общественная опасность <...> является неотъемлемой чертой состава»¹³) и М.И. Ковалев («Общественно опасными являются действия, содержащие все признаки состава преступления»¹⁴). Н.Ф. Кузнецова также указывала, что общественная опасность охватывается составом преступления, хотя и, — конкретизирует она, — его объективной стороной¹⁵. «В структуре каждого конкретного состава преступления отражаются такие признаки преступления, закрепленные в ст. 14 УК РФ, как общественная опасность и противоправность»¹⁶, — отмечает и О.Ф. Шишов.

Аналогичное мнение, по существу, высказывают В.С. Прохоров и Н.И. Мацнев: «Понятие преступления, содержащееся в ч. 1 ст. 14 УК, и конкретный состав преступления, предусмотренный нормой Особенной части, соотносятся между собой как общее и частное»¹⁷. Если сравнение проводить на одном уровне, то есть на уровне определенного преступления, то получается, что понятие этого преступления, включающее общие его признаки (общественную опасность и т.д.), и понятие его состава совпадают. При таком подходе состав преступления, с точки зрения логики, охватывает и общественную опасность.

Однако в доктрине встречаются и противоположные суждения — о том, что состав преступления не обладает общественной опасностью¹⁸. Еще в «Ленинградском курсе» верно отмечалось, что «опасно преступление, а не его состав», правда, с оговоркой относительно того, что состав должен выражать общественную опасность¹⁹. Этот пра-

вильный, на наш взгляд, подход требует развития. Анализ категорий «общественная опасность» и «противоправность» (запрещенность) вкупе с ретроспективным изучением состава преступления, его природы и функционального назначения привел нас к выводу о том, что *общественная опасность находится за рамками состава преступления, а последний есть воплощение «формального» признака преступления*. Сегодня этот признак в ч. 1 ст. 14 УК РФ сформулирован как «запрещенность» деяния уголовным законом. Мы согласны с такой его лексической «оболочкой», поскольку преступления не только предусматриваются, но и запрещаются уголовным законом. Запрет (активного и пассивного поведения; последний есть юридическая обязанность — например, в ст. 125 УК) хотя прямо и не выражен в тексте Особенной части УК, но подразумевается в ней и прямо закреплен как признак преступления в его определении.

Однако отсутствие прямого указания на запрет в Особенной части УК дает повод современным последователям немецкого ученого К. Биндинга утверждать, что УК не запрещает совершение преступлений²⁰. Отметим, что сегодня позиция сторонников запрета в уголовном праве значительно укрепилась, в силу указания на запрещенность в самом тексте УК — ч. 1 ст. 14 УК. Но, к сожалению, законодатель не в полной мере последователен. Указав в ст. 14, что преступление — это запрещенное деяние, он должен был этот самый запрет выразить в иных предписаниях УК. Смысла делать это в Особенной части нет, так как это приведет к лексической избыточности текста закона, его перегрузке. Тем более что запрет в Особенной части УК подразумевается²¹. Поэтому логично, на наш взгляд, было поместить указание на запрет в статью о задачах УК (ст. 2), отметив, что для осуществления стоящих перед ним задач Кодекс не только определяет круг преступлений, но и *запрещает их совершение*.

Таким образом, сегодня в Особенной части УК преступления предусмотрены (обрисованы, описаны), что означает запрет их совершения

Преступление и наказание в истории России: в 2 ч. Ч. II. М.: Юрлитинформ, 2014. С. 103–105).

²⁰ См., например: Новоселов Г.П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. М.: Норма, 2001. С. 176.

²¹ Данный момент хорошо объяснил еще Иеремия Бентам. «Сказать судье, — писал английский мыслитель, — “Вели повесить всякого, кто должным образом по закону будет уличен в воровстве”, — значит, хотя и не прямо, но все-таки столь же понятным образом внушить людям вообще, что они не должны воровать, как сказать им прямо: “Не воруйте”; и легко видеть, насколько вероятнее, что первый способ будет более действителен». Далее Бентам указывает формы, «*которыми может одинаково быть выражено повеление, запрещающее воровство* (курсив наш. — А.И.)». Среди них характерные: “Кто ворует, тот будет наказан так и так”, “Воровство есть то, когда человек делает так и так; наказание за воровство бывает такое и такое” (Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М.: РОССПЭН, 1998. С. 399).

¹² Трайнин А.Н. Избранные труды / сост., вступ. ст. Н.Ф. Кузнецовой. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 30, 32.

¹³ Кудрявцев В.Н. Теоретические основы квалификации преступлений. М.: Госюриздат, 1963. С. 88.

¹⁴ Ковалев М.И. Понятие и признаки преступления и их значение для квалификации. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1977. С. 77.

¹⁵ См.: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении / под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М.: Зерцало, 1999. С. 180.

¹⁶ Уголовное право России. Общая часть: учебник. 2-е изд., испр. и доп. / под ред. В.П. Ревина. М.: Юстицинформ, 2009. С. 154 (автор главы: О.Ф. Шишов).

¹⁷ Уголовное право России: Общая часть / под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. СПб.: Изд. дом СПбГУ, 2006. С. 368 (авторы главы о составе: В.С. Прохоров, Н.И. Мацнев).

¹⁸ См.: Благов Е.В. Применение уголовного права (теория и практика). СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 27.

¹⁹ См.: Курс советского уголовного права. Часть Общая. Т. 1. Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. С. 258 (автор главы о составе: В.С. Прохоров). Справедливости ради отметим, что и А.Н. Трайнин в отдельных местах книги «Учение о составе преступления» (М., 1946) предпринимал попытку вынести общественную опасность за пределы состава преступления, что вызвало немало возражений в советской науке (см. об этом: Наумов А.В.

уголовным законом. Отметим, что выражения «предусмотрено уголовным законом в качестве преступления» и «запрещено уголовным законом» мы употребляем как синонимичные. Поэтому за фразой «запрещается», в сущности, понимается предусмотренность преступления уголовным законом, его описание в этом законе в качестве преступления.

Итак, установление признаков состава преступления означает лишь тот факт, что содеянное запрещено уголовным законом, но еще ничего не говорит об опасности содеянного. Соотнесение деяния с составом и установление в результате соответствия между ними является лишь основанием для предположения об общественной опасности содеянного. Однако это предположение в конкретном случае может быть опровергнуто, что явствует из содержания ч. 2 ст. 14 УК (нормы о малозначительности). Следовательно, для констатации преступления необходимо сначала установить, что содеянное соответствует признакам состава преступления (запрещено законом), а затем — что оно общественно опасно (то есть проверить, не является ли оно малозначительным). В этом смысле представляется верным суждение А.Э. Жалинского о том, что «противоправность описывается с помощью конструкции состава преступления»²².

Особо отметим, что деяние, совершенное при обстоятельствах, исключающих его преступность (гл. 8 УК РФ), так же как, например, добровольный отказ от преступления, свидетельствуют, по нашему мнению, об отсутствии в содеянном признака запрещенности, поскольку в таких деяниях отсутствует состав преступления. Выше отмечалось, что состав включает в себя признаки преступлений, указанные в том числе и в Общей части УК. Обстоятельства, влекущие непреступность деяния, выступают негативным, исключительным признаком состава, ограничивая действие признаков, указанных в диспозиции статьи Особенной части УК.

Малозначительность же (ч. 2 ст. 14 УК) имеет иную природу, нежели обстоятельства, исключающие преступность деяния. Во-первых, это подчеркнул сам законодатель, расположив ее в статье, посвященной определению преступления, а не в гл. 8 УК. Во-вторых, в ч. 2 ст. 14 прямо указывается, что деяние содержит признаки, предусмотренные УК, то есть это деяние запрещено УК. Мыслимо возражение, что закон запрещает лишь преступления. Но с таким возможным возражением трудно согласиться, так как в ч. 1 ст. 14 УК общественная опасность и запрещенность выделены как два самостоятельных признака в понятии преступления. С позиции логики это

означает, что некоторые деяния могут запрещаться, но не обладать общественной опасностью, а потому не являться преступлениями. Первый (если не единственный) претендент на отнесение к кругу запрещенных, но не опасных актов поведения — это, вне всякого сомнения, малозначительное деяние.

Добавим также, что включение малозначительности в состав преступления как негативного признака преступления приведет нас к парадоксальным выводам: например, о том, что большинство составов преступлений сконструировано по типу материальных составов или составов создания опасности. Ведь малозначительность означает отсутствие общественной опасности, а последняя концентрируется, как правило, в признаках существенного вреда либо создания опасности его причинения. Поэтому если деяние не является малозначительным, оно, как правило, либо причиняет вред, либо создает угрозу его причинения. Поэтому через норму о малозначительности, которая якобы входит в состав преступления, мы вынуждены будем отказаться от выделения множества формальных, в том числе усеченных, составов, с чем обоснованно не согласится абсолютное большинство ученых, включая автора этих строк.

Вернемся, однако, к тезису о том, что состав есть воплощение признака запрещенности (уголовной противоправности). Против этого тезиса может быть выдвинут еще один — этимологический — контраргумент. Речь ведь идет о составе *преступления*. Буквально получается, что этот состав может наличествовать лишь в преступлении. Если так, то в состав должны входить и все признаки преступления, в том числе общественная опасность, названная в ч. 1 ст. 14 УК. Но, представляется, что этимология термина «состав преступления» не должна запутывать сути дела. Термин «состав преступления», как и многие другие, условен. Мы помним, что в момент своего появления он выступал процессуальной категорией, затем стал обозначать признаки преступления (по существу, слившись воедино с понятием преступления)²³, но с тех пор его смысл претерпел дальнейшую эволюцию. Сегодня имеются основания утверждать, что под составом преступления должен пониматься набор признаков, соответствие которым содеянного свидетельствует о его предусмотренности уголовным законом, но не обязательно об опасности содеянного.

Основное функциональное назначение состава преступления — это обоснование уголовной ответственности, в частности применение состава преступления как базового инструмента в процессе квалификации деяния. В юриспруденции трудно переоценить значение формы. Состав пре-

²² Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2009. С. 349.

²³ См.: Кругликов Л.Л. Указ. соч. С. 122–123.

ступления как раз и выступает той формой (системой признаков преступления — его нормативной моделью, законодательной конструкцией и т.п.), с которой удобно и легко работать правоприменителю (впрочем, ученому и законодателю тоже). Но за формой (составом) скрывается содержание, выяснение которого хотя и вторично для признания деяния преступлением, но также обязательно.

Таким образом, состав преступления соответствует уголовной противоправности как признаку преступления. В этом и состоит, по нашему мнению, главный разграничительный признак понятия преступления и понятия состава преступления — нахождение за рамками последнего признака общественной опасности и его «привязка» к предусмотренности уголовным законом (запрещенности).

Нельзя при этом не заметить, что в состав преступления включаются те же самые признаки, что образуют и противоправность этого преступления (то есть они описаны в Общей и Особенной частях УК). Данный факт, казалось бы, должен говорить о тождестве состава преступления и понятия запрещенности этого преступления. Но, как уже отмечалось, это не так. Несмотря на идентичный набор признаков, между ними есть разница. В содержании понятия, как известно из логики, признаки не структурированы. Следовательно, понятие запрещенности и состав преступления соотносятся как совокупность существенных признаков преступления и структура этих самых признаков. В этой части, повторимся, мы разделяем мнение В.Н. Кудрявцева, писавшего, что «в составе преступления признаки перечислены в некоторой жесткой последовательности, они сгруппированы, привязаны к определенным элементам состава преступления, а для понятия преступления это отнюдь не характерно»²⁴. Но после изложенного выше ясно, что это, по нашему убеждению, дополнительный, а не главный критерий разграничения преступления и его состава.

Итак, понятие состава преступления обозначает иную реальность (иной предмет), нежели понятие этого преступления. Состав преступления воплощает набор признаков, характеризующих деяние как запрещенное, предусмотренное законом в качестве определенного преступления. И обнаружение соответствия между признаками состава и признаками конкретного деяния позволяет лишь утверждать, например, применительно к квалифицированной групповой краже: «Да, это деяние *предусмотрено* уголовным законом — пунктом «а» ч. 2 ст. 158 УК». Утверждается только, что деяние *подпадает* под ч. 2 ст. 158 УК (п. «а»), и не более. Для признания этой кражи преступлением необходимо выявить ее общественную опасность (после обнаружения

состава она презюмируется, но при возникновении сомнений в ее наличии — устанавливается). И когда это будет сделано, только тогда будет правомерен вывод о том, что содеянное является *преступлением*, а не просто деянием, запрещенным уголовным законом.

Сделанный вывод — о нахождении общественной опасности за рамками состава преступления — приводит к выводу о несовершенстве ст. 8 УК. В сегодняшней редакции данная статья основанием уголовной ответственности признает совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного УК. Но после изложенного ясно, что точнее основанием уголовной ответственности считать совершение не просто деяния, содержащего состав, а совершение *общественно опасного* деяния. К аналогичному выводу пришел и А.И. Плотников: «Общественная опасность выражает сущность преступления, а последняя не является элементом преступления и состава, а скрыта во взаимосвязях его отдельных сторон. В существующей редакции ст. 8 УК РФ акцент сделан на формальных основаниях ответственности, что противоречит ч. 2 ст. 14 УК РФ»²⁵.

Кроме того, выскажем еще одну претензию к ст. 8 УК: в ней говорится, что деяние должно содержать *все* признаки состава преступления. Такое законодательное решение нельзя признать верным, поскольку не все признаки состава преступления необходимы для привлечения лица к ответственности за преступление с этим составом. Многие из этих признаков являются не обязательными, а факультативными (в том числе альтернативными). Например, основной состав незаконного использования товарного знака (ч. 1 ст. 180 УК) включает такие альтернативные признаки, как «неоднократность действий» и «крупный ущерб». Оба этих признака входят в указанный состав, но для наличия состава требуется установить один из них. Следовательно, не все признаки состава преступления обосновывают уголовную ответственность. Важно установить, что деяние соответствует составу преступления, а этот вывод будет правомерен при установлении в содеянном всех обязательных признаков и, например, одного из альтернативных.

Отсюда небесспорным представляется следующая, ставшая фактически догмой (особенно в учебной литературе) тезис: «Классификация признаков на обязательные или факультативные осуществляется только в связи с общим учением о составе преступления, в аспекте же квалификации по конкретной норме Особенной части уголовного права все признаки, указанные в диспозиции статей, являются обязательными»²⁶.

²⁴ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. С. 59.

²⁵ Плотников А.И. Объективное и субъективное в преступлении: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. С. 9.

²⁶ Уголовное право России. Общая часть / под ред. В.П. Ревина. С. 147.

Наконец, еще одно принципиальное замечание к редакции ст. 8 УК. Вслед за законодателем мы говорим «состав содержится в деянии» (ст. 8 УК), то есть в содеянном. Но ведь это явная неточность, поскольку состав преступления содержится в уголовном законе, ибо предусмотрен им. Поэтому, в действительности, признаки конкретного преступления лишь *соответствуют* признакам состава преступления. Например, признак кражи в особо крупном размере (ч. 4 ст. 158 УК) имеет широту выраженности от 1 млн руб. до бесконечности. Конкретная же кража в особо крупном размере (совершенная Ивановым, Петровым и т.д.) по этому признаку также всегда конкретна — 1 млн 357 тыс. руб. 20 коп., 2 млн 452 тыс. руб. и т.д. Ясно, что в этой конкретной краже не может содержаться признак состава «от 1 млн руб. и выше» — *признак состава шире признака конкретного преступления*. Признак конкретного преступления соотносится с признаком состава как единичный предмет с классом предметов. Последний как более общий всегда шире по содержанию. Поэтому точнее говорить о *соответствии признака конкретного преступления (содеянного) признаку состава, составу преступления*.

Фактически мы становимся на позицию В.Н. Кудрявцева относительно задачи, решаемой в ходе квалификации преступления, — это «установление и юридическое закрепление точного *соответствия* (курсив наш. — А.И.) между признаками совершенного деяния и признаками состава преступления, предусмотренного уголовно-правовой нормой»²⁷. К такому же обоснованному, на наш взгляд, выводу о том, что речь (в понятии квалификации, ст. 8 УК и т.д.) должна идти о *соответствии* признаков конкретного общественно опасного деяния «их описанию в УК» пришел и И.Я. Гонтарь²⁸. Правда, разработчиками учения о квалификации предлагаются и иные варианты решения данного вопроса. Так, Е.В. Благов не согласен с формулой «соответствие деяния составу» и результатом квалификации считает решение «о предусмотренности (или непредусмотренности) выявленного деяния составу определенного преступления»²⁹. «Признаки состава преступления, — отмечает он в другой работе, — могут исключительно пред-

усматривать (отражать, определять, описывать) соответствующее деяние»³⁰. И все-таки вариант В.Н. Кудрявцева представляется более удачным. Конкретное преступление предусмотрено не составом, а уголовным законом, этот состав со всеми его признаками описываемым. К тому же автор приведенной позиции сам неоднократно использует формулировку «деяние соответствует составу преступления»³¹, фактически признавая ее право на существование.

Суммируя изложенное выше, мы приходим к выводу о том, что статью нового УК РФ об уголовной ответственности или же ст. 8 действующего УК РФ (в процессе его масштабного реформирования) необходимо изложить в следующей редакции: «*Основанием уголовной ответственности является совершение общественно опасного деяния, признаки которого соответствуют составу преступления, предусмотренному настоящим Кодексом*». Данное видоизменение ст. 8 УК предполагает соответствующую модификацию ряда иных предписаний Кодекса, в которых упоминается состав преступления (ч. 3 ст. 31 и др.), например ч. 1 ст. 29 УК: «*Преступление признается оконченным, если признаки совершенного лицом деяния соответствуют составу преступления*».

Кстати, иногда ст. 8 УК критикуют по другой причине — якобы она не дает ответа на вопрос, что же выступает основанием ответственности соучастников преступления (кроме исполнителя) и основанием ответственности за неоконченное преступление. Авторы критики полагают, что все признаки состава преступления имеются лишь в оконченном деянии, совершенном исполнителем. «Масла в огонь подливает» и сам законодатель, определяя оконченное преступление как деяние, содержащее все признаки состава преступления (ч. 1 ст. 29 УК). Однако, на наш взгляд, и неоконченное преступление, и соучастие в преступлении соответствуют составу (а значит, и его признакам). Только в этих случаях признаки состава по законодательно-техническим соображениям закрепляются, среди прочего, в ст. 30, 33 УК РФ. Поэтому упомянутая критика как минимум небесспорна.

В плане квалификации и уголовного процесса следует еще раз подчеркнуть, что установление соответствия между содеянным и составом преступления является основанием для презюмирования общественной опасности содеянного. Бремя доказывания общественной опасности деяния, которое предусмотрено УК, лежит, естественно, на стороне обвинения. Но нами не случайно упомянут *прием презюмирования*. Презюпции позволяют правильно распределить бремя доказывания. Если содеян-

²⁷ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. С. 5. Позиция В.Н. Кудрявцева разделяется многими криминалистами. О.Ф. Шишов, например, пишет, что для привлечения лица к уголовной ответственности «необходимо, чтобы признаки деяния находились в точном соответствии с описанными в статьях Особенной и Общей частей уголовного законодательства признаками конкретных преступлений» (см.: Уголовное право России. Общая часть / под ред. В.П. Ревина. С. 154).

²⁸ См.: Гонтарь И.Я. Преступление и состав преступления как явления и понятия в уголовном праве (логико-методологические аспекты): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 1997. С. 8.

²⁹ Благов Е.В. Применение уголовного права (теория и практика). С. 98.

³⁰ Он же. Актуальные проблемы уголовного права (Общая часть): учеб. пособие. Ярославль: Изд-во ЯрГУ, 2008. С. 31.

³¹ Он же. Применение уголовного права (теория и практика). С. 146 и др.

ное соответствует признакам состава преступления, то, не снимая с себя бремени доказывания, сторона обвинения имеет право, на наш взгляд, предположить ее наличие (так же как, например, вменяемость обвиняемого). Лишь появление в конкретном уголовном деле доказательств возможного отсутствия общественной опасности либо сомнений в ее наличии (отсутствие вредных последствий, «благие намерения» субъекта и т.д.) должно служить достаточным основанием для полноценной работы органа предварительного расследования, прокурора или суда над проверкой ее наличия.

Со сказанным тесно взаимосвязан другой правоприменительный вопрос: о составе преступления и его понимании в уголовно-процессуальном праве, а также практике его применения. В силу п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ уголовное дело не может быть возбуждено, а возбужденное уголовное дело подлежит прекращению по следующему основанию: отсутствие в деянии состава преступления. В силу ст. 302 УПК при отсутствии в деянии подсудимого состава преступления постановляется оправдательный приговор.

Требование законодательной техники о том, что один термин должен иметь одинаковое значение во всем законодательстве, к сожалению, трудновыполнимо. Однако в комплексе смежных отраслей желательно все-таки обеспечивать жесткое соблюдение данного правила. Уголовное право и уголовно-процессуальное право, наряду с уголовно-исполнительным, образуют блок правовых отраслей «криминального» цикла. В этой связи термин «состав преступления» в данном законодательном массиве должен иметь одно значение.

Именно по этой причине свою позицию относительно ст. 8 УК, которая является следствием нашей трактовки состава преступления и изложена выше, мы считаем важным и необходимым экстраполировать на УПК РФ. Судя по сложившейся практике применения п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ, состав преступления не усматривается в малозначительных деяниях, описанных в ч. 2 ст. 14 УК. Согласно развиваемому нами взгляду, такие деяния соответствуют составу преступления, то есть описаны в уголовном законе в качестве преступлений, запрещены. Следовательно, в таких ситуациях, на наш взгляд, следует отказывать в возбуждении уголовного дела либо прекращать дело (преследование) по иному основанию, нежели «отсутствие состава преступления». По этой причине нам представляется разумным введение в ст. 24 УПК РФ дополнительного основания прекращения дел и отказа в их возбуждении — «малозначительность деяния» (отсутствие в деянии общественной опасности).

Отдельно заметим, что такой шаг при условии введения статистического учета по этому основанию позволит определить реальную распространенность в практике неопасных, хотя формально

и предусмотренных УК деяний. Сегодня не известна частота применения ч. 2 ст. 14 УК, а ведь это злободневная проблема. Органы предварительного расследования боятся брать на себя ответственность и оценивать содеянное как малозначительное деяние ввиду оценочного характера последнего понятия. Усмотрев все признаки состава, указанные в уголовном законе, они направляют дело прокурору. После этого редкий прокурор, а затем и судья решаются применить ч. 2 ст. 14 УК, поскольку принятие такого решения означает, что преследование лица (действия и решения следователя, прокурора и т.д.) было незаконным. В итоге лиц, деяния которых не представляют общественной опасности, осуждают. Случаи применения нормы о малозначительном деянии единичны в каждом регионе России, что хорошо известно каждому практикующему юристу. Введение статистического учета наглядно бы подтвердило этот факт и, возможно, послужило бы толчком к изменению сложившейся ситуации, когда решающее значение придается лишь одному «формальному» признаку преступления.

Кроме того, последовательно развивая наш взгляд на состав преступления, считаем необходимым уточнение п. 2 ч. 1 ст. 24 и ст. 302 УПК. Основанием отказа в возбуждении дела, прекращения возбужденного и вынесения оправдательного приговора должно быть признано несоответствие признаков совершенного деяния составу преступления.

После изложенного ясно, каким нам видится соотношение понятий состава преступления и малозначительности. В большинстве источников данный вопрос рассматривается исходя из традиционного представления о соотношении преступления и его состава: считается, что в силу отсутствия общественной опасности малозначительное деяние не содержит состава преступления³². Думается, что это неверное представление. Малозначительное деяние соответствует составу преступления, такое деяние запрещено уголовным законом. Норма о малозначительности сформулирована в ч. 2 ст. 14 УК: «не является преступлением действие (бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности». Нетрудно увидеть, что эта норма углубляет дефиницию преступления, рельефно отображая самостоятельное значение общественной опасности для признания деяния преступным. По этой причине неприемлемой представляется попытка обосновать отказ от малозначительности в уголовном праве³³. *Законодатель, конструируя состав пре-*

³² См., например: Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть: курс лекций. М.: Юрид. лит., 1996. С. 122.

³³ См., например: Козлов А.П. Понятие преступления. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 766–771.

ступления, в силу объективных факторов (не говоря уже о субъективных) порой не в состоянии учесть все многообразие жизненных ситуаций и успеть за изменением политической, социальной и экономической ситуации в стране. Поэтому в практике возникали, возникают и будут возникать ситуации, когда констатация соответствия между содеянным и составом преступления, описанным в уголовном законе, будет недостаточна для оценки деяния как преступного ввиду отсутствия в нем общественной опасности.

Итак, в ч. 2 ст. 14 законодатель оперирует всеми теми же категориями — общественной опасностью и противоправностью. Первую он отрицает в малозначительном деянии, вторую — усматривает (хотя и в виде предусмотренности уголовным законом). Поскольку со второй связано наличие состава преступления, постольку, на наш взгляд, *малозначительное деяние* (в строгом значении этого термина, определенном в ч. 2 ст. 14 УК) *соответствует составу преступления*.

Выше отмечалось, что общественная опасность лежит за рамками состава преступления. Поэтому, установив, что содеянное отвечает признакам состава, названным в законе, правоприменитель должен проверить содеянное на предмет наличия в нем общественной опасности (на предмет отсутствия в нем признаков малозначительности — ч. 2 ст. 14 УК). Это всегда вопрос факта. Если состав преступления — это, условно говоря, «вопрос закона», то общественная опасность — «вопрос факта». «Наличие малозначительности или, наоборот, опасности определяется конкретными обстоятельствами совершения деяния»³⁴. Важно подчеркнуть, что обязательным условием применения ч. 2 ст. 14 УК является установление признаков состава преступления. К сожалению, в практике (весьма скромной) применения нормы о малозначительности наблюдаются ошибки, вызванные игнорированием отмеченного условия. Печально, что такого рода ошибки присущи и практике высшей судебной инстанции страны.

Так, Определением Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 30.01.2006 № 20-д05-15 было прекращено производство по делу о самоуправстве, а приговор нижестоящего суда в отношении Г., осужденной по ч. 1 ст. 330 УК РФ, отменен, поскольку «действия осужденной Г. в силу малозначительности не представляют общественной опасности, так как ими не причинен существенный вред потерпевшей»³⁵. Уязвимость данного судебного

акта очевидна. Отсутствие существенного вреда означает отсутствие состава преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 330 УК, поскольку последствие в виде существенного вреда является его признаком. «Если же конкретное деяние даже формально не соответствует указанным признакам (признакам преступления. — А.И.), вопрос о применении правила ч. 2 ст. 14 УК не возникает, ибо такое деяние, какой бы опасностью оно ни обладало, вообще не может быть отнесено к числу преступлений», — правильно отмечал Э.С. Тенчов³⁶. Следовательно, в рассмотренном случае нет оснований для утверждения о малозначительности содеянного и об отсутствии общественной опасности. Если содеянное не запрещено уголовным законом, то есть не нарушается соответствия между ним и составом преступления, то вопрос об общественной опасности не должен возникать. По крайней мере, у правоприменителя (законодатель, разумеется, вправе криминализировать такое деяние). Нет запрещенности, то есть состава преступления, значит, нет и преступления.

С учетом изложенного критически, на наш взгляд, следует оценивать и порой встречающиеся в доктрине рекомендации подобного, например, плана: «В том случае, если размер наркотического средства или психотропного вещества или их аналогов не будет достигать установленного законом, деяние в силу малозначительности нельзя признавать преступным»³⁷. Ясно, что в таких случаях, когда содеянное не соответствует составу преступления, оно будет не преступным именно по этой причине, а не из-за малозначительности.

Обратим внимание еще на два недостатка ч. 2 ст. 14 УК. Во-первых, малозначительное деяние предусмотрено УК *не формально*. Предусмотренность — это и есть «формальный» признак. В этой связи, а также в целях обеспечения системного единства ч. 1 и ч. 2 ст. 14 УК, логично было бы, как представляется, прямо указать, что малозначительное деяние хотя и *запрещается* законом, но *непреступно* ввиду отсутствия общественной опасности. Во-вторых, неточно выражение «действие (бездействие)». Оценке подлежит не только действие (бездействие) лица как признак объективной стороны, но деяние в широком смысле слова, в каком оно употреблено в определении преступления (то есть и его последствия, и способ и т.д.). Кстати, на практике из-за указания в ч. 2 ст. 14 УК на действие (бездействие) отказываются усматривать малозначительность в деяниях,

³⁴ Комментарий к Уголовному кодексу РФ (постатейный), испр., доп. и перераб. / под ред. А.И. Чучаева. М.: Инфра-М: Контракт, 2011. С. 45.

³⁵ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 30.01.2006 № 20-д05-15 // СПС «КонсультантПлюс» (документ не опубликован).

³⁶ Уголовное право России. Часть общая: учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. Л.Л. Кругликова. М.: БЕК, 2005. С. 117 (автор главы о понятии преступления: Э.С. Тенчов).

³⁷ Комментарий к Уголовному кодексу РФ (постатейный), 13-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. В.М. Лебедев. М.: Юрайт, 2013. С. 537.

повлекших определенные последствия и содержащих материальный состав преступления. Однако еще А.А. Пионтковский справедливо отмечал, что «возможны случаи, когда совершенное действие вызывает те или иные вредные последствия, но они не могут быть признаны с точки зрения уголовного права общественно опасными»³⁸. Вместе с тем, хотя буквальное толкование ч. 2 т. 14 и противоречит духу уголовного закона, изменить данный подход может лишь модификация этой нормы. Возможный для обсуждения вариант ч. 2 ст. 14 УК: «*Не является преступлением деяние, хотя и запрещенное настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности*».

Разработав проект новой дефиниции малозначительности, мы считаем необходимым затронуть внимание на еще одном принципиальном вопросе, сознательно не затронутом до сих пор, но крайне важном в плане реформирования УК РФ. Выше мы доказывали, что соответствие содеянного составу еще не является достаточным для вывода об общественной опасности содеянного, поскольку последнее может являться малозначительным. И этот подход имеет основания в ч. 2 ст. 14 УК РФ. Но как быть с квалифицированными и привилегированными составами, если соответствующий признак окажется малозначительным?

Интересен в этой связи германский опыт конструирования квалифицированных составов с использованием технического приема «*regelbeispiele*» (примерного правила), суть которого заключается в следующем: в диспозиции перечисляются квалифицирующие признаки, но особо оговаривается, что они учитываются «как правило». Так, квалифицированный состав отмывания денег (§ 261 УК ФРГ) охватывает, «как правило», два квалифицирующих признака: 1) если лицо (легализатор) действует в виде промысла и 2) если лицо действует в качестве члена банды, которая организовалась для постоянного отмывания денег. Квалифицирующими признаками ростовщичества в § 291 УК ФРГ являются, «как правило», доведение потерпевшего до экономически бедственного положения, совершение преступления в виде промысла, получение путем обмана имущественной выгоды. По словам А.Э. Жалинского, данный прием означает, что суд может выйти за рамки примерного перечня, то есть признать квалифицирующими и иные признаки, но может и не учитывать названные в законе обстоятельства в качестве усиливающих наказание³⁹. И.А. Клепицкий указывает, что суд может не признать особо тяжкими случаями

обстоятельства, прямо указанные в законе, если они, например, «уравновешиваются смягчающими обстоятельствами»⁴⁰. Неучет квалифицирующего обстоятельства может быть вызван и его малозначительностью. Так, для банкротства, по общему правилу, характерен корыстный мотив. Но немецкий законодатель признал его усиливающим наказанием обстоятельством (§ 283а УК ФРГ). Поэтому многие обычные случаи корысти преступника при банкротстве не должны, как представляется, признаваться квалифицирующим признаком. Лишь особые случаи корысти (алчности) следует оценивать по § 283а УК ФРГ. В отличие от приема «*regelbeispiele*», отечественный правоприменитель, как мы знаем, *обязан* учитывать при квалификации конкретно названный в законе квалифицирующий признак (в приведенном примере — тяжкие последствия).

Вместе с тем в конкретном деле квалифицирующий признак может наличествовать лишь формально или быть столь незначительным, что справедливо было бы не учитывать его при оценке содеянного. *Каким бы совершенным не был уголовный закон, сколь адекватно не отражал бы он социальные реалии, в жизни всегда были, есть и будут возникать исключительные ситуации, требующие гибкости этого самого закона.* Этим как раз и вызвано появление нормы, закрепленной ныне в ч. 2 ст. 14 УК. Норма о малозначительности фактически закрепляет возможность опровержения презумпции общественной опасности деяния, которое запрещено уголовным законом, то есть содержащего все необходимые признаки состава преступления. *Возникает резонный вопрос: почему может быть опровергнута презумпция опасности деяния в целом, но не может быть опровергнута презумпция опасности одного из его признаков?* Иными словами, если законодатель признает существование деяний, формально содержащих все признаки преступления, то логично признать и возможность совершения деяний с квалифицирующим (и даже привилегированным) признаком, присутствующим в деле номинально, а не по существу.

В отечественной доктрине В.Д. Филимонов одним из первых обратил внимание на то, что в конкретном уголовном деле один из признаков состава может существовать формально, в связи с чем предложил установить в УК положение, подобное закрепленному сегодня в ч. 2 ст. 14 УК РФ. Эта норма, на его взгляд, предоставляла бы суду право не придавать соответствующим признакам юридической силы, то есть не учитывать их при квалификации посягательств⁴¹. Однако пред-

³⁸ Пионтковский А.А. Курс советского уголовного права: в VI т. Т. II: Преступление. М.: Наука, 1970. С. 31.

³⁹ См.: Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: ТК Велби: Проспект, 2004. С. 90.

⁴⁰ Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. М.: Статут, 2005. С. 245.

⁴¹ См.: Филимонов В.Д. Криминологические основы уголовного права. Томск: Изд-во Томск.ун-та, 1981. С. 89–91.

ложение В.Д. Филимонова было подвергнуто критике. По этому поводу применительно к усиливающим наказанию признакам отмечалось, в частности, следующее: «Следует идти не по пути расширения судебного усмотрения в вопросах квалификации преступлений (а именно к этому вело бы внедрение предлагаемой автором новации в практику), а по пути уточнения самим законодателем границ признака состава преступления таким образом, чтобы квалифицирующим признаком во всех случаях выступало лишь такое обстоятельство, которое всегда свидетельствует о резком изменении уровня общественной опасности деяний того или иного вида»⁴².

Идея, бесспорно, заманчивая: так сформулировать квалифицирующие признаки, чтобы они во всех без исключения случаях отражали резко повышенную опасность содеянного. Но, к сожалению, полностью реализовать эту идею невозможно, так же как нельзя полностью гарантировать, что деяние, формально отвечающее всем признакам уголовно-правового запрета, во всех случаях будет являться общественно опасным. Примеров неучета в уголовном законе исключительных ситуаций немало. Например, в силу п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2002 № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое»: если присутствующее при незаконном изъятии чужого имущества лицо является близким родственником виновного, который рассчитывает в связи с этим на то, что в ходе изъятия имущества он не встретит противодействия со стороны указанного лица, содеянное следует квалифицировать как кражу чужого имущества. И данное разъяснение представляется вполне логичным и обоснованным (правильно и то, что практика распространяет его на случаи открытого хищения не только на глазах родственников, но и иных близких лиц). Но если оценивать указанный случай строго по закону, то налицо открытое хищение чужого имущества. Дело лишь в том, что признак открытости в данном случае номинален, формален.

Точно такая же ситуация может сложиться и с любым квалифицирующим или привилегирующим признаком. Например, в ч. 1 ст. 193¹ УК РФ совершение валютных операций по переводу денег на счета нерезидентов отнесено к преступлениям небольшой тяжести, квалифицированная его разновидность — к преступлениям средней тяжести (в крупном размере, в составе группы лиц по предварительному сговору и т.д.). Так, в конкретном случае может быть установлено, что лицом в законном порядке совершены операции на сумму свыше 5 млрд руб., но одновременно проведена аналогичная операция

на сумму, превышающую 6 млн руб. (то есть в крупном размере). Формально налицо признаки ч. 2 ст. 193¹ УК. По существу же, можно ставить вопрос об оценке подобной ситуации как исключительной и применении ч. 1 ст. 193¹ УК (с учетом всех иных обстоятельств дела), поскольку масштаб законных операций почти в 1000 раз превышает размер незаконной валютной операции. Не случайно ведь примечания к ст. 198 и ст. 199 УК допускают при определении величины неуплаты сравнение размера недоимки с размером всех платежей, подлежащих уплате.

Практика расследования и судебного рассмотрения дел о налоговых преступлениях знает случаи, когда формально уклонение от уплаты налогов совершено директором и главным бухгалтером, то есть группой лиц по предварительному сговору, а фактически лишь первым из названных лиц, воле которого полностью был подчинен зависимый от него бухгалтер. Сегодня такие случаи оцениваются п. «а» ч. 2 ст. 199 УК по признаку группы лиц по предварительному сговору (как тяжкое преступление). Единоличное же уклонение наказуемо по ч. 1 ст. 199 УК при условии отсутствия особо крупного размера недоимки (и относится к категории преступлений небольшой тяжести).

Примеры такого рода заставляют задуматься над идеей внедрения в УК правила, позволяющего не придавать значения при квалификации квалифицирующему обстоятельству дела. Немецкий вариант решения анализируемой проблемы (прием «*regelbeispiele*») вряд ли может быть признан удачным с позиции принципа законности, диктующего требование формальной определенности права. Во-первых, в УК ФРГ не оговорены условия, при которых следствие и суд имеют право не принимать во внимание квалифицирующий признак. Представляется, что фактическая предпосылка неучета признака должна быть определена в законе. Во-вторых, немецкий прием позволяет учитывать в качестве квалифицирующих любые обстоятельства, не названные в законе. Думается, что норма с такими пределами усмотрения («объемом свободы») без достаточных оснований превращает судью в творца права.

Однако, как уже отмечалось, подход российского законодателя грешит другой крайностью — формализмом в оценке дифференцирующих признаков. УК РФ обязывает учитывать при квалификации наличие любого квалифицирующего или привилегирующего признака, не исключая ситуаций, когда он наличествует в деле формально. Возникает вопрос о поиске «золотой середины», в качестве которой может быть рассмотрено упомянутое выше предложение В.Д. Филимонова. Важность же введения в УК РФ такой нормы трудно переоценить. Например, констатировав

⁴² Кругликов Л.Л., Спиридонова О.Е. Юридические конструкции и символы в уголовном праве. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2005. С. 103.

номинальный характер признака группы лиц по предварительному сговору, правоприменитель получает основания для перехода в квалификации с ч. 2 (3, 4) на ч. 1 статьи УК (199 и т.д.). Предвидим возражение, что современный УК РФ и так предоставляет суду значительные возможности по гуманизации положения преступника: применение условного осуждения, назначение наказания ниже низшего предела и т.д. Но все эти варианты касаются определения последствий совершения преступления, а не касаются его качественной оценки. Если квалифицирующий признак присутствует в деле номинально, то этот факт должен находить отражение в оценке содеянного, тем более что от этой оценки зависят многие уголовно-правовые последствия.

Подчеркнем особо, что наши рассуждения в полной мере относятся и к привилегирующим признакам, которые также могут в конкретном деле оказаться формальными. Как известно, привилегирующие признаки имеют родственную природу со смягчающими наказание обстоятельствами. И здесь резонно упомянуть о п. 8 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11.01.2007 № 2 «О практике назначения Судами РФ уголовного наказания»: «Наличие малолетних детей у виновного не может расцениваться как смягчающее наказание обстоятельство (пункт “г” части первой статьи 61 УК РФ), если осужденный совершил преступление в отношении своего ребенка, а также в отношении усыновленного (удочеренного) или находящегося на иждивении осужденного либо под его опе-

кой ребенка либо лишен родительских прав». Отмечая явную справедливость приведенного разъяснения, отметим, что ст. 61 УК не делает никаких оговорок на этот счет. Перед нами как раз тот случай, когда признак, названный в законе (смягчающее обстоятельство), содержится в деле формально, а по существу его нет, ибо нет оснований для проявления гуманизма к преступнику.

И хотя в УК сегодня лишь единицы привилегирующих признаков, ситуации их формального наличия в деле весьма реальны. Так, при определенных обстоятельствах возможна малозначительность признака, предусмотренного ст. 106 УК РФ, что должно влечь оценку содеянного по ст. 105 УК. Вполне реальна и малозначительность привилегирующего признака в ст. 159⁴ УК, когда имеет место встречающееся в следственно-судебной практике номинальное (фиктивное) предпринимательство, на фоне которого совершается общеуголовное мошенничество (ст. 159 УК).

На основании вышеизложенного считаем целесообразным введение либо в новый УК РФ, либо в действующий УК РФ в рамках его реформы (в ч. 3 ст. 14) следующей нормы: *«Если действие (бездействие) лица лишь формально соответствует признаку, который в Особенной части настоящего Кодекса влечет повышенную (квалифицирующий признак) или пониженную (привилегирующий признак) уголовную ответственность, последняя наступает без учета данного признака»*.

Библиография:

1. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. — М.: РОССПЭН, 1998. — 415 с.
2. Благов Е.В. Актуальные проблемы уголовного права (Общая часть): учеб. пособие. — Ярославль: Изд-во ЯрГУ, 2008. — 303 с.
3. Благов Е.В. Применение уголовного права (теория и практика). — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 505 с.
4. Ворошилин Е.В. Еще раз к вопросу о соотношении состава преступления и преступления // Уголовное право: стратегия развития в XXI в.: материалы 5-й Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 24–25 января 2008 г.) — М.: Проспект, 2008. — С. 157–159.
5. Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. — М.: ТК Велби: Проспект, 2004. — 560 с.
6. Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Проспект, 2009. — 400 с.
7. Карпушин М.П., Курляндский В.И. Уголовная ответственность и состав преступления. — М.: Юрид. лит., 1974. — 232 с.
8. Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. — М.: Статут, 2005. — 572 с.
9. Ковалев М.И. Понятие и признаки преступления и их значение для квалификации. — Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1977. — 80 с.
10. Козлов А.П. Понятие преступления. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 819 с.
11. Комментарий к Уголовному кодексу РФ (постатейный). 2-е изд., испр., доп. и перераб. / под ред. А.И. Чучаева. — М.: Инфра-М: Контракт, 2011. — 1032 с.
12. Комментарий к Уголовному кодексу РФ (постатейный). — 13-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. В.М. Лебедев. — М.: Юрайт, 2013. — 1069 с.
13. Коняхин В.П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права / предисл. А.В. Наумова. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. — 348 с.
14. Кругликов Л.Л. Этапы становления учения о составе преступления // Уголовное право: стратегия развития в XXI в.: материалы 5-й Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 24–25 января 2008 г.) — М.: Проспект, 2008. — С. 122–127.
15. Кругликов Л.Л., Спиридонова О.Е. Юридические конструкции и символы в уголовном праве. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2005. — 332 с.
16. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2001. — 304 с.

17. Кудрявцев В.Н. Теоретические основы квалификации преступлений. — М.: Госюриздат, 1963. — 324 с.
18. Курс советского уголовного права. Часть Общая. — Т. 1. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. — 647 с.
19. Наумов А.В. Преступление и наказание в истории России: в 2 ч. — Ч. II. — М.: Юрлитинформ, 2014. — 656 с.
20. Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении / под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. — М.: Зерцало, 1999. — 624 с.
21. Лопашенко Н.А. Соотношение преступления и состава преступления // Уголовное право: стратегия развития в XXI в.: материалы 4-й Междунар. науч.-практ. конф. — М.: Проспект, 2007. — С. 128–134.
22. Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть: курс лекций. — М.: Юрид. лит., 1996. — 496 с.
23. Новоселов Г.П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. — М.: Норма, 2001. — 208 с.
24. Пионтковский А.А. Курс советского уголовного права: в VI т. — Т. II: Преступление. — М.: Наука, 1970. — 516 с.
25. Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. А.И. Коробеева. — Т. I: Преступление и наказание. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2008. — 1136 с.
26. Пудовочкин Ю.Е. Учение о составе преступления: учеб. пособие. — М.: Юрлитинформ, 2009. — 224 с.
27. Российское уголовное право: в 2 т. Т. 1: Общая часть / под ред. А.И. Рарога. — М.: Эксмо, 2004. — 496 с.
28. Трайнин А.Н. Избранные труды / сост., вступ. ст. Н.Ф. Кузнецовой. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 898 с.
29. Уголовное право России: Общая часть / под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. — СПб.: Изд. дом СПбГУ, 2006. — 1064 с.
30. Уголовное право. Общая часть: учебник / отв. ред. И.Я. Козаченко. — М.: Норма, 2008. — 720 с.
31. Учение о составе преступления в уголовном праве России и Китая: сравнительно-правовое исследование / под ред. В.С. Комисарова, А.И. Коробеева, Хе Бинсуна. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2009. — 555 с.
32. Филимонов В.Д. Криминологические основы уголовного права. — Томск: Изд-во Томск.ун-та, 1981. — 214 с.

Материал поступил в редакцию 29 июля 2014 г.

THEORETICAL MODEL OF THE PRESCRIPTIONS OF THE CRIMINAL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION ON THE GROUNDS FOR CRIMINAL RESPONSIBILITY AND VIOLATIONS OF LOW SIGNIFICANCE

Ivanchin, Artem Vladimirovich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Law and Criminology of the Yaroslavl State University named after P.G. Demidov.

[ivanchin@uniyar.ac.ru]

150000, Russia, Yaroslavl, prt. Lenina, 33.

Review. *In this article based upon the cognition of the nature of the elements of crime the author substantiates the position on the need to clarify the provisions of Art. 8 of the Criminal Code of the Russian Federation as well as the provisions on the violations of low significance in criminal law. The author notes that the elements of crime only exist in criminal law, not in everyday life. In everyday life all crimes causes consequences, are characterized with certain territorial and temporal limits, however, the legislator leaves these outside the scope of elements of crime, providing for the definition of crime in criminal law. As a result, establishing the elements of crime means that the act is prohibited by criminal law, but it provides nothing on public danger of the act. The correlation between the act and the elements of crime merely serves as grounds for presupposing its public danger. However, this presupposing may be disproved in a specific case, which is provided for in part 2 of the Art. 14 of the Criminal Code of Russia (norms on violations of low significance). Taking it into consideration, the author proposes to modify the norm on the grounds for criminal responsibility (Art. 8 of the Criminal Code of the Russia) by stating that it is a publicly dangerous act, elements of which correspond to the elements of a crime provided for by the said Code. This change presupposes the modification of some other provisions of the Code, mentioning the elements of crime, such as Art. 29 of the Criminal Code, providing that «A crime is completed, when the characteristics of the act by a person correspond to the elements of a crime». Based upon the above-mentioned position, the author considers it necessary to change the norm of violations of low significance in the course of future codification (or a reform of current criminal law)(Art. 14 p. 2 of the Criminal Code of the Russian Federation) providing that «The act, which is prohibited by this Code, but posing no public danger due to low significance, is not a crime». Finally, the article substantiates the need to provide the following norm in the Criminal Code of the Russian Federation: «If an act (failure to act) of a person just formally falls within the scope of an element, which in the Special Part of the Code provides for graver criminal responsibility (qualifying element) or lower criminal responsibility (privileged element), the said element is not taken into consideration, when establishing responsibility. In the current version of the Code, this norm should be provided for in part 3 of the Art. 14.*

Keywords: *elements of a crime, crime, grounds for criminal responsibility, low significance, Criminal Code of the Russian Federation, qualifying and privileged elements, improvement of criminal law.*

Bibliography:

1. Bentham, J. Introduction into the fundamentals of morality and legislation. — M.: ROSSPEN, 1998. — 415 s.
2. Blagov, E.V. Topical problems of criminal law. General part. Manual. — Yaroslavl: Izd-vo YarGU, 2008. — 303 p.
3. Blagov, E.V. Application of criminal law (theory and practice). — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2004. — 505 p.
4. Voroshilin, E.V. Once again in the issue of correlation between the elements of a crime and crime // Criminal law: strategy of development in the XXI century. Materials of the 5th International Scientific and Practical Conferences. Moscow, January 24–25, 2008. — M.: Prospekt, 2008. — P. 157–159.
5. Zhalinskiy, A.E. Modern German criminal law. — M.: TK Velbi: Prospekt, 2004. — 560 p.
6. Zhalinskiy, A.E. Criminal law awaiting a change: theoretical and instrumental analysis. — 2nd Ed. Amended. — M.: Prospekt, 2009. — 400 p.
7. Karpushin, M.P., Kurlyandskiy, V.I. Criminal responsibility and elements of a crime. — M.: Yurid. lit., 1974. — 232 p.
8. Klepitskiy, I.A. System of economic crimes. — M.: Statut, 2005. — 572 p.
9. Kovalev, M.I. Definition and elements of a crime and their value for crime qualification. — Sverdlovsk: Izd-vo Sverdl. yurid. in-ta, 1977. — 80 p.
10. Kozlov, A.P. Definition of a crime. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2004. — 819 p.
11. Comments to the Criminal Code of the Russian Federation (clause-by-clause), 2nd Ed., Amended / Ed. by A.I. Chuchayev. — M.: Infra-M: Kontrakt, 2011. — 1032 p.
12. Comments to the Criminal Code of the Russian Federation (clause-by-clause), 13th Ed., Amended / Ed. by V.M. Lebedev. — M.: Yurayt, 2013. — 1069 p.
13. Konyakhin, V.P. Theoretical fundamentals for the formation of the General Part of the Russian criminal law / Preface by A.V. Naumov. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2002. — 348 p.
14. Kruglikov, L.L. Stages of formation of teaching on the elements of a crime // Criminal law: development strategy in the XXI century.: Materials of the 5th International Scientific and Practical Conference (Moskva, January 24–25, 2008). — M.: Prospekt, 2008. — P. 122–127.
15. Kruglikov, L.L., Spiridonova, O.E. Legal constructions and symbols in the criminal law. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2005. — 332 p.
16. Kudryavtsev, V.N. General theory of qualification of crimes. — 2nd Ed., Amended — M.: Yurist, 2001. — 304 p.
17. Kudryavtsev, V.N. Theoretical fundamentals for the qualification of crimes. — M.: Gosyurizdat, 1963. — 324 p.
18. Course of the Soviet criminal law. General Part. V. 1. — L.: Izd-vo LGU, 1968. — 647 p.
19. Naumov, A.V. Crime and punishment in the Russian history: in 2 v. — P. II. — M.: Yurlitinform, 2014. — 656 p.
20. Course of Criminal Law. General part. V. 1: Teachings on crime / Ed. by N.F. Kuznetsova, I.M. Tyazhkova. — M.: Zertsalo, 1999. — 624 p.
21. Lopashenko, N.A. Correlation of crime and elements of crime // Sootnoshenie prestupleniya i sostava prestupleniya // Criminal law: development strategy in the XXI century.: Materials of the 4th International Scientific and Practical Conference. — M.: Prospekt, 2007. — P. 128–134.
22. Naumov, A.V. Russian criminal law. General part. Course of lectures. — M.: Yurid. lit., 1996. — 496 p.
23. Novoselov, G.P. Teaching on the object of crime. Methodological aspects. — M.: Norma, 2001. — 208 p.
24. Piontkovskiy, A.A. Course of the Soviet criminal law. In 4 v. — V. II: Crime. — M.: Nauka, 1970. — 516 p.
25. Complete course of criminal law. In 5 v. / Ed. by A.I. Korobeev. — V. I: Crime and punishment. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2008. — 1136 p.
26. Pudovochkin, Y.E. Teaching on the elements of a crime: manual. — M.: Yurlitinform, 2009. — 224 p.
27. Russian criminal law: in 2 v. V. 1: General part / Ed. by A.I. Rarog. — M.: Eksmo, 2004. — 496 p.
28. Traynin, A.N. Selected works. Collected by, preface by N.F. Kuznetsova. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2004. — 898 p.
29. Criminal law of Russia. General part / Ed. by N.M. Kropachev, B.V. Volzhenkin, V.V. Orekhov. — SPb.: Izd. dom SPbGU, 2006. — 1064 p.
30. Criminal law. General part.: Manual / Ed. by I.Y. Kozachenko. — M.: Norma, 2008. — 720 p.
31. Teaching on elements of crime in criminal law of Russia and China. Comparative legal studies / Ed. by V.S. Komisarov, A.I. Korobeev, He Binsun. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2009. — 555 p.
32. Filimonov, V.D. Criminological fundamentals of criminal law. — Tomsk: Izd-vo Tomsk. un-ta, 1981. — 214 p.

А.В. Шеслер*

ПЕРСПЕКТИВЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ НОРМ О СОУЧАСТИИ В ПРЕСТУПЛЕНИИ

Аннотация. В статье предлагаются и обосновываются редакционные изменения в УК РФ, касающиеся гл. 7 «Соучастие в преступлении». Из понятия соучастия в преступлении предлагается исключить указание на умышленный характер участия двух и более лиц в совершении преступления, так как признак совместности рассматривается как объективно-субъективный, включающий в себя не только причинение единого преступного результата общими усилиями соучастников, но и совместность умысла соучастников. Уточняется понятие двух и более лиц, под которыми подразумевается множественность субъектов преступления. При характеристике посредственного исполнителя предлагается закрытый перечень вариантов этой разновидности исполнителя преступления. В понятие организатора преступления предлагается не включать организаторов преступного сообщества и организованной группы, так как их действия криминализированы как действия исполнителя преступления. Если действия лиц, создавших организованную группу, не образуют самостоятельного состава преступления, то они являются разновидностью приготовления к преступлению. При определении подстрекательства и пособничества предлагается не указывать на конкретные приемы выполнения этих действий в связи с тем, что оцениваться как преступления должна значительность вклада в совместное преступление. Обосновывается отнесение к пособничеству способствования достижению или реализации соглашения между соучастниками на совместное совершение преступления. В определении организованной группы предлагается оставить только ее видовой признак — устойчивость, в определении преступного сообщества — отказаться от оценочных признаков, использовать понятия точного значения (действие двух и более организованных групп под единым руководством, объединение руководителей организованных групп). Уточняется уголовно-правовая оценка действий нескольких лиц, участвовавших в преступлении со специальным субъектом. Определяется ответственность лиц, которым не удалось завершить начатые как организаторские или пособнические действия в случаях «неудавшегося соучастия». Обосновываются более жесткие условия добровольного отказа организаторов и подстрекателей. Конкретизируется общее правило об ответственности соучастников при эксцессе одного из них применительно к количественному эксцессу. Предлагается обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, либо квалифицирующие обстоятельства, относящиеся к личности одного из соучастников, учитывать при назначении наказания другим соучастникам, если они повышают или уменьшают степень общественной опасности совместно совершенного преступления и охватываются их умыслом.

Ключевые слова: соучастие в преступлении, исполнитель, соисполнитель, организатор, подстрекатель, пособник, совершение преступления группой лиц, совершение преступления по предварительному сговору группой лиц, организованная группа, преступное сообщество, эксцесс соучастника.

© Шеслер А.В., 2015

* Шеслер Александр Викторович — доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры организации исполнения наказаний Томского ИПКР ФСИН России, профессор кафедры уголовного права Томского государственного университета.

[sofish@inbox.ru]

634050, Россия, г. Томск, пр. Ленина, д. 36.

Действующее уголовное законодательство под влиянием науки уголовного права и потребностей практики применения уголовного закона значительно усовершенствовало институт соучастия в преступлении: уточнило понятия, данные в ранее действовавшем УК РСФСР 1960 г., ввело некоторые новые понятия (организованной группы, преступного сообщества и др.), нормативно закрепило классификацию соучастия, более подробно урегулировало вопрос об основаниях и пределах уголовной ответственности соучастников преступления, отразило специальные вопросы соучастия в преступлении (особенности добровольного отказа организатора, подстрекателя и пособника, ответственность соучастников при эксцессе исполнителя и др.). Редакция УК РФ 1996 г. в определенной мере коснулась и других уголовно-правовых средств борьбы с групповыми преступлениями. В частности, законодатель признал только одну форму прикосновенности к преступлению — заранее не обещанное укрывательство преступлений (ст. 316 УК РФ) и закрепил посредственное совершение преступления (ч. 2 ст. 33 УК РФ). Анализ судебной и следственной практики показывает, что действующий уголовный закон активизировал предупредительное воздействие на групповую преступность. Однако некоторые его положения не являются совершенными, во многом определяют недостатки правоприменительной деятельности и судебные ошибки¹. Поэтому в юридической литературе возникают предложения по совершенствованию уголовно-правовых норм о соучастии в преступлении. Полагаем, что оптимальным вариантом таких предложений будет авторская редакция этих норм и соответствующий комментарий к каждой из них.

Прежде всего редакционным изменениям должно подвергнуться понятие соучастия в преступлении. Целесообразно в статье, в которой дается понятие соучастия в преступлении, отразить также основное уголовно-правовое значение этого института. На наш взгляд, редакция указанной статьи должна выглядеть следующим образом.

Статья 32. Понятие и значение соучастия в преступлении

1. Соучастием в преступлении признается совместное участие двух и более лиц, являющихся субъектами преступления, в совершении одного и того же умышленного преступления.

2. Соучастие является основанием уголовной ответственности лиц, совместно совершивших преступление.

Исходя из предложенного определения соучастия, следует выделить два его признака, а именно: множественность субъектов преступления и совместность совершаемого ими престу-

пления. Эти признаки в совокупности отличают соучастие от других случаев множественности участников преступления и стечения нескольких лиц в одном преступлении (посредственного причинения, неосторожного сопричинения, группового посягательства при одном субъекте преступления, толпы как элемента обстановки при массовых беспорядках и т.д.).

Множественность субъектов преступления означает, во-первых, фактическую включенность в совершение одного и того же преступления двух и более участников. Во-вторых, этот признак означает, что каждый из участников должен быть субъектом преступления, то есть достичь возраста уголовной ответственности ко времени совершения преступления и быть вменяемым в момент его совершения.

Признак совместности совершаемого двумя и более лицами одного и того же преступления имеет объективную и субъективную стороны. Совместность преступления соучастников с объективной стороны означает причинение единого преступного результата общими усилиями соучастников и включает в себя общность деяния соучастников, единый для всех соучастников преступный результат и причинную связь между ними. Общность деяния соучастников преступления означает взаимную обусловленность действий (бездействия) каждого из них. Эта общность достигается через разделение функций и соединение усилий соучастников в процессе совершения преступления. Единство преступного результата при соучастии вытекает из взаимной обусловленности деяний соучастников, направленных к достижению единой цели. Общее деяние соучастников должно содержать в себе реальную возможность наступления преступного результата на всем протяжении выполнения объективной стороны преступления. В связи с тем что при соучастии совершается одно преступление, которое является причиной преступного результата, причинная связь должна устанавливаться между общим деянием и его результатом, а не между деянием каждого из соучастников, являющегося вкладом в совместное преступление, и этим результатом. Это не исключает дифференциацию и индивидуализацию ответственности и наказания соучастников преступления, так как взаимная обусловленность действий соучастников предполагает установление вклада каждого из них в совместное преступление.

Субъективная сторона совместности при соучастии означает совместность умысла соучастников, который характеризуется особенностями интеллектуального и волевого моментов. Особенности интеллектуального момента состоят в осознании каждым из соучастников взаимной обусловленности деяний друг друга, а также в предвидении единого результата совместного

¹ См.: Шеслер А.В. Соучастие в преступлении. Новокузнецк: ФКОУ ВПО Кузбас. ин-т ФСИН России, 2014. С. 5–6.

деяния и осознании причинной связи между общностью деяния и единым результатом. Особенности волевого момента состоят в совместности волевых усилий соучастников, которые воплощаются в наличии у них общей групповой цели, реализуемой в преступлении.

Указание на соучастие в умышленном преступлении означает невозможность его при совершении самостоятельно действующими лицами нескольких неосторожных преступлений, от которых может быть одно последствие как результат пересечения различных причинных связей². В связи с тем что совместность с субъективной стороны означает совместность умысла соучастников, указание на их умышленное участие в преступлении в ст. 32 УК РФ 1996 г. представляется излишним.

Определение соучастия как основания уголовной ответственности лиц, совместно совершивших преступление, подчеркивает уголовно-правовое значение норм о соучастии в преступлении, прежде всего в отношении тех соучастников, которые не выполняли объективную сторону конкретного состава преступления, указанного в статьях Особенной части УК РФ. Нормы о соучастии характеризуют их действия как преступления и вместе с нормами Особенной части УК РФ определяют признаки соответствующего состава преступления.

В редакции статьи о соучастниках преступления необходимо указать на критерий их выделения, а именно: характер их участия в совместном преступлении, под которым следует понимать роль каждого из соучастников в таком преступлении. Редакция соответствующей статьи должна выглядеть следующим образом.

Статья 33. Соучастники преступления

1. В зависимости от характера участия лиц в совместно совершаемом преступлении соучастниками преступления признаются его исполнитель, организатор, подстрекатель и пособник.

2. Исполнителем признается лицо, непосредственно совершившее деяние, предусмотренное статьями Особенной части настоящего Кодекса, либо совершившее такое деяние полностью или частично в соисполнительстве с другими лицами, а также посредством использования других лиц, действующих по неосторожности, невиновно, при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, лиц, не подлежащих уголовной ответственности в силу возраста или невменяемости, либо лиц, не являющихся субъектом преступления, указанным в соответствующей статье Особенной части настоящего Кодекса в качестве исполнителя, в том числе соисполнителя.

3. Организатором признается лицо, руководившее подготовкой или совершением преступления.

4. Подстрекателем признается лицо, склонившее другое лицо к совершению преступления или соучастию в нем.

5. Пособником признается лицо, содействовавшее непосредственно совершению преступления, заранее обещавшее укрывательство преступления, а также способствовавшее достижению или реализации соглашения между соучастниками на совместное совершение преступления.

Выделение среди всех соучастников преступления прежде всего исполнителя обусловлено тем, что в его деянии воплощаются результаты усилий других соучастников³. Как и в действующей редакции ч. 2 ст. 33 УК РФ, с некоторыми уточнениями предлагается выделять три вида исполнителей преступления, а именно: непосредственного исполнителя конкретного состава преступления, предусмотренного статьей Особенной части УК РФ; соисполнителя преступления; посредственного исполнителя. Для того чтобы исключить аналогию уголовного закона при характеристике посредственного исполнителя, предложен закрытый перечень вариантов этой разновидности исполнителя.

В отличие от понятия организатора преступления в ч. 3 ст. 33 УК РФ в редакции предлагаемой нормы к организатору преступления не отнесены организаторы преступного сообщества и организованной группы. Это связано с тем, что действия организатора преступного сообщества, а в ряде случаев и организованной группы криминализированы в статьях Особенной части УК РФ как действия исполнителя преступления. На это указано в редакции предлагаемой нами ст. 35 УК РФ. В тех случаях, когда действия лиц, создавших организованную группу, не образуют самостоятельного состава преступления, они представляют собой разновидность подготовки к совершению преступления.

Понятие подстрекателя в предлагаемой норме отличается от понятия соучастника в ч. 4 ст. 33 УК РФ, во-первых, тем, что склонением признается как действие в отношении исполнителя преступления, так и действие в отношении других соучастников преступления. Нынешняя редакция ч. 4 ст. 33 УК РФ трактовалась в практике применения уголовного закона расширительно. Во-вторых, не указаны способы подстрекательства, так как они могут быть любыми, а практика применения уголовного закона ограничивается, как правило, теми конкретными способами, которые указаны в ч. 4 ст. 33 УК РФ. Предложенная редакция позволит уйти от формальной оценки действий подстрекателя: оцениваться как преступление будет значительность вклада подстрекателя в совместное деяние, а не конкретный способ этого вклада.

Аналогичный подход предложен в отношении законодательного определения пособника: содей-

² См.: Российское уголовное право. Общая часть / под ред. А.И. Чучаева. М.: Контракт: Инфра-М, 2012. С. 146.

³ См. подробнее: Ковалев М.И. Соучастие в преступлении. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 1999. С. 119–122.

ствие может быть оказано как исполнителю преступления (содействие непосредственному совершению преступления), так и иным соучастникам (способствование достижению или реализации соглашения между соучастниками на совместное совершение преступления); содействие может совершено любыми способами, главным в этом отношении является значительность вклада пособника в совместное преступление. Указание на пособничество в виде заранее обещанного укрывательства преступления сделано для того, чтобы отличить пособничество от укрывательства преступления, которое не является вкладом в совместное совершение преступления, представляет собой прикосновенность к нему. Способы укрывательства могут быть любыми, как и при содействии, оцениваться должна прежде всего значительность вклада пособника-укрывателя в совместное преступление.

В действующей редакции ст. 35 УК РФ выделенные разновидности соучастия никак не названы, не указано, что лежит в основе их выделения, при определении понятий организованной группы и преступного сообщества употребляются либо оценочные признаки, толкование которых вызывает сложности у правоприменителя (в частности, структурирование группы), либо признаки, которые могут характеризовать любую разновидность соучастия (в частности, совершение одного или нескольких преступлений, получение в результате совершения преступлений прямо или косвенно материальной или иной выгоды). Кроме того, вне связи со ст. 34 УК РФ рассмотрен вопрос об ответственности организаторов или руководителей организованных групп и преступных сообществ. Поэтому в приведенной ниже редакции предлагаемой статьи сделана попытка уйти от этих недостатков.

Статья 34. Категории соучастия в преступлении

1. В зависимости от характера и степени общественной опасности совместного участия двух и более лиц в совершении преступления, соучастие подразделяется на совершение преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой и преступным сообществом.

2. Преступление признается совершенным группой лиц, если в его совершении совместно участвовали два и более исполнителя без предварительного сговора.

3. Преступление признается совершенным группой лиц по предварительному сговору, если в его совершении совместно участвовали два и более исполнителя, договорившиеся о совместном участии в преступлении до начала совершения общественно опасного деяния, предусмотренного статьями Особенной части настоящего Кодекса.

4. Преступление признается совершенным организованной группой, если оно совершено устойчивой группой лиц.

5. Преступление признается совершенным преступным сообществом лиц, если оно совершено двумя и более организованными группами, действовавшими под единым руководством либо объединением руководителей организованных групп.

6. Совершение преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой и преступным сообществом влечет более строгое наказание на основании и в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом. Совершение преступления организованной группой или преступным сообществом признается квалифицирующим обстоятельством, предусмотренном статьями Особенной части настоящего Кодекса, в случае его совершения соисполнителями.

Выделенные разновидности соучастия названы категориями преступления, во-первых, потому что соучастие — это преступление, разновидности которого в ст. 15 УК РФ называются категориями. Во-вторых, термин «категория» означает типологию преступлений, совершенных в соучастии, а не их классификацию, которая в учебной и научной литературе получила наименование формы соучастия. Выделение категорий соучастия, в отличие от его классификации на формы, основано не на одном признаке, а на нескольких (например, совершение преступления группой лиц выделено, исходя как из объективных, так и субъективных признаков совместности). Выделенные разновидности соучастия являются наиболее типичными для совместного совершения преступления. Кроме того, категории соучастия выражают связь совместной деятельности с существенным признаком преступления — его общественной опасностью, которая лежит в основе усиления уголовной ответственности.

Выделение совершения преступления группой лиц без предварительного сговора основано на характеристике действий ее участников как соисполнителей и возникновении совместности умысла соучастников в процессе совместного совершения ими деяния, входящего в объективную сторону конкретного состава преступления, предусмотренного статьей Особенной части УК РФ.

Выделение совершения преступления группой лиц по предварительному сговору основано на характеристике действий ее участников как соисполнителей и возникновении совместности умысла соучастников до начала совместного совершения ими деяния, входящего в объективную сторону конкретного состава преступления, предусмотренного статьей Особенной части УК РФ.

Признак устойчивости организованной группы качественно отличает ее от предшествующих видов объединений соучастников. Совместность деяния участников организованной группы имеет особенности как с субъективной, так и с объек-

тивной сторон. Совместность умысла участников организованной группы означает стойкость их преступных намерений, то есть наличие намерений на неоднократное совершение преступлений либо намерений совершить одно деяние, которое требует длительной подготовки и состоит из нескольких преступных актов, квалифицируемых как одно продолжаемое преступление. Совместность с объективной стороны означает причинение единого преступного результата в результате организованности участников группы (ее структурной определенности, наличия в ней руководителя), постоянства форм и методов ее преступной деятельности, стабильности состава ее лидеров и активных участников.

Отказ в редакции предлагаемой статьи от такой разновидности преступного сообщества, как структурированная организованная группа (ч. 4 ст. 35 УК РФ в действующей редакции), связан с тем, что такая организованная группа, по сути, представляет совокупность организованных групп, действующих под единым руководством. Выделение в качестве преступного сообщества объединения руководителей организованных групп позволит, во-первых, отразить основную сущность этого объединения, состоящую в консолидации преступной среды. Во-вторых, преодолеть редакционные разногласия в определении оснований уголовной ответственности лидеров криминальной среды в ст. 35, 210 УК РФ. Последняя статья предусматривает ответственность за консолидацию преступной среды, ст. 35 УК РФ предусматривает ответственность только лиц, организовавших и руководящих конкретной преступной группой⁴.

Вопросы ответственности организаторов или руководителей организованных групп и преступных сообществ отражены в редакции следующей статьи.

Статья 35. Ответственность соучастников преступления

1. Ответственность соучастников преступления определяется характером и степенью участия каждого из них в совместном совершении преступления.

2. Исполнители несут ответственность по статье Особенной части настоящего Кодекса, предусматривающей наказание за преступление, в котором они участвовали, без ссылки на ст. 33 настоящего Кодекса. В случаях, предусмотренных уголовным законом, соисполнители несут ответственность по разным статьям Особенной части настоящего Кодекса

3. Организаторы, подстрекатели и пособники несут ответственность по статье Особенной части настоящего Кодекса, пред-

усматривающей наказание за преступление, в котором они участвовали, со ссылкой на статью 33 настоящего Кодекса. В случаях, когда эти лица одновременно являлись соисполнителями преступления, они несут ответственность по правилам, указанным в части второй настоящей статьи.

4. Лицо, создавшее преступное сообщество либо руководившее им, несет уголовную ответственность как исполнитель преступления на основании и в пределах, предусмотренных ст. 210 УК РФ, а также как соучастник преступления при его совместном участии с другими лицами в совершении иного преступления.

5. Лицо, создавшее организованную группу либо руководившее ею, несет уголовную ответственность как исполнитель преступления в случаях, предусмотренных статьями Особенной части настоящего Кодекса, а также как соучастник преступления при его совместном участии с другими лицами в совершении иного преступления.

6. Лицо, склонившее другое лицо к совершению преступления или соучастию в нем, несет уголовную ответственность как исполнитель преступления в случаях, предусмотренных статьями Особенной части настоящего Кодекса, а также как соучастник преступления при его совместном участии с другими лицами в совершении иного преступления.

7. Лицо, содействовавшее непосредственно совершению преступления, заранее обещавшее укрывательство преступления, а также способствовавшее достижению или реализации соглашения между соучастниками на совместное совершение преступления, несет уголовную ответственность как исполнитель преступления в случаях, предусмотренных статьями Особенной части настоящего Кодекса, а также как соучастник преступления при его совместном участии с другими лицами в совершении иного преступления.

8. Лицо, совместно участвовавшее с другими лицами в преступлении, которое может быть совершено только субъектом преступления, специально указанным в соответствующей статье Особенной части настоящего Кодекса в качестве исполнителя, в том числе соисполнителя, несет ответственность за данное преступление в качестве его организатора, подстрекателя или пособника.

Часть 1 редакции предлагаемой статьи практически повторяет редакцию ч. 1 ст. 34 УК РФ 1996 г. за исключением отсутствия указания на фактическое участие соучастников в совместном преступлении, так как такое указание может неправильно ориентировать правоприменителя на квалификацию действий соучастников. Например, фактически среди соучастников могут быть

⁴ См.: Чучаев А.И., Шеслер А.В. Организация преступного сообщества или участие в нем // Lex Russica. 2011. № 2. С. 332–336.

выделены исполнители преступления, которые использованы для посредственного совершения преступления, однако действия которых квалифицируются в соответствии с ч. 8 редакции предлагаемой статьи как пособничество. Кроме того, среди соучастников могут выделяться фактические организаторы преступления, подстрекатели к нему, а также иные пособники этому преступлению. Однако их действия в случаях, указанных в ч. 3 редакции предлагаемой статьи, квалифицируются как действия соисполнителей преступления, а в случаях, указанных в ч. 4–7, как действия исполнителей преступления.

Указание на характер участия соучастников преступления предопределяет дифференциацию их уголовной ответственности через квалификацию их действий по конкретной статье Особенной части УК РФ со ссылкой или без ссылки на соответствующую часть предлагаемой редакции ст. 33. Указание на степень участия соучастников преступления означает индивидуализацию их уголовной ответственности, которая предполагает прежде всего определение судом конкретного вида и размера наказания в пределах санкции соответствующей статьи Особенной части УК РФ.

В ч. 2 редакции ст. 35 указывается на возможность различной квалификации действий соисполнителей одного и того же преступления. В частности, при совместном шпионаже гражданина России и иностранного гражданина первый будет нести уголовную ответственность за государственную измену, второй — за шпионаж.

Указание в ч. 3–7 предлагаемой редакции ст. 35 на то, что организаторы, подстрекатели и пособники несут ответственность как исполнители преступления в случаях, предусмотренных законом, а также в случаях, когда они одновременно являются соисполнителями преступления, подчеркивает различный подход к определению оснований ответственности соучастников, действия которых юридически оцениваются как действия организаторов, подстрекателей и пособников, и соучастников, действия которых юридически оцениваются как действия исполнителей преступления, несмотря на то, что фактически они выполняли роль организаторов, подстрекателей или пособников преступления.

В ч. 8 предлагаемой редакции ст. 35 более четко, по сравнению с редакцией ч. 4 ст. 34 УК РФ 1996 г., определяются основания ответственности соучастия в преступлении со специальным субъектом. Буквальное толкование действующего уголовного закона позволяет утверждать, что во всех случаях действия лиц, совместно со специальным субъектом совершивших преступления, квалифицируются как действия организатора, подстрекателя или пособника. Однако правоприменительная практика справедливо не всегда придерживается этого правила. В тех случаях, когда характеристика

специального субъекта в законе является достаточно общей, круг лиц, которые могут быть субъектами преступления, строго не ограничен, лица, не являющиеся специальными субъектами, могут быть соисполнителями указанных преступлений, если они фактически участвовали в выполнении объективной стороны преступления. Например, исполнителем изнасилования может быть только мужчина. Однако если женщина участвовала в выполнении части деяния, входящего в объективную сторону изнасилования (в частности, преодолевала физическое сопротивление потерпевшей), она является соисполнителем. Если круг субъектов преступления ограничен, то как исполнителями, так и соисполнителями могут быть только специальные субъекты преступления. Такое ограничение должно быть прямо текстуально определено в уголовном законе, в частности, как в главе о преступлениях против военной службы.

Вопросы ответственности соучастников при неоконченном преступлении отражены в редакции следующей статьи.

Статья 36. Неоконченное преступление при соучастии в преступлении

1. В случае совершения исполнителем неоконченного преступления остальные соучастники несут ответственность соответственно за приготовление к преступлению или за покушение на преступление.

2. Лицо, которому по независящим от него обстоятельствам не удалось завершить руководство подготовкой к совершению преступления, склонение другого лица к совершению преступления или соучастие в нем либо содействие непосредственно совершению преступления, а также способствование достижению или реализации соглашения между соучастниками на совместное совершение преступления, при отсутствии исполнителя преступления, подлежит ответственности за приготовление к преступлению.

В ч. 1 предлагаемой редакции статьи недоведение исполнителем преступления до конца более точно, по сравнению с редакцией ч. 4 ст. 34 действующего УК РФ, называется неоконченным преступлением. Предлагается сохранить указание, содержащееся в действующем УК РФ, на зависимость квалификации действий соучастников от степени завершенности действий исполнителя преступления. Указанное обстоятельство дает основание утверждать, что российское уголовное законодательство частично признает принцип акцессорности соучастия, при котором ответственность соучастников зависит от уголовно-правовой оценки действий исполнителя преступления. Такая зависимость обусловлена значимостью действий последнего соучастника, в которых воплощается единый преступный результат всех совместных действий.

В ч. 2 настоящей статьи определены основания ответственности тех лиц, которым не удалось

завершить начатые как организаторские, подстрекательские или пособнические действия в случаях так называемого неудавшегося соучастия, при котором отсутствует исполнитель преступления: вообще отсутствует лицо, которое должно было совершить исполнительские действия, либо лицо, которое должно было совершить эти действия, отказалось от их совершения или не воспользовалось созданными другими лицами условиями для совершения преступления. Так как неудавшееся соучастие по своей сути является умышленным созданием условий для совершения преступления, ответственность за него должна наступать как за приготовление к преступлению.

Полагаем, что в главе о соучастии в преступлении более логично, чем в главе о неоконченном преступлении, как в действующем УК РФ, наличие нормы о добровольном отказе соучастников. Редакция такой нормы, на наш взгляд, должна быть следующей.

Статья 37. Добровольный отказ при соучастии в преступлении

1. *Исполнитель, добровольно отказавшийся от доведения до конца преступления, совершаемого в соучастии, подлежит ответственности в случае, указанном в ч. 3 ст. 31 настоящего Кодекса.*

2. *Организатор и подстрекатель подлежат ответственности, если предпринятые ими меры не предотвратили доведение исполнителем преступления до конца. В этом случае предпринятые организатором и подстрекателем меры в целях предотвращения доведения исполнителем преступления до конца признаются обстоятельствами, смягчающими наказание при назначении наказания.*

3. *Пособник подлежит ответственности, если он не предпринял все зависящие от него меры, чтобы предотвратить доведение исполнителем преступления до конца.*

4. *Добровольный отказ от преступления одного из соучастников не освобождает других соучастников от ответственности по настоящему Кодексу.*

В редакции предлагаемой статьи закрепляются особенности добровольного отказа соучастников преступления, которые состоят в изъятии каждым из них своего вклада в совместную преступную деятельность. Исполнитель преступления изымает свой вклад, отказываясь реализовать усилия других соучастников путем не доведения преступления до конца. Такой отказ возможен в форме пассивного поведения.

Более жесткие условия добровольного отказа для подстрекателя и организатора обусловлены тем, что подстрекатель, возбудив в исполнителе решимость совершить преступление, а организатор, соединив усилия других соучастников, положили начало развитию причинной связи между

совместно совершаемым действием и единым преступным результатом. Таким образом, они уже внесли свой вклад в совместно совершенное преступление. Поэтому, чтобы нейтрализовать общественную опасность своего поведения, организатор и подстрекатель должны активными действиями прервать развитие причинной связи, предотвратить доведение исполнителем преступления до конца. Организатор преступления в этом случае направляет свои действия на то, чтобы нейтрализовать усилия других соучастников преступления, подстрекатель преступления — на уничтожение у исполнителя решимости совершить преступление. Результат предпринятых организатором и подстрекателем мер должен быть только один, а именно: не доведение исполнителем преступления до конца. Указание в ч. 4 ст. 31 УК РФ 1996 г. на то, что эти лица должны предотвратить доведение преступления исполнителем до конца путем своевременного сообщения органам власти является излишним, так как такой способ является одной из частных разновидностей добровольного отказа организатора и подстрекателя. Кроме того, такое указание в законе ориентирует правоприменителя прежде всего на одну форму добровольного отказа организатора и подстрекателя.

Пособник, укрепляя у исполнителя решимость совершить преступление, не порождает причинную связь, а лишь способствует ее развитию. Поэтому его вмешательство в развитие причинной связи, его нейтрализация своего вклада в совместную преступную деятельность состоит в принятии всех зависящих от него мер с тем, чтобы предотвратить совершение преступления исполнителем.

Важнейшим обстоятельством, влияющим на ответственность соучастников, является эксцесс одного из них. Положения о таком эксцессе в ст. 36 действующего УК РФ отражены в незначительной степени, в связи с чем предлагается редакция следующей нормы.

Статья 38. Эксцесс соучастника преступления

1. *Эксцессом соучастника признается совершение им преступления, не охватываемого умыслом других соучастников.*

2. *За эксцесс соучастника другие соучастники ответственности не подлежат.*

3. *В случае эксцесса соучастника в виде совершения преступления при наличии обстоятельств, отягчающих наказание, либо при квалифицирующих обстоятельствах, другие соучастники несут ответственность за совместно совершенное преступление без учета этих обстоятельств.*

Редакция предлагаемой статьи отличается от редакции ст. 36 УК РФ 1996 г. по двум основным моментам. Во-первых, в ней указывается на возможность эксцесса всех соучастников, а не только наиболее распространенного — эксцесса исполнителя. Как правило, такие эксцессы связаны с мотивами

совершения одним из соучастников преступления. Например, только один из соучастников убийства (организатор, подстрекатель или пособник) действует из корыстных побуждений. Во-вторых, в ч. 3 конкретизируется правило, закрепленное в ч. 1, применительно к случаям эксцесса, называемого в науке уголовного права количественным эксцессом. Под ним предлагается понимать совершение кем-либо из соучастников преступления, характеризующегося наличием обстоятельств, отягчающих наказание, либо квалифицирующих признаков определенного состава преступления, которые не охватываются умыслом других соучастников. Такая конкретизация необходима в связи с тем, что действия нескольких лиц, образующие основной состав преступления, являются совместными, прежде всего, взаимно обусловленными и имеющими общую цель. Поэтому к основной части деяния применяются нормы о соучастии в преступлении. Совместность действий не охватывает обстоятельств, отягчающих наказание, либо квалифицирующих признаков определенного состава преступления, к которым нормы о соучастии не применяются. В случае качественного эксцесса, при котором наряду или вместо преступления, охватываемого умыслом других соучастников (например, вместо кражи убийство), совершается иное преступление, нормы о соучастии не применяются в силу полного отсутствия совместности действий нескольких лиц.

Полагаем, что в главе о соучастии в преступлении более удобным для правоприменителя, чем в главе о назначении наказания, как в действующем УК РФ, будет наличие нормы об особенностях назначения наказания за преступление, совершенное в соучастии. Редакция такой нормы может быть следующей.

Статья 39. Назначение наказания за преступление, совершенное в соучастии

1. При назначении наказания соучастнику преступления учитывается характер и степень его участия в совместно совершенном преступлении.

2. Обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, либо квалифицирующие обстоятельства, относящиеся к личности одного из соучастников, учитываются при назначении наказания другим соучастникам, если они повышают или уменьшают степень общественной опасности совместно совершенного преступления и охватываются их умыслом.

Библиография:

1. Ковалев М.И. Соучастие в преступлении: монография. — Екатеринбург: Изд-во УргЮА, 1999. — 204 с.
2. Российское уголовное право. Общая часть / под ред. проф. А.И. Чучаева. — М.: Контракт : Инфра-М, 2012. — 320 с.
3. Чучаев А.И., Шеслер А.В. Организация преступного сообщества или участие в нем // Lex Russica. — 2011. — № 2 (март). — С. 329–340.
4. Шеслер А.В. Соучастие в преступлении: монография. — Новокузнецк: ФКОУ ВПО Кузбас. ин-т ФСИН России, 2014. — 84 с.

Редакция настоящей статьи применительно к наказанию соучастников конкретизирует положения предлагаемой ст. 40 о дифференциации и индивидуализации их ответственности. Отдельно указано на значение квалифицирующих обстоятельств (квалифицирующих признаков состава преступления или признаков привилегированного состава преступления), которые являются средством дифференциации наказания в силу того, что за совершение преступления при этих обстоятельствах предусмотрена самостоятельная санкция, а также на значение обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, которые являются средством индивидуализации наказания в силу того, что они влияют на вид и размер наказания в пределах санкции, которая предусмотрена за соответствующее преступление. В редакции указывается на обязательное влияние этих обстоятельств на повышение или уменьшение степени общественной опасности совместно совершенного преступления. Например, всем соучастникам преступления будут вменяться мотивы религиозной ненависти, если один из них участвовал в совершении преступления по этим мотивам, а другие соучастники были об этом осведомлены. Данное обстоятельство обусловлено тем, что такие мотивы в значительной степени концентрируют направленность воли лица на совершение преступления даже в условиях, препятствующих этому, а потому увеличивают общественную опасность не только личности одного из соучастников, но и преступления в целом.

Из редакции этой статьи следует, что если указанные обстоятельства, относящиеся к личности одного из соучастников, не охватываются умыслом других соучастников или не повышают (не снижают) общественную опасность деяния в целом, они вменяются только этому соучастнику.

К квалифицирующим обстоятельствам, влияющим на общественную опасность только личности одного из соучастников, относятся как квалифицирующие признаки некоторых составов преступлений или обстоятельства, лежащие в основе привилегированного состава преступления (например, судимость за ранее совершенное преступление против половой неприкосновенности несовершеннолетних; убийство матерью новорожденного ребенка в состоянии психического расстройства, не исключающего вменяемости), так и обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание (например, несовершеннолетие виновного, рецидив преступлений).

Материал поступил в редакцию 15 декабря 2014 г.

**PERSPECTIVES FOR THE IMPROVEMENT
OF CRIMINAL LEGAL NORMS ON CO-PERPETRATION IN A CRIME**

Shesler, Aleksandr Viktorovich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Organization of Execution of Penalties of the Tomsk Institute for the Advanced Training of the Staff of the Federal Penitentiary Service of Russia, Professor of the Department of Criminal Law of the Tomsk State University.

[sofish@inbox.ru]

634050, Russia, Tomsk, pr. Lenina, 36.

Review. *The article proposes and substantiates amendments into the Criminal Code of the Russian Federation concerning Chapter 7 «Co-perpetration of a crime». The author offers to exclude from the definition of co-perpetration the reference to the purposeful nature of participation of two or more persons in committing a crime, since this is an objective-subjective element, including both causing the joint criminal result by joint efforts of the co-perpetrators and joint intent of the co-perpetrators. The author also clarifies the definition of two or more persons, meaning multiplicity of crime subjects. Characterizing intermediate co-perpetrator the author provides a closed list of options for this type of perpetrator of a crime. Definition of an organizer of the criminal crime should not include organizers of criminal communities and organized groups, since their actions are criminalized as a acts of perpetrators of crime. If the actions of persons, who have formed an organized group, do not fall within a scope of elements of a certain crime, then this is a type of preparation for a crime. When defining incitement and aiding a crime the author offers to exclude reference to specific types of performance of these acts, since it is the significance of input into a common crime that should be evaluated as an input into a joint crime. The author substantiates a position that facilitating achievement and implementation of an agreement among the co-perpetrators to joint commission of a crime should be regarded as aiding a crime. He also offer to leave only one characteristic feature of an organized group, which is its sustainable character, and in the definition of a criminal community it is worth excluding evaluative elements, using precise terms (acts of two or more organized groups under the united leadership, association of the leaders of organized groups). The author clarifies criminal legal evaluation of acts of several persons, who have participated in a crime with a special subject. The author defines responsibility of persons, who have not managed to complete the organizing or aiding acts in cases of «failed co-perpetration». The author also substantiates stricter rules for the voluntary refusal of co-perpetrators and inciters. The author clarifies the general rule on responsibility of co-perpetrators in cases of excess actions of one of them regarding quantity excess. Then the author offers to use aggravating and mitigating circumstances for the punishment, or qualifying elements, regarding personality of one of co-perpetrators, for establishing punishment for other co-perpetrators if they aggravate or mitigate the degree of public danger of a crime and fall within its intent.*

Keywords: co-participation in a crime, perpetrator of a crime, co-perpetrator, organizer, inciter, aiding person, crimes by a group of persons, committing a crime on preliminary agreement by a group of persons, organized group, criminal community, excess of a co-participant.

Bibliography:

1. Kovalev, M.I. Co-perpetration of a crime. A monograph. — Ekaterinburg: Izd-vo UrGYuA, 1999. — 204 p.
2. Russian criminal law. General part / Ed. by Professor A.I. Chuchaev. — M.: Kontrakt: Infra-M, 2012. — 320 p.
3. Chuchaev, A.V., Shesler, A.V. Organization of a criminal community or participation in it // Lex Russica. — 2011. — № 2 (March). — P. 329–340.
4. Shesler, A.V. Co-perpetration of a crime. A monograph. — Novokuznetsk: FKOU VPO Kuzbas. in-t FSIN Rossii, 2014. — 84 p.

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

В.А. Лаптев*

КОНСТИТУЦИЯ РОССИИ КАК ОСНОВНОЙ ИСТОЧНИК ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

Аннотация. Оценка конституционных основ экономического правопорядка России позволяет определить направления развития экономической деятельности и рынка страны. Ошибки прошлых лет и перспективы будущего стали объектом научных исследований в свете 20-летнего юбилея Конституции России. Развитие и укрепление ряда отраслей права стало возможным благодаря положениям Конституции РФ. Автором отмечаются исторические тенденции конституционного закрепления права на осуществление предпринимательской деятельности. Исследуется действие положений Конституции РФ как акта прямого действия, а не только как акта, закрепляющего общие основы и принципы российского предпринимательского права. Далее автором анализируются принципы предпринимательского права, под которыми понимаются основные начала, лежащие в основе всей системы правового регулирования предпринимательства и определяющие сущность системы. Выделяется принцип законности как общеправовой принцип; принцип свободы экономической деятельности, обеспечивающий право доступа на осуществление предпринимательской деятельности на законных основаниях; традиционный принцип свободы конкуренции и ограничения монополистической деятельности, позволяющий повысить качество товаров (работ, услуг) и снизить их стоимость, что является благоприятным для конечных потребителей. Важнейший принцип плюрализма и равной защиты всех форм собственности, включая частную собственность, обеспечил существование малого и среднего сектора бизнеса и даже ряда крупных производственных предприятий. Конституционное закрепление единого экономического пространства, направленное на недопущение создания искусственных границ (барьеров) внутри российского рынка, подтверждает экономическую целостность и единство России. Отмечается актуальный в настоящее время принцип сочетания частноправовых и публично-правовых начал предпринимательства, свойственный предпринимательскому праву. Подчеркивается наличие элементов государственного регулирования во всех сферах экономики, несмотря на существование в некоторых сферах саморегулирования. В заключение автором были выделены цели, которые достигаются установлением конституционных принципов, среди которых обеспечение развития экономики страны, стабилизация финансовой системы, регулирование экономики, защита прав участников рынка, защита потребителей и экологическая безопасность.

Ключевые слова: Конституция РФ, предпринимательское право, торговое право, предпринимательская деятельность, принципы предпринимательского права, экономический правопорядок, предпринимательское законодательство, источники права, источники предпринимательского права, право рыночной экономики.

© Лаптев В.А., 2015

* Лаптев Василий Андреевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), судья Арбитражного суда г. Москвы, председатель Научно-консультативного совета при Арбитражном суде г. Москвы. [laptev.va@gmail.com]

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

Конституция РФ (1993 г.)¹ закрепила основы государственности, суверенитета, стабильности внутренних и внешних отношений. Общепринятое в правоведении обозначение действующей Конституции РФ как «основного закона»² не вытекает из ее буквального содержания, а скорее стало исторической традицией правоведов с учетом наименования прежней — Конституции (Основной Закон) РСФСР (1978 г.)³.

Двадцатилетний юбилей Конституции России стал предметом глубоких научных исследований достигнутых результатов в установлении правопорядка в стране⁴. Направление развития экономики страны, уровень общественно-экономической формации, основы («фундамент») правопорядка и перспективы развития общества нашли свое отражение в Конституции.

Динамику экономической политики России можно проследить на примере Конституции РСФСР (1978 г.)⁵. Так, в ст. 10 Конституции РСФСР (в первоначальной редакции) была закреплена в качестве основы экономической системы страны социалистическая собственность (государственная и колхозно-кооперативная собственность). Спустя почти 15 лет, ст. 10 Конституции РСФСР с изменениями и дополнениями, внесенными Законом РФ от 09.12.1992 № 4061-1 «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного закона) РФ — России»⁶, закрепила частную (юридических лиц и граждан, коллективную), государственную, муниципальную и собственность общественных объединений. Плюрализм и равная защита различных видов собственности стали основой дальнейшего развития экономических отношений в стране и явно свидетельствовали о политическом курсе в сторону рыночной экономики.

Видится, что прообраз предпринимательской деятельности был закреплён еще в ст. 17 Конституции РСФСР (в первоначальной редакции), согласно которой допускалась индивидуальная трудовая деятельность в сфере кустарно-ремесленных промыслов, сельского хозяйства, бытового обслуживания населения, а также другие виды

деятельности, основанные исключительно на личном труде граждан и членов их семей. Конечно, с данным утверждением можно поспорить, поскольку основным признаком такой деятельности выступал личный труд граждан (а не цель извлечения прибыли). Тем не менее подлинной целью выступала возможность получения дохода от ведения индивидуальной трудовой деятельности. Кстати, к термину «доход» вернулся законодатель и в действующей редакции Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ), закрепив в п. 5 ст. 50 «деятельность, приносящую доход», уйдя от ранее закрепленной возможности некоммерческих организаций осуществлять «предпринимательскую деятельность».

Законом РСФСР от 15.12.1990 № 423-1 «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) РСФСР»⁷ положения ст. 17 Конституции РСФСР изменились, теперь: «Российская Федерация создает условия и поощряет хозяйственную инициативу, направленную на динамичное развитие производства, рост производительности труда и повышение благосостояния общества и каждого труженика. Государство регулирует хозяйственную деятельность, обеспечивает развитие рыночного механизма, не допускает монополизма, защищает интересы трудящихся; охраняет окружающую среду; осуществляет единую налоговую, финансовую политику; разрешает споры между участниками экономической жизни, пресекает злоупотребления в хозяйственной деятельности».

Переплетение норм частного и публичного права в регулировании предпринимательско-правовых отношений прослеживается в нормах Конституции РФ (1993 г.). Поскольку единство экономического пространства обеспечивается установлением единого правопорядка в масштабах всей страны, академик В.В. Лаптев говорит о том, что правотворчество в сфере предпринимательства в основном носит федеральный характер, но вместе с этим должно дополняться региональными источниками права с учетом специфики субъектов федерации⁸. Предпринимательское законодательство, нормы которого устанавливают правовые основы единого рынка, финансового, валютного, кредитного, таможенного регулирования, недропользования, охраны окружающей среды и многие другие вопросы, находятся как в ведении РФ (ст. 71 Конституции РФ), так и совместном ведении РФ и субъектов федерации (ст. 72 Конституции РФ). Такое положение дел подчеркивает особенности рынка, экономические границы которого и условия осуществления предпринимательства должны учитывать интересы субъектов федерации и государства в целом.

¹ Официальный текст Конституции РФ с внесенными поправками от 21.07.2014 опубликован на официальном Интернет-портале правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата посещения: 01.08.2014); Собрание законодательства РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

² См.: Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М.: Инфра-М: Норма, 2014. С.151; Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / пер. с фр. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 211; Исаев И.А. История государства и права России: учебник. М.: Юрайт, 2013. С. 796 и др.

³ Ведомости ВС РСФСР. 1978. № 15. Ст. 407.

⁴ См. например: Двадцать лет Конституции РФ: юридическая наука и практика / отв.ред. А.Г. Лисицын-Светланов. М.: ИГП РАН, 2013; Конституция России и отраслевое законодательство / Материалы Всерос. науч.-практ. конференции, посвященной Конституции РФ. М.: ИГП РАН, 2014 и др.

⁵ Ведомости ВС РСФСР. 1978. № 15. Ст. 407.

⁶ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 2. Ст. 55.

⁷ Там же. 1990. № 29. Ст. 395.

⁸ См.: Лаптев В.В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. М.: Юрист, 1997. С. 31–32.

Конституция РФ закрепила основы (принципы) ведения экономической деятельности в стране с учетом общепризнанных норм и принципов международного права, политики руководства страны, курса на обеспечение демократического правового государства и развитие рыночной экономики. В.К. Андреев отмечает, что «Конституция признает и гарантирует права и свободы граждан и объединений, а не регулирует общественные отношения с их участием»⁹. Действительно, закладывая основы предпринимательского правопорядка, Конституция РФ выступает «точкой отсчета» для остальных внутригосударственных форм предпринимательского права. Однако, по мнению Верховного Суда РФ, заложенного в п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия», Конституция РФ определяется как «акт прямого действия»¹⁰, который может применяться судами непосредственно, в частности когда для использования ее норм не требуется дополнительной регламентации (или издания нормативного правового акта) или когда Конституционный Суд РФ выявил пробел в правовом регулировании посредством признания неконституционным нормативного правового акта или его отдельных положений.

Конституция РФ априори не содержит неопределенности, а закрепляет лишь то, что в ней буквально написано, поскольку она сама по себе выступает всенародной волей российского общества. Неопределенность может быть свойственна иным актам, например закону (п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 № 8). Вместе с этим, как справедливо отмечает В.Е. Чиркин, несмотря на то, что Конституция России содержит базовые ценности, она не идеальна, как и любая конституция не является абсолютной ценностью¹¹.

Учитывая истинные ценности Конституции¹², следует согласиться с мнением В.В. Ершова, что проблеме конкретизации Конституции в отечественном правоведении не уделяется должного внимания¹³, несмотря на то, что в ней заложены основы для правотворчества во всех сферах жизнедеятельности общества и в каждой отрасли права.

⁹ Андреев В.К. О Концепции развития законодательства о предпринимательской деятельности // Российский судья. 2010. № 9. С. 20–26.

¹⁰ См. также: Кокотов А.Н. О прямом действии Конституции Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 12. С. 1511–1516.

¹¹ См.: Чиркин В.Е. К вопросу о ценности российской Конституции 1993 г. // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 12. С. 1517–1522.

¹² См.: Гаджиев Г.А. Конституция Российской Федерации 1993 г. с точки зрения правовой аксиологии // Юридический мир. 2013. № 12. С. 27–30.

¹³ См.: Ершов В.В. Размышления к 20-летию юбилею Конституции России // Российский судья. 2013. № 12. С. 3–13.

Принцип предпринимательского права — основополагающее положение, лежащее в основе всей системы правового регулирования предпринимательства и определяющее сущность системы. Переход от командно-плановой к рыночной системе экономики во многом обеспечивается основополагающими принципами предпринимательства, закрепленными непосредственно в Конституции РФ или принятых (санкционированных) в соответствии с ней иных формах права. Надо отметить, что в кругу ученых-правоведов в области предпринимательского права, среди которых В.К. Андреев, В.С. Белых, Е.П. Губин, И.В. Ершова, С.С. Занковский, М.И. Клеандров, В.В. Лаптев, В.С. Мартемьянов и др., наблюдается негласный единый подход к вопросу выделения конкретных принципов предпринимательского права¹⁴.

1. Законность. Данный общеправовой принцип присущ всем отраслям российского права. Законность, являясь основным принципом российского права, обеспечивает реальное действие права, а следовательно, правовое государство, идеи которого заложили Т. Гоббс, Дж. Локк, Ш. Монтескье и др. В силу ст. 15 Конституции РФ органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию РФ и иные законы. Принцип законности во многом обеспечивается судебной системой, а именно: в части экономических споров — арбитражными судами.

Принцип законности формирует важнейшие производные от него межотраслевые принципы *добросовестности* и *запрета злоупотребления* правом (ст. 10 ГК РФ), которые обеспечивают стабильность существующего правопорядка. Конституционный Суд РФ в Определении от 21.06.2011 № 807-О-О также отмечает, что установленный в ст. 10 ГК РФ запрет злоупотребления правом в любых формах прямо направлен на реализацию принципа, закрепленного в ст. 17 (ч. 3) Конституции РФ, и не может рассматриваться как нарушающий какие-либо конституционные права и свободы (см. также: Определение Конституционного Суда РФ от 18.01.2011 № 8-О-П и др.).

Принцип законности заложен в положениях ст. 55 и 74 Конституции РФ, в силу которых права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспече-

¹⁴ См.: Российское предпринимательское право: учебник / отв. ред. И.В. Ершова. М.: Проспект, 2012; Предпринимательское (хозяйственное) право: учебник / под ред. В.В. Лаптева, С.С. Занковского. М.: Волтерс Клувер, 2006; Предпринимательское право РФ: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Норма, 2010; Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М.: Проспект, 2010 и др.

ния обороны страны и безопасности государства. Ограничения перемещения товаров и услуг могут вводиться в соответствии с федеральным законом, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей.

Допустимость установления ограничений, обязанности либо ответственности субъектов экономической деятельности исключительно законами объясняет значительное количество поправок, вносимых в такие законы, как, например, Налоговый кодекс РФ (далее — НК РФ) или Кодекс РФ об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ).

2. Свобода экономической деятельности. Конституционный принцип свободы экономической, в том числе предпринимательской, деятельности (ст. 8 и 34 Конституции РФ) обеспечивает существование и развитие рыночных отношений в стране. Не случайно Н.С. Бондарь, анализируя онтологию Конституции РФ, выделяет универсальное значение для динамики конституционного развития трех категорий: «власть — свобода — собственность»¹⁵.

Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (п. 1 ст. 34 Конституции РФ). Данный принцип предпринимательского права корреспондирует с признаком «самостоятельности» предпринимательской деятельности и имущественной ответственности по предпринимательно-правовым обязательствам, возникающим в процессе ведения такой деятельности.

Единственным ограничением экономической свободы становится запрет на незаконное осуществление предпринимательской деятельности (ст. 171 и 289 УК РФ). При этом суть ограничения свободы предпринимательства заключается не в лишении права ее осуществления, а связано лишь с требованиями легитимации и соблюдения публичных процедур, в результате которых приобретает легитимный статус участника (субъекта) экономической деятельности и правоспособность. Такой же подход, в частности, прослеживается в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 18.11.2004 № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем»¹⁶.

3. Свобода конкуренции и ограничение монополий. Развитие экономических отношений возможно при обеспечении их правовыми средствами «здоровой» конкуренции, то есть состязательности хозяйствующих субъектов, при

которой каждый пытается эффективно реализовать свою продукцию посредством повышения качества товара, снижения цены, увеличения потребительских свойств товара, гарантийных сроков обслуживания и сроков службы товара, иными экономическими факторами.

Перед каждым государством в части внутренней экономической политики стоит задача обеспечения конкурентной среды на рынке. В зарубежной истории встречаются акты, закрепляющие жесткие последствия нарушения правил конкуренции. Так, антитрестовый закон Шермана — Закон США, направленный на защиту торговли и коммерции от незаконных ограничений и монополий (1890 г.), стал одним из первых исторических актов, позволивших запрещать монополии и снимать ограничения свободы конкуренции. Данным актом была закреплена уголовная ответственность за трестовый сговор на рынке.

Достижение данных целей обеспечивается ст. 8 и 34 Конституции РФ, которыми поддерживается конкуренция и не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию рынка. Видится, что не нужно толковать буквально данный принцип. Монополии существуют и всегда будут существовать в определенных сферах экономики, в частности *естественные монополии* (РЖД, транспортировка нефти по трубным магистралям и т.д.) и *легальные государственные монополии* (производство военного оружия, печать денежных банкнот и монет и др.). Однако государство создает правовые механизмы регулирования таких монополий и контролирует исполнение требований в целях недопущения нарушения законодательства и прав третьих лиц.

Согласно ст. 10 ГК РФ запрещено злоупотребление правом, в том числе в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке. К.Ю. Тотьев отмечает, что «конкуренция является не столько правовым, сколько экономическим понятием, которое не может быть (несмотря на упоминание о хозяйствующих субъектах в п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции) привязано к статусным характеристикам субъектов экономической активности», и законодателю в целях эффективности применения данной нормы приходится привязать «субъектов злоупотребления доминирующим положением к формальному статусу предпринимателя (в широком смысле слова)»¹⁷. Налицо глубина проблемы соотношения права и экономики, содержание терминов и подходов, которые тесным образом переплетаются.

Высший Арбитражный Суд РФ, к примеру, в п. 8 Обзора практики применения арбитраж-

¹⁵ См.: Бондарь Н.С. Конституция России: стабильность и (или?) динамизм // Юридический мир. 2013. № 12. С. 10–20.

¹⁶ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 1.

¹⁷ Подробнее см.: Тотьев К.Ю. Состав злоупотребления доминирующим положением: между унификацией и дифференциацией // Законодательство и экономика. 2008. № 1. С. 5–11.

ными судами ст. 10 ГК РФ (утвержден информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25.11.2008 № 127¹⁸) применительно к охране промышленной собственности обращает внимание на ст. 10 bis Конвенции по охране промышленной собственности¹⁹, в силу которой актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. В частности, подлежат запрету все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов, промышленной или торговой деятельности конкурента, а также ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности предприятия.

Еще до принятия в 1993 г. Конституции РФ в России действовал Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»²⁰, сфера регулирования которого впоследствии стала предметом Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»²¹. Заложенные в 90-х гг. XX в. основы конкуренции продолжают развиваться с учетом современного состояния экономики, развития новых отраслей, а также появления новых форм и методов ведения предпринимательства.

4. Плюрализм и равная защита всех форм собственности. Распад Советского Союза у многих ассоциируется с изменением имущественной основы экономики, фундамент которой ранее составляла государственная собственность, а затем стало возможным использование частного капитала в экономической деятельности. В Конституции РФ много норм направлено на обеспечение частной собственности и множественности форм собственности в целом (ст. 8, 9, 34 и 35). Переход к развитию частного сектора экономики сопровождался принятием Законов РСФСР от 14.07.1990 «О собственности на территории РСФСР»²², от 24.12.1990 «О собственности в РСФСР»²³ и Закона РФ от 03.07.1991 № 1531-1 «О приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации»²⁴, которыми закреплялось: имущество может находиться в частной, государственной, муниципальной собственности; право собственности признается и охраняется законом; возможно приобретение у государства в частную собственность предприятий, оборудования, зданий, сооружений, лицензий, патентов и других материальных и нематериальных активов

предприятий, долей (паев, акций) государства в капитале акционерных обществ (товариществ)²⁵.

Исследуя существующий нормативный массив источников предпринимательского права, В.К. Андреев приходит к справедливому выводу об ошибочности признания ГК РФ экономической конституцией (наряду с другими кодексами и иными законами), поскольку в ряде существенных положений кодекс отходит от прямых «указаний» Конституции РФ и даже противоречит сути ряда ее положений. В частности, конституционная дефиниция «частная собственность» в кодексе изменяется на «собственность граждан и юридических лиц»²⁶.

Обеспечение многообразия форм собственности является основой капиталистической модели экономики, важную роль в которой «играют» частная собственность на средства производства и свобода конкуренции. Очевидно, что хозяйственную инициативу субъекта предпринимательства может обеспечить собственный капитал, необходимый для ведения предпринимательской и иной экономической деятельности. Содержание ст. 2 ГК РФ продолжает идею заложенного в ст. 8, 9, 34 и 35 Конституции РФ признака имущественной основы предпринимательства, без которого невозможно осуществление экономической деятельности.

Конституционный Суд РФ, оценивая конституционное право граждан на свободное использование своих способностей и имущества, обратил внимание на то, что в основе корпоративного предпринимательства (или корпоративной формы хозяйствующего субъекта) лежит возможность граждан самостоятельно определять сферу деятельности, стратегию бизнеса и состав коллективного предпринимательства — бизнес-партнеров (п. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 24.02.2004 № 3-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 74 и 77 Федерального закона “Об акционерных обществах”, регулирующих порядок консолидации размещенных акций акционерного общества и выкупа дробных акций, в связи с жалобами граждан, компании “Кадет Истеблишмент” и запросом Октябрьского районного суда города Пензы»²⁷).

В работах академика О.Е. Кутафина о современном российском конституционализме прослеживается идея неотъемлемой ценности

¹⁸ Вестник ВАС РФ. 2009. № 2.

¹⁹ Закон. 1999. № 7 (извлечение).

²⁰ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499. Закон действует со значительными ограничениями.

²¹ Собрание законодательства РФ. 1995. № 28. Ст. 2669.

²² Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1990. № 7. Ст. 101.

²³ Там же. № 30. Ст. 416.

²⁴ Там же. 1991. № 27. Ст. 927.

²⁵ На недопустимость ограничения правомочий собственника по формальным основаниям со стороны государственных органов было обращено внимание Верховным Судом РФ в п. 6 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ «Некоторые вопросы судебной практики по гражданским делам Верховного Суда РФ» (Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 10).

²⁶ См.: Андреев В.К. Можно ли Гражданский кодекс Российской Федерации назвать экономической конституцией? (Размышления о законотворчестве в области экономики) // Российский судья. 2003. № 8. С. 25–30.

²⁷ Собрание законодательства РФ. 2004. № 9. Ст. 830.

признания и защиты всех форм собственности, которая наряду с другими (верховенство закона, разделение властей, суверенитет и т.д.) формализуется в различных формах внутригосударственного права и в первую очередь в российских законах²⁸.

5. Единое экономическое пространство. Экономическое пространство страны определяется территориальными границами Российской Федерации. Согласно ст. 8 Конституции РФ в России гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств. Товары, услуги и финансовые средства свободно перемещаются на всей территории РФ (п. 5 ст. 1 ГК РФ). Отсутствие экономико-территориальных барьеров между субъектами РФ является фундаментом создания экономической целостности и суверенитета России и обязательным условием развития предпринимательства.

Легального толкования «единого экономического пространства» в законодательстве нет. Используя аналогию, можно процитировать положение ст. 2 Договора о Евразийском экономическом союзе (2014 г.), согласно которому «единое экономическое пространство» — пространство, состоящее из территорий государств-членов, на котором функционируют сходные (сопоставимые) и однотипные механизмы регулирования экономики, основанные на рыночных принципах и применении гармонизированных или унифицированных правовых норм, и существует единая инфраструктура. Если перенести предложенный евразийский подход на российское экономическое пространство, можно выделить два определяющих признака: единые основы регулирования рынка и целостность элементов инфраструктуры, система которых обеспечивает функционирование такого рынка.

Российское законодательство насильственно пронизано принципом, направленным на обеспечение единого экономического пространства. Так, согласно п. 4 ст. 3 НК РФ, не допускается устанавливать налоги и сборы, нарушающие единое экономическое пространство России и, в частности, прямо или косвенно ограничивающие свободное перемещение в пределах территории России товаров (работ, услуг) или финансовых средств, либо иначе ограничивать или создавать препятствия не запрещенной законом экономической деятельности физических лиц и организаций (см. также: Определение Конституционного Суда РФ от 17.07.2014 № 1579-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «Северсталь Менеджмент» на нарушение конституционных прав и свобод п. 2, 3 и 4 ст. 269 Налогового кодекса РФ»).

²⁸ Подробнее см.: Кутафин О.Е. Российский конституционализм. М.: Норма, 2008.

Единственно, в силу абз. 2 п. 5 ст. 1 ГК РФ, ограничения перемещения товаров и услуг могут вводиться в соответствии с федеральными законами, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей (например, установление Роспотребнадзором ограничения либо запрета на реализацию молочных продуктов из района, где были выявлены эпизоотии у животных либо нарушения требований санитарно-эпидемиологических норм).

Не является нарушением принципа единого экономического пространства существование в России *особых экономических зон*²⁹ и *зон территориального развития*³⁰. Данные территории РФ (территории субъектов федерации) создают дополнительные благоприятные условия для осуществления экономической деятельности, включая меры государственной поддержки и экономического стимулирования, в целях развития экономики региона. Скажем, это является балансированием инвестиционного климата в стране с учетом особенности экономической карты России.

6. Сочетание частноправовых и публично-правовых начал предпринимательства. Данный принцип предпринимательского права является для отрасли уникальным и определяющим для отграничения от других отраслей российского права (гражданского, административного, трудового и т.д.).

Роль предпринимательского права в России заметно стала возрастать при выборе руководством страны курса на развитие экономики. Особенно в кризисных ситуациях стало заметно действие норм предпринимательского права (мировой финансово-экономический кризис 2008 г., лесные пожары в России 2005 г., экономический кризис в России 1998 г., авария на Саяно-Шушенской ГЭС в 2009 г., авария на шахте «Ульяновская» в Кемеровской области в 2007 г. и другие примеры).

Одному из ярких представителей «третьей» научной школы³¹ хозяйственного (предпринимательского) права — академику В.В. Лаптеву — удалось наглядно подчеркнуть современное состояние реального сектора экономики с позиции роли предпринимательского права в управлении и регулировании экономических, в том числе предпринимательских, отношений³². Стабильность

²⁹ Федеральный закон от 22.07.2005 № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3127.

³⁰ Федеральный закон от 03.12.2011 № 392-ФЗ «О зонах территориального развития в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ» // Собрание законодательства РФ. 2011. № 49 (ч. 5). Ст. 7070.

³¹ См.: Лаптев В.А. Влияние «третьей школы» на формирование системы предпринимательского права // Творческое наследие академика В.В. Лаптева и современность. М.: ИПП РАН, 2014

³² См.: Лаптев В.В. Предпринимательское (хозяйственное) право и реальный сектор экономики. М.: Инфотропик Медиа, 2010.

развития экономических отношений, которые в условиях конституционной свободы осуществления предпринимательской деятельности нередко отождествляются исключительно с правом (а не обязанностью), возможна только посредством установления правовых «рамок» поведения участников рынка.

Сочетание диалектических подходов (частных и публичных) в экономических отношениях подчеркивается теорией *конвергенции*, предложенной Н.М. Коршуновым, содержание которой свидетельствует о смешении двух подходов в единую уникальную норму права, которую нельзя отнести исключительно к частной или публичной сферам³³.

Экономические отношения не основаны только на частном интересе (диспозитивном методе) и не выстраиваются по принципу власти — подчинения (императивного метода), а основаны на балансе и единстве сочетания частноправовых и публично-правовых начал регулирования предпринимательства. При этом одновременно учитываются интересы государства, общества в целом и самих предпринимателей. Например, по указанию руководства страны российский военно-промышленный комплекс по ряду направлений перепрофилируется и становится социально ориентированным.

7. Государственное регулирование предпринимательства. В условиях смешанной экономики предпринимательские отношения приобретают качественно новый характер. Состязательность (конкуренция) хозяйствующих субъектов проявляется во всех направлениях экономической деятельности (в производстве, распределении и продаже продукции). Декларируется государственная поддержка малого и среднего бизнеса. При таких обстоятельствах очевидна необходимость регулирования эконо-

мической деятельности для обеспечения и защиты интересов всех участников рынка³⁴.

Принцип *саморегулирования рынка* («шоковой терапии»), при которой рынок регулируется «невидимой рукой», и провозглашение тезиса: «все, что не запрещено законом, — разрешено», показал неминуемые катастрофические последствия и пороки отсутствия регуляторов рынка.

Объективным и справедливым регулятором становится государственное регулирование экономики. Это выражается во всех направлениях экономической деятельности, начиная с создания хозяйствующего субъекта (государственной регистрации), установления требований к предпринимательской деятельности, регулирования самой экономической деятельности, распределения ее финансово-хозяйственных результатов (выплата дивидендов, уплата налогов и сборов и т.д.) и заканчивая прекращением деятельности (ликвидацией либо банкротством).

В правовой доктрине в качестве принципов предпринимательского права дополнительно выделяют принципы *свободы договора* (В.С. Белых³⁵), *защиты экономических интересов хозяйствующих субъектов и поощрения предприимчивости в хозяйствовании* (В.С. Мартемьянов³⁶), *ограничения вмешательства государственных органов в хозяйственные отношения* (Г.Л. Знаменский³⁷) и др.

С учетом положений Конституции РФ, внешних и внутренних функций государства в части развития экономических отношений в России можно сформулировать следующие *основные цели* отрасли предпринимательского права: обеспечение развития экономики страны, стабилизация финансовой системы, регулирование экономики, защита прав участников рынка, защита потребителей и экологическая безопасность.

Библиография:

1. Андреев В.К. Можно ли Гражданский кодекс Российской Федерации назвать экономической конституцией? (Размышления о законотворчестве в области экономики) // Российский судья. — 2003. — № 8. — С. 25–30.
2. Андреев В.К. О Концепции развития законодательства о предпринимательской деятельности // Российский судья. — 2010. — № 9. — С. 20–26.
3. Бондарь Н.С. Конституция России: стабильность и (или?) динамизм // Юридический мир. — 2013. — № 12. — С. 10–20.
4. Гаджиев Г.А. Конституция Российской Федерации 1993 г. с точки зрения правовой аксиологии // Юридический мир. — 2013. — № 12. — С. 27–30.
5. Двадцать лет Конституции РФ: юридическая наука и практика / отв. ред. А.Г. Лисицын-Светланов. — М.: ИГП РАН, 2013. — 256 с.
6. Ершов В.В. Размышления к 20-летию юбилею Конституции России // Российский судья. — 2013. — № 12. — С. 3–13.
7. Исаев И.А. История государства и права России: учебник. — М.: Юрайт, 2013. — 222 с.

³⁴ См. также: Шишкин С.Н. Предпринимательско-правовые (хозяйственно-правовые) основы государственного регулирования экономики. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

³⁵ См.: Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М.: Проспект, 2010. С. 73–78.

³⁶ См.: Мартемьянов В.С. Хозяйственное право: курс лекций. Т. 1: Общие положения. М.: БЕК, 1994. С. 6–9.

³⁷ См.: Хозяйственное право: учебник / под ред. В.К. Мамутова. Киев: Юринком Интер, 2002. С. 27.

³³ Подробнее см.: Коршунов Н.М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М.: Норма: Инфра-М, 2014.

8. Кутафин О.Е. Российский конституционализм. — М.: Норма, 2008. — 544 с.
9. Лаптев В.А. Влияние «третьей школы» на формирование системы предпринимательского права // Творческое наследие академика В.В. Лаптева и современность. — М.: ИГП РАН, 2014. — 255 с.
10. Лаптев В.В. Предпринимательское (хозяйственное) право и реальный сектор экономики. — М.: Инфотропик Медиа, 2010. — 88 с.
11. Лаптев В.В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. — М.: Юрист, 1997. — 140 с.
12. Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. — М.: Инфра-М: Норма, 2014. — 672 с.
13. Чиркин В.Е. К вопросу о ценности российской Конституции 1993 г. // Актуальные проблемы российского права. — 2013. — № 12. — С. 1517–1522.
14. Шишкин С.Н. Предпринимательско-правовые (хозяйственно-правовые) основы государственного регулирования экономики: монография. — М.: Инфотропик Медиа, 2011. — 320 с.

Материал поступил в редакцию 23 марта 2015 г.

THE CONSTITUTION OF THE RUSSIAN FEDERATION AS A PRIMARY SOURCE OF ENTREPRENEURIAL LAW

Laptev, Vasiliy Andreevich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Entrepreneurial Law of the Kutafin Moscow State Law University, Judge of the Arbitration Court of the City of Moscow, Chairman of the Scientific Consultative Council under the auspices of the Arbitration Court of Moscow.

[laptev.va@gmail.com]

123995, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

Review. *Evaluation of the constitutional fundamental bases of the economic legal order in Russia allows to define the directions for the development of economic activity and market in a state. The mistakes of the past years and the perspectives for the future have become objects of scientific studies in the light of 20th anniversary of the Constitution of the Russian Federation. Development and strengthening of the number of branches of law became possible thanks to the provisions of the Constitution of the Russian Federation. The author notes the historical tendencies in the constitutional enshrinement of the provisions for the right to implement entrepreneurial activities. The author also studies the application of the provisions of the Constitution of the Russian Federation as a directly applicable act, rather than just an act providing for the basic rules and principles of the Russian entrepreneurial law. The author further analyzes the principles of entrepreneurial law, which he regards as the key fundamentals at the basis of the very system of legal regulation of entrepreneurship, defining the nature of the system. The author singles out the principles of lawfulness, as a general principle within the branch of law, principle of freedom of economic activity, guaranteeing the right to access entrepreneurial activities on the lawful basis; traditional principle of freedom of competition and limitations to monopolistic activities, allowing to improve the quality of goods (works, services) and lower its costs, which is beneficial for the final customers. The key principle of pluralism and equal protection of all types of property including private property has guaranteed the existence of small and medium business and a number of large industrial enterprises. The constitutional enshrinement for the unified economic territory, which is aimed at avoiding formation of artificial barriers inside the Russian market upholds the economic integrity and unity of Russia. The author also notes a topical principle of combination of private law and public law elements in entrepreneurial law, which is typical for it. The author also points out the presence of elements of state regulation in all of the economic spheres in spite of existence of self-regulation in some spheres. Finally the author establishes the goals, which are achieved by the establishment of constitutional principles, such as guaranteeing the economic development of the state, stabilization of the financial system, economy regulation, protection of the rights of the participants of the market, protection of customers and environmental security.*

Keywords: *the Constitution of the Russian Federation, entrepreneurial law, trade law, entrepreneurial activity, principles of entrepreneurial law, economic legal order, entrepreneurial legislation, sources of law, sources of entrepreneurial law, market economy law.*

Bibliography:

1. Andreev, V.K. Is it possible to call the Civil Code of the Russian Federation an Economic Constitution? (Thought on the legislation in the sphere of economics) // Rossiyskiy sudya. — 2003. — № 8. — P. 25–30.
2. Andreev, V.K. On the concept of development of the legislation on entrepreneurial activity // Rossiyskiy sudya. — 2010. № 9. — P. 20–26.
3. Bondar, N.S. The Constitution of Russia: stability and (or) dynamics? // Yuridicheskiy mir. — 2013. — № 12. — P. 10–20.

4. Gadzhiev, G.A. The Constitution of the Russian Federation of 1993 from the standpoint of legal axiology // *Yuridicheskiy mir*. — 2013. — № 12. — P. 27–30.
5. 20th Anniversary of the Constitution of the Russian Federation: legal science and practice / Ed. by A.G. Lisitsyn-Svetlanov. — M.: IGP RAN, 2013. — 256 p.
6. Ershov, V.V. Thoughts on the 20th Anniversary of the Constitution of the Russian Federation // *Rossiyskiy sudya*. — 2013. — № 12. — P. 3–13.
7. Isaev, I.A. History of state and law of Russia: a manual. — M.: Yurayt, 2013. — 222 p.
8. Kutafin, O.E. Russian constitutionalism. — M.: Norma, 2008. — 544 p.
9. Laptev, V.A. Influence of the 3rd school on the formation of the system of entrepreneurial law // *Heritage of the Academician V.V. Laptev and modern time*. — M.: IGP RAN, 2014. — 255 p.
10. Laptev, V.V. Entrepreneurial (economic) law and the real sector of economy. — M.: Infotropik Media, 2010. — 88 p.
11. Laptev, V.V. Entrepreneurial law. Definition and subjects. — M.: Yurist, 1997. — 140 p.
12. Marchenko, M.N. Sources of law. A manual. — M.: Infra-M: Norma, 2014. — 672 p.
13. Chirkin, V.E. On the issue of the value of the Russian Constitution of 1993 // *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. — 2013. — № 12. — P. 1517–1522.
14. Shishkin, S.N. Entrepreneurial legal (economic legal) fundamentals of the state regulation of the economics: a monograph. — M.: Infotropik Media, 2011. — 320 p.

С.В. Петрикова*

ВОПРОСЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОСВОБОЖДЕНИИ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В СВЯЗИ С ДЕЯТЕЛЬНОМ РАСКАЯНИЕМ И ПРИМИРЕНИЕМ С ПОТЕРПЕВШИМ

Аннотация. Статья посвящена отдельным проблемам освобождения от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием и примирением с потерпевшим. В результате анализа уголовного законодательства и правоприменительной практики вносится предложение о совершенствовании ряда положений ст. 75 и 76 УК РФ. Автор отстаивает вывод о необходимости конструирования данных норм как императивных, предлагая заменить слова «может быть освобождено» на «освобождается». В ходе рассмотрения вопроса о количестве условий, необходимых для освобождения от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием, делается вывод о допустимости освобождения в случае объективной невозможности виновного выполнить некоторые положительные постпреступные действия. При характеристике явки с повинной освещены дискуссионные вопросы о необходимости личной явки, периода времени, до которого явка возможна, круга органов, которым адресуется заявление о явке с повинной. В статье показано соотношение терминов «возмещение причиненного ущерба» и «заглаживание вреда, причиненного преступлением». Автор делает вывод, что применительно к ст. 75 УК РФ о возмещении ущерба речь может идти, если в результате совершенного преступления причинен материальный (имущественный) ущерб; если же причинен моральный или физический вред, то речь может идти о заглаживании вреда иным образом. Применительно к ст. 76 УК следует исходить из того, что термин «заглаживание причиненного вреда» является родовым и включает в себя и возмещение причиненного ущерба, и заглаживание иным способом вреда, причиненного преступлением. В работе делается вывод о возможности освобождения от уголовной ответственности в случае невозможности одновременного возмещения ущерба и составления соответствующего соглашения о поэтапном его возмещении. Автор считает целесообразным дополнить ст. 75 УК РФ таким условием освобождения от уголовной ответственности, как предотвращение вредных последствий. Это понятие не идентично возмещению причиненного ущерба и заглаживанию иным образом вреда, причиненного преступлением, и характеризует положительное поведение лица, свидетельствует о стремлении к уменьшению негативных последствий преступления, а иногда и предотвращает наступление более тяжких последствий.

Ключевые слова: деятельное раскаяние, примирение, потерпевший, явка с повинной, добровольность, освобождение от уголовной ответственности, возмещение ущерба, заглаживание причиненного вреда, способствование раскрытию преступления, способствование расследованию преступления, предотвращение вредных последствий.

В юридической литературе не одно десятилетие дискутируется вопрос, следовало ли освобождение от уголовной ответственности

сделать обязательным при соблюдении указанных в законе условий или оставить решение данного вопроса на усмотрение правоохрани-

© Петрикова С.В., 2015

* Петрикова Светлана Васильевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры криминалистики и криминологии уголовного права Мордовского государственного университета им. Н.П. Огарева.

[Petrikova_Sveta@mail.ru]

430000, Россия, г. Саранск, ул. Большевикская, д. 68

менительных органов. Так, еще Г.Б. Виттенберг применительно к ранее действовавшему законодательству утверждал: «было бы нелогично и неправильно, если бы закон, с одной стороны, давал подробную регламентацию оснований и предпосылок освобождения от уголовной ответственности <...> а с другой — оставлял решение этого вопроса всецело на усмотрение следственно-судебных органов, наделяя их в этой части только правом без обязанностей»¹.

Его позицию поддерживал Я.О. Мотовиловкер: «Действительно, если бы дело обстояло так, что освобождение лица от уголовной ответственности обусловлено всецело усмотрением того или иного процессуального органа, то это означало бы, что судьба человека зависит не от объективных обстоятельств дела и действующего закона, а от того, каково личное усмотрение того или иного процессуального органа, в сфере деятельности которого оказалось производство по делу. Вместо органа, применяющего установленную законодателем норму, оказался бы орган, который руководствуется им же устанавливаемым в каждом конкретном случае правилом поведения»².

Действующая редакция ст. 75 и 76 УК РФ позволяет утверждать, что у правоприменительных органов существует право, а не обязанность освобождения от уголовной ответственности даже при выполнении всех условий, в них закрепленных. Толкование слов «может быть освобождено» не дает оснований для иного вывода. Хотя, по мнению Л.В. Иногамовой-Хегай, «может быть освобождено» также означает обязанность освобождения лица при обязательном установлении правоприменителем основания в виде отпадения или существенного уменьшения общественной опасности лица³.

Целесообразно ли сохранение существующего порядка освобождения от уголовной ответственности или следует внести изменения в УК и УПК РФ, заменив слова «может быть освобождено» на «освобождается», «вправе» на «обязан»? По мнению С.П. Щербы, А.В. Савкина, излишняя категоричность в законе может только повредить производству предварительного следствия и суду, ограничит их свободу выбора при решении вопроса об освобождении от уголовной ответственности и наказания⁴.

Пункт 7 ч. 1 ст. 73 УПК РФ среди обстоятельств, подлежащих доказыванию, указывает на обстоя-

тельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания, то есть на должностных лиц возложена обязанность всякий раз обсуждать вопрос об освобождении от уголовной ответственности. Но на практике не исключена ситуация, когда при выполнении всех условий, предусмотренных законом, при наличии одинакового характеризующего материала, в отношении одного лица уголовное преследование будет прекращено, а в отношении другого — нет. Как же быть с конституционным принципом равенства всех перед законом и судом?

Как отмечает Х.Д. Аликперов, «усмотрение правоприменителя порой бывает необъективным или не всегда справедливым. Отсутствие в этих нормах однозначной гарантии освобождения от уголовной ответственности лица, совершившего преступление, в обмен на выполнение им условий, перечисленных в законе, резко снижает главное их назначение — склонить таких лиц к осознанию своей вины, положительному посткриминальному поведению»⁵.

В ст. 75 и 76 УК РФ в качестве условия освобождения от уголовной ответственности законодатель указал на возмещение причиненного ущерба, заглаживание вреда иным образом. Потерпевший может считать свое право восстановленным, спор — исчерпанным. Почему законодатель должен отдавать окончательное решение вопроса о прекращении уголовного преследования на усмотрение правоохранительных органов? Потерпевший не желает продолжения процесса. Но его могут обязать являться по вызову дознавателя, следователя, судьи. В противном случае он может быть подвергнут приводу. От подобного «усмотрения» должностных лиц страдают не только интересы тех, кто выполнил все условия, необходимые для освобождения от уголовной ответственности, но и интересы потерпевших.

По нашему мнению, в ст. 75 и 76 УК РФ слова «может быть освобождено» подлежат замене на «освобождается».

В судебной практике до сих пор неединичны случаи необоснованного отказа в освобождении от уголовной ответственности по указанным основаниям.

Так, приговором Кочкуровского районного суда Республики Мордовия от 23.01.2013 К. осужден за впервые совершенное преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 112 УК РФ, к 1 году лишения свободы условно с испытательным сроком в 1 год. Суд первой инстанции, несмотря на ходатайства подсудимого и потерпевшего, не прекратил уголовное дело на основании ст. 76 УК РФ, мотивировав свои выводы тем, что преступление средней тяжести К. совершил при скоплении большого количества людей, оно оказало на окружающих негативное психотравмирующее воздействие, обви-

¹ Виттенберг Г.Б. Вопросы освобождения от уголовной ответственности и наказания с применением мер общественного воздействия. Ч. 1. Иркутск: Иркутск. гос. ун-т, 1970. С. 218.

² Мотовиловкер Я.О. Обстоятельства, исключаящие производство по уголовному делу // Советское государство и право. 1984. № 12. С. 66.

³ См.: Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция норм при освобождении от уголовной ответственности // Правоведение. 2001. № 6. С. 119.

⁴ См.: Щерба С.П., Савкин А.В. Деятельное раскаяние в совершенном преступлении. М.: Спарк, 1997. С. 40.

⁵ Аликперов Х.Д. Новый УК: проблемы освобождения от уголовной ответственности // Законность. 1999. № 4. С. 13.

няемый в ходе предварительного расследования вину в совершении преступления не признавал, в ходе судебного разбирательства выдвинул доводы о противоправном поведении потерпевшего, явившимся поводом для преступления, а также об оказании медицинской помощи потерпевшему после совершения преступления. Между тем оказание на очевидцев происшествия негативного психотравмирующего воздействия материалами уголовного дела не подтверждено, а отказ в прекращении уголовного дела по нереабилитирующим основаниям ввиду высказывания доводов в свою защиту в целях смягчения ответственности и наказания не основан на законе.

Совершение преступления в присутствии свидетелей также не является препятствием для прекращения уголовного дела в связи с примирением сторон.

Кроме того, принимая решение по уголовному делу в отношении К., суд ошибочно исходил из того, что совершенное им преступление отнесено законом к категории средней тяжести, тогда как в соответствии с ч. 2 ст. 15 УК РФ оно является преступлением небольшой тяжести.

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции в своем определении указал, что отказ в прекращении уголовного дела в отношении К. в связи с примирением сторон противоречит требованиям уголовного и уголовно-процессуального закона, и прекратил уголовное дело в связи с примирением с потерпевшим⁶.

В другом случае приговором Ичалковского районного суда от 03.08.2012 К. осуждена по ч. 1 ст. 159 УК РФ к наказанию в виде штрафа в размере 10 тыс. руб.

Из материалов дела следует, что потерпевшей неоднократно были поданы суду ходатайства о прекращении уголовного дела в отношении К., так как последняя возместила материальный ущерб в полном объеме, между ними достигнуто примирение, претензий материального и морального характера к К. потерпевшая не имеет. Судом установлено, что К. ранее не судима, совершила преступление, относящееся к категории небольшой тяжести, возместила ущерб, причиненный преступлением, извинилась перед потерпевшей.

Отказ в прекращении уголовного дела суд мотивировал тем, что К. совершила преступление против собственности в период работы в межрайонном отделе № 2 филиала ФГБУ «Федеральная кадастровая палата Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии» по Республике Мордовия, в связи с чем имеется большой общественный резонанс, по-

терпевшая не присутствовала в судебном заседании, то есть, по мнению суда, не поддержала ходатайства о прекращении уголовного дела.

Отменяя приговор и прекращая уголовное преследование за примирением с потерпевшим, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Мордовия в определении отметила, что указанные в приговоре обстоятельства не влияют на принятие решения о прекращении уголовного дела. Наличие большого общественного резонанса доказательствами не подтверждено⁷.

Показательно и дело П., который приговором Ардатовского районного суда Республики Мордовия от 03.02.2011 осужден по ч. 3 ст. 264 УК РФ к 2 годам лишения свободы условно с испытательным сроком на 1 год с лишением права управлять транспортным средством сроком на 2 года.

Суд первой инстанции, отказывая в удовлетворении ходатайства о прекращении уголовного дела за примирением сторон, свое решение мотивировал грубым характером нарушений правил дорожного движения, наступлением тяжких последствий от действий П.

Между тем данные обстоятельства являются неотъемлемой частью объективной стороны преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 264 УК РФ. Иных мотивов для отказа в удовлетворении ходатайства суд в приговоре не привел.

Из материалов дела усматривалось, что основания и условия для прекращения уголовного дела имелись. П. ранее не судим, совершил преступление средней тяжести, загладил причиненный вред, в связи с чем он и потерпевшая заявили о своем примирении.

Потерпевшая З. как в письменном заявлении, так и в судебном заседании поясняла, что причиненный вред ей возмещен теми способами и в тех размерах, которые она считает приемлемыми.

С учетом того, что П. впервые совершил преступление средней тяжести, способствовал раскрытию преступления, дал признательные показания, примирился с потерпевшим и загладил причиненный потерпевшей вред, а также мнения потерпевшей, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Мордовия приговор отменила и, в соответствии со ст. 25 УПК РФ, прекратила уголовное дело в связи с примирением сторон⁸.

Предлагая сделать данные основания освобождения от уголовной ответственности императивными, считаем, что следует обратить внимание на ряд моментов.

При наличии нескольких потерпевших виновный должен загладить вред и достичь примирения с каждым из них. Лицо не подлежит освобождению от уголовной ответственности, если оно возместило ущерб и достигло примирения только

⁶ Обобщение судебной практики по вопросам освобождения от уголовной ответственности и наказания (по материалам кассационной, апелляционной и надзорной практики за 2011 — 1-ое полугодие 2013 гг.) // Бюллетень Верховного Суда Республики Мордовия. 2013. № 2 (25). С. 78–79.

⁷ Бюллетень Верховного Суда Республики Мордовия. 2013. № 2 (25). С. 79–80.

⁸ Там же. С. 80.

с одним из потерпевших. Пункт 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности» прямо указывает, что отсутствие примирения хотя бы с одним из потерпевших препятствует освобождению лица от уголовной ответственности на основании ст. 76 УК РФ⁹.

Например, постановлением Ромодановского районного суда Республики Мордовия от 21.03.2012 в отношении М., обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного ч. 5 ст. 264 УК РФ, прекращено уголовное дело на основании ст. 25 УПК РФ в связи с примирением сторон.

Органами предварительного следствия М. обвинялся в том, что, управляя автомобилем, совершил нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, повлекшее по неосторожности смерть двух лиц.

В ходе судебного заседания потерпевшие М.Т.Д. и Н.Н.И. заявили ходатайство о прекращении уголовного дела в отношении М. за примирением сторон, указав, что с подсудимым они примирились, он принес им свои извинения, загладил причиненный моральный вред и материальный ущерб, претензий к нему не имеют. Подсудимый М. и его защитник поддержали ходатайства потерпевших о прекращении уголовного дела за примирением сторон.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Мордовия постановлением суда первой инстанции отменила по следующим основаниям.

В соответствии с ч. 1 ст. 6 УПК РФ, одним из назначений уголовного судопроизводства является защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений. В соответствии с ч. 1 ст. 42 УПК РФ, потерпевшим является физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред. Действующее уголовно-процессуальное законодательство не запрещает по уголовным делам о преступлениях, последствием которых явилась смерть лица, признавать потерпевшими нескольких его близких родственников.

Как видно из материалов дела, у погибшей в результате совершенного преступления Н.И.Н. осталась несовершеннолетняя дочь Н.Д.И., здоровью которой совершенным преступлением был причинен вред средней тяжести. В своих показаниях на предварительном следствии Н.Д.И. прямо поясняла, что ей причинен моральный вред. При таких обстоятельствах орган следствия и прокурор при рассмотрении вопросов, предусмотренных ст. 221 УПК РФ, обязаны были принять

все предусмотренные законом меры для защиты прав и интересов несовершеннолетней Н.Д.И., не способной в силу своего возраста в полной мере защищать свои права и интересы.

Суд, прекращая уголовное дело в связи с примирением сторон, обязан был учесть мнение всех близких родственников погибшей, которым в результате совершенного преступления был причинен моральный, физический или материальный вред, и выяснить, заглажен ли подсудимым вред всем указанным лицам. Как указала Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Мордовия, «иное истолкование ст. 76 УК РФ противоречило бы ч. 1 ст. 42 УПК РФ и ст. 52 Конституции РФ. По указанному делу дочь погибшей была фактически лишена доступа к правосудию по уголовному делу, хотя ей были причинены смертью матери и нанесенными телесными повреждениями не меньшие моральные страдания, чем ее брату, который будучи процессуальным лицом, единолично участвовал в разрешении вопроса о применении норм материального права».

Данные нарушения уголовно-процессуального закона Судебная коллегия признала существенными, влекущими безусловную отмену постановления суда¹⁰.

Одним из дискуссионных вопросов, возникающих при применении ст. 75 УК РФ, является вопрос, достаточно ли совершения одного из перечисленных в ч. 1 ст. 75 УК РФ действий для констатации деятельного раскаяния или необходима их совокупность? На практике нередки случаи, когда лицо не явилось с повинной, но способствовало раскрытию и расследованию преступления, загладило причиненный вред, либо явилось с повинной, приложило усилия к раскрытию и расследованию преступления, но не может возместить ущерб и т.п.

В литературе отмечается, что «два или несколько признаков деятельного раскаяния должны рассматриваться в совокупности, их единстве, взаимосвязи и взаимообусловленности. Наличие лишь одного из них понимается уже не как деятельное раскаяние, а как отдельное, смягчающее ответственность обстоятельство»¹¹.

Некоторые авторы полагают, что наличие всех перечисленных в ч. 1 ст. 75 УК РФ обстоятельств не является обязательным, но минимум два из них должны присутствовать¹².

В. Коломеец, наоборот, отмечает, что «ни прежде, ни тем более сегодня не имелось и нет оснований, чтобы считать всегда обязательным наличие всей совокупности означенных в ч. 1 ст. 75

⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности» // Российская газета. 2013. 5 июля.

¹⁰ См.: Бюллетень Верховного Суда Республики Мордовия. 2013. № 2 (25). С. 81–82.

¹¹ Савкин А.В. Деятельное раскаяние — свобода от ответственности // Российская юстиция. 1997. № 12. С. 35.

¹² См.: Горжей В.Я. Деятельное раскаяние: проблемы применения // Российский следователь. 2003. № 4. С. 21.

УК РФ смягчающих ответственность обстоятельств для освобождения от ответственности»¹³.

Нам представляется допустимым освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием в случае объективной невозможности виновного выполнить некоторые положительные постпреступные действия (возместить ущерб, ввиду отсутствия такового в случае покушения на преступление либо если уголовно-правовая норма не включает общественно-опасные последствия; явиться с повинной, когда лицо было задержано после совершения преступления; способствовать раскрытию и расследованию преступления, когда оно было раскрыто путем эффективных действий сотрудников правоохранительных органов и т.д.).

Проведенное нами анкетирование сотрудников правоохранительных органов показало, что 23,64 % респондентов считают, что для прекращения уголовного преследования по ст. 28 УПК РФ необходимо совершить все действия, указанные в ч. 1 ст. 75 УК РФ; 8,18 % — что достаточно одного; 58,18 % отметили, что это решается в зависимости от конкретных обстоятельств дела. Остальные респонденты затруднились с ответом¹⁴.

В ходе проведенного нами исследования уголовных дел, мы не обнаружили ни одного уголовного дела, прекращенного в связи с деятельным раскаянием, где бы виновный выполнил все действия, указанные в ч. 1 ст. 75 УК РФ.

Пленум Верховного Суда РФ в п. 4 Постановления от 27.06.2013 № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности» указал, что, по смыслу ч. 1 ст. 75 УК, освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием возможно при условии выполнения всех перечисленных в ней действий или тех из них, которые с учетом конкретных обстоятельств лицо имело объективную возможность совершить (например, задержание на месте преступления объективно исключает возможность явиться в правоохранительные органы с сообщением о совершенном преступлении, однако последующее способствование лицом раскрытию и расследованию преступления, возмещение им ущерба и (или) заглаживание вреда иным образом могут свидетельствовать о его деятельном раскаянии).

Хотя из некоторых решений, вынесенных Судебной коллегией по уголовным делам Верховного Суда РФ, ранее следовал другой подход к решению рассматриваемой проблемы.

Ц. признан виновным в том, что, участвуя в качестве подсудимого в судебном заседании по уголовному делу, проявил к суду неуважение, выразившееся в оскорблении участников судебного

разбирательства — потерпевшего и свидетеля, и осужден по ч. 1 ст. 297 УК. В кассационной жалобе осужденный Ц. просил приговор отменить, а уголовное дело прекратить по основаниям, предусмотренным ст. 75 УК и ст. 28 УПК.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ, обсудив доводы кассационной жалобы и возражений государственного обвинителя, изменила приговор в части обоснования принятого судом решения, указав следующее.

Суд правильно отказал Ц. в удовлетворении ходатайства о прекращении уголовного дела по основанию, предусмотренному ст. 75 УК и ст. 28 УПК, не усмотрев в его поведении деятельного раскаяния, так как на всем протяжении производства по уголовному делу осужденный утверждал, что произнесенные им в судебном заседании слова были спровоцированы поведением самих потерпевших, и отрицал оскорбительный характер этих выражений. По смыслу названных норм, освобождение лица от уголовной ответственности и прекращение в отношении него уголовного дела возможны при установлении как всей совокупности предусмотренных обстоятельств, так и какого-либо одного из этих обстоятельств при условии, что оно свидетельствует о действительно деятельном раскаянии виновного.

С учетом этого Судебная коллегия изменила приговор в отношении Ц. и исключила из его мотивировочной части указание о том, что прекращение уголовного дела по основанию, предусмотренному ст. 75 УК и ст. 28 УПК, возможно только при наличии совокупности всех условий, указанных в этих статьях¹⁵.

Одним из условий освобождения от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием является добровольная явка с повинной.

Согласно ст. 142 УПК РФ заявление о явке с повинной — это добровольное сообщение лица о совершенном им преступлении.

В литературе в определениях явки с повинной подчеркивается ее добровольный характер с намерением передать себя в руки правосудия¹⁶, при условии сообщения неизвестного правоохранительным органам преступления¹⁷. По мнению В. Коломееца, только если заявитель не был подозреваемым или обвиняемым, за исключением обвиняемых, подсудимых и осужденных, которые находились в розыске, можно говорить о явке с повинной¹⁸.

В разных формулировках определений явки с повинной также отмечается личный и непо-

¹³ Коломеец В. Явка с повинной: новая трактовка // Российская юстиция. 1997. № 10. С. 35.

¹⁴ Всего было опрошено 110 сотрудников правоохранительных органов.

¹⁵ Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за III квартал 2009 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 2. С. 25–26.

¹⁶ См.: Михайлов В. Признаки деятельного раскаяния // Российская юстиция. 1998. № 4. С. 6; Мухамедзянов И., Карузин В. Процессуальное оформление явки с повинной // Законность. 1999. № 8. С. 19.

¹⁷ См.: Усков Р.Г. Теория и практика проверки законности и установления основания к возбуждению уголовного дела: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 14.

¹⁸ См.: Коломеец В. Указ. соч. С. 36.

средственный характер, заявление о собственном преступном деянии в компетентные правоохранительные органы¹⁹.

О.В. Волынская определяет явку с повинной как акт добровольного и непосредственного обращения лица в суд, правоохранительные органы с сообщением о совершенном им преступлении при наличии у него возможности скрыться от следствия и суда, порождающий указанные в законе правовые последствия²⁰.

На наш взгляд, явку с повинной следует определить как обращенное к правоохранительным органам добровольное, личное или сделанное по почте, телефону заявление о совершенном преступлении с намерением передать себя в руки правосудия при наличии реальной возможности избежать привлечения к уголовной ответственности.

При характеристике явки с повинной необходимо ответить на следующие вопросы:

- необходима ли личная явка лица в правоохранительные органы или возможно сообщение по почте, телефону, через третьих лиц;
- в какие органы должно адресоваться заявление о явке с повинной;
- до какого момента возможна явка с повинной.

Согласно ст. 142 УПК РФ, заявление о явке с повинной может быть сделано как в письменном, так и в устном виде. Устное заявление принимается и заносится в протокол. Буквальное толкование данной нормы дает основание полагать, что составление протокола обязательно только при устном заявлении о явке с повинной. А как быть с письменным заявлением, может ли оно быть направлено по почте, через третьих лиц?

В литературе не дается однозначного ответа на этот вопрос. Так, высказывается позиция о том, что главное в явке с повинной не личная явка куда-то, а прекращение определенного деяния и признание своего участия в нем; не требуется личного прихода человека в точно обозначенное место.

Согласно другой точке зрения, явка с повинной должна осуществляться, как правило, лично лицом, совершившим преступление, но в исключительных случаях возможна ее подача письменно через других лиц и направление по почте, если заявитель не имеет физической возможности лично явиться.

Иной взгляд заключается в том, что заявление должно осуществляться путем личной и непосредственной явки.

По нашему мнению, суть проблемы состоит не столько в форме заявления, сколько в том, чтобы это заявление сопровождалось реальной передачей

заявителя в правоохранительные органы. Ситуация явки с повинной будет возникать во всех случаях обращения лица в правоохранительные органы с заявлением о совершенном им преступлении, когда такое заявление сопровождается одновременной передачей этим лицом себя в руки правосудия, независимо от формы заявления и факта личной явки в какое-то определенное место или помещение.

Ситуации, когда заявление было сделано по телефону, через иных граждан, направлено по почте, и лицо впоследствии не предпринимает попыток скрыться от органов расследования и суда, безусловно, следует рассматривать как явку с повинной. Сложнее обстоит дело с ситуацией, когда соответствующее заявление было сделано указанным выше путем, но затем лицо скрылось от органов дознания и следствия. Можно ли считать указанное заявление явкой с повинной? В данном случае о явке с повинной можно говорить как об обстоятельстве, смягчающем наказание, потому что не будет соблюдено такое условие прекращения уголовного преследования в связи с деятельным раскаянием, как способствование раскрытию и расследованию преступления.

При характеристике явки с повинной следует очертить круг органов, явка в которые создает соответствующую правовую ситуацию. Ряд авторов полагает, что субъект может обратиться не только в правоохранительные органы, но и в иные государственные органы, общественные организации. «Обращение не в тот орган, который непосредственно должен заниматься расследованием, не меняет оценки случившегося как явки с повинной. В порядке исключения можно считать явкой с повинной и обращение в другие органы государственной власти, управления, местного самоуправления»²¹.

Но в большинстве определений явки с повинной говорится о том, что явка с повинной может иметь место только тогда, когда заявитель обращается в органы власти, уполномоченные возбуждать уголовные дела.

В этом вопросе предпочтительна позиция, согласно которой различаются адресат заявления и тот конкретный орган, куда это заявление было представлено²². В качестве адресата при явке с повинной могут выступать прокурор, следователь, дознаватель, орган дознания. Лицо, совершившее преступление, может по различным причинам адресовать свое заявление в иные органы и организации. Однако в таком случае не возникнет ситуации явки с повинной. А вот представить такое заявление лицо, совершившее преступление, может не только в правоохранительные, но и в иные государственные органы, которые в кратчайшие сроки обязаны передать заявление правоохранительным органам.

¹⁹ См.: Бирюков А.В. Сущность, процессуальные формы и правовые последствия явки с повинной: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 8–9; Яджин Н.В. Понятие явки с повинной // Криминалистические методы расследования преступлений. Вып. 1. Тюмень: Тюмен. высш. шк. МВД РФ, 1994. С. 53–54.

²⁰ См.: Волынская О.В. Прекращение уголовного дела и уголовного преследования: теоретические и организационно-правовые проблемы. М.: Юнити-Дана: Закон и право, 2007. С. 157.

²¹ Мухамедзянов И., Карузин В. Указ. соч. С. 20.

²² См.: Бирюков А.В. Указ. соч. С. 12–13.

Законодатель в ст. 75 УК РФ, ст. 142 УПК РФ использует такой термин, как добровольность.

В юридической литературе нет единства мнений относительно возможности признания явки с повинной добровольной, когда о явившемся известно органам предварительного расследования как о лице, совершившем преступление. Одна группа авторов считает, что добровольная явка с повинной выступает условием прекращения уголовного преследования только в том случае, если правоохранительным органам неизвестно о совершенном преступлении либо неизвестно лицо, совершившее преступление, то есть преступление не было раскрыто.

Другие ученые отмечают, что к явке с повинной можно отнести помимо названных выше и ситуации, когда органам правопорядка неизвестно о местонахождении лиц, совершивших соответствующее преступление.

Третьи полагают, что для признания явки с повинной добровольной не имеет никакого правового значения тот факт, что о лице, явившемся с повинной, было известно органу, расследующему уголовное дело, как о лице, непосредственно совершившем преступление.

Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 11.01.2007 № 2 «О практике назначения судами РФ уголовного наказания» разъясняет, что если органы следствия располагали сведениями о преступлении (показаниями потерпевших, свидетелей, процессуальными документами и т.п.), и задержанному лицу было известно об этом, то подтверждение им факта участия в совершении преступления не может расцениваться как явка с повинной. Сообщение лица, задержанного по подозрению в совершении конкретного преступления, об иных совершенных им преступлениях, неизвестных органам уголовного преследования, следует признавать как явку с повинной²³.

Мы полагаем, для применения ст. 75 УК РФ не имеет значения осведомленность правоохранительных органов о лице, совершившем преступление, при условии, что виновному неизвестно данное обстоятельство. Главное, чтобы явка была добровольной, а не под давлением обстоятельств, принуждением.

В ходе проведенного нами анкетирования сотрудников правоохранительных органов на вопрос: «Как Вы понимаете явку с повинной?», были получены следующие ответы: «это добровольное обращение» — 74,55 %; «лицо подало письменное заявление» — 1,82 %; «о совершенном преступлении не было известно» — 9,09 %; «лицо не подозревалось в совершении преступления» — 26,36 %; «лицо раскаялось» — 17,27 %; «призналось в совершении преступления» — 2,73 %; «способствовало расследованию преступления» —

13,64 %; «сообщило о соучастниках» — 6,36 %. Затруднились с ответом — 19,09 %²⁴.

Возмещение причиненного ущерба или заглаживание иным способом вреда, причиненного преступлением, — еще одно из условий освобождения от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием. Оно заключается в добровольном, по возможности полном устранении или смягчении негативных последствий совершенного преступления.

Дискуссионным является вопрос, как соотносятся между собой понятия «возмещение причиненного ущерба» и «заглаживание иным способом вреда, причиненного преступлением». Этому в немалой степени способствовал законодатель, использующий различные термины для сходных ситуаций (ст. 75 и 76 УК РФ).

Некоторые ученые утверждают, что с учетом особенностей правового регулирования компромисса и целей его закрепления в уголовном законодательстве и явка с повинной, и способствование раскрытию преступления, и возмещение ущерба от преступления есть не что иное, как виды заглаживания вреда от преступления. В подтверждение данной позиции указывается на то, что в этой статье в отличие от ст. 76 УК речь идет не о восстановлении интересов потерпевшего, а о заглаживании вреда от преступления вообще, то есть в широком смысле. В содержание деятельного раскаяния входит не только реализация интересов правосудия и восстановление прав потерпевшего, но и устранение наступивших и предотвращение возможных последствий преступного посягательства, пресечение иных преступлений, ликвидация предпосылок, причин и условий, способствующих их совершению²⁵.

Другие авторы, также не выделяя в качестве самостоятельного условия возмещение причиненного ущерба, рассматривают это понятие как составную часть заглаживания причиненного вреда. Последнее состоит в устранении уже наступивших последствий, восстановлении состояния объекта преступления в положение, в котором он находился до момента совершения преступления²⁶.

В литературе существует и позиция, что возмещение причиненного ущерба — добровольное восстановление, по мере возможности, тех прав и благ, которых преступник лишил свою жертву в результате совершения преступления (возвращение утраченного имущества, передача потерпевшему имущества или денежного эквивалента и т.п.). Заглаживание же вреда — это уменьшение вредных последствий преступления²⁷.

²⁴ Сумма превышает 100 %, так как респондент мог выбрать несколько вариантов ответов.

²⁵ См.: Кушнарев В.А. Проблемы толкования норм уголовного права о деятельном раскаянии // Российский следователь. 2001. № 1. С. 12.

²⁶ См.: Щерба С.П., Савкин А.В. Указ. соч. С. 22.

²⁷ См.: Михайлов В. Указ. соч. С. 6.

²³ Российская газета. 2007. 24 янв.

Мы считаем, что применительно к ст. 75 УК РФ о возмещении ущерба речь может идти, если в результате совершенного преступления причинен материальный (имущественный) ущерб; если же причинен моральный или физический вред, то речь может идти о заглаживании вреда иным образом.

Применительно к ст. 76 УК следует исходить из того, что термин «заглаживание причиненного вреда» является родовым и включает в себя и возмещение причиненного ущерба, и заглаживание иным способом вреда, причиненного преступлением.

Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 27.06.2013 № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности» под заглаживанием вреда рекомендует понимать возмещение ущерба, а также иные меры, направленные на восстановление нарушенных в результате преступления прав и законных интересов потерпевшего.

Возникает вопрос: обязано ли лицо, совершившее преступление, загладить вред лично, или такой может быть заглажен и третьими лицами? Мы полагаем, что данное условие должно подвергаться распространительному толкованию. В большинстве случаев потерпевшему безразлично, от кого будет получено возмещение. К тому же при причинении вреда несовершеннолетним в возрасте от 14 до 18 лет на основании ст. 1074 ГК РФ родители, усыновители, попечители возмещают вред, если у несовершеннолетнего нет доходов или иного имущества, достаточных для возмещения вреда. Кроме того, согласно ч. 2 ст. 88 УК, если несовершеннолетнему назначено такое наказание, как штраф, по решению суда он может взыскиваться с его родителей или законных представителей с их согласия.

Но следует заметить, что заглаживание морального вреда в виде извинения должно быть произведено лично лицом, совершившим преступление.

Использование законодателем слов «возместило», «загладило» в прошедшем времени порождает и другой вопрос. Подозреваемый или обвиняемый готов загладить нанесенный потерпевшему вред, но в силу недостаточности денежных средств не может одновременно выплатить необходимую сумму, либо ремонт вещи требует значительных временных затрат. Потерпевший согласен с поэтапным возмещением вреда, сторонами составляется соответствующее соглашение. Следовательно, дознаватель, ограниченные сроки расследования, естественно, не могут ждать реального возмещения вреда. Допустимо ли в такой ситуации прекращение уголовного преследования? По нашему мнению, вполне допустимо, кроме того, потерпевшему вообще принадлежит право простить «долг», не требовать никакого возмещения вреда. «Иное решение вопроса может привести к тому, что далеко не все будут постав-

лены в одинаковые условия: один способен с легкостью возместить вред одновременно и не понести, следовательно, уголовную ответственность; другой, имея вполне скромные доходы, несмотря на свою готовность к более гибкой форме возмещения вреда, окажется на скамье подсудимых только потому, что правоприменитель слишком буквально воспринимает слово «загладило», предпочитая (причем в отличие от потерпевшего) права вещные правам обязательственным», — справедливо отмечает Л.В. Головкин²⁸.

Но следует отметить, что Пленум Верховного Суда РФ рекомендует решать этот вопрос иначе: обещания, а также различного рода обязательства лица, совершившего преступление, загладить вред в будущем вне зависимости от наличия у него объективной возможности для их выполнения не являются обстоятельствами, дающими основание для освобождения этого лица от уголовной ответственности (п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности»).

Мы считаем целесообразным дополнить ст. 75 УК РФ таким условием, как предотвращение вредных последствий. Это понятие не идентично возмещению причиненного ущерба и заглаживанию иным образом вреда, причиненного преступлением, и характеризует положительное поведение лица, свидетельствует о стремлении к уменьшению негативных последствий преступления, а иногда и предотвращает наступление более тяжких последствий.

Применительно к ст. 75 УК РФ обсуждаемым является и вопрос, обязаны ли правоохранительные органы, имеющие право освобождать от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием, выяснять, искренне ли раскаялось данное лицо в своем преступлении или были какие-либо другие причины, заставившие совершить лицо указанные в законе действия.

По мнению некоторых ученых, искреннее раскаяние — обязательное условие освобождения от уголовной ответственности²⁹. Следственно-судебные органы обязаны устанавливать отношение лица к содеянному и мотивы устранения им вреда, причиненного преступлением. При явке с повинной «необходимо полное и правдивое признание вины в совершенном преступлении»³⁰.

По мнению А.Г. Антонова, едва ли можно считать деятельным раскаянием объективное положительное поведение виновного, основанное на

²⁸ Головкин Л.В. Некоторые гражданско-правовые проблемы, возникающие в связи с применением статьи 76 нового Уголовного кодекса РФ // Хозяйство и право. 1998. № 12. С. 45.

²⁹ См.: Лобанова Л.В. К вопросу о соответствии наименования и содержания статьи 75 УК РФ // Вопросы юридической техники в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве. Ярославль: Ярослав. гос. ун-т, 1997. С. 32.

³⁰ Щербат С.П., Савкин А.В. Указ. соч. С. 17.

страхе перед возможным наказанием. Исследователь полагает, что для правильной оценки мотивации деятельного раскаяния целесообразно исходить из установленного в ст. 9 УИК РФ понятия исправления виновного³¹.

Многие правоприменители также придерживаются названного подхода. На вопрос, заданный в ходе анкетирования: «Необходимо ли доказывать раскаяние лица в совершенном преступлении или достаточно, чтобы оно загладило причиненный ущерб, явилось с повинной и т.д.?», 49,09 % респондентов ответили, что доказывать раскаяние необходимо; 46,96 % — достаточно совершить указанные в ч. 1 ст. 75 УК РФ действия. Остальные затруднились с ответом.

Мы согласны с авторами, которые считают, что для освобождения от уголовной ответственности по ст. 75 УК РФ не имеет значения наличие или отсутствие искреннего раскаяния лица. По сути, без специальных познаний в области психологии сделать однозначный, достоверный вывод о том, на самом ли деле человек раскаялся, произошел перелом в его сознании либо он лишь имитирует подобное раскаяние, невозможно. Проведение же экспертизы в каждом подобном случае нерационально, нецелесообразно. К тому же, как от-

мечает Х.Д. Аликперов, даже судебные психологи в ряде случаев не могут с достаточной степенью достоверности констатировать, что виновный чистосердечно раскаялся или же лишь искусно имитирует такое раскаяние³².

Человек, совершивший впервые преступление небольшой или средней тяжести, может и не раскаяться в содеянном, считать свой поступок правильным, единственным выходом из сложившейся ситуации (например, совершивший преступление при превышении пределов необходимой обороны), или «считать конкретный уголовно-правовой запрет неразумным, устаревшим и даже абсурдным, а свой поступок естественным, но при этом из страха перед уголовным преследованием и наказанием, крушением карьеры, осуждением со стороны окружающих или по каким-либо иным соображениям аккуратно выполнить предписанные ст. 75 УК РФ условия и не представлять никакой опасности для общества»³³.

Первостепенное значение имеют объективно выраженные действия лица, осуществившего явку с повинной, способствовавшего раскрытию и расследованию преступления, возместившего причиненный ущерб или иным образом загладившего вред, причиненный в результате преступления.

Библиография:

1. Аликперов Х.Д. Новый УК: проблемы освобождения от уголовной ответственности // Законность. — 1999. — № 4. — С. 12–14.
2. Аликперов Х.Д. Преступность и компромисс. — Баку: Элм, 1992. — 196 с.
3. Виттенберг Г.Б. Вопросы освобождения от уголовной ответственности и наказания с применением мер общественного воздействия. — Иркутск: Иркутск. гос. ун-т им. Жданова, 1970. — Ч. 1. — 223 с.
4. Волынская О.В. Прекращение уголовного дела и уголовного преследования: теоретические и организационно-правовые проблемы. — М.: Юнити-Дана: Закон и право, 2007. — 351 с.
5. Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. — 544 с.
6. Головки Л. В. Некоторые гражданско-правовые проблемы, возникающие в связи с применением статьи 76 нового Уголовного кодекса РФ // Хозяйство и право. — 1998. — № 12. — С. 43–52.
7. Горжей В.Я. Деятельное раскаяние: проблемы применения // Российский следователь. — 2003. — № 4. — С. 17–22.
8. Иногамова-Хегай Л.В. Конкуренция норм при освобождении от уголовной ответственности // Правоведение. — 2001. — № 6. — С. 116–128.
9. Коломеец В. Явка с повинной: новая трактовка // Российская юстиция. — 1997. — № 10. — С. 35–36.
10. Кушнарев В.А. Проблемы толкования норм уголовного права о деятельном раскаянии // Российский следователь. — 2001. — № 1. — С. 12–15.
11. Лобанова Л.В. К вопросу о соответствии наименования и содержания статьи 75 УК РФ // Вопросы юридической техники в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве. — Ярославль: Ярослав. гос. ун-т, 1997. — С. 29–50.
12. Михайлов В. Признаки деятельного раскаяния // Российская юстиция. — 1998. — № 4. — С. 5–7.
13. Мотовиловкер Я. О. Обстоятельства, исключающие производство по уголовному делу // Советское государство и право. — 1984. — № 12. — С. 60–67.
14. Мухамедзянов И., Карузин В. Процессуальное оформление явки с повинной // Законность. — 1999. — № 8. — С. 19–20.
15. Савкин А.В. Деятельное раскаяние — свобода от ответственности // Российская юстиция. — 1997. — № 12. — С. 35–37.
16. Щерба С.П., Савкин А.В. Деятельное раскаяние в совершенном преступлении. — М.: Спарк, 1997. — 110 с.
17. Яджин Н.В. Понятие явки с повинной // Криминалистические методы расследования преступлений. — Вып. 1. — Тюмень: Тюмен. высш. шк. МВД РФ, 1994. — С. 52–54.

Материал поступил в редакцию 14 мая 2014 г.

³¹ См.: Антонов А.Г. Деятельное раскаяние как основание освобождения от уголовной ответственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2000. С. 20.

³² См.: Аликперов Х.Д. Преступность и компромисс. Баку: Элм, 1992. С. 98.

³³ Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. С. 409.

**ISSUES OF REFORMING LEGISLATION ON RELIEF FROM CRIMINAL RESPONSIBILITY
DUE TO ACTIVE REPENTANCE AND RECONCILIATION WITH A VICTIM**

Petrikova, Svetlana Vasilievna — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Forensic Studies and Criminology, Criminal Law of the Mordovian State University named after N.P. Ogarev.
[Petrikova_Sveta@mail.ru]
430000, Russia, Saransk, ul. Bolshevitskaya, 68.

Review. *The article is devoted to some problems regarding relief from criminal responsibility due to active repentance and reconciliation with a victim. As a result of analysis of criminal legislation and legal practice, the author proposes to improve some provisions of Art. 75 and 76 of the Criminal Code of the Russian Federation. The author supports an idea on the need to construe these norms being imperative, offering to amend them by substituting the words «may be relieved» by «is relieved». In evaluating the issue of the number of necessary conditions for relief from criminal responsibility due to active repentance, the author makes a conclusion that it is possible when there is an objective impossibility for a perpetrator to perform certain positive post-crime acts. When characterizing an acknowledgement of guilt, the author discusses topical issues on the need for personal appearance, period of time, till which such an acknowledgment is possible, range of bodies, to which an acknowledgement is addressed. The article shows the correlation between the terms «compensation of the damage caused» and «expiation of damage caused by a crime». The author makes a conclusion that in respect to Art. 75 of the Criminal Code of the Russian Federation compensation of damage concerns situations, when the crime has caused material (proprietary) harm, if there is moral or physical damage, then other types of expiation of damage are applicable. In respect to Art. 76 of the Criminal Code of the Russian Federation the term «expiation of damage caused» is a general term, including both compensation of material damage and other types of expiation. The article contains a conclusion that it is possible to relieve a person from criminal responsibility in cases, when it is impossible to simultaneously compensate the damage, and an agreement is made on compensation in several installments. The author considers it necessary to amend Art. 75 of the Criminal Code of the Russian Federation with the following condition for the relief from criminal responsibility: prevention of harmful consequences. This term is not identical to compensation or expiation of damage caused by the crime, rather, it characterizes positive behavior of a person, evidencing his wish to minimize the negative consequences of a crime, and at times preventing grave consequences of a crime.*

Keywords: *active repentance, reconciliation, victim, acknowledgement of guilt, voluntary character, relief from criminal responsibility, compensation of damage, expiation of damage, facilitating revealing a crime, assisting criminal investigation, preventing harmful consequences.*

Bibliography:

1. Alikperov, H.D. A new Criminal Code: problems of relief from criminal responsibility // *Zakonnost*. — 1999. — № 4. — P. 12–14.
2. Alikperov, H.D. *Crime and compromise*. — Baku: Elm, 1992. — 196 p.
3. Vittenberg, G.B. On the issue of relief from criminal responsibility and punishment with the use of means of social influence. — Irkutsk: Irkutsk. gos. un-t im. Zhdanova, 1970. — V. 1. — 223 p.
4. Volynskaya, O.V. Termination of a criminal case and criminal prosecution: organizational legal problems. — M.: Yuniti-Dana: *Zakon i pravo*, 2007. — 351 p.
5. Golovko, L.V. *Alternatives to criminal prosecution in the modern law*. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2002. — 544 p.
6. Golovko, L.V. Some civil law problems arising due to application of Art. 76 of the new Criminal Code of the Russian Federation // *Khozyaystvo i pravo*. — 1998. — № 12. — P. 43–52.
7. Gorzhey, V.Y. Active repentance: application problems // *Rossiyskiy sledovatel*. — 2003. — № 4. — P. 17–22.
8. Inogamova-Hegay, L.V. Competition of legal norms in relief from criminal responsibility // *Pravovedenie*. — 2001. — № 6. — P. 116–128.
9. Kolomeets, V. Guilty plea: a new interpretation // *Rossiyskaya yustitsiya*. — 1997. — № 10. — P. 35–36.
10. Kushnarev, V.A. Problems of interpretation of norms of criminal law on active repentance // *Rossiyskiy sledovatel*. — 2001. — № 1. — P. 12–15.
11. Lobanova, L.V. On the issue of correspondence between the title and the contents of Art. 75 of the Criminal Code of the Russian Federation // *Legal techniques issues in the criminal and criminal procedural legislation*. — Yaroslavl: Yaroslavl. gos. un-t, 1997. — P. 29–35.
12. Mikhaylov, V. Elements of active repentance // *Rossiyskaya yustitsiya*. — 1998. — № 4. — P. 5–7.
13. Motovilovker, Y. O. Circumstances excluding proceedings in a criminal case. // *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*. — 1984. — № 12. — P. 60–67.
14. Mukhamedzyanov, I., Karuzin, V. Procedural registration of a guilty plea // *Zakonnost*. — 1999. — № 8. — P. 19–20.
15. Savkin, A.V. Active repentance — freedom from responsibility // *Rossiyskaya yustitsiya*. — 1997. — № 12. — P. 35–37.
16. Shcherba, S.P., Savkin, A.V. Active repentance in the crime committed. — M.: Spark, 1997. — 110 p.
17. Yadzhin, N.V. Definition of a guilty plea // *Forensic methods of crime investigation*. — Ed. 1. — Tyumen: Tyumen. vyssh. shk. MVD RF, 1994. — P. 52–54.

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ПРЕСТУПНОСТИ

В.К. Гавло*, К.А. Титова*

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ МЕТОДИКИ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО И СУДЕБНОГО СЛЕДСТВИЯ ПО ДЕЛАМ О ХИЩЕНИЯХ В СФЕРЕ ЖИЛИЩНО- КОММУНАЛЬНОГО ХОЗЯЙСТВА (ЖКХ)

***Аннотация.** В статье исследуются теоретические и практические проблемы криминалистической методики предварительного и судебного следствия по делам о хищениях в сфере жилищно-коммунального хозяйства. Показана повышенная опасность для общества и государства хищений и коррупции в сфере жилищно-коммунального хозяйства, требующая разработки эффективной методики их предупреждения, предварительного расследования и судебного разбирательства. Утверждается, что на нынешнем этапе развития науки криминалистики речь должна идти о разработке полноструктурной криминалистической методики расследования хищений в сфере ЖКХ, содержащей практические рекомендации по предварительному расследованию и судебному разбирательству. Научное поле исследований криминалистики в области ее техники, тактики и методики недопустимо ограничивать только рамками предварительного расследования. Необходимо расширять ее предмет, включая в него и судебное разбирательство с его центральной стадией — судебным следствием и судебными ситуациями. По различным основаниям (этапы судебного разбирательства, признание (отрицание) подсудимым вины, наличие доказательств, конфликтность и др.) выделены типичные для судебного разбирательства дел о хищениях, совершаемых лицами с использованием служебного положения в сфере ЖКХ, ситуации с их подвидами и показаны криминалистические методы их разрешения. Рассмотрены разнообразные группы судебных ситуаций. С учетом этапов, выделяемых в уголовно-процессуальной науке, все ситуации судебного разбирательства классифицированы на ситуации первоначального, дальнейшего, заключительного этапа судебного рассмотрения уголовных дел. Основным процессуальным приемом получения доказательственной информации в суде является допрос различных участников процесса. Исследованы судебные ситуации рассмотрения данных уголовных дел в особом порядке без проведения судебного разбирательства (49,2 %). Подсудимые заявляли такое ходатайство добровольно после предварительной*

© Гавло В.К., 2015

* Гавло Вениамин Константинович — доктор юридический наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики Алтайского государственного университета, заслуженный деятель науки РФ, заслуженный юрист РФ.

[kafupk@law.asu.ru]

656049, Россия, г. Барнаул, пр-т Социалистический, д. 68.

© Титова К.А., 2015

* Титова Кристина Александровна — кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры уголовного процесса Барнаульского юридического института МВД.

[kafcrim@msal.ru]

656038, Россия, г. Барнаул, ул. Чкалова, д. 49.

консультации с защитником, данные ситуации не были конфликтными. Рассмотрены сложные судебные ситуации, когда появляются новые доказательства и становятся известными новые факты и сведения о хищениях (21,2 %). Предложены методы их разрешения.

Ключевые слова: криминалистическая методика расследования, судебное следствие, судебные ситуации, хищения в жилищно-коммунальном хозяйстве, коррупция, предварительное следствие, доказательства, относимость, допустимость, следственная практика расследования хищений.

Хищения и коррупция в сфере ЖКХ представляют собой повышенную опасность для общества и государства и требуют разработки эффективной криминалистической методики их предупреждения, предварительного расследования и судебного разбирательства.

Так, по официальным данным ГИАЦ МВД России, в 2008 г. выявлено 448,8 тыс. преступлений экономической направленности, удельный вес которых в общем числе зарегистрированных преступлений составил 14 %. Материальный ущерб исчисляется колоссальной цифрой — 42,5 млрд руб.¹ Эта тенденция сохраняется и сейчас. «Так, только за 2013 г. органами прокуратуры в сфере ЖКХ было выявлено 320 тыс. правонарушений — рост на 50 %. Вынесено 82 тыс. представлений — рост почти на 50 %. В суды направлено 53 тыс. исков и заявлений — рост на 77 %. К дисциплинарной и административной ответственности привлечено 63 тыс. виновных, возбуждено 984 уголовных дела, — рассказал на парламентском часе в Госдуме Юрий Чайка, отметивший, что рост преступлений в ЖКХ стал самым большим в сфере экономики»².

Изучение материалов судебно-следственной практики свидетельствует о немалом положительном опыте успешного раскрытия, предварительного расследования и судебного рассмотрения хищений в сфере ЖКХ. Но, к сожалению, имеются ошибки и упущения в этой работе, что вызвано дефицитом знаний о природе и характере учета и отчетности в сфере ЖКХ, недостаточным опытом расследования и судебного рассмотрения анализируемых преступлений и отсутствием соответствующих криминалистических методик по их расследованию. Применяемые общие тактико-методические рекомендации без учета особенностей расследования данного вида преступных посягательств свидетельствуют о недостаточной разработанности криминалистической методики их расследования.

Совершаемые хищения в сфере ЖКХ требуют пристального их исследования в силу того, что виновные постоянно избирают новые способы хищений, маскируемые под предпринимательскую деятельность. В связи с этим для успешного выявления, раскрытия и расследования дел указанной категории важное значение имеет изуче-

ние особенностей функционирования сложной и разветвленной сферы ЖКХ.

Следователи, судьи и государственные обвинители (52 %), особенно с небольшим опытом работы, испытывают немалые трудности с разрешением следственных и судебных ситуаций в силу полного отсутствия частной методики предварительного и судебного следствия по уголовным делам данной категории.

Отсутствие должной теоретической, методической и практической базы по предварительному и судебному следствию по делам о хищениях в сфере ЖКХ обуславливает необходимость научной разработки настоящей темы исследования.

Вопросы расследования корыстно-хозяйственных преступлений, совершаемых путем присвоения или растраты и злоупотребления служебным положением в различных отраслях хозяйствования (строительстве, мясной, молочной и др.), обстоятельно рассматривались в трудах С.М. Астапкиной, И.И. Белозеровой, Л.В. Бертовского, В.К. Гавло, С.П. Голубятникова, В.Д. Грабовского, Г.А. Густова, Н.А. Даниловой, А.В. Дулова, Л.Я. Драпкина, С.Ю. Журавлева, М.Г. Иванова, М.К. Каминского, И.Н. Кожевникова, В.Е. Корноухова, Н.А. Лопашенко, К.Ф. Скворцова, В.Г. Танасевича, Д.А. Турчина, А.Г. Филиппова, М.П. Хилобок, А.А. Хмырова, А.В. Шмониной, И.Л. Шраги и других авторов. Многие их теоретические положения, выводы и рекомендации имеют большое практическое значение и в борьбе с хищениями в сфере ЖКХ.

Однако, как показывает исследование, их недостаточно в силу специфики деятельности ЖКХ. Необходимы самостоятельные исследования в области разработки криминалистической методики расследования экономических преступлений в сфере ЖКХ, на что нами обращалось внимание ранее³. Одновременно с нами интерес к этой проблематике обоснованно проявил и соискатель Нижегородской академии МВД России Д.Н. Маринкин в своей кандидатской диссертации⁴, а также и адъюнкт Омской академии МВД

¹ Статистика преступлений за 2008 г. URL: <http://www.mvdinform.ru>. (дата посещения: 01.03.2014).

² URL: <http://omvesti.ru/2014/02/13/generalnyj-prokuror-o-zhknuzhna-ugolovnaya-otvetstvennost/> (дата посещения: 01.03.2014).

³ См.: Титова К.А. Методика расследования хищений в сфере жилищно-коммунального хозяйства: дис. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2009; Гавло В.К., Титова К.А. Проблемы теории и практики предварительного и судебного следствия по делам о хищениях, совершаемых лицами с использованием служебного положения, в сфере жилищно-коммунального хозяйства: монография. М.: Юрлитинформ, 2011.

⁴ См.: Маринкин Д.Н. Расследование преступлений в

России В.А. Коллантай. Однако в отличие от нас они рассматривают лишь некоторые проблемы методики расследования предварительного, но не судебного следствия, что важно, но не достаточно для построения полноструктурной криминалистической методики расследования хищений в сфере ЖКХ, в которой содержались бы методические положения и рекомендации и по методике судебного следствия. Так, например, в диссертационном исследовании Д.Н. Маринкина охвачено 14 разнородных составов преступлений, совершаемых в сфере ЖКХ, от мошенничества (ст. 159 УК РФ) до коммерческого подкупа (ст. 204 УК РФ) и получения взятки (ст. 290 УК РФ), что не входит в предмет настоящего исследования. В соответствии с целями и задачами исследование Д.Н. Маринкина ориентировано на предварительное расследование, то есть на традиционный, обычный подход к разработке криминалистической методики расследования преступлений, ограниченной предварительным следствием. Такие методики нужны и важны, и называются они нами неполноструктурными или усеченными, ибо в них имеются практические рекомендации по проведению только предварительного следствия, что, полагаем, не соответствует нынешним требованиям системной борьбы с преступностью методами науки криминалистики.

На нынешнем этапе развития криминалистики речь должна идти о разработке полноструктурной криминалистической методики расследования преступлений, в которой были бы исследованы теоретические основы и даны практические рекомендации по криминалистической методике и предварительного, и судебного следствия. Такой подход важен потому, что в литературе обоснованно все чаще и чаще стали высказываться точки зрения о том, что научное поле исследований криминалистики недопустимо ограничивать только рамками предварительного расследования. Необходимо расширять ее поле, включая в него и судебное разбирательство с его центральной стадией — судебным следствием⁵. При таком подходе объективно

сфере жилищно-коммунального комплекса: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2009; Коллантай В.А. Проблемы расследования хищений в сфере жилищно-коммунального хозяйства // Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения на Алтае: материалы ежегод. Всерос. науч.-практ. конф., посвященной 50-летию юрид. ф-та и 40-летию Алтай. гос. ун-та / под ред. В.К. Гавло. Барнаул: Изд-во Алтай. ун-та, 2012. Вып. 11–12. С. 72–75.

⁵ См.: Гавло, В.К. Теоретические проблемы и практика применения методики расследования отдельных видов преступлений. Томск: Изд-во Томск. гос. ун-та, 1985. С. 66–72; Он же. Судебно-следственные ситуации: Психолого-криминалистические аспекты. Барнаул: Изд-во Алтай. ун-та, 2006; Неймарк М.А. Проблемы теории и практики расследования хищений денежных средств в сфере банковского кредитования: дис. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2006; Бойко Ю.Л. Особенности методики расследования корыстно-насильственных преступлений, совершенных сотрудниками органов внутренних дел: дис. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2007 и др.

могли бы быть разработаны и использованы рекомендации по проведению и судебного следствия с его судебными ситуациями, попытки исследования которых в соответствии с поставленными целями и задачами предприняты в настоящей работе.

Настоящее исследование в науке криминалистики проводится впервые. Актуальность и выбор темы настоящей статьи, таким образом, определяется отсутствием в науке криминалистике полноструктурной криминалистической методики расследования данных видов преступлений и ее большим теоретическим и практическим значением в деле борьбы с преступностью криминалистическими методами.

Цель настоящего исследования заключается в разработке полноструктурной частной криминалистической методики предварительного расследования и судебного разбирательства с его центральной частью — судебным следствием по делам о хищениях, совершаемых лицами с использованием служебного положения, в сфере ЖКХ.

Объектом исследования является преступная деятельность, направленная на хищения в сфере ЖКХ, а также деятельность субъектов, осуществляющих предварительное и судебное следствие в различных следственных и судебных ситуациях по делам о хищениях в сфере ЖКХ.

Предмет исследования составляют закономерности, проявляющиеся в деятельности обвиняемых, совершающих хищения в сфере ЖКХ, и связанные с ними закономерности в работе субъектов правоохранительных органов и суда, осуществляющих предварительное и судебное следствие по делам о преступлениях рассматриваемого вида, изучение которых будет способствовать дальнейшей разработке оптимальной методики предварительного и судебного следствия.

Для написания статьи нами было собрано и проанализировано 75 уголовных дел по 642 эпизодам хищений в сфере ЖКХ, расследовавшихся с 2000 г. по настоящее время более чем в 15 регионах, в частности Архангельской, Волгоградской, Воронежской, Иркутской, Кемеровской, Курганской, Курской, Новосибирской, Омской, Самарской, Саратовской, Томской, Ульяновской, Челябинской области, Алтайском, Красноярском крае. Изучены 16 материалов об отказе в возбуждении уголовного дела. Проведено анкетирование 256 респондентов, из них 139 следователей органов внутренних дел и следственного комитета РФ, 52 судей и 65 жителей г. Барнаула. Изучение уголовных дел и опросов осуществлялось на основе специально разработанных анкет.

Научная новизна исследования заключается в том, что впервые на монографическом уровне рассматриваются особенности построения полноструктурной частной криминалистической методики расследования хищений в сфере ЖКХ, включающей в себя не только методику предва-

рительной проверки, предварительного расследования, но и методику судебного следствия.

Учитывая формат публикации, остановимся на криминалистической характеристике судебного следствия.

Судебное следствие, проводимое в процессе судебного разбирательства уголовного дела, в соответствии с гл. III–VII УПК РФ, полагаем, относится к третьей, заключительной подсистеме криминалистической методики расследования преступлений. Именно в ходе судебного следствия могут найти свое отражение факты, события, явления, которые могли быть скрыты от следователя в момент производства предварительного следствия по уголовному делу. Судебное следствие не случайно рассматривается авторами в качестве базовой основы судебного разбирательства по уголовным делам⁶. Только суд в ходе судебного разбирательства — этой важнейшей стадии уголовного процесса — непосредственно исследует доказательства, собранные во время предварительного расследования, проверяет их относимость и допустимость по делу и принимает основанное на законе решение о виновности или невиновности конкретного лица. Исследования последних лет в области науки криминалистики свидетельствуют о том, что научное и практическое поле деятельности криминалистики не может быть ограничено рамками предварительного расследования, то есть досудебного производства. Оно шире и должно распространяться и на судебное производство⁷.

Следует разделить мнение Р.С. Белкина, считающего, что изучаемые наукой криминалистической закономерности лежат в сфере судебного исследования, то есть «совокупной деятельности органов дознания, следствия, суда, экспертных учреждений по установлению истины в процессе судопроизводства»⁸.

⁶ См.: Уголовный процесс: учебник / отв. ред. В.П. Божьев. 2-е изд., перер. и доп. М.: Юрайт-Издат, 2009; Уголовно-процессуальное право РФ: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. 2-е изд., перер. и доп. М.: Норма, 2009. С. 691.

⁷ См., например: Гавло В.К. Теоретические проблемы и практика применения криминалистической методики отдельных видов преступлений. С. 59–76; Волчецкая Т.С. Криминалистическая ситуалогия. М.; Калининград: Изд-во Калининград. ун-та, 1997. С. 111–114; Бозров В.М. Современные проблемы правосудия по уголовным делам в практике военных судов России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1999. С. 40–45; Корневский Ю.В. Криминалистика для судебного следствия. М.: ЦентрЮрИнформ, 2001; Кисленко С.Л., Комиссаров В.И. Судебное следствие: состояние и перспективы развития. М.: Юрлитинформ, 2003. С. 51; Гавло В.К., Ключко В.Е., Ким Д.В. Судебно-следственные ситуации: психолого-криминалистические аспекты: монография / под ред. В.К. Гавло. Барнаул: Изд-во Алтай. ун-та, 2006. С. 190–212; Корчагин А.Ю. Криминалистические проблемы судебного разбирательства уголовных дел // Вестник криминалистики. 2007. Вып. 1 (21). С. 24–29; Ким Д.В. Судебно-криминалистическая ситуация, ее понятие и место в системе криминалистики // Юрист-Правовед. 2008. № 3 (28). С. 64–68 и др.

⁸ Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. Общая и частная теория. М.: Юрид. лит., 1988. С. 47.

Судебное разбирательство в состязательном процессе больше всего нуждается в использовании рекомендаций, разработанных криминалистической тактикой и методикой⁹. Именно криминалистическая методика познает закономерности следообразования преступной деятельности лиц по подготовке, совершению и сокрытию отдельных видов и групп преступлений и закономерности приемов и методов по их раскрытию, предварительному расследованию и судебному разбирательству. Наука криминалистика должна изучать и учитывать стадию судебного разбирательства, в которой складываются свои судебные ситуации.

Складывающиеся судебные ситуации отличаются от следственных ситуаций предварительного расследования, которые, исходя из уголовно-процессуальных норм, требуют других криминалистических средств, тактических приемов и методик для их разрешения, чем на предварительном следствии. Судебное следствие как часть судебного разбирательства, на наш взгляд, представляет собой самостоятельное, независимое в состязательном процессе исследование обстоятельств дела. В судебном процессе исследуются все доказательства, заслушиваются свидетели, потерпевшие и т.д., то есть фактически происходит новый анализ обстоятельств, которые складывались во время предварительного расследования.

Рассматривая судебные ситуации, необходимо отметить, что существуют разнообразные их группы¹⁰. С учетом этапов, выделяемых в уголовно-процессуальной науке, все ситуации судебного разбирательства можно классифицировать как: «ситуации первоначального этапа судебного рассмотрения уголовных дел (охватывающие подготовительную часть судебного разбирательства); ситуации дальнейшего этапа судебного рассмотрения уголовных дел (охватывающие судебное следствие, прения сторон и последнее слово подсудимого); ситуации заключительного этапа судебного рассмотрения уголовных дел (охватывающие постановление и провозглашение приговора)»¹¹.

Нашим исследованием установлено, что наиболее типичными и трудными для судебного разбирательства по делам о хищениях, совершаемых лицами с использованием служебного

⁹ См.: Макарова З.В. Гласность уголовного процесса. Челябинск: Южноурал. гос. тех. ун-т, 1993. С. 116; Эскархопуло А.А. Основы криминалистической теории. СПб: Изд-во СПбГУ, 1992. С. 76; Гусаков Н.В. Судебное следствие. М.: Хронос, 2009; Мухин Р.О. Криминалистика для судебного следствия. М.: МЭО, 2009; Захаров А.К. Судебное следствие в уголовном процессе. М.: Экономика, 2009. С. 115 и т.д.

¹⁰ Гавло В.К. Судебно-следственные ситуации. С. 200. А также подробно см., например: Бойко Ю.Л. Указ. соч. С. 182–183; Кисленко С.Л., Комиссаров В.И. Указ. соч. С. 123; Конин В.В. Тактика защиты в суде первой инстанции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Калининград, 2003 и др.

¹¹ Гавло В.К. Судебно-следственные ситуации. С. 200.

положения, в сфере ЖКХ являются следующие ситуации:

а) подсудимый (подсудимые) свою вину признают полностью, она достаточно часто встречается в суде и характерна для 69,8 % случаев;

б) подсудимый (подсудимые) частично признают вину, она встречается в 15,9 % случаев;

в) подсудимый (подсудимые) полностью отрицают свою вину, несмотря на то, что она доказана материалами уголовного дела 14,3 %.

Две последние ситуации являются для суда наиболее проблемными, так как участники процесса, действуя в своих интересах, вызывают определенные трудности в процессе судебного следствия, которые необходимо разрешить.

Для первой ситуации характерно как раз то, что подсудимый (подсудимые) признает себя виновным полностью и дает правдивые показания по существу дела. При этом его вина подтверждается: 1) имеющимися или вновь собранными на судебном следствии доказательствами; 2) доказательства, собранные на предварительном следствии, признаются подсудимым и находят свое подтверждение при осуществлении судебного следствия. После выдвижения такой судебной версии и проведения всех необходимых процессуальных действий судья систематизирует, оценивает в совокупности все имеющиеся материалы дела и только после этого принимает основанное на законе решение — постановление обвинительного приговора.

Данная типичная ситуация характеризуется как благоприятная. Суду и участвующим сторонам не требуется применять дополнительные средства и методы при разбирательстве дела для установления контакта или преодоления противодействия суду с тем, чтобы принять правильное процессуальное решение. Благоприятная обстановка способствует достижению целей осуществления правосудия и соблюдению сроков рассмотрения дела судом.

Вторая ситуация характеризуется тем, что подсудимый (подсудимые) частично признает вину в совершении части эпизодов хищения, вмененных ему на предварительном следствии, и при этом категорически отрицает другие эпизоды своей преступной деятельности (15,9 %).

Главная задача суда заключается в том, что судья, выдвигая судебные версии и осуществляя судебное следствие, должен подойти творчески к исследованию, проверке и оценке полученных на предварительном следствии доказательств, принимая во внимание результаты допроса подсудимого. Из его показаний суд получает важные сведения, которые могут подтверждать его виновность или невиновность в совершении хищений. Судья обязан строить свою работу так, чтобы в суде были полностью исследованы все доказательства, а возможно, получены новые.

Итак, первые две рассмотренные ситуации, складывающиеся в суде при рассмотрении дел о хищениях в сфере ЖКХ, не характеризуются конфликтностью и проблемностью при судебном разбирательстве

Третья ситуация, складывающаяся в суде, характеризуется тем, что, несмотря на представленные убедительные и проверенные доказательства, собранные на предварительном следствии, уличающие подсудимого (подсудимых) в совершении хищения в управлении, комитете, на предприятии или в организации в сфере ЖКХ, он себя виновным полностью не признает. Нашим исследованием установлено, что данная ситуация встречается при судебном разбирательстве в 14,3 % случаев. Несмотря на то, что она встречается реже, чем предыдущие судебные ситуации, полагаем, она требует применения определенных приемов и методик ведения судебного разбирательства по указанным категориям дел.

В таких ситуациях для проверки судебных версий суду и стороне обвинения в процессе судебного следствия необходимо предпринять действия, направленные на поиск и исследование новых источников доказательств, которые смогли бы дать ответы на вопросы, разрешаемые судами при постановлении приговора. При этом наиболее целесообразно применить следующий порядок судебных действий при рассмотрении дела: 1) необходимо осуществить допрос свидетелей, которые могли бы подтвердить или опровергнуть показания подсудимого (подсудимых); 2) провести допрос подсудимого, не признающего свою вину, а в случае его отказа от дачи показаний в соответствии со ст. 51 Конституции РФ, огласить показания, данные им на предварительном следствии в результате проведенного допроса; 3) огласить результаты очных ставок, заключений экспертов, осмотра места происшествия, обыска и др., полученные на предварительном следствии; 4) предъявить вещественные доказательства (бухгалтерские документы, договоры, акты приемки-передачи, похищенное имущество, стройматериалы и т.п.), приобщенные к материалам уголовного дела, если в этом есть необходимость.

Следует заметить, что основным процессуальным приемом получения доказательственной информации в суде является допрос различных участников процесса: подсудимых, свидетелей, специалистов и т.п. Специфические условия, в которых протекает рассмотрение уголовных дел, побудили ученых-криминалистов разработать специальные формы судебного допроса: перекрестного и в шахматном порядке¹².

¹² См., например, рекомендации на этот счет: Ароцкер Л.Е. Шире использовать в суде криминалистику // Советская юстиция. 1960. № 11. С. 22; Перлов И.Д. Судебное следствие в советском уголовном процессе. М.: Госюриздат, 1965. С. 15; Панасюк А. Разрешение конфликтных ситуаций; стратегия и тактика судьи // Российская юстиция. 1997.

При исследовании дел указанной категории встретились случаи рассмотрения уголовных дел в особом порядке, то есть без проведения судебного разбирательства — 49,2 %. Эта судебная ситуация имеет свою специфику, так как, во-первых, подсудимый заявляет такое ходатайство добровольно, после предварительной консультации с защитником; во-вторых, подсудимый осознает характер и последствия заявленного им ходатайства; в-третьих, судья не проводит в общем порядке исследование и оценку доказательств, собранных по уголовному делу; в-четвертых, в данной ситуации отсутствует проблемность или конфликтность, а участники процесса действуют исходя из поставленных целей.

Кроме того, обобщение судебно-следственной практики по делам о хищениях, совершаемых лицами с использованием служебного положения, в сфере ЖКХ показало возможность типизировать судебные ситуации, исходя из полученных в ходе предварительного следствия и судебного разбирательства доказательств¹³:

1. Факты и сведения о хищениях, установленные в ходе предварительного расследования, нашли свое полное подтверждение при судебном разбирательстве, что подтверждается материалами уголовного дела.

Данная ситуация характеризуется тем, что версия обвинения доказана материалами уголовного дела во время судебного следствия и нашла свое подтверждение в процессе судебного разбирательства. Для судебного разбирательства по делам о хищениях в сфере ЖКХ такие ситуации имеют место в 23,3 % случаев от общего числа изученных нами дел и не представляют сложности для суда.

2. Факты и сведения о хищениях, установленные в ходе предварительного расследования, нашли свое частичное подтверждение при судебном разбирательстве, что подтверждается материалами уголовного дела.

Указанная ситуация является более сложной и встречается в 54,7 % случаев во время судебного разбирательства дел.

В процессе судебного разбирательства суд сталкивается с судебной ситуацией, когда появляются новые доказательства и становятся известными новые факты и сведения о хищениях — 21,2 %.

Новые доказательства могут быть получены: из допросов различной категории свидетелей, допрашиваемых по ходатайству лиц как со стороны защиты, так и со стороны обвинения; при исследовании доказательств и документов; при получении новых результатов экспертных исследований, назначенных и проведенных в рамках судебного следствия и др.

Библиография:

1. Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. Общая и частная теория. — М.: Юрид. лит., 1988. — 304 с.
2. Волчецкая Т.С. Криминалистическая ситуалогия. — М.; Калининград: Изд-во Калининград. ун-та, 1997. — 248 с.
3. Гавло В.К. Судебно-следственные ситуации: психолого-криминалистические аспекты: монография. — Барнаул: Изд-во Алтай. ун-та, 2006. — 226 с.
4. Гавло В.К. Теоретические проблемы и практика применения методики расследования отдельных видов преступлений. — Томск: Изд-во Томск. гос. ун-та, 1985. — 333 с.
5. Гавло В.К., Ключко В.Е., Ким Д.В. Судебно-следственные ситуации: психолого-криминалистические аспекты: монография / под ред. В.К. Гавло. — Барнаул: Изд-во Алтай. ун-та, 2006. — 226 с.
6. Ким Д.В. Судебно-криминалистическая ситуация, ее понятие и место в системе криминалистики // Юрист-Правоведъ. — 2008. — № 3 (28). — С. 64–68.
7. Кисленко С.Л., Комиссаров В.И. Судебное следствие: состояние и перспективы развития. — М.: Юрлитинформ, 2003. — 176 с.
8. Коллантай В.А. Проблемы расследования хищений в сфере жилищно-коммунального хозяйства // Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения на Алтае: материалы ежегод. Всеросс. науч.-практ. конф., посвященной 50-летию юрид. ф-та и 40-летию Алтай. гос. ун-та / под ред. В.К. Гавло. — Барнаул: Изд-во Алтай. ун-та, 2012. — Вып. 11–12. — С. 72–75.
9. Корчагин А.Ю. Криминалистические проблемы судебного разбирательства уголовных дел // Вестник криминалистики. — 2007. — Вып. 1 (21). — С. 24–29
10. Уголовно-процессуальное право РФ: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. — 2-е изд., перер. и доп. — М.: Норма, 2009. — 1072 с.
11. Эксархопуло А.А. Основы криминалистической теории. — СПб: Изд-во СПбГУ, 1992. — 450 с.

Материал поступил в редакцию 2 апреля 2014 г.

№ 5. С. 51–52; Корневский Ю.В. Криминалистика для судебного следствия. М.: ЦентрЮрИнфоР, 2001. С. 121–140; Александров А.С., Гришин С.Н. Перекрестный допрос. М.: Проспект, 2005. С. 156; Печерский В.В. Типовые программы допроса на предварительном и судебном следствии: учеб.-практ. пособие. М.: Юрлитинформ, 2005. С. 24–64; Гавло В.К. Судебно-следственные ситуации. С. 202 и др.

¹³ См. подробнее: Коршунова О.Н. Теоретические и прикладные проблемы уголовного преследования. СПб.: СПбЮИ ГП РФ, 2006. С. 138–143; Гавло В.К. Судебно-следственные ситуации. С. 202–212 и др.

**IMPROVING THE FORENSIC METHODS FOR PRELIMINARY
AND JUDICIAL INVESTIGATION IN CASES OF THEFT IN THE SPHERE OF HOUSING
AND PUBLIC UTILITIES INFRASTRUCTURE (HPU)**

Gavlo, Veniamin Konstantinovich — Doctor of Law, Professor, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation, Head of the Department of Criminal Process and Forensic Studies of the Altai State University.

[kafupk@law.asu.ru]

656049, Russia, Barnaul, prt. Sotsialisticheskii, 68.

Titova, Kristina Aleksandrovna — PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Criminal Process of the Barnaul Law Institute of the MIA of Russia.

[kafcrim@msal.ru]

656038, Russia, Barnaul, ul. Chkalova, 49.

Review. *The article provides analysis of theoretical and practical problems regarding forensic methods for preliminary and judicial investigation in cases of theft in the sphere of housing and public utilities infrastructure (HPU). The author shows grave danger of theft and corruption in the HPU sphere for society and state, and it requires development of the efficient method for their prevention, preliminary investigation and judicial proceedings. It is stated that at the current stage of development of forensic studies, one should discuss the full-scale forensic method for the investigation of crimes in the HPU sphere with the practical recommendations for the preliminary investigation and judicial proceedings. The scientific field of forensic studies in the sphere of its techniques, tactics and methodologies should not be limited to preliminary investigation only. It is necessary to widen its scope by including judicial proceedings and its central stage — judicial investigation, acknowledgement (denial) of guilt by a person charged, evidence, conflict matters, etc.). The authors single out typical situations of abuse of professional competence in the HPU sphere, their types, and show possible solutions for the typical court cases in this sphere. The authors also view various groups of judicial situations. Taking into account the stages in criminal procedural science, all of the situations regarding such criminal cases viewed via a simplified procedure (49,2 %). The persons charged voluntarily applied for the simplified procedure after a preliminary consultation with their lawyers, and the situations were non-conflict ones. The authors also view complicated judicial situations, when there appears new evidence and new facts and information on theft (21,2 %), offering the possible solutions for the relevant problems.*

Keywords: *forensic investigation method, judicial investigation, judicial situations, theft in the housing and public utilities infrastructure, corruption, preliminary investigation, evidence, relevance, acceptability, investigation practice for the crimes of theft.*

Bibliography:

1. Belkin, R.S. Forensic studies: problems, tendencies, perspectives. General and specific theory. — M.: Yurid. lit., 1988. — 304 p.
2. Volchetskaya, T.S. Forensic situation. — M.; Kaliningrad: Izd-vo Kalinningrad. un-ta, 1997. — 248 p.
3. Gavlo, V.K. Judicial investigation situations: psychological and forensic aspects. A monograph. — Barnaul: Izd-vo Altay. un-ta, 2006. — 226 p.
4. Gavlo, V.K. Theoretical problems and application practice in the sphere of investigation of certain types of crimes. — Tomsk: Izd-vo Tomsk. gos. un-ta, 1985. — 333 p.
5. Gavlo, V.K., Klochko, V.E., Kim, D.V. Judicial investigation situations: psychological and forensic aspects: a monograph / Ed. by V.K. Gavlo. — Barnaul: Izd-vo Altay. un-ta, 2006. — 226 p.
6. Kim, D.V. Judicial forensic situation, its definition and place within the system of forensic studies // Yurist-Pravoved. — 2008. — № 3 (28). — P. 64–68.
7. Kislenko, S.L., Komissarov, V.I. Judicial investigation: current situation and development perspectives. — M.: Yurlitinform, 2003. — 176 p.
8. Kollantay, V.A. Problems of investigating theft in the public utilities and housing spheres // Criminal procedural and forensic readings in Altai: materials of the Annual all-Russian scientific and practical conference devoted to the 50th Anniversary of the Law Faculty and the 40th anniversary of the Altai State University / Ed. by V.K. Gavlo. — Barnaul: Izd-vo Altay. un-ta, 2012. — Ed. 11–12. — P. 72–75.
9. Korchagin, A.Y. Forensic problems of the judicial investigation in criminal cases // Vestnik kriminalistiki. — 2007. — Ed. 1 (21). — P. 24–29.
10. Criminal procedural law of the Russian Federation. Manual / Ed. by P.A. Lupinskaya. — 2nd Ed., Amended. — M.: Norma, 2009. — 1072 p.
11. Exarhopulo, A.A. Fundamental provisions of forensic theories. — Spb: Izd-vo SPbGU, 1992. — 450 p.

CONVERGENCE AND ANTAGONISMS OF THE MODERN LEGAL SYSTEMS

Review. Article is devoted to a problem of interaction of legal systems of the world. The author draws a conclusion about existence the Muslim legal system; the liberal-post social capitalist system and the system of law of totalitarian socialism. He notes that the convergence of global legal systems is growing, but this has its objective limits. So far in Muslim, liberal-capitalist, and totalitarian socialist systems there are constitutional provisions which can never be accepted by other systems because such provisions are irreconcilable, antagonistic.

Keywords: legal system, convergence, legal world map.

The founders of a systemic approach to comparative jurisprudence (Rudolf Schlesinger (United States), Ernst Rabel (Germany), René David (France), Konrad Zweigert (Germany), Marc Ancel (France), Heinz Kötz (Germany), Rodolfo Sacco (Italy), Patrick Glenn (Canada), among others, created a new orientation to the investigation of law which enabled by means of mapping of different legal communities to more profoundly perceive the legal content. They usually used for such communities the terms «system» and «family» as synonyms and placed sometimes in a single classification category, for example, socially different the Romano-Germanic and socialist families (or systems) of law.

In our view in order to more fully analyze the interaction, convergence, and antagonisms in modern law of the countries of the world the concepts of legal system and legal family must be distinguished in scholarly studies and their correlation clarified. This would enable one to see more clearly the similarities and contradictions between the various legal communities and the paths of their convergence.

The term «legal family» combines a group of countries socially akin and identical in their principal legal institutes (for example, the Muslim law in the fundamentalist family in Oman, Saudi Arabia, and elsewhere, and the Muslim law in the modernizing family in the «advanced» Muslim countries:

Egypt, Iraq, and others¹, another example the Romano-Germanic and Anglo-Saxon families in contemporary capitalism. Using the example of China or to a certain extent of Vietnam, Cuba one may note that may be a special family with respect to the «modernized» socialist law is creating now, different from that which occurred before under the dictatorship of the proletariat and the prohibition of private property in the USSR and which exists now in North Korea.

Legal families in modern times have a global character. The Romano-Germanic (European continental law) operates in many countries of Africa (former colonies of France, Spain, and Portugal) and certain States of Asia and Latin America. Anglo-Saxon law is used in the United Kingdom, United States, and Australia. Muslim law, the shariat², operates not only in Saudi Arabia, Afghanistan or Indonesia but in certain relations in the multi-million Muslim communities of India, France, United States, and elsewhere. Socialist totalitarian law is applied on various continents (for example, Cuba and the Korean People's Democratic Republic).

¹ One should distinguish in Muslim law obviously such socially homogeneous Sunni and Shiite families, but we do not know the numerous peculiarities of these families and do not consider them.

² The Koran contains the teachings of the Prophet Mohammed written down after his death; the Sunna is the recollections of the behavior and conduct of the Prophet. The Shariat is the righteous path of social and personal life of Muslims. The provisions of the Korean and Sunna are the basis of the Shariat.

The term «legal system» scholars usually use in individual state (country) meaning (system of law in Russia or in Germany, French or Japanese legal systems). There also is the concept «system of international law». However, it is evident from the above that the operation of Muslim, capitalist, or socialist law also has an international, global nature, the aforesaid countries being from different continents. Each of these legal communities has its own legal principles contained especially in constitutions (and the constitutions are the basic for the development of the legal system of a particular country). These principles are different, sometimes opposite, they are specific to Muslim communities, the modern liberal capitalism and totalitarian socialism³, identified three groups of States and their law as three unity.

The principles contained in the Koran and Sunna which are inherent to Muslim law have traces of semi-feudal elements. Different principles operate in capitalist and socialist law. These under capitalism, for example, are: in the sphere of the economy — freedom and dominance of private ownership, freedom of the market and competition and others; in the political system of society — the power of the people, and not of a determined social class or class alliance, freedom to form and equality of political parties, replacement of parties in power by means of periodic universal and alternative elections, freedom of political opposition without using coercive means of struggle, formal equality of individuals, and so on), and in the spiritual life of society — ideological diversity, equality of ideologies, and the like.

Under socialism other legal principles operate — prohibition of private ownership under orthodox Leninist-Bolshevik socialism in the past and its modern interpretation in the Korean People's Democratic Republic and, to a lesser extent, in Cuba; dominance of socialist ownership (in China as well), irrespective of whether private ownership is permitted or not; prohibition against a free market, comprehensive State regulation, leading role of the Communist Party, prohibition of political opposition, system of soviets, preferences for persons relegated to the «working people», and the like.

These principles of law show also that each of the three said legal communities has its own social essence. Despite the processes considered below of a certain convergence with the law of capitalist countries, the family of law in the «advanced» Arab countries remains Muslim⁴. The incorpora-

tion in the constitutions of certain capitalist countries of norms on social justice, narrowing private ownership for public interests, or State planning do not make such law socialist. The amendments of 1988 to 2004 in the 1982 Constitution of China and the introduction in the economy of certain capitalist methods of economy do not transform the socialist law of China into capitalist law. By virtue of its basic principles, it remains socialist, just as in the Korean People's Democratic Republic, Cuba, Vietnam, or Laos.

The principles of law (different in Muslim, capitalist, or socialist law) express the unity of the social essence of each of these legal communities and unites them much more deeply and strongly than the unity of the legal content of legal families belonging to one or another larger legal community. These principles are the essence of the Muslim, Socialist or capitalist law, determine its content, its main leading legal institutions. Muslim law and capitalist and socialist law are not families, but global legal systems. Families, although they too are global, in terms of their content, there are «inside» respectively in each of the three global communities, and not arranged in parallel. These systems, just as the families within them and «country» systems of law, are not kindred among themselves, but different and, moreover, in certain of their basic provisions, but far from all, antagonistic (to be sure, in all systems there are identical legal institutes not relating to the essence thereof, not having social content, but necessary for legal regulation, including the technique thereof (for example, ownership, powers, rights, duties, responsibility, evidence). In any event we speak of law, and not of some other social phenomenon, and similarity of certain institutes thereof is inevitable.

It seems that when singling out in modern law, on one hand, global legal systems and, on the other, global legal families (religious legal systems of the past we do not consider here), one must use different methodological methods: an essence formative-civilization approach for systems (criterion of their social essence) and socio-culturological-legal approach (the socio-cultural legal content thereof) as an element, one aspect of a civilization analysis — for families. Because each family is within its own system, the last approach incorporates in the characteristics of a family the essence and civilization characteristic as a whole, but is richer, taking into account various content, not only legal principles, but the diversity of legal institutes, legal technique, as a result of which this enables various families to be singled out on the base of the systems. We usually omit in the names of families their essence characteristic, for example, capitalist European con-

³ Another of socialism in the states yet, and we don't know exactly how it can be in terms of economic, social, political, ideological democracy.

⁴ In this case we do not get involved in the lengthy discussion about the formations and civilizations nor a discussion of the concept of socio-culture. We note merely that the first approach combines a conclusion of Marxism concerning socio-economic

formations and a broad concept of civilization, and the second approach relies on methods of investigating civil, political, and legal culture.

tinental family, although in the totalitarian socialist countries of Southern and Eastern Europe a socialist European capitalist family operated in the past. The 1951 Program of the Communist Party of Great Britain did not exclude the operation of basic political institutes of Anglo-Saxon law (for example, parliamentarianism) under socialist (evidently not of a totalitarian character).

Among the said terms a general concept exists in doctrine only for a formation (socio-economic formation), but only in Marxism; other authors virtually never use it. Law has hundreds of definitions for the term of civilization, culture, socio-culture, and culturology. We use the concept of socio-economic formation as it formed in Russian doctrine (with the clarifications overcoming the excessive accent on the economy) and the concepts and characteristics of civilization as represented in the studies by the Russian (later American) author, Pitirim Sorokin⁵, the English historian, Arnold Toynbee⁶, and the Russian authors, B.N. Kuzyk and Iu.V. Iakovets⁷. In order to single out families within formation global legal systems, we use studies on socio-culture, and also the approach set out by Almond and Verba when studying civic, in essence political, cultures⁸ and used by Legrand when studying law⁹, but in this instance in the sphere of law socio-cultural is not identified in general and not socio-cultural civic or socio-cultural political, but socio-cultural legal content (socio-cultural content in its legal expression); this serves as the basis for singling out legal families within systems.

All the said approaches, if taken in isolation, have their shortcomings. The use of Marxist formation approach, as one of the elements of scientific analysis, may give reliable results, but it schematizes and distorts reality and sometimes leads to erroneous conclusions, rejecting the humanist significance of the experience of mankind before the creation of a socialist State «dictatorship of the proletariat», and then a «socialist all-people's State» (which was interpreted as the summit of political development until a certain stage — communism) and the emergence of socialist law. The civilization approach, objectively somehow linked with the formational (although it has its own social element distinct from the formational approach) takes into account many aspects which were ignored under the formational approach and identifies certain foundations for the establishment of varieties of legal families within the

«essential systems». It enriches cognition, makes it more many-sided, rich, having regard to various aspects transcending only contrastive comparison inherent to a formal approach. But, all the same, it ignores the essence of a system which the formational approach identifies. Therefore we speak of combining them.

The socio-cultural legal approach to law and to the systems and families thereof has an even greater multi-sided and clarifying character. He gives a more profound impression about the strictly legal firmament of law in connection with the general culture of particular peoples or communities there of.

In our view the formational, civilization, and socio-cultural legal study of systems and families of law and of legal reality in its broadest interpretation enriched by modern notions and clarifications is compatible. One does not exclude the other; all three approaches may be combined, and when taking into account the strong and weak aspects of each, may lead to true conclusions. Thus, in summary one may speak about the use of a formational-civilization approach (if the socio-cultural approach incorporates the civilization approach). If one parses this in greater detail, the approach to the identification of modern global (and possibly other) systems and families of law might be called the formational-civilization socio-legal approach. This sounds rather complex from the standpoint of language, but enables the nature of the systems (including «country») and families to be identified in a complex that incorporates different countries.

In our view three global systems of law exist at present, differing in their formational, basic essence-civilizational, and socio-legal qualities: the *Muslim legal system* (the exist about twenty Muslim States, according to sundry data about one to 1.6 billion people live under the operation of Muslim law); the *liberal-post social capitalist system* (about four billion persons), and the *system of law of totalitarian socialism* (about 1.5 billion persons, more than one-fifth of humanity living in Vietnam, China, Korean People's Democratic Republic, Cuba, and Laos).

The particular aggregate of legal families of which the founders of a systemic study of law spoke are part of a certain global system and therefore families have the same *essence* as the systems of which they are a part, but within the systems they differ from one another in *content*, socio-cultural legal character, those aspects of civilization which under the unified essence of a particular civilization conditioned by formational indicia characterize multi-variations, multi-colored nature of the content thereof. For example, ancient Greek and ancient Roman civilizations are relegated to slave-owning formation and civilization of Europe, and

⁵ Sorokin P.A. Человек. Цивилизация. Общество [Man. Civilization. Society], ed. A.Iu. Sogomonov (1992).

⁶ Тоунбее А. Постигание истории [Comprehension of History] (1991).

⁷ Кузык В.Н., Яковец Ю.В. Цивилизация: теория, история, диалог, будущее [Civilization: Theory, History, Dialogue, Future] (2006–2009). III.

⁸ Almond G., Verba S. The Civil Culture (1963).

⁹ Legrand P. Fragment on Law-in-Culture (1999).

remote Japan during the period of the Middle Ages, to feudal, and so on.

Because the essence of legal families within «their own» system is the same, the mutual influences of legal families relegated to the same essence legal system (formational system) lacks antagonisms. To be sure, legal institutes penetrating from another family disturb the legal continuity and internal coordination of law and encounter resistance (for example, the penetration of the German concept of juridical person into English law met resistance in British courts). Nonetheless, such penetration may change certain institutes of a legal family, individual aspects of its legal content, but they do not break down the formational essence of the family subjected to legal pressure from without and do not (and cannot) change the essence of a particular global legal system (even constitutional recognition of private ownership and, the more so, its important role in the economy have not changed the formational (socialist) essence of Chinese law).

The mutual influence noted and perception of legal institutes of another family or system of law is especially evident on the evolution of constitutional law (this has special significance for classifications, because this branch consolidated principles of law), but convergence is common in other branches of law. Mutual influence is observed between the Anglo-Saxon and European continental families belonging to the system of liberal post-Socialist capitalist law and between various systems of the Muslim system. To be sure, new institutes which penetrate into another kindred family are incorporated into it by taking into account the peculiarities of the State and its individual legal system. The simple implementation in the law of the United Kingdom in 1998 of the provisions of the 1950 European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms may serve as an example which did not encounter legal rejection (until this time many human rights were regulated in the United Kingdom by judicial precedents) or the penetration into Anglo-Saxon law (especially in the United Kingdom itself) of the concept of a juridical person used together with the traditional concept of the corporation, and the last concept is penetrating the countries of the continent, including Russia.

On the other hand, although the use by English practice of judicial precedents is officially denied in European continental law, this sometimes is manifest in some form on the continent, which is natural: the decisions of the highest courts (especially supreme courts) always has special authority. The strong influence of various families of law on the members of the European Union is linked with legal acts of the organs of the European Union, especially with regulations of direct effect which cannot be changed by European Union members (directives of the European Union also are bind-

ing, but members may choose the means of their implementation). These acts make uniform large institutes of law of the European Union countries (for example, Regulations «On the Law Applicable to Extracontractual Obligations» of 11 July 2007, № 864/2007; the Regulation «On the Law Applicable in Contractual Obligations», of 17 June 2008, № 503/2008). Harmonization of families and their institutes can, to be sure, within certain limits occur in legal families related in their essence. We already have spoken about the juridical person and corporation in continental law (including Russia) penetrating the Anglo-Saxon thesis concerning the possibility of criminal responsibility of not merely natural, but also juridical, persons. Acts of other European organs (for example, judgments of the European Court for Human Rights) influence other families of law.

In the Basic nizams of the fundamentalist family and constitutions of the «advanced» Muslim countries the principles of the Koran and Sunna have identical irreproachable force and say that the principle source of legislation is the Shariat and when deciding questions the principle of ash-shura is used (especially meetings and discussions before achieving consent). Basically the same principles apply in respect of «infidels». The Koran and the Sunna are officially considered to be the constitution of the State in fundamentalist countries, although with regard to the interpretation of certain provisions of the Koran (especially the provision of principle with regard to power), the Sunni family (the majority of Muslims) and the Shiite family even in an orthodox approach both families are not identical. In countries of Muslim fundamentalist (Bahrain, Iran, Kuwait) constitutions have emerged (which is contrary to the above norm). The adoption in other countries of Muslim fundamentalism of Basic nizams (Oman, Saudi Arabia, United Arab Emirates) similar to constitutions also undermines certain Koranic principles. The fundamentalist family is converging with the modernizing family of Muslim law, where there has long since been a constitution and elections (partial elections to local agencies of individual suburbs of the capital were first held in 2005 in a country of fundamentalist Islam — Saudi Arabia, although officially in a fundamentalist family instead of deniable elections the Koranic principle of choice to participate in management by «authoritative» male Muslims (ash-shura) which are visible to the Umma — the Muslim community.

The mutual influence of single-type legal families is in some measure noticeable. More complex is relations with global legal systems (Muslim, liberal post-social capitalist and the legal system of totalitarian socialism). Possibly the noted movements in the Muslim system contain the influence of other legal systems, especially the liberal-post social capi-

talist, but in the most fundamentalist countries this is resolutely denied, the said facts of the adoption of certain institutes of other systems is merely a coincidence. As regards jurists of the «advanced» Muslim countries, they, especially the Lebanese author, C. Marrat, acknowledge the possibility of the compatibility of institutes of Muslim and European law¹⁰.

The mutual influence of different global systems, just as families, also cannot be denied, but systems, unlike single-type families, differ not only in their content, but in their social essence. The Muslim system, despite material changes in the «advanced» countries (republic instead of monarchy, elections, parliament, and so on) have as their foundation semi-feudal principles of the Shariat which have not been subjected to new interpretation over time (for example, the constitutions make provision for the equality of women, but «according to the Shariat», and the Shariat rejects such equality in principle¹¹).

Modern capitalism differs from the past by its welfareism (sociality), and in this is converging with the socialist totalitarian system of law, but the legal system thereof is not completely social, and under conditions of a capitalist system, where the main principle is the dominance of private ownership and the principal stimulus is the aspiration to maximum profit cannot be fully social (a completely social legal system is possible, obviously, but so far is a social system unknown to us). Under modern capitalism the distribution of the social product is, as before, effectuated not in proportion to ownership (capital) and labor, but with enormous preferences for the first. Although in the leading capitalist coun-

tries developed social legislation exists, and the share of labor in the cost of manufactures, work, or services comprises about 70 to 80 % (under totalitarian socialism, much less, and in modern Russia, also less), the oligarch-owner under capitalism receives revenues per month hundreds of thousands times more than the highest skilled worker and employee — the «white crow». The correlations of revenues of the 10 % richest and 10 % poorest in 2013 were as follows: the difference in Sweden was six times (the smallest difference in the world); in Italy — nine times; in Chile — fourteen times; in the United States — fifteen times. In countries on the periphery of capitalism, the difference is greater: in Zimbabwe, for example, eighty times. In Russia, with its complexities en route to capitalism, according to some economists, which significantly differ from the official data, 45 times.

With a general standard of living which is not high, Russia occupies third place in the world in the number of dollar millionaires (4.2 times higher per capita than in the world as a whole). The annually published declarations of revenues of certain major bureaucrats (including members of the Government, governors, members of the Federal Assembly) and certain of their highly-talented wives shows that such revenues from each spouse sometimes achieve about 300 million rubles per year (in some instances, more); that is, about one million rubles per day, which is approximately 300,000 times more than the average per capita revenue in the country and not comparable with the revenues of the basic population (the living minimum per capita of the population established by Decree of the Government of the Russian Federation during the first quarter of 2014 was 7,688 rubles per month (about US\$220)¹².

One also should take into account that of the approximately four billion persons living within the liberal-post socialist system, the majority are not in developed, but in developing, economically-backward countries. For this reason we call such a legal system semi-social.

Under any capitalist system, a very social system does not exist and on the basis of its principles cannot exist where measures of labor and measures of consumption are in conformity with one another. In socialist experience of the last the level of social equality was much higher, but it was maintained artificially, by the force of State power, and did not succeed.

Within the framework of the liberal semi-social capitalist system, the mutual influence of the family thereof is effectuated comparatively easily. But this system itself is categorically opposed to the influences of Muslim law born in that socio-economic formation which overthrew the bourgeois revolu-

¹⁰ See: Reimann M., Zimmermann R. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2008). P. 631.

¹¹ Certain modern Muslim jurists acknowledge that the Shariat contains provisions of varying meaning which are used for extremism. In this connection, in May 2012 the International Conference of Theologians from 23 countries was held and gave modern interpretations to controversial concepts of Islam — takfir (accusation of not believing in Islam), jihad, which is unilaterally interpreted as a declaration of war against «unbelievers»; the idea of an ecumenical Chalifate, and certain concepts of Islam. Pursuant to the results of the Conference, on 30 May 2012 a fatwa was not adopted (a binding opinion of the mujtahids who have the right to autonomously interpret the Koran), but a Declaration («scientifically-substantiated document») explaining the incorrectly understood provisions of Islam which are used by certain forces, including to commit terrorist acts. The conclusions of the Conference contained eighteen points which interpret the content of certain provisions of Islam and the Muslim system of law. Among them: Islam prohibits to spill blood and cause wounds; jihad is multifaceted and does not reduce to armed acts, and an order for a military jihad can be given only by a lawful ruler; a Caliphate cannot be created on the territory of a sovereign State; infringements against the human life and property cannot be justified by the fact of their nonbelief; an accusation of non-belief and the severe consequences of this is only the right of Allah; even mujtahids do not have the right to advance a takfir against someone; one cannot obstruct non-Muslims peacefully living among Muslims; a display of friendship towards them is not prohibited in Islam (for example, assistance to the sick, and so on). However, proponents of radical Islam do not accept these interpretations.

¹² Российская газета [Russia newspaper]. 2014. 1 July.

tions of the seventeenth and eighteenth centuries. There cannot be any harmonization between these systems, although the convergence of the modernizing family of Muslim law with the capitalist system, and sometimes with the socialist system of law (to be sure, outwardly in connection with the slogans of a socialist orientation in some Muslim countries) may occur to some extent. It is difficult to find constitutional institutions of classical Muslim constitutional law («law of authoritative norms») which would be accepted by other systems. Perhaps one might be the principle of discussions until reaching consensus (the element of *ash-shura*) instead of voting.

Convergence, but not harmonization, is possible between the modern capitalist legal system and the modern socialist system. In this case the process has a bilateral character. Under modern conditions internal changes are occurring in the legal systems of capitalism and socialism. Possibly in individual countries of totalitarian socialism a new, somewhat modernized, family is emerging. It differs from that orthodox legal family which existed, for example, in the USSR before 1936 (adoption of the 1936 USSR Constitution) and then before the 1977 Constitution, which made changes in certain orthodox principles of Marxism-Leninism (proclaimed an all-people's State in place of the dictatorship of the proletariat and established that the Communist Party operates within the framework of the Constitution); instead of class power of the proletariat, the 1997 USSR Constitution proclaimed the power of the people. Certain changes occurred in the USSR thereafter (especially during the *perestroika* period from 1985), but the legal family of socialism (including in foreign countries which arose after the Second World War) until the choice of a different path of development by countries remained as before its formation essence. It remains such now, even if a new family is being born within this system.

The contemporary changes in the existing countries of totalitarian socialism relate chiefly to the sphere of the economy. They do not affect (or do so very slightly) the political system, or the dominance of Marxist-Leninist ideology (with national specific features), but they are material and have a factual nature, and radically are changing the way of life in the country. Amendments made to the Constitution of China in 1982 and between 1988 and 2004 introduced such provisions which traditionally were rejected by the orthodox socialist family of law. The amendments establish not only the admissibility, but the advisability, of private ownership, private entrepreneurship, speak of a «socialist market economy», the natural rights of man, a rule-of-law State, instead of the power of the class the term power of the people is used, and mention of the dictatorship of the proletariat is excluded from the Preamble.

This are major innovations. However, unlike the differences between legal families within the same system, the basis of the differences between the three named global legal systems are not only substantive, legal-socioculturological, and legal-civilizational, but are differences more profound, emanating from differences of principle, of social essence and of socio-economic formations. Therefore, in relations of such legal systems there are not only differences, but contradictions, antagonisms. These systems may to some extent converge, but they are irreconcilable, as are their families within different global systems.

Under these circumstances the questions concerning the mutual influences of global legal systems, and also legal families within different systems, concerning the forms and limits of mutual influence are resolved differently than in relations with kindred legal families. In general form one can merely say that such mutual influences in the said systems do not reject and cannot reject or change the essential, formation foundations of the system. However, practice shows that sometimes such influences are so profound that certain essential aspects of the system are affected. Examples may be the aforementioned different attitude in principle in modern countries of totalitarian socialism towards private ownership — repudiated in principle by Marxism — or, on the contrary, the addition of the principle of formal legal equality in the capitalist system by the principle of social justice, which always was considered to be a major aspect of the Marxist-Leninist approach to the statute of the person, the State, the social system, and law and was not accepted by the capitalist system of law. These examples show that unlike the processes of the unilateral convergence of some Muslim families with other global legal systems, the convergence of the modern capitalist and socialist systems of law is of a bilateral nature.

We have mentioned above the legal principles of different systems and certain modifications thereof, which is most starkly demonstrated by the convergence of systems in process, and likewise by their antagonisms. We shall add certain details, but of a general nature.

One of the distinctions of principle in legal regulation in capitalist and socialist legal systems from the very outset was the question of private ownership. For the former, private ownership was the foundation of economic and social relations, the freedom of the private owner was proclaimed, and ownership was declared to be «sacred and inviolate» (Article 17, French Declaration of the Rights of Man and Citizen). In the legal system of orthodox socialism, first created in Soviet Russia, private ownership in accordance with the Marxist-Leninist approach was regarded as a basic evil from which class inequality and other misfortunes emanated. It was legislatively prohibited and in practice in the

Soviet Union actually eliminated. The Constitution authorized only socialist ownership of the means of production in two of its forms (State and cooperative-collective farm), and also personal ownership to articles of life, household, and consumption (only in large cities were one-person private hairdressers, photographers, and other subsidiary occupations preserved, but without the use of hired labor). There also were collective farm markets, where surplus agricultural products were sold by collective farm members or collective farms. Non-labor revenues were prohibited (Article 13, 1977 Constitution). The 1936 and 1977 Constitutions of the USSR and the constitutions of other socialist countries (Albania, Bulgaria, Hungary, Romania, and others) established the inequality of forms of ownership, and State ownership was declared to be higher. The basic objects of the economy were in exclusive State ownership. Virtually the entire economy in the USSR was statized. Such regulation, although in a somewhat softened variant, existed in the other countries of totalitarian socialism.

The modern constitutions of countries of totalitarian socialism permit private ownership. In some of them this exists to a limited extent (Korean People's Democratic Republic; somewhat broader in Cuba), and in others, especially China, large objects of private ownership exist, there is a significant private sector in the economy, and there are many dollar billionaires (in Vietnam the first such billionaire appeared only in 2010). In the course of the further development in the constitutions amendments were made and it was provided that private ownership not only is permitted, but is an important and essential addition to socialist economic management.

On the other hand, the status of private ownership changed in the legal system of modern liberal-social capitalism. For the first time derogations were made from the principles of the exclusive role and absolute freedom of private ownership in the 1919 Weimar Constitution of Germany. Instead of the former conception of unlimited private ownership, a formula was introduced that private ownership obliges, that it must perform a social function. Later this approach was reiterated in the 1949 Basic Law of Germany and in certain new constitutions of Latin American countries. In capitalist countries it is now considered that private ownership should not serve the owner, but also be used in the interests of society.

Some new constitutions of capitalist countries have accepted the provision concerning objects of exclusive State ownership. To be sure, the major objects of the economy are not relegated to this category, although some of the said objects have special significance under the specific conditions of certain countries (for example, the seacoast and beaches in Italy and Spain).

One problem in the sphere of economic regulation which is irreconcilably divided the two legal systems here considered is the question concerning the approaches to the management of the economy. The freedom of entrepreneurial activity, freedom of competition, prohibition against monopolism, and a market economy always underlay the capitalist system. Orthodox socialist constitutions consolidated the statization of the economy, the centralized and directive management thereof, State monopoly of the administration of the economy, and statization of production and distribution. The State plan adopted in the form of a law with the possibility of criminal punishment for executives who did not fulfill it and material punishment for workers (deprivation of bonuses or increments to earnings) was the foundation of management activity. The principle of State planning of the economy was consolidated in constitutions. Centralized distribution existed of goods and services. The market was condemned as production anarchy and repudiated.

Contemporary constitutions of the countries of totalitarian socialism now speak of a market economy of a special type («socialist market economy» — Article 15, 1982 Constitution of China, with subsequent amendments). To be sure, the former accent on the role of the State remains: a market economy «the State implements», provides the Constitution of the Chinese People's Republic (Article 15).

On the other hand, the doctrine of capitalist countries has long since (since the times of the English economist, John Maynard Keynes (1883–1946), spoken of the need for the participation of the State in economic regulation (including legal). This finds reflection in the constitutions of the countries of Europe (Spain, Portugal) in the recognition of the need for State planning of the economy and the adoption of State plans for the development of the country in a number of other capitalist countries. To be sure, unlike countries of totalitarian socialism, such plans have not a directive, but an indicator (orienting) character, but in principle the idea of State planning of the economy is accepted by the legal system of contemporary capitalism.

In the domain of constitutional regulation of social relations from the outset the two legal systems here considered shared an approach to the concept of «people» who comprised the system. The constitutions of capitalist countries spoke especially about the people as the single aggregate of individuals, the decisive part thereof being the electorate (citizens having the right to vote). The people were not divided in the constitutions into classes; the words working class, peasantry, exploiting class, working people, and exploiters were completely alien to such constitutions. The concept of «people» was rejected in the orthodox legal system of totalitarian socialism. It was believed

that this word «people» masks, or conceals, in the interests of the ruling class of bourgeoisie, the real situation: class antagonisms in capitalist society and in the early stages of building socialism. Instead of the concept people in the constitutions of totalitarian socialism the names «working people» and «exploiters», «workers and peasants», «bourgeois and proletarian classes» (and also the stratum of the intelligentsia), labor and exploitative classes, the leading class in society being declared to be the working class. This status was consolidated in the constitutions. The concept of the power of the people was rejected; the power of workers and peasants, the dictatorship of the proletariat, was spoken of.

The power of the people was proclaimed from the beginning in capitalist law, but in modern constitutions of capitalist countries often it is proclaimed together with the working people (1947 in Italy; 1988 in Brazil, and elsewhere), that special power belongs to them in society, defense of the interests of the working people, and the significance of labor. Even the 1992 Basic nizam of Saudi Arabia contains a provision that ownership, capital, and labor (note most) comprise the foundations of society. To be sure, the understanding of working people in a legal system of modern capitalism is different from that in a socialist system: entrepreneur, capitalist, or «bourgeois» defending socially-useful labor (for example, enterprise management) also are working people from the standpoint of the system of capitalism. On the other hand, the 1977 Soviet Constitution, the provisions on the power of the people has included, and the constitutions of modern countries of totalitarian socialism now speak about the people, the power of the people. Indeed, these formulations are construed in their own way, and the previous clichés about dictatorship are sometimes retained. Simultaneously with the provisions on the power of the people, the Constitution of China mentions a «democratic dictatorship».

As a result of mutual influences (and also the role of international law), approaches have changed to human rights. The constitutions of orthodox socialism did not recognize the natural rights of man (they mentioned only the rights of citizens given by the State), and the constitutions of the capitalist legal system did not know socio-economic rights (except for the right of private ownership) and were silent about the duties of man and citizen (later they referred to such duties, such as the duty to pay taxes). The majority of the constitutions of capitalist countries at present contain norms on socio-economic rights of citizens (the influence of socialist constitutions and the 1966 International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights have a material influence here), and sometimes about duties; whereas the constitutions of the countries of contemporary total-

itarian socialism mention human rights, although the principal emphasis is on the rights of citizens given to people by the socialist State.

The separation of powers was initially rejected decisively in the constitutions of the countries of totalitarian socialism, being replaced, pursuant to Marx, by the «prosaic division of labor». Instead of the concepts of legislative, executive, and judicial power these names were used: agencies of State power, agencies of State administration, agencies of the court, procuracy agencies. In essence this approach is now present in the constitutions of the modernizing legal system of totalitarian socialism. However, in recent years by means of amendments to the constitutions of certain countries mention was incorporated of the separation of powers. On the other hand, new branches of State power (electoral, control, civil) have emerged in the law of the countries of liberal-social capitalism and the sharp division of legislative and executive powers has been abolished; delegated legislation exists (acts having the force of a law issued by the Government on behalf of parliament) and regulatory power or so-called regulatory legislation (acts of this type are issued by the Head of State without such power in each case on the basis of general provisions of the constitution). Officially, these acts are not called laws, but actually they are laws in the name of executive power.

Several legislative organs have emerged in the countries of liberal-semi-social capitalist system (first having been established in the struggle against «bourgeois parliamentarism» in Soviet Russia and existed until 1936). In Italy, Portugal, Brazil, Greece, and certain other countries laws are issued not only by parliament as a whole, but by certain of its permanent profile committees or commissions or permanent sections of parliament created for this. To be sure, such laws are issued on less important questions (the constitution provides for such a list) on behalf of the parliament itself and, for example, in Italy one-tenth of the members of parliament or a commission or committee may prevent this (not agree).

These innovations are hardly linked only with the influence of the legal institutions of totalitarian socialism. These innovations in the countries of capitalism were caused by the rapid acceleration of social development, when a slowly-working parliament often did not keep up with the pace of life. However, the impact of law-creation practice in the socialist legal system is not to be excluded in this instance.

Orthodox socialist doctrine rejected the concept of the rule-of-law State. It was said that the State itself issued and repeals legal acts, laws, creates law (now therefore some French writers express careful doubt with regard to the conception of a rule-of-law State)¹³. Socialist literature

¹³ See: Hamon F., Troper M. Droit constitutionnel. 30th ed. 2007. P. 79.

is not always taken into account when doing so, that ultimately the actions of a State were conditioned by the requirements of social life and it was not taken into account at all that the State is bound by law: legal acts issued by the State and its agencies are binding upon the State; they oblige the State. So long as such are not repealed, the State and its agencies are bound to follow and perform them.

Now the situation has changed somewhat. In the texts of certain constitutions of the modern countries of totalitarian socialism there is mention of the rule-of-law State. However, the realization of this principle cannot be fully effectuated given the operation of another more important principle — the leading role of the Communist Party in society and the State. The key principle of the Soviets as the only public authorities at all levels of the territorial organization of the State also stored, local self-government is not recognized.

We have named several examples of the mutual influence of global legal systems which differ in principle in their essence. There are other facts, and they require further research. However, the examples cited show that the mutual influence of antagonistic systems may be and is effectuated only to a certain extent and to a certain degree, in specific forms. Antagonistic systems cannot simply be merged without a transformation of their essence. The liberal-social system of capitalism cannot accept, for example, the principles of the dominance of socialist ownership in the economy, or the role of the Communist Party, or democratic centralism, or the idea of the system of soviets instead of local self-government, or the binding nature of Marxist-Leninist ideology (now with a national specific feature, for in China the ideas of Mao Tse-tung and Deng Xiaoping; in Cuba, of Jose

Marti; and in Vietnam of Ho Chi Minh; among others), authoritarianism and personality cult of State power. The legal system of totalitarian capitalism cannot accept capitalist principles as its foundation so long as it remains socialist. Otherwise it ceases to be such.

The said three global legal systems have antagonistic qualities, but in all instances this is law. They have identical legal institutions, and this cannot be otherwise. Some of them do not have a clearly expressed social character; for example, relating to the independent-work contract or the contract of purchase-sale. Mutual influence exists. To deny this, as was previously done in Soviet doctrine, is impossible. The examples adduced affirm this. A certain convergence also is occurring (including on the part of one family of Muslim law), which has been demonstrated above. However, this is the convergence of only certain elements of a particular global legal system. This is far from harmonization, elements of which are observed in some families of law belonging to the same global legal system.

The convergence of global legal systems is growing, but this has its objective limits. So far in Muslim, liberal-capitalist, and totalitarian socialist systems (especially in the orthodox families of the first and third) there are constitutional provisions which can never be accepted by other systems because such provisions are irreconcilable, antagonistic. And if there are such provisions in constitutions, they permeate other branches of law, precluding their harmonization. Their formation-civilizational principles cannot be changed, lost, accepted by another global legal system; otherwise, the system transforms into another, that is, ceases to exist. And then we are speaking about entirely different processes.

Библиография:

1. Бехруз Х. Сравнительное правоведение. — Одесса; М.: Фенікс: ТрансЛит, 2008. — 504 с.
2. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В.А. Туманова. — М.: Междунар. отношения, 1999. — 400 с.
3. Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. — М.: Статут, 2010–2011. — Т. 1. — 429 с.; Т. 2. — 415 с.
4. Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. — М.: Проспект, 2011. — 781 с.
5. Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. — М.: Волтерс Клувер, 2009. — 584 с.
6. Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. — 2006. — № 6. — С. 3–15.
7. Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право. — М.: Междунар. отношения, 2011. — 728 с.
8. Чиркин В.Е. Сравнительное правоведение: учебник для магистратуры. — М.: Междунар. отношения, 2012. — 336 с.
9. Carpano E., Mazuyer E. Les grands systèmes juridiques étrangers. — Paris: Gualino, 2009. — 208 p.
10. Glenn P. Legal Traditions of the World. — 3 ed. — Oxford: Oxford University Press, 2007. — 219 p.
11. David R. Traité élémentaire de droit comparé. — Paris: Librairie Générale de *Droit*, 1950. — 556 p.
12. David R., Jauffret-Spinozi C. Les grands systèmes de droit contemporains. — Paris: Dalloz, 2002. — 553 p.
13. Legeais R. Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative. — 2ème éd. — Paris: Litec, 2008. — 1820 p.
14. Legrand P. Le droit comparé. — 4ème éd.- Paris: Dalloz, 2011. — 342 p.
15. Zweigert K, Kötz H. An Introduction to Comparative Law. — 3 ed. — Oxford: Clarendon Press, 1998. — 744 p.

СБЛИЖЕНИЕ И АНТОГОНИЗМЫ СОВРЕМЕННЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ

Чиркин Вениамин Евгеньевич — доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, заслуженный юрист РФ.

[vechirkin@yandex.ru]

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушкинская, д. 34.

Аннотация. *Статья посвящена проблеме взаимодействия правовых систем мира. Автор делает вывод о существовании трех основных глобальных правовых систем: мусульманской, либерально-полусоциально капиталистической и тоталитарно-социалистической. Он отмечает, что хотя конвергенция глобальных правовых систем растет, но у этого процесса есть и свои объективные пределы. До сих пор в мусульманской, либерально-полусоциальной капиталистической и тоталитарно-социалистической системах есть конституционные положения, которые никогда не могут восприняты другими системами, потому что такие положения рассматриваются ими как антагонистические.*

Ключевые слова: правовая система, сближение, юридическая карта мира.

Материал поступил в редакцию 29 декабря 2014 г.

Bibliography:

1. Behruz, H. Comparative legal studies. — Odessa; M.: Feniks: TransLit, 2008. — 504 p.
2. David, R., Gioffre-Spinosi K. The main legal systems of the contemporary / Translated from French by V.A. Tumanov. — M.: Mezhdunar. otnosheniya, 1999. — 400 p.
3. Lafitskiy, V.I. Comparative legal studies in the images of law. — M.: Statut, 2010–2011. — V. 1. — 429 p.; V. 2. — 415 p.
4. Marchenko, M.N. Comparative legal studies. — M.: Prospekt, 2011. — 781 p.
5. Leger, R. The Great Modern Legal Systems: comparative and legal approach. — M.: Walters Kluver, 2009. — 584 p.
6. Tikhomirov, Y.A. Comparative legal studies: development of concepts and the social practices // Zhurnal rossiyskogo prava. — 2006. — № 6. — P. 3–15
7. Zveigert, K., Kotts, H. Comparative private law. — M.: Mezhdunar. otnosheniya, 2011. — 728 p.
8. Chirkin, V.E. Comparative legal studies: manual for the Master's course. — M.: Mezhdunar. otnosheniya, 2012. — 336 p.
9. Carpano, E., Mazuyer E. Les grands systèmes juridiques étrangers. — Paris: Gualino, 2009. — 208 p.
10. Glenn, P. Legal Traditions of the World. — 3 ed. — Oxford: Oxford University Press, 2007. — 219 p.
11. David, R. Traité élémentaire de droit comparé. — Paris: Librairie Générale de Droit, 1950. — 556 p.
12. David, R., Jauffret-Spinosi C. Les grands systèmes de droit contemporains. — Paris: Dalloz, 2002. — 553 p.
13. Legeais, R. Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative. — 2ème éd. — Paris: Litec, 2008. — 1820 p.
14. Legrand, P. Le droit comparé. — 4ème éd. — Paris: Dalloz, 2011. — 342 p.
15. Zweigert, K., Kötz, H. An Introduction to Comparative Law. — 3 ed. — Oxford: Clarendon Press, 1998. — 744 p.

СООТНОШЕНИЕ РЕГУЛЯТИВНОЙ И ОХРАНИТЕЛЬНОЙ ФУНКЦИЙ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ О ПРОТИВОДЕЙСТВИИ ПРЕСТУПНОСТИ

***Аннотация.** Законодательство о предупреждении преступлений и отрасли законодательства о борьбе с преступностью выполняют регулятивную функцию; а уголовное законодательство, кроме того, — охранительную. Изменения регулятивных норм могут, а в ряде случаев — должны повлечь изменение смысла или текста охранительных норм; и наоборот — изменения охранительных норм могут потребовать регулятивных изменений. В статье описываются примеры, подчеркивающие два аспекта функциональных связей уголовного законодательства с актами смежных отраслей: во-первых, направленность уголовного законодательства на охрану общественных отношений, складывающихся в сфере предупреждения преступлений, уголовного судопроизводства и исполнения наказаний; а во-вторых, необходимость изменения норм одной отраслевой принадлежности ввиду изменения норм других отраслей. Так, Федеральным законом от 06.04.2011 № 66-ФЗ в УК РФ введена ст. 314.1 «Уклонение от административного надзора», появившаяся одновременно с принятием Федерального закона от 06.04.2011 № 64-ФЗ «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы». Охранительная функция уголовного законодательства направлена на охраняемые и охраняющие отношения. Причинение вреда нормальной деятельности систем предупреждения преступлений, уголовного судопроизводства и исполнения наказаний в аспекте охранительной функции уголовного законодательства должно рассматриваться с учетом опасности как для охраняемого, так и для охраняющего отношения. Сущность охраняемых отношений, складывающихся в сфере специального предупреждения преступлений, досудебного и судебного уголовного судопроизводства, исполнения уголовных наказаний, определяется нормами предупредительной, уголовно-процессуальной и уголовно-исполнительной отраслей законодательства. Уголовно-правовой запрет совершать конкретные общественно опасные деяния в сферах предупреждения преступлений, уголовного судопроизводства и исполнения наказаний, соединенный с угрозой применения наказания за его нарушение, является сущностью охраняющего общественного отношения. Из предупредительных, уголовно-процессуальных и уголовно-исполнительных отношений, регламентированных предписаниями регулятивных отраслей, уголовно-правовыми нормами могут охраняться только те, которые состоят в обязывании и (или) запрете. Общественные отношения, регулируемые управомочивающими нормами, например уголовно-процессуального законодательства, в уголовно-правовой охране не нуждаются. В статье проанализированы связи охранительной функции уголовного законодательства и регулятивной функции законодательства о предупреждении преступлений, уголовно-процессуального законодательства, уголовно-исполнительного законодательства на примере норм, закрепленных, в частности, в ст. 174, 174.1, 183, 185.3, 185.6, 294, 299–303, 305–313, 314.1, 315 УК РФ и в коррелирующих с ними статьях смежных отраслей.*

© Гончаров Д.Ю., 2015

* Гончаров Денис Юрьевич — кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права второго факультета института повышения квалификации Академии Следственного комитета РФ.

[goncharov_d@mail.ru]

125080, Россия, г. Москва, ул. Врубеля, д. 12.

Ключевые слова: законодательство о противодействии преступности, законодательство о предупреждении преступлений, уголовное законодательство, уголовно-процессуальное законодательство, уголовно-исполнительное законодательство, регулятивная функция, охранительная функция, охранительные отношения, охраняющие отношения, связь уголовно-правовой охраны с предупреждением преступлений, правосудием и исполнением наказаний, функциональная связь.

Причинение вреда нормальной деятельности систем предупреждения преступлений, уголовного судопроизводства и исполнения наказаний в аспекте охранительной функции уголовного законодательства должно рассматриваться с учетом опасности как для охраняемого, так и для охраняющего отношения. При изучении охранительной функции уголовного законодательства, помимо роли отрасли, заключающейся в защите охраняемых отношений и выполняемой, в частности, законодательным реагированием на изменения в этих социальных отношениях путем изменения текста или смысла диспозиции Особенной части статьи УК РФ, необходимо обращать внимание на эффективность защиты охраняющих отношений адекватными санкциями.

Направленность уголовного законодательства на охрану общественных отношений, складывающихся в сфере предупреждения преступлений, в последнее время проявилась с принятием законов о предупреждении преступлений и актов о коррекции уголовного законодательства. Так, например, Федеральным законом от 06.04.2011 № 66-ФЗ в УК РФ введена ст. 314.1 «Уклонение от административного надзора», появившаяся одновременно с принятием Федерального закона «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» от 06.04.2011 № 64-ФЗ. Таким образом, функциональная зависимость здесь обнаруживается как в направленности уголовного законодательства на охрану отношений, урегулированных обязывающими и запрещающими предписаниями предупредительной отрасли, так и в изменении текста одной отрасли (уголовной материальной) в связи с изменениями, произошедшими в нормативном материале другой социальной направленности. Охраняющие отношения в данном случае закрепляются в следующей санкции за деяние, предусмотренное ст. 314.1 УК РФ: обязательные работы на срок от 180 до 240 час., либо исправительные работы на срок до 2 лет, либо лишение свободы на срок до 1 года. Обращает на себя внимание тот факт, что законодатель по какой-то причине счел нецелесообразным применение к лицам, совершившим данное преступление, наказаний, являющихся более строгими, нежели обязательные и исправительные работы, и менее строгими, чем лишение свободы: ограничения свободы, принудительных работ и ареста.

Функциональные связи в смысле необходимости изменения одних норм ввиду изменения других норм проявились в следующем случае. Законодатель структурно не разделил предписания предупредительного характера и оперативные предписания об изменении уголовного законодательства, поместив в одном акте положения, с одной стороны, регулирующие профилактическое противодействие неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком, а с другой — о коррекции УК РФ и иных актов. Речь идет о Федеральном законе «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ» от 27.07.2010 № 224-ФЗ. Несмотря на то, что уяснение функционального взаимодействия в данном случае не может быть поставлено в зависимость от даты или последовательности принятия норм, тем не менее обращает на себя внимание тот факт, что законодатель и здесь соблюдает логику законотворчества. В начале закона идет речь об общих положениях противодействия, и в частности предупреждения негативных процессов в регулируемой сфере, а после этого (в последующих главах) — вносятся соответствующие законокорректирующие нововведения (например, устанавливается ответственность за манипулирование рынком — ст. 185.3 УК РФ, неправомерное использование инсайдерской информации — ст. 185.6. УК РФ).

В качестве еще одного примера корреляции законов о предупреждении преступлений и измененного охранительного законодательства можно привести положения Федеральных законов «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем» от 07.08.2001 № 115-ФЗ и «О внесении изменений и дополнений в законодательные акты РФ в связи с принятием Федерального закона “О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем”» от 07.08.2001 № 121-ФЗ. Сформулированное в законе о предупреждении преступлений понятие легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, как придания правомерного вида владению, пользованию или распоряжению денежными средствами или иным имуществом, полученными в результате совершения преступления, нашло отражение при формулировании законом от 07.08.2001 № 121-ФЗ цели

как признака состава преступления в ст. 174 УК РФ. Связь с принятием Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем» проявилась и в дополнении Федеральным законом № 121-ФЗ УК РФ ст. 174.1, изменением ст. 183. Важным нововведением является дополнение объектов, охраняемых положениями ст. 183 УК РФ, указанием на налоговую тайну, ограничению которой посвящено законодательное регулирование отдельными положениями Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем» от 07.08.2001 № 115-ФЗ (п. 8 ст. 7, абз. 4 ст. 8, абз. 3 ст. 9).

Следует отметить, что в настоящий момент ввиду отсутствия разнообразия превентивных мер, обязывающих воздерживаться от социально вредного поведения, в России не так много и норм уголовного законодательства, направленных на охрану соответствующих предупредительных отношений. Интересные примеры из зарубежного опыта в этой связи приводят З.А. Незнамова и А.В. Незнамов: в США на лицо, вместо решения о возмещении морального вреда, может быть наложен так называемый судебный запрет (*injunctive relief*). В случае нарушения наложенного запретом правоограничения субъект может быть привлечен к ответственности как гражданской, так и — за неуважение к суду (*contempt of court*) — уголовной. Авторы делают вполне обоснованный вывод о сочетании в применении судебного запрета предупредительной функции и формализации потенциально криминального поведения в будущем¹.

Приведенные данные позволяют сделать следующие выводы. Во-первых, функция уголовного законодательства выражена в охране от преступных посягательств, в частности, отношений по предупреждению преступлений. В этой связи в специальных доктринальных исследованиях необходимо обсудить вопрос о достаточности охраны уголовно-правовыми средствами конкретных специально-профилактических мер. Во-вторых, функциональная зависимость охранительных норм от регулятивных предписаний предупредительной отрасли подчиняется общей закономерности: изменения в регулировании отношений способны повлечь в необходимых случаях и изменения их (отношений) охраны. В-третьих, в нормах уголовного законодательства в качестве криминообразующих признаков следует указывать на нарушение конкретных обязываний и запретов, установленных регулятивной отраслью, а при отсутствии

такой возможности правоприменитель при уяснении смысла незаконности уголовно-наказуемых деяний будет поставлен в ситуацию субъективной оценки степени общественной опасности нарушенных субъектом регулятивных обязываний.

Перейдем к исследованию соотношения регулятивной функции уголовно-процессуального законодательства и охранительной функции уголовного законодательства.

В процессе предварительного расследования и судебного рассмотрения уголовных дел могут возникнуть нарушения правовых норм, которые выходят за рамки чисто процессуальных. Отдельные виды этих нарушений достигают такой общественной опасности, что уголовный закон объявляет их преступлениями, охраняя и общественные отношения в сфере уголовного судопроизводства. Таким образом, объектом уголовно-правовой охраны становятся уголовное судопроизводство и правосудие². При совершении таких преступлений, как, например, принуждение к даче показаний (ст. 302 УК РФ), фальсификация доказательств (ст. 303 УК РФ), заведомо ложный донос (ст. 306 УК РФ), заведомо ложные показания, заключение эксперта, специалиста или неправильный перевод (ст. 307 УК РФ), отказ свидетеля или потерпевшего от дачи показаний (ст. 308 УК РФ), подкуп или принуждение к даче показаний или уклонению от дачи показаний либо к неправильному переводу (ст. 309 УК РФ) и др., субъект, посягая на непосредственные объекты, всегда в большей или меньшей степени препятствует собиранию или анализу доказательств, мешая тем самым эффективному осуществлению правосудия.

Все эти, а равно и некоторые другие деяния, ответственность за которые предусмотрена нормами гл. 31 УК РФ, представляют собой несоблюдение, неисполнение или неправильное применение норм УПК РФ.

Замечено, что специфика уголовного законодательства заключается в том, что оно охраняет от наиболее опасных посягательств те общественные отношения, которые регулируются нормами иных отраслей права³. Н.Ф. Кузнецова отмечает, что «охраняемые УК интересы (объекты) — это правоотношения в тех или иных сферах жизнедеятельности личности, функционирования общества и государства»⁴. В.Н. Кудрявцев говорит о нецелесообразности принятия «новых уголовно-правовых норм по вопросам, которые не урегулированы в позитивном плане другими отраслями права»⁵.

² См.: Власов И.С., Тяжкова И.М. Ответственность за преступления против правосудия. М.: Юрид. лит., 1968. С. 4, 25–54.

³ См.: Ворошилин Е.В. Уголовный кодекс РСФСР. М.: БЕК, 1994. С. 12.

⁴ Уголовное право РФ: Особенная часть / под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комиссарова. М.: Проспект, 1997. С. 16.

⁵ Кудрявцев В.Н. Две книги об уголовном законе // Советское государство и право. 1969. № 10. С. 160.

¹ См.: Незнамова З.А., Незнамов А.В. Судебный запрет как альтернатива уголовному наказанию // Уголовное наказание — социальное благо или зло?: материалы VIII Междунар. науч.-практ. конф., посвященной памяти М.И. Ковалева (Екатеринбург, 18–19 февраля 2011 г.): в 2 ч. Ч. 1. Екатеринбург: Изд. дом УГЮА, 2012. С. 51–52.

Отсутствие законодательного регулирования социальных отношений может означать отсутствие той особой ценности этих отношений для общества, которая требует их уголовно-правовой охраны. В таких случаях сложно определить объект, субъектный состав и содержание этих отношений, а следовательно, невозможно обеспечить их надежную уголовно-правовую охрану⁶.

Вместе с тем даже в ситуации причинения вреда общественным отношениям, урегулированным уголовно-процессуальным законодательством, требуется решение вопроса о том, нарушение *каких* регулятивных предписаний УПК РФ должно повлечь приведение в действие механизма уголовно-правовой охраны. Из всех норм действующего законодательства, предусматривающих уголовную ответственность за преступления против правосудия, непосредственно уголовно-процессуальным законом регулируются отношения, охрана которых закреплена в ст. 294, 299–303, 305–313, 315. Из них только в ст. 301, 302, 307, 308, 310 УК РФ предусмотрена ответственность за нарушение предусмотренных в УПК РФ норм — обязывающих и запрещающих. В остальных случаях уголовно-правовые нормы направлены на охрану тех отношений, которые регулируются конституционно-правовыми нормами, закрепляющими право на жизнь, здоровье, личную неприкосновенность, судебную защиту и др., либо устанавливают и формируют запреты самостоятельно⁷.

Сказанное дает основание признать правильным мнение П.С. Элькинды, полагающей, что некоторые нормы уголовно-процессуального права охраняются как своими санкциями, так и санкциями других правовых норм⁸ как уголовно, так и других отраслей права.

Из приведенного анализа видно, что общественные отношения, регулируемые управомочивающими нормами уголовно-процессуального законодательства, в уголовно-правовой охране не нуждаются. Это не случайно, так как одно лишь игнорирование субъективных прав их носителем (но не другим лицом, на котором могут лежать корреспондирующие обязанности) не может повлечь необходимости какой-либо охраны.

Итак, одним из признаков функциональных связей норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства является их возникно-

вание между охранительными уголовно-правовыми нормами и обязывающими или запрещающими уголовно-процессуальными нормами в случае нарушения последних.

В УПК РФ последовательно говорится о недопустимости дачи заведомо ложных показаний и отказа от дачи показаний потерпевшим (п. 2 ч. 5 ст. 42), свидетелем (п. 2 ч. 6 ст. 56); заведомо ложного заключения экспертом (п. 4 ч. 4 ст. 57); осуществления заведомо неправильного перевода переводчиком (п. 1 ч. 4 ст. 59). В указанных статьях говорится и о последствиях нарушения таких запретов: об уголовной ответственности по ст. 307 и 308 УК РФ для потерпевшего и свидетеля (ч. 7 ст. 42 и ч. 8 ст. 56) или только по ст. 307 УК РФ для эксперта, специалиста и переводчика (ч. 5 ст. 57, ч. 5 ст. 59).

Кроме того, в ч. 6 ст. 141 УПК РФ указано, что заявитель предупреждается об уголовной ответственности за заведомо ложный донос. Обращаясь к судебной практике привлечения лиц к ответственности за заведомо ложный донос, можно отметить последовательность принимаемых судебных решений в этом вопросе. Так, по заявлению Б. о привлечении к уголовной ответственности Д., который под угрозой применения ножа пытался завладеть ее золотыми сережками, было возбуждено уголовное дело по п. «в», «г» ч. 2 ст. 162 УК РФ. В судебном заседании Б. показала, что добровольно впустила Д. в квартиру, он ей ничем не угрожал и ничего не требовал, а заявление она написала из личной неприязни. Б. признана виновной в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 306 УК РФ⁹. В совершении преступления, предусмотренного этой же нормой УК РФ, признан виновным А., который, будучи предупрежденным об уголовной ответственности за заведомо ложный донос, сообщил заведомо ложные сведения о совершении в отношении него преступления¹⁰. Разумеется, сообщаемые сведения должны быть заведомо ложными, иное может означать отсутствие состава рассматриваемого преступления¹¹.

За иное преступление — отказ от дачи показаний — субъекты в отдельных случаях не преследуются уголовным законом. Так, З. признан виновным в совершении открытого хищения куртки с потерпевшего З-ва. На судебном заседании 05.01.2001, будучи предупрежденным об уголовной ответственности за дачу ложных

⁶ См.: Безверхов А.Г. Уголовная противоправность в условиях межотраслевого взаимодействия // Дифференциация ответственности и вопросы юридической техники в уголовном праве и процессе. Ярославль: Яросл. гос. ун-т, 2001. С. 39.

⁷ О самостоятельном установлении и формировании уголовным правом запретов см.: Пионтковский А.А. Курс советского уголовного права. Часть общая. Т. 1. М.: Наука, 1970. С. 12–13; Ковалев М.И. Советское уголовное право. Вып. 1. Свердловск: Свердл. юрид. ин-т, 1971. С. 97; Алексеев С.С. Структура советского права. М.: Юрид. лит., 1975. С. 251.

⁸ См.: Элькинды П.С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. М.: Юрид. лит., 1967. С. 28.

⁹ Архив Набережночелнинского городского суда. Уголовное дело 1-769/03.

¹⁰ Там же. Уголовное дело 1-1909/03.

¹¹ Так, М. была осуждена районным судом по ч. 2 ст. 306 УК РФ за сообщение о тех действиях, которые в отношении нее в действительности были совершены субъектом. Несмотря на отсутствие в действиях, совершенных в отношении М. состава преступления, ее сообщение не являлось заведомо ложным доносом. Президиумом Краснодарского краевого суда уголовное дело в отношении М. прекращено за отсутствием состава преступления. См.: Постановление Президиума Краснодарского краевого суда от 23.03.2011 по уголовному делу № 44у-160.

показаний по ст. 307 УК РФ, потерпевший З-в изменил свои показания в пользу подсудимого З. и показал, что З. его не бил и не снимал с него куртку. На судебном заседании 12.04.2001, после предупреждения потерпевшего З-ва об уголовной ответственности по ст. 307, 308 УК РФ, он отказался от дачи показаний. В этой связи в действиях потерпевшего З-ва были обнаружены признаки преступлений, предусмотренных ст. 307 и 308 УК РФ. В частном определении по рассмотренному делу судья обратил внимание прокурора на обнаружение признаков преступлений и потребовал принятия соответствующих мер. В ответе прокурора указано, что в связи с кассационным обжалованием вынесенного приговора решение в отношении потерпевшего З-ва по факту дачи им ложных показаний и отказа от дачи показаний будет принято после вступления приговора в отношении З. в законную силу¹². О практике оставления без правовой оценки действий лиц, отказывающихся давать показания на предварительном следствии, нами уже упоминалось в юридической литературе¹³.

Из отношений, регламентированных предписаниями регулятивных отраслей, уголовно-правовыми нормами могут охраняться только те, которые состоят в обязывании и (или) запрете. На наш взгляд, нарушения требований уголовно-процессуального законодательства, влекущие уголовную ответственность, должны быть строго регламентированными.

Например, уголовно-правовой запрет разглашения данных предварительного расследования, установленный в ст. 310 УК РФ, основан на уголовно-процессуальном запрете разглашать данные предварительного расследования, который обязаны соблюдать потерпевший (п. 3 ч. 5 ст. 42 УПК РФ), гражданский истец (ч. 6 ст. 44 УПК РФ), защитник (ч. 3 ст. 53 УПК РФ), гражданский ответчик (п. 2 ч. 3 ст. 54 УПК РФ), свидетель (п. 3 ч. 6 ст. 56 УПК РФ), эксперт (п. 5 ч. 4 ст. 57 УПК РФ), специалист (ч. 4 ст. 58 УПК РФ), переводчик (п. 2 ч. 4 ст. 59 УПК РФ) и понятой (ч. 4 ст. 60 УПК РФ). В нормах УПК РФ, устанавливающих этот запрет, сделана оговорка о том, что уголовная ответственность по ст. 310 УК РФ наступает, если названные участники уголовного судопроизводства были предупреждены следователем или дознавателем о недопустимости разглашения данных в соответствии со ст. 161 УПК РФ.

Столь детальное регулирование нормами уголовно-процессуального законодательства запретов давать ложные показания и отказываться от них, давать заведомо ложное заключение и

осуществлять заведомо неправильный перевод, а также разглашать данные предварительного расследования не позволяет сомневаться в оправданности признания нарушений этих запретов общественно опасными и в целесообразности придания им (нарушениям) характера уголовно-противоправных.

Функциональные связи уголовного и уголовно-процессуального законодательства с принятием УПК РФ проявились в постановке вопроса об уголовной противоправности деяния, ответственность за которое предусмотрена в ч. 2 ст. 294 УК РФ. Дело в том, что в настоящее время утеряно единство мнений о необходимости всестороннего, полного и объективного расследования уголовных дел¹⁴ (а именно этот признак как цель воспрепятствования является обязательным для данного состава преступления). В УПК РСФСР 1960 г. требование всесторонности, полноты и объективности исследования обстоятельств дела было отнесено к нормам-принципам (ч. 1 ст. 20). Достижение материальной истины в советский период признавалось целью уголовного судопроизводства¹⁵. В настоящее время полнота, всесторонность и объективность исключены из системы принципов действующего уголовно-процессуального законодательства, изложенных в гл. 2 УПК РФ. В литературе высказываются мнения о том, что это «не исключает необходимости обеспечения всесторонности, полноты и объективности исследования обстоятельств дела. Принцип не исчез, а «растворился» в содержании других норм уголовно-процессуального закона»¹⁶. После введения в действие нового УПК РФ судьи указывали на необходимость соблюдения требования полноты расследования¹⁷. В одном из частных определений судья указал на нарушение требований ст. 171 УПК РФ¹⁸. Тем не менее из ответа на это частное определение следует, что на оперативном совещании «указано на недопущение нарушений требований УПК, на полное, всестороннее и объективное расследование уголовных дел»¹⁹. Полагаем, что приведенные утверждения о необходимости обеспечения полноты, всесторонности и объективности расследования не

¹⁴ См., например: Головки Л.В. Новый УПК Российской Федерации в контексте сравнительного уголовно-процессуального права // Государство и право. 2002. № 5. С. 55.

¹⁵ См., в частности: Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. М.: Изд-во Ан СССР, 1955.

¹⁶ Гармаев Ю. Всесторонность и полнота расследования // Законность. 2002. № 9. С. 9. См. также: Солнцева Н. Принцип — невидимка в уголовном судопроизводстве // Законность. 2003. № 5. С. 37–38.

¹⁷ См., в частности: Архив Набережночелнинского городского суда. Уголовное дело №1-2279/02;

¹⁸ Архив Набережночелнинского городского суда. Уголовное дело №1-1874/02.

¹⁹ Там же.

¹² Архив Набережночелнинского городского суда. Уголовное дело 1-16/02.

¹³ См., в частности: Гончаров Д.Ю. Ответственность за отказ от дачи показаний // Журнал российского права. 2002. № 6. С. 106–109.

бесспорны. Так, например, в соответствии с уголовно-процессуальным принципом состязательности сторон, закрепленным в ст. 15 УПК РФ, защитнику предоставлены полномочия по сбору и представлению доказательств, необходимых для оказания юридической помощи (п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ). В своем Постановлении от 29.06.2004 № 13-П Конституционный Суд РФ указал на необходимость *объективного исследования* (курсив мой. — Д.Г.) обстоятельств дела стороной обвинения²⁰. Действительно, государственные органы по-прежнему наделяются обязанностью объективно исследовать обстоятельства уголовного дела. Однако, по нашему мнению, сегодня цель воспрепятствования всестороннему, полному и объективному расследованию дела, указанная в диспозиции ч. 2 ст. 294 УК РФ — признак, не имеющий той очевидной связи с требованиями уголовно-процессуального закона, которая прослеживалась в период действия ст. 20 УПК РСФСР. Поскольку требование полного, объективного и всестороннего расследования и рассмотрения уголовных дел стало дискуссионным, мы предлагаем исключить из текста ч. 2 ст. 294 УК РФ слова «всестороннему, полному и объективному». На наш взгляд, такое изменение уголовного законодательства не будет препятствовать уголовному преследованию за вмешательство в какой бы то ни было форме в деятельность прокурора, следователя или лица, производящего дознание, *в целях воспрепятствования расследованию дела*.

Следует также отметить, что регулятивная функция уголовно-процессуального законодательства проявляется уже на этапах, на которых еще не возбуждено уголовное дело. До вынесения постановления о возбуждении уголовного дела или об отказе в его возбуждении проводятся проверочные мероприятия в порядке ст. 144–145 УПК РФ, которые, согласно прямому указанию уголовно-процессуального закона (ч. 1 ст. 162, ч. 3 ст. 223 УПК РФ), проходят не на стадии предварительного расследования: она начинается лишь со дня возбуждения уголовного дела. Однако и до возбуждения уголовного дела выполняется значительный объем работы, в ряде случаев в срок до 30 суток. Кроме того, до возбуждения уголовного дела, а значит — до стадии предварительного расследования могут производиться: осмотр места происшествия, осмотр трупа, освидетельствование, причем с привлечением врача или другого специалиста (ч. 2 ст. 176, ч. 4 ст. 178, ч. 1 ст. 179, ч. 3 ст. 179 УПК РФ). Охранительная функция уголовного законо-

дательства направлена, в частности, на охрану производства *предварительного расследования* от воспрепятствования ему (ч. 2, 3 ст. 294 УК РФ), жизни и здоровья, чести и достоинства целого ряда субъектов уголовного процесса (дополнительные объекты в ст. 295, 296, 298.1 УК РФ), а также порядка получения правдивых показаний, заключения эксперта, специалиста, правильного перевода (ст. 307 УК РФ). Однако по смыслу уголовного закона, названная функция закреплена в нем относительно именно деяний, совершаемых на стадиях, начинающихся после возбуждения уголовного дела. В то же время практические следственные работники, отвечая на вопрос о моменте начала уголовно-процессуальной деятельности, в равной степени значимыми считают как момент возбуждения уголовного дела (37,4 %), так и момент поступления заявления или сообщения о преступлении (36,6 %), а еще 21,9 % указали на момент приема и регистрации сообщения о преступлении. С моментом поступления заявления или сообщения о преступлении связывают начало процессуальной деятельности 48,5 %, с моментом приема и регистрации сообщения о преступлении — 18,2 % прокурорских работников²¹. На основании этих данных можно сделать вывод о том, что преобладающее число опрошенных связывают начало процессуальной деятельности с этапами до возбуждения уголовного дела. Но процессуально урегулированный и немаловажный этап, который проходит до возбуждения уголовного дела, оказывается неохваченным охранительной функцией норм, включенных в названные статьи гл. 31 УК РФ (Преступления против правосудия)²². Учитывая то, что они являются специальными нормами относительно общих норм об общеуголовных, должностных и иных преступлениях с их признаками, высока вероятность того, что некриминализованные, но объективно общественно опасные, некоторые деяния этого этапа не повлекут никакой ответственности субъектов, их совершающих²³, либо повлекут ответственность по статьям, предусматривающим менее строгие наказания (например, о преступлениях против жизни и здоровья). Так, вмешательство в деятельность следователя с целью воспрепятствования его процессуаль-

²⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 29.06.2004 № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 4. С. 98–99.

²¹ См.: Коомбаев А.А. Положение личности в уголовном судопроизводстве (по материалам Кыргызской Республики и Российской Федерации): дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 519.

²² На это указывает, в частности, Д.Р.Сефиев. См.: Сефиев Д.Р.-оглы. Уголовное законодательство об охране процессуальной деятельности прокурора в уголовном судопроизводстве // Законность. 2013. № 7. С. 69–70.

²³ О практике непривлечения к уголовной ответственности по общим нормам при отсутствии признаков специальных норм см., в частности: Гончаров Д.Ю. Уголовная ответственность за невыплату заработной платы при отсутствии состава преступления, предусмотренного ст. 145.1 УК РФ // Уголовное право. 2011. № 3. С. 14–16.

ной деятельности на стадии до возбуждения уголовного дела, к примеру, с целью вынудить его не возбуждать производство по делу, не имеет признаков преступления, предусмотренного ст. 294 УК РФ. А убийство следователя в связи с проводимой процессуальной проверкой до вынесения постановления о возбуждении либо об отказе в возбуждении уголовного дела, например, лицом, преследующим цель избежать уголовной ответственности, не образует состава преступления, предусмотренного ст. 295 УК РФ. Однако и в том, и в другом случае деяния мало отличаются от подобных им, но совершаемых на стадии после возбуждения производства по делу. А значит, они, по сути, посягают на интересы правосудия, их непосредственным объектом выступают отношения, складывающиеся в сфере уголовного судопроизводства, но в УК РФ это не учтено. Интересны в этом смысле результаты проведенного нами опроса сотрудников правоохранительных органов. Так, на развернутый вопрос: «Согласно ст. 294–296, 298.1 УК РФ наказуемы посягательства в отношении следователя, совершенные в связи с производством предварительного расследования. Как вы считаете, наказуемы ли подобные деяния, если они совершены в связи с деятельностью следователя на стадии процессуальной проверки до возбуждения уголовного дела, и как вы это оцениваете?», нами получены следующие ответы. Считают, что названные деяния законом не наказуемы, и считают это оправданным лишь 3,45 % опрошенных. Еще 44,83 % считают, что они законом не наказуемы, но не считают это оправданным. Самая большая группа — 51,72 % полагают, что деяния законом наказуемы, и считают это оправданным. Таким образом, большинство сотрудников правоохранительных органов (вне зависимости от того, правы ли они в оценке сегодняшнего фактического состояния уголовно-правовой охраны соответствующих отношений на стадии до возбуждения уголовного дела) поддерживают идею о необходимости распространения охранительного потенциала ст. 294–296, 298.1 УК РФ на этапы до начала предварительного расследования.

Сказанное позволяет выдвинуть идею о необходимости замены терминов «предварительное расследование», «производство предварительного расследования» в ст. 294–296, 298.1 УК РФ на термин «процессуальная деятельность».

Следующим примером, иллюстрирующим наличие функциональной зависимости между уголовно-правовыми и уголовно-процессуальными нормами, является нормативное регулирование привлечения к уголовной ответственности. Текст уголовно-правового запрета, содержащегося в ст. 299 УК РФ, сформулирован так, что термин «привлечение к уголовной ответственности» не позволяет сделать однозначного

вывода ни о моменте окончания преступления, ни о его субъектах. Проблема лежит в плоскости теории уголовной ответственности, одного из наиболее дискуссионных вопросов уголовно-правовой доктрины. Некоторые авторы считают, что уголовная ответственность означает выраженную в приговоре суда отрицательную оценку (осуждение, признание преступным) общественно опасного деяния и порицание лица, его совершившего²⁴. Согласно иной, близкой к вышесказанной позиции, уголовная ответственность включает в себя официальное, от имени государства порицание личности виновного²⁵.

Вместе с тем ст. 305 УК РФ предусматривает ответственность за вынесение заведомо неправосудного приговора. Представляется, что при формулировании ст. 299 УК РФ воля законодателя была направлена на криминализацию деяний не судей, а других субъектов. В их число авторы уголовно-правовой литературы практически единодушно включают лицо, производящее дознание, следователя²⁶. Это подтверждается и собранными нами эмпирическими данными. Так, из анализа 18 определений и постановлений судов по уголовным делам видно, что в 11 из них (61,1 %) обсуждался вопрос о совершении деяния следователем; в 1 (5,55 %) — руководителем следственного отдела; в 4 (22,2 %) — дознавателем; в 1 (5,55 %) — прокурором, утвердившим обвинительное заключение; в 1 (5,55 %, неоконченное деяние) — иным лицом. С учетом того, что ни лицо, производящее дознание, ни следователь не правомочны решать вопрос о виновности лица, а могут своей деятельностью лишь существенно ограничить его правовой статус, становится очевидным, что в ст. 299 УК РФ установлена ответственность за привлечение заведомо невиновного лица в качестве обвиняемого. Примечательно в этой связи указание Верховным Судом РФ по делу С. на то, что «объективная сторона ст. 299 УК РФ выражается в действиях, направленных на привлечение заведомо невиновного в качестве обвиняемого. Подобные действия заключаются в вынесении постановления о привлече-

²⁴ См.: Тихонов К.Ф. Субъективная сторона преступления. Саратов: Приволж. кн. изд-во, 1967. С. 39–44; Демидов Ю.А. Социальная ценность и оценка в уголовном праве. М.: Юрид. лит., 1975. С. 163; Осипов П.П. Теоретические основы построения и применения уголовно-правовых санкций. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. С. 51.

²⁵ См.: Божьев В.П., Фролов Е.А. Уголовно-правовые и процессуальные правоотношения // Советское государство и право. 1974. № 1. С. 89. Известно, что от имени государства провозглашается именно приговор (п. 1 ст. 304 УПК РФ), поэтому последнее утверждение также связывает уголовную ответственность с вынесением приговора.

²⁶ См.: Курс советского уголовного права: в 6 т. Часть Особенная. Т. VI. М.: Наука, 1971. С. 112; Курс советского уголовного права. Часть Особенная. Т. 4. Л.: Изд-во ЛГУ, 1978. С. 338; Комментарий к Уголовному кодексу РФ / под общ. ред. В.М. Лебедева, Ю.И. Скуратова. М.: Инфра-М: Норма, 2002. С. 796; Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2005. С. 168.

нии в качестве обвиняемого»²⁷. Небезынтересно и возбуждение в отношении А. уголовного дела по признакам покушения на привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности. Будучи начальником ОВД, А., желая помочь знакомому в оказании незаконного давления на потерпевшего, обязался организовать обнаружение и изъятие подброшенных наркотического средства и боеприпасов. Однако довести намерение до конца А. не удалось по независящим от него обстоятельствам: подчиненные — сотрудники отдела уголовного розыска — во время досмотра обнаружили, но не изъяли подброшенное, догадавшись о мотивах начальника²⁸. Очевидно, в такой ситуации, когда действия субъекта не направлены непосредственно на привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности именно следователем или дознавателем, организация подобных действий с использованием подчиненных сотрудников образует признаки должностного преступления и не образует признаков преступления против правосудия. В этой связи следует поддержать решения судов: районного, краевого и Верховного Суда РФ, усмотревших в его действиях признаки преступлений, предусмотренных ст. 286 УК РФ. На наш вопрос: «Какое деяние, на ваш взгляд, наказуемо по норме о привлечении заведомо невиновного к уголовной ответственности (ст. 299 УК РФ)?», 10,34 % опрошенных ответили: «Предъявление постановления о привлечении в качестве обвиняемого или обвинительного акта заведомо невиновному лицу»; 17,25 % дали ответ: «Вынесение постановления о привлечении в качестве обвиняемого или обвинительного акта заведомо невиновному лицу»; «В разных ситуациях может совершаться как вынесение, так и предъявление постановления о привлечении в качестве обвиняемого или обвинительного акта заведомо невиновному лицу; наказуемо и то и другое» — 72,41 %.

Итак, становится очевидным, что действие ст. 299 УК РФ направлено на охрану установленного порядка привлечения к уголовной ответственности, а наиболее часто субъектами анализируемого деяния являются следователи и дознаватели, нарушающие обязанность, которую в общем виде можно сформулировать как «обязанность привлекать к уголовной ответственности при отсутствии осознания невиновности лица», вытекающую, в частности, из положений ч. 1 ст. 171 УПК РФ, либо нарушающие вытекающий из этих же положений запрет на привлечение к уголовной ответственности при осознании невиновности лица. В связи с этим следует поддержать идею о том, что изменение

института привлечения в качестве обвиняемого необходимо, в том числе путем указания имеющейся доказательственной базы в постановлении о привлечении лица в качестве обвиняемого (64,9 % опрошенных следственных и 62,5 % прокурорских работников указали на необходимость своевременно выносить постановление и в нем указывать имеющуюся доказательственную базу путем перечисления во вводной части)²⁹. Согласно ст. 171 УПК РФ постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого выносит только следователь. Однако дознаватели также имеют возможность наделить лицо процессуальным статусом обвиняемого, поскольку согласно ст. 47 УПК РФ обвиняемым признается и лицо, в отношении которого вынесен обвинительный акт. Таким образом, вынесение дознавателем обвинительного акта в отношении заведомо невиновного лица также образует состав преступления, предусмотренного ст. 299 УК РФ, а значит, дознаватели также попадают в число его субъектов. Кроме того, вынести постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого может и руководитель следственного органа (ч. 2 ст. 39 УПК РФ) и руководитель следственной группы (п. 4 ч. 4 ст. 163 УПК РФ).

В литературе нет единого мнения по поводу момента окончания преступления, предусмотренного ст. 299 УК РФ. Ш.С. Рашковская и С. Асликян таким моментом считают вынесение постановления о привлечении в качестве обвиняемого³⁰. Достоинством такой позиции можно считать то, что с названного момента, а также с момента вынесения обвинительного акта лицо приобретает статус обвиняемого (п. 1, 2 ч. 1 ст. 47 УПК РФ), что, в свою очередь, позволяет применить к нему меры процессуального принуждения, например, объявить в розыск и в случае обнаружения заключить под стражу. Так, ч. 5 ст. 108 УПК РФ определяется возможность заключения обвиняемого под стражу в его отсутствие. Однако при таком подходе остается неочевидной общественная опасность деяния, выразившегося в составлении соответствующего процессуального документа, не предъявленного обвиняемому и не использованного для ограничения его прав. В.П. Малков указывает на соответствие момента окончания рассматриваемого преступления моменту предъявления обвинения, сформулированного в постановлении³¹. Такая точка

²⁹ См.: Коомбаев А.А. Указ. соч. С. 524, 531.

³⁰ См., например: Курс советского уголовного права: в 6 т. Т. VI. С. 110 (Ш.С. Рашковская при этом, на наш взгляд, проявляет в дальнейшем непоследовательность, утверждая, что в случае отмены прокурором постановления, которым ведущий расследование привлекает к уголовной ответственности лицо, заведомо невиновное, злоумышленник совершает лишь покушение на анализируемое преступление (Там же. С. 115)); Асликян С. Привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности // Законность. 2003. № 6. С. 45–46.

³¹ См.: Комментарий к Уголовному кодексу РФ. С. 796.

²⁷ Кассационное определение Верховного Суда РФ от 19.05.2011 № 80-О11-7 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁸ Определение Верховного Суда РФ от 15.04.2010 № 44-010-23 // СПС «КонсультантПлюс».

зрения не учитывает блокирования уголовного преследования в отношении скрывшегося лица, не ознакомленного с соответствующим постановлением. Третья точка зрения, высказанная в пользу момента «заведомо незаконного привлечения, независимо от того, было ли лицо оправдано или осуждено, наступили ли вредные последствия для привлеченного»³², представляется весьма неопределенной.

Использование при конструировании уголовно-правовой нормы термина «привлечение к уголовной ответственности» является не единственной причиной отсутствия единства мнений по поводу момента окончания преступления, предусмотренного ст. 299 УК РФ.

Второй такой причиной следует назвать недостаточную точность при формулировании норм уголовно-процессуального законодательства о вынесении постановления о привлечении в качестве обвиняемого и о порядке предъявления обвинения. В ст. 171 УПК РФ регламентируется лишь один этап привлечения в качестве обвиняемого — вынесение постановления. Однако статья называется «Порядок привлечения в качестве обвиняемого». По сути, порядок привлечения в качестве обвиняемого предусмотрен ст. 172 УПК РФ, названной «Порядок предъявления обвинения».

Мы предлагаем внести следующие изменения в уголовно-правовые нормы. Во-первых, название ст. 299 УК РФ изложить в следующей редакции: «Привлечение в качестве обвиняемого лица, заведомо не подлежащего уголовной ответственности». Во-вторых, ч. 1 ст. 299 УК РФ изложить в следующей редакции: «Предъявление постановления о привлечении в качестве обвиняемого или обвинительного акта лицу, заведомо не подлежащему уголовной ответственности, — наказывается лишением свободы на срок до пяти лет». В-третьих, ч. 2 ст. 299 УК РФ изложить в следующей редакции: «Вынесение постановления о привлечении в качестве обвиняемого или обвинительного акта в отношении лица, заведомо не подлежащего уголовной ответственности, повлекшее объявление в розыск, задержание или заключение под стражу потерпевшего — наказывается лишением свободы на срок от двух до семи лет». В-четвертых, внести в ст. 299 УК РФ ч. 3 в следующей редакции «3. Те же деяния, соединенные с обвинением лица в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления, — наказываются лишением свободы на срок от трех до десяти лет».

Это позволит дифференцировать уголовную ответственность за разные виды привлечения заведомо невиновного в качестве обвиняемого, поставить точку в дискуссии о моментах окончания преступления, предусмотренного ст. 299 УК,

а также исключить трудности при определении его субъектов.

Функция поддержания обвинения в судебных стадиях, урегулированная уголовно-процессуальным законодательством, подкрепляется охранительной функцией уголовного законодательства. Речь идет об уголовно-правовом регулировании посягательств на лиц, выступающих в суде на стороне обвинения. Так, в ст. 295, 296 УК РФ в числе потерпевших от преступлений назван, в частности, государственный обвинитель — прокурор. Однако жизнь и здоровье такого субъекта, как частный обвинитель, остается за рамками уголовно-правовой охраны названными нормами о преступлениях против правосудия. Ученые, раскрывая суть частного обвинения, отмечают, что соответствующий термин традиционно связывался лишь с процессуальной формой, однако вследствие изменения подхода к формулированию оснований уголовного преследования и с возвращением слову материального содержания расширяются границы терминологического поля, которое должно определяться не только уголовно-процессуальным, но и материальным уголовным правом³³. В связи с изложенными доводами полагаем, что отношения по охране названных благ, присущих частному обвинителю, должны вписываться в рамки такого объекта, как интересы правосудия. Поэтому в текстах ст. 295 и 296 УК РФ термин «прокурор» предлагается заменить на «государственный или частный обвинитель».

В рамках проводимого анализа интерес представляет ст. 301 УК РФ, предусматривающая ответственность за незаконные задержание, заключение под стражу или содержание под стражей. Несоблюдение закона в рассматриваемой области не всегда может повлечь уголовное преследование. Требуется разрешения вопрос о том, в каких случаях нарушение обсуждаемого запрета повлечет уголовную ответственность, а в каких дисциплинарную³⁴. Необходимо определить, какие положения УПК РФ ограничивают право граждан на свободу и личную неприкосновенность при их задержании, заключении под стражу и содержании под стражей, так как именно их нарушение можно назвать уголовно противоправным.

В начале рассмотрим понятие так называемого процессуального задержания, содержаще-

³³ См.: Пикуров Н.И. Отказ жертвы преступления от судебной защиты: юридическая природа и уголовно-правовое значение // Проблемы обеспечения прав личности в современных условиях: тез. докл. Волгоград: ВСШ МВД России, 1992. С. 53; Он же: Уголовное право в системе межотраслевых связей: монография. Волгоград: ВЮИ МВД России, 1998. С. 124; Дорошков В.В. Материально-правовые и процессуальные аспекты частного обвинения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997.

³⁴ См.: Фасхутдинова Н.Р. Уголовно-правовая охрана личной неприкосновенности от заведомо незаконных задержания, заключения под стражу и содержания под стражей: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростовн/Д., 1999. С. 5.

³² Курс советского уголовного права. Т. 4. С. 337.

еся в п. 11 ст. 5 УПК РФ: мера процессуального принуждения, применяемая органом дознания, дознавателем, следователем на срок не более 48 часов с момента фактического задержания лица по подозрению в совершении преступления. В практике Верховного Суда РФ отмечается: по смыслу закона, под незаконным задержанием, уголовная ответственность за которое предусмотрена ст. 301 УК РФ, понимается задержание в уголовно-процессуальном порядке, и субъектом этого преступления могут быть лишь должностные лица органа дознания, следствия. В связи с этим приговор в части осуждения по ч. 1 ст. 301 УК РФ Б. — участкового уполномоченного милиции, не производившего уголовно-процессуальное задержание, отменен, а дело прекращено³⁵.

Задержание следует считать незаконным, если оно произведено с превышением 48-часового срока задержания³⁶. Срок задержания начинает исчисляться с момента фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления. Такое изменение УПК РФ по сравнению с его предшественником, на наш взгляд, оказывает прямое влияние на уяснение смысла уголовно-правового запрета, так как уменьшен срок задержания (с 72 до 48 час.). Так, в частном постановлении № 8а-12/02 от 09.08.2002 говорится, что 48-часовой срок задержания К. истек в 10 час. 30 мин. 09.08.2002, а материалы на избрание меры пресечения в виде заключения под стражу представлены в суд лишь в 13 час. 30 мин. С учетом того, что К. был доставлен в суд под конвоем, хотя должен был быть освобожден администрацией ИВС, как видим, суд счел необходимым отреагировать на этот факт³⁷. Кроме того, уголовно наказуемым следует считать дальнейшее задержание подозреваемого при наличии оснований для его освобождения (ст. 94, 449 УПК РФ). Подобные мнения высказывались и во время действия УК и УПК РСФСР 1960 г.³⁸ Вместе с тем встречались утверждения о том, что, например, задержание особо опасного рецидивиста или иного преступника, совершившего тяжкое преступление, с превышением установленного срока без соответствующего разрешения не образует посяательства на правосудие, наоборот, его освобождение в данном случае противоречило бы задачам и функциям правосудия³⁹. Нетрудно

обнаружить в таком утверждении противопоставление функций правосудия, во-первых, правам и свободам человека, а во-вторых, важнейшим принципам действующего законодательства — равенства граждан перед законом и презумпции невиновности.

Уголовно противоправным является также обосновательное задержание, то есть задержание, произведенное при отсутствии оснований, указанных в ст. 91 УПК РФ. Так, например, осуждение по ч. 1 ст. 301 УК РФ было признано необоснованным, так как имелись основания к задержанию подозреваемых в соответствии со ст. 91 УПК РФ: потерпевший прямо указал на лиц, совершивших преступление⁴⁰. По другому делу суд, оправдывая следователя по ст. 301 УК РФ за отсутствием состава преступления, указал, что ею выполнены все требования уголовно-процессуального закона, регулирующие основания и порядок задержания подозреваемого⁴¹.

Кроме оснований задержания, может быть нарушен его порядок, который указан в ст. 92 УПК РФ. Действовавший ранее УПК РСФСР не предусматривал конкретного срока составления протокола задержания. Новый УПК РФ говорит о необходимости составления такого протокола в срок не более 3 час. после доставления подозреваемого в орган дознания или к следователю. Можно предположить, что данное законодательное нововведение должно повлиять на определение уголовной противоправности. Однако нарушение срока на составление протокола само по себе не ограничивает право гражданина на свободу и личную неприкосновенность, так как подозреваемый уже задержан. Несмотря на то, что в протоколе делается отметка о разъяснении подозреваемому его прав, отсрочка такого разъяснения не означает отказа в их предоставлении вообще. Вместе с тем в каждом конкретном случае необходимо учитывать мотивы бездействия должностных лиц, обязанных составить протокол задержания. Так, М. был задержан на месте совершения хищения в 16 час. 00 мин. 24.09.2003. В дежурной части ОВД он содержался более суток без юридического оформления, то есть незаконно. Следователь Ш., в отношении которого по данному факту судом было вынесено частное постановление, не наказан в связи с несвоевременностью передачи ему подозреваемого для проведения следственных действий⁴². Кроме того,

³⁵ Определение Верховного Суда РФ от 10.11.2006 № 44-о06-118 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁶ Необходимо оговориться, что в соответствии с п. 3 ч. 6 ст. 108 УПК РФ срок задержания может быть продлен постановлением судьи.

³⁷ Архив Набережночелнинского городского суда.

³⁸ См.: Власов И.С., Тяжкова И.М. Указ. соч. С. 62; Иванов В.Н. Уголовно-правовая охрана прав граждан. М.: Юрид. лит., 1967. С. 111.

³⁹ См.: Курс советского уголовного права. Т. 4. 1978. С. 350.

⁴⁰ Определение судебной коллегии по уголовным делам Свердловского областного суда от 31.10.2003, дело № 22-7691/2003. URL: <http://www.alppp.ru/court/20-appejacionnyj-sud/01-2004/byulleten-sudebnoj-praktiki-po-ugolovnym-i-administrativnym-delam-sverdlovskogo-oblastnogo.pdf/>

⁴¹ Определение Верховного Суда РФ от 02.02.2004 № 44-о04-3 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴² Архив Набережночелнинского городского суда. Уголовное дело 1-334/04.

следователь или дознаватель может находиться на очередном выезде (или нескольких выездах, следующих друг за другом) на место происшествия в течение длительного времени. Поэтому было бы вполне оправданным, на наш взгляд, наложение только дисциплинарного взыскания на лицо, которое без уважительных на то причин превысило 3-часовой, но не превысило суточный срок составления протокола задержания.

Разумеется, общественной опасностью обладают деяния, выразившиеся в задержании подозреваемого без составления протокола задержания в течение 48 час. Полагаем, что незаконным по смыслу уголовно-правовой нормы следует считать указание в протоколе даты и времени задержания, не соответствующих действительности, так как это может привести к неправомерному увеличению срока задержания. Так, согласно протоколу задержания Ш. задержан 22.08.2002, в то время как фактически он был задержан 21.08.2002, то есть он в течение суток содержался под стражей незаконно. По данному факту было вынесено частное постановление⁴³. Полагаем, что направление этого постановления только начальнику следственного управления привело к тому, что по результатам служебной проверки, в ходе которой факт выявленного нарушения не отрицался, уголовная ответственность по ст. 301 УК РФ на виновных возложена не была. Кроме того, как отмечал Ю.И. Стецовский, «даже при наличии оснований для задержания оно является уголовно противоправным, если проведено без составления протокола или без указаний в протоколе точного времени задержания с целью продления его срока»⁴⁴. В соответствии с ч. 2 ст. 301 УК РФ уголовно противоправным должно признаваться заключение лица под стражу без судебного решения.

Проведенный нами анализ функциональных связей норм, предусмотренных ст. 301 УК РФ, и норм уголовно-процессуального законодательства, касающихся правового регулирования оснований и порядка задержания, заключения под стражу и содержания под стражей, позволяет сделать вывод, что изменения, внесенные УПК РФ в правовую регламентацию этой меры принуждения (в сравнении с УПК РСФСР), повлияли лишь на уяснение смысла уголовно-правового запрета, но не повлекли необходимости изменения текста уголовного закона. Сказанное позволяет сделать вывод об удачном формулировании текста ст. 301 УК РФ.

Таким образом, изменение текста или смысла охранительной нормы при изменении «обслуживаемых» ею регулятивных норм является вторым

признаком функциональных связей уголовного и уголовно-процессуального законодательства.

Все сказанное позволяет сделать вывод о том, что функциональные связи охранительных норм уголовного и норм уголовно-процессуального законодательства — это такие связи, при которых действие охранительных норм уголовного законодательства зависит от нарушения обязывающих или запрещающих и (или) от изменения любых регулятивных норм уголовно-процессуального законодательства.

Отношение государства к преступности выражается, в частности, в уголовно-исполнительной политике, непосредственно реализуемой администрацией учреждения исполнения наказания. Деятельность органов уголовно-исполнительной системы, направленная на исправление осужденных, подкреплена охранительной функцией уголовного законодательства. Так, обязательными признаками состава преступления, предусмотренного ст. 321 УК РФ, являются цель применяемого насилия или угроз его применения — воспрепятствование исправлению осужденного, а также мотив мести за оказанное содействие администрации учреждения или органа уголовно-исполнительной системы.

Известно, что названные цели и мотивы находятся в жесткой корреляции с криминальной субкультурой в учреждениях уголовно-исполнительной системы, правила которой не позволяют осужденным оказывать содействие администрации. Так, на вопрос о том, что является недопустимым в поведении осужденного, 100 % осужденных респондентов ответили: «нельзя доносить правоохранительным органам о преступной деятельности других»; при проведении опроса осужденных, давших показания при расследовании совершенных в ИУ преступлений, 97 % опрошенных ответили, что не стали бы вновь оказывать помощь правоохранительным органам (3 % затруднились ответить)⁴⁵. Уголовно-исполнительная политика и тюремная субкультура находятся в обратно пропорциональной зависимости. Чем большая сфера отношений осужденных регулируется государством, тем меньше поле деятельности у тюремной субкультуры. И, наоборот, чем пассивнее уголовно-исполнительная политика государства, тем большую значимость в жизни осужденных имеет субкультура⁴⁶. Зачастую при попустительстве администрации мест предварительного заключения и исправительных учреждений совершается сексуальное насилие⁴⁷, которое подробно описано в специ-

⁴⁵ См.: Анисимков В.М. Криминальная субкультура. Уфа: Уфим. юрид. ин-т, 1998. С. 24, 165, 166.

⁴⁶ См.: Корецкий Д.А., Тулегенов В.В. Криминальная субкультура и ее криминологическое значение. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2006. С. 31.

⁴⁷ См.: Серова Л. Любовь возле параша // Мегapolis-Экспресс. 2000. № 16. С. 32.

⁴³ Архив Набережночелнинского городского суда. Уголовное дело 1-769/99.

⁴⁴ Стецовский Ю.И. Право на свободу и личную неприкосновенность: Нормы и действительность. М.: Дело, 2000. С. 139.

альной научной⁴⁸ и художественной⁴⁹ литературе. Особая жестокость характерна для насилия, если оно совершается в воспитательной колонии⁵⁰. Причинами такого насилия являются содействие правоохранительным органам или наличие родственников в этих органах⁵¹, сотрудничество с администрацией исправительного учреждения⁵², работа в правоохранительных органах⁵³.

Необходимо создать условия, в том числе организационно-правового характера, для наиболее широкого применения усиленной уголовной репрессии за сексуальное насилие в местах лишения свободы, как это стало делаться в конце 2000-х гг., когда была усилена ответственность за половые посягательства на несовершеннолетних⁵⁴.

С учетом распространенности сексуального насилия за сотрудничество с администрацией исправительного учреждения законодателю следует пересмотреть положения, в соответствии с которыми виновные в совершении анализируемых деяний могут нести ответственность лишь по ч. 1 ст. 131 или 132 УК РФ с учетом обстоятельств, отягчающих наказание, предусмотренных п. «е¹», «ж» ч. 1 ст. 63 УК РФ.

Максимальное наказание по данным нормам предусматривает лишение свободы сроком от 3 до 6 лет. Для сравнения: применение насилия, не опасного для жизни или здоровья осужденного, либо угроза применения насилия в отношении его с целью воспрепятствовать исправлению осужденного или из мести за оказанное им содействие администрации учреждения или органа уголовно-исполнительной системы наказываются лишением свободы на срок до 5 лет, то есть за угрозу применения насилия в отношении осужденного можно получить максимальное наказание на год меньше, чем за совершенное в отношении него сексуальное насилие.

⁴⁸ См., например: Наказание и исправление преступников / под ред. Ю.М. Антоняна. М.: НИИ МВД РФ, 1992. С. 273; Рабочая книга пенитенциарного психолога. М.: ВНИИ ГУИН МВД РФ, 1998. С. 84; Керимов М.Х. Деадаптация личности в местах лишения свободы и пути ее ресоциализации // Опыт и актуальные проблемы совершенствования психологической службы уголовно-исполнительной системы: материалы науч.-практ. семинара психологов. М.: ГУИН МЮ РФ, 1999. С. 175–176 и др.

⁴⁹ См.: Чалидзе В. Уголовная Россия. М.: Терра, 1990. С. 111; Анисимов В.М. Тюрьма и ее законы. Саратов: СГАП, 1998. С. 25–26; Шаламов В.Т. Несколько моих жизней: Проза. Поэзия. Эссе. М.: Республика, 1996. С. 193; Костоев И.М., Викторов В.Е. Россия: преступный мир. М.: Палек, 1998. С. 193; Габышев Л. Одян, или воздух свободы. Харьков: Фолио, 1994 и др.

⁵⁰ См.: Корецкий Д.А., Тулегенов В.В. Указ. соч. С. 114.

⁵¹ См.: Антонян Ю.М. Что же такое лишение свободы? // Личность преступника и исполнение уголовных наказаний: сб. науч. тр. М.: ВНИИ МВД СССР. 1991. С. 6.

⁵² См.: Корецкий Д.А., Тулегенов В.В. Указ. соч. С. 113–114.

⁵³ См.: Керимов М.Х. Указ. соч. С. 174.

⁵⁴ Федеральный закон от 27.07.2009 № 215-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РФ» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 31. Ст. 3921.

Изнасилование и насильственные действия сексуального характера с целью воспрепятствовать исправлению осужденного или из мести за оказанное им содействие администрации учреждения или органа уголовно-исполнительной системы, а равно из мести за иные правомерные действия должны образовывать квалифицированный состав преступления, предусмотренного ст. 131 и 132 УК РФ. Для этого, разумеется, необходимо внести соответствующие изменения в ст. 131 и 132 УК РФ.

Упомянувшееся нами философское определение функции как вида связи между объектами, когда изменение одного из них влечет изменение другого, в полной мере применимо и к функциональным связям между регулятивными и охранительными нормами.

Так, известный динамизм общественных отношений приводит к изменениям в их правовом регулировании. За этим, в свою очередь, следует пересмотр законодателем вопроса о необходимости охраны (в том числе уголовно-правовой) изменившихся общественных отношений.

Изменение регулятивных норм может повлечь либо изменение в уяснении уголовно-правовых запретов, либо необходимость текстуального изменения охранительных норм. Представляется, что последовательность изменений в законодательстве должна выглядеть следующим образом: текст или смысл уголовно-правовой нормы, направленной на охрану общественного отношения, регулируемого нормой другой отрасли права, должны изменяться после, или, во всяком случае, в связи с изменением соответствующих регулятивных норм, но не наоборот. Это, конечно, не касается случаев, когда расширение криминализации деяний нуждается в «процессуальном сопровождении» предписаниями о подследственности и подсудности.

Формулирование уголовно-правового запрета должно отвечать принципам его стабильности и перспективности: с изменением норм иных отраслей законодательства уголовно-правовая норма, как правило, должна оставаться неизменной. Для этого она должна быть как можно менее казуистичной⁵⁵. Чем менее казуистичным будет текст норм уголовного законодательства, тем менее зависимы они (нормы) будут от изменений законодательства другой отраслевой принадлежности. Необходимо, однако, ясное формулирование уголовно-правовых запретов с учетом исторически сложившихся отношений, урегулированных другими отраслями права.

⁵⁵ См.: Лукашов А.И. Проблемы и перспективы развития уголовного законодательства Белоруссии // Уголовное право в XXI веке: материалы Междунар. науч. конф. на юрид. ф-те МГУ им. М.В. Ломоносова (Москва, 31 мая — 1 июня 2001 г.). М.: ЛексЭст, 2002. С. 41.

Библиография:

1. Алексеев С.С. Структура советского права. — М.: Юрид. лит., 1975. — 264 с.
2. Анисимков В.М. Криминальная субкультура. — Уфа: Уфим. юрид. ин-т, 1998. — 168 с.
3. Анисимков В.М. Тюрма и ее законы. — Саратов: СГАП, 1998. — 104 с.
4. Антонян Ю.М. Что же такое лишение свободы? // Личность преступника и исполнение уголовных наказаний: сб. науч. тр. — М.: ВНИИ МВД СССР, 1991. — 183 с.
5. Асликян С. Привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности // Законность. — 2003. — № 6. — С. 45–46.
6. Безверхов А.Г. Уголовная противоправность в условиях межотраслевого взаимодействия // Дифференциация ответственности и вопросы юридической техники в уголовном праве и процессе. — Ярославль: Яросл. гос. ун-т, 2001. — С. 36–45.
7. Божьев В.П., Фролов Е.А. Уголовно-правовые и процессуальные правоотношения // Советское государство и право. — 1974. — № 1. — С. 87–95.
8. Власов И.С., Тяжкова И.М. Ответственность за преступления против правосудия. — М.: Юрид. лит., 1968. — 136 с.
9. Габышев Л. Одлян, или воздух свободы. — Харьков: Фолио, 1994. — 672 с.
10. Гончаров Д.Ю. Уголовная ответственность за невыплату заработной платы при отсутствии состава преступления, предусмотренного ст. 145.1 УК РФ // Уголовное право. — 2011. — № 3. — С. 14–16.
11. Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2005. — 491 с.
12. Демидов Ю.А. Социальная ценность и оценка в уголовном праве. — М.: Юрид. лит., 1975. — 184 с.
13. Иванов В.Н. Уголовно-правовая охрана прав граждан. — М.: Юрид. лит., 1967. — 324 с.
14. Керимов М.Х. Дезадаптация личности в местах лишения свободы и пути ее ресоциализации // Опыт и актуальные проблемы совершенствования психологической службы уголовно-исполнительной системы: материалы науч.-практ. семинара психологов. — М.: ГУИН МЮ РФ, 1999. — С. 175–176.
15. Ковалев М.И. Советское уголовное право. — Вып. 1. — Свердловск: Свердл. юрид. ин-т, 1971. — 146 с.
16. Комментарий к Уголовному кодексу РФ / под общ. ред. В.М. Лебедева, Ю.И. Скуратова. — М.: Инфра-М: Норма, 2002. — 592 с.
17. Корецкий Д.А., Тулегенов В.В. Криминальная субкультура и ее криминологическое значение. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2006. — 243 с.
18. Костоев И.М., Викторов В.Е. Россия: преступный мир. — М.: Палек, 1998. — 528 с.
19. Кудрявцев В.Н. Две книги об уголовном законе // Советское государство и право. — 1969. — № 10. — С. 159–161.
20. Курс советского уголовного права: в 6 т. Часть Особенная. — Т. VI. — М.: Наука, 1971. — 560 с.
21. Курс советского уголовного права. Часть Особенная. — Т. 4. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1978. — 432 с.
22. Лукашов А.И. Проблемы и перспективы развития уголовного законодательства Белоруссии / Уголовное право в XXI веке: материалы Междунар. науч. конф. на юрид. ф-те МГУ им. М.В.Ломоносова (Москва, 31 мая — 1 июня 2001 г.). — М.: ЛексЭст, 2002. — С. 36–43.
23. Наказание и исправление преступников / под ред. Ю.М. Антоняна. — М.: НИИ МВД РФ, 1992. — 392 с.
24. Незнамова З.А., Незнамов А.В. Судебный запрет как альтернатива уголовному наказанию // Уголовное наказание — социальное благо или зло?: материалы VIII Междунар. науч.-практ. конф., посвященной памяти М.И. Ковалева (Екатеринбург, 18–19 февраля 2011 г.): в 2 ч. — Ч. 1. — Екатеринбург: Изд. дом УГЮА, 2012. — С. 51–52.
25. Осипов П.П. Теоретические основы построения и применения уголовно-правовых санкций. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. — 134 с.
26. Пикуров Н.И. Уголовное право в системе межотраслевых связей: монография. — Волгоград: ВЮИ МВД России, 1998. — 220 с.
27. Пионтковский А.А. Курс советского уголовного права. Часть общая. — Т. 1. — М.: Наука, 1970. — 312 с.
28. Рабочая книга пенитенциарного психолога. — М.: ВНИИ ГУИН МВД РФ, 1998. — 109 с.
29. Сефиев Д.Р.-оглы. Уголовное законодательство об охране процессуальной деятельности прокурора в уголовном судопроизводстве // Законность. — 2013. — № 7. — С. 69–70.
30. Стецовский Ю.И. Право на свободу и личную неприкосновенность: Нормы и действительность. — М.: Дело, 2000. — 720 с.
31. Тихонов К.Ф. Субъективная сторона преступления. — Саратов: Приволж. кн. изд-во, 1967. — 104 с.
32. Уголовное право России. Общая часть: учебник / под ред. А.И. Рарога. — М.: Триада, 1998. — 318 с.
33. Уголовное право РФ: Особенная часть / под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комиссарова. — М.: Проспект, 1997. — 752 с.
34. Филимонов В.Д. Охранительная функция уголовного права. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. — 198 с.
35. Чалидзе В. Уголовная Россия. — М.: Терра, 1990. — 395 с.
36. Шаламов В.Т. Несколько моих жизней: Проза. Поэзия. Эссе. — М.: Республика, 1996. — 478 с.
37. Элькин П.С. Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. М.: Юрид. лит., 1967. — 192 с.

Материал поступил в редакцию 3 декабря 2014 г.

**CORRELATION OF REGULATORY AND PROTECTIVE FUNCTIONS
IN THE LEGISLATION ON FIGHTING CRIME**

Goncharov, Denis Yurievich — PhD in Law, Associate Professor, Professor of the Department of Criminal Law of the 2nd Faculty of the Institute for the Advanced Training of the Academy of the Investigation Committee of the Russian Federation.

[goncharov_d@mail.ru]

125080, Russia, Moskva, ul. Vrubelya, 12.

Review. *Legislation on crime prevention and branch of legislation on fighting crime serve a regulatory function, and the criminal legislation has an additional protective function. Changes in the regulatory norms may, and in some cases should cause changes in the meaning and text of protective norms, and on the opposite, changes in the protective norms may require regulatory changes. The article provides examples showing two aspects of functional connections between the criminal legislation and legal acts in the related branches of law. Firstly, the criminal legislation is aimed at the protection of social relations in the sphere of crime prevention, criminal judicial proceedings and penitentiary work. Secondly, there is need to change the norms in one branch of law due to changes in the norms of other branch of law. For example., the Federal Law of April 6, 2011 № 66-FZ amended the Criminal Code of the Russian Federation by adding Art. 314.1 «Evasion of administrative supervision», which appeared at the same time with the adoption of the Federal Law of April 6, 2011 № 64-FZ «On administrative supervision over the persons having served their term in penitentiary institutions». The protective function of the criminal legislation is directed at the protective and protecting relations. Causing harm to the normal activities of the systems for crime prevention, criminal judicial proceedings and execution of punishment within the aspect of protective function of the criminal legislation should be regarded with due consideration of possible damage to protective and protecting relations. The nature of protected relations in the sphere of specialized crime prevention, criminal procedural and penal systems are defined with the norms of preventive, criminal procedural and penal branches of the legislation. Criminal law prohibition against committing certain publicly dangerous acts in the spheres of crime prevention, criminal judicial proceedings and execution of punishment, together with the threat of application of punishment for its violation forms the essence of protective social relation. Among the preventive, criminal procedural and penal relations, as regulated by the prescriptions of regulating branches, the criminal legal norms may only concern those prohibiting or obligating persons. Public relations regulated by the norms providing for competence, such as criminal procedural legislation, do not require criminal legal protection. The article contains analysis of the correlation between the protective function of criminal legislation and the regulatory function of crime prevention legislation, criminal procedural and penal legislation, based upon the examples of norms provided for in Art. 174, 174.1, 183, 183.5, 185.6, 294, 299-303, 305-313, 314.1, 315 of the Criminal Code of the Russian Federation and correlating norms of related branches of law.*

Keywords: *legislation on fighting crime, legislation on crime prevention, criminal legislation, criminal procedural legislation, criminal penal legislation, regulatory function, protective function, protective relations, protecting relations, connection between criminal legal protection and crime prevention, justice and execution of punishment, functional link.*

Bibliography:

1. Alekseev, S.S. Structure of the Soviet law. — M.: Yurid. lit., 1975. — 264 p.
2. Anisimkov, V. M. Criminal subculture. — Ufa: Ufim. yurid. in-t, 1998. — 168 p.
3. Anisimkov, V.M. Prison and its laws. — Saratov: SGAP, 1998. — 104 p.
4. Antonyan, Y.M. What is deprivation of freedom? // Personality of a criminal and serving criminal sentences. Collection of scientific articles. — M.: VNII MVD SSSR, 1991. — 183 p.
5. Aslikyan, S. Bringing an obviously innocent person to criminal responsibility // Zakonnost. — 2003. — № 6. — P. 45–46.
6. Bezverkhov, A.G. Criminal unlawfulness in the conditions of inter-branch cooperation // Differentiation of responsibility and the issues of legal techniques in the criminal law and process. — Yaroslavl: Yarosl. gos. un-t, 2001. — P. 36–45.
7. Bozhev, V.P., Frolov, E.A. Criminal legal and procedural relations // Soviet state and law. — 1974. — № 1. — P. 87–95.
8. Vlasov, I.S., Tyazhkova, I.M. Responsibility for the crimes against justice. — M.: Yurid. lit., 1968. — 136 s.
9. Gabyshev, L. Odlyan or the air of freedom. — Khar'kov: Folio, 1994. — 672 p.
10. Goncharov, D.Y. Criminal responsibility for non-payment of the salaries in the absence of the elements of a crime under Art. 145.1 of the Criminal Code of the Russian Federation // Ugolovnoe pravo. — 2011. — № 3. — P. 14–16.
11. Gorelik, A.S., Lobanova, L.V. Crimes against justice. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2005. — 491 p.
12. Demidov, Y.A. Social value and evaluation in criminal law. — M.: Yurid. lit., 1975. — 184 p.
13. Ivanov, V.N. Criminal legal protection of rights of citizens. — M.: Yurid. lit., 1967. — 324 p.

14. Kerimov, M.K. Desadaptation of a person in penitentiary institutions and the ways of personal re-socialization. // Experience and topical problems of the improvement of the psychological service in the penal system: Materials of the Scientific and Practical Seminar of the Psychologists. — M.: GUINMYu RF, 1999. — P. 175–176.
15. Kovalev, M.I. Soviet criminal law. — Ed. 1. — Sverdlovsk: Sverdl. yurid. in-t, 1971. — 146 p.
16. Commentary to the Criminal Code of the Russian Federation. / Gen. Ed. by V.M. Lebedev, Y.I. Skuratov. — M.: Infra-M: Norma, 2002. — 592 p.
17. Koretskiy, D.A., Tulegenov, V.V. Criminal sub-culture and its criminological meaning. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2006. — 243 p.
18. Kostoev, I.M., Viktorov, V.E. Russia: a criminal world. — M.: Palek, 1998. — 528 p.
19. Kudryavtsev, V.N. Two books on criminal law. // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. — 1969. — № 10. — P. 159–161.
20. Course of the Soviet criminal law. In 6 V. Special Part. — V. VI. — M.: Nauka, 1971. — 560 p.
21. Course of the Soviet Criminal Law. Special part. V. 4. — L.: Izd-vo LGU, 1978. — 432 p.
22. Lukashov, A.I. Problems and perspectives of development of the criminal legislation of Belorussia / Criminal law in the XXI century. Materials of the International Scientific Conference of the Law Faculty of the Moscow State University named after M.V. Lomonosov (Moscow, May 31 — June 1, 2001). — M.: LexEst, 2002. — P. 36–43.
23. Punishment and correction of criminals / Ed. by Y.M. Antonyan. — M.: NII MVD RF, 1992. — 392 p.
24. Neznamova, Z.A., Neznamov, A.V. A judicial prohibition as an alternative to a criminal punishment // Criminal punishment: a positive or a negative matter? Materials of the VIII International Scientific and Practical Conference in memory of the M.I. Kovalev (Ekaterinburg, February 18–19, 2011): in 2 V. — V. 1. — Ekaterinburg: Izd. dom UGYuA, 2012. — P. 51–52.
25. Osipov, P.P. Theoretical fundamentals of formation and application of criminal legal sanctions. — L.: Izd-vo LGU, 1976. — 134 p.
26. Pikurov, N.I. Criminal law within the system of inter-branch connections. A monograph. — Volgograd: VYul MVD Rossii, 1998. — 220 p.
27. Piontkovskiy, A.A. Course of the Soviet Criminal Law, General part. V. 1. — M.: Nauka, 1970. — 312 p.
28. Penitentiary psychologist's working book. — M.: VNII GUIN MVD RF, 1998. — 109 p.
29. Sefiev, D.R.-ogly. Criminal legislation on protection of procedural activities of a prosecutor in criminal judicial proceedings // Zakonnost. — 2013. — № 7. — P. 69–70.
30. Stetsovskiy, Y.I. Right to freedom and personal inviolability. Norms and reality. — M.: Delo, 2000. — 720 p.
31. Tikhonov, K.F. Subjective element of a crime. — Saratov: Privolzh. kn. izd-vo, 1967. — 104 p.
32. Criminal law of Russia. General part. Manual / Ed. by A.I. Rarog. — M.: Triada, 1998. — 318 p.
33. Criminal law of the Russian Federation: Special part / Ed. by G.N. Borzenkov, V.S. Komissarov. — M.: Prospekt, 1997. — 752 p.
34. Filimonov, V.D. Protective function of criminal law. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2003. — 198 p.
35. Chalidze, V. Criminal Russia. — M.: Terra, 1990. — 395 p.
36. Shalamov, V.T. My several lives: proze, poetry, essays. — M.: Respublika, 1996. — 478 p.
37. Elkind, P.S. Interpretation and application of the norms of criminal procedural law. M.: Yurid. lit., 1967. — 192 p.

ОСОБЕННОСТИ ИНФОРМАЦИОННОЙ АКСИОЛОГИИ В УСЛОВИЯХ ФОРМИРОВАНИЯ ИНФОРМАЦИОННОЙ ЦИВИЛИЗАЦИИ

Аннотация. Предметом исследования является такой феномен, как информация, есть все основания рассматривать его как определенный государственный ресурс. Информация оказывает влияние на все процессы современного общественного развития. Большое значение приобретают научные исследования процессов трансформации методологического познания информации, что призвано способствовать формированию взвешенной государственной информационной политики. Ее основой следует считать научно и методологически обоснованные принципы, которые позволят направить ее на решение тактических и оперативных задач в информационной сфере. Формирование методологической научной школы в отрасли информационного права связаны, во-первых, с дальнейшим исследованием эпистемологических проблем, а во-вторых, с освобождением информационного права от методологической гегемонии административного права. Делается вывод о том, что государственную информационную политику следует рассматривать в трех измерениях: нормативная политика — идеи, принципы, методы реализации; реальная политика — государственная информационная политика как информационные процессы, происходящие в реальном времени и реальной жизни; идеальная политика — эталонная модель государственной информационной политики, основанная на информационной аксиологии.

Ключевые слова: аксиологическое измерение информации, информация, правовое регулирование информации, информационная аксиология, государственная информационная политика, информационная цивилизация, информационное общество, информационная политика, информационное право, эпистемологические проблемы.

По мере развития информационного общества становится все более востребованным понятие информации как определенного государственного ресурса, именно информация оказывает наиболее значительное влияние на все процессы преобразования в обществе и его развитие. Поэтому современное информационное право остро ощущает потребность в методологических работах, которые бы стали следствием наработок научных школ, а не отражали определенную субъективную позицию авторов.

Поэтому в соответствии с трансформацией методологии познания информации возрастает необходимость формирования взвешенной госу-

дарственной информационной политики, которая бы основывалась на научных и методологических принципах по решению тактических или оперативных задач в информационной сфере.

Так, выбор информационной аксиологии в качестве объекта исследования связан с расширением методов познания предмета исследования, которым выступает государственная информационная политика. Поэтому среди методологических проблем информационно-правовой науки видное место занимают вопросы определения аксиологии, гносеологии и онтологии, которые совершенно очевидно коррелируют с правильным и точным определением

© Сопилко И.Н., 2015

* Сопилко Ирина Николаевна — кандидат юридических наук, директор Юридического института Национального авиационного университета.

[sopilko_i@ukr.net]

03680, Украина, г. Киев, пр-т Космонавта, д. 1/1.

предмета исследования, определяют структурно-генетические связи исследуемой предметной области.

Актуальность темы обусловлена также и общепризнанным положением философии науки о том, что аксиологическое познание информационной политики дает представление об эволюции информационно-правовых феноменов, выступает важным условием понимания их сущности. Достижение поставленной в нашем исследовании цели обусловлено тем, насколько серьезно научное сообщество относится к решению значимых эпистемологических проблем.

Следует признать, что в настоящее время нет ни одной монографической работы, в которой бы достаточно полно и глубоко рассматривались проблемы информационной аксиологии в комплексе, на основе единого, целостного теоретико-методологического освещения проблемы. Эта статья является попыткой в определенной степени восполнить этот пробел.

Информационная глобализация — наиболее неоднозначное проявление современной действительности. С одной стороны, многие исследователи описывают положительные моменты формирования информационного общества, дерегуляции информационных отношений и формирования свободного информационного рынка¹, с другой — исследователи сосредоточены на собственных поисках для формирования взвешенной государственной информационной политики, разработки надежных механизмов информационной безопасности². Кроме того, авторы несколько по-своему трактуют информационное общество, исходя из постулированных в информациологической парадигме положений³. Прежде всего это

¹ См.: Беляков К.И. Інформаційне право: аналіз термінологічно-понятійного апарату // Науковий вісник Київ. нац. ун-ту внутрішніх справ. 2007. Вип. 3. С. 67–79; Он же. Інформаційна аксіоматика у праві: проблеми формування // Науковий вісник Юрид. академії МВС України. 2004. № 3. С. 263–268; Гурковський В.І. Державне управління розбудовою інформаційного суспільства в Україні (історія, теорія, практика). К.: Науковий світ, 2010.

² См.: Арістова І.В. Державна інформаційна політика: організаційно-правові аспекти / за ред. О.М. Бандурки. Х.: Вид-во Ун-ту внутр. справ, 2000; Баскаков В.Ю. Захист інформації з обмеженим доступом в умовах боротьби з організованою злочинністю // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). 2011. № 24. С. 263–269.

³ См.: Кір'ян В. Парадигмальна трансформація концепцій інформаційного суспільства // Підприємництво, господарство і право. 2013. № 5. С. 102–104; Он же. Правові аспекти концепції інформаційного суспільства // Європейські перспективи. 2013. № 6. С. 160–164; Он же. Інформаціологічний зміст ідеології безпеки // Правова інформатика. 2012. № 1. С. 39–43; Он же. Правові аспекти концепції інформаційного суспільства // Європейські перспективи. 2013. № 7. С. 181–185; Он же. Категорія «інтерес» — основа рефлексії інформаційного суспільства // Підприємництво, господарство і право. 2013. № 7. С. 11–14; Он же. Європа і всесвітнє інформаційне суспільство // Імперативи розвитку цивілізації. 2013. № 1. С. 75–77.

касается понимания информации и ее значения в общественной жизни⁴.

Современный мир претерпевает коренные изменения, касающиеся не только трансформации парадигмальных научных постулатов, но и онтологической структуризации по новым аксиологическим критериям. Онтологичность информатизации уже не требует своего аксиоматического доказательства и воспринимается как данность, но вопросы гносеологии и аксиологии в своем органическом единстве довольно редко становятся объектом научного анализа. В связи с этим концепции информационного общества и соответственно электронного управления, становления сетевых пространств, оформление государственно-властного воздействия через механизм правового регулирования не исследуются системно, что лишает возможности целостно понять этот феномен, поскольку основным и определяющим в данном случае является исследование связей и генезиса развития. Немалую роль в этом методологическом хаосе играют работы, в которых в противоположность аксиологическому измерению продвигаются схоластические идеи, которые иногда носят характер вульгарного дефрагментализма⁵. На этом фоне заслуживают внимания работы В. Цимбалюка, который стремится отойти от устаревших клише и сформировать собственный взгляд на системное решение данных научных проблем⁶.

Следует отметить, что процессы информационной глобализации, транспарентности и дальнейшего развития гражданского и информационного общества несут разноуровневые нагрузки на систему государственного управления. Гомогенная направленность работ, в которых в основном рассматриваются позитивы от становления и развития информационного общества, а также работы, в которых анализируются различные аспекты информационной безопасности, к сожалению, направлены на

⁴ См.: Сопилко І.М. Передумови формування інформаційно-правової концепції мережевого суспільства // Підприємництво, господарство і право. 2012. № 12. С. 140–142.

⁵ См.: Беляков К.И. Інформаційне право: аналіз термінологічно-понятійного апарату. С. 67–79; Он же. Інформаційна аксіоматика у праві: проблеми формування. С. 263–268; Брижко В.М. Організаційно-правові питання захисту персональних даних: дис. ... канд. юрид. наук. К., 2004; Брижко В.М., Швець М.Я., Цимбалюк В.С. Е-боротьба в інформаційних війнах та інформаційне право. К.: НДЦПІ АПРН України, 2007.

⁶ См.: Цимбалюк В.С. Методологія інформаційного права як комплексної галузі юридичної науки (засадничі, принципні положення) // Правова інформатика. 2007. № 3. С. 40–51; Он же. Інформаційне право (основи теорії і практики). К.: Освіта України, 2010; Он же. Методологічні аспекти щодо державної політики кодифікації інформаційного законодавства // Становлення інформаційного суспільства в Україні: економіко-правовий аспект: матеріали наук.-практ. круглого столу. Ірпінь: Національний університет державної податкової служби України, 2011. С. 226–230.

решение узкого круга задач. Ведь в них не исследуется диалектика положительного и отрицательного, взаимосвязь формы проявлений негативных факторов на государственную политику и содержание угроз, которые детерминированы современным развитием информационных технологий, уровнем информатизации государства, информационной грамотности и информационной культуры, культуры кибербезопасности в целом и т.д. Потеря номосом информационной пассионарности выступает своеобразным окольным путем для имплементации деструктивных информационных алгоритмов, действие которых направлено на предупреждение самостоятельного избрания путей дальнейшего развития системы.

Сейчас многие исследователи обращают внимание на девальвацию традиционных представлений о государственном суверенитете, ведь фактически государство не всегда абсолютно самостоятельно в принятии тех или иных важных для него решений. Существование наднациональных органов обуславливает формирование наднациональной юрисдикции. Так, при вступлении в ЕС государства, передавая некоторые полномочия в ЕС, фактически частично теряют свой суверенитет.

О. Тюрина отмечает, что ЕС выступает межгосударственным интеграционным образованием, которое охватывает в своей юрисдикции экономическую, политическую и правовую интеграцию. В частности, принцип прямого действия (непосредственность применения) означает, что правовые акты ЕС не нуждаются в ратификации или имплементации государствами-членами, то есть правовые нормы ЕС непосредственным (прямым) образом накладываются на субъектов права ЕС права и обязанности, что устанавливает непосредственную связь субъектов права ЕС (прежде всего граждан ЕС) с ЕС. Этот принцип частично был сформулирован в учредительных договорах и проработан в судебной практике Европейского Суда. Определенные принципы по своей природе являются функциональными, поскольку, определяя основные принципы функционирования правовой системы ЕС, устанавливают ее соотношение с национальными правовыми системами государств — членов ЕС⁷.

В общем можно утверждать, что в обществе недостаточно используется опыт мировой политической науки, которая обобщает опыт развития информационной политики в различных странах, предупреждает о возможных последствиях и просчетах в этой области, определяет наиболее перспективные направления оптимизации государственной политики в сфере информационных отношений.

Учитывая современные реалии, добавим, что указанная юрисдикция сейчас значительно расширилась и охватывает уже социальную, экологическую и информационную интеграцию. При таких условиях частичной потери суверенитета, используя методологии прошлого, можно говорить о том, что на самом деле ЕС превратился в сверхгосударственное образование, целью которого является консолидация властных полномочий и формирование политики в странах (фактически минуя национальные правительства). Понимая дуализм таких категорий, как форма и содержание, а также априорную истину о том, что форма является организационным оформлением явления, категории статической, а содержание — вариативным и динамичным, поскольку коррелирует с временно-пространственным форматом существования формы, приходим к другим выводам.

Государство выступает незыблемой и наиболее эффективной формой организации информационного общества. Для успешного его развития как системы возникает необходимость в реализации государственной политики, в том числе государственной информационной политики, выступает содержанием государственно- и правотворческих процессов внутри и снаружи государства. Государство, не меняясь по форме, изменяется содержательно: концепции либерализма и человекоцентризма меняют вектор государственной политики, направленность деятельности ее институтов, в том числе гражданских. Именно поэтому в европейских странах политика государств ЕС направлена на реализацию информационных прав и свобод конкретного человека. Это влияет и на информационную политику, которая обычно призвана создавать условия для свободного и безопасного информационного развития человека, приобщения его к новейшим достижениям глобальной информационной цивилизации.

Сама бытийность государства и имманентность его признаков как целостного образования не меняются в зависимости от наполнения его содержания. Мы можем исповедовать различные политические взгляды от анархических и охлократических до шовинистических или демократических, но эти взгляды только будут характеризовать различные содержательные элементы, то есть наполнение целостного образования, которым выступает государство.

Аналогичные рассуждения можем строить и до потери самоидентификации народами и этносами, искусственного насаждения пренебрежения к национализму и патриотизму, продвижения идеи несостоятельности государства по регулированию нынешних общественных

⁷ См.: Тюрина О.В. Основы права Европейского Союзу. К.: Лира-К, 2012.

отношений в эпоху глобализации, потери национальной идентичности через агрессивную транскulturацию, введение информационных моделей системных и структурно-функциональных трансформаций, направленных на формирование управляемой извне информационной политики и т.д.

В данном аспекте игнорирование информационной аксиологии как одного из направлений современной информациологии служит конструктивным источником для выработки эффективной государственной информационной политики. Таким образом, не будет нарушен баланс между формой и содержанием, ведь законодательство само собой является лишь формой выражения воли правящей элиты и не всегда может соответствовать национальным интересам. На важность применения аксиологического подхода обращает внимание и один из теоретиков вопросов правовой безопасности личности А. Лобода⁸.

Аксиология — учение о ценностях, философская теория общезначимых принципов, определяющих направленность человеческой деятельности, мотивацию человеческих поступков. Формирование информационной аксиологии не является спонтанным желанием философии или информационной политики, или информациологии, а выступает логическим шагом к формированию новой аксиологической парадигмы. Обращение к аксиологии является целесообразным, и учитывая то обстоятельство, что формирование ценностных критериев информационной политики будет способствовать более четкому осознанию, пониманию истоков и тенденций развития данного процесса, когда информация начинает определять судьбу государств и наций, а защита персональных данных превращается в миф. Поэтому провозглашенные и реальные ценности отличаются по своему содержанию, но сохраняют форму и соответственно должны продолжать определять основы политики государства.

Сейчас одной из важнейших задач украинской информационно-правовой науки является разработка ее методологических проблем. В наиболее общем плане на эти вопросы обращают внимание и в теории права⁹. Поэтому вполне

очевидно, можем предположить, что это касается и информационной политики, которая не исследовалась с позиций информационно-правовой науки.

Вполне вероятно, что значительный массив анализируемой информации невозможен для постижения в рамках одной работы (исследования одного автора), поэтому мы ставим вопрос о необходимости институционализации в рамках информационно-правовой науки научных школ по информационному праву, в том числе предлагаем основания: гносеологические, эпистемологические, методологические, аксиологические, праксеологические, идеологические, правовые и другие важные для развития информационного права аспекты данной проблемы.

Актуальность формирования методологической научной школы связана с ощутимой потребностью усиления методологической составляющей процессов рефлексии информационного права, необходимостью осуществления дальнейших исследований эпистемологических проблем, нерешенность которых приводит к распространению в информационно-правовых исследованиях мировоззренческой неопределенности, описательности, вульгарного эмпиризма, а отчасти и научной схоластики.

Ценность труда научных школ, формирования информационной аксиологии особенно остро ощущается в связи с мимолетными изменениями информационной цивилизации, растущей ролью необходимости защиты персональных данных, а также сохранения права личности на неприкосновенность его личной жизни.

Информационное право требует скорейшего освобождения от методологической гегемонии административного права, поскольку односторонность и ограниченность методологии административного права уже показали свою несостоятельность при объяснении и описании процессов, происходящих в сфере информационных отношений, а новая методология еще не может стать парадигмальной и быть воспринятой учеными-информационщиками.

С позиций информационной аксиологии государственная информационная политика выступает таковой по своей сути, если она направлена на установление справедливости, согласованного сосуществования информационных интересов личности, общества и государства. В этом утверждении заключается смысл ценности информационной политики, с помощью кото-

меж століть // Правова держава. 2000. Вип. 11. С. 3–7; Рабінович П.М. Трансформація методології вітчизняного правознавства: досягнення і проблеми // Юридична Україна. 2003. № 1. С. 20–25; Тацій В.Я. Методологічні проблеми правової науки на етапі формування правової, демократичної, соціальної держави // Методологічні проблеми правової науки: матеріали міжнарод. наук. конф. Х.: Право, 2003. С. 3–12.

⁸ См.: Лобода А.М. Правова безпека особи: аксіологічний вимір // Підприємництво, господарство і право. 2012. № 12. С. 16–21.

⁹ См.: Козюбра М.І. Проблеми методології теорії держави і права в умовах політичного та ідеологічного плюралізму // Проблеми правознавства. 1992. Вип. 53. С. 3–7; Рекомендації міжнародної науково-теоретичної конференції «Проблеми методології сучасного правознавства» // Вісник Академії правових наук України. 1997. № 1. С. 151–152; Селиванов В. Проблема методологічної обґрунтованості вітчизняного правознавства та юридичної практики // Право України. 1998. № 12. С. 34–43; Козловський А.А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права. Чернівці: Рута, 1999; Шемшученко Ю.С. Юридична наука на

рой утверждается единство и взаимозависимость справедливости и самой государственной информационной политики как особых социальных ценностей.

В данном случае государственная информационная политика выполняет инструментальную функцию, поскольку в ее рамках разноплановые информационные интересы приобретают новое универсальное содержание. В этих условиях информационная аксиология является своеобразным ориентиром и указателем по формированию системы сдержек и противовесов, а в более абстрактном плане — баланса информационных интересов. Формирование системы ценностей помогает сформировать данный баланс (основываясь на объективных научных критериях, а не пользуясь субъективным отношением и иногда ошибочными оценочными критериями). Осуществление этих ценностей и является основным содержанием и задачей, идеей государственной информационной политики.

М. Вебер трактует ценность как установку конкретной эпохи, как присущее эпохе направление интереса. Ценности, по Веберу, — выражение общих социально-политических установок своего времени, следовательно, они являются относительными. Таким образом рассуждают представители эволюционной гносеологии, которые считают что ценности формируются как составная часть самоорганизации определенной структуры или модели. Принимая тезис о разделении ценностей на абсолютные и относительные, считаем целесообразным поддержать мнение А. Мережко, который считает, что к абсолютным ценностям можно отнести гуманизм, справедливость, верховенство права над политикой, достоинство и свободу личности, а все остальные относительные ценности должны рассматриваться в свете абсолютных ценностей¹⁰.

В этом аспекте информационную политику нельзя рассматривать вне контекста информационной аксиологии, поскольку иерархия ценностей личности, общества и государства наполняет собственным содержанием государственную информационную политику.

Основываясь на информационной аксиологии, предлагаем рассматривать государственную политику в трех измерениях: нормативная политика — идеи, принципы, методы реализации государственной информационной политики четко определены в действующем информационном законодательстве Украины; реальная политика — государственная информационная политика, которая воплощается в реальной жизни; идеальная политика — эталонная

модель государственной информационной политики, основанная на информационной аксиологии.

Согласно информационной аксиологии, государственная информационная политика должна выступить в роли средства интеграции ценностей, что может существенно снизить уровень информационного расслоения украинского общества. Процесс создания такой системы является сверхсложным, но информационная аксиология позволяет увидеть возможные направления, альтернативы построения этой системы ценностей. Базовым постулатом информационной аксиологии является то, что сближение интересов личности, общества и государства может способствовать снижению напряжения не только в информационной сфере, но и других сферах жизнедеятельности общества, заложить параметры для успешной реализации государственной политики устойчивого развития страны.

Основными направлениями государственной информационной политики являются: обеспечение свободного доступа граждан к открытой информации, создание эффективных и конкурентоспособных национальных систем и сетей информации, укрепление научных, материально-технических, финансовых, организационно-правовых основ информационной деятельности, обеспечение эффективного использования информации, создание общей системы безопасности информации, содействие международному сотрудничеству в области информации с целью обеспечения информационного суверенитета Украины.

Аксиологическое измерение государственной информационной политики предоставляет возможности для ее анализа и изучения как специфического, но адекватного современным тенденциям развития информационного общества явления.

Подводя итоги, следует отметить, что современный методологический кризис в формировании концептуальных основ государственной информационной политики имеет свои аксиологические корни. Несформированность системы национальных ценностей, в том числе информационных, дефрагментация холистической методологии и нивелирование деонтологических основ подготовки современных специалистов стали последствием глобальной информатизации и пропагандирования господства потребительского стиля и образа жизни. Ментальный и мировоззренческий кризис как в средствах реализации государственной информационной политики, так и в методологии ее исследования стали общим эхом методологического кризиса исследований в информационной сфере. Недостаточная разработанность данных вопросов может

¹⁰ См.: Мережко А.А. Введение в философию международного права: Гносеология международного права. К.: Юстириан, 2002.

привести к неправильному и спонтанному, неконтролируемому развитию информационного общества, формированию новых угроз для интересов личности, общества и государства, неспособности государственной информационной политики сформировать надежные механизмы обеспечения законных прав и информационных интересов.

Одним из важных условий выхода из этого кризиса, по нашему мнению, является обращение научного внимания на теоретические вопросы формирования методологии информационной политики, внутри которой целесообразно рассматривать такие компоненты, как аксиология, праксеология, гносеология, онтология и эпистемология.

Анализ комплекса методологических проблем свидетельствует о необходимости реорганизации с последующей реструктуризацией и модернизацией всех составляющих государственной информационной политики на основе системного сочетания информационной аксиологии, информационной гносеологии и информационной методологии.

В теоретическом плане концептуальные подходы по выработке основ информационной политики в большинстве своем лишены аксиологической составляющей, а если она и присутствует, то никоим образом не коррелирует с полученными научными результатами. Философия либерализма в сочетании с неокантиан-

скими традициями не дает полного представления о феномене информационной политики, поскольку оторванность кантианской этики и уровень опасностей от эпохальности либерализма и развития идей формирования глобального информационного общества, что отчасти грозит институциональной составляющей, в целом не дают адекватного представления о содержании современных процессов, происходящих в информационной сфере. Считаем, что информационная аксиология может составить, по крайней мере, понятный алгоритм осознания связи между теми или иными явлениями окружающей действительности.

В частности, следует различать политику информационной безопасности (кибербезопасности), которая в основном направлена на предотвращение информационных угроз, и государственную политику, направленную на формирование гарантированных и обеспеченных государством благоприятных условий для стабильного прогресса объектов информационных отношений, реализации их информационных прав и свобод, законных информационных интересов. Формирование и развитие информационной аксиологии выступает объективной потребностью, ведь кроме концептуального значения, она будет способствовать обновлению основ информационной политики и соответствующему их оформлению в адекватном по форме и содержанию нормативном акте.

Библиография:

1. Арістова І.В. Державна інформаційна політика: організаційно-правові аспекти / за ред. О.М. Бандурки. — Х.: Вид-во Ун-ту внутр. справ, 2000. — 368 с.
2. Беляков К.І. Інформаційне право: аналіз термінологічно-понятійного апарату // Науковий вісник Київ. нац. ун-ту внутрішніх справ. — 2007. — Вип. 3. — С. 67–79.
3. Гурковський В.І. Державне управління розбудовою інформаційного суспільства в Україні (історія, теорія, практика). — К.: Науковий світ, 2010. — 396 с.
4. Кір'ян В. Парадигмальна трансформація концепцій інформаційного суспільства // Підприємництво, господарство і право. — 2013. — № 5. — С. 102–104.
5. Лобода А.М. Правова безпека особи: аксіологічний вимір // Підприємництво, господарство і право. — 2012. — № 12. — С. 16–21.
6. Мережка А.А. Введение в философию международного права: Гносеология международного права. — К.: Юстиниан, 2002. — 192 с.
7. Рабінович П.М. Трансформація методології вітчизняного праводержавознавства: досягнення і проблеми // Юридична Україна. — 2003. — № 1. — С. 20–25
8. Сопілко І.М. Передумови формування інформаційно-правової концепції мережевого суспільства // Підприємництво, господарство і право. — 2012. — № 12. — С. 140–142.
9. Тацій В.Я. Методологічні проблеми правової науки на етапі формування правової, демократичної, соціальної держави // Методологічні проблеми правової науки: матеріали міжнарод. наук. конф. — Х.: Право, 2003. — С. 3–12.
10. Тюріна О.В. Основы права Европейского Союза. — К.: Ліра-К, 2012. — 284 с.
11. Цимбалюк В.С. Методологічні аспекти щодо державної політики кодифікації інформаційного законодавства // Становлення інформаційного суспільства в Україні: економіко-правовий аспект: матеріали наук.-практ. круглого столу. — Ірпінь: Національний університет державної податкової служби України, 2011. — С. 226–230.
12. Шемшученко Ю.С. Юридична наука на межі століть // Правова держава. — 2000. — Вип. 11. — С. 3–7.

Матеріал поступил в редакцию 5 февраля 2014 г.

**SPECIFIC FEATURES OF INFORMATION AXIOLOGY
IN THE CONDITIONS OF THE INFORMATION CIVILIZATION FORMATION**

Sopilko, Irina Nikolaevna — PhD in Law, Director of the Law Institute of the National Aviation University.
[sopilko_i@ukr.net]
03680, Ukraine, Kyiv, prt, Kosmonavta,1/1.

Review. *The object of studies is the phenomenon of information, and there are grounds to view it as a certain state resource. Information casts influence upon all of the processes in the current social development. Scientific studies of the processes of transformation of methodological cognition of information gain importance, and they are aimed at the formation of a balanced state information policy. Its basis should be found in scientifically and methodologically substantiated principles, allowing to direct it at solving tactical and operative assignments in the information sphere. Formation of the methodological scientific school in the sphere of information law is connected to several matters. Firstly, it deals with the future studies of epistemological problems, secondly, it deals with the freeing of the information law from the methodological hegemony of administrative law. The conclusion is made that the state information policy should be regarded in three dimensions: normative policy, which includes ideas and methods of implementation; real policy, which is state information policy as ongoing information processes in real time and space; ideal policy — an ideal model of state information policy based upon information axiology.*

Keywords: *axiological dimension of information, legal regulation of information, information axiology, state information policy, information civilization, information society, information policy, information law, epistemological problems.*

Bibliography:

1. Aristova, I.V. State information policy: organizational legal aspects / Ed. by O.M. Bandurka. — Kh.: Vid-vo Un-tu vnutr. sprav, 2000. — 368 p.
2. Belyakov, K.I. Information law: analysis of the terminological and definition apparatus // Naukoviy visnik Kiïv. nats. un-tu vnutrishnikh sprav. — 2007. — Ed. 3. — P. 67–79.
3. Gurkovskiy, V.I. State management of information community in Ukraine (history, theory, practice). — K.: Naukoviy svit, 2010. — 396 p.
4. Kiryan, V. Paradigm transformation of the information community concept // Pidpriemnitstvo, gospodarstvo i pravo. — 2013. — № 5. — P. 102–104.
5. Loboda, A.M. Legal security of a person: axiological dimension // Pidpriemnitstvo, gospodarstvo i pravo. — 2012. — № 12. — P. 16–21.
6. Merezko, A.A. Introduction into the philosophy of the international law. Gnoseology of international law. — K.: Yustinian, 2002. — 192 s.
7. Rabinovich, P.M. Transformation of the methodology of the native statehood: achievements and problems // Yuridichna Ukraïna. — 2003. — № 1. — P. 20–25
8. Sopilko, I.M. Thoughts on the formation of the informational legal concept of the network community // Pidpriemnitstvo, gospodarstvo i pravo. — 2012. — № 12. — S. 140–142.
9. Tatsiy, V.Y. Methodological problems of legal science at the stage of formation of legal, democratic and social state. // Methodological problems of legal science: materials of the international scientific conference. — Kh.: Pravo, 2003. — P. 3–12.
10. Tyurina, O.V. Fundamentals of the EU Law. — K.: Lira-K, 2012. — 284 p.
11. Tsimbalyuk, V.S. Methodological aspect of the state policy in the sphere of codification of the information legislation // Formation of the information community in Ukraine: economic legal aspect. Materials of the Scientific and Practical Roundtable. — Irpin: Natsionalniy universitet derzhavnoï podatkovoi sluzhbi Ukraïni, 2011. — P. 226–230.
12. Shemshuchenko, Y.S. Legal science at the verge of the centuries // Pravova derzhava. — 2000. — Issue 11. — P. 3–7.

ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ ПОКУПАТЕЛЕЙ В СОВЕТСКОМ ГОСУДАРСТВЕ

Аннотация. В настоящей статье автором рассматривается опыт советских цивилистов по разрешению актуальных вопросов в одной из наиболее проблемных областей советского гражданского права: защите прав покупателей. Ученые неоднократно отмечали невысокий уровень защиты прав покупателей, критически оценивая заложенный в праве гражданско-правовой механизм защиты прав последних. Автор обосновывает точку зрения, что защита прав покупателей как правовое явление в советском государстве трансформировалось из социально-политического — культуры обслуживания граждан. Показано, что к концу 1980-х гг. в науке гражданского права сформировалось несколько теоретических подходов к решению указанной проблемы, послуживших основой для формирования современного гражданского законодательства о защите прав потребителей. В работе использованы общенаучные и специально-юридические методы исследования: анализ и синтез при обработке теоретических взглядов, конкретно-исторический метод. Научная новизна проведенного исследования заключается в том, что автор впервые обращается к опыту советской доктрины, направленной на разрешение проблемных вопросов в области защиты прав покупателей. В результате мы приходим к выводам, что, во-первых, развитию правовой мысли в области защиты прав потребителей предшествовало создание социального явления «культура обслуживания потребителей», нацеленного на удовлетворение материальных и культурных потребностей советских граждан. Лишь после принятия Основ гражданского законодательства СССР и Гражданского кодекса РСФСР социальное явление постепенно трансформировалось в правовое. Во-вторых, защита прав потребителей как научное направление возникло в конце 1960-х гг. и вобрало в себя разработки в области гражданского, административного и уголовного права. В-третьих, в науке гражданского права советского периода был сформирован основной комплекс прав потребителей, вошедших в основу Закона РФ «О защите прав потребителей», а современное законодательство базируется на достижениях в том числе и советской цивилистической науки.

Ключевые слова: потребитель, обязательства по обслуживанию, основы гражданского законодательства, культура обслуживания населения, суд, механизм защиты прав, концепция, услуги и обслуживание, торговое обслуживание, закон о торговле.

С момента принятия Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» к институту защиты прав потребителей в России приковано пристальное внимание не только практиков, но и ученых разных отраслей науки. Тем не менее именно в науке гражданского права большое количество научно-исследовательских работ посвящено теоретическим проблемам за-

щиты прав потребителей. В современной науке принято считать, что защита прав потребителей — явление новое для современной России, и лишь отдельные авторы рассматривают защиту прав потребителей в исторической ретроспективе.

Политические события в начале XX в. привели не только к созданию нового государства, но и новой идеологии. В 1917 г. после октябрь-

© Богдан В.В., 2015

* Богдан Варвара Владимировна — кандидат исторических наук, доцент кафедры гражданского права Юго-Западного государственного университета.

[KurskPravo@yandex.ru]

305040, Россия, г. Курск, ул. 50 лет Октября, д. 94.

ских событий было создано государство, провозгласившее власть рабочих и крестьян, отменившее частную собственность, поставившее общественные интересы гораздо выше личных. Подобные изменения не могли не сказаться ни на действующем законодательстве, ни на науке. Новое государство потребовало новых законов, новых концепций, теорий, которые бы отразили все особенности провозглашенного курса.

К началу 1920-х гг. сформировалось ясное представление о его роли, но из-за существующих тенденций отрицания всего буржуазного в социалистическом обществе, термин «гражданское право» часто заменялся на «хозяйственное право», которое в тот период по своей сути ничем не отличалось от гражданского¹.

На основании анализа положений Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. (далее — ГК 1922) можно сказать, что в нем был расширен объем прав покупателей и усилена ответственность продавцов (ст. 195–199, 201, 203–205)²: установление ответственности продавца за отсутствие в проданном товаре установленных качеств, за недостатки, уменьшающие цену или пригодность к употреблению. ГК 1922 впервые ввел сроки обращения потребителя к продавцу с соответствующими требованиями, а также установил три основных права покупателя в случае продажи ему некачественного товара: предоставление вещи надлежащего качества; соответствующего уменьшения покупной цены; расторжение договора и уменьшение убытков.

С середины 1950-х гг. права потребителей, зафиксированные в гражданском законодательстве, принятом еще в 1920-е гг., дополнились различными ведомственными актами. Приказом министра торговли СССР от 15.06.1956 № 333 был установлен порядок обмена и возврата недоброкачественных товаров. Этот подзаконный нормативный акт регулировал вопросы, касающиеся сроков обращения граждан, обнаруживших в купленном товаре недостатки. Но полностью реализовать свое право на расторжение договора потребитель мог не всегда³.

¹ «Но уже в 1937–1938 гг. в стране прошла широкая дискуссия о системе советского права, в ходе которой наряду с научными наблюдениями и выводами широко использовались грубые политические оценки. Результатом стало изгнание концепций хозяйственного права <...> и утверждение гражданского права как самостоятельной отрасли нового советского права, подлежащего изучению и разработке на базе положений Конституции СССР и марксистско-ленинской идеологии» (Гражданское право России. Общая часть / отв. ред. О.Н. Садилов. М.: Юристъ, 2001.).

² Гражданский кодекс РСФСР 1922 // Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 71. Ст. 904.

³ Так, например, циркулярным письмом Министерства торговли СССР от 30.11.1956 № 0527 было установлено, что замена в телевизорах и других радиотоварах электровакуумных изделий (радиоламп, кинескопов), сопротивлений и конденсаторов не дает покупателю права требовать обмена товара или возврата его стоимости.

Розничное торговое предприятие несло ответственность за продажу некачественных как промышленных, так и продовольственных товаров. Основные Правила работы магазина, утвержденные для государственной торговой сети Приказом министра торговли РСФСР от 27.11.1958 г. № 399 и для магазинов потребительских обществ — Центросоюзом, устанавливали обязанность магазина принимать от покупателей товары, имеющие явные или скрытые недостатки или не соответствующие наименованию и сорту, под которым они были проданы⁴.

Между тем специальных научных исследований в области защиты прав покупателей (заказчиков) в данный период не проводилось⁵. Общая характеристика законодательства, а также особенности государственной политики дают основания полагать, что защита частного интереса не являлась актуальной. Первоочередной задачей советской власти явилась постановка вопроса о качестве производимой и реализуемой продукции: «первостепенное значение для максимального удовлетворения все возрастающих потребностей трудящихся»⁶.

Тем не менее следует констатировать, что, несмотря на проводимую работу, проблема, связанная с обеспечением качества продукции, не была решена. И не только идеологическая составляющая (зачастую «боровшимся за выполнение и перевыполнение плана», «ведущим решительную борьбу за выполнение количественных показателей» производителям некогда было думать о качестве производимой продукции⁷. Имели место попытки решать задачи снижения себестоимости за счет ухудшения качества продукции⁸) являлась тому причиной (в высших партийных кругах отмечали, что «до сего времени далеко не изжита еще в практике наших хозяйственных организаций капиталистическая “теория”, что “потребитель все слопают”»⁹).

Воздействие торговли на промышленность, производящую товары народного потребления, во многом проводилось без учета интересов потребителей. Кроме того, в науке интерес к проблеме правового обеспечения качества продукции был мал. Недооценка качества товаров, работ и услуг как правовой категории послужила

⁴ См.: Ответственность торговых организаций за ненадлежащее качество продаваемых товаров // Советское государство и право. 1965. № 9. С. 139–140.

⁵ Данный период изучался в более позднее время. См.: Степаненко Г.М. Правовое регулирование внутренней торговли и купли-продажи в советском государстве в период 1917–1934 гг.: дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1967.

⁶ Ответственность торговых организаций... С. 138.

⁷ См.: Решительнее бороться за качество продукции // Правда. 1930. 16 дек.

⁸ См.: Стандартизация в народном хозяйстве. М.: Изд-во стандартов, 1967. С. 93.

⁹ См.: Правда. 1930. 16 дек.

одной из причин несовершенства его правовой регламентации, что усугубилось незнанием и неиспользованием всех деталей гражданско-правового механизма его обеспечения¹⁰.

Анализ гражданского законодательства и сложившихся общественных отношений в сфере торговли и услуг конца 1950-х — начала 1960-х гг. свидетельствует о том, что в советском государстве постепенно формируется самостоятельное социально-правовое явление «культура обслуживания потребителей», призванное обеспечить защиту прав покупателей¹¹. Но несмотря на это в юридической литературе отмечалось, что «советские юристы находятся в долгу у потребителей за то, что до сих пор не внедрена система эффективного контроля за качеством народного потребления и ответственности за поставку и продажу брака»¹².

В 1964 г. был принят Гражданский кодекс РСФСР (далее — ГК 1964)¹³, послуживший основой для защиты интересов потребителей от недобросовестных производителей, продавцов и исполнителей. Вторая советская кодификация не могла не повлиять на правовое положение советского потребителя и на законодательство, охраняющее его права. Новое гражданское законодательство (Основы гражданского законодательства СССР (далее — Основы) и ГК 1964), можно сказать, улучшило положение потребителя. По сравнению с ГК 1922 покупатель получил дополнительные возможности по своему выбору требовать либо безвозмездного устранения недостатков, либо возмещения расходов, связанных с исправлением обнаруженных недостатков.

Но наряду с положительными моментами были и негативные явления. Широкое ведомственное, а не общесоюзное нормотворчество, вызванное пробелами и несоответствиями некоторых статей Основ друг другу, наносило существенный вред потребителям, который выразился в том, что они, формально защищенные общим гражданским законодательством, фактически находились во власти своих контрагентов.

Министерством торговли СССР было принято большое количество приказов, утверждающих различные правила торговли¹⁴, при этом министерства и ведомства, используя свои монопольные позиции в соответствующих отраслях, при издании разнообразных правил, пренебрегали

не только интересами потребителей, но и самим гражданским законодательством. Так, Правила обмена промышленных товаров, купленных в розничной торговой сети (принятые в 1965 г.), в противоречие со ст. 41 Основ, допускали обмен товара ненадлежащего качества, а расторжение договора только в том случае, если соответствующего товара не было в продаже и без возмещения понесенных убытков, а то время как Основы допускали альтернативный выбор между обменом и расторжением договора. Право покупателя на соразмерное уменьшение покупной цены, предусмотренное ст. 246 ГК РСФСР, Типовыми правилами обмена промышленных товаров, купленных в розничной торговой сети государственной и кооперативной торговли¹⁵, устанавливается лишь в отношении мебели. Не упоминалось в этих Правилах и о судебной защите прав покупателей.

В литературе высказывалось мнение, что обращение граждан в суд за защитой своих субъективных прав из-за препятствующих этому отдельных положений отдельных подзаконных актов иногда не имело перспективы. Виднейший цивилист советского времени Р.О. Халфина отмечала, что «к сожалению, гражданско-правовые средства охраны интересов граждан в рассматриваемых отношениях используются еще недостаточно. Это связано в известной мере с излишне усложненным порядком предъявления и рассмотрения претензий, что нередко побуждает граждан отказаться от защиты своих законных интересов. Излишняя “защита” интересов предприятий, обслуживающих граждан, от ответственности за ненадлежащее обслуживание не способствует укреплению дисциплины и повышению качества обслуживания. Представляется целесообразным максимально упростить установленные ведомственными инструкциями правила предъявления претензий к предприятиям сферы обслуживания в целях обеспечения такого порядка, при котором законные требования граждан немедленно удовлетворялись бы, а лица, ответственные за нарушение прав, несли бы установленную ответственность»¹⁶.

Так, А. Власова отмечала, что Совет Министров РСФСР, несмотря на прямое указание Основ об определении порядка осуществления прав потребителя в случае продажи ему некачественного товара, этого порядка не определил, поэтому вряд ли можно было признать правильным, что порядок обмена обуви и импортной мебели был установлен приказом министра торговли РСФСР, поскольку ответственность торговых предприятий перед покупателем опреде-

¹⁰ См.: Гридин А.В. Гражданско-правовые способы обеспечения качества товаров, работ, услуг: дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2006. С. 4.

¹¹ См. подробнее: Богдан В.В. Защита прав потребителей в России: историко-правовое исследование. Курск: Изд-во Курск. гос. техн. ун-та, 2008. С. 112.

¹² См.: Львович Ю. Правовое регулирование торговли — на уровень современных задач // Советская юстиция. 1962. № 15–16. С. 24.

¹³ Конституция и законы Союза ССР. М.: Б.и., 1983. С. 296.

¹⁴ См.: Основные правила торговли. М.: Экономика, 1984.

¹⁵ Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. 1974. № 9.

¹⁶ Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1974. С. 238.

лялась самым заинтересованным ведомством — Министерством торговли¹⁷.

А. Кабалкин указывал, что «хоть некоторые ведомственные правила и инструкции, регулирующие отношения по обслуживанию населения, и создают известные трудности при предъявлении исковых требований», тем не менее «в других нормативных актах содержится указание о разрешении претензии народным судом (например, Правила личного и имущественного страхования)»¹⁸. Естественно, что это не должно было служить основанием к тому, чтобы не воспользоваться своим правом на предъявление иска, так как противоречило бы «важнейшим началам советского судопроизводства»¹⁹.

В силу этих причин лица, чьи права нарушались продавцами, прибегали к помощи печати или административного воздействия. Наиболее яркие примеры защиты прав покупателей успешно упоминались в газетах (например, дело по иску Б. к универсаму о взыскании стоимости телевизора²⁰), но практика показала, что и в торговой сфере, и в сфере услуг обращение в суд было явление чрезвычайно редким²¹.

Пожелания юристов о «дальнейшем углублении и совершенствовании правового регулирования отношений в сфере розничной купли-продажи, всемерная охрана и защита прав и интересов покупателей с целью решения задачи поставленной Коммунистической партией по наиболее полному удовлетворению потребностей советских граждан в товарах народного потребления, повышению их качества»²² еще не на одно десятилетие остались простой декларацией. Не случайно, первым шагом в становлении российского законодательства о защите прав потребителей стал запрет на издание ведомственных нормативных актов в этой области и закрепление в Законе «О защите прав потребителей» права на судебную защиту.

Большинство гражданских споров были связаны с несоответствием друг другу законов и

подзаконных актов, несмотря на то, что Типовые правила обмена промышленных товаров, купленных в розничной торговой сети государственной и кооперативной торговли, утвержденные 01.02.1974 Минторгом СССР и Госстандартом СССР, во многом устранили эти противоречия²³. Иногда на практике вместо того чтобы дать возможность покупателю возвратить недоброкачественную вещь обратно в магазин, продлевались гарантийные сроки²⁴.

Тем не менее к началу 1980-х гг. сложился основной комплекс прав, представленный в гражданском законодательстве советского периода, предоставлявший право на обмен товара ненадлежащего качества, право обмена товара надлежащего качества (доброкачественные товары), право на безвозмездное устранение недостатков, возмещение убытков, взыскание неустойки, право на отказ от исполнения договора (при обнаружении существенных недостатков или существенных отступлений от условий договора в вещи, изготовленной из материалов заказчика по договору бытового подряда).

К середине 1980-х гг. законодательство о защите прав потребителей представляло собой крупный массив правовых актов различного уровня, включающий в себя нормы различных отраслей права. После принятия Конституции 1977 г. оно стало опираться и на многочисленные конституционные установления, которых ранее не существовало: право на охрану здоровья, отдых, жилище и т.д. К ним можно также отнести и развитие таких государственных систем, как здравоохранение, социальное обеспечение, торговля, общественное питание, бытовое обслуживание и коммунальное хозяйство²⁵. В целом Конституция СССР 1977 г. сыграла свою роль — во многом положительную и конструктивную — в социально-экономическом и политическом движении страны.

Несмотря на то, что ведущая роль в механизме защиты прав потребителей отдавалась административному порядку, следует констатировать наличие и гражданско-правового механизма. Так, законодательством предусматривалось наличие претензионного порядка урегулирования споров (его соблюдение являлось обязательным в договорах с транспортными организациями, организациями связи и Союзпечати, и добровольным для споров, возникающих из договора купли-продажи, подряда, хранения, комиссии). Но соблюдение досудебного порядка разрешения гражданско-правовых споров имело фактически решающее значение: если претензия не

¹⁷ См.: Власова А. Ответственность розничного торгового предприятия за качество проданного товара // Советская юстиция. 1970. № 4. С. 11.

¹⁸ Кабалкин А. Иски граждан к организациям сферы обслуживания // Советская юстиция. 1970. № 17. С. 5.

¹⁹ Там же

²⁰ Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1970. № 5. С. 12.

²¹ Щенникова Л.В., анализируя правовое регулирование туристско-экскурсионной деятельности и проблемы защиты прав граждан в случае некачественного обслуживания туристов, отмечает: «наша судебная практика не знает такой категории дел (имеются в виду споры из договоров на туристско-экскурсионное обслуживание. — Б.В.)» и приводит в качестве примеров актуальные статьи из газет на соответствующую тематику. См.: Щенникова Л.В. Право и туристско-экскурсионное обслуживание в СССР // Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания. М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1983. С. 43.

²² Семякин М. Договор купли-продажи и качество товаров народного потребления // Советская юстиция 1982. № 15. С. 21.

²³ См.: Валенцева М., Сохновский А. Спорные вопросы применения законодательства об обслуживании населения // Советская юстиция. 1980. № 3. С. 20.

²⁴ См.: Мартемьянов В.С. Охрана прав покупателя, заказчика, клиента. М.: Знание, 1983. С. 1.

²⁵ Ведомости СНД и ВС СССР. 1977. № 41. Ст. 617.

заявлена, то исчисление срока давности начинается на следующий день после окончания претензионного срока.

Имущественная ответственность за нарушение прав потребителей состояла в основном в виде возмещения убытков (взыскание неустойки предусматривалось только в случаях, установленных законодательством). При этом позиция Верховного суда РСФСР была такова, что убытки (в части реального ущерба) следует взыскивать полностью (п. 16 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 03.09.1974 № 5 «О некоторых вопросах в практике судов РСФСР по гражданским делам, связанным с обслуживанием населения»). Предусматривалось взыскание упущенной выгоды (в понимании ст. 219 ГК РСФСР), но в отдельных случаях (в обязательствах, возникающих из договора хранения, перевозки, почтовой экспедиции) имущественная ответственность ограничивалась стоимостью утраченного или поврежденного имущества.

Советское законодательство исходило из презумпции вины организации в нарушении обязательства, возникающего из договора, предусматривая, что только в отдельных случаях от гражданина требуется, «чтобы он указал и доказал, что ответчик ненадлежащее относился к исполнению долга, то есть был виновен в причинении ему убытков»²⁶ (ст. 102 Воздушного кодекса СССР, устанавливающая ответственность перевозчика за сохранность ручной клади пассажира лишь при наличии его вины).

Таким образом, к 1983 г. в СССР покупатели обладали определенным кругом прав. Следовательно, основная проблема защиты прав покупателей состояла не в отсутствии прав, как утверждают отдельные авторы²⁷, а в отсутствии действенных гражданско-правовых механизмов их защиты. Идеологическая роль государства негативно сказывалась на развитии соответствующего законодательства. Как правило, учения о правах покупателей строились через призму марксистско-ленинской идеологии о потреблении, и поиску эффективного механизма защиты прав внимание не уделялось. В большей степени существовавший социальный феномен «обслуживание населения» исходил из формирования советского правосознания: защитой прав покупателей от самих же себя на протяжении нескольких десятилетий были вынуждены

заниматься сами продавцы (исполнители). Социалистические соревнования, бригады отличного обслуживания покупателей, потребительские конференции, рейдовые проверки были направлены на выявление нарушений в торговле и защите интересов потребителей²⁸.

В 1983 г. в СССР впервые заговорили о необходимости принятия специального закона, регламентирующего взаимоотношения производителя и потребителя. Ученые и практики искали пути решения проблемы «продавец — покупатель», предлагая для этого новаторские способы. К.Ф. Егоров считал, что законодательство необходимо вывести на тот уровень, когда оно будет обеспечивать потребителю право на охрану от рисков, связанных с применением опасных для жизни и здоровья промышленных и продовольственных товаров; на получение информации о товарах и услугах; на обслуживание, отвечающее всем требованиям советского торгового сервиса; на эффективную и легкодоступную процедуру обмена промышленных и продовольственных товаров; на обжалование неправомерных действий работников торговли, общественного питания и бытового обслуживания; на охрану от включения в типовые договоры и другие ведомственные акты пунктов, ущемляющих законные интересы потребителей²⁹.

А.Ю. Кабалкин и В.П. Мозолин видели решение проблемы в трех направлениях: принятии общесоюзного Закона об охране прав потребителей, усовершенствовании действующего кодифицированного законодательства, принятие отраслевых законов, регулирующих отношения в сфере торговли, общественного питания, бытового обслуживания и др.³⁰

Следует констатировать, что к этому времени в науке уже сформировались общие подходы к пониманию сущности правоотношений, участником которых выступает гражданин-потребитель. На примере договора розничной купли-продажи профессор В.А. Язев выделял черты, присущие данной договорной конструкции: «он заключается в советской торговле, продавцом товара выступает социалистическое торговая организация, покупателем товара является, как правило, гражданин, детальная правовая регламентация, то есть определение многих важных условий договора (цена, качество и пр.) правовыми нормами, право покупателя расторгнуть одностороннее до момента передачи ему купленного товара в собственность, соответствие

²⁶ Мартемьянов В.С. Указ. соч. С. 56.

²⁷ «Лишь в конце XX в., в ответ на злоупотребления со стороны профессиональных участников рыночных отношений, появляются концепции защиты прав потребителей как уязвимой категории лиц» (Булгина С.Г. Юридическое обеспечение защиты прав потребителей в России: историко-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 4); См.: Она же Становление потребительского права и его место в системе современного российского права. URL: http://conf.msu.ru/archive/Lomonosov_2007/25/bunina@lanpolis.ru.pdf

²⁸ См. подробнее: Богдан В.В. Указ. соч.

²⁹ См.: Егоров К.Ф. Охрана прав потребителей в СССР и за рубежом // Роль правовых средств в оптимизации действия хозяйственного механизма. М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1983. С. 110.

³⁰ См.: Кабалкин А.Ю., Мозолин В.П. Охрана прав граждан-потребителей // Советское государство и право. 1983. № 4. С. 45.

качества стандартам, техническим условиям или утвержденным образцам, подробная правовая регламентация порядка обмена и возврата товара ненадлежащего качества, большой круг дополнительных услуг, предоставляемых покупателям торговыми организациями, строгий широкий контроль за надлежащим исполнением договора, осуществляемый государственными, кооперативными, общественными организациями, а также самими покупателями»³¹.

Проблема правового обеспечения защиты прав покупателей становилась объектом пристального внимания ученых-цивилистов. С.С. Алексеев, В.П. Мозолин, В.Ф. Яковлев отмечали, что «в нормах, относящихся к договору на обслуживание населения, акцент должен быть сделан на гарантиях прав граждан <...> число отсылочных норм должно быть сведено к минимуму, причем они должны определять, в основном, процедурные вопросы, не затрагивающие договорных прав граждан»³². Двумя годами ранее актуальные проблемы правового регулирования отношений в области сферы обслуживания были предметом тематической Всесоюзной научно-практической конференции «Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания».

А.Ю. Кабалкин, В.А. Язев, Н.А. Баринов высказывались за необходимость эффективного гражданско-правового регулирования отношений, призванных обеспечивать надлежащее обслуживание населения, теоретическую разработку правовых аспектов торгового обслуживания, принятие специального закона по охране прав потребителей³³.

Вместе с тем В.А. Язев являлся противником принятия закона о защите прав потребителей, называя высказываемые предложения заманчивыми, но нереальными. Он полагал, что такой закон будет громоздок, а его лаконизм «приведет к формулированию не конкретных норм (их слишком много), а норм-принципов, норм-деклараций, которые не смогут осуществить детальное регулирование конкретных правоотношений»³⁴.

³¹ Язев В.А. Договор розничной купли-продажи и качество обслуживания // Договор в торговле и качество обслуживания. Л.: Изд-во ЛГУ, 1978. С. 62.

³² Алексеев С.С., Мозолин В.П., Яковлев В.Ф. Гражданское право в механизме правового регулирования экономики // Гражданское право и экономика: сб. науч. ст. М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1985. С. 10.

³³ См. подробнее: Кабалкин А.Ю. Совершенствование законодательства о договорах по обслуживанию граждан // Гражданское право и экономика. С. 116–125; Язев В.А. Гражданское право и актуальные проблемы торгового обслуживания населения // Там же; Баринов Н.А. О необходимости принятия закона об обеспечении и охране прав граждан-потребителей // Там же.

³⁴ Язев В.А. Гражданское право и актуальные проблемы торгового обслуживания населения. С. 123. Он ратовал за принятие комплексного Закона СССР о советской внутренней торговле, в котором деятельность единого объекта — торговли — будет урегулирована с помощью системы взаимосвязанных норм различных отраслей. См.: Там же. С. 122–123;

Н.А. Баринов, поддерживая идею А.Ю. Кабалкина и В.П. Мозолина о необходимости разработки всесоюзного закона об охране прав потребителей в сфере обслуживания, в разделы закона предлагал включать обеспечение права личной собственности, обеспечения прав граждан в отношениях наследования, правовые основы индивидуальной трудовой деятельности подсобного хозяйства садоводства и огородничества. В качестве критерия определения качества продукции, товаров и услуг он называл степень удовлетворения той или иной потребности. Значение самого закона он видел в сведении к минимуму появления нормативных актов ведомственного уровня³⁵.

В советской цивилистической науке было широко распространено мнение о необходимости создания «договора на обслуживание граждан», происшедшего из поддержанной Е.А. Сухановым и А.Ю. Кабалкиным концепции «обязательств по обслуживанию граждан». Н.Д. Егоров полагал, что выделение категории обязательств по обслуживанию граждан позволит яснее отразить специфику их гражданско-правового опосредования³⁶. Он четко указывал на характер данной группы обязательственных правоотношений: «наиболее полное удовлетворение постоянно растущих потребностей граждан», в соответствии с чем «в правовом регулировании обязательственных отношений по обслуживанию граждан основной акцент должен быть сделан на усиление гарантий прав граждан»³⁷.

Таким образом, суть этой концепции составлял «интерес потребителя-гражданина», поставленный во главу угла регулирования данных отношений³⁸, что, в свою очередь, могло послужить теоретической основой для структурного обособления обязательств по обслуживанию граждан в рамках отдельной категории обязательств.

Помимо интереса, зарождение этой концепции тесно связано с понятием качество. В советское время понятие качества или «проблеме качества»³⁹ понимали широко. В частности, В.А. Куник отмечал, что «применительно к договору (в контексте «розничной купли-продажи». — Б.В.) ее (имеется в виду проблема качества. — Б.В.) нельзя сводить только к качеству товаров, ибо эта проблема комплексная <...> вот почему <...> представляется необходимым рассмотреть не только

См. также: Он же. Правовые вопросы торгового обслуживания // Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания. М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1983. С. 46.

³⁵ См.: Баринов Н.А. О необходимости принятия закона... С. 124–125.

³⁶ См.: Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений. Л.: Изд-во ЛГУ, 1988. С. 99.

³⁷ Там же.

³⁸ См.: Грибанов В.П. Роль советского гражданского права в реализации решений XXVII съезда КПСС // Вестник МГУ. Сер. 11: Право. 1986. № 5. С. 25.

³⁹ Материалы XXV съезда КПСС. М.: Полит. лит., 1976. С. 44.

правовые вопросы качества <...> товаров, но и многие другие стороны качества торгового обслуживания как комплекса отношений между продавцом и покупателем»⁴⁰.

Этот подход, по нашему мнению, вполне оправдан для реализации мер по защите прав покупателей в условиях хозяйствования, сложившихся в конце 1950-х — начале 1980-х гг. На XXV съезде КПСС в своем докладе Л.И. Брежнев признавал, что «проблема качества работы, внимания (подчеркнуто нами. — В.В.) к потребителю и его запросам особенно остро стоит в торговле, общественном питании, бытовом обслуживании»⁴¹. В Постановлении XXV съезда КПСС по проекту ЦК КПСС «Основные направления развития народного хозяйства СССР на 1976–1980 гг.» в программе социального развития и повышения уровня жизни народа было предусмотрено помимо прочего «повышение культуры обслуживания населения, качества исполнения бытовых заказов»⁴², то есть налицо действие «культуры обслуживания потребителей», явления в большей степени социального, чем правового, призванного разрешить проблемы, связанные с нарушением прав граждан в сфере торговли и услуг.

Частично подтверждение своего вывода мы находим у Р.О. Халфиной: «конструкция субъективного права граждан на надлежащее обслуживание как гарантированного социального права призвана помочь разработке мер, направленных на эффективную реализацию этого права»⁴³, а В.А. Язев утверждал, что «качество торгового обслуживания — проблема социальная, а право как регулятор возникающих в процессе торгового обслуживания общественных отношений закрепляло и закрепляет требования, выгодные и удобные господствующему в данном обществе классу»⁴⁴. Таким образом, право на надлежащее (качественное) обслуживание признавалось в первую очередь социальным правом гражданина. Ввиду этого считаем, что гражданско-правовое регулирование обслуживания населения изначально исходило из социальной природы отношения. Более того, О.Б. Халфина, называя дополнительным правом гражданина, помимо прав, вытекающих из договора купли-продажи, подряда, перевозки и т.п., «право на надлежащее обслуживание», указывает, что оно охраняется нормами административного законодательства⁴⁵, в то время как нормами гражданского права регулируются отношения по удовлетворению потребностей граждан в возмездном порядке.

⁴⁰ Язев В.А. Договор розничной купли-продажи и качество обслуживания. С. 63.

⁴¹ Материалы XXV съезда КПСС. С. 55.

⁴² Там же С. 218–219.

⁴³ Халфина Р.О. Указ. соч. С. 240.

⁴⁴ Язев В.А. Договор розничной купли-продажи и качество обслуживания. С. 64.

⁴⁵ Халфина Р.О. Указ. соч. С. 240.

О том, что обязательства по обслуживанию граждан сочетали в себе правовые и социальные начала, свидетельствует следующий аргумент: «важнейшими элементами качества торгового обслуживания являются быстрота обслуживания, эстетика, вежливость продавца и покупателя, соответствующая обстановка торгового предприятия»⁴⁶.

В науке концепция выделения обязательств по обслуживанию граждан в отдельную категорию получила широчайшую поддержку среди советских ученых⁴⁷. Этой концепции противостояло мнение о необходимости выделения в системе гражданско-правовых договоров специфического договора услуг⁴⁸.

Тем не менее к 1992 г. в науке гражданского права не было выработано общего понятия и характеристики указанного договора. Договору в сфере обслуживания граждан противопоставлялся договор услуг, сторонником которого был Е.Д. Шешенин, который указывал, что «сфера обслуживания не идентична сфере услуг, поэтому эти понятия нельзя отождествлять»⁴⁹.

Н.А. Баринов, не отрицая существования договора на обслуживание граждан, тем не менее считал недостаточными аргументы Е.А. Суханова, утверждающего, что договор услуг поглощается договорами на обслуживание, так как это не разрешает спора по существу, поскольку можно возражать и против других наименований договоров, ссылаясь на сходство их элементов⁵⁰.

Дискуссия относительного существования данного договора происходила из еще более сложной проблемы: соотношения понятий «сфера обслуживания», «бытовое обслуживание» и «сфера услуг». Несмотря на кажущуюся схожесть этих понятий, советские юристы вели активные споры относительно того, к какой из отраслей народного хозяйства относится та или иная сфера общественного потребления. Так, оставался полемичным вопрос о месте общественного питания в системе отраслей народного хозяйства⁵¹.

⁴⁶ Язев В.А. Договор розничной купли-продажи и качество обслуживания. С. 62.

⁴⁷ См.: Эффективность гражданского законодательства / под ред. В.П. Грибанова. М.: Изд-во МГУ, 1994. С. 46–47; Кабалкин А.Ю. Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания. М.: Наука, 1980; Он же. Совершенствование законодательства о договорах по обслуживанию граждан // Гражданское право и экономика. С. 117; Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений. С. 98–109; Халфина Р.О. Указ. соч. С. 237–240.

⁴⁸ См.: Шешенин Е.Д. Общие проблемы обязательств по оказанию услуг // Вестник МГУ. Сер.: Право. 1983. № 1. С. 63.

⁴⁹ См.: Он же. О правовой природе договоров в сфере обслуживания // Бытовое обслуживание населения (правовые вопросы). М.: Юрид. лит., 1968. С. 15.

⁵⁰ См.: Баринов Н.А. Бытовые услуги населению и регулирующие их законодательство // Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания граждан. М.: Наука, 1983. С. 68–69.

⁵¹ См.: Кабалкин А.Ю. Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания. С. 56.

Анализируя научные точки зрения в данной области, мы приходим к выводу, что существование договора на обслуживание граждан на тот момент времени представляется оправданным. В 1992 г. А.Е. Шерстобитов придал данному договору «новое звучание», опосредуя его действие уже в условиях «перехода к рыночным отношениям». Так, в частности, он указал на специфику связей субъекта договора на обслуживание граждан в качестве системообразующего фактора, а не на плановый характер договора⁵².

В настоящее время критическое восприятие договора на обслуживание граждан может быть связано с его непосредственной целью: достижение социально значимого результата сторонами, участвующими в данных договорных отношениях. По нашему мнению, такая направленность договора, в общем-то, не свойственна современным рыночным отношениям. Но при этом мы признаем социальную роль договора, и считаем, что такую направленность несут иные договоры, используемые в жизни общества.

Сегодня отдельные исследователи возвращаются к вопросу о необходимости разработки теоретической конструкции договора обслуживания. В частности, Л.В. Санникова отмечает, что «отношения обслуживания могут опосредоваться различными гражданско-правовыми обязательствами. Последние имеют, как правило, комплексный объект, в силу чего они являются самостоятельными по своей правовой природе, поэтому не могут быть отнесены к обязательству возмездного оказания услуг. Договоры, регулирующие отношения в сфере обслуживания, обладают рядом общих формальных признаков, позволяющих выделить их в теории гражданского права в группу договоров обслуживания. Представляется, что разработка теоретической конструкции договора обслуживания в цивилистической доктрине будет способствовать совершенствованию правового регулирования отношений в сфере обслуживания»⁵³.

Проанализировав основные теоретические взгляды на проблемы защиты прав покупателей в СССР, мы приходим к выводу, что основную проблему негативного состояния защиты прав покупателей ученые видели все же в ведомственном нормотворчестве, а не в отсутствии договора на обслуживание граждан. Последняя проблема — часть более сложных цивилистических дискуссий относительно роли и места договора в «социалистическом обществе», его классификации, признаках, субъектном составе и пр. Поэтому нельзя согласиться с мнением М.А. Бычко, что «одним из серьезных недостатков гражданского кодифицированного законодательства <...> является отсутствие

в нем общих положений, посвященных договорам в сфере обслуживания граждан как совокупности взаимосвязанных правовых явлений. На практике это привело к широкому развитию ведомственно-нормотворчества»⁵⁴.

Тем не менее ведомства — изготовители недоброкачественной продукции всегда стояли на защите существовавших правил обмена, доказывая, что установление беспрепятственного обмена недоброкачественного товара повлечет для предприятия многомиллионные убытки, и тем самым признавая, что эти убытки покрываются из кармана покупателя, который платит своеобразный косвенный налог на брак⁵⁵.

В рамках общей концепции гражданско-правовой регламентации отношений граждан и организаций в сфере обслуживания определялись следующие направления: опора на Конституцию СССР; изменение структуры гражданских кодифицированных законов (объединение правил об отдельных соглашениях по обслуживанию, рассредоточенных в главах Основ гражданского законодательства и ГК РСФСР, посвященных соответствующим типам традиционных договоров, путем создания в особом подразделе раздела «Обязательственное право» общих положений о договорах по обслуживанию); расширение применения безвиновной имущественной ответственности организаций за нарушение условий договора о качестве исполнения; распространение такой ответственности на все обязательства специализированных организаций; расширение области применения неустойки и усовершенствования механизма ее взыскания; объединение в группы отдельных договоров по обслуживанию граждан в зависимости от вида обслуживания; принятие комплексного нормативно-правового акта, общесоюзного Закона об охране прав граждан-потребителей, содержащего в себе положения межотраслевого⁵⁶.

Концепция гражданского правового регулирования обслуживания граждан, сформированная советскими учеными, безусловно, заслуживает поддержки по нескольким причинам: впервые граждане-потребители выделяются в особую группу участников хозяйственных правоотношений, нуждающихся в особой правовой охране; за ними признается право на «личное удовлетворение», то есть человек, удовлетворяя свой необходимый жизненный интерес, перестал быть потребителем в негативном смысле этого слова, и, как следствие, формируется предпосылка для возникновения цели правоотношения: удовлетворения личных, бытовых, семейных и иных нужд, позволяющая разделять сферу потребления на производственную и личную; обозначена веду-

⁵² См.: Шерстобитов А.Е. Гражданско-правовые вопросы охраны прав потребителей. М.: Изд-во МГУ, 1992. С. 85.

⁵³ Санникова Л.В. Услуги в системе гражданско-правовых отношений: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 115–116.

⁵⁴ Бычко М.А. Развитие законодательства о защите прав потребителей: историко-правовой аспект: дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2000. С. 65.

⁵⁵ См.: Суханов Е.А. Права покупателя в правовом государстве // Советская торговля. 1988. 29 сент.

⁵⁶ См.: Кабалкин А.Ю. Совершенствование законодательства о договорах по обслуживанию граждан. С. 116–120.

щая роль именно гражданского права в регулировании правоотношений с участием потребителей; признана порочность ведомственного регулирования данных отношений; проводятся исследования в области опыта защиты прав покупателей не только в социалистических странах, но и буржуазных, таких как Франция, США, ФРГ, Великобритания и др.

Вот только посыл создания данной концепции в настоящее время представляется несколько идеалистическим: удовлетворение материальных и культурных потребностей граждан. При этом идеологический компонент незримо присутствовал в обоснованиях необходимости совершенствования механизма защиты прав граждан в виде формулировок: «недостатки в сфере обслуживания приводят к непроизводительной потере времени», «правовые нормы об экономии времени покупателей <...> отсутствуют <...> нет какой-либо ответственности за разбазаривание времени покупателей»⁵⁷, «обоснование многочисленных предложений по улучшению существующего порядка связано в основном с выработкой частных мер и пока не привело к созданию единой, цельной Концепции гражданско-правового регулирования отношений сферы обслуживания, соответствующей ее социально-экономическому значению в развитом социалистическом обществе»⁵⁸, «характер данных обязательственных отношений определяется главным образом действием основного закона социализма — наиболее полное удовлетворение постоянного растущих потребностей граждан. В соответствии с этим правовом регулировании обязательственных отношений по обслуживанию граждан основной акцент должен быть сделан на усиление гарантий прав граждан»⁵⁹.

Полагаем, что идеологическая составляющая Концепции не позволила отразить в первом проекте Закона СССР «О качестве продукции и защите прав потребителя»⁶⁰ 1988 г. все особенности данного вида правоотношений. Проект в основном содержал в себе нормы об обеспечении качества товаров и услуг, в то время как правам потребителя был посвящен только один раздел. Данный проект обсуждался на страницах печати, и его положения вызвали достаточно бурные споры⁶¹. В целом он был отвергнут,

⁵⁷ Пронина М.Г. Актуальные правовые вопросы сферы обслуживания граждан // Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания. С. 23; Язев В.А. Договор розничной купли-продажи и качество обслуживания. С. 62–81; Он же. Правовые вопросы торгового обслуживания. С. 49.

⁵⁸ Суханов Е.А. Защита интересов потребителей в гражданском праве европейских социалистических стран // Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания. С. 28.

⁵⁹ Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений. С. 99.

⁶⁰ Постановление Президиума ВС СССР «О проекте Закона СССР «О качестве продукции и защите прав потребителей» // Правда. 1989. 12 февр.

⁶¹ См.: Куник Я., Левшина Т., Смирнова Т., Жуков В. и др. Обсуждаем проект Закона о качестве продукции и защите прав потребителей // Советская юстиция. 1989. № 6. С. 22–25; № 7. С. 25–27.

так как большинство положений проекта носило декларативный характер и не могло быть реализовано. Решение ряда проблем в дискуссионном порядке при формулировании основных положений Закона свидетельствует о той значимости, которая придавалась законодательству о защите прав потребителей в рамках перехода к рыночной экономике.

Таким образом, советское гражданско-правовое регулирование защиты прав покупателей обладало весьма специфическими чертами. Мы не можем отрицать, что теория советского гражданского права обладала достаточным для того времени количеством научных исследований в области защиты прав покупателей. Отмечая объективный фактор идеологического влияния, следует признать, что защита прав потребителей как правовое явление возникло именно в советский период развития нашего общества. Повсеместно ученые-цивилисты отмечали крайне негативное состояние именно гражданско-правового регулирования отношений, возникающих между продавцом и покупателем, критически оценивая заложенный в праве гражданско-правовой механизм защиты прав последних. Развитию правовой мысли в этой области предшествовало создание социального явления «культура обслуживания потребителей», нацеленного на удовлетворение материальных и культурных потребностей советских граждан, и лишь после принятия Основ и ГК 1922 социальное явление постепенно трансформировалось в правовое.

Проанализировав законодательство и основные концепции развития советского гражданского права в области защиты прав покупателя, мы не можем утверждать, что права покупателей в советском государстве полностью отсутствовали. Что бы ни говорили о неудовлетворительном состоянии защиты прав потребителей в СССР, современное законодательство базируется на достижениях именно советской цивилистической науки. Осознание проблемы защиты прав потребителей произошло через обычную жизнь советских граждан, через «бизнес» в ней «живого общечеловеческого духа»⁶². К началу 1980-х гг. сложился основной комплекс прав потребителей, представленный в гражданском законодательстве советского периода: право на обмен товара ненадлежащего качества, право обмена товара надлежащего качества (доброкачественные товары), право на безвозмездное устранение недостатков, возмещение убытков, взыскание неустойки, право на отказ от исполнения договора (при обнаружении существенных недостатков или существенных отступлений от условий договора в вещи, изготовленной из материалов заказчика по договору бытового подряда) и др., а исследования ведущих ученых советского времени создали прочный фундамент для последующих работ в области защиты прав потребителей.

⁶² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права // СПС «Гарант».

Библиография:

1. Богдан В.В. Защита прав потребителей в России: историко-правовое исследование. — Курск: Изд-во Курск. гос. техн. ун-та, 2008. — 188 с.
2. Валенцева М., Сохновский А. Спорные вопросы применения законодательства об обслуживании населения // Советская юстиция. — 1980. — № 3. — С. 19–20.
3. Власова А. Ответственность розничного торгового предприятия за качество проданного товара // Советская юстиция. — 1970. — № 4. — С. 11–12.
4. Гражданское право и экономика: сб. науч. ст. — М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1985. — 162 с.
5. Гражданское право России. Общая часть / отв. ред. О.Н. Садиков. — М.: Юристъ, 2001. — 776 с.
6. Гражданское право: учебник / под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. — Т. 1. — М.: Теис, 1996. — 765 с.
7. Гуляихин В.Н. Правовой менталитет российских граждан // NB: Вопросы права и политики. — 2012. — № 4. — С. 108–133. DOI: 10.7256/2305-9699.2012.4.310. URL: http://www.e-notabene.ru/lr/article_310.html
8. Гуляихин В.Н. Структурно-функциональные особенности различных состояний правосознания человека // NB: Вопросы права и политики. — 2012. — № 2. — С. 90–116. DOI: 10.7256/2305-9699.2012.2.153. URL: http://www.e-notabene.ru/lr/article_153.html
9. Егоров К.Ф. Охрана прав потребителей в СССР и за рубежом // Роль правовых средств в оптимизации действия хозяйственного механизма. — М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1983. — С. 106–112.
10. Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1988. — 176 с.
11. Кабалкин А. Иски граждан к организациям сферы обслуживания // Советская юстиция. — 1970. — № 17. — С. 5–6.
12. Кабалкин А.Ю., Мозолин В.П. Охрана прав граждан-потребителей // Советское государство и право. — 1983. — № 4. — С. 37–45.
13. Куник Я., Т.Левшина, Т. Смирнова, В. Жуков и др. Обсуждаем проект Закона о качестве продукции и защите прав потребителей // Советская юстиция. — 1989. — № 6 — С. 22–25; № 7. — С. 25–27.
14. Львович Ю. Правовое регулирование торговли — на уровень современных задач // Советская юстиция. — 1962. — №15-16. — С. 24–25.
15. Мартемьянов В.С. Охрана прав покупателя, заказчика, клиента. — М.: Знание, 1983. — 64 с.
16. Ответственность торговых организаций за ненадлежащее качество продаваемых товаров // Советское государство и право. — 1965. — № 9. — С. 138–140.
17. Пронина М.Г. Актуальные правовые вопросы сферы обслуживания граждан // Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания. — М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1983. — С. 22–24.
18. Семякин М. Договор купли-продажи и качество товаров народного потребления // Советская юстиция. — 1982. — № 15. — С. 20–21.
19. Суханов Е.А. Защита интересов потребителей в гражданском праве европейских социалистических стран // Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания. — М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1983. — С. 28–33.
20. Успенский Ф.Я., Волков К.Д. Экономика и планирование общественного питания. — М.: Экономика, 1969. — 295 с.
21. Щенникова Л.В. Право и туристско-экскурсионное обслуживание в СССР // Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания. — М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1983. — С. 93–96.
22. Язев В.А. Договор розничной купли-продажи и качество обслуживания // Договор в торговле и качество обслуживания. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1978. — С. 42–46.
23. Язев В.А. Правовые вопросы торгового обслуживания // Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания. — М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1983. — С. 144–148.

Материал поступил в редакцию 6 февраля 2014 г.

THEORETICAL AND APPLIED PROBLEMS OF PROTECTION OF CUSTOMER RIGHTS IN THE SOVIET STATE

Bogdan, Varvara Vladimirovna — PhD in Historical Sciences, Associate Professor of the Department of Civil Law of the South-Western State University.

[KurskPravo@yandex.ru]

305040, Russia, Kursk, ul. 50 let Oktyabrya, 94.

***Review.** In this article the author studies the experience of the Soviet civil law scholars on resolution of topical issues in one of the most complicated spheres of Soviet civil law — protection of customer rights. The scientists often noted the low level of protection of customer rights, providing critical evaluation of the mechanism for the protection of their rights in the civil law. The author substantiates the position that the customer rights protection as a legal matter in the Soviet state was transformed from the social and political culture of service to citizens. It is shown that by the late 1980s the science of civil law has formed several theoretical approaches towards solving this problem, which laid the foundation for the formation of the modern civil legislation on customer protection. The article involves general scientific and special legal methods of studies: analysis and synthesis, when working with the theoretical views, specific historical analysis. The scientific novelty is due to the fact that for the first time the author addresses the experience of the Soviet doctrine, which was aimed at finding solutions in the sphere of customer protection. As a result, the author draws a conclusion, that, firstly, the development of legal thought in the sphere of*

customer protection was predefined by the formation of the social matter of «culture of customer service», which was aimed at satisfying the material and cultural needs of the Soviet citizens. It was only after the adoption of the Fundamental Bases of the Civil Legislation of the USSR, and the Civil Code of the RSFSR, when the social matter gradually transformed into a legal one. Secondly, the customer protection as a scientific direction was formed in late 1960s, and it included the developments in the sphere of civil, administrative and criminal process. Thirdly, the science of civil law of the Soviet period has formed the main set of rights of customers, which was later included in the Federal Law of the Russian Federation «On Customer Protection», so the modern legislation is based upon the achievements of the Soviet civil law science.

Keywords: customer, service obligations, fundamentals of the civil legislation, culture of service to the population, court, mechanism for protection of rights, concept, services and serving, retail, law on sales.

Bibliography:

1. Bogdan, V.V. Protection of the rights of customers in Russia: a historical legal study. — Kursk: Izd-voKursk. gos. tekhn. un-ta, 2008. — 188 p.
2. Valentseva, M., Sokhnovskiy, A. Topical issues of application of the legislation on service to the population. Sovetskaya yustitsiya. — 1980. — № 3. — P. 19–20.
3. Vlasova, A. Responsibility of retail trade enterprise for the quality of goods sold // Soviet Justice — 1970. — № 4. — P. 11–12.
4. Civil law and economics: Collection of Scientific Articles. — M.: Izd-vo IGI AN SSSR, 1985. — 162 p.
5. Civil law of Russia. General part. / Ed. by O.N. Sadikov. — M.: Yurist», 2001. — 776 p.
6. Civil law: a manual / Ed. by Y.K. Tolstoy, A.P. Sergeev. — V. 1. — M.: Teis, 1996. — 765 p.
7. Gulyaihin, V.N. Legal mentality of the Russian citizens. // NB: Issues of law and politics. — 2012. — № 4. — P. 108–133. DOI: 10.7256/2305-9699.2012.4.310. URL: http://www.e-notabene.ru/lr/article_310.html
8. Gulyaihin, V.N. Structural and functional specificities of the various conditions of the human legal conscience // NB: Issues of law and politics. — 2012. — № 2. — P. 90–116. DOI: 10.7256/2305-9699.2012.2.153. URL: http://www.e-notabene.ru/lr/article_153.html
9. Egorov, K.F. Protection of the rights of customers in the USSR and abroad // Rol pravovykh sredstv v optimizatsii deystviya khozyaystvennogo mekhanizma. — M.: Izd-vo IGI AN SSSR, 1983. — P. 106–112.
10. Egorov, N.D. Civil law regulation of the social relations. — L.: Izd-vo LGU, 1988. — 176 p.
11. Kabalkin, A. Claims of customers against the service organizations // Sovetskaya yustitsiya. — 1970. — № 17. — P. 5–6.
12. Kabalkin, A.Y., Mozolin, V.P. Protection of right of customers — citizens // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. — 1983. — № 4. — P. 37–45.
13. Kunik, Y., Levshina, T., Smirnova, T., Zhukov V. et al., Discussing the Draft Law on the Quality of Products and Protection of Customer Rights. // Sovetskaya yustitsiya. — 1989. — № 6 — P. 22–25; № 7. — P. 25–27.
14. Lvovich, Y. Legal regulation of trade — at the level of the modern goals // Sovetskaya yustitsiya. — 1962. — № 15–16. — P. 24–25.
15. Martemyanov, V.S. Protection of rights of customers, buyers and clients. — M.: Znanie, 1983. — 64 p.
16. Responsibility of trade organizations for insufficient quality of goods sold // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. — 1965. — № 9. — P. 138–140.
17. Pronina, M.G Topical legal issues in the sphere of customer service // Legal regulation of relations in the sphere of service. — M.: Izd-vo IGI AN SSSR, 1983. — P. 22–24.
18. Semyakin, M. Sales contract and quality of goods for mass use // Sovetskaya yustitsiya. — 1982. — № 15. — P. 20–21.
19. Sukhanov, E.A. Protection of interests of customers in the civil law of the European socialist states // Legal regulation of the relations in the sphere of service. — M.: Izd-vo IGI AN SSSR, 1983. — P. 28–33.
20. Uspenskiy, F.Y., Volkov, K.D. Economics and planning the public food service. — M.: Ekonomika, 1969. — 295 p.
21. Shchennikova, L.V. Law and tourist and excursion service in the USSR // Legal regulation in the sphere of service relations. — M.: Izd-vo IGI AN SSSR, 1983. — P. 93–96.
22. Yazev, V.A. Contract for the retail sale and service quality // Sales contract and service quality. — L.: Izd-vo LGU, 1978. — P. 42–46.
23. Yazev, V.A. Legal issues of sales service // Legal regulation of service relations. — M.: Izd-vo IGI AN SSSR, 1983. — P. 144–148.

А.М. Лушников*, М.В. Лушникова**

Л.А. СЫРОВАТСКАЯ

Аннотация. В статье рассмотрен жизненный путь и научное наследие ассистента, старшего преподавателя, доцента, профессора кафедры трудового и колхозного права (трудового права и права социального обеспечения) ВЮЗИ (МЮИ, МГЮА) в 1967–1999 гг. Лилии Александровны Сыроватской. Сделан вывод о том, что она внесла существенный вклад в развитие советской и российской науки трудового права, исследовала целый ряд актуальных проблем отрасли, прежде всего связанных с ответственностью в трудовом праве (материальной и дисциплинарной). Особой ее заслугой является обоснование положения о том, что материальная ответственность в трудовом праве включает в себя не только материальную ответственность работников перед предприятием, но и предприятия перед работником. Исходной посылкой послужило то, что ответственность работников перед предприятием, как и предприятия перед работником, строится на том, что они являются сторонами трудового правоотношения, содержанием которого являются взаимные обязанности, в том числе вытекающие из причинения вреда. Существенный вклад она также внесла в развитие учения о структуре трудовых отношений, о правосубъектности работников, об отдельных видах трудовых договоров, в частности с руководителями организаций.

Ключевые слова: наука трудового права, Л.А. Сыроватская, биография, научное наследие, юридическая ответственность, трудовое правонарушение, предмет трудового права, МГЮА, ВЮЗИ, МЮИ, кафедра.

Лилия Александровна Сыроватская (1927–1999) многие годы была коллегой В.Н. Толкуновой по кафедре трудового права и права социального обеспечения ВЮЗИ-МЮИ-МГЮА. Не занимая руководящих постов, она во многом определяла педагогическое и научное лицо кафедры.

Л.А. Сыроватская родилась в апреле 1927 г. в г. Чистополь Татарской АССР в семье служащих¹. В 1945 г. после окончания школы с медалью она поступила на юридический факультет МГУ и окончила его в 1950 г. С 1951 г. она работала последовательно юрисконсультантом, старшим юрисконсультантом и начальником юридического отдела МГУ.

В 1963 г. она поступила в очную аспирантуру ВЮЗИ по кафедре трудового и колхозного права,

ее научным руководителем являлся заведующий кафедрой В.С. Андреев (1923–1987). В начале 1967 г. она защитила кандидатскую диссертацию, посвященную материальной ответственности работников. С учетом того что Сыроватская хорошо знала практическую сторону проблемы и гражданское законодательство, ее диссертация совмещала в себе высокий теоретический уровень и практическую направленность. В дальнейшем это сочетание стало основной характеристикой ее научного стиля.

В 1967 г. Л.А. Сыроватская становится ассистентом кафедры трудового и колхозного права ВЮЗИ, в 1969 г. избирается на должность доцента и утверждается в этом звании в 1972 г. Ее дальнейшая научная работа была связана с проблемами ответственности в трудовом праве. По этой теме она опубликовала целый цикл статей, а также две монографии, имевшие большой на-

¹ Биография Л.А. Сыроватской подготовлена по материалам личного дела, хранящегося в архиве кадровой службы МГЮА.

© Лушников А.М., 2015

* Лушников Андрей Михайлович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового и финансового права Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова.

[amlu0909@yandex.ru]

150000, Россия, г. Ярославль, ул. Советская, д. 14.

© Лушникова М.В., 2015

** Лушникова Марина Владимировна — доктор юридических наук, профессор кафедры трудового и финансового права Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова.

[amlu0909@yandex.ru]

150000, Россия, г. Ярославль, ул. Советская, д. 14.

учный резонанс². Эти работы отличал высокий научный уровень, подход к понятию ответственности в трудовом праве с общетеоретических позиций. Л.А. Сыроватская одной из первых обосновала двусторонний характер материальной ответственности работников и работодателей, предложила объединить их в одном институте трудового права. Кроме того, она вывела генерализирующее понятие трудово-правовой ответственности. Ее докторская диссертация, защищенная в 1992 г., также была посвящена ответственности за нарушение трудового законодательства. В том же году она была избрана на должность профессора, а через два года ей было присвоено это ученое звание. При этом она активно занималась теоретическими проблемами трудового права³, а ее авторский учебник выдержал несколько изданий⁴.

До конца своих дней Сыроватская была связана с кафедрой трудового права и права социального обеспечения МГЮА, где за почти 35 лет прошла путь от аспирантки до профессора. Она многие годы была ученым секретарем Совета по защите диссертаций, в 1984 г. избиралась членом горкома профсоюзов работников высшей школы. Ее ученица О.Б. Зайцева стала впоследствии доктором юридических наук. Л.А. Сыроватская была очень чутким и отзывчивым человеком, всегда поддерживала молодых ученых.

Ниже мы остановимся на основных обоснованных ею теоретических положениях, прежде всего связанных с проблемами юридической ответственности в трудовом праве.

Л.А. Сыроватская выделяла три группы *трудовых отношений*:

- собственно трудовые отношения, возникающие у их сторон;
- отношения, тесно связанные с трудовыми, но при ином субъектном составе;
- отношения между субъектами трудового отношения, возникающие лишь при определенных обстоятельствах (например, по возмещению вреда, причиненного работником предприятию)⁵.

Л.А. Сыроватская, помимо основных прав и обязанностей, включала в *правовой статус работника* еще и правоспособность⁶. Давая толкование положений закона *о договорах с ди-*

ректорами и членами правления, Л.А. Сыроватская придерживалась отличной от цивилистов позиции. Она причисляла эти договоры к трудовым договорам⁷. Она выделяла виды специальных субъектов, трудовая деятельность которых была связана либо с осуществлением правомочий по руководству предприятием (учреждением) или их структурными подразделениями, либо с выполнением обязанностей по должностям, замещаемым по выборам или конкурсу. Эта специфика связывалась также либо с работой в госаппарате, либо со специфической ролью отраслей народного хозяйства и особым характером труда рабочих и служащих в этих отраслях⁸.

Анализируя советское трудовое законодательство, она подчеркивала, что в трудовом праве деликтоспособность возникает одновременно с трудовой дееспособностью. При этом правило о заключении договоров о полной материальной ответственности с лицами, достигшими 18 лет (ст. 174 КЗоТ РСФСР 1971 г.), свидетельствует о дополнительных гарантиях, предоставляемых указанным лицам, а не об ограничении дееспособности несовершеннолетних лиц⁹.

Юридическую ответственность она определяла как исполнение нарушенной обязанности под воздействием государственного принуждения¹⁰. Л.А. Сыроватская считала, что само применение государственного принуждения к исполнению нарушенных обязательств является известным лишением, неблагоприятными последствиями¹¹. Однако исполнение договорных обязательств вообще нельзя признать ни в каком аспекте «неблагоприятными последствиями», ибо они принимаются стороной добровольно. К обязанностям, вытекающим из положительного права, понятие «неблагоприятности» не применимо в принципе, ибо это в любом случае юридическая обязанность вне субъективного отношения к ней обязанного лица. Стоит также согласиться с мнением О.Э. Лейста о том, что обязательность права не тождественна его принудительности, а принуждение не занимает в механизме правового регулирования ведущего места¹².

Л.А. Сыроватская определяла дисциплинарную ответственность в общетеоретическом аспекте как обязанность работника ответить перед работодателем за совершенный им проступок и претерпеть те меры воздействия, которые

² См.: Сыроватская Л.А. Ответственность по советскому трудовому праву. М.: Юрид. лит., 1974.; Она же. Ответственность за нарушение трудового законодательства. М.: Юрид. лит., 1990.

³ См.: Сыроватская Л.А. К предстоящей реформе трудового законодательства // Советское государство и право. 1991. №1. С. 70–79; Она же. Правовое регулирование трудовых отношений на современном этапе // Государство и право. 1994. №1. С. 36–45 и др.

⁴ См.: Она же. Трудовое право. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 1998.

⁵ См.: Она же. Ответственность по советскому трудовому праву. С. 174.

⁶ См.: Она же. Трудовое право. С. 67.

⁷ См.: Сыроватская Л.А. Трудовые отношения и трудовое право // Государство и право. 1996. № 7. С. 75–82.

⁸ См.: Она же. Ответственность за нарушение трудового законодательства. М., 1990. С. 49.

⁹ См. Там же. С. 95–97.

¹⁰ См.: Она же. Ответственность по советскому трудовому праву. С. 21–22.

¹¹ См.: Она же. Ответственность за нарушение трудового законодательства. С. 30–31.

¹² См.: Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву. М.: Зерцало-М, 2002. С. 13–14.

указаны в дисциплинарных санкциях трудового права¹³.

Она обоснованно связывала дисциплинарные полномочия с правом работодателя, в силу прямого указания закона, привлекать работника к ответственности и с обязанностью последнего ее претерпевать.

Позднее она определила юридическую ответственность, в том числе в трудовом праве, как обязанность лица, нарушившего норму права, ответить перед коллективом, предприятием (учреждением) или государством и претерпеть те неблагоприятные последствия, которые содержатся в санкциях правовых норм¹⁴. Она ставила знак равенства между трудоправовой ответственностью и ответственностью по трудовому праву.

Последнюю она определяла, как уже упоминалось, через обязанность рабочего или служащего ответить за совершенное им трудовое правонарушение. Такой подход представляется нам не вполне продуктивным и не последовательным. Определение отраслевой ответственности через обязанность только работника ответить не является полным, а вынесение материальной ответственности работодателя в особый вид ответственности — необоснованным. Правильнее говорить об обязанности претерпевать юридически неблагоприятные последствия, первой стадией которых становится «дать ответ» (например, написать объяснительную записку). Мы согласны с мнением О.Э. Лейста о том, что определение ответственности через обязанность правонарушителя «отвечать», «дать ответ» является логически упречным, ибо определение дается через определяемое¹⁵.

К тому же субъектами ответственности могут быть как работники, так и работодатели, а не только руководящие наемные работники, в том числе руководитель организации.

Л.А. Сыроватская определяла трудовое правонарушение как виновное противоправное деяние субъекта трудового правоотношения, которое заключается в неисполнении, нарушении трудовых обязанностей и запрещено санкциями, содержащимися в трудовом праве¹⁶.

Это определение не кажется нам созвучным в полном объеме современным правовым реалиям. Во-первых, трудовое правонарушение, как любое неправомерное поведение, заключается в несоблюдении запрещающих норм, неисполнении обязывающих норм и превышении полномочий, предоставленных управомочивающими нормами. Вряд ли все это стоит включать

в дефиницию, как и неисполнение с нарушением трудовых обязанностей. Во-вторых, указание на запрещенность таких деяний санкциями трудового права настолько условно (это признавала и сама Л.А. Сыроватская), что почти теряет свое содержание, тем более что санкции как часть норм трудового права отсутствуют, а ответственность не равнозначна санкциям. В-третьих, из определения не понятно, каким отношениям был причинен вред. В-четвертых, здесь трудовому правонарушению придается значение родового понятия, но фактически анализируются только дисциплинарные и материальные проступки. Между тем еще в советской науке неоднократно указывалось как на сходство, так и на различия материальных и дисциплинарных проступков как основания материальной и дисциплинарной ответственности в трудовом праве. При этом Л.А. Сыроватская связывала отраслевую ответственность не с отраслевой принадлежностью нарушенной нормы, а с характером самого правонарушения.

Отметим, что первыми обоснованные суждения о том, что материальная ответственность в трудовом праве включает в себя не только материальную ответственность работников перед предприятием, но и предприятия перед работником, выдвинули практически одновременно Л.А. Сыроватская и П.Р. Ставиский¹⁷. Исходной посылкой служило то, что ответственность работников перед предприятием, как и предприятия перед работником, строится на том, что они являются сторонами трудового правоотношения, содержанием которого являются взаимные обязанности, в том числе вытекающие из причинения вреда.

Отметим, что позиция Л.А. Сыроватской была несколько непоследовательной. С одной стороны, она признавала существование взаимосвязанных институтов материальной ответственности работника и материальной ответственности работодателя, с другой — не сводила их в единый институт, не давала общей дефиниции материальной ответственности работодателя и работника, не выводила их общих принципов. С ней не соглашался П.Р. Ставиский, определивший материальную ответственность как внутреннюю ответственность для каждого вида правоотношений непосредственно перед вторым субъектом правоотношений, основанную не на общеобязательных, а специальных нормах, регулирующих только данный вид общественных отношений, то есть данной отрасли права¹⁸.

Такой подход был продиктован тем, что автор считал материальную ответственность общеправовой юридической ответственностью,

¹³ См.: Сыроватская Л.А. Ответственность за нарушение трудового законодательства. С. 47.

¹⁴ См.: Она же. Трудовое право. С. 231.

¹⁵ См.: Лейст О.Э. Указ. соч. С. 250.

¹⁶ См.: Сыроватская Л.А. Ответственность по советскому трудовому праву. С. 41; Она же. Ответственность за нарушение трудового законодательства. С. 40.

¹⁷ См.: Сыроватская Л.А. Ответственность по советскому трудовому праву. С. 67 и далее; Ставиский П.Р. Взаимная материальная ответственность субъектов трудового правоотношения // Советское государство и право. 1974. №11. С. 68–74.

¹⁸ См.: Ставиский П.Р. Проблемы материальной ответственности в советском трудовом праве. Киев; Одесса: Вища шк., 1982. С. 33.

специфически проявляющейся в гражданском и трудовом праве.

Л.А. Сыроватская дала определение *материальной ответственности* через обязанность работников ответить перед администрацией предприятия, организации за совершение имущественных правонарушений и возместить причиненный ущерб в установленном законом порядке¹⁹. При этом автор подчеркивала, что обязанность возместить материальный ущерб, в отличие от обязанности претерпеть, носит активный характер. В этом, по ее мнению, заключается особенность материальной ответственности²⁰.

Л.А. Сыроватская разграничила два *типа бригад* (коллективных субъектов). Первый тип бригады — это бригада, состоящая из материально-ответственных лиц (достигших возраста 18 лет), чья основная трудовая функция состоит в обеспечении сохранности вверенных материальных ценностей. Второй тип — производственная бригада, в которую включались все работники, занятые на определенном участке, независимо от выполняемой трудовой функции и возраста²¹. Таким образом, производственная бригада признавалась субъектом особого вида ограниченной материальной ответственности — коллективной ограниченной материальной ответственности. Бригада отвечала за брак и возмещала ущерб в пределах среднемесячного бригадного заработка, а при распределении этого заработка учитывалась конкретная вина каждого члена бригады. В большинстве случаев были известны конкретные нарушители, поэтому названный вид бригадной ответственности являлся, по сути, ответственностью за чужую вину. Это противоречило принципам персональной юридической ответственности. Впоследствии названная статья была исключена из КЗоТ РСФСР 1971 г.

Л.А. Сыроватской констатировалось, что фактически ответственность каждого члена бригады наступает при наличии ущерба путем объективного вменения, если не будут выявлены конкретные виновники причинения вреда либо конкретные обстоятельства, исключающие вину бригады. Л.А. Сыроватская по этому поводу отмечала, что единственной причиной включения рассматриваемого случая в предмет трудового права служит то, что причинитель ущерба состоит в трудовых отношениях с предприятием (учреждением), имуществу которого наносится вред²².

На наш взгляд, включение рассматриваемого случая в перечень случаев материальной ответственности основан на характере трудовых от-

ношений и на таком особом понятии, как «работодательский риск». При применении наемного труда возможен «выход за пределы» осуществления работником трудовых прав и обязанностей, но при этом он остается работником, состоящим в трудовых отношениях, подчиняется работодателю. В этой связи вполне закономерно ограничение порядка возмещения причиненного материального ущерба нормами трудового, а не гражданского права. Л.А. Сыроватская это «отступление от общего правила индивидуализации юридической ответственности» оправдывала тем, что бригада добровольно принимает на себя обязанность возместить ущерб. Эта обязанность компенсируется рядом правовых гарантий²³.

Л.А. Сыроватская, анализируя действующее законодательство об *ответственности предприятий, организаций за ущерб, причиненный работнику*, обосновала *полный состав проступка* как основание имущественной ответственности предприятия (учреждения)²⁴. *Субъектом* имущественной ответственности за ущерб, причиненный работнику, называлось само предприятие или учреждение. С учетом современного законодательства речь идет о работодателе (юридическом лице или физическом лице). *Субъективная сторона* включает вину работодателя. Поскольку вина традиционно рассматривается как психическое отношение физического лица к содеянному и его последствиям, постольку встает вопрос об определении вины работодателя — юридического лица. В теории права и законодательстве сложились две основных концепции вины юридического лица. Согласно первой, вина организации в совершении правонарушения определяется в зависимости от вины ее должностных лиц либо ее представителей, действия (бездействие) которых обусловили совершение данного правонарушения. К этой позиции присоединилась и Л.А. Сыроватская²⁵.

В качестве объекта *имущественного проступка организации* (учреждения) Л.А. Сыроватская называла имущественные интересы работника. Она отмечала, что непосредственные объекты связаны с нарушением прав работника: а) на здоровые и безопасные условия труда; б) на труд; в) на вознаграждение и иные выплаты²⁶. На наш взгляд, этот перечень должен быть дополнен неимущественными интересами работника. Речь идет о возмещении морального вреда, причиненного работнику.

Введение понятия *позитивной ответственности* представлялось ей излишним, ду-

¹⁹ См.: Сыроватская Л.А. Ответственность по советскому трудовому праву. С. 94.

²⁰ См.: Сыроватская Л.А. Ответственность за нарушение трудового законодательства. С. 88.

²¹ См.: Там же. С. 95–96.

²² См.: Сыроватская Л.А. Ответственность по советскому трудовому праву. С. 138.

²³ См.: Она же. Ответственность за нарушение трудового законодательства. С. 98.

²⁴ См.: Она же. Ответственность по советскому трудовому праву. С. 141–168.

²⁵ См.: Сыроватская Л.А. Ответственность по советскому трудовому праву. С. 151.

²⁶ См.: Там же. С. 157.

блирующим статусные обязанности²⁷. С этим можно в полном объеме согласиться.

В 70-е гг. развернулась дискуссия о так называемых *дополнительных мерах* (уменьшение отпуска на число дней прогула, исключение из льготной очереди на получение жилья и др.): если это не дисциплинарная ответственность, то какова ее юридическая природа? П.Р. Ставиский полагал, что имеются все основания для выделения самостоятельного вида юридической ответственности, которая существует в трудовом праве наряду с дисциплинарной и материальной²⁸.

С ним не соглашалась Л.А. Сыроватская. Она считала, что эти меры по своей природе хотя и являются мерами юридической ответственности, но не представляют собой самостоятельного вида ответственности в трудовом праве. Дополнительные меры правового воздействия не имеют в своем основании никакого особого правонарушения. Это тот же дисциплинарный проступок, за который применяется дисциплинарная ответственность. Поэтому, по мнению ученого, рассматриваемые правовые меры дополняют установленный законом перечень, их действительно можно считать ответственностью, дополняющей дисциплинарную²⁹.

Л.А. Сыроватская справедливо подчеркивала, что дисциплинарная санкция и меры общественного взыскания сочетаться не могут, так как согласно КЗоТ 1971 г. (ст. 138) администрация имела право вместо применения дисциплинарного взыскания передать вопрос о нарушении трудовой дисциплины на рассмотрение трудового коллектива, товарищеского суда или общественной организации³⁰.

Она отмечала, что «ни в одной отрасли права этим мерам не придается такого значения», как в трудовом праве. «Общественное разбирательство и осуждение коллектива, в котором трудиться работник, может иметь не меньшее, а может быть, и большее воспитательное значение, чем применение санкций администрацией»³¹. При этом

постановка таких вопросов перед работодателем товарищеским судом или трудовым коллективом не считалась, по ее мнению, мерой воздействия, а признавалась только юридической инициативой. И если администрация не реализует этого представления, работник не считается подвергнутым взысканию³². Примечательно, что данные суды непосредственно подчинялись руководителю соответствующего профсоюзного комитета предприятия и городским, районным Советам народных депутатов. Л.А. Сыроватская считала, что такое «двойное» подчинение не на пользу товарищеским судам, и предлагала оставить руководство товарищескими судами только за профсоюзами³³.

В этот период встал вопрос о возможности введения мер ответственности в локальном порядке и на уровне коллективного договора. На практике такое имело место довольно часто. Л.А. Сыроватская категорически выступила против такой практики, настаивая на том, что соответствие закону означает не что иное, как обязательность установления таких мер именно на уровне закона³⁴.

Из этого с очевидностью следовало, что лишение работника субъективных прав путем включения соответствующих норм в локальные акты не должно иметь места. При этом допускается непредоставление каких-либо дополнительных благ или льгот, как, например, невключение работника, имеющего дисциплинарное взыскание, в очередь на приобретение автомобиля³⁵. Л.А. Сыроватская соглашалась только с такими мерами воздействия, как уменьшение отпуска на число дней прогулов и временное снижение квалификационного разряда для рабочих, систематически выпускающих бракованную продукцию. Эта была очень взвешенная и юридически корректная позиция.

Л.А. Сыроватская, как уже указывалось, была связана с кафедрой трудового права и права социального обеспечения МГЮА без малого 35 лет и прошла путь от аспиранта до профессора, ученого с общероссийским именем.

Библиография:

1. Лейст О.Э. Сущность права. — М.: Зерцало-М, 2002. — 288 с.
2. Ставиский П.Р. Проблемы материальной ответственности в советском трудовом праве. — Киев; Одесса: Вища шк., 1982. — 183 с.
3. Ставиский П.Р. Дополнительные меры воздействия в трудовом праве // Советское государство и право. — 1985. — № 5. — С. 68–74.
4. Сыроватская Л.А. К предстоящей реформе трудового законодательства // Советское государство и право. — 1991. — № 1. — С. 70–79.
5. Сыроватская Л.А. Ответственность за нарушение трудового законодательства. — М.: Юрид. лит., 1990. — 176 с.
6. Сыроватская Л.А. Ответственность по советскому трудовому праву. — М.: Юрид. лит., 1974. — 184 с.

²⁷ См.: Сыроватская Л.А. Ответственность за нарушение трудового законодательства. С. 27.

²⁸ См.: Ставиский П.Р. Дополнительные меры воздействия в трудовом праве // Советское государство и право. 1985. № 5. С. 72.

²⁹ См.: Сыроватская Л.А. Ответственность за нарушение трудового законодательства. С. 64–65.

³⁰ См.: Там же. С. 76.

³¹ Там же. С. 74.

³² См.: Там же. С. 75.

³³ Там же. С. 78.

³⁴ См.: Там же. С. 69.

³⁵ Там же. С. 71.

7. Сыроватская Л.А. Правовое регулирование трудовых отношений на современном этапе // Государство и право. — 1994. — № 1. — С. 36–45.
8. Сыроватская Л.А. Трудовые отношения и трудовое право // Государство и право. — 1996. — № 7. — С. 75–82.
9. Сыроватская Л.А. Трудовое право. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 1998. — 255 с.

Материал поступил в редакцию 22 июля 2013 г.

L.A. SYROVATSKAYA

Lushnikov, Andrey Mihailovich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Labor and Financial Law of the Yaroslavl State University named after P.G. Demidov.

[amlu0909@yandex.ru]

150000, Russia, Yaroslavl, ul. Sovetskaya, 14.

Lushnikova, Marina Vladimirovna — Doctor of Law, Professor of the Department of Labor and Financial Law of the Yaroslavl State University named after P.G. Demidov.

[amlu0909@yandex.ru]

150000, Russia, Yaroslavl, ul. Sovetskaya, 14.

Review. *The article concerns the life and scientific heritage of the Assistant, Senior Lecturer, Associate Professor and Professor of the Department of Labor and Collective Farm Law (Labor and Social Security Law) of the All-Russian Legal Extramural Institute (MLA, MSAL) in 1967–1999 — Lilia Aleksandrovna Syrovatskaya. The conclusion is made on her significant impact upon the development of the Soviet and Russian labor law science, she has studied a range of topical issues in this sphere of law, first of all, concerning responsibility in labor law (material and disciplinary responsibility). Her special achievement is substantiation of the position that material responsibility in labor law involves both the material responsibility of employees towards the enterprise and the enterprise towards employees. The key position was that responsibility of employees towards the enterprise and responsibility of an enterprise towards employees were both based upon the fact that they were parties to the labor relation, involving mutual obligations, including those arising out of causing damage. She also has made a significant input into the development of teaching on structure of labor relations, legal competence of workers, some types of labor contracts, including those with the heads of enterprises.*

Keywords: *science of labor law, Syrovatskaya, L.A., biography, scientific heritage, legal responsibility, labor offence, object of labor law, MSAL, A(R)LEI, MLA, Department.*

Bibliography:

1. Leyst, O.E. Nature of law. — М.: Zertsalo-M, 2002. — 288 p.
2. Stavisskiy, P.R. Problems of material responsibility in the Soviet labor law. — Kiev; Odessa: Vishcha shk., 1982. — 183 p.
3. Stavisskiy, P.R. Additional measures of influence in the labor law // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. — 1985. — № 5. — P. 68–74.
4. Syrovatskaya, L.A. On the upcoming labor law reform // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. — 1991. — № 1. — P. 70–79.
5. Syrovatskaya, L.A. Responsibility for the violations of the labor legislation. — М.: Yurid. lit., 1990. — 176 p.
6. Syrovatskaya, L.A. Responsibility under the Soviet labor law. — М.: Yurid. lit., 1974. — 184 p.
7. Syrovatskaya, L.A. Legal regulation of the labor relations at the current stage // Gosudarstvo i pravo. — 1994. — № 1. — P. 36–45.
8. Syrovatskaya, L.A. Labor relations and labor law // Gosudarstvo i pravo. — 1996. — № 7. — P. 75–82.
9. Syrovatskaya, L.A. Labor law. 2nd Ed., Amended. — М.: Yurist, 1998. — 255 p.

В.Г. Баев*, А.Н. Марченко**

СОЦИОКУЛЬТУРНАЯ АНТРОПОЛОГИЯ ПРАВА: коллективная монография / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. — СПб.: Алеф-Пресс, 2015. — 840 с.

Аннотация. Авторы рецензии предпринимают попытку оценить коллективную монографию «Социокультурная антропология права», вышедшую под редакцией петербургских профессоров Н.А. Исаева и И.Л. Честнова. Монография призвана обосновать новую научную дисциплину — социокультурную антропологию права, предметом которой выступает «человеческое измерение» права в контексте культуры». В рецензируемом исследовании право выступает «как социальное явление во всей его многогранности, иными словами, в рамках правовой реальности, в границах которой действуют люди, социализированные в данной культуре, конструирующие господствующие социальные представления о праве, включая знаковое их воплощение в законодательстве и других формах нормативности права, и их реализацию в юридически значимых практиках». Таким образом, по мысли авторов монографии, следует проводить различие между формально-юридической силой нормативного правового акта и его фактическим социальным действием. Действие права — это трансформация норм в господствующие практики и личностное знание, а не юридическая сила нормативно-правового акта; существование и действие права — это всегда деятельность людей, воспроизводящих информацию, содержащую в знаковой форме правила поведения. Отсюда следует вывод, что **субъектом права является человек**, а не безличностный правовой статус. Норма права — это не просто формулировка статьи юридического текста, но формулировка, воспроизводимая социальным представлением и массовым действием (практиками) широких слоев населения. В рецензируемой работе недостаточно освещен важный вопрос о роли объективных интересов отдельных личностей и социальных групп, а также большинства населения. Авторы книги фактически игнорируют объективные (не зависящие от воли людей и их менталитета) факторы воздействия, участвующие в формировании норм права. Если в работе рассматривается главным образом ментальная составляющая права, то каким образом менталитет «элит и референтных групп» формирует правовую норму, а затем воплощает ее в социальные «практики»? Несомненно, что объективный интерес, прежде чем стать движущей силой социального (в том числе и правового) развития, должен быть осознан людьми (субъектами права).

Ключевые слова: антропология, «человеческое измерение» права, понятие «первичного произвола», социальная амнезия, общественные практики.

© Баев В.Г., 2015

* Баев Валерий Григорьевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового и предпринимательского права Юридического института Тамбовского государственного технического университета.

[baev@nnn.tstu.ru]

392000, Россия, г. Тамбов, ул. Мичуринская, д. 112-Д.

© Марченко А.Н., 2015

** Марченко Алексей Николаевич — кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права Юридического института Тамбовского государственного технического университета.

[baev@nnn.tstu.ru]

392000, Россия, г. Тамбов, ул. Мичуринская, д. 112-Д.

Сегодня человечество сталкивается с новыми вызовами техногенного, социального и политического характера. Наука, ставшая в XX в. важнейшей производительной силой, формирует новые парадигмы, ибо в рамках «старых» теоретических концептов решение злободневных проблем не представляется возможным. Не является исключением и теоретико-правовая наука, перед которой бурное развитие современного общества и права поставило ряд новых задач.

В связи с этим представляется важным и показательным появление фундаментальной монографии «Социокультурная антропология права», созданной авторским коллективом под редакцией доктора юридических наук, профессора Н.А.Исаева и доктора юридических наук, профессора И.Л.Честнова. Ее цель — обосновать новую научную дисциплину — социокультурную антропологию права, предметом которой выступает «человеческое измерение» права в контексте культуры» (с. 117). Другими словами, право выступает «как социальное явление во всей его многогранности, или правовая реальность, то есть люди, социализированные в данной культуре, конструирующие господствующие сегодня социальные представления о праве, включая знаковое их воплощение в законодательстве и других формах нормативности права, и их реализацию в юридически значимых практиках» (с. 121). Принципиальным для определения предмета культурной антропологии является тип цивилизации, в котором существует субъект права. В работе показано, что разные типы цивилизаций обуславливают различные типы правовой реальности и отличающиеся друг от друга правовые системы (с. 123). При этом авторы презюмируют, что правовую реальность, как и другие аспекты социальной реальности, «образуют люди (человечество), их социальные представления и практики» (с. 121). Таким образом, исследователи определяют право как «сложное, многогранное явление, которое образуют такие пласты или аспекты, как человек, формирующий и воспроизводящий правовую реальность; знаковые формы, благодаря которым некоторые человеческие действия приобретают статус (значение и смысл) юридических; юридически значимые практики, включающие ментальную, психическую и поведенческую стороны» (с. 200).

Особенность рецензируемого исследования заключается в том, что в нем используется «постклассический» методологический аппарат, созданный под влиянием структурализма, постструктурализма, феноменологии и социального конструктивизма, существенно отличающийся его от классической методологии социальных наук (с. 127).

Авторы используют метод «генетической деконструкции», направленный на выявление так называемого первичного произвола, доминирующего в монографии понятия. Сам термин предложен П. Бурдьё, который утверждал, что указанный «произвол» (акт насилия) лежит в основе всякого социального института. С течением времени (несколько поколений) люди забывают о том, что указанный институт возник благодаря насилию, и воспринимают его как законный и традиционный. Указанное явление П. Бурдьё назвал «социальной амнезией».

Таким образом, по мысли авторов, следует проводить различие между формально-юридической силой нормативного правового акта и его фактическим социальным действием. Действие права — это трансформация норм в господствующие практики и личностное знание, а не юридическая сила нормативно-правового акта; существование и действие права — это всегда деятельность людей, воспроизводящих информацию, содержащую в знаковой форме правила поведения. Отсюда следует вывод, что **субъектом права является человек**, а не безличностный правовой статус. Норма права — это не просто формулировка статьи юридического текста, но формулировка, воспроизводимая социальным представлением и массовым действием (практиками) широких слоев населения (с. 252).

Итак, авторы убедительно обосновывают факт социальной обусловленности права, отвергая господствующий в отечественной юридической науке нормативистский тип правопонимания. Принятая за основу исследования концепция «первичного произвола» позволяет глубже рассмотреть процесс правообразования. Право существует не в сборниках нормативных актов, а в «практиках», то есть в поведении многих людей, следующих нормативному предписанию, осуществляющим его на практике.

Принимая и понимая такую точку зрения на право, не можем не сделать некоторых замечаний. Как нам представляется, не до конца раскрыта сама концепция первичного произвола и социальной амнезии. Авторы монографии осознают «необходимость соотнести исходный произвол (креацию) с историческим и культурным контекстом», ибо «анализ исторического памятника права может считаться относительно полным и обстоятельным только в том случае, если анализируется не просто его текст, но его восприятие как правоприменителем, так и населением, то есть необходим контекст-анализ с позиций эпохи, в которой этот памятник возник и существовал» (с. 129–130).

К тому же открытым остается вопрос: как применить теорию «первичного произвола — социальной амнезии» к реальной истории челове-

чества? В монографии нет попыток приложить указанную концепцию П.Бурдые к ситуациям реального право genesis. Между тем авторы основывают разрабатываемую ими «постклассическую онтологию права» именно на теории первичного произвола. По нашему мнению, сугубо теоретическое постулирование (без реальных примеров, иллюстрирующих процесс правообразования) не позволяет читателю в полной мере уяснить сущность столь важной концепции.

Например, неясно, что представляет собой акт первичного (правоустанавливающего) насилия: является ли он однократным действием со стороны элиты, либо первичный произвол в течение веков формирует рассматриваемое общественное отношение (например, выделяется знать, формируются институты рабства, крепостного права, кастового деления и т.д.).

При этом в монографии не указано, каким было человеческое общество до «первичного произвола», установившего важнейшие социальные и правовые институты: государство, собственность, наказание за девиантное поведение и, наконец, власть элиты над рядовыми членами общины (общества). Является ли (с точки зрения рассматриваемой концепции) эпоха до «насильственного правоустанавливающего акта» своеобразным «золотым веком», или отношения власти — подчинения рождаются вместе с человечеством, и появление легитимного насилия в результате «первичного произвола» является прогрессом, «уничтожив большее зло с помощью меньшего зла»?

В работе недостаточно освещен весьма важный вопрос о роли объективных интересов отдельных личностей и социальных групп, а также большинства населения. При ознакомлении с рецензируемым исследованием мы пришли к выводу, что авторы фактически игнорируют объективные (не зависящие от воли людей и их менталитета) факторы воздействия, участвующие в формировании норм права. Если в работе рассматривается главным образом ментальная составляющая права, то каким образом менталитет «элит и референтных групп» формирует правовую норму, а затем воплощает ее в социальные «практики»?

Несомненно, что объективный интерес, прежде чем стать движущей силой социального (в том числе и правового) развития, должен быть осознан людьми (субъектами права). Следовательно, интересы также «преломляются» в менталитете, получают «ментальную составляющую». Однако будет ошибочным утверждение, что общество и право формируются целиком благодаря менталитету и привычкам (традициям, «практикам»). Подобный подход приведет к идеализму, отрицанию объективных факторов как таковых.

Например, идеальное общество, основанное на принципе «каждый по способностям, каждому по потребностям», никогда и нигде не было построено. При этом население с любым менталитетом, очевидно, поддержало бы такой строй, ибо он дарует каждому по его потребностям, а не по труду. Причина краха подобных проектов в СССР, Китае и других странах заключается не в ментальных (неверие в коммунизм, отрицание распределения «по потребностям»), а в объективных экономических причинах, в основной проблеме экономики — неограниченных потребностях при ограниченных ресурсах для их удовлетворения. Следовательно, при изучении права и его развития нельзя ограничиться лишь «историей правовых ментальностей», игнорируя интересы социальных групп различной степени осознанности.

Так, «социальная амнезия», привычки-практики не могут нивелировать интерес, ибо он имеет более глубокие корни. Например, в Средневековье считались «нечистыми», позорными торговля, банковская деятельность, любая «погоня за прибылью». Также постыдной и недостойной считалась половая жизнь (в том числе и в браке). Однако, несмотря на менталитет, церковные запреты и общественное мнение, имевшее общесловесный характер, объективный интерес, укорененный в человеческой природе, все равно являлся движущей силой, люди находили способы осуществления своих интересов, а затем, с наступлением эпохи Возрождения, под воздействием объективных интересов произошел перелом в общественном мнении, ментальностях, «практиках».

Таким образом, в работе не раскрыто значение объективных условий, формирующих как ментальности, так и правовые «практики». По нашему мнению, авторы рецензируемого исследования, опираясь на структуралистскую и постструктуралистскую методологию, отвергают свойственное «классической» науке противопоставление «субъективного» и «объективного». Таким образом, социокультурная антропология права, следуя традициям структурализма, познает право исходя из структур, формирующих соответствующие ментальности и практики, не рассматривая контекст или внешние (объективные) факторы, формирующие сознание субъекта права (человека) и побуждающие его следовать определенному поведению. Действительно, континентальной философии (одним из направлений которой являются структурализм и постструктурализм) в известной мере свойственен детерминизм. Например, М.Фуко, провозглашая «смерть субъекта», основывался на том, что человек, социальные группы, классы, представители законодательных органов — результат господ-

ствующих в социуме мировоззрения и «дискурса». Следовательно, как обосновывает Фуко в «Археологии знания», сознание индивидов (а значит, наука, искусство, право и т.д.) есть продукт общества. Возможно, в своем детерминизме структуралисты в некотором смысле напоминают марксистов. В свою очередь, постструктурализм, развившийся из структурализма как антитеза последнему, совместил «означающее» и «означаемое», то есть «объективное» и «субъективное», сосредоточившись на выявлении «первичных установок» как гуманитарных, так и естественных наук, стремясь показать их относительность (Ж. Деррида).

По нашему мнению, вследствие влияния постструктуралистской философии (в частности, учения Ж. Деррида о деконструкции; открытого либо фактического отрицания объективных факторов; утверждений о том, что наука (в том числе физика, химия) не объективна, но является «социальным соглашением») в работе игнорируется «объективный» контекст, или внешние факторы, влияющие на формирование совокупности ментальностей данного общества или цивилизации, в частности на правоприменительную (правотворческую) практику. Таким образом, право предстает как некий «круговорот», с одной стороны, ментальностей, порождающих практики, правопорядок, правовую культуру, и, с другой стороны, правовой культуры, порождающей или формирующей у субъекта права ментальность. Следовательно, генезис и развитие права изучаются обособлено от внешнего воздействия: в работе рассматриваются только культурно-психологические факторы.

Мы не можем согласиться с подобным подходом. Если мы познаем право в «духе структурализма», то есть непосредственно из его социально-культурных структур, вне его

связи с внешним миром и объективным интересом социальных групп, то социокультурная антропология права отличается от нормативизма лишь объектом исследования: нормативизм постигает право исходя из его норм, «знаково воплощенных» в соответствующих текстах, а социокультурная антропология — исходя из менталитета (правосознания) людей и их «практик». Но в этом случае мы лишаем себя возможности выявить внешние факторы, негативно влияющие на формирование надлежащего правосознания и правоприменения, и устранить их. С другой стороны, не можем разработать методы эффективной правовой политики и правового регулирования. Для современной философии постмодернизма характерно отрицательное отношение к правовому регулированию вообще, что, по нашему мнению, обрекает указанных философов на радикализм, фатализм, бесплодие.

Приведенные замечания являются частным рассуждением рецензентов. «Социокультурная антропология права», без сомнения, является серьезнейшим исследованием правосознания, культуры и права в их взаимодействии, закладывает глубокий теоретический фундамент под новую научную дисциплину, освещает прежде малоизученные вопросы теоретико-правовой науки и разрешает важные научные проблемы. Авторы рецензируемого исследования рассматривают право в его «человеческом измерении» как совокупность правовых ментальностей, порождающих соответствующие практики, которые, в свою очередь, являются культурно-правовой средой, формирующей ментальности других людей. В работе доказано, что люди, с одной стороны, создают право, с другой стороны, сами являются продуктом права и культуры.

**SOCIO-CULTURAL ANTHROPOLOGY OF LAW. COLLECTIVE MONOGRAPH /
ED. BY N.I. ISAEV, I.L. CHESTNOV. — SPB.: ALEF-PRESS, 2015. — 840 p.**

Baev, Valeriy Grigorievich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Labor and Entrepreneurial Law of the Law Institute of the Tambov State Technical University.
[baev@nnn.tstu.ru]

Marchenko, Aleksey Nikolaevich — PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Civil Law of Law Institute of the Tambov State Technical University.
[baev@nnn.tstu.ru]

Review. *The authors of the review provide evaluation of the recently published collective monograph «Socio-cultural anthropology of law», ed. by St. Petersburg Professors N.A. Isaev and I.L. Chestnov. The monograph is aimed at substantiating a new scientific discipline — socio-cultural anthropology of law, its subject being the «human dimension» of law in the cultural context. The reviewed study views law as a social matter in variety of its aspects, in order words, as a legal reality, within which the persons being socialized in this culture act, the dominant social positions on law are construed, including their semantic manifestation in legislation and other forms of legal normativity and their implementation in legally valu-*

able practices. Therefore, in the opinion of the authors a line should be drawn between the formal legal power of a normative legal act and its *de facto* social application. Implementation of law involves transformation of its norms into the dominant practices and personal value, rather than legal force of a normative legal act. Existence and application of law always involve activities of persons, reflecting information in the semantic form of rule of behavior. Hence, the subject of law is human person, rather than an impersonal legal status. The norm of law has more to it than formulation of a legal text, it is a formulation manifested in social ideas and mass actions (practices) among the wide ranges of population. The reviewed works does not provide sufficient evaluation of the role of objective interests of certain persons and social groups, and the majority of the population. The author of the book *de facto* ignore objective (not depending upon the will of the people and their mentality) factors influencing the formation of legal norms. Since the monograph mostly concerns the mental element of law, how does the mentality of «elites and referential groups» forms a legal norm and then how does it implement a norm into social practices? It is undoubted that an objective interest should be understood by persons (subjects of law) before it becomes a moving force in social development (including legal development).

Keywords: anthropology, human dimension of law, definition of the primary discretion, social amnesia, social practices.

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**, то есть согласием Автора на заключение Лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Lex Russica». Содержание договора опубликовано на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).
5. Автор направляет в редакцию Журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина). **При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью Автору без рассмотрения.**
6. Статья направляется в редакцию. Автору необходимо зарегистрироваться в системе, указав все запрашиваемые данные. **Для аспирантов и соискателей** обязательна для заполнения информация о научном руководителе / консультанте, его контактная информация (в поле «Дополнительные сведения»). В дальнейшем для отправки очередной статьи заново вводить эти данные не потребуется. При добавлении новой статьи откроется окошко регистрации статьи, где приводятся все данные о статье (соавторы, название статьи, название журнала, название рубрики, ключевые слова на русском, аннотация на русском, библиография на русском). Текст статьи прикрепляется к регистрационной форме в виде файла, сохраненного в любой версии Word с расширением .doc, .docx или .rtf.
7. Требования к содержанию и объему статьи:
 - объем статьи должен составлять от 25 до 50 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 15–30 страниц А4 (шрифт — Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полуторный, абзацный отступ — 1,25 см, поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с редакцией Журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;

- в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал, содержащийся в статье, не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых содержит воспроизведение нормативного материала, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования.
8. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
9. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
10. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться **библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008**. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный.
 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 в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)

ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.

ISSN 1729-5920

Телефон редакции (8-499)244-85-56.

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

E-mail: lexrus@msal.ru

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Объем: 13,95 усл.-печ.л., формат 60x84^{1/8}. Тираж 250 экз. Дата подписания в печать 15.06.2015 г.

Печать офсетная. Бумага офсетная.

Отпечатано с готовых диапозитивов

Типография Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Подписка на журнал возможна с любого месяца.

Распространяется через Объединенный каталог «Пресса России» и Интернет-каталог Агентства «Книга-Сервис».

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11198.

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Lex Russica» обязательна.

Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией.

Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

Ответственность за достоверность информации в рекламных объявлениях несут рекламодатели.