

**ГОСУДАРСТВЕННОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ  
ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ  
«МОСКОВСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ  
ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ»  
ОРЕНБУРГСКИЙ ИНСТИТУТ (филиал)**

**ТРУДЫ  
ОРЕНБУРГСКОГО  
ИНСТИТУТА  
(филиала) МГЮА**

---

**(выпуск восьмой)**

**БК 67**

**Т 78**

Учредитель:

Оренбургская областная общественная организация «Политический совет Оренбургского института (филиала) Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Московская государственная юридическая академия».

Рекомендовано к печати Редакционным Советом института.  
Рецензент: доктор юридических наук, профессор, академик РАН Кутяфин О.Е.

Редакционный совет:

Полташов М.И. директор института, заведующий кафедрой уголовного-процессуального права и криминалистики, к.ю.н., доцент, председатель Совета (главный редактор);  
заместитель директора по учебной и научной работе, заведующий кафедрой теории государства и права, к.ю.н., доцент, заместитель председателя совета (ответственный редактор);

Архипкин С.В. доцент кафедры гражданского и экологического права, к.ю.н., доцент, заместитель председателя совета (ответственный редактор);

Борисов Я.Е.

заведующий кафедрой конституционного и международного права, к.ю.н.

Гончаров Д.В. заведующий кафедрой общественно-экономических дисциплин и управления, доктор политических наук, профессор, заведующая кафедрой трудового и предпринимательского права, к.ю.н., доцент.

Ефимцева Т.В.

заведующий кафедрой гражданского права и процесса, к.ю.н., доцент.

Ковалев М.В.

заведующий кафедрой административного и финансового права, к.ю.н., доцент.

Коновалов В.А.

заведующий кафедрой уголовного права и криминалистики, к.ю.н., доцент.

Плотников А.И. заведующий кафедрой уголовного права и криминалистики, к.ю.н., доцент, заведующий кафедрой истории государства и права, к.ю.н., доцент, заведующий курсом правовой информатики, к.ю.н., доцент.

Попов Е.Б.

заведующий кафедрой иностранных языков, к.ю.н., доцент.

Чернышев В.С.

заведующий кафедрой истории государства и права, к.ю.н., доцент.

Чернышев С.В.

заведующий курсом правовой информатики, к.ю.н., доцент.

**Т 78** Труды Оренбургского института (филиала) МПЮА (выпуск восьмой) - Оренбург, 2007 - 746 с.

**ISBN 978-5-902122-58-6**

Сборник трудов состоит из научных материалов, предложенных преподавателями и аспирантами.

Статьи сборника размещены по следующим разделам: вопросы государства, права, общества и политики; вопросы гражданского права и процесса; укрепление законности и борьба с преступностью; вопросы земельной реформы и экологического законодательства; вопросы трудового, предпринимательского права и права собственности; страницы отечественной и зарубежной истории государства и права; вопросы правового регулирования внешнеэкономических отношений, вопросы педагогики и иностранного языка в неязыковом вузе; информационные технологии.

В статьях рассматриваются проблемы, связанные с функционированием государственного-правовой организации общества как России, так и зарубежных стран, изложены некоторые аспекты укрепления законности и борьбы с преступностью, а также проблемы педагогики в обучении студента-юриста и проблемы информационного права.

**БК 67**

**ISBN 978-5-902122-58-6**

© Оренбургский институт (филиал) Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Московская государственная юридическая академия»

## ОГЛАВЛЕНИЕ

### Раздел первый ВОПРОСЫ ГОСУДАРСТВА, ПРАВА, ОБЩЕСТВА И ПОЛИТИКИ

<b>БЕЛСКИХ Н.В.</b> Исторический процесс формирования феномена гражданского общества .....	7
<b>КУЗНЕЦОВ М.П.</b> Требования, предъявляемые к гражданам, пребывающим в запасе Вооруженных Сил Российской Федерации (административно-правовой аспект) .....	23
<b>КУРЯВОВА Е.И.</b> Основные направления формирования правосознания юристов .....	42
<b>ЛАЗУТКИНА С.М.</b> Вопросы оптимизации контрольно-надзорных функций государственных и иных органов в сфере предпринимательской деятельности .....	59
<b>МАСЛУТОВА Л.М.</b> Современная рефлексия над философским наследием Г. Лукача (по материалам зарубежных исследователей) .....	68
<b>НАЛЬБАДОВ А.Ю.</b> Отдельные вопросы обеспечения избирательных прав граждан Российской Федерации .....	84
<b>НЕДОРЕЗОВ В.Г.</b> Свобода и ответственность в философской рефлексии .....	95
<b>РЫБКИНА О.В.</b> Трансформация содержания принципов избирательного права в Российской Федерации .....	107
<b>СКУРАТОВ И.В.</b> Юридическая техника .....	118
<b>СОЛОДКАЯ М.С.</b> «Стратегия развития Оренбургской области до 2030 года» как обязательный документ государственного управления .....	131
<b>ХОВАНСКАЯ А.В.</b> Политическая роль судебного института: введение в концепцию .....	139
<b>Раздел второй ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ПРОЦЕССА</b>	
<b>БУЧИНОВА Е.В.</b> Социальное значение процессуального порядка усыновления (удочерения) ребенка через прямую Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 20.04.2006 г. №8 .....	158
<b>ВАСИЛЬЕВ Ю.С.</b> Бизнес и правовые отношения .....	170
<b>ГАВИЛДИНОВ Р.Ф.</b> Право собственности и некоторые другие вещные права на жилые помещения .....	181

<b>МАРЧЕНКО Т.В.</b> Проблемы юридической квалификации государственных жилищных сертификатов .....	203
<b>СТРОЙКИНА Ю.В.</b> Денежное обязательство как основание денежного требования. Вопросы теории и закона .....	213
<b>ТОМИНА А.П.</b> Принцип составительности при пересмотре судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам в гражданском и арбитражном процессах .....	230
<b>ЯНЕВА Р.Р.</b> Судебное решение по делам искового производства, связанным с наследованием .....	245
<b>Раздел третий</b> <b>УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ</b>	
<b>БАГУН Э.А.</b> Некоторые вопросы объективной стороны побоев и истязания .....	259
<b>БЕССОНОВА И.В.</b> Компьютерная информация как предмет преступлений, предусмотренных ст. 28 УК РФ .....	268
<b>ДЕМЧЕНКО Е.В.</b> Понятие прекращения уголовного дела и уголовного преследования .....	280
<b>КОНОВАЛОВ В.А.</b> К вопросу об экономической безопасности .....	290
<b>КОНЫЛОВА В.И.</b> Гражданский иск в уголовном процессе .....	300
<b>ЛОМАКИНА Е.В.</b> Юридическая (правовая) экспертиза как форма использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве .....	318
<b>ПЛОТНИКОВ А.И.</b> Совершенствования законодательной характеристики умысла .....	330
<b>РЕЗЕШКИН А.М.</b> Расмотрение судом ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу .....	338
<b>СМИРНОВА О.Н.</b> Девияция и преступность: некоторые аспекты развития и взаимосвязи .....	356
<b>ТИХОМИРОВА Е.Д.</b> Понятие и классификация жертв преступных посягательств .....	363
<b>ХМЕЛЕВСКАЯ Т.А.</b> Международно-правовые источники установления системы наказаний без изоляции от общества и степень их реализации в российском уголовно-исполнительном законодательстве .....	374
<b>ШНИТЕНКОВ А.В.</b> Практические аспекты реализации принципа законности в уголовном праве .....	384
<b>ШАМАРДИН А.А.</b> К вопросу об обязанности доказывания в уголовном судопроизводстве .....	393

<b>ШМЕЛЁВА Е.С.</b> Решения апелляционного суда в уголовном процессе .....	406
<b>ЯГОФАРОВ Ф.М.</b> Уголовный процесс как часть государственной политики .....	429
<b>Раздел четвертый</b> <b>ВОПРОСЫ ЗЕМЕЛЬНОЙ РЕФОРМЫ И ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА</b>	
<b>АРХИПКИН С.В.</b> Понятие и общая характеристика экологической функции государства .....	436
<b>ЛОПИНА И.М.</b> Членство как основа деятельности сельскохозяйственных кооперативов .....	448
<b>МИХАЙЛОВА Е.С.</b> К вопросу об организации государственного управления земельными ресурсами в Российской Федерации и ее субъектах .....	457
<b>Раздел пятый</b> <b>ВОПРОСЫ ТРУДОВОГО, ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА И ПРАВА СОЦОБЕСПЕЧЕНИЯ</b>	
<b>БАРАНОВА Л.Я.</b> К вопросу о «проясах» рынка и государства .....	468
<b>ЕФИМЦЕВА Т.В.</b> Правовое положение субъектов инновационной деятельности по региональному законодательству .....	478
<b>ЗАЙЦЕВА О.Б.</b> Служебный контракт гражданского государственного служащего как организационно-правовая форма свободы труда .....	488
<b>КУРАЛЬВ О.А.</b> Товарный знак и знак обслуживания как юридические категории .....	499
<b>КОВАЛЕВ М.В.</b> Меры по совершенствованию законодательства о предпринимательском договоре .....	514
<b>ОБУХОВА Т.И.</b> Понятие и правовое содержание расходов коммерческих организаций .....	524
<b>ЧЕРЕПАШЦЕВА Ю.С.</b> Основные правила конвертации пенсионных прав застрахованных лиц .....	533
<b>ЧИРКОВ Я.А.</b> К вопросу о государственном регулировании предпринимательской деятельности в России .....	550
<b>Раздел шестой</b> <b>СТРАНИЦЫ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ И ЗАРУБЕЖНОЙ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА</b>	
<b>АРХИРЕЙСКАЯ Т.Ю.</b> Выборы во Всероссийское Учредительное собрание 1917 г.: переосмысление electoralного наследия .....	562

**ЗАЛДЫВСКАЯ О.М.**

Оценка имущества для целей гражданского судопроизводства в России во второй половине XIX века: историко-правовое исследование ..... 581

**ЧЕМЕРИНСКАЯ В.В.**

Смертная казнь - оправдательное возмездие или неоправданная жестокость (исторический аспект) ..... 590

**Раздел седьмой**  
**ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ**

**КСЕНОФОНТОВА М.В.**

Современные международные экономические отношения ..... 606

**НЕКРАСОВ С.В.**

Проблемы правового регулирования внешнеэкономических связей ..... 626

**САВЕНКО О.Е.**

Особенности внешнеэкономических сделок ..... 646

**Раздел восьмой**  
**ВОПРОСЫ ПЕДАГОГИКИ И ИНОСТРАННОГО ЯЗЫКА В НЕВЯЗЫКОВОМ ВУЗЕ**

**ЖУКОВА Е.Э.**

Особенности преподавания курса «Введение в языкознание» студентам-юристам ..... 659

**КОРВИНА С.В.**

Лингво-юридические особенности английского языка ..... 669

**МОИСЕЕВА Л.В.**

О компетентностном подходе в образовании ..... 681

**ПОПОВ Е.Б.**

Образовательная деятельность как совокупность объективной и субъективной реальности ..... 694

**ТУХВАТУЛЛИН М.К.**

Формирование культуры здоровья будущих юристов в вузе средствами физической культуры ..... 706

**КАЛОШЕВА Г.Р.**

Создание ситуации успеха для студента на занятиях по иностранному языку ..... 717

**Раздел девятый**  
**ИНФОРМАЦИОННЫЕ ТЕХНОЛОГИИ**

**БЕЛЯКОВ Д.В.**

Развитие информационного общества в России ..... 730

**ЧЕРНЯЕВ С.В.**

Правовое обеспечение технологии организации государственных закупок ..... 738

**Раздел первый**

**Вопросы государства, права, общества и политики**

**ИСТОРИЧЕСКИЙ ПРОЦЕСС ФОРМИРОВАНИЯ ФЕНОМЕНА ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА**

*Бельских Н.В. - преподаватель кафедры общегуманитарных наук и социально-экономических дисциплин*

Современные представления о гражданском обществе сложились в результате длительной эволюции существовавших политических систем и социальных отношений. В научной теории существует множество подходов к определению сущности гражданского общества. Одни авторы утверждали, что идея гражданского общества была всего лишь регулятивной нормой в канун буржуазных революций, а само гражданское общество оформилось лишь в эпоху промышленной модернизации<sup>1</sup>, другие полагали, что идея гражданского общества вообще никогда не приобрела своего материального воплощения, она так и осталась идеальной-типической конструкцией<sup>2</sup>, в лучшем случае как некая идеологизированная отвлеченность, в худшем же - просто миф<sup>3</sup>. По нашему мнению, данные позиции представляются проявление крайних форм в осмыслении идеи гражданского общества. Вместе с тем, идея гражданского общества имеет весьма долгую и противоречивую интеллектуальную историю.

Концепции гражданского общества, уже в ранней их форме, складывались как сложные политические, социальные и экономические учения об общественном развитии, о переходе общества и человека, в частности, от одного состояния к другому, более качественно, «от хаоса взаимной борьбы - к порядку и гражданским отношениям».<sup>4</sup>

<sup>1</sup> См.: Seligman. *The Idea of Civil Society*. N.-Y., 1992.

<sup>2</sup> См.: Habermas J. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. 1990.

<sup>3</sup> См.: Левин И.В. *Гражданское общество на Западе и в России*. // Политс. 1996. №5. С. 108.

<sup>4</sup> Краевичко И.И. *Концепция гражданского общества в философском развитии*. // Политические исследования. 1991. №5. С. 129.

На концептуальном уровне, согласно исследованию Ю. Резника, идея гражданского общества в своем развитии проходит два значительных периода:

1. Возникновение и развитие идеи в концепциях «естественного права» и «общественного договора» (европейская традиция гражданского общества).

2. Реконструкция идеи в социально-политических учениях современности (XIX-XX вв.).

Концептуализация идеи гражданского общества Ю. Резником строится на основе различных моделей и парадигм теоретического синтеза. Мы же, взяв за основу предложенную Резником периодизацию уже существующих концепций гражданского общества, остановимся на одном аспекте, сложившемся на базе двух противоположных ориентиров в понимании данного концептуального поля: гражданственности и негражданственности. В связи с этим мы выделяем несколько качественных этапов формирования данного интеллектуального поля. Предлагаемая нами типология, не подменяя собой и не отрицая возможность других способов классификации концептов гражданского общества, исходит из самостоятельного значения вопроса о том, благодаря чему индивиды обретают способность качественного взаимодействия, способность устанавливать законы, правила общепития и действовать в соответствии с данными установлениями.

Само понятие «гражданское общество» является чрезвычайно насыщенным по своему смыслу; его следует рассматривать в контексте тысячелетней истории развития политической мысли. Оно восходит к семье латинских слов *civis*, *civile*, *civitas* (гражданин, гражданский, город, государство), с чем связаны такие аспекты гражданского общества, как гражданство, гражданские обязанности и добродетели, цивилизованное поведение, гражданственность.

Зарождение данного концепта происходит в периоды Античности и Средневековья, хотя ни в трудах античных философов, ни в трудах философов Средневековья мы не встречаем термина «гражданское общество», но, тем не менее, уже в этот период начинаются складываться конструктивные элементы или прообразы гражданского общества. Под «*societas civilis*» понималось нечто иное, как ассоциация полноправных граждан, где общее благо выступало в противоположность частному благу.

Процесс формирования содержания данного понятия в период Античности был тесно связан с морально-этической оценкой поведения человека как гражданина. Так, уже Сократ белее двух тысяч лет

назад задумался над вопросом: «Каким образом люди, жители полиса, могут уравновесить свои потребности и потребности общества?» Сократ считал, что только посредством диалога между гражданами можно разрешить все возникшие конфликты и противоречия: «...Пока не будет достигнуто суждение, которое невозможно опровергнуть».<sup>1</sup> Платон описывал душу человека и его индивидуальность как сложение трех компонентов: физиологической потребности (аппетита), который ищет физических удовольствий; духа, который ищет социальное одобрение; и разума, которому необходима справедливость. Справедливый человек - лишь тот человек, чей разум при помощи духа ограничивает и сдерживает аппетит. Справедливое же общество - то общество, в котором люди посвящают себя общественным истинам, гражданской добродетели, ведут себя достойно, мудро, осознают свою ответственность и исполняют свой профессиональный долг. Идеальное государство Платона управляется философами, которые принимают решения, основываясь исключительно на общем интересе.<sup>2</sup>

Аристотель делал упор на средние слои. Он считал, что государство, управляемое средними классом, вероятнее всего, будет умеренным, и что, очевидно, оно сможет уравновесить стремления богатых или бедных. Главным достоинством гражданина служит честь, предпологающая способность самостоятельного участия в делах полиса. И гражданин с его правами и обязанностями, и политическое целое в равной мере взаимобусловливают друг друга. Наука и искусство политики состоят в поддержании их оптимального взаимодействия.<sup>3</sup> Аристотель говорил о двух аспектах свободы. Первый - индивиды должны иметь возможность участвовать в управлении посредством вовлечения в общественную и политическую жизнь. Законы должны быть результатом общественного разума, так как индивиды в процессе обсуждения и взаимодействия воссоздают коллективную волю, что гарантирует оптимальное удовлетворение всех участников общественной среды. Второй - справедливые законы; индивиды имеют право жить свободно, и соблюдение справедливых законов ведет к равноправию.<sup>4</sup>

Римская идея политической системы основывалась на идее республики: общее благо противопоставлялось частному благу. Смысл многожества и общей пользы подразумевается и в идее гражданского обще-

<sup>1</sup> *Seligman. The Idea of Civil Society. N.-Y., 1992.*

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Там же.

ства. Цицерон, например, народом называл людей, связанных между собой соглашениями в вопросах права и общностью интересов. Толкование термина «гражданское общество» означало совокупность субъектов гражданского права, обладающих гражданскими правами, частной собственностью, активно участвующих в политической жизни.<sup>1</sup>

Специфически гражданственный аспект Древнеримской политической системы получает самостоятельное существование. Меняющийся смысл понятия «гражданское общество» отражает изменение отношений экономики, общества и государства. Толкование данного термина в римском праве означало совокупность субъектов гражданского права, регулирующих отношения частной собственности, семейные, родственные и наследственные отношения. В юридическом смысле гражданское общество понимается скорее как частная сфера жизни людей, регулируемая посредством права и в определенном отношении автономная от государства. Выражение «гражданское общество» связано с фигурой гражданина как самостоятельного социального и политического актора. При этом римская трактовка гражданства (*civitas*), как отмечает М.В. Ильин, делает акцент на ценности свободы, либеральности, милосердия, доброжелательности, мира и ярко выраженных личных достоинствах римских граждан, их привязани друг другу.<sup>2</sup>

Для гражданского общества периода средневековой традиции были характерны синкретизм политической и общественной сфер, доминирование общественного начала над индивидуальным, изначальная заданность социального статуса индивида. В этих условиях практически отсутствовали условия для возникновения автономного от государства социального пространства, в котором индивид по собственному выбору определял бы свои жизненные цели и ходил бы соответствующим образом к достижению. Вместе с тем, в период Средневековья постепенно складываются предпосылки для появления свободной личности, происходит повышение ценности человека, усиление автономии общества от государства.

Спустя столетие христианство стало официальной религией Римской империи. Августин Блаженный в своих произведениях отмечал, что «...именно подчинение божественной воле может привести к спасению, что достигнимо лишь при сложении интересов всех и посредством общей воли»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Слестарва Г.Ф. *Гражданское общество в истории политической мысли Европы. Учебное пособие*. - М., 2000. С. 72.

<sup>2</sup> Там же. С. 71.

<sup>3</sup> Seligman. *The Idea of Civil Society*. N.-Y., 1992.

Фомы Аквинский «уравновесил» разум и религию, определяя, что человеческое поведение может быть рационально установлено через призму естественных законов, но только в соответствии с божественными законами. Священное писание устанавливает моральные ценности, которым должны следовать люди и которые должны воплощаться в законах. Так, заповедь «Возлюби ближнего своего как самого себя» обеспечивает установление равноправия и взаимного уважения граждан, соблюдение прав и свобод других лиц, гражданственное взаимодействие с участниками общества.

Мартин Лютер и Джон Кальвин, основав Протестантскую церковь, выступали против власти Папы и Римской католической церкви, которую они обвиняли в коррупции. Их главным вкладом в идею гражданского общества следует считать не то, что они отвергли или отрицали само существование государства как таковое, а, скорее всего, ту идею свободы выбора религии и вероисповедания.<sup>1</sup> Протестантизм, будучи продуктом распада христианства, бросил вызов церковному авторитету в поддержку человеческого разума над верой, новым возможностям проявления личности, светских ассоциаций, частной жизни. Протестанты провозглашали способность индивида участвовать в государственном управлении, тем самым ограничивать произвол власти, равно как самостоятельно определять путь спасения своей бессмертной души.

В целом же оформление идеи гражданского общества наблюдается гораздо позже, и связан этот процесс с зарождением итальянских городов эпохи Ренессанса.

Европейско-средиземноморская традиция была хорошо отражена Маккиавелли, который подчеркивал три важнейшие ценности гражданского общества: мир и безопасность граждан, наследование своим имуществом и богатством, право каждого иметь и отстаивать свои убеждения как наивысшие общественные ценности.<sup>2</sup> В этот период городское самоуправление значительно расширило возможности граждан, стимулируя их к более высокому уровню образования, развитию политической культуры. Права на ассоциацию добивались научные объединения, университеты, клубы. Элементы гражданского общества проявились, в первую очередь, в экономике. Это были независимые рыночные образования нового типа, выросшие из прежних семейных, общинных и корпоративных ассоциаций.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Seligman. *The Idea of Civil Society*. N.-Y., 1992.

<sup>2</sup> Маккиавелли Н. *Социения*. - СПб., 1998. С. 72-74, 87-95, 107-110.

<sup>3</sup> Калвой И. *Гражданское общество. Истоки и современность*. - М., 2002. С. 55.

Основным достижением гражданской корпоративности в эту эпоху являются гильдии, цеха, коммунды. Гильдия представляет собой одну из первых форм гражданского участия, это объединение ремесленников и торговцев. Но ключевым моментом в распространении идеи гражданского общества сыграл пересмотр религиозной идеологии в период Реформации.

За этим периодом последовал качественно новый этап развития концепта гражданского общества. Идея модернизации и, соответственно, прогресса воспринималась как неизбежный и необратимый процесс. Центральным институтом экономической системы в это время становится рынок, а ее главными принципами - индивидуализм, свободная конкуренция и свободное предпринимательство. Оформляется и идеал экономического человека, который открыто провозглашает принцип: жить в обществе - значит участвовать в рыночных отношениях и добиваться материальной выгоды. Существование становится неотъемлемым правом человека, которому он обязан своим существованием. Потеряв ответственность, человек теряет и свободу, поэтому справедлива лишь та форма власти, которая в наибольшей степени гарантирует права собственности людей. Эти принципы заложили основы для формирования и институционализации новых форм договорных и собственнических отношений. Утвердилась идея первичности личности по отношению к обществу, а общества - по отношению к государству. Именно этот период и следует считать рождением гражданского общества в том понимании, которое существует и постоянно развивается на современном этапе.

С переходом к Новому времени возникает постепенный переход к дифференциации двух сторон политической системы: государства и сферы гражданских инициатив (инициативных граждан). Договорное сообщество таких граждан стало называться гражданским обществом.

Исторический корень современного понимания гражданского общества был заложен европейско-континентальной традицией (Ж. Водед, Спиноза, Т. Гоббс, Пауффендорф, Дж. Локк, Кант, физикографы, лидеры шотландского Просвещения). Европейско-континентальная традиция включает позиции, основанные на моральной философии, определяющие способность индивида к упорядоченной совместной жизни.

Гражданское общество в рамках данной традиции отождествляется с определенным сообществом образованных граждан, так называемой «цивилизованной» частью общества, благодаря которому и поддерживается особый тип гражданской культуры (гражданственность-

ти, цивилизованности), необходимой для жизнеспособности публичного общества и для формирования общественного мнения о событиях социальной и политической жизни. Цивилизованность - это особое состояние сбалансированного взаимодействия таких сторон личности, которые, с одной стороны, характеризуют индивида как члена либерального общества (здравый смысл, то есть способность трезво, непредвзято воспринимать окружающий мир, терпимость, готовность к сотрудничеству и приверженность принципам равноправного партнерства), а с другой - определяет его как автономную личность (стремление к творческому раскрытию личностного начала в индивидуальной форме и готовность к социально-культурным инновациям).<sup>1</sup>

По мнению И. Кравченко, основоположником данного направления выступил Т. Гоббс, противопоставив «природное» состояние человека «естественному». Гоббс считал, что стремление человека жить совместно с другими продиктовано, в большей степени, поиском наиболее безопасных условий общежития. Достижение этих ценностей строится на принципах естественного права: права на выбор цели, права на средства для ее достижения.<sup>2</sup>

Гоббс, считавший свободой естественным состоянием, требовал подчинить власти государства ничем не скованную свободу, что вело к всеобщей вражде и насилию. «Естественное право (*jus naturalis*) есть свобода всякого человека использовать собственные силы по своему усмотрению для сохранения своей собственной жизни и, следовательно, свобода делать все то, что, по его суждению, является наиболее подходящим для этого».<sup>3</sup> Право призвано стать рациональным предписанием, которое, выступая посредником между индивидом и властью, определяет, что пагубно для его жизни или представляет угрозу, а что наиболее благоприятно. Дифференциация права (*jus*) и закона (*lex*) выражена именно в том, что «право заключается в свободе делать или не делать», закон же «определяет и обязывает». Поэтому, как мы видим, закон и право несовместимы и даже противопоставляемы.

Естественная свобода индивида ограничивается церковным и гражданским законами, но не отменяется как таковая. Поскольку признание политической власти строится на основе договора, цель которого - сохранение безопасности граждан, а договор является ис-

<sup>1</sup> Гончаров Д.В. *Материалы научно-теоретической конференции «Либерализм для новой России»*. - Оренбург, 2003. С. 87.

<sup>2</sup> Козликин Ю.А. *История политических и правовых учений*. - СПб., 2002. С. 162.

<sup>3</sup> Гоббс Т. *Левифиан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского*. - М., 1991. Т. 2. С. 98.

точником позитивного права, согласно которому переносится некое право граждан на правителя, договор и является тем полем, где не устанавливается, а оговаривается свобода.<sup>1</sup> То есть договор (закон) и определяет обязанности одних и права других.

Гоббсовское гражданское общество - это порядок установления мира (*omnium bonorum* - Н.Б.), достигнутый посредством закона, устанавливаемый неким политическим телом - сувереном, правительством. Несмотря на всю жесткость системы правления, Гоббс «дает право» на существование и индивидуальной сфере в рамках так называемого гражданского общества, где индивидулы используют естественное право «заключать договоры и совершать иные сделки, выбирать свое местопребывание, пищу, образ жизни».<sup>2</sup> Частное взаимодействие, выходящее за рамки публично-политического принуждения, благодаря «умолчанию закона»<sup>3</sup> позволяет индивиду создать частную сферу (частное тело).<sup>4</sup> Исходя из этого и определяются тип и способ взаимодействия частной и публичной сфер.

Вместе с традиционной оппозицией естественного общества обществу как совокупности сограждан он устанавливал и оппозицию двух различных статусов - естественного и цивилизованного. То есть, по мысли Гоббса, гражданское общество - это цивилизованное общество, а также общество цивилизованных граждан.

Обращаясь к трактовке гражданского общества, предложенной Дж. Локком, следует отметить, что первоосновой частного взаимодействия выступает патриархальная семья - «это первоначальная и самая основная форма естественной солидарности».<sup>5</sup> Более того, люди обладают естественной предрасположенностью к созданию еще больших объединений в целях защиты от своих врагов из соседних земель.<sup>6</sup> Естественное состояние - это не состояние вольницы и насилия, подчеркивает Локк, поскольку большинство (взрослых, мужского пола, владеющих собственностью) индивидуумов склонны поступать в соответствии с определенными естественными законами, которые запрещают акты насилия и нарушения и в целом побуждают индивидуумов уважать собственность друг друга и сохранять мир.<sup>7</sup>

1 Гоббс Т. *Левшафан, или Матрица, форма и власть государства церковного и гражданского*. Соч. в 2-х томах. - М., 1991. Т. 2. С. 415.

2 Там же. С. 165.

3 Гоббс Т. *Левшафан, или Матрица, форма и власть государства церковного и гражданского*. Соч. в 2-х томах. - М., 1991. Т. 1. С. 170.

4 Там же. С. 174.

5 Локк. *Два трактата о правлении*. / Соч. в 3-х томах. Т. 3. - М., 1988. С. 322-323.

6 Там же. С. 324-326.

7 Кин Дж. *Демократия и гражданское общество*. - М., 2001. С. 88.

В гражданском обществе ни одного индивидуума нельзя освободить от подчинения закону. Локк подчеркивает, что свобода людей в условиях существования системы правления заключается в том, чтобы жить в соответствии с погонным законом, который является общим для каждого.<sup>1</sup>

Народ и правительствo связаны договором и доверием, стоящим на трех китах - моральном порядке, знания и праве. Единство начал предполагает единство государства (власти) и общества, и тем самым разрешается противоречие естественного и разумного. Государство охраняет естественные права его граждан, общество держивает естественные побуждения власти к господству.

Следующим теоретическим шагом стала концепция нового человека. Если для Гоббса и Локка гражданское общество цивилизовано именно потому, что оно носит признаки политического феномена, то для Ж.-Ж. Руссо оно не является таковым. Руссо обращает внимание на то, что давний конфликт между властью и гражданами невозможно преодолеть одной лишь передачей власти, поскольку «природное» существо человека берет верх. Поэтому, с его точки зрения, гражданское общество рано или поздно станет политическим, но и власть, в свою очередь, вступив в политические и цивилизованные отношения с обществом, должно стать гражданственным и составить одно целое с гражданским обществом. Таким образом, Руссо был одним из первых, кто обратил внимание на необходимость постоянной переоценки общества с позиции гражданственности и цивилизованности.

Антиабсолютистская концепция Монтескье опиралась на идею общества, построенного по принципу традиционного общества, но, тем не менее, он вводит разделение между правительством и обществом. К обществу относятся все то, что не связано с государством. Проблему рациональной организации общества он видел сквозь призму политической и правовой действительности.<sup>2</sup> Монтескье говорит о существовании частного (гражданского) права и публичного - государственного права.<sup>3</sup> Государственное право призвано регулировать взаимоотношения между правителями и управляемыми, а общественно-гражданское право - прерогатива суверенная. Стратегия антиабсолютистской концепции в большей степени опирается на идею общества, построенного по образцу общества традиционного, иерархического, но, тем не менее, следуя традициям Просвещения, Мон-

1 Локк. *Два трактата о правлении*. / Соч. в 3-х томах. Т. 3. - М., 1988. С. 346.

2 Кин Дж. *Друнто Э. Гражданское общество и политическая теория*. - М., 2003. С. 136-137.

3 См. там же.



теские говорит о разделении двух сфер - государственной и частной (общественной).<sup>1</sup>

После революции в Англии не совсем четкое разделенное «гражданское общество» в плане соотношения у Гоббса, Локка и Монтескье постепенно трансформировалось в исключительно высшее общество привилегированного сословия и приобрело достаточно пафосное звучание. То, что раньше считалось «обществом», теперь приобрело государственные черты с последующим сливанием предрасчетливой и исполнительной властей.<sup>2</sup> По мнению Дж. Козна и Э. Араго, термин «гражданское общество» периода Просвещения сохранился как традиционно тождественный политическому обществу или государству.<sup>3</sup> Иной оттенок этому тождеству был дан мыслителями шотландского Просвещения, рассматривающими гражданское общество, прежде всего, как цивилизованное или гражданственное. Гражданское общество уходит от своего политического интерпретирования и сводится к обществу экономическому.

Дэвид Юм утверждал, что нет единства между разумом и моралью, люди определяют свои собственные цели на основе морали, но подчиняют саму цель ее разумному воплощению. Он говорил о трех фундаментальных правилах - необходимости права собственности, возникновении каких-либо прав только на основании договора, исполнении взятых на себя обязательств. Юм определял, что люди используют свой собственный разум для достижения целей, преследуя свои личные интересы, и в конечном счете достигают интересы общества в целом. Люди принимают законы и следуют им для того, чтобы реализовывать свои собственные потребности, но не без учета интересов всего общества.<sup>4</sup>

А. Фергюсон и А. Смит считали, что обязательным принципом гражданского общества является состояние цивилизованности (*civility*) как следствие процесса цивилизации. Однако западное гражданское общество противопоставлялось депотичному востоку. При этом термин «гражданское общество» имел также экономическую подоплеку, поскольку «цивилизация» противопоставлялась таким обществам, в которых не было частной собственности (варварским государствам). В Европе к зачаткам современного концепта гражданского общества стали относить различные частные общности типа

<sup>1</sup> См. там же.

<sup>2</sup> Koselleck R. *Critique and Crisis: Enlightenment and Pathogenesis of Modern Society.* / Cambridge: MIT Press, 1988. P. 208.

<sup>3</sup> Коэн Дж., Араго Э. *Гражданское общество и политическая теория.* - М., 2003. С. 138.

<sup>4</sup> Seligman. *The Idea of Civil Society.* N.-Y., 1992.

орденов, цехов, гильдий, коммун и т.д., а также специфические договорные отношения и идею цивилизационного единства западно-христианского образа. Среди институциональных форм корпоративной организации гильдии этимологически восходили к священному пожертвованию в общину казну, орден отражал идею порядка, корпус - тело, целеустремленный организм, от которого затем произошло понятие «корпорация», *universitas* воспринималась как автономная и самоорганизованная общность.<sup>1</sup>

Но наиболее разностороннюю теоретическую разработку проблематики гражданского общества выразил Ф. Тенель. Ю. Резник определяет данный тип гражданского общества как эгалитетский.<sup>2</sup> Гражданское общество рассматривается им как совокупность и взаимосвязь политических институтов, организм автономно-самоорганизующийся и развивающийся. Вся социальная история представляет собой некий процесс развешивания нравственной идеи, которая реализуется на трех основных уровнях: семья, гражданское общество и государство. Эти три уровня воплощают и три уровня интересов и потребностей личности: индивидуальные, особенных и всеобщих; системе потребностей, удовлетворяемых посредством работы «единичного» и «всех других»; всеобщую свободу и покровительство собственности, удовлетворяемые посредством правосудия; поечение особого интереса как части общего, удовлетворяемого посредством полиции и корпораций.

Немецкая классическая философия Канта, Фихте и, несомненно, Тегеля, рассматривала гражданское общество как то самое состояние, в котором принудительные законы, обеспечивающие право на собственное счастье, в той или иной мере охраняют его право на нравственное совершенствование. Добро зависит от гражданского общества, поскольку именно в нем оно становится действительностью. Гражданское общество как уникальное, не имеющее аналогов в природе состояние, получает свое оправдание в добре - в обеспечении своим гражданам счастья. Само общество составляет комплекс частных лиц, классов, групп, корпораций, сословий, институтов, взаимодействие которых регулируется гражданским правом, и которые прямо не зависят от самого государства. Многочисленные составляющие такого общества зачастую несопоставимы, неустойчивы и подвержены серьезным конфликтам. При этом чрезмерное развитие одних эле-

<sup>1</sup> Seligman. *The Idea of Civil Society.* N.-Y., 1992.

<sup>2</sup> Резник Ю.М. *Гражданское общество как феномен цивилизации. Часть II. Теоретико-методологические аспекты исследования.* - М., 1998. С. 29.

ментов гражданского общества может привести к подавлению других его элементов.

Гегель полагал, что гражданское общество само по себе не может быть самодостаточным. Оно может развиваться и функционировать только в составе более высокой организационной сущности - публичной организации, то есть политически организованного общества. Гражданское общество рассматривалось как эквивалент политической организации, имеющих определенные политические рамки и цели, а равно имений и независимые институты, созданные для неполитических целей. Их значимость заключается не в том, что они формируют политическую область общественной жизни, а в том, что они создают основу фрагментации и диверсификации власти внутри политической системы.<sup>1</sup>

Устранение различия между гражданским обществом и государством путем так называемого обобществления государства и политики привело к тому, что государство уравнилось с обществом и, превратившись в единственного защитника общества, поглотило его. По Гегелю, общество становится «гражданским» лишь в силу того, что оно управляется государством.

Концепция гражданского общества, разрабатываемая сторонниками формационного подхода, актуализирует социалистический тип гражданского общества. Вслед за Гегелем Маркс представляет гражданское общество как сферу материальной, экономической жизни людей. Для Маркса гражданское общество - это общество, основанное на частной собственности, в котором социальные отношения принимают форму классовых антагонизмов, предопределяющих возникновение государства. Это общество выглядит у него как общественная организация, развивающаяся непосредственно из производства и обмена, как совокупность экономических производственных отношений, соответствующих производительным силам и образующих базис государства и всей социальной надстройки. На практике, когда стали строить социализм, это привело к модели эгалитарного общества. Кроме того, многие заблуждения возникли потому, что Маркс стал отождествлять понятия «гражданское» и «буржуазное», а идея классовой борьбы и диктатуры пролетариата долгое время создавала иллюзию о ненужности гражданского общества при социализме. Вместе с тем, «самоуправление народа» Маркс никак не связывал с гражданским обществом. Данный подход не делает объектом первосте-

<sup>1</sup> Taylor Ch. 1995. *Philosophical Arguments*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. P. 222.

пенной важности такие исторические реальности, как особенности материальной и духовной культуры, он в большей степени основан на выяснении исторических форм социальной и развития материального производства.<sup>1</sup>

Другим теоретическим дискурсом стала либеральная американская традиция. Гражданское общество становится сферой реализации частных интересов людей, и в рамках этой сферы оно и осуществляет свой потенциал. Гражданское общество постепенно становится внегосударственной сферой социума. Этот период некоторые ученые определяют как период существования «класов в себе», еще не осознавших своих интересов и поэтому не готовых к солидарным действиям.<sup>2</sup>

Данный проект гражданского общества (А. де Токвиль, Т. Пейн, Тейлор, В. Франклин, Т. Джефферсон) следует рассматривать в американском культурно-историческом контексте. Идеал «републики» основан на создании коммун-республик, где основное предпочтение отдавалось интересам всего местного сообщества вопреки интересам отдельной личности. Коммунитаристские ценности доминировали над ценностями индивидуальными, а индивиды, в свою очередь, были готовы подчинить свои ценности интересам сообщества. Самоорганизация местных коммун поддерживалась особым типом гражданской культуры, который был ярко описан в работах Токвиля.

Два ли не самым ярким представителем данного теоретического дискурса можно назвать автора практической модели гражданского общества - Томаса Пейна. Данная концепция была рассмотрена в качестве идеологии государственной организации Америки и названа «империцей опыта античных демократий».<sup>3</sup>

Свою концепцию автор назвал «концепцией минимального государства»; согласно которой легитимное правительство - это лишь власть, делегированная ради достижения общего блага, которая руководствуется принципом действительного согласия со стороны управляемых и принципом естественных прав (свободы слова, общественных объединений, свободы вероисповедания и т.д.). Подчеркивается, что власть делегируется правительству только вследствие основанного на доверии действительного согласия индивидов, которые «в соответствии со своими личными и суверенными правами всту-

<sup>1</sup> Seligman. *The Idea of Civil Society*. N-Y. 1992.

<sup>2</sup> Руденкин В. Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора политических наук «Гражданское общество в условиях политической трансформации России. Субъектное и структурное измерения» - Екатеринбург, 2002.

<sup>3</sup> Яковлев Н. *Послание в будущее, вступительное слово*. // Федералист.

пили в договор друг с другом для образования правительства; и это единственный способ, каким имеют право создаваться правительства, и единственная основа, на которой они имеют права существовать...».<sup>1</sup> Индивиды могут в любое время отозвать свое согласие и тем самым взять власть обратно. Это вытекает из принципа, согласного которому «человек не имеет права собственности на другого человека,<sup>2</sup> все рождены равными, имея равные естественные права, которые принадлежат человеку по праву его существования. Сюда относятся все интеллектуальные права, или права духа, а равно право личности добиваться своего благоденствия и счастья, поскольку это не ущемляет естественных прав других».<sup>3</sup>

Посредством побуждающей силы к объединению ради противостояния деспотическому тоталитарному порядку общество переходит к новой организации, нуждающейся только в минимуме политических механизмов, так называемых «правительств», которые являются лишь средством взаимодействия различных частей гражданского общества. «Как только устраняется официальное правительство, начинается действовать общество. Возникает общее объединение, и общий интерес рождает общую безопасность».<sup>4</sup> Таким образом, гражданское общество Пейна не просто автономно и самостоятельно, но оно противостоит государству.

Как и Т. Пейн, Т. Джефферсон - автор проекта Декларации независимости США, был сторонником естественно-правовой доктрины, но в наиболее радикальном ее проявлении. Он настаивал на праве всех участников договора конституировать государственную власть. Отсюда логически вытекала идея народного суверенитета и равенства граждан в политических, в том числе избирательных правах. Правительство, писал Джефферсон в Декларации независимости, создается людьми для охраны естественных прав человека, и власть правительства простирается из согласия народа повиноваться ему; народ вправе изменить или уничтожить существующую форму правления; «долгом и правом» людей является свержение правительства, стремящегося к деспотизму; право на революцию принадлежит народу, и оно обосновано.<sup>5</sup>

Сторонники коммунитаристского проекта - А. Гамильтон, Дж. Мэдисон и Дж. Джей, авторы сборника «Федералист», отстаивали идею

<sup>1</sup> Пейн, Т. *Права человека. // Избранные сочинения.* - М.: Изд-во АН СССР, 1959. С. 207.

<sup>2</sup> Там же. С. 179.

<sup>3</sup> Там же. С. 204.

<sup>4</sup> Там же. С. 186.

<sup>5</sup> Лейси О. (ред.) *История политических и правовых учений.* - М., 1997. С. 359.

«писаной конституции». Видя множество проблем в реализации такого устройства, А. Гамильтон заметил сложность существования «совершенной гармонии между согласием (равенством) и должной целью правительства (справедливостью), между согласием и индивидуальными правами (свободой)».<sup>1</sup> Но «пока народ... не аннулировал или не изменил установленную форму, она связывает его коллективно и индивидуально...».<sup>2</sup>

Следующий этап истории концептуального поля гражданского общества приходится на XX век. На этом этапе происходит переход от практических требований экономической и политической свободы личности, характерных для предшествующего периода, к расширению свобод в сфере культуры, стилей жизни и т.д. Идея гражданского общества получает свое практическое воплощение в системе ус тойчивых, общепринятых представлений об этом в обществе, которые понимаются и разделяются большинством его членов. На этой стадии усиливаются такие признаки и факторы, как рационально-критическое отношение к социальной реальности, плюрализм верований, идей, мнений и др. Идея гражданского общества перестает быть лишь теоретической конструкцией, она приобретает рациональное воплощение. К 50-м годам XX века проблематика гражданского общества отходит на периферию исследовательской мысли. Интерес к ней возрождается лишь в 70-80-е годы под влиянием теоретиков социалистических стран, положивших в основу лозунгов и идей восстановления свободы и демократии с идеей восстановления гражданского общества.

Дальнейшая институционализация данной идеи приводит к образованию множества научных школ и течений, имеющих политическое значение, так или иначе влияющих на расстановку политических сил. Некоторые из них стимулируют новые социальные движения, гражданские инициативы, способствуют формированию социологических и правовых образов, определяющих поведение людей и гарантирующих их права и свободы.

В целом весь исторический процесс эволюции гражданского общества от момента его зарождения в античном мире и до современного состояния можно представить следующей последовательностью: «город-государство» эпохи Античности, образ «церкви-государства» эпохи западноевропейского Средневековья, затем монархические теорории XVI в., далее образ «государства-нации» эпохи Великой фран-

<sup>1</sup> Политическое эссе А. Гамильтона, Д. Мэдисона, Дж. Джей. - М., 2000. С. 589.

<sup>2</sup> Там же.

цузской революции с последующим утверждением теории национального суверенитета, современные концепции.

Сейчас в современном мире преобладит постепенное формирование новой парадигмы гражданского общества. Происходит отказ от его экономизации, вплоть до выделения в особый «третий сектор» (сфера негосударственного управления, а также неэкономическая сфера). В самом гражданском обществе развиваются отношения, которые либо не было раньше, либо они принципиально не имели большого значения. В эпоху так называемого информативного общества совершенно иное значение приобретают такие особенности современного гражданского общества, как коммунитарность, плюрализм, публичность. Появляется феномен свободной ассоциации индивидов, связей, групп, объединенных с целью преодоления несправедливого доступа к каким-либо материальным или нематериальным ресурсам. Возрастает интенсивность общения внутри гражданского общества в виде гражданских и информационных инициатив, добровольных связей, преодолеваящих уже границы национальных государств. Возрастает роль транснациональных и трансязыковых обменов. Возникают новые механизмы политической социализации и политической культуры. Государство оказывается не в состоянии отвечать на эти новые вызовы времени, но эта цель вполне по силам современному гражданскому обществу как сфере правовой справедливости, критического осмысления действительности, свободной ассоциативности и публичности.

В целом в рамках данного теоретического исследования следует отметить, что гражданское общество как рациональная концептуальная позиция является рецепцией достаточно поздно интеллектуального периода. Гражданское общество противопоставляется обществу традиционному, то есть обществу, основанному на началах жестко фиксированных социальных структур. Иными словами, гражданское общество есть результат процесса модернизации и развивается в условиях постиндустриального общества. В этом ключе гражданское общество предлагает просранством, в котором, по мнению А. Володина, социально-экономическая мотивация, индустриализирующая эмансипирующая личность от некогда единого коллектива, вытесняет модели поведения, опосредованные доиндустриальными формами.<sup>1</sup> Содержанием гражданской ответственности в гражданском обществе становится развитие самого человека, реализация общечеловеческих ценностей.

<sup>1</sup> Володин А., Дорнбос М. Индия и Россия: гражданское общество, партия, власть. // *Мировая экономика и международные отношения.* 1996. №10. С. 84.

Следует отметить, что познавательные возможности предложенных подходов к анализу становления и развития гражданского общества весьма ограничены. Ни один из них не может служить универсальным ключом к раскрытию причинно-следственных связей общественного развития, но каждый обладает определенным познавательным импактом.

## **ТРЕБОВАНИЯ, ПРЕДЪЯВЛЯЕМЫЕ К ГРАЖДАНАМ, ПРЕБЫВАЮЩИМ В ЗАПАСЕ ВООРУЖЕННЫХ СИЛ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)**

*Кузнецов М.П. - ст. преподаватель кафедры административного и  
финансового права*

**Запас Вооруженных Сил Российской Федерации** (далее - запас) представляет собой совокупность особым образом организованного граждан, уволенных с военной службы или не проходивших военную службу по различным основаниям, но подготовленных по военному учетным специальностям и предназначенных для мобилизационного развертывания Вооруженных Сил государства<sup>1</sup>.

Он является важным элементом государственного оборонного строительства, а пребывание в нем - формой исполнения гражданами воинской обязанности, предусмотренной федеральными законами от 31 мая 1996 г. №61-ФЗ «Об обороне» и от 28 марта 1998 г. №53-ФЗ «О воинской обязанности и военной службе».

Современный состав запаса, основания, принципы комплектования гражданами и предъявляемые требования обусловлены его по-

<sup>1</sup> Под мобилизационным развертыванием Вооруженных Сил Российской Федерации понимается их полный (общий) или частичный перевод на организацию и состав военного времени в период мобилизации. В части 2 статьи 1 Федерального закона (далее - ФЗ) «О мобилизационной подготовке и мобилизации в Российской Федерации» закреплено понятие «Мобилизация»: «Под мобилизацией в Российской Федерации понимается комплекс мероприятий по переводу экономики Российской Федерации, экономики субъектов Российской Федерации и экономики муниципальных образований, переводу органов государственной власти, органов местного самоуправления и организаций на работу в условиях военного времени, переводу Вооруженных Сил Российской Федерации, других войск, воинских формирований, органов и специальных формирований на организацию и состав военного времени».

литической, экономической, военной и правовой природой, корни которой уходят для Российской государственности во вторую половину XIX века и в советский период развития российской государственности.

Безусловно, предлагаемые параллели между предназначением запаса Вооруженных Сил государства, основанными и принципами его комплектования гражданами, предьявляемыми требованиями на различных исторических этапах России носят характер вычлениения принципиальных черт и ни в коей мере не говорят о тождественности сравниваемых институтов прошлого и настоящего.

Феномен запаса, а также основания и принципы его комплектования, не являющегося российским открытием. Впервые как структура военной организации государства он был создан в Пруссии под влиянием со-здавшихся политических, экономических, военных условий как форма разрешения противоречия между возможностью развития прусской армии и политической действительностью, вызванной ее поражением от войск Наполеона и условиями заключенного тогда Тильзитского мира (1806 г.)<sup>1</sup>. Пруссия сократила срок службы в войсках, увеличив тем час-тому увольнения в запас граждан, прошедших курс военного обучения, и заменила их новобранцами<sup>2</sup>. При этих условиях численность армии в мирное время не превышала установленную договором численность, но для военного времени образовался запас военнообученного населения, кото-рый в случае нужды мог быть призван для увеличения состава войск.

Эта идея образования «запаса» оказалась востребованной Российской империей и в 1874 году была реализована в ходе военной рефор-мы, суть которой состояла в переходе от рекрутской повинности к всеобщей воинской повинности, от постоянной армии к постоянной кадровой армии. При этом «кадром» считалась та часть Вооружен-ных Сил, которая содержалась в мирное время и служила, по образ-ному сравнению А.Ф. Рейтера, «остовом» для увеличения ее в военное время<sup>3</sup>. Закрепленная Уставом о воинской повинности всеобщая лич-ная воинская повинность российских подданных не допускала ни замены посторонним лицом, ни выкупа за деньги<sup>4</sup>. Отбывание воинс-

кой повинности российскими подданными состояло из двух этапов: первый - действительная военная служба в армии и на флоте, второй - служба в запасе армии и флота. Подобное положение сохранялось в Российской империи вплоть до февральской буржуазной революции 1917 года. Таким образом, с позиции исследования представляются принципиальными несколько следующих выводов и обобщений.

Во-первых, институт запаса Вооруженных Сил для России есть явление объективное и историческое. Он был создан в силу ряда по-литических, экономических и военных причин и получил правовое закрепление в законодательстве. Его сущность определялась перехо-дом от постоянной армии в ее «чистом» виде к постоянной кадровой армии, так как первая по экономическим причинам не могла содер-жаться в большом составе, а увеличивать ее достаточно быстро в во-енное время без запаса военнообученных людских ресурсов было не-возможно<sup>1</sup>. Главное предназначение запаса состояло в обеспечении перевода армии и флота на организацию и состав военного времени.

Во-вторых, правовую основу запаса составляла всеобщая воинс-кая повинность российских подданных, пришедшая на смену рек-рутской повинности, производная, по мнению А.Е. Лунина, от граж-данства и ставшая его неотъемлемой частью, оказывая влияние на изменения гражданства. Кроме нее, запас основывался на принци-пах плановости и государственного регулирования зачисления граж-дан в него.

В-третьих, исходя из предназначения запаса к гражданам, зачис-ляемым в него, предьявлялись следующие требования: гражданство (подданство) Российской империи, годность по состоянию здоровья к военной службе, военная подготовка, определенные возрастные рамки. В соответствии с законом подготовка, определенные возрастные рамки, не могли менять российское подданство. Не прошедшие дей-ствительную военную службу в запас не зачислялись, а переводились в ополчение. По возрастному признаку запасные делились на два раз-ряда, которые определяли очередность призыва по мобилизации.

В-четвертых, служба российских подданных в запасе армии и флота и их статус имели достаточно полную правовую регламента-цию, отдельные положения которой были учтены в советский период и актуальны в настоящее время<sup>2</sup>.

1 См., напр.: Виноградов Н.А. Основы общей организации Вооруженных Сил Союза ССР. - М.: ВЮА, 1954. С. 15; Заго М., Савари А. Учебник военной администрации и военного законодательства. - М.: ПВИ, 1926. С. 22.

2 Заго М., Савари А. Указ. соч. С. 23.

3 Рейтер А.Ф. Устройство и комплектование Вооруженных Сил. - СПб., 1875. С. 64. Подобные выводы содержатся и в других сочинениях: Галов Г.В. Прокхождение служ-бы по военному ведомству. Петрозавод, 1916; Добровоцкий А.М. Воинская повин-ность. - СПб., 1912.

4 Устава о воинской повинности. // Сборник «Практиков по военному ведомству». 1874. №1. Записки И. Краутский исторический очерк развития военного управления в России. - СПб.: Военная типография, 1904.

1 Заго М., Савари А. Указ. соч. С. 13-14. См. также: Виноградов Н.А. Основы общей организации Вооруженных Сил Союза ССР. - М.: ВЮА, 1954. С. 15.

2 См., напр.: Селюков В.А. Российское военное законодательство в конце 19 - начале 20 века (историко-правовое исследование): Дисс. ... канд. юрид. наук. - М.: ВУ, 1996.

Второй этап становления и развития института запаса (1924-1991 гг.) связан с советским периодом истории. Начало возрождения запаса армии и флота было положено военной реформой 1924-1928 годов<sup>1</sup>. Правовую основу реформы составляли Декрет (закон) от 28 сентября 1922 года «Об обязательной воинской повинности граждан РСФСР мужского пола»<sup>2</sup>, Конституция СССР 1924 года и закон СССР «Об обязательной военной службе»<sup>3</sup>. Основное содержание военной реформы заключалось в переходе армии на территориально-милиционную (смешанную) систему устройства, сущность которой, по мнению А.М. Антошина, заключалась в том, что Вооруженные Силы государства должны были состоять из кадровых частей (преимущественно пехотических и кавалерийских), территориально-милиционных частей и запаса военнообученных граждан<sup>4</sup>.

В целях освежения и углубления военных знаний, полученных на действительной военной службе, военнообязанные привлекались к провочерочным сборам на срок не более трех месяцев за все время пребывания в запасе, а в течение одного года - не свыше одного месяца. Эти сборы проводились или при войсковых частях, или вневойсковым порядком по месту жительства запасных под руководством местных военных комиссаров<sup>5</sup>.

Запас среднего, старшего и высшего начальствующего состава комплектовался за счет увольняемых с действительной военной службы по возрасту или иным причинам<sup>6</sup>. Как указывает в диссертационном исследовании А.М. Антошин, «...вовсе от службы отлучались лица начальствующего состава по возрасту, по болезни (в случае признания безусловно негодными к военной службе в мирное и военное время), по служебному несоответствию и по приговору суда с поражением в правах»<sup>7</sup>.

В исследуемый период развития запаса была поставлена и осуществлена программа национального военного строительства<sup>8</sup>, что может иметь значение для зачисления в запас мужского населения Чеченской Республики.

1 Антошин А.М. Военная реформа 1924-1928 гг. - М.: ВЮА, 1951.

2 СУ РСФСР. 1922. №61. Ст. 786.

3 СУ СССР. 1925. №62. Ст. 463.

4 Антошин А.М. Указ. соч. С. 14.

5 Сухарев А.С. Административно-правовое положение военных комиссаров. Дисс. ... канд. юрид. наук. - М., 2001. С. 52.

6 Колдабаба Г.Н. Военная администрация. ВКП. - М., 1980. С. 32.

7 Антошин А.М. Военная реформа 1924-1928 гг.: Дисс. ... канд. юрид. наук. - М.: ВЮА, 1949. С. 62.

8 Фрунзе М.В. Избранные произведения. - М., 1934. С. 431.

Таким образом, в первый период советского этапа создания и развития запаса был учтен дореволюционный опыт: сохранено предназначение запаса для перевода армии и флота на организацию и состав военного времени, комплектование запаса военнообученными гражданами, воинская служба в запасе, выделение в составе запаса очереди (разрядов). Вместе с тем, законодательством об обязательной военной службе<sup>1</sup> был внесен ряд новелл в требования к гражданам,числяемым в запас: изъятие из обязательной военной службы граждан нетрудовых элементов и осужденных с поражением в правах, что значительно снизило социальную базу запаса; освобождение граждан от военной службы по религиозным убеждениям и граждан отдельных национальностей по бытовым или местным условиям (протип современной альтернативной службы); введение основ бронирования военнообязанных на период мобилизации и на военное время и ряд других новаций.

Качественные изменения запаса армии и флота, основ и принципов комплектования, требований к его составу начались с принятием 1 сентября 1939 года Закона СССР «О всеобщей воинской обязанности». Названный закон явился правовой основой нового периода строительства армии и флота и их запаса, сущность которого составил переход от территориально-милиционной Красной Армии к кадровым Вооруженным Силам СССР. Новый закон значительно расширил социальную базу запаса, установив воинскую обязанность граждан страны без различия расы, национальности, вероисповедания, образовательного ценза, социального происхождения и положения, видоизменив идеологические требования к источнику комплектования армии и флота, закрепленных законами об обязательной военной службе 1925, 1928 и 1930 годов<sup>2</sup>.

Политическая и военная обстановка потребовала увеличения количества и улучшения качества военно-обученных людских ресурсов, состоящих в запасе. В этих целях законом был снижен призывной возраст до 18 лет и сокращено количество отсрочек с шести до двух, а основным способом комплектования Вооруженных Сил стал призыв.

Важным способом комплектования запаса явился перевод в него граждан мужского пола, не прошедших действительную военную службу и женщин, имевших военно-учетные специальности. Кроме того, в запас переводились:

1 Законы об обязательной военной службе 1928 и 1930 годов: СУ. 1928. №51. Ст. 442; СУ. 1930. №40. Ст. 424.

2 Фрунзе А.Е. Военная служба и гражданство. - М.: ВЮА, 1948. С. 12.

- а) призывники, оставшиеся в излишке по выполнению наряда на укомплектование армии и флота;
- б) лица, получившие льготу по семейному положению;
- в) призывники, признанные годными к несению службы в военное время.

Существенным элементом комплектования запаса являлось закрепление в законе о всеобщей воинской обязанности увеличения сроков службы в запасе различных составов военнообязанных<sup>1</sup>. Сроки службы в запасе определяются количеством возрастов, а следовательно, и общее число военнообязанных, которые могут быть мобилизованы в Вооруженные Силы в случае войны; определяются также в определенной мере качественный состав этих контингентов, их возрастной состав и физическое состояние.

Закон о всеобщей воинской обязанности сохранил воинскую службу в запасе как форму военной службы. Согласно закону, военнообязанные запаса, как и военнослужащие, делились на начальствующий и рядовой состав. Начальствующий состав делился на группы: высшую, старшую и младшую.

Для лучшей организации обучения военнообязанных и их правильного последующего использования при мобилизации впервые запас солдатского, матросского, сержантского и старшинского составов делился на две категории по уровню военной подготовки. К запасу первой категории относились военнообязанные, прошедшие действительную военную службу. Запас второй категории образовывали граждане мужского пола, не прошедшие действительную военную службу и перечисленные непосредственно в запас, а также призываемые на воинский учет женщины, как отслужившие в Вооруженных Силах, так и не служившие в них<sup>2</sup>.

Опыт Великой Отечественной войны показал важность запаса для обороны страны, подтвердил правильность закрепленных в законе о всеобщей воинской обязанности оснований и принципов его комплектования гражданами, форм и методов их военной подготовки, обоснованность требований, предъявляемых к военнообязанным. Все это обеспечило проведение отмобилизования Вооруженных Сил, раз-

<sup>1</sup> Вопрос о сроках пребывания в запасе находится за пределами только проблемы его комплектования. По мнению автора учебника «Военная администрация», вопрос об этих сроках, как и сроков военной службы, является одним из общих вопросов строительства Вооруженных Сил. Значение указанных сроков состоит в том, что они определяют вкратце накопления военнообученных людских ресурсов, темпы комплектования запаса армии и флота и, в конечном счете, объем этого запаса. См.: Военная администрация. Учебник. ВУД. - М., 1956. С. 170.

<sup>2</sup> Военная администрация. Учебник. Под ред. Г.Н. Кошдаба. - М., 1980. С. 132.

ное увеличение их численности за счет запаса и постоянное пополнение армии и флота подготовленным людским контингентом в ходе всей войны<sup>1</sup>.

Этот тяжелый для страны период подтвердил правильность закрепления в законах системы бронирования военнообязанных для работы в народном хозяйстве и органах управления в целях обеспечения бесперебойного функционирования предприятий, жизненно важных для обороны страны. Подобная система в настоящее время закреплена в Федеральном законе «О мобилизационной подготовке и мобилизации Российской Федерации», в Положении о воинском учете и влияет на требования к гражданам, пребывающим в запасе, на их административно-правовой статус.

Опыт Великой Отечественной войны и послевоенного периода военного строительства был учтен и закреплён в Законе СССР от 12 октября 1967 года «О всеобщей воинской обязанности», который на многие годы определил стратегию развития запаса Вооруженных Сил СССР и юридически закрепили более высокий уровень требований к военной службе, в том числе к службе в запасе<sup>2</sup>.

Закрепление в законе призывного возраста для всех граждан в 18 лет, а предельного призывного возраста - в 27 лет, и введение двух призывов в год ускорили комплектование запаса военнообязанными гражданами; вместе с тем, расширение количества отсрочек от призыва на действительную военную службу и увеличение круга лиц, имеющих на них право, привело к увеличению военнообязанных, зачисленных в запас без военной подготовки.

Новеллой явилось деление солдат, матросов, сержантов и старшин запаса не только на категории (по уровню военной подготовки), но и на три разряда (по возрасту). К указанным лицам предъявлялись разные требования, соответственно различался их административно-правовой статус. Подобное правовое закрепление запаса, принципы его комплектования и требования, предъявляемые к военнообязанным, сохранились до перехода Вооруженных Сил СССР под юрисдикцию Российской Федерации (РСФСР)<sup>3</sup>.

С принятием закона Российской Федерации от 11 февраля 1993 года №4455-1 «О воинской обязанности и военной службе» начался новый этап в развитии запаса. Он перестал быть составной частью

<sup>1</sup> Военная администрация. Учебник. - М., 1956. С. 190.

<sup>2</sup> Кошдаба Г.Н. О новом законе СССР «О всеобщей воинской обязанности». - М.: ВПА, 1968. С. 43-44.

<sup>3</sup> Указ Президента РСФСР от 7 мая 1992 г. №466. ВВС. 1992. №19. Ст. 1077.

Вооруженных Сил Российской Федерации, но остался важным элементом системы обороноспособности государства. Институт службы граждан в запасе прекратил свое действие. Вместо него получил правовое закрепление институт пребывания граждан в запасе как одна из форм исполнения ими воинской обязанности. Указанная новелла должна была закрепить демократические преобразования в государстве и его военной организации, изменить требования к гражданам, пребывающим в запасе, и на этой основе изменить их административно-правовой статус по сравнению со статусом военнообязанных, однако подобно не произошло. Основная причина видится в том, что изменения не коснулись юридической природы запаса и требований к гражданам, пребывающим в нем. Законодательством не закреплялось комплектование запаса военнообученными людскими ресурсами, но косвенно подразумевалось, так как в части 3 статьи 50 закона было установлено, что «...гражданину, не прошедшему военную службу... Одновременно с зачислением в запас военным комиссаром района или города (без районного деления) присваивалось воинское звание рядового (матроса)», а состав запаса определялся воинским званием и не предусматривал иного подхода. По своей сути пребывание граждан в запасе не отличалось от службы в нем, так как по-прежнему призыв граждан на военные сборы и прохождение военных сборов составляли его основное содержание<sup>1</sup>.

Принципиальное изменение правового положения граждан, пребывающих в запасе, было внесено и закреплено Федеральным законом от 28 марта 1998 года №53-ФЗ «О воинской обязанности и военной службе», согласно которому из пребывания в запасе в самостоятельную форму исполнения воинской обязанности были выведены призыв на военные сборы и прохождение военных сборов в период пребывания в запасе. Эта новелла носит сущностный характер, определяющий ряд новых требований к гражданам, пребывающим в запасе и их административно-правовому статусу. Но по-прежнему основные требования к гражданам, пребывающим в запасе Вооруженных Сил Российской Федерации, определяются предназначением запаса.

Проведенный исторический анализ комплектования запаса, его состава и требований к количеству и качеству составляющих людских ресурсов дает основания считать, что состав запаса и принципы его комплектования не в полной мере соотносятся с Концепцией национальной безопасности Российской Федерации, утвержденной

Указом Президента Российской Федерации от 17 декабря 1997 года (в редакции Указа Президента Российской Федерации от 10 января 2000 года №24)<sup>1</sup>, Военной доктрине Российской Федерации, утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 21 апреля 2000 года №706<sup>2</sup>, а также требованиям к военной службе в период мобилизации и в военное время.

В соответствии с Концепцией, основными задачами в области обеспечения национальной безопасности являются «...подъем и поддержание на высоком уровне военного потенциала государства». Однако качественный состав запаса по солдатам (матросам) объективно не может отвечать поддержанию высокого уровня мобилизационных людских ресурсов по главному критерию - подготовленности по военно-учетной специальности. Это требование основано не только на историческом анализе состава и предназначения запаса (история государства знает пример резкого снижения названного критерия в период Великой Отечественной войны, когда недостаток военнообученных людских ресурсов компенсировался военным обучением граждан, не имевших военной подготовки, в запасных частях<sup>3</sup>), но и на Военной доктрине Российской Федерации. Согласно Доктрине, одними из основных принципов обеспечения военной безопасности государства являются достаточность сил и соответствие уровня готовности военной организации государства потребностям военной безопасности<sup>4</sup>. В соответствии с пунктом 10 Доктрины, основное содержание обеспечения военной безопасности в мирное время включает в себя подготовку к переводу Вооруженных Сил Российской Федерации на условия военного времени, включая их от мобилизацию.

Расчеты, основанные на данных из средств массовой информации, показывают, что без военной подготовки в запас с присвоением воинского звания «рядовой (матрос)» зачисляются около 70 процентов граждан мужского пола в возрасте от 18 до 27 лет и в основном не имеющих военно-учетной специальности.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2000. №2. Ст. 170.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2000. №17. Ст. 1852.

<sup>3</sup> Занимаясь войска в мирное время не содержатся и нужны только в военное время для обучения вновь призываемых в ряды армии граждан, так как строевые части, выполняющие эту работу в мирное время, занимают подобный в военное время не могут. Для формирования запасных частей войсковые части, входящие на театр военных действий, остаются надеждущий кадр, который и является основой для обучения вновь призываемых граждан. Сведения о формировании запасных частей не публикуются. См.: Заго М. и Саври А. Указ. сов. С. 74.

<sup>4</sup> Запас Вооруженных Сил Российской Федерации в военную организацию страны не входит, что предстает не совсем логичным.

<sup>5</sup> По данным «Российской газеты»... В одном из лучших военных комиссариатов Оренбургской области - Бузулукском объединением - из 456 призывников смогли при-



Сокращение сроков военной службы по призыву до одного года и отсрочек несколько улучшат качество запаса рядового (матросского) и сержантского (старшинского) состава, но принципиально вопрос не закрыт. Кардинальное решение проблемы качественного рядового (матросского) состава запаса видится в введении нового состава запаса Резерва запаса Вооруженных Сил Российской Федерации (далее - Резерв запаса), в который зачисляются без присвоения воинского звания граждане, не прошедшие военную службу и не имеющие подготовки по военно-учетной специальности. Основной формой обучения этих граждан по военно-учетной специальности может быть вневоинсковая подготовка. Подобный механизм был достаточно отлажен в советский период истории государства, имеет место при объявлении военной подготовке к призыву на военную службу в настоящее время и предусмотрен, в частности, пунктом 1 части 4 статьи 5 Федерального закона «О государственной службе российского казачества». По результатам *вневоинсковой подготовки*, централизованным выражением которых является получение обучаемым военно-учетной специальности, граждане переводятся в запас с присвоением им воинского звания «рядовой (матрос)». При подобной схеме запас будет состоять только из граждан, имеющих военно-учетную специальность и в основном соответствовать современным требованиям.<sup>1</sup> Понятно, что для достижения указанного результата потребуются некоторые переходный период, так как определенная часть граждан, пребывающих в запасе, зачислена в него с присвоением воинского звания и военно-учетной специальности без соответствующих подготовок. Срок переходного периода возможно сократить принятием соответствующих дополнений (изменений) в нормативные правовые акты и определенной организационной работой органов военного управления, других органов исполнительной власти и органов местного самоуправления.

Исходя из предлагаемой структуры запаса к гражданам, пребывающим в нем, предъявляются различные требования. К гражданам, имеющим военно-учетную специальность, они сводятся к возрасту, состоянию здоровья и моральным качествам, закрепленным в части 4 статьи 17 Федерального закона «О мобилизационной подготовке и мобилизации в Российской Федерации»: «Призыву на военную службу

<sup>1</sup> *Завть весной 2006 года только 145 человек. См. газету «Южный Урал», официальный орган Законодательного Собрания Оренбургской области, от 5 апреля 2006 года.*

<sup>1</sup> *Вопрос о количественном соотношении граждан по видам военно-учетных специальностей находится за рамками исследования.*

бу по мобилизации не подлежат граждане, имеющие неснятую или непогашенную судимость за совершение тяжкого преступления». К гражданам, зачисленным в Резерв запаса, подобные требования по моральным качествам не предъявляются.<sup>1</sup>

Общими условиями зачисления в запас Вооруженных Сил Российской Федерации являются гражданство Российской Федерации и воинская обязанность. Под гражданством Российской Федерации и соответствии с Федеральным законом «О гражданстве Российской Федерации», понимается устойчивая правовая связь лица с Российской Федерацией, выражающаяся в совокупности их взаимных прав и обязанностей. Согласно статье 5 названного закона, гражданами Российской Федерации являются:

- а) лица, имеющие гражданство Российской Федерации на день вступления закона в силу<sup>2</sup>;
- б) лица, которые приобрели гражданство Российской Федерации в соответствии с законом.

Проблемным для комплектования запаса является наличие у российского гражданина двойного гражданства, то есть гражданства одного и более иностранных государств. По мнению О.Е. Кулафина, законодательство большинства стран не признает этот принцип, так как двойное гражданство порождает целый ряд практических проблем, ставит под сомнение прочность и неоспоримость связи, существующей между человеком и государством, а также множество других проблем правового характера.<sup>3</sup> Подобной позиции придерживается и С.А. Авакьян.<sup>4</sup> Согласно части 2 статьи 62 Конституции Российской Федерации, приобретение российским гражданином гражданства иностранного государства не затрагивает его правового статуса, не влечет за собой какого-либо изменения объема прав и свобод и одновременно не освобождает от выполнения конституционных обязанностей. Вместе с тем, иностранный гражданин, получивший в установленном законом порядке российское гражданство, формально попадает под общие правила, закрепленные в части второй Конституции Российской Федерации, и в случае постоянного проживания в России может быть зачислен в запас ее Вооруженных Сил, если

<sup>1</sup> *В настоящее время ограничение по моральному показателю (этот критерий установлен законом, но имеет много исключений) при зачислении в запас не закреплено.*

<sup>2</sup> *Федеральный закон вступил в силу 31 июля 2002 года.*

<sup>3</sup> *Постатейный комментарий к Конституции Российской Федерации коллектива ученых-правоведов под редакцией академика О.Е. Кулфидина: ЗАО «Видеотекст» «Российской газете», 2003. С. 164.*

<sup>4</sup> *См., напр.: Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. - РЮИД. «Сатико», 2000. С. 48.*

это не противоречит международному договору. Сопоставление статей 34 и 35 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе», статьи 17 Федерального закона «О мобилизационной подготовке и мобилизации в Российской Федерации» и статей 1 и 6 Федерального закона «О системе государственной службы Российской Федерации» выявляет правовой пробел: поступление граждан на военную службу по мобилизации осуществляется по призыву, а не по контракту, как предусмотрено в мирное время, в том числе и для иностранных граждан. Военная служба и в военное время является разновидностью государственной службы Российской Федерации», на которую граждане, имеющие двойное гражданство, не принимаются, если это не оговорено международным договором. Восполнить правовой пробел возможно принятием закона о внесении дополнений и изменений в статью 1 названного закона.

Сохранение государственного суверенитета и целостности Российской Федерации достигается различными средствами, закрепленными в части 1 статьи 1 Федерального закона «Об обороне», в том числе установлением конституционной обязанности граждан по защите Отечества. Конституцией Российской Федерации в части 1 статьи 59 закреплено: «Защита Отечества является долгом и обязанностью гражданина Российской Федерации». Граждане могут исполнять свою обязанность по защите Отечества путем предоставления материальных средств, необходимых для организации обороны страны (уплата общих и специальных налогов, автотранспортная, гужевая, судовая, квартирная повинности), работая на строительстве оборонных сооружений, на оборонных предприятиях и так далее.<sup>1</sup> Однако основной формой защиты Отечества является воинская обязанность граждан, одним из видов исполнения которой является пребывание граждан в запасе.

Правовую основу исполнения воинской обязанности граждан в форме пребывания в запасе составляют Конституция Российской Федерации, федеральные законы, иные нормативные акты, которые содержат правовые нормы, устанавливающие сущность и порядок комплектования запаса Вооруженных Сил Российской Федерации гражданами, их правовой статус и определяющие порядок пребывания граждан в запасе. Поэтому вполне корректно сгруппировать эти правовые нормы в подотрасль правового института «Воинская обя-

занность», поскольку общественные отношения, складывающиеся в процессе постановки граждан на воинский учет, зачисления их в запас, определения его состава, прохождения военной подготовки, присвоения первого и очередных воинских званий, прохождения медицинского освидетельствования, приписки граждан к воинским частям (предназначения в специальные формирования), как и военная служба,<sup>1</sup> всесторонне регламентируются федеральными законами и иными нормативными правовыми актами. Вместе с тем, воинская обязанность граждан является обязательным условием их зачисления в запас и призыва по мобилизации, но не требованием, предъявляемым к конкретному гражданину.<sup>2</sup>

С учетом исторического опыта и современных реалий к гражданам, пребывающим в запасе, предъявляется ряд требований. Эти требования производны от роли и места запаса в системе обороноспособности и безопасности страны и принятых в настоящее время Военной доктрины и Концепции национальной безопасности государства. К ним относятся: военная обученность, которая находит свое концептуально выраженное в наличии военно-учетной специальности; наличие воинского звания запаса; определенные возрастные рамки; годность по состоянию здоровья к военной службе в военное время; морально-психологические требования; состояние на воинском учете.

В настоящее время законодательством предусмотрены два основных механизма получения гражданами военно-учетной специальности в мирное время: через военную службу и военные сборы.<sup>3</sup>

Предложенное в исследовании выделение института пребывания граждан в Резерве запаса должно в перспективе уменьшить призыв на военные сборы граждан, не имеющих военно-учетной специальности и воинского звания запаса. Для перевода в запас такие граждане должны, как нам представляется, получить военно-учетную специальность солдата (матроса) в период пребывания в Резерве запаса в форме вневойсковой подготовки, предусмотренной, в частности, для членов казачьих обществ Федеральным законом от 5 декабря 2005 года №154-ФЗ «О государственной службе российского казачества». Положением также предусмотрено, что кроме учебных и провероч-

<sup>1</sup> См., напр.: Военная администрация. Учебник. Под ред. Г.Н. Кошуба. - М., 1980. С. 237.

<sup>2</sup> См., напр.: Луцев А.Е. Воинская обязанность по советскому праву. Труды ВЮА, вып. 8. - М., 1948. С. 61.

<sup>3</sup> Призыв на военные сборы и прохождения военных сборов в период пребывания в запасе является самостоятельной формой исполнения гражданами воинской обязанности.

<sup>1</sup> См., напр.: Стрекозов В.Г. Защита Отечества - конституционная обязанность граждан СССР. Дисс. ... канд. юрид. наук. - М., 1973. С. 78.

ных сборов могут проводиться тренировочные занятия по подготовке граждан по военно-учетным специальностям. По результатам вневоинсковой подготовки и тренировочных занятий гражданам военными комиссарами присваиваются воинские звания «рядовой» («матрос») запаса и они переводятся в запас, о чем делается соответствующая запись в документах.

Тесно связанным с переводом граждан в запас, пребывающих в запасе, имеет военно-учетную специальность является переводимые в запасе воинское звание запаса. По действующим административно-правовым нормам, закрепленным в статье 52 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» гражданину, не прошедшему военную службу в связи с освобождением от призыва на военную службу или представлением ему отсрочки, одновременно с зачислением в запас военным комиссаром либо должностным лицом иного органа, осуществляющего воинский учет, присваивается воинское звание рядового или матроса.

Признак наличия воинского звания для граждан, пребывающих в запасе, представляется принципиальным по следующим соображениям.

В доктринальной России, по мнению А.М. Добровольского, под понятие «военнослужащие» не подпадают прежде всего лица, «обязанные воинской повинностью, но числящиеся в запасе или ополчении»<sup>1</sup>. А.В. Кудашкин отмечает, что военнообязанные никакой военной службы как специфической деятельности не осуществляли. Связь их с военным ведомством состояла лишь в том, что они состояли у него на учете<sup>2</sup>.

Подобный подход в дальнейшем был сохранен советской и российской административно-правовой наукой и, как следствие, закреплялся в законодательстве: военнообязанные, а ныне граждане, пребывающие в запасе, имеют воинские звания, но не являются военными служащими. Отличие воинских званий закреплено в части 4 статьи 46 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе»: к воинскому званию гражданина, пребывающего в запасе, добавляется слово «запаса».

Назначение воинских званий, по мнению А.В. Кудашкина, состоит в том, чтобы обеспечить ясность и стройность во взаимоотношениях между военнослужащими. Система воинских званий позво-

ляет отчетливо выразить военную и специальную квалификацию, служебный стаж и заслуги, служебное положение и авторитет каждого военнослужащего от рядового до маршала<sup>1</sup>. Д.Н. Вахрам под этим понимает «служебную карьеру», то есть прохождение динамичную служебную ступень лица, занимающего государственную должность, процесс пребывания в должности.<sup>2</sup>

Сердцевинной взаимоотношений между военнослужащими по их воинским званиям являются отношения старшинства и подчиненности. Согласно пунктам 3 и 4 статьи 20 Положения о порядке прохождения военной службы, старшинство воинских званий определяется последовательностью их перечисления в статье 46 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» от воинского звания «рядовой» («матрос») к более высокому и от состава «солдаты, матросы, сержанты и старшины» к более высоким.

Воинское звание по запасу для граждан, пребывающих в запасе, подобной роли не играет, за исключением соблюдения правил отдания воинской чести младшего старшему при ношении военной формы одежды, предусмотренных Строевым уставом Вооруженных Сил Российской Федерации<sup>3</sup> и привлечения прапорщиков, мичманов и офицеров в случае нарушения ими воинской дисциплины, общественного порядка или совершения проступков, порочащих воинскую честь и воинское звание, при ношении военной формы одежды к дисциплинарной ответственности в соответствии со статьей 79 Дисциплинарного устава Вооруженных Сил Российской Федерации, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 14 декабря 1993 года №2140 (с изменениями от 30 июня 2002 года).<sup>4</sup> Кроме того, рост в воинском звании запаса свидетельствует о росте профессионального уровня. Однако наличие правовой нормы, согласно которой гражданам, не прошедшим военную службу, при зачислении в запас присваивается воинское звание «рядовой» («матрос») представляется юридически необоснованным. Подобное состояние связано, на наш взгляд, с исторической традицией прохождения военной службы в форме действительной военной службы и службы в запасе. Но правовая природа пребывания граждан в запасе иная. Представляется, что

<sup>1</sup> Добровольский А.М. Военно-административные законы. Военная служба. Конспект лекций. - СПб, 1905. С. 9.

<sup>2</sup> Кудашкин А.В. Указ. соч. С. 128.

<sup>1</sup> Кудашкин А.В. Указ. соч. С. 48.

<sup>2</sup> Вахрам Д.Н. Государственная служба в Российской Федерации. Учебное пособие. - Екатеринбург, 1995. С. 135.

<sup>3</sup> Новичков военной формы одежды гражданами, пребывающими в запасе, связано с проводимой военной службой гражданами.

<sup>4</sup> СЗ РФ. 1993. №36. Ст. 3233.

механизм присвоения воинского звания «рядовой» («матрос») с зачислением граждан в запас не соответствует современным реалиям.

Критерием присвоения первичного воинского звания «рядовой запаса» («матрос запаса») может быть наличие у гражданина, зачисляемого в запас, военно-учетной специальности, подученной и зафиксированной в соответствии с административно-правовыми процедурами.

Однако из этого правила есть два изъятия.

Во-первых, согласно пункту 2 статьи 24 Положения о порядке прохождения военной службы, Министр обороны Российской Федерации может присвоить воинское звание офицера гражданам, пребывающим в запасе и не имеющим этого звания при успешной сдаче установленных зачетов.

Во-вторых, согласно пункту 2 этой же статьи, в период пребывания в запасе во время службы в правоохранительных органах или при увольнении из правоохранительной службы сотрудником органов внутренних дел Российской Федерации, Государственной противопожарной службы Министерства Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации их последствий, учреждений и организаций уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Российской Федерации и органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ воинское звание по запасу может быть присвоено Министром обороны Российской Федерации с учетом имеющихся у них специальных званий в порядке аттестации по представлению должностных лиц указанных органов и учреждений.

Законодательством в качестве важного требования к гражданам, зачисляемым в запас и пребывающим в нем, закреплен возраст. Согласно статье 28 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе», установлен минимальный возраст зачисления гражданина в запас. Призывная комиссия по достижении гражданином возраста 18 лет может при определенных условиях принять решение о зачислении гражданина в запас. Предельный возраст пребывания граждан в запасе закон связывает с составами запаса (воинскими званиями). Для солдат, матросов, сержантов, старшин, прапорщиков и мичманов он составляет до 50 лет, для младших офицеров - до 55 лет, для старших офицеров - до 60 лет, для вышших офицеров - до 65 лет, для граждан женского пола, пребывающих в запасе, - 45 и 50 лет.

Подобный подход закреплен в законодательстве других государств, в которых установлена воинская обязанность (повинность).

Так, согласно закону Республики Казахстан от 8 июля 2005 года №74-ШЗРК «О воинской обязанности и военной службе», предельный срок пребывания граждан в запасе составляет для состава солдат (матросов), сержантов (старшин) до 45 лет включительно, для офицерского состава - до 55 лет включительно, для военнообязанных женщин - до 45 лет. В военное время Президентом Республики Казахстан предельный возраст пребывания в запасе может быть повышен.

Во Франции военнообязанными являются лица мужского пола в возрасте от 18 до 50 лет<sup>1</sup>.

Тесно связано с требованием к возрасту граждан, пребывающих в запасе, требование годности по состоянию здоровья или физической годности к военной службе в военное время<sup>2</sup>. Об этом писал А. Редигер: «...Необходимо, чтобы развитие организма было закончено, так как в противном случае он не будет в состоянии вынести трудов и лишений военной службы»<sup>3</sup>. То есть, по его мнению, возраст и состояние здоровья относятся к компетенции медицинской науки. А.М. Добровольский указывал, что «путем научных исследований и наблюдений, большинство врачей пришло к наслопящему времени к убеждению, что нормальным возрастом... (для начала военной службы)... должен считаться возраст от 22 до 25 лет»<sup>4</sup>. По мнению советских, а затем и российских медиков организму становится трудно справиться с нагрузками военной службы к 50-55 годам, поэтому срок военной службы в мирное время для основной массы военнослужащих, проходящих ее по контракту, ограничен 45-50 годами, а пребывание в запасе - до 55-60 лет.

В качестве обязательного условия требования к годности по состоянию здоровья нести военную службу в мирное и военное время содержится в законодательстве всех без исключения государств<sup>5</sup>.

Указанное требование имеет цель призывать на военную службу в военное время здоровых и боеспособных людей. «Недопущение к выполнению воинской повинности лиц, физически не способных к военной службе, ... вполне соответствует как интересам государства, так и армии»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Зорченко В.Г. Военно-политическая характеристика основных стран Западной Европы. - СПб, 1993. С. 87.

<sup>2</sup> Кудашкин А.В. Указ. соч. С. 91.

<sup>3</sup> Редигер А. Компетентность и устройство вооруженной силы. - СПб, 1892. С. 127.

<sup>4</sup> Добровольский А.М. Воинская повинность. - СПб, 1912. С. 76-77.

<sup>5</sup> Кудашкин А.В. Указ. соч. С. 93.

<sup>6</sup> Добровольский А.М. Указ. соч. С. 78-79.

Требование по состоянию здоровья к лицам, призываемым на военную службу, зависит как от состояния здоровья населения, так и от той внешнеполитической ситуации, которая складывалась на разных этапах исторического развития государства<sup>1</sup>. Так, с началом Великой Отечественной войны ввиду острой нужды в пополнении армии единственным основанием для освобождения от военной службы был являлось решение призывной комиссии о безусловной негодности гражданина к военной службе по состоянию здоровья или физическим недостаткам<sup>2</sup>.

Граждане, пребывающие в запасе, должны соответствовать определенным морально-психологическим качествам, чтобы в военное время защищали Отечество лица, которых можно доверить оружие, готовы сознательно исполнять свою конституционную обязанность. А. М. Добровольский считал нравственное достоинство, то есть неопороченность военнообязанного актом публичной власти, одним из существенных условий возникновения обязанности выполнения воинской повинности<sup>3</sup>. В дореволюционный период в соответствии со статьей 13 Устава о воинской повинности 1874 года<sup>4</sup> не допускались к службе для призыва и, соответственно, не попадали в запас лица, лишённые всех прав состояния. В первые годы советского этапа запаса на военную службу не допускались и в запас не попадали граждане по классовому признаку (неудовольные элементы), по решению суда лишённые политических прав, высланные и сосланные в административном порядке. В последующих законах о воинской обязанности эти ограничения были сняты. В соответствии с частью 4 статьи 17 Федерального закона «О мобилизационной подготовке и мобилизации в Российской Федерации», призыву на военную службу по мобилизации не подлежат граждане, имеющие неснятую или непогашенную судимость за совершение тяжкого преступления. По нашему мнению, их необходимо до снятия (погашения) судимости переводить в Резерв запаса.

В соответствии с изложенным под *гражданином, пребывающим в запасе Вооружённых Сил Российской Федерации, следует понимать физическое лицо в возрасте от 18 до 65 лет, имеющее гражданство*

1 Королюков Н.Н. *Приводные основы строительства кадровый Советской Армии в предвоенные годы*. Дисс. ... канд. юрид. наук. - М., 1956. С. 200.

2 Емельян А.С. *Комлектование Красной Армии рядовым и сержантским составом в годы Великой Отечественной войны (Историко-правовое исследование)*. Дисс. ... канд. юрид. наук. - М., 1977. С. 113-114.

3 Добровольский А.М. *Указ. соч.* С. 84.

4 СЗ РИ. Т. 4. Кн. 1. С. 9.

*Российской Федерации, военно-учётную специальность и воинское звание запаса, годное к военной службе в период мобилизации, в период военного положения и в военное время и состоящее на воинском учёте.*

*Под гражданином, пребывающим в Резерве запаса Вооружённых Сил Российской Федерации, следует понимать физическое лицо в возрасте от 18 до 65 лет, имеющее гражданство Российской Федерации, годное по состоянию здоровья к переводу в запас или к выполнению обязанностей по защите Отечества в иных, чем военная служба, формах.*

Граждан, пребывающих в запасе, возможно классифицировать по различным основаниям. В качестве основных критериев выделяются:

- а) по уровню военной подготовленности;
- б) по составу;
- в) по возрасту;
- г) по предназначению;
- д) по состоянию здоровья;
- е) по полу;
- ж) по способу зачисления в запас.

По уровню военной подготовленности они подразделяются на имеющих военно-учётную специальность и не имеющих военно-учётной специальности.

По составу граждане, пребывающие в запасе, подразделяются: на не имеющих воинское звание запаса и имеющих воинское звание запаса.

По возрасту, который определяет последовательность возрастов призыва по мобилизации<sup>1</sup> и другие факторы, граждане, пребывающие в запасе, делятся на ряды.

По предназначению, предусмотренному статьёй 20 Федерального закона «О мобилизационной подготовке и мобилизации в Российской Федерации» граждане, пребывающие в запасе, делятся на следующие категории: гражданские и воинские части (предназначенным в специальные формирования) для прохождения военной службы в военное время на воинских должностях или для работы на должностях гражданского персонала, предусмотренных штатами военного времени, и на тех, кто не приписан к воинским частям (не предназначенным в специальные формирования).

1 Заго М. и Савади А. *Указ. соч.* С. 42.

Отдельные классификации из перечисленных могут быть углублены. Так, по уровню военной обученности выделяются граждане, прошедшие военную службу, и граждане, получившие военно-учетную специальность иным способом.

По критерию пола запас делится на граждан мужского пола и на граждан женского пола.

По способу зачисления в запас граждане подразделяются на тех, кто зачислен в обязательном порядке, предусмотренном статьей 52 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» и на тех, кто зачислен в запас добровольно. Механизм добровольного зачисления в запас законодательством не предусмотрен, в отличие от добровольного поступления на военную службу. Представляется подобный механизм предусмотреть для двух категорий граждан: постоянно проживающих за пределами Российской Федерации (статья 8 названного закона) и граждан, прошедших альтернативную гражданскую службу вместо военной.

Таким образом, административно-правовое закрепление требований к гражданам Российской Федерации, пребывающим в запасе Вооруженных Сил, является важным элементом обороноспособности страны, а их совершенствование - одной из актуальных задач науки административного права.

## ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ ФОРМИРОВАНИЯ ПРАВОСОЗНАНИЯ ЮРИСТОВ

*Курлаева Е. И. - ст. преподаватель кафедры теории государства и права, к. ю. н.*

Среди всего многообразия проблем современного юридического образования в России (финансовых, административных, организационных и др.), на наш взгляд, одно из главных мест занимает проблема основных направлений подготовки юридических кадров. В основе юридического образования должна лежать модель юриста, ориентированная на потребности общественного развития. Основные направления подготовки юридических кадров определяются, главным образом, специализированной структурой профессионально-юридической группы. В то время как содержание этой подготовки ориентировано на структуру профессионального правового сознания.

Формирование высокого уровня правосознания должно стать центральной идеей всего юридического образования, поскольку от качественного решения данной задачи напрямую зависит профессиональный уровень выпускника: его компетентность, практическая готовность к будущей профессии, устойчивость к профессиональной деформации и многое другое. Юрист, обладая развитым правовым сознанием, способен стать активным носителем правовой культуры, идей демократии и справедливости, а следовательно, успешно участвовать в решении проблем укрепления законности, повышения правовой культуры и правосознания граждан. Это тем более важно, поскольку в последнее время намечилась тенденция девальвации профессии юриста.

Следует исходить из того, что профессиональное сознание юристов отливается от всех других видов не входящими в него элементами, а их качественной характеристикой. Вместе с тем, вопрос о структуре правового сознания в литературе не является однозначно решенным. Долгое время господствовала так называемая «статистическая» модель правового сознания, в соответствии с которой выделялось два элемента: правовая идеология и правовая психология. В соответствии с «информационной» моделью правового сознания в структуре правосознания законодателя стали выделять три составляющие: познавательную, оценочную и волевую<sup>1</sup>. В дальнейшем эта структура была распространена на правосознание в целом<sup>2</sup> и получила в юридической литературе довольно широкое признание. Однако указанные подходы к выделению структурных элементов правового сознания не позволяют учесть, во-первых, уровни психологической структуры личности (она выстраивается по одним и тем же законам у всех людей, отличным будет лишь ее наполнение), а во-вторых - мотивационную деятельность. В этом русле социологами была предпринята попытка структурировать правовое сознание, исходя из сформулированного А. Н. Выготским принципа единства сознания и деятельности<sup>3</sup>. Помимо информационного, эмоционального и волевого компонентов, которые в совокупности составляют направленность профессионального сознания юриста, учеными предложено выделять также сферу

1 См., напр.: Навиц А. Правотворчество. Теория и законодательная техника: Перевод с румынского. Под ред. Д.Д. Керимова, А.В. Мицкевича. - М.: Прогресс, 1974. С. 82-93.

2 Ритинев А.Р. Структура правосознания и некоторые методы его исследования. // Методология и методы социальной психологии. - М., 1977. С. 209-210.

3 Леванский В.А. Моделирование в социально-правовых исследованиях. - М.: «Нарка», 1986. С. 114.

практического опыта и сфере профессиональной мотивации. В результате выделены следующие три блока правосознания:

- 1) направленность, состоящая из эмоционально-образного, логико-нормативного, принципиально-волевого блоков;
- 2) опыт социально-правовой активности;
- 3) мотивация поведения в сфере права, подразделяющаяся на мотивацию позитивную и негативную<sup>1</sup>.

В свою очередь, эмоционально-образный блок характеризует отношение к действующим законам и образы права, логико-нормативный свидетельствует о знании правовых норм и о поведенческой готовности, и, наконец, принципиально-волевой компонент правосознания является показателем степени усвоения принципов права и степени решимости реализовать эти принципы в жизни<sup>2</sup>.

Такой подход к выделению элементов структуры правового сознания позволяет максимально отразить особенности именно профессионального сознания, отграничить его от правосознания других профессиональных групп и точнее определить специфику его функционирования. Учитывая это, именно указанные структурные элементы правового сознания определяют основные направления формирования профессионального сознания юристов.

Логико-нормативный блок правового сознания характеризует правовую информированность, знание и понимание права, широту кругозора и так называемое вербальное поведение (поведенческую готовность). Знания о праве у студента при получении юридического образования поступают из самых различных источников, поскольку личность не изолируется от окружающего мира. Любая информация проходит через сознание студента. При этом огромное значение имеют культурный уровень, условия жизни, личная и гражданская позиция, общая ситуация по защите прав человека в окружении конкретного индивида и т. д.

Среди исследователей правового сознания нет единства относительно того, что следует включать в категорию «правовые знания». И. А. Ильин в свое время обращал внимание на необходимость знания политического права, «законов своей страны»<sup>3</sup>. А. А. Бондарев, исследуя правосознание государственных и муниципальных служащих, предлагает в качестве критерия достаточного уровня правосознания с точки зрения знания законодательства умение изобрать правомерные ва-

1 Левицкий В. А. Моделирование в социально-правовых исследованиях. - М.: «Наука», 1986. С. 121.

2 Там же. С. 120.

3 Ильин И. А. О сущности правосознания. - М.: ТОО «Рароз», 1993. С. 97.

рианты собственных поступков. В свою очередь, условием правильного применения норм права является достаточный объем, глубина и формализованный характер правовых знаний<sup>1</sup>. Судя по всему, такие знания не будут выходить за рамки действующего законодательства. Некоторые ученые предлагают выделять следующие две составляющие правосознания:

- 1) знание действующего законодательства;
- 2) осведомленность о праве как социально-культурном явлении<sup>2</sup>.

В. С. Афанасьев дает более развернутую характеристику правовых знаний:

- 1) четкое знание и понимание понятий и терминов, без чего невозможно усвоение и анализ правовых норм;
- 2) глубокое знание правовых принципов, что позволяет давать общую оценку законности определенного поведения;
- 3) знание структуры законодательства, что позволяет находить правовые нормы;
- 4) знания в сфере юридических наук, позволяющие осуществлять анализ, толкование и применение норм права;
- 5) четкое знание социальной роли права, необходимости неукоснительного соблюдения его требований и предписаний<sup>3</sup>.

Н. Я. Соколов, анализируя познавательную функцию правосознания (показателем которой является состояние логико-нормативного блока), отмечает следующие характеристики: объем правовой информированности, глубина юридических знаний, уровень юридического мышления, то есть понимание требований законодателя и сути правовых явлений и процессов, умение анализировать, сопоставлять их с требованиями законодателя и делать на основе этого правильные выводы<sup>4</sup>. А. Н. Бражникова также обращает внимание на недостаточность формальной системы знаний. Основной задачей должно быть не простое запоминание информации, а развитие юридического мышления<sup>5</sup>. Все это означает, что обучение и воспитание не следует подменять процессом информирования.

1 Бондарев А. А. Профессиональное правосознание государственных и муниципальных служащих. Дисс. ... канд. юрид. наук. - М., 2000. С. 144.

2 Баранов П. П. Профессиональное правосознание работников органов внутренних дел. Учебное пособие: (Теорет. пробл.). - М.: ВЮЗИ, 1991. С. 232.

3 Афанасьев В. С. Особенности социалистической законности: вопросы теории и практики (по материалам ОВД). Дисс. ... докт. юрид. наук. - М., 1987. С. 141.

4 Соколов Н. Я. Указ. соч. С. 169.

5 Бражникова А. Н. Развитие профессионально значимых качеств юриста. Дисс. ... канд. психол. наук. - Ставрополь, 2000. С. 35.

Сказанное позволяет нам формулировать следующие выводы. Формирование логико-нормативного блока должно включать следующие направления:

- 1) формирование знаний действующего законодательства (здесь мы имеем в виду знание конкретных положений законодательства);
- 2) формирование адекватного типа правопонимания (сюда можно включить такие компоненты, как понимание социальной природы права, его принципов и т. д.).

При этом все указанные разновидности знания должны быть сопряжены с пониманием, а не с механическим запоминанием.

В соответствии с ч. 8 ст. 16 Федерального закона от 22.08.1996 года №125-ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании»<sup>1</sup>, (в ред. от 21.04.2005 года, далее - Закон о высшем образовании), овладение знаниями является обязанностью студента. Учебное заведение, в свою очередь, должно создать обучающимся необходимые условия для получения качественного образования (ч. 8 ст. 11 Закона о высшем образовании). И наконец, обязанность обеспечивать высокую эффективность педагогического и научного процесса законодатель возложил на преподавателя (п. 1 ч. 5 ст. 20 Закона о высшем образовании). Последний в такой ситуации организует педагогическую составляющую образовательного процесса, пользуясь полной академической свободой. Предполагается, что реализация преподавателем этих возможностей (свобод) позволит обеспечить качество образовательного процесса. Однако в данном случае необходимо помнить, что при отсутствии разработанной технологии обучения и образования в целом качество последнего напрямую зависит только от мастерства педагога.

Мы считаем необходимой активизацию работы по составлению методических рекомендаций по всем вопросам учебного процесса. Причем для решения этой задачи не нужны дополнительные государственные структуры, достаточно лишь на конкурсной основе привлечь самую вузовскую общестественность, систематически обобщать опыт преподавания ведущих юридических вузов страны и т. д.

На наш взгляд, при формировании правовых знаний у студентов с юридической точки зрения значение имеют следующие аспекты этого процесса:

- 1) содержание образования в целом и учебных дисциплин в частности;

<sup>1</sup> *Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. №35. Ст. 4135.*

- 2) доступность правовой информации, в том числе свободный доступ к информационным ресурсам и правовым базам;
- 3) формы контроля за процессом усвоения знаний и использование максимального эффективных критериев оценки знаний.

Необходимым условием усвоения знаний конкретных норм позитивного права является формирование у студентов прочного понятия аппарата. Если для науки дефиниции не предусматривают большого значения, то для целей юридического образования они играют ведущую роль, поскольку позволяют обеспечить развитие юридического мышления<sup>1</sup>.

Формирование у студентов надлежащего типа правопонимания служит основой не только профессионализма, но и гарантий минимизации профессиональной деформации личности юриста в будущем. При этом мы полностью разделяем позицию С. С. Алексеева, считая, что «право может рассматриваться под углом зрения двух взаимосвязанных, но все же различных срезов социальной действительности»<sup>2</sup>, нормативного и философского, в то же время «... не решительно никаких оснований для противопоставления двух указанных срезов»<sup>3</sup>. Подобную позицию поддерживают в настоящее время и другие видные ученые<sup>4</sup>.

При наличии достаточно прогрессивного законодательства не возникнет жесткого противопоставления естественного и позитивного права. Однако в ситуации, когда индивид не согласен со сложившейся в стране системой позитивного права, вполне возможно необходимо преувеличение роли так называемого естественного права<sup>5</sup>. Только грамотно построенный образовательный процесс позволит избежать «качучкового» понимания права.

Для решения рассматриваемой задачи необходимо максимально последовательно изложить в образовательном стандарте содержание учебных дисциплин, а не довольствоваться абстрактными фразами.

<sup>1</sup> Фарбер И. Е. *Очерки вузовской педагогики*. - М., 1984. С. 115.

<sup>2</sup> Алексеев С. С. *Право: азбука - философия. Опыт комплексного исследования*. - М.: «Статут», 1999. С. 310.

<sup>3</sup> Там же. С. 311.

<sup>4</sup> Мартышин О. В. *Основные проблемы теории государства и права и истории политических учений. // Труды Московской государственной юридической академии. 2001. №7. С. 21-22.*

<sup>5</sup> В связи с этим следует полностью согласиться с О. Э. Лейстом, который считает неразрывным «связь недоверия и неприятия к закону в стране, где законы и подзаконные нормативные акты являются основной формой (источником) права». Подробнее см.: Лейст О. Э. *Сущность права. Проблемы теории и философии права*. - М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 261.



При отсутствии же четких формулировок минимума содержания обцееоретических дисциплин учебная литература имеет в большинстве случаев низкое качество, перегружена проблемными вопросами. Государственным образовательным стандартом высшего профессионального образования по специальности «Юриспруденция»<sup>1</sup> (далее - образовательный стандарт, ГОС ВПО) не регулируется вопрос о том, какими учебниками должна быть укомплектована библиотека вуза. Целесообразно было бы ввести требование об обязательном наличии в библиотеке специальной литературы, рекомендованной Учебно-методическим объединением университетов РФ («трифом» УМО).

Эмоционально-образный блок профессионального сознания юристов характеризует отношение индивида к праву, создание образов права. Изучение вопросов объективной ценности права должно быть одним из приоритетных направлений в процессе подготовки юридических кадров. В литературе ценность права признана в настоящее время категорией достаточно разработанной<sup>2</sup>. Однако само по себе это не способствует формированию у студентов должного отношения к праву.

Модель идеального (с точки зрения отношения к праву) юриста закреплена в образовательном стандарте в квалификационной характеристике выпускника и содержит требование глубокого уважения юриста к закону и бережного отношения к социальным ценностям правового государства. В то же время способов и средств достижения данного требования стандарт не предлагает. Более того, обязательный минимум содержания образовательной программы также не содержит указания на необходимость изучения вопросов о ценности права. Анализ учебной литературы по теории государства и права позволяет сделать вывод, что ценность права либо вообще не рассматривается, либо занимает второстепенное положение. В учебных программах зачастую также отсутствует формулировка самостоятельного вопроса о ценности права. Вместе с тем, в соответствии с действующим законодательством все вопросы нравственного, духовного воспитания в рамках вуза перекладываются на плечи научно-педагогических кадров. Часть 5 ст. 20 Закона о высшем образовании возлагает на преподавателей обязанность обеспечивать высокоую эффективность педагогического процесса, формировать у обучающихся профессионально важные качества по избранному направлению подготовки. При отсутствии в большинстве случаев специализиро-

ванной подготовки, должной методической помощи преподаватель вуза просто не в состоянии эффективно справиться с выполнением указанных обязанностей. Более того, процитированная законодательная норма не подтверждена механизмом реализации, мерами ответственности. Кроме того, возложение такой максимальной общей обязанности не согласуется с предоставляемыми академическими свободами. Согласно п. 5 ч. 4 ст. 20 Закона о высшем образовании, научно-педагогические работники имеют право, в частности, выбирать методы и средства лишь в части обучения, но не воспитания или образования в целом (что было бы логичнее, учитывая легальную дефиницию термина «образование»). Думается, что это упущение законодателя вызвано низким уровнем законодательной техники цитируемого нормативного акта. Закрепляя легальное понятие образования в преамбуле Закона об образовании как единство воспитания и обучения, он впоследствии как бы забывает об этом, акцентируя внимание лишь на вопросах обучения.

При формировании рассматриваемого блока профессиональной направленности следует исходить из того, что в основе уважения людей к праву лежит понимание принципов права. Одной из основных трудностей в решении поставленной задачи является контроль за сформированностью требуемых качеств выпускника. Социальные и психологические результаты обучения и воспитания трудно обнаружить, не говоря уже о том, чтобы их измерить<sup>1</sup>. Более того, диагностика нравственных, социальных качеств у будущего юриста в некоторых случаях может справедливо расцениваться последним как посягательство на свободу взглядов, вмешательство во внутренний мир<sup>2</sup>. Однако это не освобождает вуз от необходимости качественно-го решения вопросов воспитания студентов в духе глубокого уважения к закону.

Принципиально-волевой блок правосознания характеризует степень усвоения, резюльгят оценки индивидом правовой информации. Вместе с тем, научные исследования позволяют утверждать, что поведение человека не является безусловным продолжением чувств и оценок человека. В целом рассматриваемый элемент профессионального сознания характеризует такие качества юриста, как активность, степень усвоения принципов права, глубокая убежденность в справедливости его предписаний, готовность решительно и целеустрем-

<sup>1</sup> Утвержден Министерством образования Российской Федерации 14.03.2000 года.

<sup>2</sup> Морозова Л.А. Теория государства и права: Учебник. - М.: «Юристъ», 2002. С. 201.

<sup>1</sup> Педагогика. Учеб. пособие для студентов педагогических вузов и педагогических колледжей. / Под ред. П.И. Пидкасистого. - М.: Педагогическое общество России, 2001. С. 355.

<sup>2</sup> Там же.

ленно воплощать требования закона в жизнь<sup>1</sup>. Квалификационная характеристика выпускника основана на аналогичном подходе и содержит следующие качества, которыми должен обладать юрист: высокая общественная активность, чувство долга, ответственность за судьбы людей и порученное дело, принципиальность и независимость в обеспечении прав, свобод и законных интересов личности, ее охраны и социальной защиты, воля и настойчивость в исполнении принятых правовых решений, нетерпимость к любому нарушению закона в собственной профессиональной деятельности.

Главным условием формирования волевых качеств личности является систематическое накопление опыта волевых действий. Вопрос в том, что в процессе получения юридического образования студенты лишены подобной возможности. Даже применение так называемых «активных методов» не позволяет в полном объеме обеспечить развитие у студентов принципиальности в вопросах отстаивания права. При прохождении практики, как ознакомительной, так и производственной, студенты выступают в роли пассивных исполнителей, поскольку на них не возложено никаких обязанностей по той или иной служебной должности, они не участвуют в принятии решений.

Профессиональные умения и навыки как структурный элемент профессионального сознания юристов характеризуют опыт правовой активности. В рамках настоящего исследования чрезвычайно важно определить тот минимальный набор навыков, который будет достаточным для выпускника юридического вуза, обеспечит ему в будущем эффективное осуществление профессиональной деятельности и будет свидетельством развитого профессионального сознания.

Набор профессиональных навыков юриста, с одной стороны, характеризует профессиональную пригодность выпускника вуза, с другой - является показателем развития его профессионального сознания, опыта социально-правовой активности юриста. Ориентиром при определении набора профессиональных навыков и умений, которыми должен овладеть студент в процессе юридического образования, является сама юридическая практика и потребности развития общества. В то же время построенная модель должна в некотором роде содержать основу для дальнейшего развития и совершенствования юридической профессии. Все требования, предъявляемые к юристам, исторически обусловлены и в каждой стране имеют специальную окраску. Это положение тем более важно, что предпринимается попытка

заимствования опыта других стран в вопросе подготовки юридических кадров без учета исторических, экономических и иных особенностей современного Российского государства.

Действующий в настоящее время образовательный стандарт в квалификационной характеристике выпускника (п. 1.3) определяет то, что юрист должен уметь. Перечень из семи пунктов содержит указания на следующие умения:

- толковать и применять законы и другие нормативные акты;
  - обеспечивать соблюдение законодательства в деятельности государственных органов, физических и юридических лиц;
  - юридически правильно квалифицировать факты и обстоятельства;
  - разрабатывать документы правового характера, осуществлять правовую экспертизу нормативных актов, давать квалифицированные юридические заключения и консультации;
  - принимать правовые решения и совершать иные юридические действия в точном соответствии с законом;
  - вскрывать и устанавливать факты правонарушений, определять меры юридической ответственности и наказания виновных, предпринимать необходимые меры к восстановлению нарушенных прав;
  - систематически повышать свою профессиональную квалификацию, изучать законодательство и практику его применения, ориентироваться в специальной литературе.
- Кроме этого, ГОС ВПО содержит также перечень требований к профессиональной подготовленности юриста (п. 7.1), который в конечном итоге сводится к характеристике умения решать задачи, соответствующие его квалификации и квалификационным требованиям (приведенным выше). При этом указанные требования, по сути, соответствуют следующим правоприменительной деятельности:
- 1) сбор нормативной и фактической информации, имеющей значение для реализации правовых норм в соответствующих сферах профессиональной деятельности;
  - 2) анализ юридических норм и правовых отношений, являющихся объектами профессиональной деятельности;
  - 3) анализ судебной и административной практики;
  - 4) обоснование и принятие в пределах должностных обязанностей решений, а также совершение действий, связанных с реализацией правовых норм;
  - 5) составление юридических документов;

<sup>1</sup> Соколов Н.Я. *Профессиональное сознание юристов*. С. 191.

- 6) обеспечение реализации актов применения права;
- 7) обеспечение законности и правопорядка, осуществление правовой пропаганды и правового воспитания в сфере профессиональной деятельности.

Чем вызвано существование этих двух перечней, не совсем понятно. Исходя из формулировки пункта 7.1 ГОС ВПО, можно сделать вывод, что умения, характеризующие профессиональную подготовку юриста, должны быть ориентированы на квалификацию и квалификационную характеристику выпускника, куда, в том числе, входят требования к умениям юриста (п. 1.3 ГОС ВПО). При знакомстве с этими двумя перечнями (п. 1.3 и п. 7.1) видны повторы, дублирование. Другими словами, это два однопорядковых списка, которые, может, в какой-то части дополняют друг друга, но никак второй не вытекает из первого.

Основная проблема даже не в том, что понимать под термином «навык» или «умение», намного сложнее сформулировать перечень этих навыков. Здесь чрезвычайно важно следующее обстоятельство: юридическое образование независимо от специализации осуществляется лишь по одному образовательному стандарту, а следовательно, в основе последнего должна быть заложена «универсальная» характеристика юриста<sup>1</sup>.

К сожалению, следует отметить, что авторов, предлагающих перечень профессионально-юридических навыков, крайне мало, но и среди них не во всем можно согласиться. Так, например, авторы книги «Профессиональные навыки юриста. Опыт практического обучения» анализируют следующие практические навыки:

- интервьюирование;
- консультирование;
- анализ дела и выработка позиции по делу;
- допрос в суде;
- выступление в судебных прениях;
- навыки, необходимые при альтернативных способах разрешения конфликтов и использования юридической техники<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> В соответствии с п. 6.1 ГОС ВПО, специализированные вузы, такие как вузы МВД РФ, ФСБ РФ, Минобороны России, Минюста России, ФПС России, реализующие специализацию 021100 «Кристаллография», по заключению УМО имеют право изменять объем часов, отведенных на освоение общепрофессионального цикла. Это означает, что независимо от специализации и изменений учебного плана выпускники должны соответствовать единым, общим квалификационным требованиям.

<sup>2</sup> Профессиональные навыки юриста. Опыт практического обучения. / Отв. ред. Д.А. Воскобитова, Л.П. Михайлова, Е.С. Шварца. - М.: Издательство «ДЕЛО», 2001. С. 6.

Указанная работа является, пожалуй, одной из самых основательных в исследовании вопроса практического обучения в процессе юридического образования. Однако принятый авторами книги за основу перечень профессиональных навыков, по их же мнению, не является исчерпывающим и окончательным<sup>1</sup>. Другими словами, предлагаются лишь своя опробованная схема, авторы которой вовсе не претендуют на абсолютную истинность.

Анализ предложенного перечня позволяет говорить о некоторой «однобокости» сформулированной модели юридического работника. На наш взгляд, это сильно напоминает идеал юриста, характерный для англосаксонской правовой системы: адвоката, специализирующегося на работе в суде. И как следствие - преобладание своего рода технических навыков.

Мы не отрицаем важность всех предложенных профессиональных навыков, трудно представить выпускника юридического вуза, который не знает, как и в какой последовательности происходит выступление в суде, по какой схеме строится речь и т.д. Однако все это фрагменты. Образовательный стандарт должен основываться на полной и последовательной системе необходимых профессиональных навыков, отражающих интеллектуальную и техническую стороны деятельности юриста.

Анализ других источников позволяет сделать следующий общий вывод. При формулировании профессиональных навыков и умений, необходимых юристу, за основу принимается алгоритм юридически значимого поведения<sup>2</sup>. Правильность такого подхода очевидна, однако не следует прибегать к простому описанию юридической деятельности. Навыки и умения, получаемые студентом в ходе юридического образования, должны стать фундаментом, на котором в последующем он построит индивидуальный профессиональный опыт любой специализации.

Высказанные замечания свидетельствуют о необходимости корректировки содержания ГОС ВПО перечня умений. Составителями стандарта выбран в принципе верный подход к формулированию навыков юриста, основанный на описании юридической деятельности. Есть некоторые сомнения относительно верности выбранной

<sup>1</sup> Профессиональные навыки юриста. Опыт практического обучения. / Отв. ред. Д.А. Воскобитова, Л.П. Михайлова, Е.С. Шварца. - М.: Издательство «ДЕЛО», 2001. С. 6.

<sup>2</sup> См.: Жакшинский А.Э. Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность. С. 145-146; Алексеев С.С., Яковлев В.Ф. О модели юриста и обучении в юридических вузах. // Правоведение. 1976. №4. С. 75; Давель П.С., Овчинников Н.И., Резниченко И.М. Модель юриста. // Правоведение. 1976. №4. С. 83.

терминологии при изложении квалификационной характеристики выпускника. Речь идет о том, что в этой части стандарта присутствуют такие формулировки как «юрист должен уметь», «юрист должен отвечать» таким-то требованиям. На наш взгляд, нельзя предъявлять равные требования к представителям юридической профессии и выпускникам юридического вуза.

С учетом приведенных аргументов мы предлагаем сформулировать следующий перечень профессиональных умений и навыков, которыми должен овладеть студент в процессе юридического образования. Выпускник должен уметь:

- 1) анализировать действующее законодательство и вносить в него изменения;
  - 2) давать письменные и устные консультации, в том числе разъяснять нормы права и порядок их применения;
  - 3) разрабатывать документы правового характера;
  - 4) проводить правовую экспертизу нормативных и иных правовых актов с выдачей экспертного заключения;
  - 5) осуществлять установление и юридическую квалификацию фактических обстоятельств, в том числе принимать аргументированное решение по делу;
  - 6) представлять интересы физических лиц, организаций и органов власти при ведении юридических дел, в том числе публично выступать при рассмотрении дел, совершать юридически значимые действия в целях защиты прав и интересов представляемых лиц;
  - 7) анализировать практику применения законодательства;
  - 8) ориентироваться в специальной юридической литературе с целью повышения профессиональной квалификации.
- Формирование умений и навыков необходимо осуществлять по следующим направлениям:
- оптимизация учебного плана;
  - внедрение активных методов обучения в традиционные учебные занятия;
  - реформирование порядка организации и проведения практики, а также закрепления ее результатов;
  - использование методов клинического юридического образования наряду с традиционными занятиями;
  - модернизация системы промежуточной и итоговой аттестации таким образом, чтобы она позволила осуществлять контроль приобретенных студентом навыков.

На наш взгляд, только комплекс мер позволит обеспечить эффективное решение поставленной задачи.

Формирование практических навыков у будущих юристов должно быть планомерным и органично вписываться в учебный процесс. Проведение разделения между приобретенным исключительно теоретических знаний и/или только практических навыков нецелесообразно и не приведет в конечном итоге к положительному результату, то есть не позволит решить по большому счету ни одну из этих задач. Это означает, что традиционные учебные занятия также должны быть использованы для формирования тех или иных профессиональных навыков.

Наконец, еще одним направлением является сфера мотивации профессионального сознания, которая соответствует генерационной функции правосознания и имеет для профессионального поведения побудительное, направляющее и организующее значение<sup>1</sup>. Следовательно, адекватно сформированная мотивация служит одной из основных гарантий качества и эффективности профессиональной деятельности юристов в будущем. Безусловно, в некоторых случаях опыт работы, профессионализм, привычки юриста могут компенсировать отсутствие положительной мотивации, однако в целом это не умаляет роли мотивации в профессиональной деятельности юристов.

Развитие мотивационной сферы студентов-юристов остается не просто на втором плане, можно смело утверждать, что об этом мало кто вообще задумывается. Как совершенно справедливо отмечают ученые, «без уяснения мотивов невозможно оценить прочность, стабильность правомерного поведения»<sup>2</sup>. Совершенно очевидна непосредственная взаимосвязь между случаями профессиональной деформации у юристов (и это только часть проблемы) и отсутствием устойчивых представлений о значении и роли профессии юриста в современном мире, и, как следствие, - существование недостаточно устойчивой мотивации профессиональной деятельности. Отсюда неизбежно следует, как уже было показано выше, отсутствие четких ориентиров при принятии решений, совершении тех или иных действий в рамках профессиональной деятельности, особенно при наличии пробелов в законодательстве.

Говорить о формировании мотивации можно лишь при условии четкого представления о содержании, вкладываемом в данное понятие. Авторы принятой нами за основу структуры правового сознания

<sup>1</sup> Соколов Н.Я. Указ. соч. С. 197.

<sup>2</sup> Оксакмилтши В.В. Правомерное поведение личности. - Киев: Наукова думка. 1985. С. 87.

выделяли две группы (уровня) мотивации: позитивную мотивацию соблюдения законов и проявления социально-правовой активности и негативную мотивацию<sup>1</sup>. При этом к первой группе относятся:

- 1) мотивы соблюдения законов вследствие признания их полезности;
- 2) мотивы неукоснительного соблюдения законов независимо от степени их совершенства («закон есть закон»);
- 3) мотивы «привычного» соблюдения законов;
- 4) мотивы проявления активности в сфере права вследствие того, что законы защищают общественные ценности и личные блага граждан.

К группе негативной мотивации авторы относят следующие мотивы:

- 1) мотивы соблюдения законов вследствие слепого подражания поведению окружающих;
- 2) мотивы соблюдения законов по аналогии с большинством («как все»);
- 3) соблюдение законов из-за страха наказания;
- 4) сугубо прагматические мотивы соблюдения законов (в тех случаях, когда это может принести личную выгоду);
- 5) нежелание проявлять социально-правовую активность вследствие разочарования в предстоящем опыте такой активности<sup>2</sup>.

Смысл подобной градации мотивов на две группы, на наш взгляд, состоит в следующем. С одной стороны, обозначаются приоритеты, то есть те мотивы, которые наиболее желательны для общества, а с другой - учитывается разнообразие мотивов, которые могут руководить правомерным поведением людей, некоторые из которых «не всегда желательны для общества, хотя и вполне приемлемы» на определенном этапе развития общества<sup>3</sup>.

С подобной расстановкой приоритетов очень легко согласиться, но, к сожалению, это отражает лишь идеальную модель. С формальной, юридической точки зрения сам по себе мотив соблюдения закона и активности человека в правовой сфере велаущего значения не имеет. В условиях нестабильности, переходного периода, реформирования правовой системы, а нередко несовершенства отдельных законодательных актов, многочисленных пробелов в праве чрезвычайно сложно говорить

об осуществлении отдельных «негативных» мотивов даже у тех юристов, которые в целом уважительно относятся к праву, признают его ценность. Более того, зачастую именно нежелание подвергаться ответственности является единственной причиной соблюдения норм права.

Ученые выделяют следующие наиболее типичные мотивы профессионального поведения юристов:

- 1) принципиальная позиция, связанная с защитой общественных интересов;
- 2) принципиальная позиция, связанная с защитой личных интересов граждан;
- 3) принципиальная позиция, связанная с защитой интересов ведомства, профессиональной группы, коллектива;
- 4) оргдоказательно-юридическая позиция («закон есть закон»);
- 5) профессиональный интерес к результатам деятельности;
- 6) конформная позиция, ориентированная на поведение граждан;
- 7) конформная позиция, ориентированная на поведение юридической группы;
- 8) конформная позиция, ориентированная на поведение высшего и местного руководства;
- 9) профессиональные привычки;
- 10) узкопрагматическая позиция, выражающая заинтересованность в «прохождении дела»;
- 11) страх наказания за несоблюдение должным образом служебных обязанностей;
- 12) боязнь осуждения товарищами по коллективу, знакомыми, родственниками;
- 13) этоцентрическое поведение;
- 14) безопасная позиция, выражающаяся в недостаточном ответственном отношении к выполнению служебных обязанностей, повлекшим за собой неблагоприятные последствия;
- 15) карьеристская позиция;
- 16) поведение, вытекающее из соображений материальной выгоды.<sup>1</sup>

Формирование уважительного отношения к закону должно быть одной из главных задач всех дисциплин: как юридического профиля, так и блока гуманитарных и социально-экономических дисциплин<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Соколов Н.Я. Указ. соч. С. 198-199.

<sup>2</sup> Помимо сформулированных здесь рекомендаций, при решении указанного вопроса могут быть приняты следующие по формированию эмоционально-образного блока правового сознания.

<sup>3</sup> Там же. С. 122.

Важным является понимание духа и буквы закона, что возможно через призму конкретно-исторических условий принятия того или иного нормативно-правового акта.

Кроме того, принципиальным направлением формирования положительной мотивации будущего профессионального поведения студентов является воспитание социально-правовой активности.

Вся система юридического образования должна быть нацелена на развитие интеллектуальной активности юриста. Потребностью должна стать непрерывная мыслительная деятельность, а не механическое запоминание положений нормативно-правовых актов, воспроизведение выводов, формулированных авторами учебников, преподавателем и т.д.

Что же касается формирования иных аспектов положительной мотивации, то эта задача может быть решена только путем комплексного подхода. В первую очередь, речь идет о представлении студентам о модели «идеального юриста», о необходимости ее совпадения со стереотипами, сложившимися в правосознании. Огромное значение также имеет для будущей профессиональной деятельности юриста мотив, лежащий в основе выбора профессии. Отсутствие ярко выраженных положительных представлений о профессии юриста при ее выборе может оказать негативное влияние на формирование правового сознания индивида.

Оптимально выстроенная система ранней профессиональной ориентации подростков, повышение качества жизни общества и многое другое в системе позволяют отчасти решить проблемы формирования надеждащей профессиональной мотивации. Однако при этом роль юридического образования остается ведущей в формировании студентов надеждащего отношения к юридической профессии в целом и своему будущему долгу.

## ВОПРОСЫ ОПТИМИЗАЦИИ КОНТРОЛЬНО-НАДЗОРНЫХ ФУНКЦИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫХ И ИНЫХ ОРГАНОВ В СФЕРЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

*Лазиткина С.М. - преподаватель, соискатель ученой степени к.ю.н.*

С начала 90-х годов 20 века Россия прошла несколько этапов в развитии экономических отношений (в том числе отношений вида «предприниматель - власть»). Особенностью современного этапа является становление качественно нового уровня управленческих отношений, характеризующихся, с одной стороны, появлением диалога между государством и предпринимателями, а с другой стороны - проявлением особых, ранее не встречавшихся, способов давления со стороны должностных лиц государственных органов и органов местного самоуправления на представителей малого бизнеса.

Вместе с тем, как известно, малое предпринимательство призвано выполнять ряд социально-значимых задач: формирование среднего класса частных собственников как субъектов административного права, расширение источника доходной части бюджета всех уровней, насыщение рынка разнообразными товарами и услугами, обеспечение занятости населения, поддержание инновационной активности. По данным территориального органа Госкомстата РФ в г. Оренбурге по состоянию на 1 февраля 2007 года численность индивидуальных предпринимателей достигла 24 623 человека, что непосредственно затрагивает интересы примерно 70 000 граждан Российской Федерации.

По мнению большинства предпринимателей, одна из основных причин медленного развития сферы продажи товаров, выполнения работ и оказания услуг - это наличие административных барьеров, то есть ответственности создаваемых препятствий органами исполнительной власти и исполнительными органами местной самоуправления. В последние годы именно они стали одним из острых вопросов развития предпринимательской деятельности.

Российское законодательство не закрепило в правовых нормах понятие такого феномена, как «административные барьеры». В полной мере это относится к административным барьерам в предпринимательской деятельности. Однако сам термин на государственном уровне находит отражение в указах Президента РФ и его ежегодных посланиях к Федеральному Собранию РФ о положении в стране, предусмотрен-

ных статей 84 Конституции РФ<sup>1</sup>. Так, в Указе от 26.06.1998 г. №730 «О мерах по устранению административных барьеров при развитии предпринимательства»<sup>2</sup> Президент РФ дает поручение Правительству РФ «...принять необходимые меры к устранению административных барьеров». Ранее принятых нормативно-правовых актов данный термин не встречается, а позднее в Указе Президента РФ от 23.07.2003 г. №824 «О мерах по проведению административной реформы в 2003-2004 годах»<sup>3</sup> он заменяется такими понятиями, как «вмешательство государства в экономическую деятельность субъектов предпринимательства», «избыточное государственное регулирование».

Основные проблемы, требующие разрешения в рамках проводимой государством административной реформы и вытекающие одними из причин сохранения административных барьеров в предпринимательской деятельности, были определены в Указе Президента РФ от 23.07.2003 г. №824 «О мерах по проведению административной реформы в 2003-2004 годах»<sup>4</sup>. Среди них можно выделить следующие: вмешательство государства в экономическую деятельность субъектов предпринимательства, в том числе избыточное государственное регулирование; дублирование функций и полномочий федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления; отсутствие четкого разграничения полномочий между федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления.

Анализ законодательства в сфере предпринимательской деятельности показал, что краеугольным камнем решения проблемы сокращения административных барьеров является оптимизация функций и полномочий органов исполнительной власти в регистрационной, разрешительной и контрольно-надзорной сферах. В полной мере этот вывод, по нашему мнению, относится и к органам местного самоуправления, которые федеральными законами либо законами субъектов Российской Федерации наделены по названным позициям отдельными государственными полномочиями.

Так, Кодексом РФ об административных правонарушениях<sup>5</sup> (далее - КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность

<sup>1</sup> «Российская газета», 25 декабря 1993 г. №237.

<sup>2</sup> СЗ РФ, 1998, №21. Ст. 1216.

<sup>3</sup> СЗ РФ, 2003, №30. Ст. 3046.

<sup>4</sup> СЗ РФ, 2003, №30. Ст. 3046.

<sup>5</sup> Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 г. №195-ФЗ. СЗ РФ, 2002, №1. Ст. 1.

по статье 14.5 «Продажа товаров, выполнение работ либо оказание услуг при отсутствии установленной информации либо без применения контрольно-кассовых машин». Контрольно-надзорными функциями в сфере общественных отношений, которые охраняются данной нормой, наделены органы внутренних дел, налоговые органы, органы государственной инспекции по торговле, качеству товаров и защите прав потребителей (в настоящее время - органы федеральной службы по защите прав потребителей и благополучию человека). При существующей практике указанные органы привлекают индивидуальных предпринимателей к административной ответственности по данной статье без учета их полномочий, полагая, что наделение контрольно-надзорными функциями уже является основанием для них к применению данных мер.

Вместе с тем, в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного суда РФ от 31.07.2003 г. №16 «О некоторых вопросах практики применения административной ответственности, предусмотренной статьей 14.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, за неприменение контрольно-кассовых машин»<sup>2</sup> отмечаются: «При толковании настоящей нормы судам необходимо исходить из того, что указанное административное правонарушение посягает на установленный нормативными правовыми актами порядок общественных отношений в сфере торговли и финансов, правила государственной разрешительной системы (системы допуска хозяйствующих субъектов в сферу торговли и финансов)».

В соответствии с Положением о Федеральной налоговой службе<sup>3</sup>, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 30.09.2004 г. №506, она является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по контролю и надзору за соблюдением законодательства РФ о налогах и сборах. Следовательно, в ее компетенцию входит проверка соблюдения правил применения контрольно-кассовых машин индивидуальными предпринимателями в том объеме, который входит в сферу финансов и правил государственной разрешительной системы, так как индивидуальными предприниматели могут заниматься хозяйственной деятельностью при условии регистрации контрольно-кассовых машин (далее - ККМ) в установленном законом порядке в налоговых органах. Полномочиями в сфере торговли (в сфере защиты прав потребителей) данный орган исполнительной власти не обладает.

<sup>2</sup> «Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации», 2004, №6.

<sup>3</sup> СЗ РФ, 2004, №40. Ст. 3961.

Органы внутренних дел, осуществляющие свою деятельность в сфере предупреждения и защиты от экономических правонарушений, в соответствии с Законом РФ от 18.04.1991 г. №1026-1 «О милиции»<sup>1</sup>, КоАП РФ и другими нормативными правовыми актами, реализуют свои полномочия по применению статьи 14.5 КоАП РФ в отношении индивидуальных предпринимателей исключительно в сфере финансовых отношений.

Органы федеральной службы по защите прав потребителей и благополучию человека в соответствии с Законом РФ от 07.02.1992 г. №2300-1 «О защите прав потребителей»<sup>2</sup>, Положением о Федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека<sup>3</sup>, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 г. №322, и статьей 23.49 КоАП РФ наделены полномочиями применять указанную статью в целях защиты потребителей от противоправных действий в области торговли (защиты прав потребителей).

Однако на практике подобного разделения полномочий не происходит. Особенно это относится к налоговым органам, которые часто привлекают к административной ответственности индивидуальных предпринимателей без учета компетенции иных субъектов административной юрисдикции. Примером может служить привлечение индивидуального предпринимателя Т., являющего субъектом единого налога на вмененный доход, к административной ответственности за однократное неиспользование ККТ при расчетах с покупателем. В соответствии с ФЗ «О защите прав потребителей» субъектом административной юрисдикции в данном случае являются органы федеральной службы по защите прав потребителей и благополучию человека. В подобной ситуации, согласно ст. 28.1 КоАП РФ, налоговые органы были обязаны направить соответствующие материалы в органы по защите прав потребителей и благополучию человека для принятия решения.

К сожалению, подобная практика существует и при применении части 3 ст. 14.16 КоАП РФ «Нарушение иных правил розничной торговли алкогольной и спиртосодержащей продукцией». Действительно, в соответствии с Положением о Федеральной налоговой службе РФ она осуществляет функции по контролю и надзору за производством и

оборотом этилового спирта, спиртосодержащей и алкогольной продукции. Более того, согласно п. 4 Правил продажи алкогольной продукции<sup>1</sup>, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 19.08.1996 г. №987, не допускается продажа алкогольной продукции без подтверждения легальности ее производства и оборота (при отсутствии справки к товарно-транспортной накладной или справки к грузовой таможенной декларации в отношении импортной алкогольной продукции или их заверенных в установленном порядке копий, марки акцизного сбора или специальной марки, либо при наличии поддельных марок). Согласно п. 14 этих Правил, продавец к образцам имеющегося в продаже товара прикладывает ценники с наименованием продукции, цены, включающей стоимость посуды и расфасовки. Однако указанные факторы не могут быть коррелированы налоговыми органами, так как, в соответствии с Законом РФ «О защите прав потребителей»<sup>2</sup>, они коррелированы федеральными органами исполнительной власти (их территориальными органами), осуществляющим контроль за качеством и безопасностью товаров (работ, услуг).

Подобный подход к вопросу привлечения индивидуальных предпринимателей к административной ответственности без учета функций и полномочий является проявлением административных барьеров, избыточного государственного регулирования и вызывает вполне обоснованно негативную реакцию хозяйствующих субъектов.

Представляется вполне корректным основной причиной подобного положения считать несовершенство на практике разделение полномочий и функций между перечисленными органами исполнительной власти. В полной мере данный вывод возможно отнести и к иным подобным ситуациям, когда по одной статье либо части статьи КоАП РФ полномочиями наделены два и более контрольно-надзорных органа.

Выход из этой ситуации видится следующим: законодательно (в законах, иных нормативных правовых актах и, в первую очередь, в положениях о федеральных органах исполнительной власти, их территориальных органах) императивно закрепить полномочия в пределах контрольно-надзорных функций. В качестве критерия представляется целесообразным избирать круг общественных отношений, в объеме которых органы исполнительной власти могут применять меры административной ответственности в сфере предпринимательской деятельности либо в связи с ее осуществлением.

1 Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. №16. Ст. 503.

2 Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1992. №15. Ст. 766.

3 СЗ РФ. 2004. №28 Ст. 2899.

1 СЗ РФ. 1996. №35. Ст. 4193.



В принципе, рационализация системы органов или отдельного органа может идти двумя путями: либо упорядочиваются сами функции системы органов или органа (путем их слияния, устранения дублирования, ликвидации, уточнения); либо упрощается работа по их выполнению (сокращается, в частности, отчетность, документооборот и т.д.) - в том случае, когда функции органа объективно необходимы.

В настоящее время рационализация идет по первому пути. В соответствии с поручением Правительства Российской Федерации Институт законодательства и сравнительного правоведения провел анализ законодательных актов, регулирующих функции федеральных органов исполнительной власти. Анализу было подвергнуто более 500 федеральных законов, а также положения о федеральных министерствах и иных федеральных органах исполнительной власти. Методика изучения была согласована с Аппаратом Правительства РФ и включала рассмотрение следующих функций федеральных органов исполнительной власти: разработка и реализация политики (в сфере, отрасли), регулирующая, аналитическая, координационная, разрабатываемая, надзорно-контрольная. Их оценка проводилась с учетом положений Конституции Российской Федерации, Федерального конституционного закона от 17.12.1997 г. №2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации»<sup>1</sup> и других федеральных конституционных законов, федеральных законов и иных нормативных актов. Анализ выявил более 5035 функций, из которых 2682 - регулятивные, 496 - надзорно-контрольные, 572 - разрешительные.

Вместе с тем, нечеткость и противоречивость нормативных терминов «функция», «компетенция», «право», «полномочия», «обязанности» затрудняли анализ. Выявлен ряд противоречий и пробелов в регулировании функций федеральных органов. Они касаются соотношения этих функций согласно Конституции РФ, федеральных законов и положений о министерствах и иных федеральных органах исполнительной власти.

На практике запущено в оборот понятие «избыточные функции». Необходимость раскрытия этого понятия имеет большое практическое значение, поскольку, по данным того же Института, все федеральные органы исполнительной власти, представившие предложения по избыточным функциям, смешали два понятия - «несвойственные функции» и «избыточные функции», и большинство функций, отнесенных ими к избыточным, попало в разряд несвойственных функций.

Министерство экономического развития и торговли РФ дало в этой связи разъяснение. Суть его состоит в том, что к несвойственным функциям относятся необходимые, но не соответствующие основному профилю деятельности конкретного министерства функции.

На предмет избыточности функции должны были анализироваться по шести основным критериям:

- 1) закреплена ли функция в федеральном законе или ином законодательном акте;
- 2) содержит ли функция властные полномочия и (или) связана ли с совершением юридически значимых действий;
- 3) соответствует ли исполнение функции ограничением на совмещение властных и хозяйствующих функций, установленным антимонопольным законодательством;
- 4) обоснованно ли функция не передается на региональный или местный уровень власти;
- 5) обособованно ли функция не передается самоуправящимся организациям;
- 6) может ли функция осуществляться участниками рынка.

Чрезвычайная сложность такого анализа на практике, когда трудно взаимодействуют и переплетаются сотни функций органов власти, еще больше усложняется и запутывается, когда сами избыточные функции делятся на:

- а) формально избыточные, то есть функции, содержащиеся в положениях о федеральных органах исполнительной власти, но отмененные другими правовыми актами (например, функции лицензирования определенных видов деятельности, которые были упразднены федеральными законами, но сохранились в постановлениях Правительства РФ как функции конкретных государственных органов);
- б) собственно избыточные - функции, необоснованно исполняемые федеральными органами исполнительной власти, упразднение которых может быть проведено путем изменения федеральных законов и иных нормативно-правовых актов и не потребует комплексных организационно-структурных преобразований;
- в) условно избыточные - функции, необоснованно исполняемые федеральными органами исполнительной власти, упразднение которых может быть проведено при условии комплексных организационно-структурных изменений (например, функция Министерства юстиции РФ по созданию или

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1997. №51. Ст. 571

упразднению государственных нотариальных контрол и регистрированию деятельности государственных нотариусов); г) потенциально избыточные - функции, для принятия решения о целесообразности упразднения которых требуется более детальное их изучение, включая проведение подробного функционального анализа механизма их реальной исполнения федеральными органами исполнительной власти.

Таким образом, основные предложения, касающиеся изменения избыточных функций, можно свести к упразднению функций, в том числе выведению ее за пределы исполнительной власти и последующей передаче специализированной государственной организации; передаче функции на нижестоящий уровень власти (субъектам РФ или муниципалитетам); передаче функции саморегулируемой организации (в том числе объединяющей частных предпринимателей); проведению дополнительного изучения вопроса о целесообразности упразднения потенциально избыточных функций.

Другой гранью проблемы оптимизации полномочий и функций субъектов управления в сфере предпринимательства является исключение возможности последним обходить закон через иные правовые акты управления, в том числе и не носящие нормативного характера (например, письма о порядке применения закона в системе федеральных органов исполнительной власти)<sup>1</sup>. На наш взгляд, в отличие от способов реализации прав граждан («разрешено то, что не запрещено законом») органами исполнительной власти, органами местного самоуправления должен соблюдаться принцип «запрещено все то, что не разрешено законом». Данный вывод можно прокомментировать позицией налоговых органов в отношении Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)»<sup>2</sup>.

Так, в ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)», ФЗ «О применении контрольно-кассовой техники при осуществлении наличных денежных расчетов и (или) расчетов с использованием платежных карт»<sup>3</sup> и Указе Президента РФ от 09.03.2004 г. «О системе и структуре федеральных органов исполнительной вла-

<sup>1</sup> Например, Письмо МНС РФ от 21 декабря 2001 года №ПНС-6-14/967 «О порядке применения Федерального закона от 08.08.2001 г. №134-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)».

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2001. №33. (4. 1). Ст. 3426.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2003. №21. Ст. 1957.

ти» содержатся различные «расшифровки» понятия «государственный контроль (надзор)», что позволило Министерству РФ по налогам и сборам принять Письмо от 21 декабря 2001 года №ПНС-6-14/967 «О порядке применения Федерального закона от 08.08.2001 г. №134-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)»<sup>1</sup>, а правопреемнице министерства - Федеральной налоговой службе РФ - его успешно использовать для административного давления на предпринимателей. Главный вывод, который содержится в письме, заключается в игнорировании налоговыми органами названного закона по ряду принципиальных позиций: по порядку проведения проверок, их оформлению и т.д. В частности, в нем закреплено, что «...в статье 2 Федерального закона от 08.08.2001 г. №134-ФЗ под государственным контролем (надзором) понимается проведение проверки выполнения юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем при осуществлении их деятельности обязательных требований к товарам (работам, услугам), установленным федеральными законами или принимаемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами».

Законом Российской Федерации от 18.06.1993 г. №5215-1 на налоговые органы возложены обязанности по проведению государственного контроля за соблюдением требований к контрольно-кассовым машинам (далее - ККМ), включая порядок и условия их применения и регистрации; за соблюдением правил использования ККМ; за полнотой учета денежных средств; за соблюдением условий работы с денежной наличностью.

Таким образом, государственный контроль за соблюдением законодательства о применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением не включает в себя мероприятия по проверке соблюдения юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями обязательных требований к товарам (работам, услугам), что не соответствует понятию «государственное контроле», используемого в целях Федерального закона от 08.08.2001 г. №134-ФЗ.

В соответствии с вышеизложенным Федеральный закон «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)» не распространяется на контрольные мероприятия, проводимые налоговыми

<sup>1</sup> «Нормативные акты для бухгалтера». 2002. №8.

органами «в целях проверки соблюдения организациями и индивидуальными предпринимателями законодательства о применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением»<sup>1</sup>.

Решение этой проблемы позволит, по нашему мнению, поставить барьер перед чиновниками различного уровня наделять себя полномочиями по контролю и надзору, по применению в отношении частных предпринимателей мер административного принуждения, включая административную ответственность.

## СОВРЕМЕННАЯ РЕФЛЕКСИЯ НАД ФИЛОСОФСКИМ НАСЛЕДИЕМ Г. ЛУКАЧА (ПО МАТЕРИАЛАМ ЗАРУБЕЖНЫХ ИССЛЕДОВАТЕЛЕЙ)

*Маскутова Л.М. - преподаватель кафедры общегуманитарных,  
социально-экономических дисциплин и управления*

Философское наследие известного венгерского мыслителя Георга Лукача достаточно широко представлено в отечественной литературе. Но как один из ярких представителей западного марксизма Г. Лукач вызывал неподдельный интерес на Западе, где исследованию его философии посвящено множество работ. Один из таких исследователей, Том Рокмор, акцентировал внимание на философском мировоззрении Г. Лукача в контексте истории философии, вылив в взаимосвязь его идей с возвращением основных представителей немецкой классической философии. Перевод предлагаемой статьи осуществлен по изданию: Tom Rockmore. Lukacs on Modern Philosophy. Lukacs today: Essays in marxist philosophy.<sup>2</sup>

О всякой философии, по крайней мере, в некотором отношении, можно говорить как о герменевтике. Тот или иной мыслитель, так или иначе, отдает предпочтение интерпретации ранних взглядов в исторической традиции, исследованию философии в целом, что включает в себя толкование философии. Но, несмотря на важность эле-

ментов герменевтики для самого философского процесса, остается неясным, как философы могут проникнуть в суть исторической традиции. В последнее время существенно то, что мы не имеем ни определенных правил, ни даже принятой за основу структуры, обуславливающей восприятие представляющей философии.

Акцентируя внимание на этой проблеме, стоит отметить, что разрешение ее не является нашей задачей. Цель, скорее, состоит в том, чтобы показать значимость подхода Г. Лукача к истории философии. Венгерский мыслитель Георг Лукач по праву считается знатоком в области марксистской концепции истории философии. Начиная с Ф. Энгельса, марксисты постоянно открыто критиковали богатуру интеллектуальную традицию, которую, мягко говоря, знали недостаточно. Лукач же, наоборот, имел обширные познания в современной философии, особенно хорошо знал немецкий идеализм и весьма глубоко был знаком с последними европейскими идеями. О таком знании современной философии свидетельствуют многочисленные статьи и книги, природы которых не скрывает их новаторского, поучительного, часто проницательного характера.

Цель данной статьи состоит в том, чтобы рассмотреть особенности понимания Г. Лукачем современной философии. Поскольку структура этого периода и подход Лукача к ней довольно сложны, то будет полезным заранее указать некоторые особенности исследования. Данное исследование начинается с оценки различных взглядов на историю философии, затем переходит к описанию понимания Лукачем современной философской традиции, и в конце очень подробно рассматривается его интерпретация философии Г. Гегеля. При этом будут полезным выделить отношение Г. Лукача к философии в целом, современной философии, немецкому идеализму и возвращением Г. Гегеля. Рассмотрение философии Гегеля необходимо для понимания интерпретации Лукачем марксистской истории философии.

Концепция истории философии Г. Лукача видна уже в его первой известной марксистской работе «История и классовое сознание». В поздних произведениях Лукач демонстрирует действительно глубокое знание традиции немецкого идеализма, особенно идей Гегеля, и известных направлений современной западно-европейской философии.

Отношение Г. Лукача к истории философии схоже с мнением младотелегьянцев о том, что философская традиция подходит к логическому завершению в философии Гегеля. Важная особенность понимания Лукачем истории философии, проходящая через весь марксистский период, - безусловное принятие философии Маркса как истинной немецкого идеализма, но от которого она качественно отгибается.

<sup>1</sup> Письмо МЧС РФ от 21 декабря 2001 года №ШС-6-14/967 «О порядке применения Федерального закона от 08.08.2001 г. №134-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)»».

<sup>2</sup> Tom Rockmore. Lukacs on Modern Philosophy. / Lukacs today: Essays in marxist philosophy. / Ed. by Tom Rockmore. 1988. С. 231-244. - 282 с.

Безусловно, интерпретация Г. Лукачем философской традиции предполагает понимание отношения К. Маркса к ней. В произведениях Г. Лукача можно выделить два способа понимания этого отношения. Сначала, это видно в «Истории и к.лассовом сознании», Лукачу неизвестны взгляды Ф. Энгельса, их критика основывается на положениях других источников. Здесь Г. Лукач полагает, что философия является идеологией, и, далее, что позиция К. Маркса, в особенности в части анализа товарной формы, есть наука. Как и Ф. Энгельс, Г. Лукач видит ясное различие между философией и наукой и убежден, что философия К. Маркса научна.

В последующих работах Г. Лукач смягчает марксистскую дихотомию между философией и наукой. Он незаметно отходит от этого тезиса Ф. Энгельса, публично отказываясь от ранней критики взглядов Энгельса. Г. Лукач отстаивает взгляд Энгельса о дихотомии между идеализмом и материализмом, несмотря на то, что больше не считает материализм сверхфилософской наукой. Из этого следует, что материализм выступает как теория, обеспечивающая познание общества. Идеализм не может быть основой социального познания, но он является необходимым этапом в развитии материализма К. Маркса. В дальнейшем Лукач следует взглядам Энгельса, отрицающим любую возможность альтернативы в дихотомии идеализма и материализма, например, в экзистенциализме.<sup>1</sup> На основе тщательного анализа иррационализма в целом и фашизма в частности он настаивает на негативном влиянии буржуазной философии на поздний немецкий идеализм.<sup>2</sup> Это абсолютно общее описание отношения Г. Лукача к философии. Для того, чтобы представить его в более определенной форме, необходимо определить, в чем он видит специфику философских периодов. На начальном этапе марксистского периода Г. Лукач показывает эти различия в контексте проблемы овещствления сознания. Известно, что Г. Гегель рассматривал историю философии как ряд диалектически взаимосвязанных попыток решить важную проблему соотношения мышления и бытия. Взгляд Г. Лукача на овещствление представляет собой форму проблемы соотношения субъекта и объекта, которую он переводит в отношение общественного сознания и общества. Термин «овещствление» с этой точки зрения понимается как результат, причиной которого является товарный фетишизм.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *On the Problem of Existentialism on Marxists?* Paris, Nagel, 1961.

<sup>2</sup> См.: *Die Zerstörung der Vernunft. Nachged./Bentn. Lichtenhand, 1974, 3 vols.*

<sup>3</sup> См.: *History and Class Consciousness, глава «Reification and the Consciousness of the Proletariat».* Что касается концепции фетишизма К. Маркса, см. *Capital, I, Chapter 1, part 4.*

Мы начнем, прежде всего, с понимания Лукачем древнегреческой философской традиции. Г. Лукач хорошо разбирается в древней философии. В последний период творческой деятельности он изучает взгляды Аристотеля, пытаясь развить социальную онтологию марксизма. На раннем этапе он лишь мимоходом сыгрался на древнюю философию, но делал это в духе негегельянского понимания истории философии. Г. Гегель, как известно, подчеркивал всеобщее единство философской традиции, Лукач же, наоборот, настаивает на абсолютном разрыве древнего и современного периодов.

Это утверждение является результатом определенного вывода из концепции овещствления, феномена, который Г. Лукач понимает в связи с той формой общества, в которой он возникает. Г. Лукач допускает существование форм овещствления даже в Древней Греции. Но качественные отличия их от современного общества состоят в том, что современная философия несравнима с ранней философией. Соответственно, он отрицает целостность, лежащую в основе философской традиции.

Но так как проблемы философии Античности были целиком введены в иное общество, то естественно, что им следовало бы качественно отличаться от проблем современной философии. Поэтому, с точки зрения любого адекватного толкования, бесполезно как ожидать, что мы можем найти в философии Платона предшественника Канта (как делает Г. Нагорц), так и ставить задачу реконструирования философии Аристотеля (как делает Фома Аквинский).<sup>1</sup>

Несмотря на то, что утверждение о разрыве между древним и современными периодами философской традиции интересно, картина древней философии ясна не до конца. Противоположная ситуация - в случае с современной философией, особенно немецким идеализмом. Здесь специфика ясна, и акцент делается на целостности. Можно было ожидать, что Г. Лукач будет рассматривать немецкий идеализм с точки зрения преимуществ современной философии; но на самом деле он делает это с целью изучения всей современной философии с точки зрения философских воззрений немецкого идеализма, в частности, сквозь призму философии И. Канта.

В своем доверии И. Канту Г. Лукач следует Г. Гегелю. Последний подчеркивал свою веру в то, что задача современной философии состоит в том, чтобы привести к завершению революцию, начатую критической философией. В описании своей системы, приведенной в «Эн-

<sup>1</sup> *History and Class Consciousness, Rodney Livingstone, trans., Cambridge, Mass., The MIT Press, 1972, p. 111.*

циклопедии философских наук», Г. Гегель сконструировал метафизическую систему И. Канта, которая охватывает докритический, критический и посткритический аспекты.<sup>1</sup> Но поскольку Г. Лукач пре- дан марксизму, то результатом является странный смешанный под- ход к современной философии, состоящий из элементов, редко совме- стимых в рамках одного направления.

Вера в марксизм обусловлена непоколебимой приверженностью Г. Лукача к большевизму на всем протяжении марксистского перио- да его философского пути. Интерес к философии И. Канта менее ясен, но может быть объяснен речным общением Г. Лукача с последовате- лями неокантианства, особенно с Эмилем Ласком, в течение несколь- ких лет, проведенных в Гейдельберге.<sup>2</sup> Э. Ласк оказал сильное влия- ние на формирование неокантианских воззрений Г. Лукача, хотя об этом упоминается нечасто.

В целом неокантианство выявляет различия между сущностью и ценностью, которые сегодня более известны как различия между «есть» и «должно». В своей диссертации Э. Ласк применяет эти раз- личия к интерпретации немецкой классической философии.<sup>3</sup> Он ис- пользуется их, чтобы отделить аналитический подход И. Канта от фи- лософских идей Г. Гегеля. Согласно Э. Ласку, идеи И. Фихте, являю- щиеся связующим звеном между Кантом и Гегелем, искажены несов- местностью формы и содержания, или мышления и его объекта. Для неокантианца Э. Ласка фихтеанский объект опыта трансформирует- ся в разнородность «вещи-в-себе», которая не может быть познана из-за дисгармонии формы и содержания.

Главное открытие Э. Ласка в исследовании философии И. Фихте оказало влияние и на других мыслителей. Например, Ричард Кронер<sup>4</sup> взял его за основу в своем исследовании философских взглядов И. Фихте и Ф. Шеллинга, связующих звеньев между И. Кантом и Г. Геге- лем. В своем понимании современной философии Г. Лукач объединя- ет неокантианский подход Э. Ласка и идеи И. Фихте, включая все это в буржуазную философию. По его мнению, в действительности бур- жуазная философия не способна познать природу общества, в кото- ром она появилась, из-за противоречий между формой и содержи-

<sup>1</sup> Подробнее об этом см.: «Attitudes of Thought to Objectivity».

<sup>2</sup> О этичности идеи Ласка см.: *Emil Lask. Ein Nachruf, in Kant-Studien, vol. 22 (1918), pp. 349-370. Об отношениях между Ласком и Ласком см.: Натан Кошлой, Emil Lask als Lehrer von Georg Lukacs. Zur Form ihres Gegenstandsbegegnis. Bonn, Bouvier, 1975.*

<sup>3</sup> См.: *Fichtes Idealismus und die Geschichte, in Emil Lask, Gesamtele Schriften, Tübingen, Mohr, 1923, vol. 1.*

<sup>4</sup> См.: *Von Kant bis Hegel, Tübingen, Mohr, 1921 and 1924, 2 vols.*

ем. Г. Лукач утверждает, что кантианский вопрос является харак- терной чертой современной философии, начиная с Древних времен и вплоть до К. Маркса.

Во взглядах Г. Лукача можно выделить два основных положени- я - относительно современной философии и относительно немец- кой классической философии. Известно, что «коперниканский пе- реворот», давший начало критической философии, пребует рассмо- рения субъекта как деятельного. Более того, необходимое условие возможности познания - это огрничание независимости объекта, ко- торый в результате становится зависимым от познающего субъек- та. Согласно Г. Лукачу, вопрос о соотношении субъективности и объективности - это единственная проблема, которая характеризу- ет весь период современной философии.

Дж. Вико, который не был в свое время понят и приобрел влияние намного позже, отмечал, что вся современная философия поглощена этой проблемой. Он систематического сомнения и «мыслю, следовательно, существую» Р. Декарта до Т. Гоббса, Б. Спинозы и Г. Лейбница идет прямая линия, основной идей которой, в различных вариациях, явля- ется, идея, что объект познания может быть познан нами в той степени и по той причине, что он был создан нами непосредственно.<sup>1</sup>

Согласно Г. Лукачу, современное отношение к эпистемологии, скорее, относится к требованию системы. Очевидно, что принцип си- стемности несовместим с осознанием всякой «случайности», «содер- жание» которой в принципе невозможно вывести из принципа фор- мы и которую поэтому необходимо принять как фактичность. Вели- чие, парадокс и трагедия классической немецкой философии заклю- чается в том, что, в отличие от В. Спинозы, она уже не отклоняет каждую идею, как несуществующую, порождая исчезновение за ве- личественной архитектурой рациональных форм, созданных осмыс- лением. Вместо осознания и продолжения иррационального харак- тера существующего содержания понятий, она борется за то, чтобы обойти, искоренить его и создать систему.<sup>2</sup>

С другой стороны, Г. Лукач воспринимает дальнейшее развитие немецкого идеализма в его способности понять, что основанием мышления, в конечном итоге, выступает социальное бытие, которое и поддежит исследованию.

Мы не стремимся переписать историю современной философии даже вкратце. Мы только хотим в общих чертах описать связь между

<sup>1</sup> *History and Class Consciousness, p. 112.*

<sup>2</sup> Там же, p. 117.

фундаментальными проблемами этой философии и основной сущностью бытия, откуда эти проблемы проистекают и к которым они стремятся вернуться путем осмысления.<sup>1</sup>

Если мышление в некотором роде паразитирует на социальном бытии, из которого оно происходит, то абстрактного видения можно познание сущности социальной действительности. Это несоответствие отражено в противоречивом характере немецкой классической философии. Единственный путь выхода из концептуального тупика - через создание фундаментальной теории общества. Таким образом, по сути, проблематика немецкой философии приводит Г. Лукача к следующему утверждению К. Маркса: «На современном этапе истории человечества нет проблемы, которая, в конечном счете, не возвращалась бы к этому вопросу (то есть анализу товара - Т.Р.), и нет решения, которое не основывалось бы на разгадке гайны товарной формы... То есть, проблема товара не должна решаться изолированно или считаться главной проблемой только экономики, но и быть основополагающей проблемой капиталистического общества во всех его аспектах».<sup>2</sup>

Следовательно, для Г. Лукача философия - это не наука наук в значении Платона. Она зависит от социальной реальности. Более того, философия затрагивает реальные социальные проблемы, но на концептуальном уровне, где они не могут быть решены. Соответственно, реальные социальные проблемы, которые поднимает философия, должны быть решены в сверхфилософской плоскости.

Таким образом, исследование посвящено попыткам выявить подход к пониманию Г. Лукачем философии, особенно немецкого идеализма. При этом акцентировалось внимание на том, каким образом он сочетает марксизм и кантианство, для обоснования положения, что так называемая буржуазная философия, не способная постичь суть капиталистического общества. В оставшейся части статьи хотелось бы исследовать взгляды Г. Лукача на буржуазную философию через его восприимчивые философские идеи Г. Гегеля.

Для философии в целом исследование Г. Лукачем гегелевской философии никогда не являлось самостоятельным; оно было его собственной формой марксизма. Интерпретация Лукачем идей Гегеля, по сути, составляет интерес, поскольку позволяет прояснить позицию Гегеля, и в особенности марксистское понимание абсолютного

идеализма. От последнего исследование Г. Лукача отличается двойным образом: как один из первых марксистских подходов к изучению гегелевской предпосылки формирования взглядов К. Маркса и как первое марксистское всестороннее изучение философии Г. Гегеля.

Конечно, Г. Лукач не был первым марксистом, который обратил внимание на влияние философии Г. Гегеля на молодого К. Маркса. Также эту особенность отмечал Ф. Энгельс, а позже и В.И. Ленин. Более того, Г. Лукач не был единственным марксистом, возродившим взгляды молодого К. Маркса сквозь призму взглядов Г. Гегеля. Другим известным марксистом, участвовавшим в этом возрождении, был Карл Корш.<sup>1</sup> Но, по крайней мере, среди марксистов трактовка Лукачем философского наследия Гегеля отличается глубоким знанием абсолютного идеализма и в целом немецкой философской традиции.

Тема Г. Гегеля в «Истории и классовом сознании» - новый этап в исследовании соотношения материализма К. Маркса и идеализма. Его очевидная ценность заключается в выявлении отношения К. Маркса к немецкой классической философии, особенно к философии Г. Гегеля. Но значимость такого подхода, который проливает свет на генезис идей К. Маркса, ограничена неудачной тенденцией, которая ведет к ограничению исследования только этой проблемой. Если, как полагает Ф. Энгельс,<sup>2</sup> внутренним источником идей К. Маркса является философия права Г. Гегеля, то из этого не следует, что он не принимал и другие взгляды.

Исследование философии Г. Гегеля не является характерной особенностью домарксистского периода творческой биографии Г. Лукача. Но на всем протяжении марксистского периода, который начался с переходом к большевизму в декабре 1918 года, Г. Гегель становится постоянной темой философии Г. Лукача. Стоит осветить основные этапы в исследовании философии Гегеля Лукачем, которые можно соотносить с тактиками его работами, как «История и классовое сознание», «Молодой Гегель», «Онтология общественного бытия». Взгляды Г. Гегеля, исследованные в этих произведениях, не во всем одинаковы, поскольку со временем философское мировоззрение Г. Лукача претерпевает изменения. Но всюду видно проявление в идеях Г. Гегеля противоречий между системой и методом. Это то устойчивое знание, в котором идеи Г. Гегеля искажены внутренним противоречием между формой и содержанием, что делает его прекрасной проверкой на несоответствие буржуазной философии.

<sup>1</sup> *History and Class Consciousness*, p. 112.

<sup>2</sup> Там же, p. 83.

<sup>1</sup> См.: *Marxismus und Philosophie*, Frankfurt, Europäische Verlaganstalt, 1966.

<sup>2</sup> См.: *F. Engels. Marx-Engels Werke*, Berlin, Dietz, 1956-1968, vol. 16, p. 362.

В ранних произведениях молодой Г. Лукач рассматривает взгляды Г. Гегеля в рамках постгегельянского, неокантианского понимания современной философии. С этой точки зрения Гегеля представляются как попытка преодолеть внутренние противоречия между рациональностью и иррациональностью, существующими в концепции «вещи-в-себе». Его главное достижение - это открытие диалектической концепции истории, в которой жесткое неприятие Канта снимается в историческом процессе. Это делает философию Гегеля кульминацией немецкой философии. Но в попытке доказать единство рациональной формы и иррационального содержания, Гегель уходит за пределы истории к мифологии. Правильный подход к этому противоречию требует систематического анализа иррационального содержания опыта как ошестствленного продукта современного индустриального общества. Решить главную проблему классической немецкой философии возможно, если только мы признаем, что товар - это универсальная категория социального бытия.

Другой характерной особенностью исследования философии Г. Гегеля ранним Г. Лукачем является его внимание к такой важной проблеме, как проблема субъекта-объекта, которая нашла разрешение в философии К. Маркса. Истоки последнего утверждения кроются во взглядах Ф. Энгельса по поводу различия между идеализмом и материализмом как переломной проблемой всей философии.<sup>1</sup> На этом этапе предварительная природа философских исследований Ф. Энгельса постигнута Г. Лукачем в полной мере, например, в примечаниях к критике Ф. Энгельса доказать ложность «вещи-в-себе», ссылаясь на опыт и производство. В своих последующих трудах Г. Лукач отказывается от критики Ф. Энгельса, но при этом отвергает и упрощенческий подход последнего ко всей философии с точки зрения данной проблемы.

Г. Лукач в философии Г. Гегеля видел наиболее важный источник формирования воззрений К. Маркса. В известном смысле марксистская интерпретация Г. Гегеля Г. Лукачем совпадает с собственным пониманием Г. Гегеля своих великих современников, И. Фихте и Ф. Шеллинга. Хотя, будучи под влиянием обаяния И. Фихте, он продолжал считать их современными философами, достойными того, чтобы о них говорить, Г. Гегель все больше рассматривал их взгляд как переходные положения на пути к его собственной теории.

Как было показано, первоначальный подход Г. Лукача к Г. Гегелю и классической немецкой философии направлен на выявление

того, как К. Маркс решает главную проблему буржуазной философии в контексте политэкономии. В основе этого утверждения лежит традиционное различие в марксисте философии и политэкономии. С этой точки зрения философию Гегеля и политэкономии можно осовоидить от философских элементов, иначе она будет философией. Но запоздалая публикация нескольких работ К. Маркса, включая «Парижские рукописи», усложнили сохранение этого противоречия между философией и политэкономией, и в дальнейшем следовала бесмысленным утверждениям, что немецкой буржуазной философией не присуще знание экономических вопросов.

Монография Г. Лукача о Г. Гегеле характеризуется неприятной формой марксистской ортодоксии, так же, как и его другие труды сталинского периода, особенно его исследования в области экзистенциализма и иррационализма. Эта рыная приверженность марксизму присутствует даже в новом издании «Немецкой демократической республике», завершённой в январе 1954 года, то есть после смерти Сталина; к примеру: отказ от всей критики Ф. Энгельса, проницательность которого ежeminутно восхваляется; нападки на Л. Фейербаха, которого Г. Лукач ошибочно называет связующим звеном между Г. Гегелем и К. Марксом, а также философам уровня Г. Гегеля; утверждение, позже повторенное Мецаросом,<sup>1</sup> что Ленин знал содержание «Парижских рукописей», хотя никогда их не читал, и восхваление не только Маркса и Энгельса, но и Ленина, и даже Сталина, как величайших критиков Гегеля.

Как подход к истории философии эта книга более удачна, чем «История и классовое сознание», несмотря на ее политический оттенок. Частично это обусловлено исправлением Г. Лукачем некоторых ранних ошибок, включая известное отождествление отчуждения и опредмечивания в понятии «овеществления». Это отождествление ошибочно приписывают Г. Гегелю.

В философском мировоззрении Г. Лукача произошли коренные изменения, которые сделали возможным приближение его к истине. В частности, Г. Лукач по-инному сформулировал марксистское толкование философии как идеологии, учитывая мнение Г. Гегеля о том, что идея ограничена историческим периодом, в котором она возникает. Он использует этот момент при исследовании философии Г. Гегеля, которую считает включающей в себя и философский, и экономический аспекты.

<sup>1</sup> См.: *Ludwig Feuerbach, Chapter 2: «Idealism and Materialism».*

<sup>1</sup> См.: *L. Mezzaros, Marx's Theory of Alienation, London, Merlin, 1970. P. 93.*

Несмотря на его жесткую критику буржуазной философии, нечто случайного в том, что учение Г. Лукача по Г. Гегелю сформировалось в немарксистском исследовании Гегеля.<sup>1</sup> Это учение - пример лучшего исследования философии Гегеля: содержательное, рассматривающее спорные вопросы и определяющее место Гегеля в историческом процессе. Здесь Г. Лукач показывает преемственность ранних работ, их историческую и концептуальную основу и их предшествующее исследование в литературе. Вследствие тщательного анализа структуры «Феноменологии духа» Г. Лукач делит исследование на четыре части (соответствующие проживанию Гегеля в Верне, Франкфурте и Йене).

Г. Лукач представляет свое учение о Г. Гегеле как попытку развития марксистской истории классической немецкой философии. Эта задача требует выявления отношений между философией и значимыми социально-культурными событиями данного периода, особенно Французской революцией. Тезис Г. Лукача заключается в том, что диалектика Гегеля, как единственного немецкого философа, который пытался понять суть промышленной революции в Англии, базируется на познании политической реальности. Несмотря на ограниченность идеалистического воззрения, его идея не исчезает с возникновением диалектического материализма, в частности, с открытием диалектики экономический жизни. Более того, Г. Лукач под своим исследованием подразумевал иллюстрацию хорошо известного замечания К. Маркса в «Парижских рукописях», которое гласит: «Величие «Феноменологии» Гегеля заключается в том, что Гегель расматривает самосознание человека как процесс... и поэтому он достигает природу труда и понимает действительного человека, истину, так как реальный человек - продукт его собственного труда».<sup>2</sup>

Согласно Г. Лукачу, «Маркс показывает пределы, в которых гегелевская философия образует аналогию с английской классической политэкономией».<sup>3</sup> Новаторский вклад Г. Лукача в понимание этой стороны философии Гегеля обрел законченную форму в специальном исследовании философии Гегеля.<sup>4</sup> Но этот подход ограничен тем, что имеет тенденцию принимать часть за целое. Назначение гегелевского

1 См.: *Jean Barbette, Studies on Marx and Hegel*, trans. John O'Neill, New York, Harper, 1973, Chapter 4: «Alienation and Objectification: Commentary on G. Lukacs' *The Young Hegel*».

2 G. Lukacs, *The Young Hegel. Studies in the Relations between Dialectics and Economics*, Rodney Livingstone, trans., Cambridge, Mass., The MIT Press, 1976, p. xxvii.

3 Там же.

4 См.: H.S. Harris, *Hegel's Development I: Towards the Sunlight*, Oxford, Oxford at the Clarendon Press, 1972.

понимания (по Марксу) в конструировании его собственной перспективы ясно проявляется в незаконном переходе между идеей самосознания человека как процесса и идеей реального человека как продукта его собственного труда. Конечно, Г. Гегель не оспаривает эти две идеи, хотя в этой работе их равенство образует основу трактовки Г. Лукачем философии Гегеля.

Поскольку нет возможности подробно остановиться на этом, то стоит затронуть несколько основных вопросов. В отличие от Розенкранца, биографа Г. Гегеля, Г. Лукач настаивал, что Г. Гегель пристраивает точку зрения современной политэкономии. Ограниченность экономической философии Г. Гегеля, которую Г. Лукач неявно относит к ее идеалистической природе, двуслойная: ложное выделение классовой структуры из экономики и относительно несостоятельность анализа отношений государства и управления в рамках классовых конфликтов.

Уверенность в важности познания Г. Гегелем экономики, по его мнению, ведет к переоценке его взглядов на религию. Трактовка Г. Лукачем этого деликатного вопроса, важного для понимания философии Гегеля, обоснована и ясна, особенно в сравнении с теми точками зрения, которые пытались образовать Гегеля либо религиозным мыслителем, либо полностью далеким от религии. Г. Лукач отрицает попытки Геринга и Лассона, несомненно, погнавших под влияние тревования Гегеля быть лютеранинами,<sup>1</sup> приравнять абсолютный идеализм к протестантизму. Согласно Г. Лукачу, первоначальное критическое отношение Г. Гегеля к религии в Верне сменялось одобрительным отношением во Франкфуртский период, которое затем стало неоднозначным в Йене. Он цитирует хорошо известное высказывание Г. Гейне по поводу действительности и рациональности, подлинность которого недавно была подтверждена,<sup>2</sup> чтобы предположить, что современная радикально мыслящая интеллигенция считает Г. Гегеля, по меньшей мере, прогрессивным мыслителем. Более того, он полагает, что Г. Гегель оставил расмотрение неопределенности религии, поскольку не хотел признавать инобъятийность ее сущности. Эта точка зрения соотносится с его высказыванием о неспособностях позднего Г. Гегеля найти социальное решение вне современного общества, после того, как он перестал верить в восстановление социального общества Древней Греции.

1 См.: G.W.F. Hegel, *Werke in zwanzig Bänden*, Frankfurt, Suhrkamp, 1971, vol. 18, p. 94.

2 См.: Shlomo Avineri, *The Discovery of Hegel's Early Lectures on the Philosophy of Right*, in *The Owl of Minerva*, vol. 16 no. 2 (Spring 1985), p. 202.



Одной из наиболее интересных особенностей книги является исследование взглядов Г. Гегеля на проблему отчуждения. Анализ Г. Лукача зависит от различения категорий «позитивность» и «отчужденность». В ранних произведениях Г. Гегеля «позитивность» относится к состоянию неопределенности моральной автономии субъектов, например, в различиях между социальной свободой и мертвой субъективностью. В йенский период он мало-помалу вводит коренные различия между позитивностью, которую понимал как «характерную черту социальных образований, объектов, вещей», и отчуждением, понимаемым как «специфический вид человеческой деятельности, в результате которой возникает особый социальный институт, приобретающий онтологически-объективный характер». <sup>1</sup> Что же касается «Феноменологии», то Г. Лукач выделяет три части гегелевской концепции, касающиеся понятия труда, фетишизма и вещиственности, или объективности.

Назначение этой части исследования в обширной работе Г. Лукача понятно. Она дает ему возможность определить место нахождение концепции отчуждения К. Маркса в философии Г. Гегеля и в дальнейшем позволяет ему приписать его собственное отождествление отчуждения и опредмечивания идеализму Г. Гегеля. Соответственно, марксова критика гегелевской концепции отчуждения в «Феноменологии» становится основной ступенькой при переходе от идеализма к материализму.

Несмотря на свою заинтересованность в данном исследовании, анализ Г. Лукача гегелевской категории отчуждения не достигает своей цели: он не выявляет преимуществ концепции К. Маркса. Очевидно, что Г. Гегель и К. Маркс применяют этот термин для различных целей, хотя К. Маркс использует другой термин, такой как «разобщенность» (*Entfremdung*). К слову будет сказано, различие между К. Марксом и Г. Гегелем не в том, что первый решает проблемы последнего посредством изменения метода. К. Маркс рассматривает проблемы в другой перспективе.

Подход Г. Лукача к вопросу политэкономии представляет собой сложившееся, продуманное исследование философии молодого Г. Гегеля. Хотя общий тезис его работы, заключающийся в том, что К. Маркс - это истина Г. Гегеля, неизменяем, и, несмотря на сужение общего вопроса, это исследование предлагает наиболее полную и приемлемую трактовку философии Г. Гегеля, чем «История и классовое сознание».

<sup>1</sup> Lukács, *The Young Hegel*, p. 314. Lukács' *emphases*.

За пределами данного исследования осталось рассмотрение последней работы по марксистской онтологии («Онтология общественного бытия» - *прил. I-M*), которая богаче, чем «История и классовое сознание», но более схематична, чем «Молодой Гегель». В этой работе представляет интерес появившаяся критика марксизма, например, в отношении крайностей сталинизма и поверхностного характера замечаний Ф. Энгельса о категориальном развитии. Но, с другой стороны, Г. Лукач принимает классический подход марксизма, включая необходимость согласовывать диалектику общества с диалектикой природы. Эда гочка зрения, истоки которой восходят к положению Ф. Энгельса о диалектике природы, в работе Г. Лукача имеет большее значение для понимания философии Г. Гегеля.

В первой части Г. Лукач указывает, что противоречивый характер онтологии Г. Гегеля должен быть понят посредством двойственных взглядов философии Просвещения и Французской революции. Философия эпохи Просвещения рассматривает разум как конечный принцип природы и общества, и в дальнейшем утверждает, что онтология социального бытия может быть построена только на основе онтологии природы. Г. Гегель стремится развить единую онтологию, объединяющую природу и историю, на которую он будет опираться в дальнейшем; это видно из положения, согласно которому диалектика истории берет начало в природе. В его диалектике обнаруживаются два допущения:

- 1) история обладает имманентной телеологией, которую невозможно преодолеть в человеческой деятельности,
- 2) форма этой методологической основы, объединяющей существующие вместе абсолютную идею и исторический процесс, основана на логике.

Принципиальные противоречия в философии Г. Гегеля являются результатом несовместимости его двух онтологических взглядов. Основной пример - это отождествление субъекта и объекта, известное еще по первому марксистскому периоду творчества Г. Лукача, который он теперь называет философским мифом, ведущим к обесцениванию попытку раскрыть это тождество в философии К. Маркса. Но неясно, почему этот результат недоступим. Кажется, что Г. Лукач просто провозглашает эту недоступность, поскольку, как последователи К. Маркса, он отрицает положение, что социальные противоречия могут быть разрешены в рамках развивающегося капиталистического общества. Другим примером является указание Г. Лукача

на противоречие между гегелевской концепцией труда (хотя он приводит тщательный анализ взаимосвязи естественной причинности и телеологии) и концепцией труда в английской политической экономии, и последовательное обращение к труду, с целью установить соотношение химизма и механицизма. В результате, хотя Г. Гегель и основывает онтологию на логике, он также возвышает философию над действительностью, что придает религиозный оттенок его взглядам.

Во второй части Лукач утверждает, что противоречие в философии Г. Гегеля между двумя несоместимыми онтологиями может быть преодолено, если только диалектическая логика является результатом опыта. Согласно Г. Лукачу, диалектическая логика налицо в теории отражения, которую он считал основным методологическим открытием Г. Гегеля. Эта концепция применима на нескольких уровнях, включая:

1) установление соотношения разума и рассудка;

2) установление соотношения понятий видимости, явления и сущности;

3) возможность осознания нами непосредственных и опосредованных специфических социальных форм онтологического феномена;

4) понимание диалектической концепции труда как процесса взаимодействия, посредством которого Г. Гегель превосходит аристотелевское идеологическое понимание такого же самого феномена.

Согласно Г. Лукачу, теория отражения позволяет определить, что К. Маркс подразумевал под взаимодействием общества и природы, а также понять диалектическую онтологию социального бытия.

Акцент на методе относится как к достоинству, так и недостаткам философии Г. Лукача. Известные философы, начиная с Р. Декарта и заканчивая, по меньшей мере, Э. Гуссерлем, указывали на то, что решающее значение в философии имеет открытие метода, позволяющего открыть дорогу к познанию. Уникальность исследования Г. Лукача заключается в применении неокантианских взглядов, сформировавшихся под влиянием возрений Э. Лакса, интерпретации современной философии и обоснования притязаний марксизма на превосходство К. Маркса.

Выделение Г. Лукачем метода как решающего момента дает ему возможность осуществить вклад в развитие философии. Во-первых, он способен представить единое понимание целостной современной традиции, исходя из единой позиции. Во-вторых, он может осмыслить философию К. Маркса в контексте немецкой идеалистической традиции. Значение исторически ориентированного прочтения философии

К. Маркса Г. Лукачем широко известно. Важно то, что Колаковски, который критикует Г. Лукача, также считает его первым философом, рассматривающим взгляды К. Маркса, в связи с указанием на гегелевское взаимодействие субъекта и объекта в философии К. Маркса.

Как уже отмечалось, исследование Г. Лукача показывает, что взгляды К. Маркса - суть истина современной философии, в частности, философии Г. Гегеля. Чтобы подтвердить это положение, он трактует всю современную философию, включая взгляды Г. Гегеля, сквозь призму философии К. Маркса, которую в свою очередь преполагает как прямой итог развития философской традиции. Такой способ установления понятийного соперничества может быть политически обнадёживающим, но он не демонстрирует понимание Г. Лукачем философии К. Маркса. По терминологии «Немецкой идеологии», можно сказать, что Г. Лукач появляется, кажется, только для того, чтобы взойти с «земли к небесам». На самом деле, логика его исследования показывает, что он сходит с «небес на землю», то есть идет от К. Маркса к современной философии, немецкому идеализму и Г. Гегелю, прежде чем вернуться туда, откуда он начал свой путь.

Из некоторых примеров видно, что Г. Лукач подгоняет текстовые факты под заранее созданную схему. Сбивает с толку описание современной философии в общем: «Объект познания может быть познан нами в той степени и по той причине, что он создан нами»<sup>1</sup>. Ни в рационализме, ни в немецком идеализме нет ярких представителей, которые придерживались бы мнения, что объект познания создан нами. Начиная с Декарта, для рационалистов типично утверждение, что проблема познания касается самостоятельного объекта; начиная с Канта, немецкие идеалисты доказывали, что субъект порождает объект как необходимое условие познания.

Второй пример заключается в обосновании Г. Лукачем важного в концепции истории философии первенства материализма над идеализмом для понимания социального бытия. В дальнейшем Г. Лукач предлагает, по крайней мере, в начале, что цели Г. Гегеля и К. Маркса очень похожи, так что один может преуспеть там, где другой потерпел неудачу. Все же при его последующем отказе от тождественного субъект-объекта как идеалистической иллюзии Г. Лукач предполагает, что К. Маркс и Г. Гегель имеют различные цели, которые делают их взгляды несоместимыми.

Это последнее замечание приводит к предварительному заключению. Я подчеркивал стремление Г. Лукача установить, что философия

<sup>1</sup> *History and Class Consciousness*, p. 112.

К. Маркса как ядро всей философской традиции, прежде всего, немецкого идеализма, сквозь призму размышления о проблеме метода. Редукционизм, присущий этому подходу, искажает его трактовку современной философии, по крайней мере, двумя способами. Видя того, что Г. Лукач не мог признать достоинств буржуазной философии, кроме того, что она - источник философии К. Маркса, которая огличается от нее, прежде всего, качеством; и он экстраполирует проблему на всю современную философию.

Политические взгляды Г. Лукача часто притупляют остроту его способности проникнуть в суть истории философии. Он более процициален, когда игнорирует внутреннюю логику своей стратегии, чтобы раскрыть новые стороны предшествующей философии, такие как: категория «опредмечивания» в философии К. Маркса; различия в концепции отчуждения во взглядах Г. Гегеля и К. Маркса; степень осведомленности Г. Гегеля по политэкономическим вопросам. Но при этом он наименее процициален, когда делает скоропалительные выводы, например, об абсолютной ценности философии К. Маркса, или о совершенной неспособости буржуазной философии познать социальную действительность.

Убежденность Г. Лукача в значимости соотношения формы и содержания для проблемы познания касается его собственного понимания истории философии. В его трактовке допущена методологическая ошибка, которая препятствует его пониманию философской традиции. Это заблуждение заключается в его стойкой тенденции отдавать предпочтение форме нежели содержанию. Что же касается истории философии, а также познания в целом, то правильно - наоборот. Содержание содержания форме, и неправильно - наоборот.

## ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИЗБИРАТЕЛЬНЫХ ПРАВ ГРАЖДАН РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

*Наильдов А.Ю. - преподаватель кафедры конституционного  
и междиприродного права*

Федеральный закон от 12 июня 2002 г. №67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», с изменениями от 30 января 2007 г. и

другое избирательное законодательство создают необходимые юридические предпосылки для проведения избирательных кампаний различного вида и уровня и в целом отвечают общепризнанным демократическим стандартам организации и осуществления избирательных процедур.

Вместе с тем, накопленный опыт применения законодательства о выборах свидетельствует, что в нем недостаточно четко урегулированы целый ряд имеющихся принципиальные значение вопросов.

Так, постановлением Конституционного Суда РФ от 14 ноября 2005 г. №10-П признана не соответствующей Конституции РФ содержащаяся во взаимосвязанных положениях пункта 5 статьи 48 и статьи 58 Закона об основных гарантиях норма, предполагающая запрет на проведение гражданами лично за счет собственных денежных средств предвыборной агитации, направленной против всех кандидатов.

Постановлением Конституционного Суда РФ от 16 июня 2006 г. №7-П взаимосвязанные положения пункта 5 статьи 48, статьи 51, пункта 6 статьи 52, пунктов 1, 2, 3, 5 и 6 статьи 54, статьи 58, пункта 5 статьи 59 Закона об основных гарантиях признаны не противоречащими Конституции РФ в той части, в какой ими не допускается проведение предвыборной агитации за или против кандидата (кандидатов, список, списки кандидатов) гражданами, не являющимися кандидатами, их представителями, представителями избирательно-го объединения, методами, требующими финансовых затрат, осуществляемых помимо избирательных фондов.

Однако чтобы понять сложность действий законодателя достаточно обратиться к статистике. Так, количество принятых законов на федеральном уровне по избирательной тематике за период 2005-2006 годы составило 16 единиц. И это за 1,5 года<sup>1</sup>.

В качестве основных изменений в избирательном законодательстве можно выделить следующие. Во-первых, отменены институты избирательных блоков. Идеология этого новшества - создание политических партий и становление партийной системы. Во-вторых, введены элементы императивного мандата, выражающиеся в том, что в случае перехода депутата в другую фракцию, этот депутат лишается своего статуса. В-третьих, установлен запрет на включение в списки партии представителей других партий. Кроме этого, восстановлено досрочное голосование, отменены графа «против всех», порог явки избирателей на выборы, введены ограничения при проведении пред-

<sup>1</sup> Материалы семинара-совещания с руководителями оренобургских отделений политических партий 5 сентября 2006 года. - Оренбург. С. 7-8.

выборной агитации на каналах телевидения для распространения призывов голосовать против кандидата, списка кандидатов с распространением любой информации с негативными комментариями, спонсирующей созданию отрицательного отношения к ним избирателей, в том числе и описание возможных негативных последствий избрания кандидата, кандидатов или списка (списков) кандидатов.

Помимо этого, в избирательный закон включены ограничения, вытекающие из статьи 1 Федерального закона от 25 июля 2002 года №14-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности», направленные на борьбу с экстремистской деятельностью, недопущение нацистских проявлений.

Если обратиться к одному из важнейших изменений, а именно отмене графы в избирательном бюллетене «Против всех», обращает на себя внимание ослабление протестного (активного) влияния избирателей в рамках избирательного процесса. К сожалению, правовые новации в избирательном законодательстве часто направлены на сужение электорального поля страны. Так, по мнению О.В. Белякова, каждый раз, когда в избирательное законодательство вносятся поправки, идущая вразрез с демократическими принципами, или, как минимум, балансирующая на грани нарушения этих принципов, под нее подводится логическая база, опирающаяся на опыт стран с уже бывшей демократией<sup>1</sup>.

Это же, по существу, подчеркивает председатель избирательной комиссии Оренбургской области Ю.С. Андреев<sup>2</sup>.

По мнению представителя Комитета по конституционному законодательству и государственному строительству Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, такая форма голосования как «Голосование против всех» в большинстве демократических стран практически не распространена. В прежней редакции федерального закона было записано, что если «против всех» голосуют больше, чем за лидера избирательной гонки, выборы признаются несостоявшимися. Логика проста: если ни один из кандидатов не устраивал избирателей, они могли проголосовать против всех и таким образом добиться нового выдвижения или новых выборов.

Последствия отмены «протестной» графы просты - даже упомянутый Комитет по конституционному законодательству и государственному строительству Государственной Думы в своем заключении

отмечает, что «если избирателю не за кого голосовать, он просто не приходит на выборы», поэтому отмена порога явки избирателей на выборы замыкает «выстроенную систему защиты» от снижения явки избирателей на выборы.

В связи с этим представляется значимость Постановление Конституционного Суда РФ от 14 ноября 2005 г. №10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 5 статьи 48 и статьи 58 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», пункта 7 статьи 63 и статьи 66 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» в связи с жалобой Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации». Существо рассматриваемого дела заключается в следующем.

Постановлением мирового судьи судебного участка №1 Центрального округа города Курска от 23 декабря 2003 года, оставленным без изменения вышестоящими судебными инстанциями, гражданин В.В. Бочков в соответствии со статьей 5.12 КоАП Российской Федерации был подвергнут наказанию в виде административного штрафа в размере 1000 рублей. Признаки состава правонарушения, предусмотренного указанной статьей, судьи усмотрели в том, что в период избирательной кампании по выборам депутатов Государственной Думы в октябре-ноябре 2003 года В.В. Бочков составил, подготовил для печати и передал индивидуально предпринимателю для изготовления тиражом 500 экземпляров агитационный материал с призывом к избирателям голосовать против всех кандидатов («Против всех - правительный выбор»), а затем распространил тираж без предоставления экземпляра (копии) либо фотографии листовки в избирательную комиссию. При этом В.В. Бочков, не будучи кандидатом в депутаты, в нарушение пункта 7 статьи 63 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» оплатил изготовление агитационного материала из собственных денежных средств.

Заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации, оставивший без удовлетворения надзорную жалобу на вынесенные по данному делу судебные решения, при оценке действий В.В. Бочкова как неправомерных сослался также на пункт 5 статьи 48 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», который предусматривает оплату расходов по проведению пред-

<sup>1</sup> Журнал о выборах. 2006. №6. С. 2.

<sup>2</sup> Материалы семинара-совещания с руководством Оренбургских отделений политических партий 5 сентября 2006 года. - Оренбург. С. 7-8.

выборной агитации исключительно за счет средств соответствующих избирательных фондов в установленном законом порядке.

В жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, поданной в Конституционный Суд Российской Федерации в защиту конституционных прав гражданина В. Д. Бочкова, оспаривается конституционность указанных законоположений как запрещающих гражданину предвыборную агитацию против всех кандидатов без предварительной оплаты расходов на ее проведение за счет средств соответствующих избирательных фондов, и находящих себя в системной связи с ними положений статьи 58 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и статьи 66 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», устанавливающих исчерпывающий перечень субъектов, уполномоченных создавать избирательные фонды, - как не называющих в их числе граждан.

Таким образом, предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации по данному делу явились взаимосвязанные положения пункта 5 статьи 48 и статьи 58 Федерального закона от 12 июня 2002 года «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (в редакции от 4 июля 2003 года), а также пункта 7 статьи 63 и статьи 66 Федерального закона от 20 декабря 2002 года «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» (в редакции от 23 июня 2003 года), как предполагающие запрет на проведение гражданами лично предвыборной агитации, направленной против всех включенных в избирательный бюллетень кандидатов, за счет собственных денежных средств.

На наш взгляд, выборы могут считаться свободными, только если гражданам реально гарантированы право на получение и распространение информации и свобода выражения мнений. Законодатель, обещая указанным права, обязан соблюдать баланс конституционно защищаемых ценностей - права на свободные выборы и свободы слова и информации, не допуская при этом неравенства и несоразмерных ограничений (статьи 19 и 55 Конституции Российской Федерации, пункта 2 статьи 10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, пункта 3 статьи 19 Международного пакта о гражданских и политических правах).

Этому выводу корреспондируют и правовые позиции Европейского Суда по правам человека, формулированные им в ряде реше-

ний, посвященных распространению информации в период избирательной кампании.

В частности, в послановлении от 19 февраля 1998 года по делу «Буман против Соединенного Королевства» (Вашман v. U.K.) отмечено следующее: право на свободу слова, гарантированное статьей 10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, необходимо рассматривать в свете права на свободные выборы; свободные выборы и свобода слова, в особенности свобода политической дискуссии, образуют основу любой демократической системы; оба права взаимосвязаны и укрепляют друг друга, поэтому особенно важно, чтобы в период, предшествующий выборам, всякого рода информации и мнения циркулировали свободно; однако при некоторых обстоятельствах эти два права, цель которых - обеспечить свободное выражение мнения народа при избрании законодательной власти, могут вступить в конфликт, и тогда может быть сочтено необходимым введение до или во время проведения выборов определенных ограничений свободы слова, которые неприемлемы в обычных условиях; устанавливая равновесие между этими двумя правами, государства-участники Конвенции достаточно свободны в своем усмотрении, как и во всем, что связано с организацией избирательной системы.

В подтверждение этому Конституционный Суд подчеркнул, что исключение для граждан возможности проводить предвыборную агитацию или отсутствие надлежащих законодательных гарантий ее реализации означало бы, по существу, отказ в праве реально повлиять на ход избирательного процесса, а сам по себе избирательный процесс сводился бы лишь к факту голосования.

Кроме того, Конституционный Суд Российской Федерации уже неоднократно указывал в своих решениях, что в тех случаях, когда конституционные нормы позволяют законодателю установить ограничения закрепляемых ими прав, он не может осуществлять такое регулирование, которое посягало бы на само существование того или иного права и привело бы к утрате его реального содержания; даже имея цель воспрепятствовать злоупотреблению правом, он должен исполнять цель не чрезмерные, а только необходимые и обусловленные конституционно признаваемыми целями таких ограничений меры.

Между тем федеральный законодатель, признав право граждан на проведение предвыборной агитации против всех кандидатов, не предусмотрел специальное нормативное обеспечение данного права, прежде всего, в части, касающейся возможности использования для ее финансирования иных, помимо избирательных фондов, средств, в

результате чего поставил граждан в ситуацию недопустимой неопределенности относительно правил правомерного участия в избирательном процессе.

Таким образом, Конституционный Суд закрепил, что в условиях отсутствия в избирательном законодательстве формально определенного порядка реализации гражданами права на проведение лично предвыборной агитации против всех кандидатов за счет собственных (не являющихся средствами избирательных фондов) денежных средств норма, содержащаяся во взаимосвязанных положениях пункта 5 статьи 48 и статьи 58 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», пункта 7 статьи 63 и статьи 66 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», как предполагающая запрет на проведение предвыборной агитации, направленной против всех кандидатов, гражданами лично за счет собственных денежных средств, представляет собой чрезмерное, не обусловленное конституционно значимыми целями ограничение свободы слова и права на распространение информации в форме предвыборной агитации, не отвечает требованиям определенности и недвусмысленности и поэтому не соответствует Конституции Российской Федерации, ее статьям 19, 29 (части 1 и 4) и 55 (часть 3).

Одновременно Суд обязал федерального законодателя незамедлительно принять меры по урегулированию вопроса о порядке осуществления гражданами права на проведение предвыборной агитации против всех кандидатов.

Учитывая изложенную позицию Конституционного Суда, по нашему мнению, в понятийно-категориальный избирательный аппарат следует внести следующее изменение в определение предвыборной агитации. «Предвыборная агитация - определенные действия, осуществляемые в рамках избирательной кампании, представляющие собой установленный порядок, регулирующий деятельность граждан Российской Федерации, кандидатов, зарегистрированных кандидатов, избирательных объединений, общественных объединений, как имеющая целью побудить или побуждающая избирателей к участию в выборах с целью выражения определенных предпочтений кандидату, кандидатам, списку кандидатов (спискам кандидатов), а также к проведению определенных действий против кандидата, кандидатов, списка кандидатов (списков кандидатов), либо против всех для достижения определенного результата при проведении голосования».

ния за того или иного (иных) кандидатов, списка кандидатов (списков кандидатов) либо против них».

Возможно изменить также сроки проведения предвыборной агитации. На наш взгляд, они должны быть указаны не со дня выдвижения кандидата (списка кандидатов), а со дня официального опубликования решения о назначении выборов. К тому же такой «ранний старт» следует предоставить только для политических партий.

Если говорить об обеспечении гарантий избирательных прав граждан, то следует признать, что детальная законодательная регламентация не всегда является достаточной мерой для защиты этих прав. По мнению А.Е. Постникова, так происходит в случае, если законодатель субъекта Российской Федерации не обеспечивает достаточно подробное регулирование вопросов использования кандидатами возможностей предвыборной агитации через печатные средства массовой информации и организации телерадиовещания. Однако права граждан могут быть недостаточно обеспечены, если законодатель выполнил задачу по регламентации институтов избирательного права, но сделал это ненадлежащим образом. Так, в случае, если законом субъекта Российской Федерации установлен неадекватно низкий предел расходов кандидата из средств избирательного фонда, это существенно ограничивает возможности свободно ведения им избирательной кампании<sup>1</sup>.

Действующей редакцией Закона об основных гарантиях избирательных прав прослеживается тенденция к увеличению общего объема регламентации рассматриваемых институтов избирательного права.

Однако в значительном количестве случаев такая детальная и однозначная регламентация заставляет субъекты Федерации обособленно требовать решения в федеральном законе специфических задач, вытекающих из особенностей осуществления государственной власти и местного самоуправления в условиях конкретного субъекта Российской Федерации.

В то же время для обеспечения гарантий реализации пассивного избирательного права граждан необходимо дальнейшее совершенствование рамочного федерального регулирования. Максимальная эффективность такого регулирования достигается при условии четкого определения в законе возможностей субъектов Федерации по установлению дополнительных гарантий избирательных прав граждан.

По нашему твердому убеждению, требует дальнейшего совершенствования система избирательных комиссий, осуществляющих ос-

<sup>1</sup> Журнал *российского права*. 2002. №5. С. 22.

новые функции правоприменения при проведении выборов. При этом создание единой вертикали «избирательной власти», подразумевающей соподчинение избирательных комиссий сверху донизу и порядок формирования нижестоящих избирательных комиссий с участием вышестоящих, не соответствует конституционному разграничению полномочий Российской Федерации и ее субъектов как в сфере избирательного законодательства, так и в сфере организации государственной власти и местного самоуправления. Обеспечение исполнения законов о выборах является функцией не только избирательных комиссий, но и иных органов государственной власти, прежде всего федеральных судов. Задачи же оптимизации деятельности избирательных комиссий по обеспечению действия избирательных законов вполне решаемы за счет опделенного расширения контрольных полномочий избирательных комиссий.

В этой связи Центральная избирательная комиссия Российской Федерации и избирательным комиссиям субъектов Российской Федерации целесообразно предоставлять дополнительные полномочия по участию в рассмотрении судами дел по жалобам на решения, действия (бездействия) не подчиненных им избирательных комиссий, подаваемых в порядке пункта 7 статьи 63 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации».

Председатель избирательной комиссии Приморского края С.Д. Князев подчеркивает, что серьезного внимания заслуживает и вопрос о статусе, формах деятельности и гарантиях независимости избирательных комиссий. В этом отношении в законодательстве, и в особенности на уровне субъектов Российской Федерации, содержится еще немало пробелов и неиспользованных резервов. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что статус избирательных комиссий закрепляется весьма фрагментарно, а иногда даже и на подзаконном уровне. В таких условиях вряд ли можно говорить о надлежащем юридическом обеспечении деятельности избирательных комиссий как независимых органов, что может приводить на практике к негативным результатам, а ведь избирательные комиссии в соответствии с Законом об основных гарантиях избирательных прав в своей деятельности независимы от государственных органов и органов местного самоуправления и должны руководствоваться законом и интересами избирателей<sup>1</sup>.

Для придания стабильности и большей независимости статусу избирательных комиссий необходимо решить целый ряд вопросов: уточнить порядок формирования избирательных комиссий; установить надежные юридические, организационные и социальные гарантии деятельности избирательных комиссий всех уровней и их членов; определить временные параметры деятельности избирательных комиссий, обеспечивающие непрерывность и преемственность их работы; предусмотреть невозможность досрочного прекращения полномочий избирательных комиссий (их членов) и их роспуска иначе, как на основании решения судебных органов и только по исчерпывающему перечню формально определенных обстоятельств.

Интересное предложение высказал С. Сомов. Он предложил в текст статьи 2 ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» ввести также термин «участники выборов». Фактически все они перечислены в дальнейших статьях закона, который относит к ним кандидатов, зарегистрированных кандидатов, их доверенных лиц, избирательные объединения, их уполномоченных представителей, избирателей, общественные объединения, избирательные комиссии, средства массовой информации, наблюдателей и т.д. Поэтому под «участниками выборов» следует понимать «физических и юридических лиц, участвующих в организации и проведении выборов в установленном законом порядке»<sup>1</sup>.

В дополнение к этим изменениям мы бы добавили следующее. Поскольку выборы - это установленные в соответствии с законом определенные избирательные действия (избирательный процесс) на правленый на достижение определенного результата, то есть возможное избрание того или иного зарегистрированного кандидата, списка кандидатов (списков кандидатов) на соответствующую должность или в выборный орган, где каждый из участников избирательного процесса ставит перед собой определенную задачу не всегда связанную с его избранием, но все же в большинстве случаев, несомненно, каждый из них проводит свою избирательную кампанию с целью победы на выборах.

Исходя из изложенного, понятие «избирательная кампания» можно представить как определенные избирательные действия или деятельность кандидатов, зарегистрированных кандидатов, избирательных объединений с определенной поставленной задачей из них задачей.

<sup>1</sup> Журнал о выборах. 2006. №6. С. 10.

<sup>1</sup> Российская юстиция. 2001. №4. С. 12.

С учетом вышесказанного юридически более точно назвать агитацию не предвыборной, а скорее, избирательной агитацией, следуя логике, что избирательная агитация проводится до голосования избирателей с целью получения определенного результата или выполнения поставленной задачи.

В заключение отметим, что сами по себе именно свободные выборы являются инструментом, обеспечивающим непосредственное участие граждан в управлении делами государства, но это понятие на самом деле действительно больше, чем демократическая процедура. Институт выборов - одна из важнейших основ для государства и общества, ведь с его изменением происходит изменение страны, поэтому новации в избирательной системе должны применяться на основе принципов избирательного права и определенных международных признанных избирательных стандартов. И в этой связи четкое и однозначное закрепление правового статуса избирателя придаст избирательному процессу подлинно демократический характер. Так, по мнению О.Е. Кулафина, «правовой статус избирателя представляет собой совокупность его прав и обязанностей, связанных с участием избирателя в голосовании и в иных избирательных действиях, (подчеркнуто мною) предусмотренных законом и правовыми законными методами».<sup>1</sup> С данным определением нельзя не согласиться, так как оно подтверждает возможность участия избирателя в избирательных действиях в соответствии с законом, а следовательно, и наши предположения.

Становится очевидным, что от качества избирательного законодательства зависит многое, в том числе и решение таких фундаментальных проблем современной России, как развитие гражданского общества, выстраивание взаимоотношений и взаимопонимания общества и власти, повышение правовой культуры избирателей и их действительного участия в управлении делами государства, становление политической инфраструктуры и, наконец, главного - это становление России как действительно подлинного демократического государства.

## СВОБОДА И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В ФИЛОСОФСКОЙ РЕФЛЕКСИИ

*Недорезов В.Г. - доцент кафедры общегуманитарных, социально-экономических наук и управления, к.ф.н.*

### 1. Свобода и необходимость

*Свобода* - это одна из основных философских категорий, характеризующих сущность человека и его существование, состоящая в возможности личности мыслить и поступать в соответствии со своими представлениями и желаниями, а не вследствие внутреннего или внешнего принуждения.

Вопрос о сути свободы связан с вопросом о ее границах. Человечество, со всех сторон ограниченное множеством необходимостей. Мы материальны и телесны, значит, подчинены физическим законам и законам физиологии. Как личности, принадлежаше конкретному обществу, мы подвластны его социальным и юридическим законам, нормам и правилам. Мы родились «в определенном месте и в определенное время», природная и социальная фактичность которых нам с необходимостью предшествует.

Первая концепция свободы, идущая от античных стоиков, Спинозы и Гегеля, такова: свобода есть познанная необходимость. Это отрицательная трактовка свободы («свобода от»).

Создавая учение о свободе, Спиноза развил идею Декарта о том, что обречение человеком свободы должно происходить на пути подчинения человеческих страстей разуму. Для Спинозы свобода проявляется в господстве разума над чувствами, в торжестве страсти к познанию над всеми другими человеческими страстями.

Но что же такое свобода? *Основание свободы состоит в возможности выбора*. Если мы ничего не выбираем по своей собственной воле, то мы несвободны. Еще Эпикур писал о свободе атомов как самопроизвольном их отклонении от предзаданной необходимости. Окончательно понимание свободы как выбора оформляется в христианстве, которое связывает со свободным решением выбор человека между добром и злом. Воля человека свободна, то есть она сама делает выбор, не являясь простым следствием неких детерминирующих ее причин.

К представителям детерминизма можно отнести Декарта, Спинозу, Гоббса. Примером же последователями которого индетерминизма можно считать философия Фихте.

<sup>1</sup> Кулафин О.Е. «Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации». Ученое пособие. - М., 2003. С. 164.



Понимание категории «свобода» включает в себя и полное отрицание самой возможности свободного выбора (в концепциях бихевиоризма), и обоснование «бегства от свободы» в условиях современного цивилизованного общества (в концепции Э. Фромма).

Реализация свободы немыслима без осознания *необходимости* философской категории, выражающей объективные связи материального мира. Необходимость обозначает то, что благодаря присоединению определенностей бытие понижается к переходу из области возможного в сферу наличного бытия.

По-своему решает противоречие свободы и необходимости в деятельности человека Гегель. Фактически провозглашается абсолютная свобода Мирового Разума. Человек же в своем историческом развитии лишь воплощает в себе различные степени свободы от низших к высшим.

В философских направлениях XIX–XX вв. большое распространение получили индетерминистские взгляды персонализма и экзистенциализма (Сартр, Камю, Мунье и другие), которые усматривали в человеке субъекта абсолютной свободы, противостоящего внешнему миру.

В понимании соотношения свободы и необходимости выделяются такие философские учения, как фатализм<sup>1</sup> и волюнтаризм<sup>2</sup>. Фатализм – это мировоззрение, рассматривающее каждое событие и каждый человеческий поступок как неотвратимую реализацию изначально предопределения, исклю-чающе свободу и случайность. Это объясняется или судьбой (в мифологии и язычестве), или волей Бога (в христианстве или исламе), или детерминизмом замкну-

1 Фатализм (лат. *fatum* – рок, судьба; *fatalis* – роковой, неотвратимый). Приметительно к морали фатализм имеет различный смысл. Чаще всего он связан с проповедью смирения, непротекания судьбе, обрекает людей на пассивность и покорность, на отказ от борьбы за переустройство общества (стоицизм). Фаталистическим является, например, религиозное учение о происхождении зла на земле, о возможности его преодоления лишь посредством искупления во Христе и конечного спасения (эсхатология). Иногда, напротив, фатализм выражается в том, что определять людей, верящих в предопределение, принижается роль последние судьбы, проводников божественной воли, которые должны поэтому приложить все силы ради исполнения предначертанного.

2 Волюнтаризм (лат. *voluntas* – воля) – субъективный принцип понимания нравственной деятельности; характеристика личной позиции, поступков, взглядов человека, отличающаяся открытым провозлом. Как практический принцип поведения волюнтаризм выражает точку зрения крайнего индивидуализма и нигилизма и в конечном итоге ведет к аморализму. Следуя этому принципу, человек должен совершать свой моральный выбор независимо от каких-либо общественных норм и установлений, произвольно определять свою нравственность, руководствуясь лишь собственным вкусом. Волюнтаризм – крайнее выражение этического релятивизма, в основе которого лежит извращенное понимание нравственной свободы человека; самодетельности и творчества в морали.

той системы, где каждое последующее событие жестко связано с предыдущими (в философии Т. Гоббса и Б. Спинозы). Волюнтаризм – это признание примата воли над другими проявляемыми духовной жизни человека, включая мышление. Корни волюнтаризма содержатся в христианской догматике, в философских учениях И. Канта, И. Фихте, А. Шлегеляуэра, Н. Гартмана, Ф. Ницше. Воля считается слепым, неразумным первоначалом мира, диктующим свои законы человеку. Как крайнее проявление этического релятивизма волюнтаризм в основном проявляется в социально-политической практике, как попытка произвольно решать проблемы жизни общества, не считаясь с объективными законами.

Фатализм отрицает наличие какой-либо альтернативы и возможность свободного выбора. Волюнтаризм подразумевает игнорирование природной, социальной и иной необходимости, что приводит к произволу, вседозволенности, анархии, то есть также вообще исключает свободу.

Идея о свободе воли как особом качестве человека получила в XX в. яркое выражение в экзистенциализме, где свободной воле придан статус абсолютности. Однако в большинстве разнородных течений, признающих свободу воли, она ограничена необходимостью. Но даже если мы признаем наличие законов истории, то они действуют на уровне общества. На уровне же существования отдельного человека остается возможность выбирать. Человек волен предпочесть тот или иной вариант поведения, то или иное действие, способ перевести свободу выбора из возможности в действительность.

Но каковы условия свободного морального выбора? Во-первых, должны отсутствовать внешнее принуждение и запрет. Во-вторых, требуется сознательность, способность увидеть существующие варианты и остановиться на одном из них. Если человек выбирает спонтанно, или действует, следуя моральной привычке или внутреннему запрету, возможно, он поступает правильно, но он несвободен. Автономизм морального действия, к сожалению, не гарантирует реально-го добра. Гибкость и адекватность морального поведения обеспечивается как раз возможностью сознательного, рефлексивного отношения к действительности, предваряющего свободный выбор. В-третьих, необходимы ориентиры – ценности, цели, идеалы. Для реализации выбора мало иметь «свободу от» – от запрета, приказа, скрывающихся обстоятельств. Люди, не имеющие позитивных ориентиров и освобожденные от доминировавших над ними правил и схем, нередко теряются и не знают, что же им делать со своей свободой. Это

часто происходит в обществах, переживающих трансформацию от тоталитарной модели устройства к демократической.

Конкретный набор ценностей как бы заранее задает пространство альтернатив, дает возможность вылить предпочтения. Человек должен понять, для чего ему нужна свобода и как он может ее применить.

Итак, свобода - это всегда возможность поступать в соответствии с собственными желаниями, стремлениями в рамках наличной необходимости.

Что выбираем мы в нашем поведении?

Прежде всего, мы более или менее сознательно определяем собственные *исходные эмоционально-нравственные предисылки*. Например: «Добивайся успеха любой ценой». Или: «У меня много недостатков, но есть принципы, которые я никогда не нарушу». Конечно, такие установки чаще всего даются нам родительским воспитанием или влияниями раннего детства. Но в зрелом возрасте человек должен осознать свои собственные внутренние стремления и либо развивать их, либо начать поиск иной системы моральных принципов. Мы свободны менять свое отношение к действительности, к другим людям и к самим себе.

Кроме основных ориентиров, мы выбираем конкретные цели и принимаем конкретные решения, которые должны отвечать наличной ситуации. Избираемые реальные цели не всегда носят собственно нравственный характер, но они часто включают в себя моральный аспект. Моральный аспект проявляется, когда ситуация конкретизируется. Вы хотите быть честным человеком или готовы добиваться успеха в жизни любой ценой? Когда человек ставит перед собой конкретную жизненную задачу, он, как правило, этими вопросами уже опеределился. Нравственный аспект конкретного целеполагания проявляется и в том, для чего именно вам нужно решить эту задачу.

Однако, как бы то ни было, свою конкретную цель и своеобразное ей решение мы выбираем сами. Предложенная другим человеком цель только тогда органично выписывается в наше поведение, когда мы, подумав, внутренне соглашаемся с ней, даем ей санкцию своим свободным решением.

Кроме выбора цели, необходимо выбрать и средства для ее достижения. Средства, как правило, бывают многообразны. Главное, чтобы они были адекватны поставленной цели, целесообразны, неморальны. Если у человека нет возможности применить средства, адекватные цели, он свободен вообще отказаться от ее достижения, по крайней мере, временно.

## 2. Свобода воли

Понятие «*свобода воли*» означает возможность внутреннего самоопределения человека в выполнении тех или иных целей и задач личности. В истории философской и богословской мысли понятие свободы воли связывалось с изменчивостью человека, с его ответственностью за свои деяния, с исполнением своего долга и осознанием предназначения. Утвердительный, отрицательный или ограничительный ответ на вопрос о возможности свободы воли предопределен выбором той или иной мировоззренческой системы. Воля - это сознательное и свободное устремление человека к осуществлению своей цели, которая представляет для него определенную ценность. Волевой акт имеет характер духовного явления, коренящегося в структуре личности человека и выражающего должностывование. Воля противополжна импульсивным стремлениям и влечениям, а в ряде ситуаций (в случаях самоубийства) - витальным (жизненным) потребностям человека. Понятие воли относят к зрелой личности, полностью отдающей себе отчет в своих действиях и поступках.

Волевые качества человека определяются отчасти генетически, отчасти воспитываются окружающей средой. Они входят в структуру характера личности. В истории философской мысли воля трактовалась, во-первых, как следствие природной или сверхприродной детерминации, предопределенности (Бог, Абсолют), во-вторых, как самополагающая сила, определяющая весь жизненный процесс человека (в концепциях А. Шопенгауэра и Ф. Ницше).

Как человек совершает свободный выбор между добром и злом - сознательно или неосознанно?

Представление о том, что люди всегда выбирают добро, восходит к Сократу. Наша воля всегда стремится к благу или к тому, что она считает благом. Причина же зла - невежество, незнание. «Между мудростью и благоразумием Сократ не находил различия: он признавал человека вместе и умным, и благоразумным, если человек, понимая, в чем состоит прекрасное и хорошее, руководится этим в своих поступках, и, наоборот, зная, в чем состоит нравственно безобразное, избегает его»<sup>1</sup>.

Сократ, в отличие от софистов, считал, что добродетели нельзя научить. Те, кто берется обучать кого-то добродетели, снимают с тех, кого они собираются обучать, ответственность за нравственное содержание собственной жизни.

<sup>1</sup> Ксенофонт *Афинский. Сократические сочинения*. М.-Л., 1935. С. 119.

Согласно Фоме Аквинскому, воля - это духовная побудительная способность, отличная от чувственных побудительных сил, которой свойственно покоиться во благе, данном ей разумом. Именно благо побуждает движение воли. Болю дарует создатель вместе с естественной склонностью к благу, которое и является источником ее спонтанных движений. Однако естественная устремленность воли определяется непосредственно лишь общим благом, тогда как отдельное благо не способно непосредственно определять движение воли. Выбор конкретной цели воления с помощью разума зависит от самого человека.

Естественная склонность к всеобщему благу не является достаточно могущественной, чтобы обеспечить постоянное утверждение свободного выбора в благе. Но если воля склоняется к злу, то это всегда происходит за счет того, что какое-то зло является как добро.

В книге «Сумма теологии», описывая свободную деятельность воли, детерминированную только ее внутренней метафизической структурой, Аквинат не использует современное выражение «свободная воля», но предпочитает выражение *liberum arbitrium*, именно это значение «свободный выбор». Этот выбор не является только актом в высшей степени независимой воли, но - общим делом обоих способностей, разума и воли, при котором одна из них подчинена другой. Решение подлинно свободного выбора принимается, прежде всего, разумом, подготовляющим почву подобного выбора. Человек не всегда свободен в совершении своего выбора, но сам выбор свободен, будучи зависимым от решения, которое является рациональным: свободный выбор, таким образом, не предшествует разуму и воле, а следует за ними. Достоинство независимой личности заключено не только в осуществлении действия, но и в распознавании цели и средств, которые ведут к этой цели, их взаимного соответствия. Все это осуществляется разумом, который выносит свои решения и определяет условия, то есть определяет то, что выступает для воли объектом устремления.

Однако само «отбирание» в процессе выбора реализуется информацией мирванной волей. Следовательно, способность, делающая решения разума свободными в свободном выборе, - это воля. Воля движет разумом, предписывая ему принимать решения, а разум движет волей, представлявая ей соответствующие цели. Обе способности связаны друг с другом.

Подобной точки зрения придерживались и многие другие христианские теологи. Вернар Клервоский в трактате «О благодати и свободе воли» писал: «Таким образом, поскольку свободный выбор следу-

ет за волей, то, если она исчезает, не может быть и его. Воля же одинаково упорствует как во благе, так и во зле. Поэтому, само собой разумеется, что и свободный выбор пребывает полностью как в добре, так и во зле».

Понятие свободы развивалось в христианстве как выражение идеи равенства людей перед Богом и возможности для человека свободно-го выбора на пути к Богу.

Мировой разум, субстанция или Бог - это силы, не соизмеримые с жизнью, с бытием человека, который есть лишь момент божественного творения. Поэтому человек не должен претендовать на самоволие, на самостоятельность своих желаний.

С точки зрения Ж.-П. Сартра, свободный человек в своем выборе ничем не детерминирован, то есть ничем не определяется. Мир, в котором живет человек, абсурден. Его абсурд состоит в том, что он полностью не соответствует нашим желаниям и стремлениям. Между миром и человеком лежит пропасть. Свобода - это готовность поступать в соответствии со своими внутренними убеждениями. И эта свобода ничем внешним ограничена быть не может. Сделать себя рабом может только сам человек.

По Сартру, человек свободен лишь постольку, поскольку он не детерминирован миром «вещей-в-себе». Свобода состоит в выборе самого себя - в выборе собственного предметного мира, рассматриваемом как «открытие». В силу того, что человек непременно переживает *кризисные* ситуации, он просто обречен быть свободным.

Итак, с точки зрения Сартра, единственное подлинно философское определение свободы - это то, что она есть *автономия выбора*. В то же время свобода неотрывна от *ответственности*. Правда, речь идет об экзистенциальной ответственности, и совсем не об ответственности перед кем-то. Будучи свободным, человек ответственен за мир и за самого себя, и это способ его бытия.

Такая трактовка свободы в экзистенциализме получила название положительной («свобода для»).

Рефлективная природа свободного выбора проявляется особенно отчетливо в ситуации нравственного конфликта перед лицом двух равноправных высших ценностей. Между двумя высшими ценностями нельзя совершить выбора по моральной привычке. Моральная привычка - нарабатанный в ходе воспитания и жизни автоматизм - помогает нам в простых случаях, когда различие между хорошим и плохим очевидно. Чаще всего при отсутствии времени на размышления человек не столько интуитивно выбирает, сколько реализует ту

ценность, которую можно реализовать при дефиците времени. Он идет за возможным, а не за желаемым и свободно избранным.

Ж.-П. Сартр считает, что наш истинный выбор осуществляется в поступке. Сам поступок и есть предпочтение. Однако, по словам того же Сартра, мы «обречены на свободу». Это значит, что даже отсутствие выбора есть выбор. Вопрос о свободе выбора неминуемо подводит нас к теме ответственности.

### 3. Ответственность

Проблема свободы всегда привлекала пристальное внимание в связи с тем, что она разрешала важный практический вопрос: несет ли человек ответственность за свои поступки? Если признать абсолютную детерминированность поступков внешними, внешними факторами, то тогда любые деяния индивида нельзя ни вменить ему в вину, ни поставить в заслугу. Абсолютная же автономия личности прерывает причинно-следственные связи с миром, разрушает целостность человеческого бытия.

Разумеется, перечисленные формы свободы далеко не исчерпывают многообразие этого феномена. Следует отметить свободу от произвола. В своих мыслях и действиях человек свободен не потому, что они причинно не обоснованы. Он свободен, пока реально сохраняется возможность выбора и предпочтения и объективные условия не принуждают его действовать вопреки собственным интересам и целям. Следует также учитывать, что не существует абстрактной свободы, «свободы вообще» - она всегда относительна и конкретна. Люди могут обладать свободой в одной сфере деятельности, но лишены ее в другой. Свободная деятельность может относиться также к выбору средств для осуществления целей и задач личности или же ограничиваться свободой приспособления к объективным условиям существования.

Ответственность - оборотная сторона свободы. Тот, кто действует свободно, полностью отвечает за содеянное.

*Нести ответственность* - значит принять на себя все последствия совершаемых поступков.

Ж.-П. Сартр, подгававший человека существом абсолютно свободным в выборе, усматривал одну единственную моральную норму, которой должны с необходимостью подчиняться люди - это ответственность за всякий свободный выбор.

Представление о личной ответственности человека за все, что с ним происходит, было характерно для древних эзотерических учений. Оно

получило выражение в теории кармы. Согласно ей, каждое деяние человека имеет последствия, которые он с неизбежностью переживает. Это относится и к личной эмпирической жизни, и к перевоплощению. Страдания - лишь форма неизбежной ответственности.

Безрелигиозное, светское понимание морали приписывает человеку полностью ответственности не за всякое действие, хотя в оценках таких «ответственных» ситуаций есть много противоречий и несогласий.

Первым важнейшим условием ответственности человека является сама свобода совершаемого действия. Неслучайно Гегель определил мораль как «право субъективной воли».

Как носитель ответственности субъект должен быть самостоятельным и свободным. Субъект действия должен быть в состоянии предусмотреть последствия своих действий, что непосредственно связано с предсказуемостью событий. Наконец, ответственность предусматривает наличие инстанции ответственности, то есть того или тех, перед кем отвечает субъект действия. Ответственность может быть введена только там, где есть действительная возможность «ответа», то есть возможность свободного выбора субъектом альтернатив действия. Ответственность, таким образом, есть мера соответствия свободы воли действующего субъекта и необходимости соотнесения ее со свободой воли других субъектов, а также объективными обстоятельствами.

Как мы могли убедиться, нести моральную ответственность за свою свободу довольно тяжело.

Немецко-американский философ ХХ в. Эрих Фромм посвятил проблеме бегства от свободы книгу с таким же названием. Возникновение капитализма, по его мнению, привело к распаду старых связей. Индивиды оказались атомизированы, расплывены в больших городах, где больше не на кого было положиться. Люди приобрели свободу самим решать свою судьбу. Над ними больше не было ни традиций, ни сеншоров, отдающих приказы. Но им стала принадлежать не только свобода, но и ответственность за собственные поступки.

Фромм выделяет целый ряд психологических механизмов, позволяющих избавиться и от факта собственной свободы, и от ответственности за происходящее. Эти механизмы действуют, как в личных отношениях, так и в социальных. Первый механизм бегства от свободы - охотное подчинение тоталитарным режимам. Люди хотят иметь сильного вождя, который способен и приказывать, и взять на себя ответственность за все происходящее.

Второй механизм социального уклонения от личной ответственности Фромм называет автоматизирующим конформизмом<sup>1</sup>. Это не-критическое принятие нами общественного мнения.

Для Э. Фромма свобода и ответственность - единственно достойный способ человеческого бытия.

#### 4. Критерии моральной ответственности

Перед кем ответствен человек?

1) Согласно светской точки зрения, человек ответствен перед дру-гими людьми. Мы живем в обществе и зависим от других людей.

2) С религиозной точки зрения, люди ответственны, прежде все-го, перед Богом, а уж во вторую очередь - перед себе подобными. Наша ответственность выражается в покаянии, отъеме Богу обо всех на-ших делах.

3) Согласно индивидуалистическим концепциям (с различными мировоззренческими ориентациями), человек должен держать ответ только перед самим собой. «Я» - последнее и единственное, что мы знаем с достоверностью. У меня нет, по мнению индивидуалистов, никакого фундаментального долга по отношению к другим, и потому я перед ними не в ответе. Лишь о себе я должен заботиться по-насто-ящему. Другие люди, отчужденные от меня, не имеют никакого пра-ва спрашивать с меня и судить мою уникальность. Кроме того, мо-ральная ответственность человека, как отметил еще А. Шопенгауэр, «хотя прежде всего и видимо касается того, что он делает, в сущнос-ти же она относится к тому, что он есть, ибо, раз дано последнее, его поведение при проявлении мотивов никогда не могло быть иным, не-жели оно было. ... Что он, так это явствует из поступка, таков, а не иной - вот за что он чувствует себя в ответе: здесь, в esse, лежит то место, куда направлен бич совести»<sup>2</sup>.

4) Согласно учениям, стремящимся совместить ориентацию на других с принципом индивидуализма (Э. Фромм, В. Франкл и др.), человек в ответе перед своей собственной совестью, он не подчинен извне никакому диктату, однако совесть его ориентирована не толь-

<sup>1</sup> Конформизм (лат. conformis - соответный) - социальная ориентация, складывающая не в результате самостоятельных решений (или полнокровного участия в решении) общественных и нравственных проблем, а пассивного, приспособительного принятия готового порядка вещей. Конформист не вырабатывает собственной моральной позиции при решении объективных задач, а приспосабливается к тем стилям, диктатом и канонам поведения и сознания, которые обладают наибольшей силой воздействия на него, то есть навязываются ему явно (принуждением) либо неявно (внутренним, через традицию или друзей путем).

<sup>2</sup> Шопенгауэр А. Две основные проблемы этики. - Минск: Попурри, 1997. - 592 с.

ко на собственное благо, но и на благо ближних. Учет интересов других понимается в этом случае как естественное стремление человека. Это высшее начало во мне соединяет меня со всем остальным миром и обязывает к бесконечному благожелательству.

За что ответствен человек? За поступки или за мысли и намерения?

1) Со светской точки зрения, делющей акцент на ответственности перед другими людьми, прежде всего мы отвечаем за поступки. На этом же принципе построена ответственность юридика. Если человек только думал сделать кому-то зло, но реально ничего не сделал, то и ответственности он не понесет.

Светский подход, не отвергая ответственности за состояние души, выдвигает на первый план ответственность за поступок, потому что именно практическое поведение, действие способно зримо и реально изменить нечто в своей и чужой жизни. За это изменение, злое или благое, мы и держим ответ как перед другими, так и перед собой. С позиции эмпирической жизни, прямо не просматривается то реальное влияние, которое оказывают на действительность мысли и чувства сами по себе. Субъективное переживание - нравственная невидимка для ответственности, понятием как отчет за дела.

2) Совсем другого взгляда придерживаются религиозная и эзотерическая морали. В религии мы ответственны, прежде всего, за состояние своей души. Душа вечна, от того, какие она несет в себе переживания и думы, зависит и то бесконечное будущее, которое ей предстоит. Мы в ответе перед Творцом за свою душу.

#### 5. Проблема автономии морали

Как мы уже выяснили, именно свобода воли дает возможность человеку поступать морально - самостоятельно и ответственно. Однако следует подробнее разобратся, какова последняя мера свободы.

Крайние, противоположные друг другу позиции - натурализм и абсолютная автономность морали.

С точки зрения натурализма, мораль в принципе не способна быть автономной от влечений, потребностей и страстей человека. Натуралистические концепции рассматривают волю как полностью детерминированную его потребностями и влечениями. При выборе происходит борьба мотивов, внутренних стимулов, которые основаны на объективных биологических и социальных нуждах.

Противоположная позиция представлена воинствующим индивидуализмом в духе Ж.-П. Сартра. Воля человека абсолютно сво-

бодна, и потому мораль совершенно автономна и не зависит ни от каких влияний: ни от боли, ни от страха, ни от нормативных требований общества.

Проблема автономии морали была рассмотрена в XVIII в. Иммануилом Кантом, унаследовавшим традицию, идущую еще от стоиков. И Кант рассматривал человека как существо, принадлежащее двум мирам. В мире природы он следует эмпирической необходимости, и как биологическое существо он подчинен во всем законам природы. В интеллигентном (умопостижимом) мире как существо наделенное мышлением, высшим проявлением которого является практический (нравственный) разум, то есть способность воспроизводить и следовать высшим всеобщим моральным ценностям должного, он абсолютно свободен в выборе целей собственного развития и средств их достижения.

Надо сказать, что, в противовес кантовскому пониманию автономии морали от любого чувства, в истории философии существовала другая этическая линия, восходящая к Аристотелю. Аристотель, Руссо, Фейербах, а в XX в. Макс Шелер, не отказывая человеку в свободе воли, огонь не противопоставляют ее эмоционально-чувственному началу. Напротив, речь у них идет о том, что свободный выбор не может совершаться без чувства.

С вопросом об автономии морали связан еще один важный вопрос: как нам оценивать свободно совершенный поступок - по его мотивам или по его результатам?

В истории этики существуют, по крайней мере, две позиции, с которыми оценивается поступок: позиция прагматизма и позиция теории доброй воли.

С прагматической точки зрения ценен только тот поступок, который дает полноценные практические плоды. Поскольку прагматизм приравнивает полезное к нравственному, постольку для него не существует проблемы особой нравственной оценки человеческого поведения. Для прагматика отсутствуют дифференциации, связанные с мотивами действия, его одобрение относится только к итогу. Если итог благой, значит, и действие благое, и человек, который его произвел, вне всяких сомнений хорош и достоин похвалы. Идеал утилитаризма: «Больше пользы для большего числа людей».

Иной позиции придерживаются приверженцы теории доброй воли, восходящей к стоицизму. По их представлениям, добрая воля - сама по себе благо, независимо от того, достигает ли она своей цели. Нравственные мотивы, чистые устремления души, желание делать добро - самостоятельная ценность. Добрая воля не бывает простой мечта-

тельностью, она всегда выражает себя в поведении, поэтому мы оцениваем не волю саму по себе, а ее деятельное проявление.

Необходимо оценивать свободно совершенный поступок в единстве его мотивов и результатов.

## 6. Выбор свободы

Выделяется несколько моделей взаимоотношений человека и общества по поводу свободы и ее атрибутов.

Во-первых, это отношения борьбы за свободу, когда человек вступает в открытый и непримиримый конфликт с обществом, добиваясь своих целей любой ценой. Такой бунт может не принести предметных результатов, но позволит не поступиться моральными принципами и сохранить уважение к себе.

Во-вторых, это бегство от мира, реальное или мнимое, когда человек не в силах обрести свободу среди людей и бежит в монастырь, в леса, в себя, в свой внутренний духовный «мир», чтобы там обрести способ свободной самореализации.

В-третьих, человек адаптируется к миру, жертвуя в чем-то своим в стремлении обрести свободу, идя в добровольное подчинение с тем, чтобы обрести иной уровень свободы в измененной форме.

На этом мы завершаем разговор о свободе и ответственности.

## ТРАНСФОРМАЦИЯ СОДЕРЖАНИЯ ПРИНЦИПОВ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ПРАВА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

*Рыбкина О. В. - доцент кафедры конституционного и международного права*

В истории мировой цивилизации выборы, избирательное право и избирательные процедуры занимают особое место. Свободные выборы признаны одним из основополагающих принципов конституционного строя России, они отражают глубинную сущность российского конституционализма<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Цит. по: Кабышев В. Т. Принципы организации избирателей и правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации. / Конституционное развитие России. Междисциплинарный сборник научных статей. Саратов. 2010. С. 5.

Высшим непосредственным выражением власти народа являются референдум и свободные выборы (статья 3, часть 2 Конституции РФ). Граждане РФ имеют право избирать и быть избранными в органы государственной власти, органы местного самоуправления, а также участвовать в референдуме (статья 32, часть 2 Конституции РФ). Данные конституционные положения создают основу участия народа в осуществлении государственной власти и согласуются с международно-правовыми актами, в частности, со статьей 3 Протокола №1 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и пунктом «b» статьи 25 Международного пакта о гражданских и политических правах, согласно которым каждый гражданин должен иметь без какой-либо дискриминации и без необоснованных ограничений право и возможность голосовать и быть избранным на подлинных периодических выборах, проводимых на основе всеобщего и равного избирательного права при тайном голосовании и обеспечивающих свободное волеизъявление избирателей<sup>1</sup>.

Развитие современного избирательного права Российской Федерации основано на последовательном закреплении, развитии и реализации гарантий избирательных прав граждан. Первый рамочный закон, принятый еще в 1994 году и определивший принципы игры на новом «избирательном поле», получил название «Об основных *гарантиях (выделено нами - авт.)* избирательных прав граждан». Как известно, в теории конституционного права гарантии основных прав и свобод понимаются как «условия, средства, способы, механизмы, обеспечивающие реализацию и защиту основных прав и свобод человека и гражданина». Следовательно, гарантии избирательных прав - это способы, средства, условия, механизмы, обеспечивающие право каждого гражданина РФ (в определенных случаях - иностранного гражданина и лица без гражданства) избирать и быть избранным в органы государственной власти и органы местного самоуправления. Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» определяет гарантии избирательных прав граждан, как установленные Конституцией Российской Федерации, законом, иным нормативным правовым актом условия, правила и процедуры, обеспечивающие реализацию

избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации.

Избирательные права граждан гарантируются на всех стадиях избирательного процесса. Важнейшей гарантией избирательных прав граждан является реализация всех *универсальных принципов демократических выборов*.

Развитие избирательного законодательства РФ в целом, а также гарантий избирательных прав происходило по нескольким направлениям. Учитывая место международно-правовых актов в сфере избирательного права и закрепление в них важнейших принципов демократических выборов, конечной целью развития института выборов в России является наиболее полное закрепление общепризнанных принципов избирательного права.

Как отмечает А.Д. Слива, развитие конституционных государств привело к провозглашению классических стандартов всеобщих, равных, тайных и свободных выборов. Реализация этих принципов стала олождествляться с самой сущностью демократии<sup>1</sup>. Реализация этих принципов и в современной России выступает основой для претворения в жизнь гарантий избирательных прав граждан. К таким принципам, как отмечает А.Д. Вешняков, в том или ином виде уже зафиксированным в различных международно-правовых документах, решениях международных организаций, относятся следующие: всеобщее, равное, прямое избирательное право, тайность голосования, добровольное участие в выборах<sup>2</sup>.

Законодательство РФ о выборах и, в том числе, Закон об основных гарантиях закрепляют основные принципы избирательного права. В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона об основных гарантиях граждан Российской Федерации участвует в выборах на основе всеобщего равного и прямого избирательного права при тайном голосовании<sup>3</sup>. Российский государствовед В.В. Воловцов, в начале XX в. проводивший сравнительное исследование избирательного права в Европе и в России, отмечал, что всеобщее голосование существовало в древ-

1 Слива А.Д. О конституционном судопроизводстве и стандартах избирательного права. // Законодательство и экономика. №6. 2005. С. 32.

2 В теории конституционного права нет единой позиции по вопросу о классификации принципов избирательного права. Так, К.К. Гасанов и В.Н. Белоновский отмечают, что сводить все многообразие избирательного процесса только к четырем принципам, характеризующим субъективное избирательное право, было бы недостаточно и неадекватно. С 90-х гг. XX в. обоснованно начинают рассматриваться подходы к принципам электорального права. / Избирательное право. Под ред. К.К. Гасанова, В.Н. Белоновского - М., 2007. С. 50.

3 ИПС «Иррит».

1 Постановление Конституционного Суда РФ от 25 февраля 2004 г. №4-П «По делу о проверке конституционности пункта 10 статьи 75 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации». // СЗ РФ. 2004. №9. Ст. 831.

них демократиях, но исчезло очень рано, появилось вновь в зачаточном виде только в XVII в. и получило развитие в XIX в.<sup>1</sup>

Принцип *всеобщего избирательного права* гарантирует каждому гражданину Российской Федерации, достигшему возраста 18 лет, право избирать, а по достижении возраста, установленного Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, конституциями (уставами), законами субъектов Российской Федерации, - быть избранным в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также участвовать в предусмотренных законом и проводимых законными методами других избирательных действиях.

При этом гражданин Российской Федерации имеет право избирать, быть избранным, участвовать в референдуме независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств.

Для реализации пассивного избирательного права, в том числе права выдвигать свою кандидатуру на выборах, необходимо лишь волеизъявления лица, желающего быть кандидатом, - кандидат должен отвечать определенным требованиям, установленным непосредственно Конституцией РФ, среди которых наличие гражданства РФ, достижение соответствующего возраста, с которым Конституция РФ связывает возможность гражданина РФ самостоятельно осуществлять в полном объеме свои права и обязанности; кроме того, не имеет права избирать и быть избранным граждане, признанные судом недееспособными, а также содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда. Кроме этого, могут устанавливаться дополнительные требования, касающиеся возраста и срока постоянного проживания в РФ. Беспорно право федерального законодателя определять порядок и условия осуществления активного и пассивного избирательного права. Вместе с тем, Конституционный Суд РФ, формулируя правовую позицию, указал на *недопустимость искажения конституционных принципов избирательного права*, отмены или умаления самих принадлежащих гражданам РФ избирательных прав<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Цит. по: Сравнительное конституционное право. / Под ред. А.И. Кокшера, В.Е. Чиркина, Ю.А. Юдина. - М., 1996. С. 366.

<sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 11 июня 2002 г. №10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 64 статьи 32, пунктов 8 и 9 статьи 35, пунктов 2 и 3 статьи 59 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. №25. Ст. 2515. Хотелось бы обратить внимание на

*Федеральным законом от 5 декабря 2006 г. в Закон об основных гарантиях были внесены существенные изменения (статья 4 дополнена пунктом 3.2.), позволяющие конституировать трансформацию всеобщего избирательного права в сторону его усечения*<sup>1</sup>.

Теперь в соответствии с внесенными изменениями не имеют права быть избранными граждане Российской Федерации:

а) осужденные к лишению свободы за совершение тяжких и (или) особо тяжких преступлений и имеющие на день голосования на выборах неснятую и непогашенную судимость за указанные преступления;

б) осужденные за совершение преступлений экстремистской направленности, предусмотренных Уголовным кодексом Российской Федерации, и имеющие на день голосования на выборах неснятую и непогашенную судимость за указанные преступления;

в) подвергнутые административному наказанию за совершение административного правонарушения, предусмотренного статьей 20.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, если голосование на выборах состоится до окончания срока, в течение которого лицо считается подвергнутым административному наказанию;

г) в отношении которых вступившим в силу решением суда установлен факт нарушения ограничений, предусмотренных Федеральным законом «О противодействии экстремистской деятельности», если указанные нарушения либо действия совершены до дня голосования на выборах в течение установленного законом срока полномочий органа государственной власти или органа местного самоуправления, в которые назначены выборы, либо должностного лица, для избрания которого назначены выборы.

Таким образом, в преддверии выборов в Государственную Думу Федерального Собрания РФ законодатель существенно расширил ограничения избирательных прав граждан. Соответственно ли Конституция РФ внесенные в Закон об основных гарантиях изменения? Поскольку речь идет о гарантиях избирательных прав граждан и принципах как форме реализации этих гарантий, следует обратиться

указанное в данном постановлении право федерального законодателя устанавливать срок для снятия кандидатом своей кандидатуры при условии обеспечения баланса между свободой участия в выборах и требованиями к результативности, недопущения злоупотребления правами, среды выборов, а также при соблюдении критериев возможной ограничения избирательных прав. По нашему мнению, это требования применимо и при установлении любых ограничений избирательных прав граждан.

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2006. №50. Ст. 5303.







Конституционный Суд РФ в своем постановлении от 8 января 1996 г. указал в качестве своей правовой позиции, что из смысла ст. 3 (ч. 2) в ее взаимосвязи со ст. 32 Конституции РФ, закрепляющей права граждан избирать органы государственной власти, вытекает, что должностное лицо, формирующее орган исполнительной власти, получает свой мандат непосредственно от народа и перенимает ответственность. Поскольку федеративное устройство Российской Федерации основано на единстве системы государственной власти (статья 5, часть 3 Конституции Российской Федерации), органы государственной власти в субъектах Российской Федерации формируются на тех же принципах, что и федеральные. Исполнительный орган государственной власти получает свой мандат *непосредственно* от народа и перед ним ответственен. Исходя из этого, Конституционный Суд РФ признал неконституционным положение Устава Алтайского края о том, что главу администрации избирает краевое Законодательное Собрание<sup>1</sup>.

*Принцип тайного голосования* предусматривает, что голосование на выборах и референдуме является тайным, исключаящим возможность какого-либо контроля за волеизъявлением гражданина.

В соответствии со ст. 21 Всеобщей декларации прав человека 1948 г., в п. «b» ст. 25 Международного пакта о гражданских и политических правах, каждому гражданину разрешается голосовать и быть избранным на подлинных периодических выборах, проводимых на основе всеобщего и равного избирательного права *при тайном голосовании* и обеспечивающих свободное волеизъявление избирателей.

Реализация принципа тайного голосования предполагает создание ряда организационных и иных мер и процедур, которые должны исключать какой-либо контроль за процессом голосования и обеспечить свободу волеизъявления гражданина на выборах. В российской практике этому служит порядок организации процесса голосования (заполнение бюллетеня в закрытом специально оборудованном месте, опечатанные избирательные ящики, отсутствие нумерации бюллетеней и т.п.).

*Обязательность проведения выборов*, выступая законодательно закрепленным принципом избирательного права означает, что выбо-

ры являются обязательными, периодическими и проводятся в сроки, обеспечивающие соблюдение сроков полномочий органов государственной власти и органов местного самоуправления. Конституция РФ, Закон об основных гарантиях содержания нормы, гарантирующие обязательное и периодическое проведение выборов в РФ.

Принцип *добровольного участия* в выборах означает, что гражданине РФ имеют право, но не несут обязанности участия в выборах. Закрепление данного принципа должно сочетаться с высоким уровнем правовой и политической культуры избирателей<sup>1</sup>. В Российской Федерации, на наш взгляд, складывается тревожная ситуация в связи с отменой «порога явки» избирателей и сохранением принципа добровольного участия в выборах.

По мнению председателя Совета при Президенте РФ по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека Э. Памфиловой, отмена минимального порога явки избирателей на выборах в России наряду с отменой графы «против всех» снижает интерес к выборам: «Вотмена минимального порога явки избирателей на выборах не было бы ничего страшного, если бы не ситуация, сложившаяся в нашем избирательном законодательстве. Отмена графы «против всех», очень высоккий семипроцентный барьер прохождения партий в Думу, слабая партийная конкуренция - все это вместе резко ограничивает у российских избирателей возможность выбора. С учетом того, как используется административный ресурс, получается, что выбрать не из чего?».

Происходящие в последнее время изменения избирательного законодательства ставят под сомнение демократический характер выборов в Российской Федерации и необоснованно ограничивают избирательные права граждан. Пути решения этой проблемы есть: рассмотрение конституционности изменений Закона об основных гарантиях в Конституционном Суде РФ, проведение всероссийского референдума, но все эти пути должны избираться главным субъектом государственной власти - народом.

<sup>1</sup> В вопросе формирования органов государственной власти субъектов РФ на современном этапе поставлена своеобразная точка. Институт выборов на уровне глав субъектов РФ был законодательно заменен процедурой их назначения. Конституционность такой процедуры подвержена Конституционным Судом РФ, что, однако, не исключает продолжения дискуссий по указанной проблеме.

<sup>1</sup> Принцип добровольного участия граждан в выборах неразрывно связан с проблемой абсентеизма, то есть отказа по различным причинам от участия в выборах. См. об этом, например: Артемюкова Н.В. *Абсентеизм избирателей в контексте принципа свободных выборов*. // *Адвокат*. 2006. №11.

<sup>2</sup> Цит. по: Фрудынта Л.Ю. *Выборы без выбора или новое избирательное законодательство как индикатор омрачения элементов демократии в России*. // *Адвокат*. 2006. №12.

## ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА

*Скуратов И. В. - доцент кафедры теории государства и права, к.и.н.*

Очевидными специализидами в области права явно недостаточно внимания уделяется юридической технике. Изданы лишь несколько статей и книги малым тиражом: Полянский Н. Н. О терминологии советского закона. Проблемы социалистического права. - М., 1958; Шатков Г. И. О языке закона. Вопросы кодификации советского права. Вып. 3. - Л., 1959; Ушаков А. А. Черки советской законодательной стилистики. - Пермь, 1967; Савицкий В. М. Язык процессуально-законна: вопросы терминологии. - М., 1987; Язык закона. - М., 1990; Керимов Д. А. Культура и техника законотворчества. - М., 1991; Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. - Екатеринбург, 1993; Власенко Н. А. Основы законодательной техники. - Иркутск, 1995. Следует отметить, что даже не во всех учебниках по теории государства и права есть соответствующим разделы или главы. В отраслевых науках данная тема также не получила широкого обсуждения. Многие авторы сводят понятие юридической техники к одной ее разновидности - правотворческой, а последнюю - к законодательной технике. Поэтому не случайно, что практически не исследован вопрос об этимологии понятия «юридическая техника».

Именно эти факторы, по мнению видного юриста Д. А. Керимова, объясняют то печальное обстоятельство, что наше законодательство страдает множественным недостатком технического порядка, особенно те законы и иные правовые акты, которые приняты в последние десятилетия.<sup>1</sup>

Кроме того, низкий юридико-технический уровень регионально-го законодательства обусловлен не только недостаточным вниманием региональных законодателя к рассматриваемой стороне качества законодательства, но и наиболее широким опытом законопроектных работ, отсутствием сложившихся традиций юридической техники в правотворческой деятельности субъектов Российской Федерации.

При самом широком подходе юридическая техника может пониматься как совокупность способов, приемов, навыков, применяемых в сфере юридической деятельности. Однако более наглядно юридическую технику можно раскрыть в связи с правовыми актами, кото-

рые пронизывают все виды и стороны юридической деятельности и вообще являются наиболее универсальным интегрирующим юридическим явлением.

В 20-х годах прошлого века Ф. Жени, а затем и А. К. Анжелеску проводят четкую грань между двумя стадиями законотворчества: по-иском решения правового регулирования по существу и техническим построением законов. С. Давен в своей работе «Общая теория права» сводит обе эти стадии к понятию «технической» разработки закона, различая, однако, «материальную» и «формальную» стороны.<sup>1</sup>

Существует несколько современных определений понятия «юридическая техника».

Большой юридический словарь описывает юридическую технику как «совокупность определенных приемов, правил, методов, применяемых как при разработке содержания и структуры правовых актов, так и при их преворении в жизнь».<sup>2</sup>

М. В. Смоленский считает, что юридическая техника, помимо вышеказанного, должна применяться «в целях их (правовых актов) совершенствования и повышения эффективности».<sup>3</sup>

Предлагается более обобщенной позиция Л. А. Морозовой, понимающей под юридической техникой «совокупность правил, приемов, специфических средств подготовки, оформления, публикации и систематизации нормативных правовых актов и иных юридических документов».<sup>4</sup>

Профессор С. С. Алексеев делает важное дополнение в понимании юридической техники - «это совокупность средств, приемов, правил разработки, оформления, публикации и систематизации законов, иных правовых актов, обеспечивающая их совершенство, эффективность использование».<sup>5</sup> Профессор Г. Н. Муромцев считает, что юридическая техника «представляет как некая «конструкция» права, то есть его внутренняя структура и форма внешне выражения».<sup>6</sup> В качестве рабочего варианта он предлагает определение понятия «юридическая техника» как широкой многоаспектной категории для выражения:

<sup>1</sup> Керимов Д. А. Законодательная техника. Научно-методическое и учебное пособие. - М.: НОРМА, 2000. С. 1.

<sup>1</sup> Цит. по Керимов Д. А. Указ. соч. С. 17.  
<sup>2</sup> Большой юридический словарь. // Под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: ИНФРА-М, 2000. С. 695.  
<sup>3</sup> Теория государства и права. 100 экзаменационных ответов. Экспресс-справочник // Отец. ред. д.ф.н., проф. В. И. Власов. - Ростов н/Д.: МарТ, 2002. С. 274.  
<sup>4</sup> Морозова Л. А. Теория государства и права: Учебник. - М.: Юрист, 2002. С. 309.  
<sup>5</sup> Алексеев С. С. Государство и право. - М.: Юрид. лит., 1996. С. 139.  
<sup>6</sup> Юридическая техника (Обзор материалов научно-методического семинара). // Государство и право. 2000. №11. С. 111.

- 1) прикладных аспектов профессиональной юридической деятельности;
- 2) формально-структурных аспектов теории права, а также действующего права;
- 3) степени совершенства формы, структуры и языка права.

Имея собственное содержание, юридическая техника может - в известном контексте - слиться с правом. Продолжая эту мысль, доцент В.И. Крусс дает такое определение: «Юридическая техника в широком смысле (включая технику конструирования и применения норм позитивного права) может быть определена как сумма (система) технологий осмысления конституционно выраженных идеалов и принципов и объективирования на этой основе отраслевых принципов нормативных установлений и правил правоприменительной практики».<sup>1</sup>

В зависимости от видов юридической деятельности можно различать и виды юридической техники. Так, применительно к правоприменительной деятельности следует говорить о законодательной (законотворческой, правотворческой, нормотворческой) технике. Законодательная техника как техника работы с (нормативными) правовыми актами - наиболее разработанный, сформировавшийся вид (раздел) юридической техники, обозначающий традиционным, общепонятным термином.

Законодательная техника включает в себя правила построения и оформления правовых актов, приемы и средства формулирования норм права и иных нормативных предписаний, язык и стиль правового акта, правила обнародования (промульгации) и систематизации таких актов.

Другие виды юридической техники получили меньшее развитие и не имеют четкого терминологического обозначения. Так, в отношении такой широкой сферы юридической деятельности, как правоприменительная деятельность, можно говорить о правоприменительной технике. Этот раздел юридической техники не получил устойчивого понятийно-терминологического отражения в теории и практике.

Считается, что правоприменительная техника включает в себя правила оформления и построения правоприменительных актов, способы легализации документов, способы и приемы толкования юридических норм и актов, способы разрешения коллизий в праве и продолжения пробельности, способы процедурно-процессуального оформления юридической практики. Более сформированный вид имеют

некоторые конкретные разделы юридической техники, такие как договорная техника, техника претензионно-исковой работы.

Между законодательной техникой и техникой индивидуальных правовых актов непереходимой границей нет. Более того, и нормативные, и ненормативные правовые акты являются разновидностью правовых актов. Поэтому большинство юридино-технических требований к нормативным и ненормативным правовым актам носит общий характер (в той мере, в какой требованию не связаны с признанием нормативности/ненормативности правового акта).

Считается, что юридическая техника в своей основе единая для федерального и регионального законодательства. Особенности правил юридической техники на уровне субъектов Российской Федерации проявляются в тех элементах, которые непосредственно связаны с особенностями правотворчества субъектов. В частности, имеется специфика оформления реферативных региональных правовых актов.

На региональном уровне в ряде случаев стоят технико-юридические проблемы, которых нет на федеральном уровне, или которые имеют другой характер.

Начинать анализ элементов юридической техники целесообразно с раскрытия понятия «правовой акт». Под правовым актом обычно понимается акт правотворчества органов государства, принимаемый в особом порядке, в конкретной письменной форме и состоящий в отношениях подчиненности с другими актами. Если такой акт содержит нормы права, то его называют нормативным.

Термин «форма правового акта» имеет по меньшей мере два значения. Во-первых, под формой правового акта понимается форма его внешнего выражения. Во-вторых, это вид правового акта. В последнем случае оба термина равнозначны.

Основная форма внешнего выражения правового акта (форма в первом значении) - документальная форма или, иными словами, форма документа. Кроме основной формы, в принципе, возможны и другие: устная форма или даже предметная форма правового акта. К первому случаю можно отнести устное указание полномочного должностного лица, которое может в принципе иметь нормативный характер. Ко второму - утвержденных образцов-эталон. Например, образцы бланков.

Форма правового акта (форма во втором значении) - это вид нахождения в определенной иерархии по отношению к другим документам правового акта, характеризующий особенностями его юридической природы, содержания, предмета и характера регулирования, иных юридических и юридико-технических свойств.

<sup>1</sup> *Юридическая техника (Обзор материалов научно-методического семинара)*. // *Юсударство и право*. 2000. №11. С. 118.

В. А. Толстик отмечает, что иерархия законодательства каждого конкретного субъекта Федерации имеет свою специфику, и зачастую четкость в определении соотношения юридической силы различных правовых актов отсутствует.<sup>1</sup> Однако можно попытаться дать самую общую классификацию правовых актов субъекта.

В зависимости от юридических свойств формы правовых актов подразделяются на две большие группы: первичные и вторичные.

К первичным относятся: закон; указ; постановление; распоряжение; решение; приказ.

Первичные формы во многом отражают их иерархию и полномочия правотворческого органа (например, Устав Оренбургской области от 20 ноября 2000 года №724/213-03 (вторичная форма) был принят решением (первичная форма) Законодательного Собрания Оренбургской области от 25 октября 2000 г. №724). При нормативном закреплении полномочий органа определяется, правовые акты каких форм вправе издавать данный орган.

Правотворческий орган не вправе издавать правовые акты иных первичных форм, кроме тех, которые прямо за ним закреплены.

Ко вторичным относятся следующие формы правовых актов:

- 1) формы законов:
  - конституция,
  - устав,
  - кодекс,
  - основы законодательства.
- 2) универсальные формы:
  - положение,
  - правила,
  - инструкция.
- 3) специализированные формы:
  - регламент,
  - указания,
  - руководство,
  - разъяснения,
  - рекомендации,
  - программа,
  - методика,
  - план,
  - порядок,

- стандарт,
- рейскурсант,
- классификатор.

Приведенный перечень охватывает большинство вторичных форм правовых актов, но не является исчерпывающим.

Вторичные формы правовых актов характеризуются тем, что имеют производный (подчиненный) характер по отношению к первичным формам. Это выражается в том, что вторичный правовой акт нуждается в утверждении другим правовым актом первичной формы или должностным лицом посредством грифа утверждения. Особенностью вторичных форм закона является то, что они могут и не утверждаться другими законами, а приниматься непосредственно в качестве закона определенной формы. Так, закон в форме кодекса может быть утвержден первичным законом или принят непосредственно как закон в форме кодекса.

Каждый правовой акт имеет свою внутреннюю логику. Основные требования к логике изложения правового акта суть следующие:

- при изложении правового акта должны быть соблюдены требования (правила) формальной логики; оно (изложение) должно быть логически и последовательным и непропущено члвм;

- логике изложения правового акта должна соответствовать его структура;

- при изложении правового акта должна быть обеспечена полнота и детализированность правового регулирования;

- изложение нормативных положений, регламентирующих однотипные вопросы, должно быть единообразным (по схеме изложения, степени детализации регулирования и т.п.).

Хотя большинство ученых полагают, что данные нормы по своей природе не являются технико-юридическими, можно согласиться с мнением Н. А. Власенко о своеобразии функционального назначения таких правил, позволяющих рассматривать их в контексте данной проблематики.<sup>1</sup> Н. А. Власенко предлагает следующие дополнительные установления:

- определенность и однородность регулируемых отношений (предмета правового регулирования);

<sup>1</sup> Толстик В. А. Иерархия источников российского права: Монография. - Н. Новгород: Издательство Общество «Интелсервис», 2002. С. 163-164.

<sup>1</sup> Власенко Н. А. Правила законодательной техники в нормативно-правовых актах субъектов Российской Федерации. // Законодательская техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сб. статей: В 2 т. // Под ред. доц.н., проф., акад. В.М. Баранова. - Нижний Новгород, 2001. Т. 1. С. 178.

- недопустимость конкуренции коллизионных правил;  
- беспределность;

- минимизация отсылкок.<sup>1</sup>

Типичная схема общей логики изложения, например, закона может быть следующей. Логически закон состоит из трех частей: общей (вводной), основной и заключительной.

Общая (вводная) часть закона (она, как правило, занимает первую главу, озаглавиваемую «Общие положения») включает нормативные положения, определяющие:

1) предмет регулирования закона (отдельная статья);  
2) значение терминов, используемых в законе (отдельная статья);

3) состав законодательства по предмету регулирования закона (отдельная статья);

4) наиболее общие положения закона, в частности, принципы правового регулирования и субъектный состав соответствующих отношений, классификации (отдельная статья или группа статей).

Основная часть закона (она в большинстве случаев занимает несколько глав закона) включает нормативные положения, определяющие:

1) компетенцию органов государственной власти по вопросам, относящимся к предмету регулирования закона (отдельная глава или группа статей);

2) правовые режимы, права и обязанности, порядок осуществления деятельности в сфере отношений, регулируемых законом (группа глав);

3) меры ответственности, иные последствия нарушения положений закона (глава или группа статей).

Заключительная часть закона (чаще всего это последняя глава, озаглавиваемая «Заключительные положения») включает нормативные положения, определяющие:

- вступление закона в силу (отдельная статья);

- переходные положения (отдельная статья);

- изменения в законодательстве, связанные с принятием закона (отдельная статья);

- необходимость и сроки приведения нормативных правовых актов в соответствие с принятым законом (отдельная статья).

<sup>1</sup> Власенко Н.А. Там же. С. 179.

В последнее время в правовотворческом процессе предлагается использовать не только аппарат классической логики, но и новые логические средства, в частности, методы деонтической (нормативной) логики.<sup>1</sup>

Положения этого вида модальной логики развивали в своих трудах фон Райт, А. Ивин и др. Она исследует логические структуры прескриптивного языка, то есть языка нормативных, предписывающих высказываний. Деонтической логике по-новому ставится проблема непротиворечивости законов.

Кроме правил построения и оформления правовых актов, к содержанию понятия «юридическая техника» относятся и такую категорию, как приемы и средства формулирования норм права. Такими средствами являются: использование юридических конструкций, правовые дефиниции, классификации, оговорки, примечания, отсылки, правовые символы, правовые аксиомы и презумпции, а также юридические фикции и преюдиции.

Под юридической конструкцией понимается прием, используемый для наиболее точного и полного отражения смысла правовой нормы. Юридическая конструкция предполагает сочетание следующих элементов правоотношения в тексте юридического документа:

- права и обязанностей конкретного индивида;
- меры ответственности за нарушение норм права;
- виды льгот, поощрений, запретов;
- способ контроля за исполнением норм права;
- порядок разрешения возникших споров о защите нарушенного права и др.<sup>2</sup>

В каждой отдельно взятой отрасли права существуют свои отличительные юридические конструкции, которые чаще всего используются при составлении текста юридического документа. Так, нормами гражданского права закреплен принцип презумпции виновности, то есть бремени доказывания виновности ложится на плечи самого ответчика.

Оригинальная концепция юридических конструкций рассмотрена в работе С.С. Алексеева «Линия права». Он дает следующее определение юридических конструкций: «Строго определенная модельная схема или типовое построение правомочий, обязанностей, ответственности, процедур, носящих математически строгий характер».<sup>3</sup> По мнению С.С. Алексеева, разработанные ранее правовые представ-

<sup>1</sup> Системность законодательства как фактор повышения его качества. ИПП РАН. // Государство и право. №8 2002. С. 9.

<sup>2</sup> Романова Е.В. Элементы по основам техники юридического текста. - М.: Дело, 2000. С. 24.

<sup>3</sup> Алексеев С.С. Линия права. - М.: Статут, 2006. С. 213.

ления отличаются узостью. Так, А.Ф. Черданцев выделяет «три аспекта понимания юридической конструкции». Это, на его взгляд:

- метод познания прав и правоотношений;
- средство юридической техники, построения нормативного материала;
- средство толкования норм права.<sup>1</sup>

Современные исследования позволили прийти к выводу, что правовая конструкция представляет собой базисное юридическое построение в праве вообще. С.С. Алексеев пишет: «При более углубленной научной проработке правовой материи становится очевидным, что юридические конструкции представляют собой органический, всеобщий, непосредственно нормативный, а главное - наиболее совершенный и важный по значению элемент собственно содержания права, его внутренней формы. При чем - элемент, рождаемый во многом спонтанно и вместе с тем являющийся результатом интеллектуальной деятельности - процесса типизации, и в этом качестве готовый к тому, чтобы на основе нового опыта, данных науки, силы разума получить дальнейшее развитие, новый уровень совершенства».<sup>2</sup>

Именно юридические конструкции образуют центральное звено (основу, стержень) материи права, достигшей необходимого (для реализации своих функций) уровня развития, совершенства. По справедливому мнению Н.Н. Тарасова, «юридические конструкции, впечатанные в ткань позитивного права... можно рассматривать как его первооснову, а их систему - как несущую конструкцию позитивного права».<sup>3</sup> Более того, как полагает автор, «с точки зрения собственно содержания права именно юридические конструкции могут рассматриваться как наиболее стабильные («надсоциальные» и в этом смысле культурные) единицы права».<sup>4</sup>

И потому юридические конструкции, их отработанность, совершенство есть показатель уровня развития законодательства (или прецедентной юридической системы). Так же, как в технике, в инженерном деле совершенство законодательства в значительной мере выражается в том, насколько отработано само построение правового материала, то есть насколько в нем воплощены типовые схемы и модели, соответствующие данным науки и практики, требования эф-

<sup>1</sup> Черданцев А.Ф. *Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике*. - Екатеринбург, 1993. С. 151.

<sup>2</sup> Алексеев С.С. *Указ. соч.*, С. 214.

<sup>3</sup> Тарасов Н.Н. *Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы)*. // *Российский юридический журнал*. 2000. №3. С. 35.

<sup>4</sup> Тарасов Н.Н. *Там же*. С. 30, 35.

фективности, логики. Именно юридические конструкции (наряду с характерным для права особым нормативно-юридическим построением социального регулирования) - основа уникальности права и его незаменимости в условиях цивилизации.<sup>1</sup>

Вся система слов и терминов, которыми оперирует право в разнообразных проявлениях (язык текстов нормативно-правовых актов, индивидуальных актов, юридические профессионализмы) образуют в своей совокупности правовой язык. Это более широкое понятие, чем «язык права», так как оно включает в себя весь словарный запас юриспруденции. Язык права - более строгое понятие. Это лексический запас (аренал) нормативно-правовых актов и актов официально-толкования<sup>2</sup>, в то время, как термины «язык законодательства», «язык закона» являются уточняющими. Выразителем языка права, его носителем является «текст права». Исследование «языка права» невозможно вне текстов правовых актов. Методологической основой исследования текста права, позволяющей увидеть особенности его языкового выражения, может выступать современное течение в лингвистике - «текстоведение». С точки зрения текстоведов, любой текст имеет языковую, логическую, грамматическую и графическую основы. Выделение указанных основ в правовых текстах, в том числе нормативных, считает Н.А. Власенко, весьма перспективно с точки зрения результатов научных исследований. Поэтому одновременно с анализом структуры правового акта как правового регулятора эту структуру можно рассматривать и с лингвистической точки зрения. Первичным элементом лингвистической структуры правового акта выступает предложение, состоящее из слов и знаков препинания.

Лингвистическая структура текста правового акта - это структура текста правового акта, определяемая исходя из его лингвистических (языковых) характеристик (свойств).

Элементы лингвистической структуры текста правового акта выделяются с точки зрения языкового построения текста.

Основными элементами текста правового акта, исходя из его лингвистической структуры, являются:

- 1) предложение;
- 2) слово (совокупность слов);
- 3) знаки препинания.

<sup>1</sup> Алексеев С.С. *Указ. соч.*, С. 216.

<sup>2</sup> *Юридическая техника. (Обзор материалов научно-методического семинара)*. // *Государство и право*. 2000. №11. С. 119.



Лингвистическая структура текста имеет практическое значение для юридической техники в случаях рассмотрения текста правового акта с точки зрения соблюдения требований законодательного стиля (и вообще грамотности текста с точки зрения языка), а также при определении (идентификации) лингвистических структурных элементов текста правового акта.

Законодательный стиль - это литературный стиль, присущий правовым актам как письменным литературным произведениям.

Стилистика использует термин «официально-деловой стиль», обозначающий обобщенное понятие стиля документов. В свою очередь законодательный стиль является разновидностью официально-документального стиля, который в свою очередь, отличается от обиходно-делового стиля. Своеобразие законодательного стиля, отличающее его от художественного, публицистического, научного и других литературных стилей, предопределяется природой правового акта как официального акта, выражающего волю субъекта правосудия, направленную на регулирование общественных отношений.

Отличительными чертами законодательного стиля и соответствующими им требованиями к законодательному стилю являются:

- 1) официальный характер, документальность;
  - 2) нейтральность (отсутствие экспрессивности);
  - 3) безличный (неиндивидуальный) характер;
  - 4) связность, последовательность, точность мысли и простота;
  - 5) долготелующе-предписывающий характер;
  - 6) стандартизированность языка, лаконичность и компактность;
  - 7) ярко выраженная композиционность (структурированность) текста.
- Д.Э. Розенталь добавляет к перечисленным чертам следующие:
- употребление присущих этому стилю клише;
  - широкое использование терминологии, номенклатурных наименований, особой лексики, аббревиатур;
  - частое употребление отглагольных существительных, отыменных предлогов (на основании, в отношении, в силу, в целях, за счет и др.);
  - повествовательный характер изложения, использование номинативных предложений с перечислением;
  - прямой порядок слов в предложении как преобладающий

принцип его конструирования, тенденция к уплотнению сложных предложений.<sup>1</sup>

Юридический термин - это термин (слово или словосочетание), который употребляется в правовом акте и (или) юридической науке и практике.

Любая наука, сфера деятельности имеют свою более или менее замкнутую терминологию.

Специфика юридической терминологии состоит в том, что она в значительной части является универсальной, поскольку право, законодательство в той или иной мере пронизывают практически все сферы общественной деятельности. Будучи использованным в правовом акте, какой-либо специальный термин в узкой сфере деятельности становится и юридическим термином.

По сфере приложения юридические термины подразделяются на общеправовые, межотраслевые и отраслевые.

Юридические термины можно также подразделить на термины, определенные нормативно (то есть имеющие определение, предусмотренное нормативным правовым актом) и не определенные нормативно.

Основное требование к уплотнению терминов в правовом акте любого уровня можно выразить в виде формулы: термины должны употребляться в правовом акте в одном общепринятом или установленном законодательством значении; для обозначения одного и того же объекта (явления) должен употребляться один термин.

Подготовленная Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации «Концепция развития российского законодательства в целях обеспечения единого правового пространства в России» отмечает важное значение унификации терминологии, используемой в законодательском процессе.<sup>2</sup>

Важное значение для обеспечения точности и единства терминологии имеет нормативное определение терминов посредством правовых дефиниций. Правовая дефиниция - это краткое определение какого-либо понятия, адекватно раскрывающее содержание понятия, называющее его родовые и (или) видовые признаки, включенное его характеристики в сжатой и обобщающей форме.

Д.Ф. Агт, анализируя использование дефиниций субъектами Российской Федерации, высказывает мнение о том, что при отсутствии

<sup>1</sup> Розенталь Д.Э. *Практическая стилистика русского языка*. - М.: АСТ-ЛТД, 1998. С. 28-29.

<sup>2</sup> Концепция развития российского законодательства в целях обеспечения единого правового пространства в России. // *Журнал российского права*, №6, 2002. С. 30.

соответствующих федеральных законов вполне оправданно стремление регионов тем или иным способом внести в свое законодательство необходимые им определения.<sup>1</sup>

Основным видом нормативных определений должно быть определение путем указания ближайшего родового понятия и видовых отличительных признаков. При формулировании нормативных определений следует придерживаться следующих правил:

1. Определение должно быть соразмерно определяемому понятию, выражаемому данным термином (не лишком широким и не лишком узким), то есть фиксируемые признаки должны быть присущи всем объектам, относящимся к понятию, и только этим объектам.
2. Определение должно содержать лишь существенные признаки понятия, которые позволяют не только четко отграничить данное понятие от смежных, но и отразить его общность с другими понятиями системы.
3. Определение должно быть системным, то есть отражать место данного понятия в системе, к которой оно относится, указывать на тип отношений с ближайшими понятиями.
4. В определении не должно быть «порочного круга», то есть одно понятие не должно определяться с помощью другого понятия, которое в свою очередь определяется через первое.
5. Определение не должно быть тавтологичным (тавтологичным считается такое определение, которое является развернутым повторением определяемого термина).
6. Определение положительного понятия не должно приводиться в отрицательной форме.
7. Понятие, используемое в определении, должно быть выражено определенными в данной системе или хорошо известными и однозначно понимаемыми терминами. При формулировании определения следует стремиться к тому, чтобы все слова в нем были правильно поняти. Определение, в котором употребляются многозначные и синонимичные термины, следует уточнить, заменив эти термины стандартными синонимами и однозначно понимаемыми.
8. При построении определения необходимо проверить, употребляются ли входящие в данное определение термины в

том значении, в каком они зафиксированы в других правовых актах.

9. При определении соподчиненных (выделенных по одному основанию деления) видовых понятий в качестве видового отличительного признака в определениях следует указывать один и тот же признак (или сочетание признаков).
10. Однотипные понятия должны иметь однотипные по структуре и лексике определения.
11. Определение понятия должно быть оптимально кратким и по возможности состоять из одного предложения.
12. Определение должно быть лингвистически правильным, то есть соответствовать правилам и нормам языка. Правильно построенное определение должно однозначно характеризовать понятие.

## **«СТРАТЕГИЯ РАЗВИТИЯ ОРЕНБУРГСКОЙ ОБЛАСТИ ДО 2030 ГОДА» КАК ОБЯЗАТЕЛЬНЫЙ ДОКУМЕНТ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ**

*Солодкая М. С. - доктор философских наук, профессор кафедры общегуманитарных, социально-экономических дисциплин и управления*

Стратегии развития субъектов Российской Федерации стали обязательным документом государственного управления в России совсем недавно. Министерство регионального развития РФ обязало региональную власть представить собственные стратегии развития до 2030 года только в 2006 г. Никаких жестких стандартов представления стратегии как документа федеральным центром задано не было. Поэтому каждый регион разрабатывал стратегию, исходя из собственных представлений о составе и структуре такого документа (вернее, исходя из того, как это понимали разработчики стратегии, часто к региону никакого отношения не имеющие, прилагательные, как правило, «со стороны», в основном из Москвы и других крупных интеллектуальных центров). Дополнительно те, кто представлял в министерстве Стратегию не в числе первых, могли внести какие-то коррективы, учитывая выявленные недостатки и недостатки уже представленных стратегий.

<sup>1</sup> Арт Л.Ф. *Проводные дефиниции в законодательстве / Проблемы юридической техники: сб. статей. // Под ред. О.Ю.И. проф., акад. В.М. Баранова. - Нижний Новгород, 2000. С. 311-312.*

«Стратегия развития Оренбургской области до 2030 года» разрабатывалась москвичами, как сообщали местные СМИ, одной из групп ученых института экономики РАН. Главным областным исполнителем нарисованная москвичами картинка нашего «прекрасного далека», видимо, понравилась, поскольку полный «одобрямс» от них стратегия получила в прошедшем году. Широкого, а главное, профессионального предвзвешенного общественного обсуждения этого документа областная власть предпочла избежать, как и многих других форм публичного контроля. Власти ограничили себя любимыми ими бодрыми реляциями о том, что с документом «все идет по плану», для показательности успешности процесса пересыпали свои «рапорты» гаяк заворожившими их мудреными словами типа «квестеры», «экстрополация» и т.п. Воязнь или неумение (а возможно, и то, и другое вместе) областной власти использовать различные формы публичного обсуждения в очередной раз сыграли с ней «плохую шутку», как показало дальнейшее развитие событий, - стратегия нашей области названа федеральным центром в числе десяти худших и отпавлена на доработку.

Областная власть вполне могла бы избежать если не всех обнаруженных в ее документе профессиональных ошибок, то хотя бы самых элементарных, самых вопиющих, которых людям, мнящим себя управленцами высокого уровня, просто стыдно делать. Но - нет пророков в своем Отечестве». Выказанные автором замечания по поводу «Стратегии развития Оренбургской области до 2030 г.» в региональном журнале «Портфель бизнес-класса» за январь 2007 г. навряд ли вообще были услышаны областной властью (поскольку никаких попыток ответить автору не наблюдалось). Однако часть замечаний автора была позднее озвучена представителями федерального центра как обоснование позиции центра в негативной оценке представленного оренбургской властью документа.

В данной статье останавливаться на основных замечаниях к «Стратегии развития Оренбургской области до 2030 года» как к управленческому документу.

Документ состоит из введения, шести разделов и заключительных положений. Знакомство со страничкой «Содержание» вызывает ряд вопросов. Во-первых, «в списке не значатся» ни мировые, ни российские тенденции развития хотя бы на ближайшие годы. Поэтому, исходя из чего будут прописываться перспективы «построения коммунизма» в отдельно взятой области, остается загадкой. Расхожее положение из учебников по теории управления о том, что

«любая организация является открытой системой» (область в том числе), возможно, и оседает в умах, но в документах еще «осесть» не успело. Во-вторых, и в краткой характеристике социально-экономического потенциала Оренбургской области, и в других разделах не прослеживается никаких упоминаний ни о состоянии, ни о проблемах, ни о перспективах в сфере управления областью. Возможно, по мнению авторов стратегии, управление в области отсутствует как действительно самостоятельный тип деятельности и будет отсутствовать (область на самом деле управляется и будет управляться кем-то «извне», для кого пишутся другие стратегии другими авторами), либо авторы просто не предполагали, какковы управленческие стратегии достижения «новых горизонтов», а может быть, вопрос достижимости их даже не волновал (что можно понаять - им не жить в нашем отдельно взятом регионе). В-третьих, нигде нет упоминаний о субъектах реализации данной стратегии, то есть вопрос о том, кто ее будет реализовывать и отвечать за это, «упускается по умолчанию сторон». Поэтому-то, наверное, наши власти так легко и «подмахнули» этот документ, что конкретно их они к чему не обязывает.

Таким образом, в Стратегии нам обозначили, что область находится в «пункте А», дали описание «пункта Б», в котором область должна очутиться в 2030 г., но кто переведет ее из пункта А в пункт Б и какковы стратегии этого перевода - об этом стыдливо или по незнанию умолчали. Но ведь это и есть самое главное в стратегии - кто и как (на уровне стратегий, а не планов мероприятий) осуществит перевод. Если нам предлагают только картинку «прекрасного далека» - то это другой документ, это прогноз, который тоже должен обязательно быть у областной власти. Выходит, что областной власти вместо одного документа подсовывают другой, и она этого как бы не замечает. Тогда о каком управленческом профессионализме областной власти может идти речь?

Минутя пока основные разделы Стратегии, заглянем сразу в «Заключительные положения», так сказать, узнаем сразу «развязку сюжета». Пропитируем для публички, еще не знакомой с текстом документа, один из «ключевых» его моментов (в авторской редакции, с сохранением орфографии и пунктуации).

«Для реализации выбранного сценария необходимы следующие условия:

- 1) принятие обществом ориентиров, обозначенных в Стратегии как реально достижимых;

2) корректировка действующих отраслевых программ развития с учетом требуемых параметров развития и формирования новых инновационных программ и проектов;

3) способность органов государственной власти выработать эффективный механизм реализации». (стр. 87)

Как видим, самая главная ставка в реализации стратегии сделана на принятие общегосударственного, то есть нами, ориентиров, которые всего лишь обозначены в Стратегии как реально достижимые. Обозначение есть, но вот обоснованности достижимости некоторых ориентиров в Стратегии не замечено.

Достаточно прозрачна логика авторов Стратегии в расстановке таких индикаторов развития области, как среднедушевые денежные доходы населения и среднемесячная заработная плата одного работника - здесь явно отгадывались от «контрольных цифр» Президента РФ об удвоении ВВП к 2010 году. Весьма понятна и логика прогнозирования «от достигнутого» в таких индикаторах, как: общая площадь жилья на одного жителя - если в 2005 г. было 19,8 кв. м, то в 2009 поставили 20,7 кв. м (за четыре года как-нибудь менее квадратного метра наскрести можно, если чего-нибудь серьезного не произойдет); продолжительность жизни - в 2005 г. было 65 лет, в 2009 нас ориентировали жить на один год больше. Аналогичная логика и с объемом продукции сельского хозяйства - в 2005 г. было 31,4 млрд. рублей, в 2009 поставили 33 млрд. рублей.

Что остается «большим секретом маленькой компании», так это следующее. Во-первых, как, имея естественную убыль населения в 2009 г. на уровне 0,4%, переломить тенденцию и добиться к 2030 г. прироста населения на уровне 1,5%? Никто не поделится, как это сделать. Во-вторых, и самое главное, как, имея в 2005 г. долю высокотехнологичной продукции в объеме отгруженной продукции на уровне 1,5%, добиться ее увеличения к 2030 г. аж до 35%? Тем более, что, по утверждению авторов Стратегии, «за последние два года уровень инновационно-активных предприятий снизился с 7,7% до 7%» (стр. 24).

Но Стратегия может не реализоваться не только по вине «общества». Ведь и действующие отраслевые программы развития могут не скорректировать с учетом требуемых параметров развития и формирования новых инновационных программ и проектов. Крупных хозяйствующих на территории области субъектов «к ноге» не поставишь. А никакие другие механизмы корректировки, которые могли бы использовать областная власть, в Стратегии не прописаны. Все в

ней как-то по принципу «выживут ребята - наша заслуга, прогорят - сами виноваты». Вот пример.

Заманчиво прочитать, что кластер по производству бытовой техники «Формируется на базе ОАО «УК Орский механический завод». В результате совместного привлечения средств одного из крупнейших банков России - «Внешэкономбанка», зарубежного партнера фирмы «Мерлони Прожекти» и российской компании «ЛитингерКонсалт» будет организовано производство холодильников и газовых плит по итальянской технологии и производством мотор-компрессоров по японской технологии для бытовой холодильной техники. Решение организационных вопросов завершается, подписан ряд контрактов на поставку японского и итальянского оборудования. Общая стоимость проекта около 7 млрд. рублей». И где здесь прописаны стратегические позиции областной власти? Власть-то какое отношение имеет к этому проекту, будет ли она его поддерживать, и если «да», то как? А если проект «не выгорит» или, хуже того, «прогорит»? Как тут власть и кого будет «корректировать»? Или, наоборот, кто-то власть тогда и «скорректирует»?

Есть и третий «кип» в необходимых условиях реализации стратегии - способность органов государственной власти выработать эффективный механизм реализации. И вот про эту-то самую «способность» в Стратегии вообще ни слова. Наверное, авторы предполагали, что обнаружить эту способность можно только по результатам реализации стратегии. Реализуется стратегия - была способность. А если не реализуется? Способности не было? Или способность была, только, как всегда, с «обществом» власти не повезло?

Таким образом, о том, есть ли у нас необходимые условия реализации стратегии, ее разработчики ничего нам не говорят или сказать не могут. Естественно, возникает вопрос к областной власти - куда смотрели, когда вам такой документ «презентовали»? Почему у нашей власти даже не возникло никаких вопросов к разработчикам в связи с наличием необходимых условий реализуемости стратегии? Означает ли это, что областная власть отнеслась к этому действительно необходимому для управленцев документу как к очередной «бумажке», затребованной федералами, которая все стерпит? Или представители областной власти знали, что они к реализации Стратегии уже никакого отношения иметь не будут? - зачем тогда «лишние» вопросы?

Это главные претензии к одобренному властью документу. Средних и мелких замечаний и вопросов набирается к 40-й странице документа достаточно, и отмечать их уже надоедает. «Железная логи-

ка» и глобокомысленные выводы разработчиков и их «одобрителей» хорошо демонстрируются частью Стратегии, посвященной социо-культурным особенностям населения (стр. 7). Приведем ее полностью.

«Оренбуржье огличаюг своеобразие уральского этноса и особенности культурного развития составляющих его народов. В целом область многонациональна и неконфликтна.

В области проживаюг представители свыше 100 национальностей. Структуры гражданского общества включают в себя 2294 общественных объединений, в том числе в 2005 году зарегистрировано 116. В области действуют 382 религиозные организации, представляющие 21 конфессию.

Стратегически важным представляется сохранение культурных традиций и этнической неконфликтности».

Хотя комментарий здесь для большинства излишни, однако заметим, что серьезный управленческий документ должен отличаться от «скачанного» из Интернета студенческого реферата. Если в серьезном документе делается вывод, что «Оренбуржье отличает своеобразие уральского этноса», то необходимо выявить эти «особенности». Пока они не выявлены - для профессионального управленца это вывод просто нег. Он ничего не может сделать с объектом, если он знает только то, что объект отличает своеобразие составляющих его элементов. Только выявив это своеобразие и предложив стратегию отношения к этому своеобразию хотя бы «в общем» - нивелировать что-то из этого своеобразия или, наоборот, сохранить или усилить его, можно говорить серьезно об управленческой стратегии, «стратегии можно отнести к разряду «стратегических вымыслов». Единственное оправдание тому, ради чего этот раздел присутствует в таком виде в Стратегии - призыв к сохранению неконфликтности в области. Но даже стратегия достижения этого «сохранения» разработчиками никак не прописана.

Отдельного обсуждения (вернее, осуждения) заслуживают выделенные в Стратегии приоритеты. Выделим приоритеты, обозначенные авторами Стратегии, в порядке их появления в тексте.

«Приоритетным в стратегическом плане представляется учет природно-климатических и экологических условий при планировании и осуществлении стратегии формирования благоприятной окружающей среды и пространственного развития области для достижения оптимального сочетания высокого качества жизни и эффективности экономической деятельности (стр. 6).

Изменение демографической ситуации является одним из важнейших приоритетов деятельности практически по всем направлениям стратегического развития области (стр. 7).

Стратегически важным представляется сохранение культурных традиций и этнической неконфликтности (стр. 7).

Стратегически важно сформировать пакетный долгосрочный и среднесрочный заказы Правительства Оренбургской области, администрации муниципальных образований, предприятий и организаций на подготовку и переподготовку кадров (стр. 8).

Приоритетным представляется учет природно-климатических и экологических условий при планировании и осуществлении стратегии формирования благоприятной окружающей среды и пространственного развития области для достижения оптимального сочетания высокого качества жизни населения и эффективности экономической деятельности. (стр. 9) *(не удивляйтесь, это повторение со стр. 6 не наша ошибка, это сделанные авторами выводы в разных частях документа).*

В связи с этим стратегической задачей является обеспечение замещения традиционных энергоносителей на иные, в том числе возобновляемые (стр. 11).

Стратегически важным представляется переход к формированию кластеров глубокой переработки металлургических руд для получения максимальной добавленной стоимости и к новым технологиям использования руд низких концентраций и отвалов (стр. 12).

Стратегически важным для развития восточной зоны Оренбуржья является осуществление государственного мониторинга поверхностных водных объектов, поскольку в этой зоне с засушливым климатом, где грунтовые воды большей частью засолены, основными источниками обеспечения населения питьевой водой являются искусственные водохранилища (стр. 13).

**Стратегически важным** является создание индустрии лечения и оздоровления с применением минеральных вод (стр. 14).

Приоритетным направлением представляется формирование экологически эффективного лесного хозяйства, ориентированного преимущественно на рекреационные цели (стр. 14)».

Думаю, что представление о приоритетах уже сложилось у читателей статьи, поэтому оставшиеся «приоритеты» перечислять не буду. Зачем я вообще заостряю внимание на приоритетах? Во-первых, чтобы показать, что обозначенные авторами Стратегии приоритеты таковыми вовсе не являются. Ведь если у тебя порядок двадцати при-

оригетов, то какие они приоритеты? Вот Президент знает, что если дал чему-то статус «приоритетные», то их должно быть немного. Приоритетных национальных проектов всего четыре, хотя горячие головы постоянно пытаются «просунуть» Президенту идеи о дополнительных приоритетных проектах. А у авторов Стратегии, равно как и у одобривших ее властных лиц, никаких приоритетов нет - свалили все в кучу. Мало того, само перечисление этих «приоритетов» напоминает известный принцип народных сказителей - где еду, про то пою. Во-вторых, такое долгое перечисление «приоритетных» направлений убедительно показывает всю, так сказать, «глубину» выводов разработчиков Стратегии.

В связи с изложенными выше замечаниями возникает естественный вопрос к нашим членам Правительства и Законодательного Собрания области, - сколько денег за эту Стратегию было заплачено? Если немного - то и ладно, пусть москвичи немного на нас подзаработают.

Вообще, эта ситуация со Стратегией развития Оренбургской области очень напоминает классику. Помните про «стратегический замысел» великого комбинатора провести в Васюках лет через восемь «первый в истории мироздания межгалактический шахматный конгресс»?

«Да-а, - выдалвил из себя одноплазый, обводя пыльное помещение сумасшедшим взором. - Но как же практически провести мероприятие в жизнь, подвести, так сказать, газу?»

Присутствующие напряженно смотрели на просмейстера.

- Повторно, что практически дело зависит только от вашей самостоятельности. Вся организация, повторяю, я беру на себя. Материальных затрат никаких, если не считать расходов на телеграммы.

Одноплазый подталкивал своих соратников.

- Ну! - спрашивал он. - Что вы скажете?

- Устроим! Устроим! - помогли васюкинцы.

- Сколько же нужно денег на это... телеграммы?

- Смешная цифра, - сказал Остап, - сто рублей.

- У нас в кассе только двадцать один рубль шестнадцать копеек. Этого, конечно, мы понимаем, далеко не достаточно...

Но просмейстер оказался покладистым организатором.

- Ладно, - сказал он, - давайте ваши двадцать рублей.

- А хватит? - спросил одноплазый.

- На первичные телеграммы хватит. А потом начнутся пожертвования, и денег некуда будет девать».

Как известно, васюкинская шахматная общественность не дала развиться комбинатору, несмотря на «плодотворную дебоютную идею».

Как будет сделана областной властью «работа над ошибками» в со- держании представленной Стратегии - покажет время. Первые шаги по исправлению ошибок власть начала с хорошо отработанных ею мер - освободили от должности областного министра экономического развития Б.В. Сперанского. Но наряд ли это та ситуация, когда «нет человека - нет проблем». Проблемы с содержанием решать все равно придется, даже если одного министра поменять на другого. Здесь проблема не в «отдельно взятом министре», а в наличии профессиональных способностей к «стратегическому мышлению» областной власти в целом.

## ПОЛИТИЧЕСКАЯ РОЛЬ СУДЕБНОГО ИНСТИТУТА: ВВЕДЕНИЕ В КОНЦЕПЦИЮ

*Хванская А.В. - заместитель ОИМГОА, к.и.н.*

*Предлагаемая статья является попыткой изложения концепции политической юриспруденции, исследующей функционирование судебных институтов. Проблема, решение которой поставлено во главу угла при использовании методов и инструментов этого нового направления - оценка факторов влияния на принимаемые судами решения, установивки, воздействующие на судебскую аргументацию, а также исследования степени влияния судебных решений на институциональную структуру общества.*

### 1.

К началу 50-х годов XX века в правовой науке континентальных школ и школ англо-саксонской правовой традиции бытовало устойчивое мнение о судебном процессе как о, по существу, механическом явлении. Эта концепция опиралась на классический институционализм (или формализм), господствующий вплоть до 30-х годов XX столетия. Последний довольствовался описанием норм и правил, что, к примеру, сводило теорию конституционализма к перечню признаков парламентов, а право - к системе норм (законодательству).

Подобный подход укреплал правовой формализм (нормативизм), настаивая на алгоритмичности обоснования принимаемых судами решений и математичности моделирования правовых умозаключений. Теоретическое обоснование судебных решений предлагалось в

связи с двумя правовыми позициями: нормативного устройства права и рационального выбора суда. Поэтому особое внимание уделялось судебской роли и сути политических целей общества. Процессу как таковому, в отличие от процедур и судебных техник, особого внимания не уделялось. Стало общепринятым утверждение, что реальный, решение, а также принципы правосудия - единственное, что важно по-настоящему. Такая позиция правосудия - логично приводила к выводу, по которому безусловное решение вполне может быть вынесено хорошо образованным судьей, моральным, соблюдающим все требования принципов правосудия и руководствующимся нормами идеального (!) законодательства. Это позднее, как следовало из позиции нормативизма, должно было быть создано национальными парламентами в скором будущем.

Однако активизация социальных наук, произошедшая после Второй мировой войны, поставила под сомнение казавшиеся ранее неизблемыми выводы и догмы. Проект молодых дисциплин - психологии и социологии, исследовавших человеческое поведение, был выстроен по образцу точных наук, то есть базировался на методах *количественных описаний*. Вихвирозизм предложил такое изучение микроровня социально-политического взаимодействия, который изучал установки и реакции индивидов на окружение и друг на друга. Успех молодых наук поставил под сомнение формальный подход к праву, обратив внимание на упущенные из виду важные детали и нюансы. Конкретной почвой, на которой зарождались подобные сомнения, стала политика Нового курса правительства Рузвельта в 30-х годах XX века, направленная на выход из Великой депрессии. Активная позиция Верховного суда США, поддержавшего социальные усилия федерального центра, не оставила сомнений в мощи судебного влияния на политическую жизнь Америки.

Первоначальное формулирование нового подхода складывалось из робкого заимствования социологических разработок предшественников и некоторых новых соображений, трансформированных в политические термины. Во-первых, то, что судьи - обыкновенные люди, а не роботы, и, следовательно, их личностное восприятие *справедливого и правдивого* предопределяет (и даже *диктует*) выносимые решения; во-вторых, и это главное, то, что право и судьи должны пониматься и изучаться в более широком социетальном контексте. В-третьих, нормативное право и экономика, теория рационального выбора, связанная с ними теория экономической рациональности позиционируют некий *универсальный набор мотивов и ценностей*, кото-

*рый не существует в повседневности*, и игнорируют те вещи, которые люди - судьи, в первую очередь - говорят.

Так, в 1955 году правовед и политолог Виктор Розенблюм<sup>1</sup> переработал уже знакомые аргументы и предложил тезисы, ставшие основным стержнем политической юриспруденции:

поскольку (1) политика включает деятельность по оказанию влияния, формулированию и управлению процессами принятия решений, и поскольку (2) наличествующий опыт, равно как и научная теория подтверждает формы и организации процесса принятия публичных решений, следовательно (3) суды, очевидно, являются политическими учреждениями-агентами и должны восприниматься в качестве суб-институтов более широкого политического процесса.

Подкрепленный социологическими теориями, количественный и качественный анализ судебных решений способствовал концептуализации нового направления в изучении правовых институтов, названного «политическая юриспруденция». В 1964 году Мартин Шапиро - «Бог-Отец» теории - сформулировал основные понятия так, как они понимались в середине шестидесятых - этой новой концепции.<sup>2</sup> «Сердцевинной политической юриспруденции является видение судов как политических учреждений и судей как политических акторов. Таким образом, суд любого уровня или юрисдикции представляет собой составную часть институциональной структуры правительства, в основном, сходную с другими его институтами... Судьи занимают место среди конгрессменов, членов различных комиссий и прочих чиновников. Одним словом, данный подход представляет собой попытку интеллектуальной интеграции судебной системы внутри матрицы правительства и политики, в реальности которой она функционирует...

Такой подход позволяет изучать суды и судей в качестве полноценного предмета самостоятельной области знания. В более фундаментальном значении политическая юриспруденция ставит изучение нормативного права - в смысле независимой системы конкретных предписаний, - в зависимость от изучения самих людей, осуществляющих свои политические действия с помощью создания, применения и интерпретации права».

<sup>1</sup> Victor S. Rosenblum, *Law as a Political Instrument, New York Random House, 1955.*  
<sup>2</sup> Shapiro, Martin. «Political Jurisprudence», *Kentucky Law Journal*, 52 (1964), p. 294.

Окрыленная первыми успехами теоретических наблюдений, а также серией громких дел<sup>1</sup>, круто изменивших американское общество, начиная с 60-х годов, политическая юриспруденция стала активно использовать программму бихевиоризма. Ее сторонники утверждали, что судебские умозаключения или решения базируются не единственно на логических умозаключениях судьи, как это принято считать в аналитической или нормативной теории права<sup>2</sup>. Национальные парламенты, адвокатские объединения, правовые уставовки - в разных странах они устроены по-разному, соответственно, представление о праве у профессиональных сообществ и участвующих в процессах людей - также совершенно разные. Принимаемые судами решения и выводы находятся под влиянием существующей политической системы, личностных предпочтений и или сомнений. Иначе говоря, для понимания судебской аргументации и принимаемых судами решений сами судьи должны находиться в фокусе исследований.

Вопрос о том, какое решение судье *следует* или *приведется* принять, стал элементом научной теории. При этом, однако, в этой части своих наблюдений концепция вовсе не утверждала и не утверждает, что умозаключения или принимаемые решения производны и основаны исключительно на личностных соображениях самого судьи без оглядки на нормы законов или *stare decisis*. Напротив, наблюдения, сделанные с этой позиции политической юриспруденции, позволили говорить о том, что в основе принятых решений лежат политические, правовые или персональные *установки по поводу* действующего права.

Так, например, в исследовании деятельности Конституционного суда Колумбии, сделанном Д. Ландау, ученый заметил, что «анализ судебного поведения ведется с целью предвидения решения судьи... Это возможно узнать при помощи исследования типа социального актора - карьерный, профессиональный судья или академический ученый был назначен на должность. Такое исследование дает больше результатов, нежели обзор побудительных мотивов решений судьи во время исполнения обязанностей, к примеру, близкая отставка, пензура или отстранение от должности...»<sup>3</sup>. Например, доминирование в 1980-е годы карьерных судей очевидно отразило традицион-

нормативистское мировоззрение. В более поздний период изменившийся состав Суда был склонен усиливать роль прецедента...<sup>1</sup>

Методы индивидуальных оценок, принятые в политической юриспруденции, используются для изучения поведения судей как формы политического или правительственного действия<sup>2</sup>. Бихевиористское исследование предложило оценивать судебские уставовки исходя из следующих данных:

- получение образования за границей;
- гендерный состав судебской коллегии;
- расовая или национальная принадлежность;
- возраст судьи;
- семейное положение;
- профессиональный опыт судьи (в качестве клерка государственной структуры, адвоката, прокурора, научного сотрудника, юрисконсульта);
- персональная профессиональная позиция судьи в течение первых лет нахождения в должности по сравнению с законодательным периодом;
- вслушивание в должность: избрание или назначение и др.

В более широком значении методы включают в себя изучение тактик адвокатских объединений, подготовки и социализации юристов; досудебных переговоров и оборота дел для дальнейшего слушания в суде. И, конечно, целый арсенал действий, связанных с последующей стадией судебного решения.

В 60-70-е годы прошлого столетия структурный функционализм предложил перспективные изучения общества и политики как систем макроуровня. Чуть позднее, в 80-е, экономистами была разработана чрезвычайно плодотворная теория для систем «среднего уровня» - неинституционализм<sup>3</sup>. Институты, по определению одного из ведущих теоретиков неинституционального направления Д. Норга, - это разработанные людьми формальные (законы, конституции) и неформальные (договоры и добровольно принятые кодексы поведения) *ограничения*, а также *факторы принуждения*, структурирующие взаи-

1 Саймон Яркин примером судебного активизма является дело *Вотер v. Board of Education of Toraja*, 347 U.S. 483 (1954), *посмотрите начало подтике дерегаации в США*.

2 Landau D. *The Theo Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: a New Approach to Modeling Judicial Behavior In Latin America*. 2005. George Washington International Law Review v. 37, 687.

3 Там же.

1 Landau D. *The Theo Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: a New Approach to Modeling Judicial Behavior In Latin America*. 2005. George Washington International Law Review, v. 37, 687.

2 См. Shapiro M., Stone-Sweet A. 2002, *On Law, Politics and Judicialisation*. Oxford University Press.

3 Норт Д. *Институты, институциональные изменения и функционирование экономики*. - Москва, 1997. С. 18-19.



модельствие институтов. Все вместе они образуют побудительную структуру обществ и экономик. Институционализм в отличие от классической и неоклассической теории признает важность особенного и специфического в политике, экономике, праве, поскольку стремятся изучать не идеальную (нормативную) модель, а его реальные конкурентно-исторические формы.

Функционирование сферы права и политики с точки зрения неoinституционализма можно определить как деятельность различных рода организаций, представляющих собой группы индивидов, связанных между собой общими целями. Конкретная совокупность институтов в данном случае будет выступать формой (например, судебный институт), влияющей на характер, своеобразие и эффективность деятельности рассматриваемых организаций. Согласно образному сравнению Д. Норта, институты - это правила игры, а организации - это игроки.<sup>1</sup> Институты, на базе которых осуществляется деятельность той или иной организации, определяют совокупность *альтернативных* возможностей этой организации. В то же время наблюдается и обратная связь: индивиды, создавая организации, в процессе своей деятельности, направленной на максимизацию выгоды, *могут инициировать институциональные изменения в связи с появлением новых или видоизмененных альтернативных возможностей*. Эти изменения могут касаться как формальных ограничений и выражать себя в разработке новых законодательных норм, так и неформальных - через формирование новых социальных норм, обычаев и правил поведения.

Неoinституционализм позволил составить представление о *динамике* возможных вариантов общественной системы в контексте институтов и форм поведения людей. Социальные институты стали изучаться в качестве факторов, влияющих друг на друга, и в более перспективном проекте - на изменения метауровня.

К 90-м годам XX века политическая юриспруденция также оказалась во власти «нового институционализма». Новая волна исследований была спровоцирована все возрастающим убеждением, что политической жизнью и личными установками предопределяются не одни только решения отдельных судей. На шит научных дискуссий была поднята идея о феномене менее очевидном, но более влиятельном в смысле степени последствий для всего общества: сами судьи и судебные решения конструируют публичную политику, по-

литические и правотворческие процессы самых разнообразных обществ<sup>1</sup>. Важным аргументом в пользу нового институционализма стал подход к идеологиям, общественным ценностям, нормативным решениям и убеждениям как социальным институтам, взаимовоформирующим мир судебных решений и законодательный мир, ограничивающим всякий политический выбор и детерминирующим любое политическое решение.

Перемещая центр наблюдения с отдельных судей на судейство как таковое, неoinституционализм предложил альтернативные методологические ориентиры тем исследователям права и судов, которые находили предшествующие инструменты бихевиоризма чрезмерно ограниченными. Неoinституциональная школа подняла вопрос о фальсифицируемости, проверяемости судебных умозаключений, в частности, в их интерпретационно-историческом ключе. Результаты использования этой методики скорректировали чрезмерно радикальные выводы о зависимости политических структур и институтов от индивидуального поведения. Сосредоточивание внимания на отдельных судьях не помогло понять складывающиеся тенденции и модели поведения внутри судебного корпуса. «Объяснять то или иное принимаемое решение суда, ссылаясь единственно на результаты голосования судей в конкретном деле, - все равно, что расуждать об игре в бейсбол, имея в виду исключительно действия игроков команды. В этом случае теряется из виду более общий взгляд на игру».<sup>2</sup>

Возникшее направление породило подход к изучению правовых институтов с эмфазой на «политической природе права», анализу процессов принятия решений внутри законодательной и судебной корпорации и их последствий. Стоит отметить, что такая позиция спровоцировала напряжение в академической среде, поскольку, базируясь на противоположной позиции относительно внешних признаков права, заняла диаметрально противоположную по поводу его нормативного усвоения позицию.

В настоящее время взаимодействие между политической юриспруденцией и новым институционализмом является наиболее плодотворной повесткой исследований в правовом и политическом анализе. В соответствии с принятым взглядом на неoinституциональ-

<sup>1</sup> В английском варианте для обозначения данного феномена предложен специальный термин - *Judicialisation*. Shapiro, Martin and Stone Sweet, *Decs. On Law, Politics, & Judicialization*. Oxford University Press, 2002.

<sup>2</sup> A Book review by Stefanie A. Lindquist. *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations* by Howard Gillman and Samuel W. Cladon (Editors). Lawrence: University Press of Kansas, 1999. Book Review.

<sup>1</sup> Норт Д. *Институты, институциональные изменения и функционирование экономики*. - Москва, 1997. С. 18-19.

ный подход к политике (Марч, Ольсен)<sup>1</sup>, неинституциональные концепции порядка могут принимать формы нормативных, исторических, символических, временных, эндогенных и демографических характеристик.

Так, например, при изучении деятельности судов США анализируются следующие факторы:

- роль институциональных норм и социальной практики Верховного Суда США (John Brigham, Ronald Kahn);

- влияние институциональных полномочий на развитие судебного усмотрения и конституционного пересмотра (Mark Graber);

- влияние Верховного Суда на поведение сторонников политических партий и правовую мобилизацию (Michael McSall, John Gates);

- воздействие другого социального института - адвокатуры - на юридически значимые действия в практике судов, особенно Верховного Суда - повестку рассмотрения дел, информационный картинг дел (Kevin McGuire);

- воздействие институциональных изменений в верхней палате Парламента и результатов голосования в Правительстве на назначение членов Верховного Суда - в результате чего формируется, например, более умеренный или более прагматичный состав Суда, приводящий к конкюрирующему голосованию (Mark Silverstein, Cornell Clayton);

- символическая природа конституционного языка (Susan Burgess);

- связь между решениями суда и характеристиками поколений тяжущихся сторон - компаративный исторический анализ (Leslie Goldstein);

- понимание (в соответствии с внутренним убеждением) судьей Верховного Суда основополагающих характеристик современного ему общества: человеческих взаимоотношений, демократии, капитализма, рынка, структуры развития правовой теории, способов изложения фактов дела (Susan Burgess, Keith Vuybe, Howard Gillman).

Например, изучение особенностей судебных слушаний в контексте истории общества позволяет установить то, как судебные доктрины, принимаемые в различные периоды, направляли усилия про-

3 March, James G. and Johan P. Olsen. 1984. «The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life». *American Political Science Review*, 78: 734-49.

тивных сторон спорон, расширяя интерес суда к деталям дела, к вопросам, прямым к процессу не относящимся, или, напротив, сужая его внимание.<sup>1</sup>

Статистический анализ голосований федеральных судей США, номинированных от республиканской и демократической партии, рассматривающих апелляции на вынесенные окружными судами приговоры к смертной казни, показывает устойчивую приверженность судей партийной идеологии. Так, например, начиная с 2000 года судьи - республиканцы в 85% случаев голосовали за отклонение апелляционных прошений. Судьи-демократы объявляли об удовлетворении апелляции в 75% случаев.<sup>2</sup>

Анализ определений и постановлений судов показывает то, как интересы и предпочтения развиваются внутри самого института.<sup>3</sup> Так, изучение конвенсуальных норм Верховного Суда США демонстрирует влияние, оказываемое голосованием в Правительстве на назначение судей Верховного Суда. За последние годы, к примеру, Президенту США удавалось номинировать более умеренных кандидатов во избежание конфликтов с судебным комитетом Конгресса, сегопящего, в основном, из представителей оппозиционной партии. Таким образом, расщепленные голосования судей-прагматиков приводят к участию в случаях сенсационных резолуций судей Верховного Суда.<sup>4</sup>

Дискуссии о юридической службе Верховного Суда называют этот орган чрезвычайным властельным институтом. Обладая властью «вратарей», она прямо определяет повестку дня и фактически поступает к судьям информации. Анализ юридического сопровождения процессов показывает, что даже отчегливо выраженные мнения суда иногда подгоняются в адвокатских репликах участников.

Таким образом, политическая юриспруденция - новая область междисциплинарных исследований. Объединяя перспективные изученные права и политической науки, методы ее исследований синтезируют инструменты позитивного политического анализа и нормативной теории права. Приведенные примеры помогают составить представ-

1 Goldstein, Leslie in *The Supreme Court In American Politics: New Institutional Interpretations* by Howard Gillman and Howell W. Clagton (Editors). Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

2 Political party matter of life or death. USA Today. Monday, April 16, 2007. Также: *Decisions mostly straddle party lines*. (16.04.2007 г.) <http://news.encyr.com/apps/pbcs.dll/article?AID=/20070415/NEWS01/304130034/-1/newsmltime.dia>

3 Cornell Clayton in *The Supreme Court In American Politics: New Institutional Interpretations* by Howard Gillman and Howell W. Clagton (Editors). Lawrence: University Press of Kansas, 1999 Kevin McGuire.

4 Там же.

ление о том, как методы политической юриспруденции способствуют прогнозированию институциональных изменений принимаемых судами решений. И, не в последнюю очередь, оценке интенсивности, характера и рисков более масштабных социальных изменений.

## II.

Институт высших национальных судов был в центре внимания классического этапа политической юриспруденции. В первую очередь потому, что высшие суды - верховные, конституционные - это публичный форум ценностных установок, убеждений и интересов людей, политических партий, судов низших инстанций, местных, региональных, центральных или федеральных правительств, - одним словом, самых значимых фигур публичной политической жизни.

Конституционные суды и сейчас находятся в центре внимания, поскольку централизованная форма конституционного усмотрения, характерная для континентальной правовой системы, является политическим актом. Эта исключительная особенность конституционных трибуналов, составленных из судей, избранных парламентариями и сенаторами, утверждаемых главами правительства или президентами - в специальном заседании провозглашать (не)конституционность законов страны - очевидно отличает полномочия подобных институтов от судов общих юрисдикций. (*Политическая интерактивность права*). В этом смысле конституционные суды цивилистической системы можно считать одним из самых влиятельных институтов, напрямую вводящих конституционные нормы и ценности в общественную жизнь.

Задачей этой части статьи автор видит в применении некоторых методов политической юриспруденции применительно к работе КС РФ.<sup>1</sup> Обращение к этому институту в данной статье - дань традиционному подходу. Состав суда, конституционное толкование, заключение о процедурах президентского импичмента, вынесение решений в связи с запросами субъектов Федерации, политических партий - как эти и другие институциональные факторы формируют российскийскую политику и судебные процессы? Как личные политические пред-

<sup>1</sup> Важно заметить, что в юридической литературе уже публиковались работы, посвященные судам России (Solomon P. (2004): *Judicial Power in Russia. Through the Prism of Administrative Justice. Law and Society Review*, Vol. 38, №3; Trochev A. (2004): *Less Demostocry, More Courts: A Puzzle of Judicial Review in Russia. Law and Society Review*, Vol. 38, №3; Page T. The (2002) *Two Faces of Russian Courts: Evidence from a Study of Company Managers. East European Constitutional Review*, Winter/Spring etc). Несмотря на статистику современные исследования делом выводы о происходящих мега-процессах в политической жизни.

почтения судей влияют на выносимые судом решения? Как выстраивается аргументация судебных умозаключений? Имеет ли единогласное голосование суда равное политическое значение с решением, вынесенным большинством голосов, то есть с особым мнением несогласных судей?

Безусловно, для ответа на все эти вопросы требуется кропотливая работа по изучению многочисленных решений КС РФ и интерактивности участвующих в полемике акторов. Чьи обращения удовлетворяются, какие аргументы используются, данные о запросах, принятых к рассмотрению после резолюций юридической службы суда, рассмотрение аналогичных запросов с участием разных апеллянтов в разное время и т.п. В объеме этой статьи автор постарался сделать самый поверхностный анализ - проанализировал персональные данные судей КС РФ и обобщил информацию трех категорий запросов.

### 1. Персональные данные

Анализ персональных данных - наиболее распространенный метод оценивания институциональных влияний. Он включает систематизацию самых обширных персональных данных, уже упоминавшихся в начале статьи. В этой работе внимание будет обращено только к имеющемуся профессиональному опыту судей как наиболее очевидной характеристике навыков и установок.

Наличие ученой степени	Работа в правоохранительных органах	Работа в суде	Работа на государственной или муниципальной службе
11 <sup>1</sup>	5	5	5

Семь судей Конституционного суда из 19-ти вступили в должность в период работы Президента Путина.

Важно отметить, что ни один из членов суда не имеет опыта адвокатской работы. Последнее замечание дает веские основания полагать, что состав суда не имеет устойчивого иммунитета против «обвинительного синдрома».

<sup>1</sup> В большинстве случаев темы диссертаций посвящены вопросам трудового права и борьбе с преступностью. Подлежащее число защит - в советский период.

Для сравнения, типичный немецкий судья вступает в должность по окончании специальной подготовки и успешной работы в системе судебного института. Американский судья приступает к исполнению обязанностей (избирается или назначается) в конце профессиональной карьеры адвоката, частного юриста или, реже, публичного деятеля.

## 2. Юрисдикция суда

Конституция РФ наделяет Конституционный суд целым рядом полномочий. Суд рассматривает дела о соответствии нормативных актов Конституции РФ, заслушивает споры о компетенции, дает толкование Конституции, в связи с конкретной жалобой на нарушение прав и свобод проверяет конституционность закона, дает заключение о соблюдении порядка выдвижения импичмента Президенту РФ, выступает с законодательной инициативой и т.д.

В целях данной статьи были проанализированы три категории дел<sup>1</sup>, рассматриваемых судом: споры о компетенции между субъектом и федеральным центром, толкование конституции и проверка закона на его соответствие Конституции.

А. Споры о компетенции между органами государственной власти субъекта Федерации и Федерации.

Эта категория дел может быть названа крайне «политической» вследствие противоположности публичных интересов, представляемых разными политическими акторами Федерации. Например, решающее большинство дел, рассмотренных КС по вопросам о компетенции, было вынесено в пользу федеральных органов.

С начала 90-х Конституционным судом РФ было заслушано более 36 обращений по вопросу о компетенции между властями субъектов и правительством Федерации. Запросы инициировались:

Категория субъектов Федерации	Обращений граждан	Суды общей юрисдикции	Правительств субъектов	Группа депутатов РФ	Коммерческая компания
18	5	3	2	2	1

<sup>1</sup> Данные приведены на 01.01.2006 г.

Конституционный суд отклонил большинство из них - 27, дав, однако, толкование представленных положений.

Соответствуют Конституции	Не соответствуют Конституции	Соответствуют частично
5 положений законов (2 - федеральных)	3 положения конституций республик (из 4 обращений)	2

Два решения суда были приняты с выражением особого мнения.

Пример 1. Запрос для рассмотрения КС за №92-О/27 июня 2000 года был инициирован группой депутатов ГД РФ о проверке некоторых положений конституций республик Адыгея, Башкортостан, Ингушетия, Коми, Северная Осетия - Алания и Татарстан.

Нормы конституций этих республик представляли им право участвовать в международных отношениях в качестве самостоятельного актора. Конституционный Суд усмотрел в данных нормах противоречие Основному закону РФ и пояснил, что лишь федеральное правительство обладает полномочиями в сфере международного публичного права.

### Политические последствия:

- наложение судебного вето на независимую деятельность республик, легитимация ограничения компетенции субъектов;
- судебная доктрина о народах, входящих в Федерацию;
- нуклефикация некоторых законов республик в составе РФ о международной деятельности.

В. Конституционность федеральных законов, указов Президента и актов правительства субъектов Федерации.

Дела о конституционности федеральных законов являются наиболее многочисленными в опыте работы суда. В целом, члены КС рассмотрели более 110 запросов о соответствии законов Конституции (более 55 - федеральных и 52 - субъектов). Статистика показывает, что наиболее многочисленными (более 30%) являются слушания в связи с налоговым законодательством, за ними следуют дела о собственности. Третьими следуют обращения, касающиеся норм Уго-

ловного и Уголовно-процессуального кодексов (доминировавшие в конце 90-х).

Запросы на предмет соответствия положений федеральных законов нормам Конституции были инициированы:

Граждане	14
Легислатура субъекта	11
Суды	10
Группа депутатов ГД	8
Коммерческая компания	6
Правительство субъекта РФ	5
ГД РФ	4
Федеральный министр	1

Конституционный суд принял постановление по 22 и по 32 вынес определение. Из них:

Соответствует Конституции	14
Не соответствует Конституции	3
Соответствует частично	9 (объединенные в 6 дел)

В девяти случаях решение было принято с выражением несогласия части суда (в «чеченском» деле - представлено восемь особых мнений).

*Пример 1.* Слушание по делу №10-П от 14 ноября 2005 было вынесено по запросу Омбудсмана в связи с частной жалобой на нарушение ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав граждан и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», а также положений ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального собрания Российской Федерации».

КС признал нормы этих законов, запрещающих за счет собственных средств граждан агитировать против всех кандидатов, не соответствующими Конституции и ее положениям о праве на свободу слова. Суд констатировал, что федеральный законодатель не имеет права принимать законы, направленные на лишение права граждан участвовать в кампаниях, голоса против всех кандидатов.

*Политические последствия решения:*

- легитимирование ограничения власти федерального правительства;

- принятие конституционного голосования института выборов;
- защита прав граждан.

*Пример 2.* Постановление №13-П, вынесенное КС от 21 декабря 2005 года, СМИ назвали «абсолютно политическим». Группа граждан направила запрос о конституционности норм федеральных законов, отменяющих прямые выборы первых лиц исполнительной власти субъектов Федерации, а также право Президента распускать легислатуры субъектов.

Признав оспариваемые положения законов конституционными, КС ввел в юридическую терминологию «логику баланса интересов», оправдывая единичное изменение организации власти Федерации, в том числе в разграничении предметов ведения. Суд разъяснил, что свободные выборы и референдум, как выражение власти народа Федерации, исходя из текста Конституции, не являются единственно допустимым механизмом формирования всех органов публичной власти на каждом из уровней ее организации. Последнее сделано в целях уравнивания таких основ российской государственности, как демократия, суверенитет, государственная целостность и федерализм. Это позволяет надеяться и изменять полномочия органов и должностных лиц публичной власти, непосредственно не помеченных в Конституции Российской Федерации в качестве избираемых, если при этом соблюдаются конституционные права и свободы и иные общепризнанные права и свободы человека и гражданина, включая право на свободные выборы.

*Политические последствия решения:*

- правовая доктрина централизованного управления;
- легитимация разрушения предшествующей системы публичной власти;
- легитимация централизованной власти.

*С. Воле 52 запросов о соответствии Конституции РФ положений законов субъектов Федерации инициировалось:*

Легислатура субъекта Федерации	12
Граждане	11
Суды общей юрисдикции и арбитражные суды	9
Глава субъекта Федерации	7

Правительство субъекта	6
Государственная Дума РФ	4
Нижняя палата ГД РФ	4
Группа депутатов ГД РФ	3
Группа сенаторов ГД РФ	2
Членыники федерального правительства	2
Президент РФ	2

Суд принял более 20 постановлений и определений по более чем 32 принятым к слушанию дел. Из них:

Соответствуют Конституции РФ	4 положения
Не соответствуют Конституции РФ	9 положений
Соответствуют частично	15 (в восьми объединенных делах)

Десять голосований прошло с выражением особого мнения членов Конституционного суда.

**Пример 1.** Постановление Конституционного суда №16-П от 16 ноября 2004 принималось в контексте ярко выраженного противостояния интересов. Запрос касался права республик в составе России изменять национальный алфавит. В частности, перехода записи татарского языка с кириллической системы на латинское начертание, содержащихся в законопроектах Республики Татарстан.

Запрос о конституционном соответствии был подан Государственным советом ТР, Верховным судом ТР в связи с частной жалобой.

КС РФ провозгласил национальные языки и алфавиты политической прерогативой Федерации, поскольку кириллическое написание алфавита - историческим и культурным фактом народов Федерации. Если республика выражает желание изменить национальную графическую систему, то это намерение должно обосновываться только лингвистическими мотивами и интересами всех народов РФ.

#### **Политические последствие решения**

Доктрина политического статуса национальных алфавитов.

#### **Д. Конституционное толкование**

В 1995-2005 гг. Конституционный суд рассмотрел более 15 дел, связанных с запросами о толковании положений Конституции РФ.

Группа депутатов ГД РФ	9
Легислатура субъекта Федерации	2
Совет Федерации	1
Член правительства субъекта РФ	1

В данной категории рассмотрений два решения было принято с выражением особого мнения судей.

**Пример 1.** Конституционная доктрина №134-О от 05.11.1998 г. об ограничении срока нахождения в должности Президента была принята по запросу, инициированному группой депутатов ГД РФ, Конституционный Суд вынес решение, заметив, что Конституция не содержит каких-либо оговорок по раздельному исчислению срока нахождения в должности - то есть срока до принятия Конституции и после. Таким образом, время нахождения в должности после принятия основного закона 1993 г. не может исчисляться заново.

#### **Политические последствие решения:**

- Доктрина о пребывании лица на посту Президента;
- институциональная форма ограничения централизованной власти в России;
- институциональные основы ограничения власти глав субъектов федеральных правительств.

#### **Е. Специальное конституционное усмотрение**

В целом более 20 судебных постановлений КС РФ было вынесено в связи с запросами судов общей юрисдикции.

**Пример 1.** 15.01.1998 г. КС рассмотрел обращение КС Республики Коми. Суд республики полагал, что нормы Конституции РК противоречат федеральным законам об органах исполнительной власти, а потому нарушают права и свободы граждан.

В постановлении №3-П КС РФ пояснил, что муниципалитеты обладают независимой компетенцией в пределах своих полномочий и их органы управления не входят в систему национальной (федеральной) власти. Институты последней не могут быть установлены на территории, не имеющей статуса республиканского подчинения.

#### **Политические последствие решения:**

- \* доктрина прав местного самоуправления;
- \* конституционное толкование прав местных сообществ на прямое народовластие;
- \* нуллификация некоторых положений федеральных и суб-

федеральных нормативных актов, ограничивавших права местного самоуправления.

**Пример 2.** Постановлением №3-П от 02.02.1999 года КС РФ дал толкование норм УПК РФ в связи с запросом Московского городского суда. КС РФ определил, что до тех пор, пока специальный ФЗ, гарантирующий право на слушание дела судом присяжных не вступит в силу, акт в отношении лиц, приговоренных к смертной казни, не может быть исполнен.

КС РФ установил, что право на слушание дела судом присяжных в любом случае должно быть предоставлено лицу, обвиненному в совершении преступления, за которое федеральный закон предусматривает смертную казнь.

*Политические последствия решений:*

- \* доктрина о правах лиц, приговоренных к смертной казни (права человека);
- \* ограничение карательных полномочий государственных органов;
- \* институциональное строительство суда присяжных.

По рассмотренным категориям дел обращения в Конституционный суд РФ были инициированы:

Легислатуры субъектов	43
Частные жалобы	40
Государственная Дума РФ	30
Суды общей юрисдикции	24
Частные компании	15
Правительства субъектов	13
Федеральные чиновники	3
Президент РФ	2

С самого начала своего существования КС РФ рассмотрел более 4500 обращений, в том числе более 30 федеральных и субъектовных законов на предмет их соответствия Конституции РФ, признав неконституционными положения более 20 статей и указов Президента.

Один из выводов, который может быть сделан в связи с данным фактом, это то, что конституционный пересмотр инициировал нор-

мативный дискурс и задавал необходимые консерватизм и стабильность некоторым публичным и гражданским институтам. Он продемонстрировал, однако, отсутствие очевидных и устойчивых ценностей, которые могли бы служить опорой (или, наоборот, сдерживающим фактором) в составлении судебных мнений. Прежде всего по таким понятиям, как «демократия», «свобода», «народ», «права человека». И, конечно, выглядит очевидным тот факт, что «карьерные» судьи КС с трудом формируют свободный от влияния исполнительской власти форум.

### **Заключение**

На вопрос политической юриспруденции: будут ли различными судебские умозаключения, происходящие из хладнокровных алгоритмов и из человеческого судебного размышления и установок и влияний? Может быть, дан ответ в нормативном срезе. Однако, стремясь рационализировать роль судов и права в контексте теории политического процесса, исследователи обращаются к феномену эсторидаческих влияний на судебные решения. Автор статьи хотел продемонстрировать важность строгого научного подхода к судебным институтам в контексте более общего учения о разделение властей.

## Раздел второй

## Вопросы гражданского права и процесса

### СОЦИАЛЬНОЕ ЗНАЧЕНИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПОРЯДКА УСЫНОВЛЕНИЯ (УДОЧЕРЕНИЯ) РЕБЕНКА ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ПЛЕНУМА ВЕРХОВНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ОТ 20.04.2006 г. №8

*Буянова Е. В. - преподаватель кафедры гражданского права и процесса*

«Дети - это будущее каждой нации. От того, как будет выращено и воспитано молодое, в громадной степени зависит дальнейшее развитие и прогресс общества».<sup>1</sup>

«... Устанавливая определенный порядок усыновления (и *процессуальный в том числе* - Е. В.), включивший требования, предъявляемые к форме, месту и времени совершения семейно-правового акта, законодатель подчеркивает социальную значимость усыновления и юридические последствия, порождаемые им»<sup>2</sup>. Данное обстоятельство подтверждается тем, что сегодня со страниц периодических изданий (официального и неофициального толка), телевизионного экрана, с трибуны Государственной Думы Федерального Собрания РФ неоднократно прозвучало обращение к гражданам РФ: как гарантировать процедуру усыновления, на какие рычаги лучше надавить? Судя по всему, административными методами государство пользоваться больше не желает - доказательством этого является напроочь забытый административный порядок усыновления. Почему? Дабы исключить любые шаблонные решения по данной мо-

дельно-этической категории дел. Ведь не секрет, что работники администрации городов, районов не являлись профессионалами в области права. Это во-первых. Во-вторых, именно серьезность правовых последствий усыновления требует и тщательного подхода к установлению усыновления, закрепления таких правовых условий усыновления и порядка его производства, которые свели бы к минимуму возможный риск для ребенка.<sup>1</sup> То обстоятельство, что в настоящее время введен судебный порядок усыновления, является, безусловно, положительным моментом. «Преимущества судебного порядка усыновления очевидны: независим и подчиняется только закону, он не связан никакими узко ведомственными интересами, судья - специализируется в области права»<sup>2</sup>. И как результат - сейчас дела об установлении усыновления рассматриваются в порядке особого производства. Но что это значит? Ничто иное, как то, что суд в ходе рассмотрения дела по существу устанавливает исключительно факт, так как считается, что спор о праве в делах, рассматриваемых в порядке особого производства отсутствует и установление усыновления (удочерения) детей исключением не является.

Однако на практике наблюдается тенденция рассмотрения дел об усыновлении в порядке искового производства.<sup>3</sup> И этот вопрос, по мнению ряда процессуалистов, «заслуживает внимания и самостоятельного исследования... Так, в соответствии с требованиями ч. 3 ст. 246 ГПК РФ, в случае возникновения спора о праве, подведомственного судам, суд должен оставить заявление без рассмотрения и разъяснить заинтересованным лицам, что они вправе предъявить иск. А спор о родительском праве возникает в случае, когда родители (один из родителей) возражают против усыновления, а усыновитель настаивает на этом»<sup>4</sup>. Эта проблема требует более детального разрешения в гражданском процессуальном законодательстве.

Все это говорит о том, что вопросы усыновления не могут подчиняться каким-то общим правилам, их нельзя свести к чему-то ограниченному и навеки данному, с юридической, конечно, точки зрения. В связи с чем, нам представляется, что особое производство не «вмещает» в себя все многообразие правоотношений, складывающихся в процессе усыновления ребенка. И даже то, что ГПК РФ закрепил, казалось бы, под-

<sup>1</sup> Летова Н. В. «Усыновление как приоритетная форма устройства и воспитания детей, оставшихся без попечения родителей». Диссертация кандидата юридических наук. - Томск, 2003. 12.00.03. С. 94.

<sup>2</sup> Там же. С. 95.

<sup>3</sup> Тресцова Е. В. Развитие института усыновления в новых экономических условиях. В сб.: Семья в новых социально-экономических условиях. - Н. Новгород, 1998. С. 150.

<sup>4</sup> Курцова В. В. Актуальные проблемы установления усыновления в российском праве. // Журнал российского права. - М., 2002. №7. С. 81-87.

<sup>1</sup> Кошкина И. А. Усыновление по советскому праву. - М. Лисс. канд. юрид. наук. 1953.

<sup>2</sup> Летова Н. В. «Усыновление как приоритетная форма устройства и воспитания детей, оставшихся без попечения родителей». Диссертация кандидата юридических наук. - Томск, 2003. 12.00.03. С. 92.



робную судебную процедуру для данной категории дел, не является, по нашему мнению, достаточным, так как практика вскрывает все новые и новые проблемы, и как следствие всего этого - возникает необходимость в официальных разъяснениях высших судебных инстанций, самими свежими из которых является Постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации от 20.04.2006 г. №8 «О практике применения судами законодательства об усыновлении (удочерении) детей».

Интересующаяся данной проблемой аудитория, безусловно, задается вопросом: а что же изменилось в процедуре усыновления, в связи с принятием данного постановления? А если точнее: что же позитивного являются собой новые разъяснения Верховного Суда? Не претендуя дать исчерпывающий и полный анализ этого постановления, тем не менее, нам бы хотелось обратить внимание на ключевые моменты вышеозначенного.

Сразу же следует оговориться: до принятия данного постановления существовало другое - 1997 года, которое называлось абсолютно так же. Раз так, получается, что назрела необходимость в принятии нового и, по сути дела, оно должно решать те вопросы, которые не разрешены в старом и в свете недавних трагических обстоятельств, связанных с вопросами усыновления, кардинально по-другому подходить к вопросу о судебной процедуре усыновления.

Итак, в соответствии с новым постановлением Пленума Верховного суда РФ внесены некоторые новшества в вопросы территориальной подследности. Так, например, теперь дела об усыновлении детей - российских граждан, родителями, один из которых является иностранным гражданином, даже если постоянно проживает на территории Российской Федерации, рассматривается соответствующим судом субъекта Российской Федерации. Подобное положение отсутствовало в постановлении 1997 г. и, судя по всему, направлено на усиление гарантий защиты интересов усыновляемых детей.

Однако вопросы договорного представительства не нашли своего логического разрешения в постановлении. Так, соглашась с мнением тех авторов, которые полагают, что «одним из важных требований законодательства, гарантирующих, что усыновление ребенка - продуманный шаг со стороны усыновителя, а состоявшаяся усыновление повлечет создание крепкой семьи и будет отвечать интересам ребенка, является личное участие усыновителя в деле (пп. 1, 3 ст. 126 СК РФ, ч. 1 ст. 263 ПСК РФ)»<sup>1</sup>, осмелимся оценить правовую регламентацию

участия представителя в разбирательстве данной категории дел как не совсем четкую и не в полной мере направленную на защиту интересов ребенка. Это подтверждается тем, что на практике данное положение игнорируется и нередки случаи, когда решение выносится в отсутствие усыновителя, но при личном участии представителя заявителя. В связи с этим, на наш взгляд, необходимо было бы предусмотреть конкретные санкции за несоблюдение требований процессуального закона, например, в числе безусловных оснований к отмене судебных решений предусмотреть такое основание, как вынесение решения по делу об усыновлении без личного участия усыновителя.

Кроме того, в ПСК РФ не лишним было бы закрепить особый характер представительских функций по данной категории дел, обозначив специальные требования к оформлению полномочий представителя по делам об усыновлении. Но до того момента, пока это не закреплено на законодательном уровне значительную роль сыграли бы разъяснения Верховного Суда РФ, определяющие закрытый перечень процессуальных действий представителя по данной категории дел. Однако постановление Пленума Верховного Суда РФ №8 ограничивается лишь оговоркой о том, что «...представители по делам данной категории вправе без личного участия доверителя производить действия вне стадии судебного разбирательства, в частности, собирать и представлять необходимые доказательства, при подготовке дела к судебному разбирательству давать судье пояснения по существу заявления, по требованию судьи представлять дополнительные доказательства, ставить вопрос об оказании помощи в исследовании письменных и вещественных доказательств и т.п. Но такое положение дел изначально является ущербным в силу того, что представитель действует *от имени и в интересах (курсив мой - Е.В.)* представляемого лица, не имея даже собственных прав и обязанностей: он располагает ими ровно в таком объеме, в каком они определены представляемым лицом. Поэтому на практике не должно происходить ситуаций, когда представитель «подменяет собой» «настоящего» заявителя. И усыновление заранее можно назвать «порочным» в том случае, когда усыновитель даже не находит времени для того, чтобы лично явиться в судебное заседание об усыновлении, возбудившее по его же заявлению.

Особый интерес в этом смысле представляет положение Постановления Пленума Верховного суда РФ, согласно которому «наличие у заявителя представителя, надлежащим образом уполномоченного на ведение дела в суде, не освобождает лицо, желающее усыно-

<sup>1</sup> Кустова В.В. Актуальные проблемы установления усыновления в российском праве. // Журнал российского права. - М., 2002. №7. С. 84-87.

вить ребенка, от обязанности явиться в суд»<sup>1</sup>. Но предусматривает ли закон какую-либо санкцию за неисполнение данной обязанности? Судя по всему, ответ необходимо дать отрицательный - никаких неблагоприятных последствий за собой невяка заявителя в судебное заседание не влечет.

С учетом вышесказанного не совсем понятной представляется позиция некоторых процессуалистов о том, что участие в одном производстве усыновителей и родителей усыновляемого, его родственников может привести к раскрытию тайны усыновления. Поэтому желательнее, по их мнению, «чтобы слушание таких дел проводилось без присутствия в зале судебного заседания усыновителей»<sup>2</sup>.

Более того, думается, что участие представителя в делах об усыновлении - это явление довольно сомнительное применительно к вопросу о тайне усыновления. Если следовать смыслу нового, да и, в общем-то, старого постановлений, то складывается ситуация, согласно которой на досудебной стадии гражданского судопроизводства представитель не обязан сохранять тайну усыновления - закон не устанавливает на этот счет жестких требований, не говоря об ответственности. Помимо всего прочего, как следует из анализа постановления 2006 г. закон ограничивает требование о неразглашении тайны усыновления и предусмотренной в противном случае ответственности только судебной стадией и, надо полагать, «послеудебной». Возникает вопрос: как поступать в случае, когда усыновители, а также представители кандидатов *в усыновители (курсия мой - Е.Б.)* с самого начала своего обращения в органы опеки и попечительства заявляют свою просьбу о сохранении тайны усыновления, в то время как внесудебная стадия и досудебная подготовка дела не составляют предмета этой тайны?<sup>3</sup> Предполагается, что сотрудники органов опеки и попечительства и представители заявителей, осведомленные о процессе усыновления, не должны разглашать такую информацию до принятия судом соответствующего решения. Однако поскольку законодатель не относит сведения о внесудебной подготовке к служебной или профессиональной тайне должностных лиц и адвокатов (представителей), эта проблема приобретает скорее не правовой, а этический характер<sup>4</sup>.

1 Постановление Пленума Верховного суда РФ от 20.04.2006 г. №8 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей».

2 Николаев М. Вопросы судебного порядка рассмотрения дел об установлении усыновления (удочерения) детей. // Хозяйство и право. - М., 1997. №3. С. 158-169.

3 Установление в Российской Федерации: правовые проблемы. / Н.В. Лимова. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 107.

4 Там же. С. 108.

Вызывает возражения мнение ряда авторов о том, что законодатель верно не предусмотрел в ст. 139 Семейного кодекса РФ закрытого перечня лиц, которые могут быть привлечены к ответственности за разглашение ими сведений относительно состоявшегося усыновления, называя в их числе судей, должностных лиц, осуществляющих государственную регистрацию усыновления, и *других лиц, иные образам осведомленных об усыновлении (курсия мой - Е.Б.)*. Данные ученые считают, что любое лицо, как должностное, так и частное, должно помнить о неотвратимости наказания за разглашение тайны усыновления, поскольку это ставит под удар правоотношения возникшие из акта усыновления<sup>1</sup>. Думается, что данная позиция может быть оправдана лишь с точки зрения материальных правоотношений. Действительно, заранее определить закрытый перечень субъектов, которым в последующем станет известно о произошедшем акте усыновления затруднительно: это могут быть и работники органов ЗАГС, социального обеспечения, медицинских учреждений.

Однако гражданские процессуальные правоотношения с присущей им исключительной и универсальной гражданской процессуальной формой выявляются в этом плане гораздо более «предсказуемыми» и гражданский процессуальный закон четко определяет круг лиц, которые подлежат ответственности за разглашение тайны усыновления. Однако нельзя не обратить внимание на то, что о необходимости сохранения в тайне ставших им известными сведений об усыновлении, а также о возможности привлечения к уголовной ответственности за разглашение тайны усыновления вопреки воле усыновителя, предусмотрены *только (выделено мной - Е.Б.)* участвующие в рассмотрении дела лица»<sup>2</sup>. О ком идет речь? О лицах, участвующих в деле, как основных субъектах гражданских процессуальных правоотношений или обо всех субъектах гражданских процессуальных правоотношений, к которым относятся и лица, действующие исключительно в пользу правосудия по гражданским делам, в частности и представлять? Если следовать правилам буквального толкования норм закона, то получается, что речь идет в постановлении исключительно о лицах, участвующих в деле, то есть лицах, имеющих материальную и процессуальную заинтересованность в исходе дела и выступающих в процессе от своего имени и в своих интересах. Представитель не обладает всеми этими признаками, а следовательно, не относится

1 Установление в Российской Федерации: правовые проблемы. / Н.В. Лимова. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 108.

2 Пункт 6 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 20 апреля 2006 г. №8.

к числу лиц, участвующих в деле. Каков вывод при таких обстоятельствах? На представителя по делам об усыновлении не распространяются требования и нормы закона о сохранении тайны усыновления и уголовной ответственности в случае ее разглашения *помимо воли усыновителей* (курсив мой - Е.Б.). В связи с этим считаем необходимым предусмотреть правовую регламентацию процессуального положения представителя по делам об усыновлении детей на уровне ПСК РФ и включить в число лиц, привлекаемых к уголовной ответственности за разглашение тайны усыновления вопреки воле усыновителей, также и представителей.

«Подменной» данного правила не может являться сложившаяся на практике явленная дактиподписки о неразглашении сведений *всехми участникахми процесса* (курсив мой - Е.Б.), получаемых ими во время слушания дела.<sup>1</sup> Потому как такая альтернатива не обеспечивает надлежащее функционирование механизма реализации тайны усыновления и не отвечает стоимым перед ней целям, а простому «накладывает зачатки» на имеющиеся в этом вопросе правовые «дыры».

Среди прочего, постановление Пленума Верховного суда РФ акцентирует внимание на том, что закон не предусматривает каких-либо ограничений для усыновления детей в зависимости от состояния их здоровья. Вместе с тем, если усыновляемый ребенок страдает какими-то заболеваниями, суду необходимо выяснить, известно ли усыновителям об имеющихся у ребенка заболеваниях, а также смогут ли они обеспечить такому ребенку надлежащий уход и соответствующее лечение. Нужно сказать, что данная норма с практической точки зрения очень широко применяется. Так, из всего перечня изученных нами архивных дел за 2003-2005 гг. практически в каждом втором иностранным гражданами усыновляются дети по медицинским показаниям, мягко говоря, не совсем здоровые. Среди заболеваний встречаются и довольно серьезные: перинатальный контакт по ВИЧ-инфекции, смешанный астматизм, гипотрофия I степени, задержка психоречевого развития и прочие заболевания. Такая практика не является, по нашему мнению, примером для подражания. Не лишним было бы закрепить на законодательном уровне требование о более жестком, нежели в отношении здоровых детей, контроле за жизнью таких детей на территории иностранного государства.

<sup>1</sup> Паршуткин В., Лявова Е. *Всегда ли оправдано сохранение тайны усыновления?* // РЮ. 1999. №3. С. 15.

Вызывает много вопросов на практике и положение пункта 8 Постановления Пленума, которое регламентирует обязательное согласие биологических родителей на усыновление ребенка, конечно же, при их наличии. И в качестве исключения из этого правила в пункте 10 предусматриваются случаи, при которых усыновление возможно и без согласия родителей. Среди этих случаев названо отсутствие совместно проживающих родителей (либо одного из них) с ребенком более шести месяцев. Причины такого отсутствия устанавливаются судом при рассмотрении заявления об усыновлении ребенка на основании исследования и оценки всех представленных доказательств (например, сообщения органов внутренних дел о нахождении родителя, уклоняющегося от уплаты алиментов, в розыске, показаний свидетелей и других допустимых доказательств). Так, в 2001 г. в районный суд с заявлением об установлении усыновления обратился Д. В заявлении он указал, что желает усыновить ребенка жены от первого брака, а также то, что отец ребенка отсутствует в течение пяти лет, но добровольно согласился на усыновление другим человеком не дает. В связи с чем суд направил судебное поручение по месту жительства родного отца ребенка и поручил допросить его в качестве третьего лица, не являющегося самостоятельных требований относительно предмета спора по следующим вопросам: согласен ли он на усыновление своего сына заявителем; согласен ли он на рассмотрение дела в свое отсутствие? В суд, направивший поручение, был направлен протокол допроса, из которого следовало, что родной отец категорически не согласен на усыновление. По его словам, бывшая жена (мать усыновляемого ребенка) и ее родственники препятствуют ему в общении с его сыном. Также он возражает и против рассмотрения дела в его отсутствие. Мать усыновляемого мальчика указала, что у бывшего мужа есть две дочери, а сыну нужен в настоящее время паспорт, он сам желает носить фамилию заявителя. Мальчик изъявил согласие на его усыновление заявителем, а также указал на то, что мать никогда не препятствовала их встречам с отцом. Суд признал необходимым обеспечить явку представителя органа опеки и попечительства. Заявление было удовлетворено.<sup>1</sup>

Изменился вопрос об усыновлении детей - российских граждан иностранными гражданами. Теперь, как говорится в постановлении, иностранным гражданам, постоянно проживающим на территории России, разрешено обращаться с заявлением об усыновлении своих

<sup>1</sup> Судебная практика районного суда г. Оренбурга. 2004-2006 гг.

пасынков (падчериц) в районные суды. Данная мера является целеобразной с практической точки зрения. В то же время усыновление российских детей иностранными гражданами, по-прежнему проживающими за пределами Российской Федерации допускается только в случаях, если не представлялось возможным передать этих детей на воспитание в семьи граждан Российской Федерации, постоянно проживающих на территории России, или на усыновление родственника ребенка независимо от места жительства и гражданства этих родственников (п. 1 ст. 123, п. 4 ст. 124 СК РФ). Данное нововведение можно оценивать двояко. Так, с одной стороны, данное требование закона призвано обеспечивать интересы ребенка. Вполне очевидна ситуация, когда тетя, дядя, дедушка, бабушка вообще не знали о существовании у них маленького родственника и, узнав, с радостью приняли в свою семью. То есть в данном случае приоритет отдается кровному родству и менталитету русской нации. Хотя, наоборот, даже не эти показатели являются решающими - речь идет об облегчении для государства процедуры контроля за усыновленными детьми. Но не следует сбрасывать со счетов и тот факт, что при таких обстоятельствах соблюдение этого требования повлечет за собой еще больший объем работы для судей на стадии подготовки дела к судебному разбирательству. Но как бы мы ни оценивали данные новшества, одно обстоятельство мы должны признать точно: данные ограничения соответствуют положением статьи 21 Конвенции о правах ребенка, которой признано, что усыновление в другой стране может рассматриваться в качестве альтернативного способа ухода за ребенком только тогда, когда ребенок не может быть передан на воспитание или усыновление, и если обеспечение какого-либо подходящего ухода в стране происхождения ребенка является невозможным.<sup>1</sup>

Есть и другая сторона медали: даже если у ребенка окажется среди дальних родственников бабушка, которая не в состоянии полноценно воспитывать ребенка, неужели суд отдаст предпочтение такому опекуну? Скорее всего, решающее значение будет иметь мнение такого родственника. Так, из дела супругов - граждан ФРГ об усыновлении мальчика следует, что мать от него отказалась и дала письменное согласие на усыновление. Органами опеки и попечительства предпринимались меры передачи мальчика на воспитание в семью родственников, однако бабушка по материнской линии также отка-

залась взять ребенка на воспитание, о чем сообщила суду в письменном заявлении. Заявление граждан Германии было удовлетворено.<sup>1</sup>

В п. 13 Постановления рекомендуется в целях соблюдения права ребенка, установленного п. 3 ст. 124 СК РФ, при рассмотрении дела об усыновлении суду выяснять, имеются ли у усыновляемого ребенка братья и сестры, а также подлежат ли они усыновлению на момент рассмотрения данного дела в суде. Так, по делу супругов - граждан России и ФРГ об усыновлении мальчика следует, что первоначально супруги обратились с заявлением об усыновлении другого ребенка, находившегося в доме для детей дошкольного возраста, которое было удовлетворено и по которому было вынесено положительное решение, в последующем немедленно исполненное. О том, что у усыновленного ребенка есть родной брат, усыновители не знали. В 2000 г. они узнали, что у ребенка есть братик, находящийся в другом детском доме. Они захотели сразу забрать мальчика, но когда приехали в детский дом, узнали, что, документы на мальчика еще не были готовы. В детском доме им также сказали, что у братьев есть еще родные брат и сестра, которые воспитываются у бабушки по материнской линии. После этого кандидаты в усыновители постоянно звонили в детский дом и просили не отдавать никому мальчика, переслали видеокассету его бабушке, где было запечатлено, где и как мальчик живет в Германии. В 2001 г. кандидаты в усыновители узнали, что отца мальчика лишили родительских прав. Бабушка и дедушка не возражали против усыновления, так как они сами не могли забрать ребенка из-за тяжелого материального положения. Мать мальчика умерла в 1997 г. Сестра отца детей также написала письменный отказ. Заявление было удовлетворено судом.<sup>2</sup> Данный пример из практики показывает, что действия судьи на стадии подготовки дела к судебному разбирательству не были проведены со всей тщательностью, в результате чего остался неизвестным вопрос о наличии у усыновленного мальчика троих родных братьев и сестер.

Таким образом, мы видим, что «новоспеченное» Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 20.04.2006 г. №8 невозможно оценивать однозначно. С одной стороны, оно решило некоторые проблемы, устранило часть разночтений, существовавших как в теории, так и на практике, но, с другой стороны, была масса серьезных, не терпящих отлагательств вопросов оставлена без внимания. Новое постановление практически полностью копирует

<sup>1</sup> Постановление Пленума Верховного суда РФ от 20.04.2006 г. №8 «О применении

судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (доочередности детей». // *Волга* №6.

<sup>1</sup> Архив Оренбургского областного суда.

<sup>2</sup> Там же.

старое: и по структуре, и по манере изложения, и по содержанию, что никак нельзя признать его достоинством.

Положение дел усугубляется еще и тем, что подобного рода разьяснения выпестоящих судов являются практически единственными способом в решении проблем единообразного толкования и применения нижестоящими судами норм семейного и гражданского процессуального законодательства по вопросам усыновления. Поэтому можно заключить, что проблемы в области рассмотрения судами дел об усыновлении остались, они требуют своего разрешения.

Так, например, уже долгое время в науке предлагается ввести коллегияльный состав при рассмотрении дел об усыновлении, в котором есть несомненное рациональное зерно. «С учетом того обстоятельство, что дела об установлении усыновления и об отмене усыновления требуют от судьи не только знания правовых вопросов, но и определения психологической и педагогической подготовки, а также в ряде случаев наиболее справедливого их разрешения, необходимо в судах коллегияльное (в составе трех профессиональных судей) рассмотрение дел данной категории». Но новый ППК РФ не отразил этих веяний современной процессуальной науки, что нельзя оценивать с позитивной точки зрения.<sup>1</sup>

Ряд ученых - процессуалистов сетует на то, что законодательство не содержит специальных норм о сроках рассмотрения данной категории дел, однако потребность в этом, по их мнению, возникает неизбежно. В качестве аргументов данной позиции приводятся усыновители, имитирующие беременность, суррогатное материнство.<sup>2</sup> В связи с чем предлагается дополнить ст. 154 ППК РФ пунктом 3 следующего содержания: «Дела об установлении усыновления (удочерения) рассматриваются и разрешаются до истечения одного месяца со дня поступления заявления в суд. В случаях, когда усыновители имитировали беременность или была проведена имплантация эмбриона женщине в целях вынашивания (суррогатное материнство), дела рассматриваются и разрешаются до истечения десяти дней». Полностью поддерживая эту позицию относительно необходимости законодательного закрепления сроков рассмотрения данной категории дел и отращивание этого срока менее чем одним месяцем, мы не поддерживаем его в части, касающейся суррогатного материнства и имитирования беременности, так как считаем излишним закрепление данного положения в таком кодифи-

цированном акте, как ППК РФ, так как он содержит общие нормы. Данные положения все же являются предметом специального законодательства, в частности, норм семейного права. Более того, такое понятие, как имитирование беременности, является довольно интимной подробностью, и явлением, в большей мере сложившимся на практике и тем более не совсем устоявшимся, поэтому закреплять такое положение на уровне кодекса вообще не допустимым.

По мнению Г. И. Абраменко, необходимо исключить из части 2 пункта 1 ст. 129 СК РФ фразу: «Также может быть выражено непосредственно в суде при производстве усыновления», изложив в следующей редакции: «Согласие родителей на усыновление ребенка должно быть выражено в заявлении, нотариально удостоверенном или заверенном руководителем учреждения, в котором находится ребенок, оставшийся без попечения родителей, либо органом опеки и попечительства по месту производства усыновления ребенка либо по месту жительства родителей». <sup>1</sup> Данное предложение воспринято новым Постановлением Пленума Верховного суда РФ не в полной мере. Так, в нем говорится, что по аналогии со ст. 129 Семейного кодекса РФ подпись супруга на его письменном согласии *может быть (выделено мной - Е.Б.)* удостоверена нотариусом, заверена руководителем учреждения, в котором находится ребенок, либо органом опеки и попечительства по месту производства усыновления ребенка или по месту жительства этого супруга. Удостоверение подписи супруга заявителя в указанном порядке не требуется, если он лично явился в судебное заседание и подтвердил свое согласие на усыновление ребенка.<sup>2</sup>

Думается, целесообразно предьявлять более жесткие требования для кандидатов в усыновители, обязывая до вынесения решения ус танавливать контакт с ребенком, выбранным для принятия в семью на уровне полноценного члена семьи. В противном случае мотив ус тановления усыновления вызывает недоумение. В целях недопущения причинения ребенку новых психологических травм, нежелательных последствий и требуется установить испытательный срок. Так, например, из материалов дела об усыновлении гражданами ФРГ мальчика, находящегося на тот момент в доме ребенка, усматривается, что кандидаты в усыновители «виделись с мальчиком два раза, привазались к нему».<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Абраменко Г. И. Правовое регулирование усыновления в семейном законодательстве России. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. С. 125.

<sup>2</sup> Там же. С. 118.

<sup>1</sup> Абраменко Г. И. Правовое регулирование усыновления в семейном законодательстве России. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. С. 120-121.

<sup>2</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20.04.2006 г. №8 // Бюллетень Верховного суда РФ. 2006 г. №6.

<sup>3</sup> Архив Оренбургского областного суда.

В научной литературе указывалось, что следует установить стандарты кандидатур в усыновители в целях избежания ошибок в выборе усыновителей. Кроме того, анализ судебной практики Оренбургского областного суда показал, что в ходе судебного разбирательства судья в ста случаях из ста спрашивает кандидатов в усыновители о том, будут ли они применять меры физического воздействия в отношении усыновленных детей, на что они практически в ста процентах случаев отвечают примерно так: «...Я никогда не подниму руку на своих детей, потому что считаю самым лучшим воспитанием усное внушение, а не рукоприкладство».<sup>1</sup>

Итак, все вышеописанное свидетельствует о том, что проблем и нерешенных вопросов в процессуальном порядке усыновления еще очень много. Идея судебного порядка усыновления хороша по своей сути, но любая идея, план, задумка нуждаются в действенном механизме реализации. А он, к сожалению, в нашем процессуальном законодательстве пока отсутствует, не обеспечивает он в должной мере защиту интересов ребенка.

## БИЗНЕС И ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ

*Васильев Ю. С. - профессор кафедры гражданского права и процесса, к.ю.н.*

Общество, вся социальная жизнь испытывает давление трех сил: экономической власти монополистов, ориентированной на получение прибыли любой ценой, даже путем разрушения социализма; бюрократической власти, которая неспособна управлять в интересах всего населения региона; деятельность огромного количества людей, которые не преследуют явных социальных целей, потребляя результаты подсобного хозяйства, дары природы, мелкой торговли.

Таким образом, эти отношения лишены единой четкой цели, соответствующей интересам общества в целом. Еще А. Смит говорил: «Интересы представителей той или иной отрасли торговли и промышленности всегда в некоторых отношениях расходятся с интересами общества и даже противоположны им».<sup>2</sup>

В России рыночные отношения признаются на практике, но не самих рынков и не разработанных людьми рыночных отношений. Поэтому на практике в процессе производства и обмена господствует «право сильного». Причем это право, как правило, сочетается с принадлежностью этого «сильного» одновременно и к рыночной структуре бизнеса, и к звену в иерархии хозяйственной системы. Поэтому такие лица хозяйственной проблемы решают якобы в интересах общества, а в действительности в интересах своего клана. Это подтверждается и нередкими случаями убийства высших чиновников в управленческих и хозяйственных структурах с использованием взрывов, киллеров, отравлений и т.д.

Система дикого рынка, сопряженная с насилием и разного вида подчинением отдельным лицам или особым властным фирмам не может вывести хозяйство из тупика.

С нашей точки зрения, причина катастрофического развития экономических отношений состоит в следующем:

- 1) в стране не создано хозяйственное управление экономическими процессами. Несмотря на многочисленные заявления о свободе бизнеса, государственная власть подчиняет хозяйственную власть;
- 2) до сих пор не создано авторитетного хозяйственного кодекса, основанного на согласовании и принципе арбитражного права;
- 3) на предприятиях, фирмах безраздельно господствует власть «хозяйства», ничем не ограниченная и не учитывающая интересы общества;
- 4) в хозяйственной сфере игнорируется воля работника и коллектива работников.

По мнению Г. Зиммеля, мотив накопления капитала - единственный рациональный мотив жизни человека. Кто не следует ему, тот не вполне нормален. Но такой мотив есть только у очень небольшой части общества.

Теоретическая разносторонность по вопросу о смысле жизни отражает ущербное состояние самого общества.

По нашему мнению, государство, не формируя нормы поведения, не должно ограничиваться обязанностями, основанными только на рыночных отношениях. Существует большой класс отношений (обязательства) правового характера по отношению к обществу в целом, перед детьми, перед будущими поколениями и ответственность сегодня по таким долгам. Недопустимо разрушение среды обитания

<sup>1</sup> Архив Оренбургского областного суда.

<sup>2</sup> Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов. - М., 1992. С. 195.

человека как вида. Право должно не только содействовать рынку, но и серьезно ограничивать агрессивные тенденции рынка.

«Об обязанности такого рода речь заходит в связи с ответственно-стью за будущее человечество, устанавливающей возложенную на нас обязанность обеспечить, чтобы будущее человечества существовало...»<sup>1</sup> Государство не может произвольно тратить ресурсы, не получив согласия потомков.

Право и этика имеют своим предметом человеческую деятельность и сопровождаются четким определением того, в какой мере каждый акт деятельности необходим и полезен как самому деятелю, так и обществу.

Проблема возникла потому, что изменилась природа самой деятельности, - она стала частной в рамках общества. При чем возникшие последствия затрагивают как самого субъекта, так и многих других, «связанных с фактором как непосредственно, так и косвенно». Возросшая роль социальных последствий связана с двумя факторами. Во-первых, в последние десятилетия изменился характер человеческой деятельности.

Если раньше были очевидны и причины, и следствия правового акта, то теперь приходится все чаще встречаться с ситуацией «Длинные цепи», когда одно действие, как кажется обиденным приобретет характер пускового механизма для целой системы последствий. Их взаимосвязь требует глубокого анализа, связь с первоначальным актом не очевидна.

Во-вторых, социальная природа такого акта становится комплексной - включаются не только правовые мотивы, но также экономические, моральные и даже чисто физические.

Поведение человека рассматривалось только как общественное как поведение в кругу людей. Отсюда и право, и этика предполагались антропоцентричными.

Кроме того, и права, и этика не испытывает смысловой нагрузки от изменений в характере тех вещей, с которыми человек встречался в практической деятельности. Все постулаты того времени исходили из ограниченности человеческого общения и узкого круга самих отношений людей.

Право находилось в тесной связи с одной ветвью этики - основной на семейных и религиозных отношениях. «Для знания того, что надлежит делать, чтобы быть честным и порядочным, и даже чтобы

быть мудрым и добродетельным, нег необходимости ни в какой науке или философии. Обычный расунок наделялся на то, что ему это удастся насколько не меньше, чем мог когда-либо рассчитывать философ».

Даже рассмотрение проблемы в правовых рамках - право и этика, право и мораль - не содержит четких ответов на возникающие вопросы. Создается впечатление, что авторы не могут предложить такие решения проблемы, которые бы так или иначе были бы одобрены государственной властью. В связи с этим необходимы предварительные замечания.

И в праве, и в социологии исследования ограничивались кругом тем и вопросов, которые всегда были и традиционными, и очень конкретными. Между тем, область социальных отношений, затрагивающих право, мораль и экономику необыкновенно расширилась и охватывает не только факты, явления прошлого и настоящего, но и явления будущего, и события, предполагаемые в отдаленном будущем.

Принято считать, что эти отношения (в том числе право и мораль) - антропоцентричны, то есть относятся к непосредственному общению человека с человеком. Цели деятельности учитывались как ближайшие. Действия субъектов планировались, как правило, на бытовом уровне, органы власти исходят из планов-предположений, поскольку субъекты социально обособлены. Моральные отношения также имели в виду типичные ситуации.

Все моральные заповеди, рассчитаны на ограниченный круг действия и поэтому носят максимально обобщенный характер, «подчиняй личное благо благо общественному», «никогда не рассматривай ближнего только как средство, но всегда - как цель» и т.д.

Что касается права экономики, то они заведомо рассчитаны на людей-современников.

Оценивая современные тенденции в экономике и праве, надо исходить не из интересов отдельных лиц или групп, а из интересов общества, из цели его сохранения в будущем и из того, что человек есть и будет единственным творцом изменяющегося мира и самого себя.

Кантовский категорический императив: действует так, чтобы ты был в состоянии желать, чтобы твоя максима стала всеобщим законом - остается действительным и до сего времени. Он - основание социального единства общества. Счастье и благополучие нынешнего поколения не может быть приобретено ценой несчастья последующих поколений или части общества.

<sup>1</sup> Ионас Ганс. *Принципы ответственности*. - М., 2004. С. 195.

Поэтому буржуазные революции, которые устраивают жизнь групп людей на принципе частной собственности, закрепленном правом, которые фиксируют сегодняшнее распределение средств производства. Общество может со временем изменить этот принцип. Но недопустимо в связи с изменениями в общественных отношениях ломать человеческий, социальный характер жизни и те принципы, которые сложились в процессе тысячелетней истории. Закон может содержать меры, направленные на сохранение исторических тенденций, но не на разрушение выработанных человечесеством принципов.

Если производство общественное (а это бесспорно), то целью его должны быть интересы всего общества, всех его членов. Недопустимо разрабатывать теорию «рынка» как принцип организации всего общества. Рынок «направляет ресурсы и человеческую энергию на умножение роскоши, находящейся среди более обеспеченных классов, тогда как значительно более насущные потребности бедных остаются неудовлетворенными»<sup>1</sup>.

Принцип частной собственности и в экономике, и в праве регулирует не все отношения людей, а только некоторые частные отношения в ограниченной сфере. Более того, его реальное значение и сфера применения постоянно ограничивается.

К. Маркс отмечал: «Справедливость сделок... основывается на том, как из отношений производства. Юридические формы... будучи только формами не могут сами определять содержания сделок»<sup>2</sup>.

Проблема справедливости - одна из основных и в экономике, и в политике, но решается она не как общая а как частная для каждого участника производства. Возможен ли общий для всех принцип справедливости? Поскольку интересы сторон не только различны, но и противоположны, ответ должен быть отрицательным. Для человека справедливость отличается тем, как и на каких принципах распределяются в обществе результаты труда; по каким принципам оценивается труд данного работника. Но возможны ли в классовом обществе единые и общепризнанные принципы оценки способов распределения результатов в деятельности участников производства?

Оценить распределение в качестве справедливого - значит оправдать его, следовательно признать юридически законным и нравственно необходимым. Между тем, экономические и социальные противоречия настолько глубоки, непримиримы, что выработать какие-то единые оценки или хотя бы общие принципы, подходы, видимо, не-

возможно. Следовательно, возникают условия для социальных конфликтов и классовой борьбы<sup>1</sup>.

Кризис права состоит в том, что не удается создать систему норм, которая бы в одинаковой степени устраивала если не все общество, то хотя бы ее большую часть.

Большинство граждан не считают действующее законодательство своим, выражающим их личные интересы и представления. Существующая избирательная система не обеспечивает формирование единства правового сознания. Более того, качество нормативных актов весьма сомнительно, поскольку они принимаются усилием 5-10% голосов тех избирателей, которые должны были делегировать власти свою волю. По этим причинам только немногие граждане считают приняты законы «своими», а большинство либо не согласны с ними, либо откровенно их игнорируют. Не говоря уже о том, что принцип партийности депутаты предполагают искажение его личной воли и личного убеждения в интересах фракции или партии<sup>2</sup>. Остаются неясными вопросы социального и правового положения депутата - действует он в интересах некой «фракции», партии или себя лично? Думается, он должен осуществлять свои функции в интересах России в целом.

К сожалению, основные опоры права, выражающие его смысл и направленность в условиях капиталистического общества, еще не выработаны. На Западе пытаются создать общество потребления, общество всеобщего благополучия, то есть общество, которое идет по пути поиска признаваемого всеми идеала. Нередко государства пытаются заменить партией, но пока не создано партии, способной объединить все противоположные интересы, не решают новые проблемы и новые теоретические конструкции.

Философы предполагают в качестве базового понятие социально-то порядка. Под ним понимается «консолидированное поведение членов общества», которое якобы «способно обеспечить эффективное удовлетворение их потребностей». Но и здесь сложные терминные используются для того, чтобы скрыть суть проблемы - противоположность интересов различных групп населения. Общество может их выявить, но не может примирить или ликвидировать. В классовом обществе проблема не имеет решения, поскольку общество не создается просто волевым актом (законом или захватом).

Идея «хорошего общества» предполагает поиск приемлемого идеала, который бы работал над формированием такого единства хороших

<sup>1</sup> Хайндорнер Р., Тароу. Экономика для всех. - Лондон. 1991.

<sup>2</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. - М., 1960, т. 25, ч. 1, с. 373.

<sup>1</sup> Винштотк Ф. и др. Проблемы социальной справедливости. С. 12.

<sup>2</sup> См.: Права российского закона. - М., 1996. С. 28-29.



членов, приближая общество к пониманию добра и зла, к показателям продолжительной жизни, здоровья, доступа к образованию и т.д.

Чтобы создать «хорошее общество», необходимо формирование единства права и блага<sup>1</sup>, а это процесс, рассчитанный на века. Необходимо, чтобы возникло сознание невозможности осуществлять политику и экономику, игнорируя интересы большинства населения.

Как известно, Т. Гоббс, Дж. Локк полагали, что социальный порядок возможен только усилиями общества, которое стремится к социальному упорядочению на основе принципа разделения властей. Проблема лишь за малым - как это сделать, не повредив сами «власти» и при этом используя силы и средства всех властей.

Наконец, многие теоретики просто отказываются от всяких попыток найти решение проблемы, приемлемой для всех. Они вводят понятие социального риска как масштабов безопасности социального поведения. Общество вынуждено что-то делать, чтобы жить, используя для этого политику и право, но исходит из того, что риск предполагает масштаб ненадежности результатов сделанного. Понятие риска основано на неопределенности и несет на себе печать предупреждения об опасности<sup>2</sup>. Именно эту теорию и использует государствоная власть, рассчитывая на закон случайного успеха в условиях общесо, но нестабильного достижения<sup>3</sup>.

Право частной собственности предполагает серьезное ослабление регулирующей функции государства его власти в целом. Это происходит несмотря на то, что органы власти издают колоссальное количество актов управления, которые в действительности неспособны управлять экономическими отношениями.

Более того, государство фактически передает функции управления органам олигархической власти.

Эти органы действуют, конечно, не из благих побуждений - они используют дарованную власть в целях получения сверхприбыли и уменьшения налогов, идущие затем на общие цели. Прибыли и личные прибыли не используются в общественных целях, что служит главным основанием трансформации государства и бизнеса в особую олигархическую структуру.

В результате этого в стране создается ситуация, когда экономическая власть контролирует государственную. Последняя по су-

<sup>1</sup> См.: Федотова В.К. *Хорошее общество*. - М., 2005.

<sup>2</sup> М. Жванецкий так сформулировал: «Проксодит естественный порядок - непопулярные искизтит, оспариваются полномочия, и все будет в порядке. Я смотрю в будущее с оптимизмом» (радио).

<sup>3</sup> Fichtelhoff V. *Acceritable zisk*. Cambridge. Z., 1981.

ществу стала особым органом экономической власти монополий и даже властью узкой группы лиц, которые присвоили ряд функций государства.

Олигархические принципы реализации «частной» собственности (которые тем самым уже и меняют свою природу) окказывают воздействие на все стороны общественной жизни.

В идеале предполагалось, что право собственности на частной основе станет элементом упорядочения жизни на базе единого принципа, признанного всеми. Предполагается, что оно должно быть реализацией мечты человека о семье, о постоянном доме, о постоянных и гарантированных средствах существования.

К сожалению, здесь вступает в действие другой принцип - ограничение: субъектами права частной собственности, имеющей олигархическую природу, не могут быть все граждане. Речь идет только об очень ограниченной группе лиц - их свобода собственности отрицает власти право собственности для десятков миллионов других. При этом используется тот правовой механизм, который присущ отношениям собственности вообще.

В современном обществе частная собственность есть не просто нечто, чем он пользуется и что можно своей властью использовать в процессе работы и реактивной деятельности. Объекты собственности - это то, при помощи чего он может контролировать и подчинять себе поведение других людей и организаций, делать свою собственность основой труда других людей, источником их доходов и основой жизни. При этом воля собственника фактически становится нормативной, так же, как и государственная власть. Инструмент собственности в его современных формах, тем более в нашей стране, превратился в средство, дающее немногим средства, способ осуществлять государство над жизнью многих людей, не прибегая к использованию аппарата государственной власти.

Совершенствование механизма присвоения привело к образованию вариантов коллективной собственности через различные формы обществ и товариществ. Собственность приобрела другую личину, скрывающую действительную тайну собственности: разделилась владение капиталом и фактическое ведение бизнеса (производства, торговли). С развитием акционерной системы капитал расколосился на акции и ценные бумаги - их собственникам не осталось ничего другого, как получать свою долю дохода, а управлять другие.

Частная собственность в различных странах исторически сложилась в разных формах.

В нашей стране она возникла как форма грабительского верхушечного капитализма, враждебного принципам демократии. Ей не свойственны какие-либо общесоциальные мотивы поведения, даже сопряженные с собственной семьей и родиной. Законом вообще не разработаны проблемы обязанности перед обществом, которое и не имеет внутренней организации.

Рыночные реформы уничтожают население страны, и мы должны найти новые смыслы бытия человека в обществе и общества в мире. Только это будет реальным, этнологическим лечением Депопуляции в России... Рыночные ценности, внедряемые на российской почве, осуществляют несомненно разрушающие и деструктивные функции<sup>1</sup>. Депопуляция - это результат духовно-нравственной болезни и власти, и общества.

У нас возникло классовое общество, тем не менее, право всегда создается и существует на основе единства исторически сложившейся социально-культурной почвы... Одним из принципов является коллективный, единый, общинный стиль жизни, выражающийся в нормах поведения и правосознания. Право, нормы морали и административные акты должны сосуществовать в единстве и согласии с общепринятыми принципами жизни в стране. Они образуют единый комплекс услугатов, выражающих правосознание подавляющего большинства населения. Право не может быть клановым или местечковым. Попытки создать изолированную «властную вертикаль», не выражающую идею ответственности, не учитывающую историко-культурные традиции всего народа, не приведут к единству государства права и общества. Россия возникла и существует в исключительных природных климатических условиях. Ее невозможно переформировать на базе нефтяной и газовой «трубы» вне этих исторических условий. Сейчас государственное устройство построено так, что только часть общества отождествляет себя с действительностью, осуществляемой государственной властью и ее органами. Право, мораль, политика обязаны быть не групповыми, не клановыми и не национальными. Это должно отражаться и в названии отрасли права, и в наименовании кодексов. «Вертикаль» не может быть предметом права. Поэтому основным положением в учении и субъекте права должен быть человек. Его взаимодействие с природой обеспечивает либо сохранение среды обитания, либо ее уничтожение в результате деятельности общества и человека. Причем, речь идет именно о его дея-

<sup>1</sup> «Застра». 2006. №48. С. 3.

тельности в качестве человека, а не только гражданина или члена группы. Между тем, действующие кодексы и другие акты обращаются не к человеку или гражданину, а к «физическому лицу», то есть по существу - к абстрактному и несocialальному явлению, не связанному ни со страной, ни с жизнью. Надо учитывать также, что вообще изменилась роль субъекта отношений и природа самих отношений.

Человек взаимодействует со средой, изменяя ее и вместе с тем изменяя саму возможность жизни. У человека как субъекта возникли обязанности и ответственность по отношению к жизни и среде обитания. В то же время организации и органы власти приобрели обязанности по сохранению и продолжению жизни людей.

Государство обязано принять меры и предусмотреть нормы, включающие преждевременную смерть, многие болезни, нищету, появление беспризорных детей и бродяг.

Конституция должна предусмотреть обязанности государства (общества) по отношению к человеку и природе. Право должно стать антропоцентричной по сути своей; иначе уничтожение человека как биологического вида и социальной основы общества будет продолжаться. Надо жестко закрепить право человека на жизнь. «Никакой предыдущей эгиде не приходилось принимать в расчет глобальные условия человеческой жизни и отдаленное будущее... это требует нового понятия о правах и обязанностях». Возникла необходимость разработать общее социально-правовое понятие «Право на жизнь и его гарантии государством и обществом». Правительство во многих случаях использования оправдавшей себя практики постановлений использует метод национальных проектов. Они отменяются тем, что не имеют свойства обязательности исполнения. В дальнейшем от некоторых отказываются, что-то реализуют частично. Проект «Здоровье», видимо, просто забыли - наиболее квалифицированные специалисты «узкого профиля» оказались не удел. Так называемые врачи общей практики не имеют ни помешений, ни оборудований для лечения больных. Общая практика не может быть реализована участковым врачом; даже в Америке попытка осуществить эту систему была названа «катастрофой»<sup>1</sup>.

Сегодня законодатель должен исходить из того, что существенно изменились и материальные отношения, и общественные связи. Все сферы жизни испытывают предельные технические и антропогенные перегрузки. Реальностью стало исчерпание природных ресурсов, что

<sup>1</sup> «Отчетственные записки». 2007. Вып. 11/7.

качественно изменили саму природу тех отношений, которые право пыгается регулировать.

Но истинной трагедией нашего общества является то, что за короткое время изменилась природа и самого человека, его положение в природе и обществе. Он более не хочет быть объектом регулирования. Но он не хочет быть и субъектом общественных отношений. Об этом свидетельствует практика избирательных кампаний, когда до 80% избирателей отказываются считать себя творцами социальной жизни или выступают в конфликт с властью.

С другой стороны, и власть не считает необходимым поддерживать диалог с народом - создается группа организации «своих», «наших», тех, кто близок к высшим руководящим, которые затем и образуют структуру власти и управления. Промышленность перешла в собственность очень богатых людей. Они же являются и должностными лицами в парламенте и правительстве.

В связи с массовой сменой условий труда и всей жизни появились новые типы людей, что почти не учитывается правом.

Промышленное производство по необходимости опирается на создаваемые им условия работы и существования, когда деятельность людей продуктивно порождает новый результат. Право лишь оформляет и обеспечивает его разными способами принуждения или поощрения. Сами работники не могут контролировать ни экономические, ни политические отношения.

Господствующий слой действует от имени народа и при этом ради своих целей манипулирует людьми, выдавая свои интересы за общечеловеческие. Сам способ организации общества заставляет его быть тоталитарным в силу политических и экономических мотивов, которым придается юридическая форма.

Необходимость создания в этих целях социально-экономического целого приводит к подавлению личных и групповых интересов работников<sup>1</sup>. В наших условиях все это происходит на зоне ликвидации промышленности (кроме нефтяной и газовой) и сельского хозяйства, а это в свою очередь усиливает власть административного аппарата над ними.

Таким образом, основной источник власти в наших условиях - экономическое господство хозяина в процессе производства и труда. Только в дальнейшем он получает санкцию государства и общества.

<sup>1</sup> Маркузе Г. *Одномерный человек*. - М., 2003. С. 60.

Второй вариант российской драмы объясняется тем, что наша страна на 95% находится в особых исключительных почвенно-климатических условиях. В таких условиях невозможно не только нормативное производство, но и просто жизнедеятельность населения.

Именно поэтому в силу особых объективных условиях в стране создавались групповые формы хозяйства, осуществляющие и социальные функции (колхозы, коммунны и пр.). По моему мнению, никакие формы частной жизни не могут их заменить даже частично. Без них обречены на вымирание и сельское население, и небольшие города вместе с медициной, школой и культурой. Необходимо найти способы их возрождения, которые не были бы в то же время связанными формами хозяйствования.

Россия, как и некоторые другие страны, должна существовать и развиваться не по западным стандартам, а по правилам и нормам, выверенным своей тысячелетней историей. Нужно решительно отказаться от западных теорий риска.

## **ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ И НЕКОТОРЫЕ ДРУГИЕ ВЕЩНЫЕ ПРАВА НА ЖИЛЫЕ ПОМЕЩЕНИЯ**

*Габитдинов Р.Ф. - ст. преподаватель кафедры гражданского права и процесса*

### **Права и обязанности собственника жилого помещения**

Новый Жилищный кодекс впервые за много лет законодательно урегулировал права собственности относительно особого объекта жилого помещения, вокруг которого складываются нормы жилищного права. Особенности зарождения жилищного права были обусловлены особенностью объекта права - жилого помещения. Право собственности как правовая категория появилась в третьем веке до н. э. Классическая триада правомочий собственника, которая раскрывает сущность права собственности, заключается во владении, пользовании и распоряжении (ст. 209 ГК). Наша цель рассмотреть право собственности, в частности, две его подотрасли - вещное право и обязательственное право применительно к жилому помещению, урегулированному Жилищным законодательством. Часть первая статьи 30 Жилищного кодекса РФ следующим образом раскрывает

содержание права собственности: «Собственник жилого помещения осуществляет права владения, пользования и распоряжения принадлежащим ему на праве собственности жилым помещением в соответствии с его назначением и пределами его пользования...». Собственниками жилых помещений выступают физические лица, граждане, юридические лица, государственные образования, субъекты РФ и муниципальные образования. Заметим, что субъектами права собственности на жилое помещение выступают все те же субъекты, что и в гражданском праве, за исключением такого субъекта, как государство. Таким образом, на территории Российской Федерации этим правом обладают иностранные граждане, лица без гражданства, граждане РФ, коммерческие и некоммерческие юридические лица, их объединения, различные общественные организации, субъекты Федерации, созданные ими юридические лица, муниципальные образования, также созданные ими различные юридические лица. В зависимости от принадлежности имущества, в данном случае жилого помещения, различают следующие формы собственности: частная собственность юридических и физических лиц, государственная, муниципальная и иные формы собственности.

Если в гражданском праве акцент делается на многообразии форм собственности, их равенство и защите, то в жилищном праве, кроме всех вышеперечисленных принципов-акцентов, основное внимание, на наш взгляд, законодатель придает особенностям правового режима собственности, в частности, целевому использованию жилого помещения и иному имуществу, призванному обслуживать это помещение. Поэтому можно говорить о строго целевой правоспособности и дееспособности всех субъектов жилищного правоотношения. Целевая правоспособность означает осуществление прав по владению, пользованию и распоряжению жилым помещением строго по назначению - для проживания, а в исключительных случаях для занятия предпринимательской и иной профессиональной деятельностью, а также в соответствии с теми пределами, которые установлены в жилищном кодексе.

При возникновении отношений по владению и пользованию жилым помещением в акцессорном порядке могут возникнуть отношения, вытекающие из осуществления профессиональной и предпринимательской деятельности.

Неотъемлемым составным элементом жилищного правоотношения является его объект. Как было сказано нами, объектом жилищных правоотношений являются жилые помещения. Как и любое другое,

жилищное правоотношение и, в частности, правоотношение собственности, может возникнуть только в результате юридического факта, с которым норма права связывает возникновение, изменение, прекращение жилищных прав и обязанностей. Основаниями возникновения права собственности на жилые помещения выступают следующие юридические факты: факт окончания строительства жилого дома, квартиры. Окончанием строительства является акт приемки жилого дома в эксплуатацию многосторонней межведомственной комиссией, в которую входят служба, отвечающая за пригодность жилого помещения к постоянному проживанию; представители органов архитектуры и градостроительства, представители органов пожарного надзора, представители органов санитарно-эпидемиологического контроля защиты прав потребителей, представители собственника и представители, участвующие жилищным фондом. Следует подчеркнуть, что право собственности возникает только в момент государственной регистрации права в Учреждении юстиции - Росрегистрации.

Право собственности на жилые помещения может возникнуть в силу приобретательной давности. Общее правило приобретательной давности закреплено в статье 234 Гражданского кодекса РФ. Но сами распространенным юридическим фактом возникновения права собственности на жилое помещение, как и в гражданском праве, выступает договор. Применительно к нормам жилищного права юридическими фактами, порождающими право собственности на жилые помещения, являются договор купли-продажи, договор мены, дарения, договор аренды, договор аренды с правом дальнейшего выкупа и некоторые другие.

Наблюдение жилого помещения, как по закону, так и по завещанию, выступает порождающим юридическим фактом. Особенным, свойственным только жилищному праву, основанием возникновения права собственности на жилые помещения является факт членства гражданина в жилищно-строительном, накопительном кооперативе.

Особенностью возникновения права собственности на жилищные объекты является двойная система учета:

1. Технический учет, который осуществляют предприятия технической инвентаризации.
2. Государственный учет как самих объектов, так и переход прав, который осуществляется органами Росрегистрации, в соответствии с Федеральным законом «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

Часть 2 ст. 30 Жилищного кодекса РФ называет следующие юридические факты, служащие основанием возникновения правоотношений по владению и пользованию жилыми помещениями: это договор найма, договор безвозмездного пользования, договор аренды жилого помещения. Из этого следует вывод, что праву собственности в жилищном праве присуще расщепление правомочий собственника. Поясним сказанное: если собственником жилого дома выступает юридическое лицо или муниципалитет, то в первую очередь он пользуется правомочиями наймодалея. Законодатель обязывает его представлять принадлежащие ему на праве собственности жилые помещения по договорам коммерческого либо социального найма. Другими словами, собственник по закону обязан передать свои правомочия по владению и пользованию другим лицам, в частности, гражданам. Причем, владение и пользование выступает строго целевым - проживанием, и в этом специфика права собственности на жилые помещения в жилищной сфере.

Как и любой собственник, будь то в гражданском или в жилищном праве, он обязан нести бремя содержания имущества. Специфика права в собственности на жилые помещения заключается в том, что собственники обременены обязанностью содержания данного помещения, кроме того, таким же бременем содержания наделяются и наниматели, проживающие по договору (коммерческому или социальному) в этом жилом помещении. И собственник, и управомоченное собственником лицо - наймодаделец и наниматель, кто в большей, а кто и в меньшей степени наделяется правами по владению, пользованию и, частично, по распоряжению жилым помещением.

Таким образом, мы видим, что по воле собственника происходит наделение правами тех лиц, которые состоят с ним в договорных отношениях, правами по владению, пользованию и распоряжению. В этом и состоит суть расщепления права собственности на жилые помещения. Собственность на жилые помещения может быть самой различной. Это и отдельно стоящий дом, и квартира в многоквартирном доме, и комната в коммунальной квартире. В зависимости от вида жилого помещения и, в частности, от уровня его благоустройства, на собственника возлагается бремя содержания самого объекта, а также и бремя содержания общего имущества в виде инженерной инфраструктуры, например, в тех случаях, когда квартира находится в жилом многоквартирном доме. И в этом еще одна особенность правомочий собственника в жилищном праве.

Необходимо сказать и о следующей особенности предложения права собственности в жилищном праве. Согласно ч. 4 ст. 30 Жилищного кодекса: «Собственник жилого помещения обязан поддерживать данное помещение в надлежащем состоянии, не допуская бесхозяйственного обращения с ним, соблюдать права и законные интересы соседей, правила пользования жилыми помещениями, а также правила содержания общего имущества собственников помещений в многоквартирном доме». Таким образом, эта особенность состоит в том, что бремя содержания имущества - жилого помещения, определено конкретными целями, которые раскрывают понятие надлежащего состояния жилого помещения. Надлежащее состояние жилого помещения будет иметь место, когда со стороны собственника обеспечен хозяйский уход за жилым помещением, то есть такой уход, который дает возможность осуществлять благоприятное проживание и создавать благополучную окружающую среду. Под надлежащим содержанием жилого помещения следует понимать соблюдение интересов соседей и правил пользования, которые отражены в нормативно правовых актах. Кроме того, на собственника и пользователя законодателем возложена обязанность содержания общего имущества собственников помещений в многоквартирном доме, которые обеспечивали бы работу всей инженерной инфраструктуры. Справедливым является высказывание М.Ю. Тихомирова, который утверждает, что, вопличие от нанимателя жилого помещения, при пользовании жилым помещением собственником или членами семьи собственника за нарушение перечисленных обязанностей по содержанию жилого помещения норма ст. 30 не предусматривает возможности прекращения права собственности и выселение из принадлежащего ему жилого помещения. Однако возможность лишения права собственности на жилое помещение собственника все же предусмотрено законодательством. Согласно норм статьи 293 Гражданского кодекса РФ: «Если собственник жилого помещения использует его не по назначению, систематически нарушает права и интересы соседей либо бесхозяйственно обращается с жильем, допуская его разрушение, орган местного самоуправления может предупредить собственника о необходимости устранить нарушение, а если они влекут разрушение помещения - также назначить собственнику соразмерный срок для ремонта помещения». Если подобные меры не привели к положительному результату, то есть продолжается нарушение прав и интересов соседей, использование помещения не по назначению или не произво-

дятся необходимые ремонт, который по закону вменен в обязанность собственника, суд по иски органа местного самоуправления может принять решение о продаже жилого помещения, принадлежащего собственнику с публичных торгов. В этом случае собственник лишается своего права собственности на принадлежащее ему жилое помещение. Однако он может претендовать на компенсацию за потерю собственности в виде выкупной цены от продажи жилого помещения с публичных торгов за вычетом расходов на проведение таких торгов и за вычетом расходов, связанных с исполнением судебного решения. Таким образом, мы рассмотрели основания возникновения права собственности на жилые помещения, а также права и обязанности собственника жилого помещения. Но, кроме собственника, жилым помещением могут владеть и пользоваться граждане, проживающие совместно с собственником в принадлежащем ему жилом помещении. Эти права описываются от прав собственника.

К другим гражданам, проживающим совместно с собственником в жилом помещении (доме, квартире), принадлежатем собственнику на праве собственности, в первую очередь относятся члены семьи собственника, которые проживают с ним в одном жилом помещении (супруг, дети и родители собственника). Во вторую очередь, законодатель к обладателям прав относит родственников, нетрудоспособных иждивенцев, которые проживают вместе с собственником; и в третью очередь, закон говорит о лицах, которые в судебном порядке могут быть признаны членами семьи собственника, если они:

- а) вселены собственником в жилое помещение в качестве члена семьи;
- б) ведут с ним общее хозяйство;
- в) проживают вместе с собственником в одном жилом помещении.

Понятие членов семьи содержится в статье 2 Семейного кодекса Российской Федерации. К членам семьи собственника относятся супруг, в том числе усыновители, и дети, в том числе усыновленные. Относительно других лиц, перечисленных в ч. 1 ст. 31 Жилищного кодекса РФ, следует сказать, что это лица, которые объединены родством, для них не обязательно состоять в браке. Отдельно законодатель называет нетрудоспособных иждивенцев. Для того, чтобы другие родственники и нетрудоспособные иждивенцы, а также, в исключительных случаях, иные граждане приобрели статус члена семьи собственника, необходимо наступление двух юридических фактов:

- 1) они должны быть признаны, в судебном порядке, вселенными с добровольного согласия собственника жилого помещения в качестве членов семьи собственника;
- 2) эти граждане должны доказать наличие семейных отношений между собственником жилого помещения и указанными гражданами.

Доказательством наличия семейных отношений является ведение общего хозяйства, то есть совместные расходы и доходы между собственником и этими гражданами. Факт совместного проживания имеет значение для жилищного права, хотя и не является определяющим для семейного права. Главным в семейном праве для порождения семейных правоотношений является факт регистрации брака в органах ЗАГСа.

Новый Жилищный кодекс РФ корреспондировал правила п. 1 ст. 288 Гражданского кодекса РФ. Как указывает П.И. Седугин, гражданине - собственники жилых помещений имеют не только право пользования своим жилым помещением, они осуществляют также право владения и распоряжения жилыми помещениями на основании п. 1 ст. 288 Гражданского кодекса РФ. Члены семьи собственника, проживающие совместно с ним в принадлежащем ему жилом помещении, имеют право пользоваться этим помещением наравне с собственником, если иное не было оговорено при вселении<sup>1</sup>. Мы специально привели выдержку из положений законодательства принятого до введения в действие нового Жилищного кодекса. Для сравнения приведем ч. 2 ст. 31 нового Жилищного кодекса РФ: «Члены семьи собственника жилого помещения имеют право пользования данным жилым помещением наравне с его собственником, если иное не установлено соглашением между собственником и членами его семьи. Члены семьи собственника жилого помещения обязаны использовать данное жилое помещение по назначению, обеспечивать его сохранность».

В полном курсе «Жилищное право» под редакцией Л.Ю. Трудицына воспроизводится положение ч. 1 ст. 32 ЖК РФ без каких-либо значительных комментариев<sup>2</sup>. Ввиду принятости нового Жилищного кодекса практически не проведено анализа между правовым положением собственника и членов его семьи. На первый взгляд, собственник, в отличие от членов семьи, наделен правом распоряжения, а

<sup>1</sup> Седугин П.И. *Жилищное право*. - М.: Изд-во «Норма», 2000. С. 255.

<sup>2</sup> Трудицына Л.Ю. *Полный курс «Жилищное право России»*. - М.: Изд-во «Эксмо», 2005. С. 97.

члены семьи собственника - только правами владения и пользования. Если посмотреть на проблеме глубже, то можно выделить следующие: права владения и пользования жилым помещением, которыми обладают члены семьи собственника, являются производными от воли собственника жилого помещения, то есть и правомочие владения, и правомочие пользования детерминированы волей собственника жилого помещения. Докავательством этому служит положение о том, что права собственника и членов семьи собственника будут равными в том случае, если между ними не заключено соглашение о порядке пользования. В этом соглашении можно предусмотреть больший или меньший объем прав. Он устанавливается по согласению между собственником и членами семьи. Права указанных лиц заключаются во владении жилым помещением и строго целевом использовании жилого помещения, то есть использование для проживания. Права собственника и членов его семьи неразрывно связаны с обязанностями, которые на них возлагает закон. «Дееспособные члены семьи собственника жилого помещения несут солидарную с собственником ответственность по обязательствам, вытекающим из пользования данным жилым помещением, если иное не установлено соглашением между собственником и членами его семьи» (ч. 3 ст. 31 ЖК РФ). Из этого положения следует, что по общему правилу между собственником и дееспособными членами его семьи устанавливается солидарная ответственность по обязательствам, вытекающим из владения и пользования жилым помещением. Например, при причинении вреда и собственности, и члены его семьи будут отвечать совместно, то есть солидарно, причем иск может быть предъявлен как к собственнику, так и к любому другому дееспособному члену семьи собственника. Однако, исходя из характера данной нормы, форма этой солидарной ответственности может быть изменена по соглашению между участниками данного правоотношения. Например, между собственником и членами его семьи может быть предусмотрена как долевая, так и субсидиарная ответственность.

Интересна точка зрения по этому вопросу Л. Ю. Грудина, высказанная в постагентажном комментарии к Жилищному кодексу под редакцией Н. М. Коршунова. Как указывают авторы, семья не образует какого-либо нового самостоятельного коллективного единого субъекта права на занимаемую жилую площадь. Не являясь ऐसा сосособственниками жилого помещения, остальные члены семьи наделены лишь правом пользования жилым помещением. Условия пользования жилым помещением членами семьи могут отличаться от условий

пользования собственником, что подтверждается соглашением между ними<sup>1</sup>. Собственник жилого помещения по договору может наделять членов семьи собственника теми же правами, какими обладает сам. И в этом случае члены семьи собственника становятся сосособственниками, то есть равными по объему прав и обязанностей собственнику лицами. Поэтому вышеприведенное утверждение о том, что сосособственники обладают только лишь правами пользования, является спорным. Единственным ограничением прав семьи сосособственника является то обстоятельство, что собственник не может предоставлять членам своей семьи больший объем прав, чем те, которыми он обладает сам.

Жилищный кодекс 2005 года ввел новеллы в отношении прав членов семьи собственника, которые помещены в ч. 4-7 ст. 31 ЖК РФ. В частности, здесь урегулированы права членов семьи собственника в случае прекращения семейных отношений с собственником. Если ранее прекращение семейных отношений между собственником и членом его семьи не прекращало жилищных прав и обязанностей, то в соответствии с новым ЖК РФ (ч. 4 ст. 31), в случае прекращения семейных отношений с собственником жилого помещения право пользования жилым помещением за бывшим членом семьи собственника этого помещения не сохраняется, если иное не установлено соглашением между ними. Из этого следует вывод, что прекращение семейных отношений между собственником и членами его семьи для последнеого выступает фактом прекращения пользования жилым помещением и фактом прекращения жилищных прав и обязанностей. Для продолжения прав по пользованию жилым помещением необходимо заключения соглашения между собственником и бывшим членом семьи собственника. Вставая на защиту интересов бывшего собственника, законодатель выделяет случаи защиты прав бывшего члена семьи собственника, когда семейные отношения уже прекращены и между собственником и членом его семьи не достигнуто соглашение о порядке пользования. Здесь речь идет о тех жизненных обстоятельствах, когда у бывшего члена семьи собственника жилого помещения отсутствуют основания, то есть возможности приобретения или осуществления права пользования другим жилым помещением, то есть просто отсутствуют денежные средства на приобретение новой квартиры или на введение в другую квартиру по договору найма,

<sup>1</sup> *Постагентажный комментарий к Жилищному кодексу Российской Федерации. / Под общ. ред. Н. М. Коршунова. - М.: Издательство «Эксмо», 2005. С. 100.*

или он, бывший член семьи собственника, не может обеспечить себя иным жилым помещением. При возникновении таких обстоятельств бывший член семьи собственника может обратиться в суд с требованием о сохранении за ним того жилого помещения, которое он занимал вместе с собственником на определенный срок. При этом суд вправе своим решением обязать собственника жилого помещения вместо сохранения права пользования обеспечить бывшего члена семьи собственника иным жилым помещением. Таким правом по закону обладают бывший супруг и другие члены его семьи. Для вынесения такого судебного решения, а именно решения о принудительном приобретении жилья, необходимо чтобы бывший супруг или члены его семьи находились на иждивении собственника. В пользу них собственник исполняет алиментные обязательства.

Решение суда, о котором было сказано ранее, гарантирует бывшему члену семьи собственника при прекращении семейных отношений право пользования жилым помещением, которым обладает собственник. Причем, это право бывший член семьи собственника узаконивает путем обращения в суд после вынесения решения судом. Таким образом, правовым основанием его проживания в жилом помещении собственника является решение суда. Налицо мы имеем факт обременения имущества, принадлежащего собственнику на праве собственности, правами третьих лиц, в данном случае, это право бывшего члена семьи собственника проживать в его квартире при прекращении семейных отношений, когда член семьи собственника не имеет возможности воспользоваться наймом или приобрести квартиру в собственности, а... и иные, заслуживающие внимания обстоятельства, о которых говорит ч. 4 ст. 31 Жилищного кодекса РФ. При таких обстоятельствах, то есть обременение собственника невозможностью без определения срока, поэтому суд, сохраняя за бывшим членом семьи собственника возможность проживания, и устанавливает такой срок. Истечение установленного решением суда срока порождает следующую цепь юридических фактов. Во-первых, собственник жилого помещения и бывший член семьи собственника могут по взаимному согласию, выраженному в договоре, продлить срок проживания. Данный договор должен быть составлен до истечения срока проживания, установленного решением суда. Во-вторых, новеллой для ЖК является следующая юридический факт и правило, вытекающее из него: юридический факт прекращения права собственности на жилое помещение у собственника прекращает досрочно право пользования жилым помещением бывшего члена семьи собственни-

ка. И, в-третьих, право пользования жилым помещением со стороны бывшего члена семьи собственника может быть прекращены те основания, которые послужили вынесению решения суда о сохранении жилого помещения за бывшим членом семьи собственника.

Как указывает М. Ю. Тихомиров, первый случай досрочного прекращения права собственности бывшего члена семьи собственника жилого помещения базируется на положении п. 2 ст. 292 Гражданского кодекса, согласно которому переход права собственности на жилой дом или квартиру к другому лицу является основанием для прекращения права пользования жилым помещением членами семьи прежнего собственника<sup>1</sup>. А в случаях, когда отпадают обстоятельства, послужившие основанием для сохранения жилья по решению суда, М. Ю. Тихомиров указывает, что в этом случае досрочное прекращение права пользования допускается только на основании решения суда<sup>2</sup>.

Законодатель в ч. 6 ст. 31 ЖК возлагает на бывшего члена семьи собственника, пользующегося жилым помещением на основании решения суда, права и обязанности по пользованию жилым помещением наравне с собственником, если иное не установлено соглашением между собственником и членом семьи собственника. Эти права корреспондируют и обязанности к члену семьи собственника.

Интересен тот факт, что законодатель не ставит знак равенства между правовым положением члена семьи собственника, бывшего члена семьи собственника и граждан, пользующихся жилым помещением собственника на основании договора. В последнем случае, на наш взгляд, речь идет не о членах семьи собственника и не о бывших членах семьи собственника, а о гражданах, пользующихся этим жилым помещением на основании договора. По нашему мнению, в данном случае, речь должна идти о договоре коммерческого найма, который заключается между собственником жилого помещения и лицами, пользующимися жилыми помещениями-наймаемыми по договору коммерческого найма. Их правовой статус определяется как соглашением сторон, так и нормами ст. 677 ГК РФ.

Обратим особое внимание на важное по нашему мнению, исключение, введенное законодателем ФЗ №189 от 22.02.2004 г. «О внесении в действие Жилищного кодекса РФ», в частности, в ст. 19 ЖК РФ указывается, что «Действие положений ч. 4 ст. 31 ЖК РФ не распространяется на бывших членов семьи собственника приватизи-

<sup>1</sup> Тихомиров М. Ю. Комментарий к Жилищному кодексу РФ. - М., 2005. С. 92.

<sup>2</sup> Там же.



рованного жилого помещения при условии, что в момент приватизации данного жилого помещения указанные лица имели равные права пользования этим помещением с лицом, его приватизировавшим, если иное не установлено законом или договором. Таким образом, если жилое помещение получено по договору приватизации, и один из членов семьи нанимателя, отказавшись от участия в приватизации, тем не менее, дал согласие остальным членам семьи нанимателям для участия в ней, последний сохраняет право пользования указанной квартирой даже при расторжении брака с членом семьи собственника квартиры, полученной в результате приватизации. Это благо для бывшего члена семьи собственника, однако бывший супруг собственника, сохраняя право пользования жилым помещением, обрекает себя и других проживающих вместе с ним лиц существовать вместе до конца жизни. Особенно остро это проявляется тогда, когда бывшие супруги находятся в неприязненных отношениях, а если еще и квартира однокомнатная - это благо закона можно расценивать как наказание на всю жизнь.

### **Права собственника и членов его семьи при изъятии земельного участка для государственных или муниципальных нужд**

Право собственности - основополагающее право для всех или, во всяком случае, для множества отраслей права: гражданского, земельного, налогового, муниципального и других. Можно с уверенностью сказать, что порождение права собственности как закономерный результат развития экономических отношений породило рождение и самого права как общеправового понятия и инструмента регулирования отношений в обществе. Право собственности и отношения, связанные с ним, составляют существо гражданского права.

Жилищное право как самостоятельная отрасль также сформировалась и продолжает развиваться, складываться вокруг отношений собственности, регулируя такой особый объект, как жилые помещения. Конституция РФ закрепляет различные формы собственности, с одной стороны, с другой - Конституция охраняет и защищает неприкосновенность этого права<sup>1</sup>. Развивая положения Конституции, Жилищный Кодекс РФ предусматривает строго определенные основания для изъятия жилого помещения, находящегося на праве собственности, и определил формы такого изъятия.

В соответствии с ч. 1 ст. 32, жилое помещение может быть изъято у собственника путем выкупа в связи с изъятием соответствующего земельного участка для государственных или муниципальных нужд. Выкуп части жилого помещения допускается не иначе, как с согласия собственника. В зависимости от того, для чьих нужд изымается земельный участок, выкуп жилого помещения осуществляется Российской Федерацией, соответствующими субъектами РФ или муниципальным образованием.

Следует определить, что при рассмотрении данного субинститута, несмотря на то, что он помещен лишь в одной статье ЖК, нам необходимо оперировать целым комплексом правовых норм, помещенных в различных отраслях права: жилищном, гражданском, земельном, налоговом, финансовом, административном. Понятие жилого помещения содержится в ст. 16 ЖК РФ. Понятие выкупа и выкупной цены определяется нормами гражданского законодательства, в частности, ФЗ «Об оценочной деятельности». Случаи изъятия помещений в ст. 49, ст. 55 Земельного кодекса. Кроме того, случаи изъятия земельных участков, находящихся в собственности субъектов РФ или муниципальной собственности, могут быть установлены законами субъектов РФ.

Мы не ставим целью подробное изложение перечисленных вопросов, затрагивающих и урегулированных многими отраслями права. Целью нашего изложения является анализ правового регулирования обеспечения жилищных прав собственника жилого помещения при изъятии земельного участка для государственных или муниципальных нужд, то есть изначально мы будем рассматривать лишь жилищные правоотношения, возникающие и существующие в рамках названного субинститута.

На первое место в изложении данного вопроса выступают такие понятия, как государственные и муниципальные нужды. Понятие государственных, муниципальных нужды содержится в ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд»<sup>1</sup>. Под федеральными государственными нуждами понимаются потребности Российской Федерации в продукции, необходимой для решения задач жизнеобеспечения, обороны и безопасности страны и для реализации федеральных целевых программ и межгосударственных целевых программ, в которых участвует Российская Федерация. Следует раз-

<sup>1</sup> Ст. ст. 8 Конституции Российской Федерации.

<sup>1</sup> ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд» от 13 декабря 1994 г. // СЗ РФ. 1994. №34. Ст. 3540.

личать потребности РФ в целом, а также потребности субъектов РФ и потребности органов местного самоуправления. Под потребностями (нуждами) субъектов РФ понимается необходимость решения задач жизнеобеспечения регионов и реализация региональных целевых программ для региональных нужд, которая определена органами государственной власти субъектов РФ. И, соответственно, под нуждами муниципалитетов образований следует понимать экономические потребности в обеспечении жизнедеятельности данного муниципального образования (территории), его экономической, экологической и социальной безопасности, а также потребности данного муниципального образования в решении целевых программ социально-экономического развития данного региона.

Центральным звеном в системе возникающих отношений при прекращении права собственности на жилой дом, коттедж, квартиру в жилом доме является переход земельного участка, находящегося под этим домом, из частной собственности собственника в публичную собственность, то есть собственность государства, субъектов государства или муниципальных образований. Следует иметь в виду, что собственник жилого помещения - дома, коттеджа или квартиры может иметь земельный участок в определенных границах не только, и совсем не обязательно на праве собственности. Он может иметь его на праве постоянного бессрочного пользования, а также на праве пожизненного наследуемого владения или на праве аренды. Во всех этих случаях единственным основанием для прекращения права собственности на жилое помещение - дом, квартиру, коттедж выступает изъятие земельного участка путем его выкупа у собственника или обладателя иного вещного права.

На наш взгляд, для практического применения этого единственного основания должно быть доказано существование нескольких дополнительных юридических фактов:

- документально подтвержденное право собственности владельца собственника жилого помещения;
- документально подтвержденный отвод земельного участка для государственных или муниципальных нужд (распоряжение соответствующих органов власти местного самоуправления);
- наличие самих государственных или муниципальных нужд.

Необходимость присутствия перечисленных выше оснований определяется нормами ст.ст. 273-283 ГК РФ. На наш взгляд, в системе юридических фактов должно присутствовать и четвертое условие,

которое мы находим в ч. 1 ст. 239 ГК РФ «В случаях, когда изъятие земельного участка для государственных и муниципальных нужд невозможно без прекращения права собственности на здание..., находящегося на данном участке, это имущество может быть изъято у собственника путем выкупа государством или продажи с публичных торгов». То есть мы имеем четвертый юридический факт публично-правовым образованием при изъятии жилого помещения у собственника. Этот факт называется невозможность сохранения жилого помещения у собственника при изъятии земельного участка для государственных и муниципальных нужд.

Следует иметь в виду, что при переходе права собственности на здание или сооружение, принадлежащее собственнику земельного участка, на котором оно находится, приобретателю здания переходит право на земельный участок, определенное соглашением сторон. Применительно к нашей ситуации это означает следующее: приобретаемая право собственности на земельный участок, публично-правовое образование приобретает право собственности и на недвижимость в виде жилого дома, коттеджа, квартиры.

Несколько слов о порядке выкупа земельного участка для государственных и муниципальных нужд. Согласно нормам ГК РФ, прекращение права собственности на жилое помещение при изъятии земельного участка для государственных или муниципальных нужд возможно двумя способами:

- 1) по соглашению между собственником жилого помещения и публично-правовым образованием (п. 1 ст. 279 ГК РФ);
- 2) в судебном порядке (ст. 282 ГК РФ).

Два ли не самым актуальным в переходе права собственности на жилое помещение и земельный участок от частного собственника к публично-правовому образованию является соблюдение порядка перехода этого права. Еще раз напомним, что речь идет не о простом переходе прав от одного собственника к другому, а в данном случае мы имеем скорее административно-правовое (не гражданское и не жилищное правоотношение), где частный собственник жилого помещения прекращает свои правомочия, помимо своей воли подчиняясь воле публично-правового образования, будущего собственника, действующего в интересах общества, а потому навязываящему свою волю частному лицу. Свидетельством тому являются нормы ч. 2 ст. 32 ЖК РФ. Решение об изъятии жилого помещения принимается органом государственной власти или органом местного самоуправления, принявшим решение об изъятии земельного

го участка для государственных или муниципальных нужд. Заказчик вправе обратиться в суд за защитой своих интересов, если государственные органы не принимают необходимых мер по защите прав заказчика и принятию такого решения. Пока такой закон не принят.

В целях защиты частных интересов законодатель ввел обязательное требование к акту органа публично-правового образования. Принятое им решение должно пройти обязательную правовую регистрацию в органах Росрегистрации (ч. 3 указанной статьи). Также в целях защиты прав заказчика обязывает публично-правовое образование уведомить собственника жилого помещения в письменной форме о принятом решении об изъятии принадлежащего ему жилого помещения и о дате регистрации такого решения в учреждении Росрегистрации. Одновременно законодатель предоставляет собственнику жилого помещения право свободно владеть и пользоваться выкупаемым жилым помещением в течение года со дня получения им уведомления об изъятии земельного участка. Собственнику, однако, предоставлена возможность прекратить добровольно с его согласия право собственности до истечения этого годичного срока. Собственник несет риск отнесения на него при определении выкупной цены жилого помещения затрат и убытков, связанных с произведенными в указанный период вложениями, значительно увеличивающими стоимость изымаемого жилого помещения.

Таким образом, законодатель не ограничивает ни в чем собственника жилого помещения, которое в дальнейшем будет изъято для государственных или муниципальных нужд в связи с отводом земельного участка и невозможностью сохранения данного помещения. Если не считать ограничения сроком в один год со дня официального письменного уведомления. Законодатель не указывает, что вместе с уведомлением обязана быть определена выкупная цена изымаемого жилого помещения. Однако, он косвенно дает понять, что такая оценка будет, скорее всего, проведена в момент уведомления собственника жилого помещения. Одновременно законодатель предупреждает собственника изымаемого жилого помещения, что именно он несет риск отнесения на него при определении выкупной цены жилого помещения, затрат и убытков, связанных с произведенными в указанный период вложениями, значительно увеличивающими стоимость изымаемого жилого помещения (п. 5 ст. 32 ЖК РФ). На практике это означает следующее: что собственник жилого помещения, осуществляя свои правомочия по владению и пользованию, а по мне-

нию Тихомирова, и распоряжению,<sup>1</sup> может произвести значительные капиталовложения в осуществлении ремонта и поддержании жилого помещения в надлежащем состоянии. Однако эти вложения должны быть разумными и не должны значительно увеличивать стоимость изымаемого жилого помещения, так как законодатель это прямо оговаривает - риск, а именно риск того, что произведенные затраты значительно увеличивающие стоимость изымаемого помещения, ему не будут возмещены при отводе земельного участка и изъятии жилого помещения. Если законодатель говорит о вложениях, значительно увеличивающих стоимость изымаемого жилого помещения значит стоимость этого помещения уже определена при вынесении решения о его изъятии (хотя бы приблизительно). Законодатель говорит лишь о том, что выкупная цена жилого помещения, сроки и другие условия выкупа определяются соглашением между собственником жилого помещения и публично-правовым образованием. Это соглашение обязательно должно содержать выкупную цену и обязанность ее уплаты публично-правовым образованием собственнику изымаемого жилого помещения (ч. 6 ст. 32).

По новому Жилищному кодексу РФ, слагаемыми выкупной цены (стоимости) изымаемого у собственника жилого помещения в связи с отводом земельного участка для государственных и земельных нужд являются рыночная цена этого жилого помещения (дома, коттеджа, квартиры) и убытки, причиненные собственнику жилого помещения его изъятием. Рыночная цена определяется исходя из спроса и предложения на конкретный объект недвижимости (квартиру), сложившиеся в определенный период времени на момент изъятия участка в данном конкретном регионе. В убытки включаются суммы, связанные с уничтожением жилого помещения (дома, коттеджа, квартиры), а также убытки, которые понесет собственник в связи с изменением места его проживания, сюда включаются также расходы, которые приводит собственник, проживая временно в другом помещении до того момента, пока публично-правовое образование, которому отводится земельный участок, не приобретет собственнику жилому помещению равноценное жилье. В убытки также входят расходы, связанные с переездом в новое предоставляемое собственнику жилье

<sup>1</sup> Мы придерживаемся иной точки зрения, согласно которой переход права собственности после предпринятия об изъятии земельного участка и предпринятия права собственности на жилое помещение невозможен, так как при переходе права собственности на нового собственника возникает обязанность вынести новое решение об отводе земельного участка для государственных или муниципальных нужд и повторного предпринятия нового собственника.

помещение. Кроме того, входят расходы, связанные с поиском другого жилого помещения для приобретения права собственности на него; оформительскими понимаются расходы по оформлению права собственности на новое приобретаемое жилое помещение в учредительных Росрегистрации. И, в конце концов, в убытки включаются расходы, связанные с досрочным прекращением обязательства собственника изымаемого жилого помещения перед третьими лицами. Под этим понимаются те расходы, которые несет собственник при прекращении договора найма с нанимателями, с которыми был заключен соответствующий договор, в результате расторжения которого собственник понес убытки. Руководствуясь ст. 15 ГК, законодатель предусматривает возможность компенсации собственнику за сносимое жилое помещение не только в виде реальных убытков, законодатель предусматривает также компенсацию в виде упущенной выгоды. Под упущенной выгодой понимаются те доходы, которые лицо могло определенно иметь, если бы его права не были нарушены. В нашем случае под упущенной выгодой следует понимать те доходы, которые получили бы собственник жилого помещения, если бы его права собственности на жилье не были прекращены по воле публично-правового образования.

В комментарии к Жилищному кодексу под редакцией Н.М. Коршунова указывается, что перечень видов убытков не является исчерпывающим. Лицам, которые проживают на условиях коммерческого найма, убытки могут быть возмещены собственником в связи с нарушением обязательства. Такие выплаты также подлежат компенсации в качестве убытков собственника<sup>1</sup>. На наш взгляд, в данном случае убытки выплачиваются не в связи с нарушением обязательства собственника-наймодателя перед нанимателем, то есть отсутствие вины собственника, а компенсация выплачивается в связи с прекращением обязательства между собственником-наймодателем и нанимателем, пользующимся жилым помещением по договору коммерческого найма, что не одно и то же.

Нельзя сказать, что данный субинститут - обеспечение жилищных прав собственника жилого помещения при изъятии земельного участка для государственных или муниципальных нужд, является новым для жилищного законодательства. Ст. 137 ЖК РФСР так же, как и нормы нового Жилищного кодекса, предусматривала ряд правовых гарантий собственника жилого помещения в связи с изъятием земель-

<sup>1</sup> Коршунов Н.М. *Постатейный комментарий к ЖК РФ*. - М., 2005. С. 106.

ного участка для государственных или общественных нужд. Эти гарантии обеспечивали бышему собственнику большую защиту его прав, чем обеспечивает новое жилищное законодательство.

Проведем сравнение. По нормам ст. 137 ЖК РФСР, в случае сноса находящихся в личной собственности у граждан жилых домов в связи с изъятием земельных участков для государственных или общественных нужд указанным гражданам, членам их семей, а также другим гражданам, постоянно проживающим в этих домах, предоставлялись по установленным нормам квартиры в домах государственного или общественного жилищного фонда. По Жилищному кодексу от 22 декабря 2004 года, при аналогичной ситуации собственнику жилого помещения, в соответствии с п. 8 ст. 32, жилое помещение может быть предоставлено лишь по соглашению, заключенному между ним и публично-правовым образованием, для которого производится изъятие земельного участка для государственных или муниципальных нужд. Таким образом, ЖК РФСР 1983 года в императивном порядке гарантировал предоставление благоустроенного жилья собственнику, членам семьи собственника и другим гражданам, постоянно проживающим в таком жилом помещении. А новый ЖК 2004 года предусматривает лишь денежную компенсацию за прекращение права собственности на жилое помещение, причем «размер и сроки выплаты компенсации детально урегулированы». Предоставление же собственнику нового жилого помещения взамен изымаемого предусмотрено только в том случае, если будет достигнуто соглашение между публично-правовым образованием, для которого изымается земельный участок, и собственником, у которого прекращается право собственности на жилье. О правах других лиц, имевших право проживания в жилом помещении собственника, законодатель умалчивает.

М.Ю. Тихомиров указывает: «Если собственнику взамен изымаемого жилого помещения предоставляется другое жилое помещение, то когда рыночная стоимость нового помещения равна рыночной стоимости изымаемого помещения, возмещению подлежат лишь убытки, связанные с изъятием жилого помещения. Если же стоимость нового жилого помещения ниже, то наряду с убытками собственнику подлежат также выплаты разницу стоимости помещения, если стоимость нового жилого помещения выше - указанная разница может быть зачтена при возмещении собственнику убытков, понесенных им в связи с изъятием жилого помещения»<sup>1</sup>. Сказанное является со-

<sup>1</sup> Тихомиров М.Ю. *Комментарий к Жилищному кодексу*. - М., 2005. С. 104.

вершено справедливым. Однако правила нормы, предусмотренные в ст. 32 ЖК РФ, могут не решить проблему обеспечения собственника жилого помещения при изъятии его в связи с отводом земельного участка для государственных или муниципальных нужд. Возьмем такой пример. В старом купеческом доме на праве собственности пять семей имело жилые помещения, где проживали как сами собственники, так и члены их семей. Данное домовладение находилось в общей долевой собственности. Юридическое лицо, выступающее от имени городской администрации, произвело снос старого купеческого дома и строительство на этом земельном участке двух новых многоквартирных домов. Собственники обратились в Государственное унитарное предприятие технической инвентаризации, где им была проведена оценка домовладения, находящегося в общей долевой собственности. Домовладение являлось дореволюционной постройкой, было ветхим, и стоимость оценки была невысокой. Стоимость же предлагаемых застройщиком квартир намного превышала стоимость той доли сносимого жилья, даже при условии включения всех убытков, которые по закону, обязан был возместить застройщик - публично-правовое образование. Таким образом, складывается следующая ситуация. По закону бывшему собственнику может быть выплачена денежная компенсация в соответствии с ч. 7 ст. 32 ЖК РФ, которая не позволит ему приобрести благоустроенное жилье, отвечающее современным стандартам, а также бывший собственник может лишиться нового жилья, если между ним и публично-правовым образованием не будет достигнуто соглашение о предоставлении нового жилого помещения. Такой случай вполне возможен, потому что ч. 8 ст. 32 ЖК РФ говорит о том, что новое жилое помещение взамен изъятого предоставляется по соглашению с собственником жилого помещения. Следует понимать, что это соглашение составляется между собственником жилого помещения и публично-правовым образованием.

По-видимому, для того, чтобы избежать ситуации с неравноценной компенсацией или с компенсацией, которая не позволяет бывшему собственнику приобрести жилье, соответствующее стандартам,<sup>1</sup> законодатель в ч. 9 ст. 32 ЖК РФ предусмотрел правило, согласно которому, если собственник жилого помещения не согласен с решением об изъятии жилого помещения, либо с ним не достигнуто согла-

шение о выкупной цене жилого помещения или других условиях его выкупа, орган государственной власти или орган местного самоуправления, принявшие такое решение, могут предъявить в суд иск о выкупе жилого помещения. Таким образом, чтобы защитить права при прекращении права собственности на жилое помещение собственнику остается не соглашаться с размером предоставляемой компенсации, включающей стоимость жилья и убытков. Обратим внимание, что стоимость компенсации может равняться стоимости предоставленного жилого помещения. Примечательно то, что иск в суд при указанных обстоятельствах в суд предъявляет публично-правовое образование (ч. 9 ст. 32 ЖК РФ). Иск подается за защитой публичных интересов. Наряду с этим нам кажется верным и то, что иск может предъявить и собственник, у которого намерено прекращение права собственности на жилое помещение в связи с отводом земельного участка для государственных или муниципальных нужд.

Ч. 9 ст. 32 ЖК РФ устанавливает специальный срок по таким искам. Он равен двум годам с момента направления собственнику жилого помещения уведомления о предстоящем изъятии данного жилого помещения. При этом следует иметь в виду, что два года, установленные ч. 9 ст. 32 ЖК, являются пресекательным сроком, поэтому когда орган публичной власти, для которого происходит отвод земельного участка, пропустил этот срок, процедуре выкупа жилого помещения следует начать сначала путем направления уведомления собственника жилого помещения об отводе земельного участка для государственных или муниципальных нужд с обязательной регистрацией принятого решения в учредительных Росрегистрации.

Совершенно новыми для жилищного законодательства являются правила, предусмотренные в ч. 10 ст. 32 ЖК РФ. Они регулируют прекращение жилищных прав в многоквартирном жилом доме, который по правилам, установленным правительством, поддежит сносу, так как находится в аварийном состоянии. Пригодность многоквартирного жилого дома для проживания, как и любого другого жилого помещения, является объектом жилищных правоотношений, определяется нормами жилищного и градостроительного кодекса.<sup>1</sup> Основным критерием отнесения помещения к жилому или нежилному служит степень износа помещения, соответствие его требованиям безопасности. Пригодность жилого помещения для проживания определяется межведомственной комиссией с участием пред-

<sup>1</sup> Не секрет, что большинство старых домов является не соответствующими требованиям, предъявляемым законодателем к жильем помещениям. И судья комиссии, назначенная за них, будет мизерной. - Авт.

<sup>1</sup> См. ст.ст. 15, 16, 26 ЖК РФ и соответствующие нормы Градостроительного кодекса.

ставителей органов градостроительства, архитектуры, представителей санэпиднадзора, органов противопожарной безопасности, с участием представителей собственников многоквартирного жилого дома. На основании заключения комиссии орган публично-правового образования принимает решение о сносе многоквартирного жилого дома и направляет в письменной форме требование к собственнику о сносе такого дома в разумный срок. Как отмечалось выше, разумный срок, установленный для собственника многоквартирного жилого дома, означает тот срок, в течение которого он может с помощью технических средств снести данный объект. Поэтому разумный срок в каждом конкретном случае устанавливается в зависимости от объема требуемых по сносу работ с учетом технической возможности собственника многоквартирного жилого дома.

Когда собственник многоквартирного жилого дома игнорирует решение органа государственной власти или местного самоуправления, то есть не осуществляет снос указанного дома, тогда земельный участок, на котором расположен многоквартирный жилой дом, подлежит сносу, изымается для муниципальных нужд (ч. 10 ст. 32 ЖК). Законодатель подчеркивает, что подлежит изъятию каждое жилое помещение в указанном доме (см. там же). Разумеется, если окажется, что в многоквартирном жилом доме, принадлежащем собственнику, часть квартир принадлежит муниципалитету, такие квартиры передаче в муниципальную собственность не подлежат, так как они уже находятся в муниципальной собственности.

На собственников жилых помещений в многоквартирном жилом доме в связи со сносом жилого дома распространяется описанный нами порядок обеспечения жилищных прав собственника жилого помещения при изъятии земельного участка для государственных или муниципальных нужд за исключением правил о письменном уведомлении об изъятии принадлежащего ему жилого помещения за один год и о государственной регистрации принятого решения в учредительных Росрегистрации. Собственник такого жилого дома лишен также права на выкуп жилого помещения до истечения года со дня получения им уведомления только с согласия собственника. Таким образом, при сносе многоквартирного жилого дома орган, принявший решение о его сносе, не должен предупреждать собственника о необходимости снести жилой дом не ранее, чем через год. Дом подлежит сносу в разумный срок, как упоминалось. Кроме того, муниципалитеты обладают правом выкупа многоквартирного жилого дома до истечения года со дня принятия решения о сносе данного жилого дома.

По-видимому, аварийное состояние дома дает право органам местного самоуправления принять решение об изъятии земельного участка, на котором расположен аварийный дом, для муниципальных нужд в любое время.

## **ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ КВАЛИФИКАЦИИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЖИЛИЩНЫХ СЕРТИФИКАТОВ**

*Марченко Т.В. - ст. преподаватель кафедры гражданского права и  
процесса*

В федеральной целевой программе «Жилище»<sup>1</sup> были определены принципиальные положения долгосрочной государственной жилищной политики. В целях реализации указанной Программы осуществлялись мероприятия по обеспечению жильем отдельных категорий граждан, в том числе по обеспечению жильем молодых ученых. 14 декабря 2006 г. постановлением Правительства РФ №765 были утверждены «Правила предоставления молодым ученым субсидий на приобретение жилья помещений в рамках реализации мероприятий по обеспечению жильем отдельных категорий граждан федеральной целевой программы «Жилище» на 2002-2010 годы» (далее - Правила).

Настоящие Правила устанавливают порядок предоставления молодым ученым субсидий. Право молодых ученых на получение за счет средств федерального бюджета субсидии на приобретение жилого помещения удостоверяется именным свидетельством - государственным жилищным сертификатом. Субъектом получения государственной финансовой поддержки является лицо, отвечающее двум требованиям:

- 1) возраст для кандидатов наук - до 35 лет, для докторов наук - до 45 лет;
- 2) стаж работы в научной организации в должности научного работника не менее пяти лет.

<sup>1</sup> Постановление Правительства РФ от 17 сентября 2001 г. №675 «О федеральной целевой программе «Жилище» на 2002-2010 годы».

Ранее законодателем были предложены различные механизмы решения жилищных проблем с помощью жилищных сертификатов: сертификаты, эмитируемые в порядке, установленном Указом Президента РФ «О выпуске и обращении жилищных сертификатов» №1182 от 10 июня 1994 г.<sup>1</sup>; выпускаемые на основании постановления Правительства РФ №561 «О государственных жилищных сертификатах, выдаваемых гражданам РФ, лишившимся жилья в результате чрезвычайных ситуаций и стихийных бедствий» от 7 июня 1995 года<sup>2</sup>; и Федеральной целевой программы «Государственные жилищные сертификаты».

Документы, выпускаемые во исполнение указанных актов государственной власти, направлены на реализацию конституционного права граждан на жилище, именот сжоее название, однако, по своей сущности, являются различными правовыми инструментами. Основным отличием является то, что одни из них могут быть отнесены к категории ценных бумаг, а другие нет. Критерием разграничения является, на наш взгляд, возможность отнесения признаков ценной бумаги, вытекающими из толкования ст. 142 ГК РФ с признаками соответствующих документов. Вследствие этого представляется возможным провести исследование признаков государственных жилищных сертификатов для молодых ученых, чтобы определить, могут ли они быть отнесены к ценным бумагам.

Актуальность данного исследования связана с тем, что некоторые нормативные акты, регулирующие различные виды жилищных сертификатов, называют ценными бумагами те документы, которые по своей юридической природе не могут быть признаны таковыми. Кроме того, следует понимать, что различные правовые инструменты не должны иметь одинаковое название.

Традиционно выделяются следующие признаки ценных бумаг:

- 1) документарность;
- 2) формализм;
- 3) удостоверение имущественных прав;
- 4) необходимость предъявления документа для реализации «права на бумагу» и «права из бумаги» (презентация);
- 5) легальные основания отнесения документа к числу ценных бумаг;
- 6) оборотоспособность;
- 7) публичная доступность.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Российская газета*, №67, 4 апреля 1997 г.

<sup>2</sup> СЗ РФ, 1995, №24, Ст. 2286.

<sup>3</sup> Белов В.А. *Ценные бумаги как объекты гражданских прав. Вопросы теории*. Диссерт. к.ю.н. - М., 1996.

## Документарность

Артикуль 965 Гражданского Кодекса Германии от 30 марта 1911 года характеризует ценную бумагу следующим образом. «Ценная бумага - документ, с которым связано право, без которого документ не может иметь значение, стоимости и не может быть передан другим лицам». <sup>1</sup> Ценная бумага как документ представляет в смысле частного права официально написанную бумагу, которая содержит в себе часть правовое существенное значение. <sup>2</sup>

В ст. 2 Федерального закона «Об информации, информатизации и защите информации» от 20 февраля 1995 г. сказано, что «документированная информация (документ) - это зафиксированная на материальном носителе информация с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать». <sup>3</sup> Коротко говоря, это определенного рода информация. Понятие документа содержится также и в Федеральном законе от 29 декабря 1994 г. №77 «Об обязательном экземпляре документов»: документ - это «материальный объект с зафиксированной на нем информацией в виде текста, звукозаписи или изображения, предназначенный для передачи во времени и пространстве в целях общественного использования и хранения». <sup>4</sup>

Как отмечает В.А. Белов, «российское понятие ценных бумаг близко к понятию ценных бумаг континентального права (Франция, ФРГ, Швейцария), где ценная бумага определяется как всякий документ, с которым связано какое-либо право так, что оно без этого документа не может быть ни осуществлено, ни передано другому лицу. По праву Англии и США, оборотный документ - это всегда документ по содержанию денежный, а по форме - предъявительский или ордерный, то есть англосаксонское понятие уже континентального (векселя, чека)». <sup>5</sup>

Исучаемый сертификат находит свое воплощение исключительно на бланке, что дает основание утверждать о закреплении права на бумажном носителе. То есть он обладает признаком документарности.

Документы могут «фиксироваться» на различных носителях и, как следствие, иметь различную форму или, точнее, различную материализацию письменной формы. Традиционные документы выраже-

<sup>1</sup> *Handert Jahre modernes Aktienrecht* von Werner Schubert. / Peter Hopt. Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1989.

<sup>2</sup> Павлов К.В. *Финансово-правовое регулирование рынка ценных бумаг*. Диссерт. к.ю.н. - М., 2001. С. 18-19.

<sup>3</sup> СЗ РФ, 1995, №8, Ст. 609.

<sup>4</sup> СЗ РФ, 1995, №1, С. 1.

<sup>5</sup> Белов В.А. *Юридическое регулирование рынка ценных бумаг в современной России*. - М., 2000. С. 25-26.

ны на бумажном носителе, который до недавнего времени рассматривался в качестве едва ли не единственного средства материализации документа. На бумажном носителе ценные бумаги традиционно выделялись в виде отдельно существующего документа, текст которого воспроизводит обязательные реквизиты ценной бумаги и ничего более. Ценные бумаги в таком виде именуются документарными классическими ценными бумагами.

К форме такого документа закон предъявляет особые требования, но это всего лишь квалификационная форма письменной сделки, предусмотренная законом (ч. 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ). Таким образом, предпочтительной является позиция тех ученых, в частности Д. В. Мурзина, которые форму ценной бумаги усматривают в технических характеристиках исполнения бланка.<sup>1</sup>

### Формализм

Согласно ст. 142 ГК РФ, ценная бумага как документ должна быть составлена в установленной форме с наличием обязательных реквизитов.

Необходимость строгой формальности ценных бумаг не подлежит сомнению. «Специфика ценных бумаг состоит в том, что, будучи инструментом удостоверений и передачи субъективных гражданских прав, они являются особым инструментом, поскольку призваны упростить порядок удостоверения принадлежности прав определенному субъекту».<sup>2</sup> Поэтому форма фиксации прав должна быть подчинена более строгим требованиям, отличным от всех иных способов удостоверения гражданских прав, она должна четко и достоверно фиксировать факт существования прав, составляющих ценную бумагу и их принадлежность определенному лицу.

«Под реквизитами понимается совокупность фактических обстоятельств такого рода, что отсутствие сведений хотя бы об одном из них лишает информационную запись статуса документа. Наличие же данных обо всех обстоятельствах, предусмотренных законодательством для данного вида документов (реквизитов), автоматически придает данный информационный записи статус документа, вне зависимости от стремления лица, которое составило эту запись».<sup>3</sup> Реквизи-

<sup>1</sup> Митрошина М. В. *О признаках ценных бумаг по российскому гражданскому праву. // Закон и право. 2000. №3. С. 29.*

<sup>2</sup> Крылова М. // РПБ. 1997. №5. С. 31.

<sup>3</sup> Белов В. А. *Ценные бумаги как объекты гражданских прав. Вопросы теории.* - М., 1996. С. 63.

ты устанавливаются тем нормативным актом, который объявил документ ценной бумагой. В них выражается мера возможного и должного поведения участников отношений по ценным бумагам.

Однако следует заметить, что законодатель отказался от прямого перечисления реквизитов государственных жилищных сертификатов в Правилах. Но это не означает, что их не существует вовсе. Предполагаем, что их перечень будет единым для всех государственных жилищных сертификатов, выпускаемых в рамках федеральной целевой программы «Жилище». Форма бланка сертификата и порядок его заполнения утверждаются Федеральным агентством по строительству и жилищно-коммунальному хозяйству по согласованию с Министерством финансов Российской Федерации. Следовательно, признак формализма присутствовал в данном документе.

### Удостоверение имущественных прав кредитора

О. Лирке указывал, что ценная бумага «...обязана своей ценностью не материалу, из которого изготовлена, а тому праву, которое в ней воплощено».<sup>1</sup> В ст. 142 ГК РФ определено, что ценная бумага в документе удостоверяет имущественные права. Л. Эннекперус считает, что «имущественные права предназначены для удовлетворения потребностей лица, и... являются не только средством для осуществления этической обязанности в отношении другого лица, но имеют своей ближайшей целью удовлетворение самого обязанного лица».<sup>2</sup> В качестве имущественных прав он называет вещные права, права на материальные блага, обязательственные права и наследственное право.

Сертификат удостоверяет право молодого ученого на получение за счет средств федерального бюджета субсидии на приобретение жилого помещения, являющегося имущественным правом. Владелец государственного жилищного сертификата достаточно иметь только один документ «Государственный жилищный сертификат», в котором заранее определяется размер общей площади жилья, определенный в порядке, установленном соответствующими нормативными актами.

Необходимость предъявления документа для реализации «права на бумагу» и «права из бумаги» (презентация).

Предъявление бумаги необходимо для осуществления выраженного в ней права. Предъявление бумаги необходимо кредитору для

<sup>1</sup> Sirkle O. *Deutsches Privatrecht. Lehrbuch.* 1995. Bd. 2. S. 106.

<sup>2</sup> Эннекперус Л. *Курс германского гражданского права.* Т. 1. - М., 1949. С. 263.



легитимации его в качестве субъекта выраженного в ней права, и должник может выполнять свою обязанность только в отношении предъявителя бумаги. Однако это полностью справедливо лишь для бумаг на предъявителя, для других - легитимационное действие ценной бумаги основано еще и на некоторых иных юридических фактах. Это есть для осуществления права, выраженного в бумаге, не всегда достаточно одного предъявления, а нужна еще дополнительная легитимация. Именная ценная бумага легитимирует своего держателя, если он озабочен еще и в книгах обязательного лица.

В.К. Андреев необходимость предъявления объясняет абстрактностью возникновения права из ценной бумаги.<sup>1</sup> Абстрактность - следствие различного отношения права к роли и значению основания сделок различных типов. Ценные бумаги являются одновременно и правоустанавливающим документом и средством доказывания воплощенных в ней прав, и основанием, подтверждающим исполнение по этой бумаге.

Из начала презентации следует, что право собственности или иное вещное право на документ должно быть таким образом связано с правом, инкорпорируемым в нем, что без него оно не может быть ни осуществлено, ни передано, то есть в наличии взаимосвязь «Права на бумагу» с «правом из бумаги».

«Ценная бумага - специализированная вещь, так как является объектом права не сама по себе, а потому что выражает право на что-то, имеющее ценность. В то же время, если бы право осуществлялось беспрепятственно без бумаги, то ему незачем было искать воплощения в бумаге. Поэтому ценной бумагой является только тот документ, который право на ценность ставит в неразрывную связь с бумагой, а не каждый документ, свидетельствующий о праве на ценность».<sup>2</sup> «Следовательно, сущность ценных бумаг заключается в той связи, которая существует между данным правом и документом».<sup>3</sup>

Данный признак присущ государственным жилищным сертификатам и выражается в необходимости сдачи сертификата в банк по месту приобретения жилого помещения для заключения договора банковского счета и открытия банковского счета, что является предпосылкой для осуществления заложенного в нем права.

<sup>1</sup> Андреев В.К. // РПБ. 1998. С. 27.

<sup>2</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. - М., 1994.

<sup>3</sup> Нерсисов Н.О. Исходные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. - М., 1998. С. 140.

## Легальные основания отнесения документа к числу ценных бумаг

Статья 142 ГК РФ гласит: ценные бумаги определяются законом или в установленном им порядке. То есть, недосконально того, что документ соответствует признакам ценной бумаги, требуется еще и законодательное подтверждение. Необходимость существования такого признака заключается в единообразном понимании сущности ценных бумаг для всех участников экономического оборота и исключения «самодеятельного нормотворчества».

По мнению М.В. Митрошиной, этот внешне формальный признак на самом деле имеет значение решающего условия для юридической науки и практики, поскольку юридическая сущность ценной бумаги такова, что практически любое имущество право может быть представлено в данной вещной форме. Кроме того, сущность данного признака объясняется еще и тем, что наука (и экономическая, и юридическая) до сих пор не удается выработать сколько-нибудь приемлемое единое определение ценных бумаг. Под легитимацией принято понимать подтверждение и публичное признание определенного лица носителем определенного субъективного права, в нашем случае - управомоченного держателя ценной бумаги, воплощающего это право.<sup>1</sup>

Среди перечня ценных бумаг государственного жилищного сертификата нет, но есть государственная облигация. Однако нет оснований признавать его равновидностью облигации хотя бы потому, что, в отличие от облигации, государственной жилищный сертификат не имеет равного объема и сроков осуществления прав внутри одного выпуска. К тому же в самих Правилах четко обозначено, что документ не является ценной бумагой.

## Оборотоспособность

Придание ценной бумаге в ст. 128 ГК РФ возможности выступать в качестве особой равновидности объектов гражданских прав предопределяет такое свойство ценной бумаги, как оборотоспособность.

Документ не может быть признан ценной бумагой, если он в силу своих юридических или физических свойств не может быть передан от одного лица к другому, то есть не обладает свойством передаваемости. Передаваемость означает возможность юридического оформ-

<sup>1</sup> Митрошина М.В. О признаках ценных бумаг по российскому гражданскому праву. // Закон и право. 2000. №3. С. 31.

мления факта изменения субъекта права-ценности и фактической передачи документа в руки нового субъекта - носителя права-ценности.<sup>1</sup> В Правилах не предусмотрено возможность перевода прав на другое лицо.

«Неразрывная связь права и документа исторически определялась необходимостью обеспечить такое свойство ценной бумаги, как обратимость (передаваемость), - считает А.В. Майфат, - то есть возможность смены собственника имущества ценного права через передачу документа другому лицу. В том случае, если имущество ценное право зафиксировано в особом роде документа, то его передача или наличие правового основания означает и передачу соответствующего права».<sup>2</sup> «Свободная обратимость - такое положение вещей, когда передача ценной бумаги от одного контрагента другому не зависит от воли лиц, не являющихся субъектами соответствующей сделки».<sup>3</sup>

Специфика отдельных видов ценных бумаг может быть обусловлена тем, что выдача и исполнение по ценным бумагам может и должно производиться только первоначальному кредитору. Это, как правило, связано либо с личностью субъекта (именной чек, вексель с пометкой «не приказу»), либо целями выдачи ценной бумаги (государственный жилищный сертификат). Поэтому передаваемость - общее свойство ценных бумаг, иное может быть установлено законами о ценных бумагах и установленном ими порядке, что вытекает из ст. 143 ГК РФ.

Поскольку ГК РФ предлагает ограничить перечень ценных бумаг лишь теми документами, которые прямо названы ценными бумагами в законах или в установленном ими порядке, то следует считать, что документ обладает свойством передаваемости, если иное не вытекает из норм законодательства, обычаев или самого содержания документов.

Однако выдача и исполнение по рассматриваемому документу могут и должны производиться только первоначальному кредитору, что связано в первую очередь с личностью субъекта. Помимо этого, Правила не предусматривают возможность передачи права на субсидию иному лицу, как обладающему теми же качествами, так и не обладающему. Так что у данного объекта признак оборотоспособности отсутствует.

1 Белов В.А. *Ценные бумаги в российском праве*. - М., 1996. С. 33.

2 Майфат А.В. *Ценные бумаги. Сравнительный анализ понятий в правовых системах России и США*. // *Государство и право*. 1997. № 1.

3 Петражицкий Л.И. *Акции и биржевая игра*. - Новосибирск, 1993. С. 67-68.

## Публичная достоверность

Данный признак основан на п. 2 ст. 147 ГК РФ, где говорится, что «отказ от исполнения обязательства, удостоверенного ценной бумагой, со ссылкой на отсутствие основания обязательства либо на его недействительность не допускается». Его можно еще обозначить как «начало ограничения возражений по ценной бумаге».<sup>1</sup> Отказ от исполнения обязательства, закрепленного в ценной бумаге возможен лишь в случаях:

- ее несоответствия реквизитам;
- доказанности факта подлога или подделки;
- доказанности недобросовестности держателя.

Действие публичной достоверности и обусловленного ею начала ограничения возражений не распространяется на первоначально, а также недобросовестного приобретателя документа. Поэтому в случае предъявления бумаги ее первоначальным приобретателем допустимы все возражения, основанные на отношениях между ком и его контрагентом.<sup>2</sup>

Випер предложил различать ценные бумаги, обладающие публичной достоверностью (Pariete oefentlichen Glaubens (Seriftitubilationen)), и ценные бумаги, не обладающие этим свойством. Обладателю публичной достоверностью те ценные бумаги, содержание которых безусловно определяет права добросовестного их приобретателя (Dejen Wortlaut zu gusien des gutglubigen Erweibens ubedingt massewendigt).<sup>3</sup> Добросовестный владелец бумаги может довериться тем формальным признакам, которые легитимируют его в качестве субъекта, выраженного в бумаге права.

Признак публичной достоверности тесно связан с признаком оборотоспособности. Поскольку сертификат объявлен необращаемым, то субъективное право принадлежит только первоначальному приобретателю и никому другому.

По мнению Д.В. Музыкина, для ценной бумаги публичная достоверность имеет, прежде всего, процессуальное значение. Публичная достоверность выступает процессуальной стороной абстрактности ценных бумаг, а необходимость предъявления - формальной (или: абстрактность - это основание публичной достоверности ценной бу-

1 Белов В.А. *Ценные бумаги как объекты гражданских прав. Вопросы теории*. Диссерт. к.ю.н. - М., 1996. С. 16.

2 Крашенинников Е.А. *Ценные бумаги на предъявителя*. - Ярославль, 1995.

3 Випер с.168, Die Wertpapiere, Evidenz I Handlich des deutschen Handels. - See - und Wechselrechts. В. IV, 1917.

мати, а последняя выражается в необходимости предъявления бланка ценной бумаги).

Публичная достоверность делает права, принадлежащие держателю ценной бумаги, автономными и независимыми от прав его предшественников, тем самым обеспечивая оборотоспособность бумаг.

Основанием выдачи сертификата является решение о поименной выдаче Федеральным агентством по строительству и жилищно-коммунальному хозяйству. Поэтому, если по каким-либо причинам отпадет основание выдачи сертификата, то Агентство имеет право отказать от исполнения обязательства, удостоверяющего государственным жилищным сертификатом.

Исследование признаков ценных бумаг применительно к государственному жилищному сертификату дает возможность заявить, что он не является ценной бумагой, так как не обладает признаками публичной достоверности, оборотоспособности и отсутствует легальное основание отнесения документа к числу ценных бумаг.

Поскольку в настоящее время обозначение различных по сути инструментов под одним термином приводит к смешению понятий и путанице в толковании правовых норм, считаем необходимым название «государственные жилищные сертификаты» не применять в отношении данного вида субсидий.

## ДЕНЕЖНОЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВО КАК ОСНОВАНИЕ ДЕНЕЖНОГО ТРЕБОВАНИЯ. ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ЗАКОНА

*Стройкина Ю.В. - доцент кафедры гражданского права и процесса, к.ю.н.*

Основанием денежного требования является, безусловно, денежное обязательство. В дивилистике много проблем, касающихся денежного требования, решаются лишь при приложении к ним положений общей теории обязательств, в целом, и положений о денежном обязательстве, в частности. Поэтому речь пойдет именно о современном понимании денежного требования в теории и установлении данной категории в законодательстве.

Классической является формулировка понятия «обязательство», данная О.С. Иоффе: «Обязательство есть закрепленное гражданским законом общественное отношение по перемещению имущества и иных результатов труда, в силу которого одно лицо (кредитор) вправе требовать от другого лица (должника) совершения определенных действий и обусловленного этим воздержания от совершения каких-либо действий»<sup>1</sup>.

Любое обязательство имеет свой определенный объект, то благо, которое в силу обязательства кредитор получает при исполнении обязанности должником. В зависимости от данного объекта выделяются различные виды обязательств, среди которых и существует такая категория, как денежное обязательство.

И от общей теории обязательства перейдем именно к обязательству денежному. Наибольшую роль в изучение денежного обязательства имели и до сих пор имеют труды Л.А. Лунца.

Л.А. Лунц выделял денежные обязательства в узком и широком смысле<sup>2</sup>. К денежным обязательствам в широком смысле он относил обязательства, предметом которых служат денежные знаки как таковые. Среди видов денежных обязательств в зависимости от их предмета он выделял:

- обязательства, имеющие предметом определенные виды денежных знаков (валютные сделки);

<sup>1</sup> Иоффе О.С. *Советское гражданское право. - Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1958. С. 370-371.*

<sup>2</sup> Лунц Л.А. *Денги и денежные обязательства. - М.: Статут, 1999. С. 89.*

- обязательства, имеющие предметом ценность определенно-го рода денежных знаков (обязательства платежа по определенному курсу);

- обязательства, имеющие предметом предоставление определенной покупательной способности (алиментные обязательства);

- обязательства, направленные на предоставление денежных знаков в определенной сумме денежных единиц (в последнем случае имеют место денежные обязательства в узком смысле слова, к которым относятся и расчетные сделки).

Именно в узком смысле традиционно рассматривалось денежное обязательство в юридической литературе, где оно определялось как обязательство, связанное с передачей определенной денежной суммы либо с платежом определенной денежной суммы.<sup>1</sup>

Одним из определяющих признаков денежного обязательства является обязательность уплатить деньги. Деньги используются в обязательстве в качестве средства погашения денежного долга (не только в случае, если такой долг был порожден выполнением протиположной стороной каких-либо действий в пользу должника, но и когда должник обязан передать денежную сумму кредитору вследствие договора, в котором такое исполнение является первоочередным). Если деньги выступают в обязательстве в ином качестве (например, в качестве вещей с индивидуально-определенными признаками), нет оснований говорить о денежном обязательстве.

Довольно интересна точка зрения Л. Новоселовой<sup>2</sup>, которая утверждает, в общем соглашаясь с точкой зрения Лунца, что «не может рассматриваться в качестве денежного обязательство предоставить денежный кредит, передать аванс либо суммы предоплаты стороне, оказывающей услуги, производящей работы либо передающей товар. Во всех этих случаях передача денег долг не погашает, а, напротив, создает его на стороне получателя». Интересно в данной точке зрения то, что подход к обязательству в данном случае довольно односторонний: обязательство рассматривается с точки зрения получателя, без учета того, что у плательщика до передачи существовал определенный денежный долг, который он погасил, что, в принципе, является основным признаком денежного обязательства. Мы не согласны с этим ограничением сути денежных обязательств, здесь вообще

исключается возможность рассмотрения в этом контексте того же коммерческого кредита, например, который является разновидностью денежных обязательств ввиду специфики своих условий.

Кроме того, в качестве признака денежного обязательства выделяю и то, что денежные суммы переходят от одного лица к другому, то есть право на них меняет принадлежность. Данный признак зачастую имеет место, но есть одно «но», касающееся обязательства по проведению денежного зачета. Как мы знаем, обязательство прекарается полностью или частично зачетом встречного одностороннего требования, срок которого наступил либо не указан или определен моментом востребования. Для зачета достаточно заявления одной стороны. Но данная формулировка ГК РФ касается лишь односторонних гражданско-правовых требований, кроме того, какое же здесь обязательство? Никто не сможет принудить кого-либо зачесть что-либо в счет основного долга к другой стороне. Однако если погашение долга посредством зачета односторонних требований, или погашение долга в силу совершения должником каких-либо действий в пользу кредитора предусматривается договором, о наличии денежного обязательства можно говорить с уверенностью. Кроме того, правовой системе России известны случаи, когда происходит зачет встречных односторонних требований, одни из которых являются гражданско-правовыми, а другие - налоговыми, и проведение этого зачета есть ничто иное, как обязательность одной из сторон. Речь идет о так называемых «бюджетных зачетах». Суть их состоит в том, что, если бюджетный орган РФ имеет какие-либо долги за поставленные товары, выполненные работы и оказанные услуги перед лицом, имеющим какие-либо долги перед бюджетом РФ, то Федеральное казначейство обязано по его (небюджетного контрагента) заявлению осуществить денежный зачет двух этих требований, хотя и абсолютно неоднородных. Такая практика очень часто использовалась в обороте, права на денежный зачет передавались от одних лиц к другим, то есть указанное зачетное обязательство нашло свое место. Обратимся к его сути. Одно лицо (А) обязуется уплатить другому лицу (Б) денежные средства. Уплата таковых проывается в зачет долга Б перед А. Таким образом опускается ступень, на которой А передает Б деньги, и ступень, на которой Б передает эту денежную сумму А в качестве своего долга перед ним. Однако оплата имела место, просто она была обещана в довольно специфическую форму, что не мешает, по мнению автора, отнести обязательство по денежному зачету к денежному обязательству. Поэтому сле-

<sup>1</sup> Эвьясон Л.С. *Деньги, банки и банковские операции*. - М., 1926. С. 84.

<sup>2</sup> Новоселова Л.А. *О правовых последствиях нарушения денежного обязательства*. // *Вестник ВАС РФ*. 1999. №1. С. 84.

дует сделать вывод, что к денежным обязательствам обязательство по проведению денежного зачета относится, и что признаком денежного обязательства в ряде случаев может быть не факт получения кредитором определенной денежной суммы, а факт погашения определенной денежной долга кредитором его должником.

Есть и еще один вопрос, требующий разрешения. Как мы знаем, в рамках обязательства в целом кредитор имеет право требовать совершения должником определенных действий или воздержаться от совершения определенных действий. Возможно ли требование вынуждения в рамках денежного обязательства? Представляется, что нет. Объясняется это тем, что цель денежного обязательства - переход денежной суммы от одного лица другому. В рамках данной связи воздержание от действий, в силу которого одному лицу перейдут денежные средства воздержавшегося, просто невозможно представить.

Довольно важно при характеристике денежного обязательства указать такой его признак, как номинализм. Принцип номинализма денежного обязательства выражается в том, что должник обязан передать кредитору денежную сумму, установленную данным обязательством, независимо от каких-либо факторов, влияющих на реальную покупательную способность данной денежной суммы (инфляция, стабилизация экономики и другие) за исключением ряда случаев, специально устанавливаемых законом (например, ст. 318 ГК РФ) или соглашением сторон.

Таким образом, денежное обязательство есть закрепленное гражданским правом отношение лиц, в силу которого одно лицо (кредитор) имеет право требовать от другого лица (должника) передать ему определенной денежной суммы или погашения имеющегося перед ним у должника денежного долга.

С теоретической точки зрения данное определение, безусловно, имеет смысл, но давайте обратимся к точке зрения законодателя. Гражданский кодекс Российской Федерации дает следующее деальное определение обязательства, целиком воспроизведенное из Гражданского кодекса РСФСР 1964 года: «В силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности» (п. 1 ст. 307). То есть, по сути, точного определения законодатель не дает, так как вместо признаков, определяющих смысл явления, он указывает признаки, определяющие

последствия явления. (Нам не ясно, что же есть обязательство - обязанность или правоотношение, связь? Известно лишь то, что вследствие обязательства складываются определенные отношения между кредитором и должником). С точки зрения ряда статей ГК РФ делается вывод о равнозначности понятий «обязательство» и «обязанность». Например, нормы ст.ст. 309, 310 и других, посвященных обязательству статей, используют такую формулировку, как «исполнение обязательства», что прямо противоречит выводу о том, что обязательство - это связь, правоотношение (нельзя говорить об исполнении связи), и указывает на то, что обязательство есть обязанность.

Ст. 395 ГК РФ («Ответственность за неисполнение денежного обязательства») в толковании указывает, что под денежным обязательством следует понимать обязательство, в рамках которого одно лицо обязуется уплатить, вернуть (в зависимости от причины сложившейся обязанности) другому лицу определенную денежную сумму. Хотя указанная статья точной формулировки относительно смысла рассматриваемого нами понятия не содержит, ее смысл подталкивает нас к означенному выводу.

Таким образом, складывается ситуация, когда законодатель при использовании понятия денежного обязательства допускает его двойное толкование - как связь, правоотношение и как обязанность. При чем следует сразу обратить внимание на то, что в данном случае ситуацию может исправить только внесение соответствующих изменений в закон.

Бесспорно, что существо обязательства как гражданского правоотношения составляет единство субъективных прав (прав требования) и обязанностей. При этом каждому субъективному праву одного участника должна корреспондировать соответствующая обязанность другого участника. Таким образом, обязанность, участвуя в формировании обязательства, представляет собой только часть последнего и не исчерпывает в полной мере его содержания. Поэтому направиается вывод, что в обязательственном правоотношении обязательство и обязанность соотносятся как целое и его часть.

Денежное обязательство может возникнуть в силу различных обстоятельств, причем отношения между кредитором и должником в обязательствах из различных оснований также не будут являться одинаковыми. «Основание возникновения обязательства, - указывал М.М. Агарков, - является необходимым индивидуализирующим моментом каждого данного обязательства... определяет его харак-

тер. Таким образом, вопрос об основании возникновения обязательства является одним из важнейших вопросов теории обязательства<sup>1</sup>.  
Анализируя перечень оснований возникновения обязательств, О.С. Иоффе еще задолго до появления ГК РФ отмечал, что «правообращающая роль предусмотренных им юридических фактов в отношении различных обязательств неодинакова. Некоторые из них (например, причинение вреда) сами непосредственно порождают обязательства, тогда как другие (например, создание литературного произведения) приводят к возникновению обязательств лишь в сочетании с иными юридическими фактами (в приведенном примере - при использовании другими лицами созданного кем-либо произведения)<sup>2</sup>, что является истинным и для сегодняшнего дня.

В отечественном праве существовало и существует законодательное оформление источников возникновения обязательств. Что касается ГК РФ, то основания возникновения обязательств, включая и денежные, содержит ст. 307, которая говорит, что обязательства возникают из договора, вследствие причинения вреда и из иных оснований, предусмотренных ГК РФ. Проанализировав положение ГК РФ, можно сделать вывод, что денежные обязательства могут возникать из двух групп оснований, вследствие чего обязательства могут быть разделены на две группы - обязательства из надлежащего гражданского оборота и обязательства из нарушенного гражданского оборота. Поскольку гражданский оборот, по большому счету, есть совокупность сделок, сделки составляют основание возникновения абсолютного большинства обязательств, в том числе и денежных. Вспорно также, что двусторонняя сделка - договор - является одним из наиболее распространенных видов возникновения обязательств, а односторонние сделки - гораздо более редкий их вид. Сюда относятся и некоторые действия физических и юридических лиц, которые не являются сделками, - юридические поступки (например, передача клада (целиком или его части) собственнику имущества, порождающая требование определенного денежного вознаграждения (п. 1 ст. 233 ГК РФ).

Во вторую группу источников возникновения обязательств входят обязательства, направленные на восстановление нарушенного гражданского оборота. Основными ее составляющими будут обязательства из причинения вреда и обязательства из неосновательного обогащения. Возникая в результате нарушения одним лицом иму-

<sup>1</sup> Авдюков М.М. *Обязательства по советскому гражданскому праву*. - М.: Юридлит ННУ СССР, 1940. С. 50.

<sup>2</sup> Иоффе О.С. *Обязательственное право*. - М.: Юридическая литература, 1975. С. 39.

щественного положения другого лица, данные обязательства имеют общую направленность - восстановление прежнего имущественного состояния потерпевшего. Кроме того, сюда входят также административные акты и судебные решения, при условии, что законодательство связывает возникновение обязательства именно с ними (в частности, только судебное признание оспоримой сделки недействительной порождает обязанность возврата полученной по ней денежной суммы в порядке реституции).

Знание оснований возникновения денежного обязательства позволяет нам определить содержание конкретного денежного требования из данного обязательства. Ценность законодательных трактовок оснований денежного обязательства заключается также и в том, что они ясно дают понять его содержание, независимо от того, в каком смысле его применяет законодатель, что помогает делать определенные выводы в отношении указанной категории, к которым, например, относятся и топ, что из возмездного договора вытекают два обязательства, одно из которых зачастую является денежным. Вывод этот противоречит точкам зрения некоторых ученых, которые ввели такое понятие, как двустороннее обязательство, то есть обязательство, в котором у кредитора имеется вместе с правом требования и обязанность перед должником. Так, О.С. Иоффе указывал, что «в некоторых обязательствах один из участников становится только кредитором, а другой - только должником... Однако в подавляющем большинстве обязательств правоотношений каждый из участников выступает одновременно и в качестве кредитора, и в качестве должника...»<sup>1</sup>.

К сожалению, как будет показано в дальнейшем, судебная практика также зачастую стоит на данной позиции.

Иногда понятие «обязательство» и понятие «договор» рассматриваются как равнозначные, что является неверным и, как в дальнейшем будет видно, влечет большие практические проблемы. Иоффе писал, что «к обязательствам относятся разнообразные гражданские правоотношения. Их основную массу составляют гражданско-правовые договоры»<sup>2</sup>.

Потому он предлагал ввести понятие обязательства как в широком, так и в узком смысле. Интересно, что ученые, предлагающие данную точку зрения, в качестве основания возникновения обязательства вполне реально расценивают договор, что, по сути, проти-

<sup>1</sup> Иоффе О.С. *Обязательственное право*. - М.: Юридическая литература, 1975. С. 39.

<sup>2</sup> Там же. С. 38.

воречит ранее сказанному. Тем не менее, судебная практика очень часто стоит на данных позициях, что, безусловно, не может не осложнять оборот.

Для достижения целей данной работы нужно отметить, что денежные обязательства могут быть основными, то есть прямо предусмотренными законом или договором и дополнительными (фактативными) - возникающими в случаях неисполнения основных обязательств, в частности, обязательство по уплате пени в случае просрочки оплаты основного долга. Кроме того, обязательство может иметь один предмет или несколько предметов, в котором выполнение одного из указанных действий будет надлежащим исполнением обязательства.

Исходя из того, сколько лиц на стороне кредитора выделяют обязательства в пользу одного кредитора либо солидарных кредиторов (в случае солидарности кредиторов несколько лиц выступает в обязательстве в качестве единого кредитора), и требования в пользу нескольких кредиторов (долевых кредиторов), когда несколько лиц имеют по части требования.

Исходя из того, сколько должников в обязательстве выделяют обязательства с одним должником либо несколькими солидарными должниками (ситуация, аналогичная солидарности требований), и обязательства с несколькими должниками: долевое - несколько должников, на каждом из которых лежит обязанность исполнения части требования, субсидиарное - когда второй должник или должники выполняют обязанность первоначального должника в части им не исполненной и выступают в качестве должника только при соблюдении процедуры обращения к ним требования (перед предъявлением требований к субсидиарному должнику кредитор обращает претензию об исполнении требования первоначальному должнику, и в случае неисполнения требования в полной мере первоначальному должником требование обращается на субсидиарного (субсидиарных) - ст. 399 ГК РФ).

И нельзя не сказать, что обязательства могут быть в пользу стороны договора (основные обязательства) или в пользу третьего по отношению к договору лица (обязательства в пользу третьего лица). Ст. 430 ГК РФ указывает, что данное третье лицо становится кредитором с момента выражения им своего согласия на такое. В случае отказа права кредитора будут принадлежать кредитору по договору (если иное не установлено законом, иным правовым актом или договором).

Таким образом, с точки зрения современного гражданского права, денежное обязательство есть возникающее из договора или иных указанных законом оснований закрепленное гражданским правом отношение лиц, в силу которого одно лицо (кредитор) имеет право требовать от другого лица (должника) передачи ему определенной денежной суммы или погашения имеющегося у него перед должником денежного долга (по первоначальному обязательству).

Как мы выяснили, денежное требование возникает на основании денежного обязательства. В силу обладания им лицо является кредитором и может требовать передачи денежных сумм или погашения своих денежных долгов от иного лица, обязанного это сделать. Таким образом, в самом общем виде, денежное требование - это основанная на денежном обязательстве юридически закрепленная возможность обязать должника на осуществление действий по передаче лицу, имеющему денежное требование или иному указанному им лицу, денежных средств или погашение денежных долгов.

Денежное требование имеет ряд признаков.

Во-первых, денежное требование основывается на денежном обязательстве. Именно в силу денежного обязательства лицо становится кредитором и имеет законное право требовать от противоположного лица - должника передачи денежной суммы или иных, ранее указанных действий.

Во-вторых, денежное требование - это возможность обязать на определенные действия противоположную сторону - должника. Кредитор имеет право как на простое убеждение должника в необходимости осуществления им указанных действий, так и на принуждение его к осуществлению данных действий с привлечением силы государства - судов и иных правоохранительных органов. Данная возможность осуществляется при участии юридически закреплена. Это означает, во-первых, что имеет место закрепление основания данной возможности (определенная фиксация обязательства в договоре - основании денежного обязательства) или факта причинения вреда, или иного основания; а во-вторых, что имеет место закрепление в законе указанной возможности посредством прямого установления таковой или отсутствия запрета таковой.

В-третьих, кредитор имеет право требовать передачи определенной денежной суммы или погашения денежного долга. Это значит, что кредитор требует от должника не передачи денег как вещей, определенных индивидуальными признаками, а денег как вещей, такими признаками не наделенных, называемых в обороте «денежная

сумма». Что касается погашения денежного долга к кредитору, то речь о данном действии велась ранее, когда мы рассматривали денежное обязательство.

В-четвертых, денежное требование является делимым (в первую очередь в силу делимости денежного обязательства). По общему правилу делимость требования определяется возможностью разделения его объекта на части без погери его функциональных признаков. Что же касается денежного требования, то его объект - денежная сумма - является абсолютно делимой, так как при ее разделе на ряд частей функции ее вообще не могут быть затронуты.

В-пятых, денежное, как и любое требование, является принадлежанием кому-либо, так как без привязки к кредитору (в отличие от вещи) оно вообще существовать не может (как может существовать требование передачи денег никому?) Таким образом, мы предлагаем говорить о праве принадлежности, распространяющемся на такой вид имущества, как требования.

С точки зрения автора данное понятие необходимо для введения. Написто ситуация, когда имеется определенный вид имущества, а основны правового отношения (типула) к данному имуществу со стороны его владельца или со стороны третьих лиц не существуют.

Мы же можем говорить о праве собственности в отношении вещи. Оно не может распространяться на требования в целом и денежные требования в частности, в силу того, что право собственности презюмируется законодателем как право вещное. Причем данная презумпция является, по мнению автора, чуть ли не единственной аксиомой гражданского права. И, действительно, «право собственности существует только на вещь. Поэтому, чтобы стать предметом права собственности, нужно быть вещью»<sup>1</sup>. Принадлежность в нашем случае есть, во-первых, юридическая привязанность требования конкретному лицу, а во-вторых, отношение лица к требованию, как к своему. Право принадлежности будет категорией, сочетающей комплекс правомочий, которые будут обеспечивать принадлежность.

Право собственности складывается из правомочий владения, пользования и распоряжения вещами, осуществляемых собственником своей властью и в своем интересе, а из чего же складывается право принадлежности? Как мы знаем, владение подразумевает фактическое физическое обладание вещью, пользование - извлечение с помощью данной вещи или из нее определенных доходов, а распоряжение - воз-

можность определять судьбу данной вещи. Собственник может одновременно обладать всеми тремя полномочиями, а может часть из них передать другому лицу, оставаясь при этом собственником (в случае предоставления вещи в аренду собственник передает арендатору право владения и право пользования ею, тем не менее, право собственности его на этом не прекращается). Давайте с этих позиций посмотрим и на принадлежность. Что касается фактического физического обладания денежным требованием, то, в силу того, что требование, которое мы исследуем, бестелесно, речь о физическом обладании таковым идти не может. Однако с некоторой долей условности мы можем сказать, что кредитор, имеющий требование, им обладает, хотя и не в физическом смысле. Поэтому, мы можем рассматривать обладание в качестве первой составной части права принадлежности. Что касается пользования, то кредитор таким правомочием обладает. Он может использовать его по назначению - получить причитающиеся ему денежные суммы и извлечь из денежного требования пользу и доход таким образом, а может использовать свое денежное требование не по назначению, например оставить его в залог при получении определенной денежной суммы, и получить уже таким образом пользу от него. Что касается распоряжения, то мы также можем сказать, что и это правомочие имеет место в праве принадлежности. Распорядиться своим требованием кредитор может различными способами: передать его другому лицу, прекратить его (прощение долга). Этим он определяет его судьбу.

Таким образом, право принадлежности включает в себя правомочия владения, пользования и распоряжения денежным требованием. Причем, стоит отметить, что данные правомочия возможны лишь в их сочетании, отсутствие какого-либо из них влечет невозможность принадлежности требования кредитору за некоторым исключением (кредитор в ряде случаев не может в полной мере распорядиться денежным требованием, которое не может переходить в силу законодательно установленного такового, речь о таких требованиях пойдет далее). Право принадлежности как новая категория будет интересно для исследования в дальнейшем. Практическая значимость данной категории состоит в возможности использования ее при объяснении ряда правовых и законодательных явлений, и, кроме того, оставаясь категорией права обязательственного, а значит, права относительного, она приближает нас некоторым аспектам права вещного, с его отношением к имуществу как к своему», а значит, праву абстрактному с возможностью защиты такового от посягательств на него

<sup>1</sup> Скловский К.И. *Собственность в гражданском праве*. - М.: Дело, 2000. С. 428.



неограниченного круга лиц, что, в конце концов, может привести к законодательному установлению мер правовой защиты кредиторов от посягательства третьих для обязательства лиц в отношении его требований, которых на сегодняшний момент, к сожалению, нет (чего нельзя сказать о странах англо-саксонской правовой системы, где деления на право обязательственное и право вещное не существует, и есть общие меры защиты и вещей и требований от действий неопределенного круга лиц).

Анализируя все вышесказанное, можно сделать вывод, что денежным требованием называется принадлежащая кредитору в силу денежного обязательства и основанная на нем юридически закрепленная делимая возможность обязывания должника на совершение действий по передаче денежных сумм или погашению денежного долга. После получения теоретического определения денежного требования перейдем к его содержанию, которое будем рассматривать через призму правил исполнения должником денежного обязательства. Ст. 309 ГК РФ устанавливает, что «обязательства должника исполнятся надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями». Таким образом, денежное требование есть юридически закрепленная возможность кредитора обязать должника передать им лично (в некоторых случаях третьими лицами) ему денежную сумму (или совершить иные ранее указанные действия) в определенном размере и валюте в определенный срок и в определенном месте и определенным способом.

Начнем с того, что, по общему правилу, должник должен произвести осуществление предусмотренных действий лично. Однако ч. 1 ст. 313 ГК РФ предусматривает, что «исполнение обязательства может быть возложено должником на третье лицо, если из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа не вытекают обязанности должника исполнить обязательство лично. В этом случае кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом». ГК предусматривает соответствующее право на исполнение чужого обязательства и при отсутствии поручения должника: оно возникает только у того третьего лица, которое, действуя вместо должника, осуществляет свой законный интерес. Примером может служить исполнение залогодержателем обязательства залогодателя перед третьим лицом в случае, когда требование последнего может затронуть интересы залогодержателя - ч. 2 ст. 313 ГК РФ.

В соответствии с этой статьей ГК, третье лицо, подвещающееся опасности утратить свое право на имущество должника вследствие обращения кредитором взыскания на это имущество, может за свой счет удовлетворить требования кредитора. При этом согласия должника на подобное исполнение не требуется.

Говоря о размере денежной суммы, которую должник должен передать кредитору, нужно заметить, что здесь имеет место уже описанный выше принцип номинализма с исключением из него (например, ст. 318 ГК РФ устанавливает, что «сумма, выплачиваемая по денежному обязательству непосредственно на содержание гражданина: в возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, по договору пожизненного содержания и в других случаях - с увеличением установленного законом минимального размера оплаты труда пропорционально увеличивается).

Что касается валюты суммы денежного требования, то ГК РФ установил самые общие принципы определения предмета денежных обязательств. В частности, в статье 317 ГК РФ определено, что денежные обязательства должны быть выражены в рублях, то есть в валюте Российской Федерации. В то же время Гражданский кодекс допускает определение суммы денежного обязательства не в рублях, а в иностранной валюте или условных денежных единицах при условии, что расчеты по обязательству будут произведены в рублях по официальному курсу Центрального банка на день платежа, либо иному курсу или даге, установленной законом или соглашением сторон (п. 2 ст. 317 ГК РФ). На сегодняшний день центральным актом в области валютного регулирования и валютного контроля является Закон РФ «О валютном регулировании и валютном контроле», определяющий иностранную валюту как денежные знаки в виде банкнот, казначейских билетов, монеты, находящиеся в обращении и являющиеся законным платежным средством в соответствующем иностранном государстве или группе государств, а также изъятые или изымаемые из обращения, но подлежащие обмену денежными знаками, а также средства на счетах в денежных единицах иностранных государств и международных денежных или расчетных единицах. Следовательно, если существует обязанность по уплате суммы в иностранной валюте, исполнение производится не в иностранной валюте, а в российских рублях. Иностранная валюта или условные денежные единицы, использованные в договоре, должны копироваться Центральным Банком России напрямую либо через другие валюты. Условные денежные единицы также должны быть либо «привязаны» к одной из

валют, либо в условиях договора должны содержаться правила о порядке перевода основных денежных единиц в рубли. Использование на территории России иностранной валюты, а также платежных документов в иностранной валюте допускается только в случаях, предусмотренных законом о валютном регулировании и валютном контроле и в порядке, установленном Центральным банком РФ.

Срок передачи денежной суммы определяется законом, основанием возникновения обязательства либо его существом. Различают обязательства с определенным сроком исполнения и обязательства, в которых срок определен моментом востребования.

Обязательства, предусматривающие или позволяющие установить день его исполнения или период времени, в течение которого оно должно быть исполнено, относятся к обязательствам с определенным сроком исполнения. Такое обязательство должно быть исполнено в день, указанный в обязательстве, либо в любой момент в пределах определенного срока.

В случае, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условий, позволяющих определить этот срок, оно должно быть исполнено в разумный срок после возникновения обязательства. Под разумным сроком подразумевается период времени, обычно необходимый для совершения действия, предусмотренного обязательством.

Обязательства, которые не содержат условий о сроке его исполнения, подлежат исполнению в течение семи дней после предъявления кредитором соответствующего требования. Семидневный срок применяется и при неисполнении обязательства в разумный срок. Возможны требования, по которым исполнение должно быть произведено немедленно, например, при предъявлении вкладчиком требования о выдаче вклада.

Для обязательств, исполняемых в пределах достаточно продолжительного периода времени, имеют значение и промежуточные сроки исполнения. Цель промежуточных сроков, как правило, заключается в контроле со стороны кредитора за своевременностью исполнения обязательства должником. За нарушение промежуточных сроков исполнения могут устанавливаться имущественные санкции в виде неустойки.

Денежные требования должны исполняться в сроки, предусмотренные законом или договором. Досрочное исполнение обязательства является правом должника, если иное не предусмотрено законодательством, условиями обязательства или не вытекает из его суще-

ства. При осуществлении предпринимательской деятельности должник не вправе досрочно исполнить обязательство, кроме случаев, прямо предусмотренных законодательством, условиями обязательства, обычаями делового оборота или существом обязательства.

Денежные обязательства, как правило, включают в себя условия об уплате процентов за пользование деньгами. Кроме того, если обязательство не исполняется добровольно, у кредитора возникают издержки по получению исполнения, что влечет увеличение суммы, причитающейся к взысканию с должника. При недостаточности у должника средств для погашения всех требований кредитора, необходимо установить очередность, то есть определить, какие требования погашаются в первую очередь, какие во вторую и т. д. Статья 319 ГК РФ устанавливает, что в первую очередь погашаются издержки кредитора по получению исполнения, во вторую - проценты (но только проценты по кредиту или займу, так как проценты за просрочку по данному правилу не подлежат - Постановление 13/14<sup>1</sup>), а затем сумма основного долга.

Место передачи денежной суммы означает, где именно должно быть произведена таковая передача кредитору. Место исполнения может быть предусмотрено законом, иным правовым актом или договором, вытекать из обычая оборота или существа обязательства. При отсутствии определения места исполнения в законе, ином правовом акте, договоре, обычая делового оборота или существе обязательства можно обратиться к ст. 316 ГК РФ, которая содержит правила определения места исполнения обязательства. Таким образом, указанная норма не относится к числу не только императивных, но и диспозитивных в их обычном значении, поскольку в отличие от последних стоит на третьем по значению месте после договора, обычая делового оборота и существа обязательства.

Ст. 316 ГК РФ определяет место исполнения в зависимости от предмета обязательства. Денежное обязательство должно быть исполнено в месте жительства (месте нахождения) кредитора в момент возникновения обязательства. Однако если кредитор впоследствии переменил место своего жительства (юридическое лицо - место нахождения), ему необходимо известить об этом должника, и тогда обязательство должно будет быть исполнено в новом месте жительства (месте нахождения) кредитора.

<sup>1</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами» от 8 октября 1998 г. №13/14. // Российская газета от 27 октября 1998 г. С. 7-14.

Способом исполнения обязательства является порядок совершения должником действий по исполнению обязательства. Так, денежное обязательство может быть исполнено разовым актом, например, однократной уплатой всей денежной суммы при купле-продаже, либо периодическими платежами по кредитному договору. Способ исполнения должен быть избран сторонами при возникновении обязательства. Если стороны не определили способ исполнения, кредитор вправе не принимать исполнения по частям, если иное не предусмотрено законодательством, условиями обязательства, либо обычаями делового оборота и существом обязательства (ст. 311 ГК).

Законом предусмотрено, что надлежащим вручением вещи, отчужденной без обязательства доставки, будет сдача перевозчику для отправки приобретателю, либо организации связи для пересылки приобретателю (ст. 224 ГК РФ), то есть вручение вещи третьим лицам для передачи их кредитору. Надлежащим исполнением денежного гражданско-правового обязательства является передача суммы кредитору. Такая передача, по общему правилу, производится вручением денежных средств должником кредитору «из рук в руки». Такое вручение именуется личным расчетом.

Однако расчеты между юридическими лицами, а также расчеты с участием граждан, связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, производятся в безналичном порядке. Расчеты между данными лицами личными деньгами также допускаются, если передаваемая сумма не превышает установленного Банком России размера. Безналичные расчеты производятся через банки или иные кредитные учреждения, в которых открыты соответствующие счета, если иное не предусмотрено законом или не обусловлено сущностью выбранной формы безналичных расчетов. По общему правилу, если иное не предусмотрено договором или законом, исполнение обязанности по передаче денег осуществляется в момент получения кредитором наличных денег от должника, либо поступление денежных средств на счет кредитора (так как денежный счет кредитора признается его собственностью и поступление средств туда - поступление денег в собственность кредитора).

Учитывая то, что обслуживающий банк каждый хозяйствующий субъект выбирает сам, следует предложить такую схему решения вопроса: так как по логике вещей обязанность по оплате считается исполненной в момент получения средств кредитором, следует моментом исполнения обязанности таковой оплаты считать поступление средств на расчетный счет кредитора. Но в случае, если деньги в банк

получателя поступили, а на счет получателя переведены не были, то моментом исполнения обязанности по уплате правильнее было бы считать последний день срока, в течение которого банк обязан зачислить денежные суммы на счет получателя (такой срок устанавливается Банком России). Закрепление такого положения вещей на законодательном уровне приведет к справедливому соотношению положений кредитора и должника.

Статья 327 ГК РФ специально регулирует ситуацию, при которых должник не имеет возможности исполнить денежное обязательство только по той причине, что кредитора на месте не оказалось или он уклоняется от принятия исполнения. В соответствии с законом должник вправе в предусмотренных в Гражданском кодексе случаях внести причитающиеся с него деньги в депозит нотариуса, а в случаях, установленных законом, - в депозит суда. Статья 327 ГК РФ содержит исчерпывающий перечень таких случаев, при которых возникает необходимость и, вместе с тем, возможность внесения в депозит. Имеются в виду либо отсутствие кредитора или лица, уполномоченного им принять исполнение, в месте, где обязательство должно быть исполнено, либо недееспособность кредитора и отсутствие у него представителя, либо очевидное отсутствие определенности по поводу того, кто является кредитором в обязательстве (имеется в виду ситуация, при которой по данному поводу возник спор между кредитором и другими лицами), либо кредитор отклоняется от принятия исполнения или допускает иную просрочку совершения необходимых для исполнения должником действий. К обязанности нотариуса (суда) относятся извещение кредитора о полученных денежных суммах или ценных бумагах. Данное внесение в депозит нотариуса или суда считается исполнением обязательства.

Таким образом, в содержание денежного требования включается возможность кредитора обязать должника совершить указанные действия в указанном порядке. Денежное требование есть принадлежность кредитору основанная на денежном обязательстве юридически закрепленная возможность обязать должника передать денежную сумму или произвести погашение денежного долга кредитора (в отдельно взятых случаях) в установленном размере и валюте в предусмотренные сроки в указанном месте определенным способом.

## ПРИНЦИП СОСТАЯТЕЛЬНОСТИ ПРИ ПЕРЕСМОТРЕ СУДЕБНЫХ АКТОВ ПО ВНОВЬ ОТКРЫВШИМСЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАМ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ

*Томшина А. П. - ст. преподаватель кафедры гражданского права и процесса*

В процессуальной литературе отмечается, что уголовный и гражданский процессы в нашем обществе носят составительный характер. Принцип составительности означает равные возможности для разных субъектов доказывать перед судом свои утверждения и доби-ваться справедливого решения.

По мнению Н. А. Громова, данный принцип действует так же, хотя и в ограниченных пределах, и в стадии возобновления уголовных и гражданских дел, где он означает состязание сторон, контролируемое и дополняемое активным участием суда, возобновляющего уголовное или гражданское дело по вновь открывшимся обстоятельствам.<sup>1</sup>

Порядок производства в стадии пересмотра дел по вновь открывшимся обстоятельствам и в ГПК РФ, и в АПК РФ регулируется сходным образом, поэтому далее представляется необходимым рассмотреть вопрос о действии принципа составительности на данной стадии процесса и в гражданском, и в арбитражном процессах одновременно.

Как отмечает Е. Г. Стрельцова, пересмотр дела по вновь открывшимся обстоятельствам - самостоятельная, исключительная стадия процесса, возбудяемая по заявлению лица, участвующего в деле, или его представителя, оспаривающего судебный акт в связи с откритием существовавших на момент рассмотрения дела обстоятельств, которые не были и не могли быть известны заявителю в период судебного разбирательства.<sup>2</sup> Разбывая дело, суд должен установить наличие вновь открывшихся обстоятельств и решить, являются ли они существенными для дела, то есть такими, при ознакомлении с которыми Арбитражный суд принял бы иное решение.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Громов Н. А. Система конституционных принципов при возобновлении дел по вновь открывшимся обстоятельствам. - Саратов. 1992. С. 130.

<sup>2</sup> Гражданское процессуальное право. Учебник. Под. ред. М. С. Шакарин. - М.: Проспект, 2004. С. 436.

<sup>3</sup> Арбитражный процесс. Учебник под ред. М. К. Треушников. - М.: Гроден, 2003. С. 566; Берг О. В. Некоторые проблемы пересмотра арбитражных и гражданских дел по вновь открывшимся обстоятельствам. // Арбитражный и гражданский процесс. 2002. №9. С. 5.

В арбитражном процессе (на что указывает Н. А. Томшина), «пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам - это самостоятельная и исключительная стадия арбитражного процесса, существенно отличающаяся от всех предыдущих стадий пересмотра по основным характеристикам: основаниям, процессуальному порядку пересмотра и полномочиям суда».<sup>1</sup>

Специфика данной стадии процесса проявляется, прежде всего, в основаниях пересмотра судебных актов - пересмотр здесь, в отличие от апелляционной, кассационной и надзорной инстанций, осуществляется по вновь открывшимся обстоятельствам.

М. П. Скуратовский обращает внимание и на то, что сущность пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам как института арбитражного процессуального права заключается в надзоре за законностью и обоснованностью судебных актов при получении арбитражным судом, их вынесшим, сведений о вновь открывшихся обстоятельствах.<sup>2</sup>

«Таким образом, сущность стадии возобновления арбитражных дел по вновь открывшимся обстоятельствам заключается в проверке соответствующим судом решения, определения, постановления в законную силу вследствие открытия новых обстоятельств, которые не были известны заявителю и суду по причинам, от них не зависящим, и имеют существенное значение для правильного разрешения дела. Эти обстоятельства являются составной частью предмета доказывания по делу и позволяют выявить неполному установленной судом и выраженной в решении истины по делу»<sup>3</sup>.

В стадии рассмотрения дел по вновь открывшимся обстоятельствам суд только устанавливает и исследует имеющие существенное значение для дела обстоятельства, которые не были известны суду и заявителю при рассмотрении дела по существу и которые вследствие этого не нашли отражения в материалах дела. При этом указанные обстоятельства оцениваются судом с точки зрения того, могли ли они повлиять на законность и обоснованность решения, вынесенного без их учета. «Поэтому в данной стадии арбитражного процесса суд не рассматривает дела по существу, как в суде первой инстанции, не разрешает никаких споров, а лишь ограничивается установлением наличия или отсутствия этих обстоятельств»<sup>4</sup>. Однако в процессу-

<sup>1</sup> Комментарий к АПК РФ под ред. М. С. Шакарин. - М.: Проспект, 2003. С. 680.

<sup>2</sup> Арбитражный процесс. Учебник под ред. В. В. Яркова. - М., 1998. С. 351.

<sup>3</sup> Громов Н. А., Фединцов Ю. В., Байрадинов З. А. Пересмотр дел по вновь открывшимся обстоятельствам в арбитражном суде. - М., 2001. С. 8-9.

<sup>4</sup> Громов Н. А., Фединцов Ю. В., Байрадинов З. А. Указ. соч. С. 13.

альной литературе существует и другое мнение. Так, И. Зайцев, С. Медякова считают, что на заявителя возлагается бремя доказывания незаконности и необоснованности постановления, о пересмотре которого ставится вопрос<sup>1</sup>.

С таким мнением трудно согласиться, так как судебные ошибки исправляются в кассационном либо надзорном порядке. Что касается пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам, то здесь основанием пересмотра будет не незаконность и необоснованность, а обстоятельство, которое на момент принятия судебного акта не были и не могли быть известны заявителю.

Вновь открывшиеся обстоятельства - факты, от которых зависит возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей лиц, участвующих в деле, которые существовали в момент рассмотрения дела, но не были и не могли быть известны ни заявителю, ни суду<sup>2</sup>.

Поэтому, как справедливо отмечает О.В. Берг, «если основанием пересмотра является незаконность или необоснованность судебного акта с учетом обстоятельств, установленных судом при вынесении этого акта, судебный акт не может быть пересмотрен по вновь открывшимся обстоятельствам»<sup>3</sup>.

В отличие от прежнего законодательства, в настоящее время расширен круг судебных актов, подлежащих пересмотру по вновь открывшимся обстоятельствам. Помимо решений суда первой инстанции и определенных кассационной и надзорной инстанции в него включены и определения суда первой и апелляционной инстанций (ст. 393 ГПК РФ, ст. 310 АПК РФ). «Данная новелла, безусловно, направлена на развитие принципа связательности в гражданском процессе и обеспечение возможности для полной реализации гражданами своего конституционного права на судебную защиту»<sup>4</sup>.

Ст. 392 ГПК, ст. 311 АПК содержат основания пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам. Следует обратить внимание на то, что в них говорится лишь об основаниях для возобновления производства по вновь открывшимся обстоятельствам, а не об основаниях для отмены решения, определения постановления по вновь открывшимся обстоятельствам.

1 Зайцев И., Медякова С. Основания к отмене судебных постановлений. // Российская юстиция. 1996. №5. С. 43.

2 Коршунов Н.М., Мареев Ю.Д. Гражданский процесс. - М.: Норма, 2004. С. 577.

3 Берг О.В. Некоторые проблемы пересмотра арбитражных и гражданских дел по вновь открывшимся обстоятельствам. // Арбитражный и гражданский процесс. 2002. №9. С. 2-3.

4 Комментарий к ГПК РФ. Под ред. Г.П. Исупова. - М.: Юрайт, 2003. С. 464.

«Принципами стадии рассмотрения арбитражных дел по вновь открывшимся обстоятельствам являются вытекающие из природы государства юридически обоснованные и законодательно закрепленные в нормах основные положения, выражающие демократическую и гуманистическую сущность данной стадии (ее справедливый и законный характер), направленной на достижение целей и задач правосудия в сфере хозяйственной юрисдикции»<sup>1</sup>.

Как отмечается на страницах юридической печати, «пересмотр дел по вновь открывшимся обстоятельствам осуществляется на основе связательности и равноправия сторон. Стороны в этой стадии процесса пользуются равными правами по представлению доказательств и участию в их исследовании»<sup>2</sup>.

Принцип связательности при рассмотрении дела по вновь открывшимся обстоятельствам означает, что судебное разбирательство происходит в форме состязания между сторонами.

«Источником состязания служит противоположность их материально-правовых интересов ввиду открытого обстоятельства, создающих наиболее благоприятные условия для выяснения всех имеющих существенное значение для арбитражного дела обстоятельств и вынесения обоснованного решения в этой стадии арбитражного процесса»<sup>3</sup>.

В процессуальной литературе справедливо обращается внимание на то, что на данном этапе развития системы гражданской юрисдикции можно говорить об общности принципов организации и деятельности органов гражданской юрисдикции, которые вытекают по многим своим составляющим, и, по сути, имеют межкоротраслевой характер<sup>4</sup>.

«Принцип связательности в стадии пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам вступивших в законную силу судебных актов арбитражных судов заключается в обеспечении возможности каждому лицу, участвующему в деле, отстаивать свои права и охраняемые законом интересы, свою позицию в деле путем подачи заявления с требованием о рассмотрении дела по вновь открывшимся обстоятельствам, то есть фактам, бывшим предметом спора и имеющим существенное юридическое значение для взаимоотношения сторон»<sup>5</sup>.

1 Прокоп Н.А., Фандицоров Ю.В. Проблемная О.И. Рассмотрение арбитражных дел по вновь открывшимся обстоятельствам. Принципы. - М., 2000. С. 5.

2 Прокоп Н., Чежерков С., Галкин В. Пересмотр решений по вновь открывшимся обстоятельствам. // Российская юстиция. 1999. №6. С. 40.

3 Прокоп Н.А., Фандицоров Ю.В., Байрамуков З.А. Указ. соч. С. 38.

4 Арбитражный процесс. Учебник под ред. В.В. Яркова. - М., 1998. С. 51-52.

5 Прокоп Н.А., Фандицоров Ю.В., Байрамуков З.А. Указ. соч. С. 39.

Как отмечается в процессуальной литературе, сущность принципа составительности здесь состоит в разделения функций:

\* подача заявления о рассмотрении дела по вновь открытым обстоятельствам одним из лиц, участвующих в деле;

\* защита от этих обстоятельств истца или ответчика;

\* разрешение судом вопроса об удовлетворении заявления о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам вступивших в законную силу судебных актов арбитражных судов<sup>1</sup>.

Составительность предполагает возложение бремени доказывания на сами стороны. При этом по общему правилу с арбитражного суда снимается обязанность по сбору доказательств об открытии по делу новых обстоятельств.

«Обстоятельства, являющиеся основаниями для пересмотра судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам, должны быть доказаны, поскольку суд, разрешающий ходатайства о пересмотре данного акта, должен быть убежден в наличии оснований для пересмотра»<sup>2</sup>. Разделяя мнение о том, что на данной стадии процесса принцип составительности находит свое проявление, можно утверждать, что это выражается уже в содержании заявления о пересмотре дела. Несмотря на то, что закон прямо не устанавливает форму и содержание заявления о пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам<sup>3</sup>, посредством систематического толкования норм ППК можно выделить перечень его необходимых реквизитов.

Заявление о пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам должно содержать: наименование суда, которому оно адресуется; указание на решение, определение, постановление, о пересмотре которого ставится вопрос; наименование заявителя; указание на вновь открывшиеся обстоятельства, являющиеся основанием для пересмотра судебного акта и доказательства, которыми оно подтверждается; просьбу лица, подающего заявление; перечень прилагаемых к заявлению материалов.

Таким образом, в заявлении о пересмотре судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам должны быть указаны вновь открывшиеся обстоятельства, перечисленные в законе, подчеркнута их существенное значение для дела, а также указаны доказательства, под-

<sup>1</sup> Прошов Н.А., Фицифоров Ю.В., Байрамуков З.А. Указ. соч. С. 40.

<sup>2</sup> Там же. С. 7.

<sup>3</sup> На этот факт неоднократно обращалось внимание в процессуальной литературе. См., например, Комментарий к ППК РФ под ред. М.С. Шахмат. - М.: Кодекс. С. 625. Прошов Н., Жильцова И. Определения суда о рассмотрении гражданского дела по вновь открывшимся обстоятельствам. // Законность. 1998. №8. С. 23.

тверждающие необходимость отмены решения по делу. Лицо, обратившееся с заявлением, несет бремя утверждения - необходимость сослаться на вновь открывшиеся обстоятельства из числа указанных в ст. 392 ППК РФ. Кроме того, заявитель должен доказать, что установление обстоятельств, на которые он сослался, может повлиять на выходы суда, вынесенного решение.

Заявление должно быть подписано подающим его лицом или его представителем. Ис смысла норм ППК следует, что заявление может быть подано кем-либо из лиц, участвующих в деле. А.Н. Резуненко предлагает наделять правом возбуждения производства в данной стадии также лиц, чьи права и интересы были затронуты судебным актом и которые не были привлечены в процесс<sup>1</sup>. Данное предложение предлагается обоснованным в свете содержания принципов составительности и процессуального равноправия сторон.

К заявлению, подписанному представителем, должна быть приложена доверенность или иной документ, подтверждающий его полномочия. Заявление не подлежит оплате государственной пошлиной.

Как отмечает Н.А. Прошов, содержание принципа составительности в этой стадии составляет именно составление сторон. «Составительное построение на стадии возобновления представляет собой органическое единство противоположных функций, каждая из которых - часть такого важного процессуального метода, как принцип составительности, посредством которого в стадии возобновления дел по вновь открывшимся обстоятельствам истина устанавливается благодаря помощи...»<sup>2</sup> Составительное начало правосудия находит свое выражение также в четком размежевании процессуальных функций, а также отделении функции правосудия от функции, например, защиты.

«Особенностью производства по пересмотру судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам является ограничение пределов судебного познания. Доказыванию подлежат не обстоятельства, входящие в состав предмета доказывания по делу, а наличие вновь открывшихся обстоятельств. Рассмотрение спора по существу в этой стадии процесса невозможно»<sup>3</sup>.

И.В. Решетникова справедливо указывает, что при пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам решений, определений и по-

<sup>1</sup> Резуненко А.Н. Пересмотр судебных актов, вступивших в законную силу, по вновь открывшимся обстоятельствам как стадия гражданского процесса. Автореферат канд. юрид. наук. - Саратов, 2001. С. 18.

<sup>2</sup> Прошов Н.А. Указ. соч. С. 130, 132.

<sup>3</sup> Вулдин О.В. Времена доказывания при разбирательстве гражданских дел. - М.: 2004. Глордед, С. 209.

становлений, вступивших в законную силу, надлежит руководствоваться нормами о доказательствах<sup>1</sup>. И при подаче заявления о пересмотре необходимо проанализировать ряд обстоятельств, а именно: действительно ли речь идет о вновь открытых фактах обстоятельств в делах, указанных в законе, имеют ли эти факты существенное значение для дела, есть ли в наличии доказательства, подтверждающие вновь открывшиеся обстоятельства.

Следует согласиться с И. В. Решетниковой в том, что практически и здесь речь идет о предмете доказывания и доказательствах, подтверждающих необходимые факты<sup>2</sup>.

Исходя из принципа состязательности, при рассмотрении дела по вновь открывшимся обстоятельствам каждая сторона должна доказать обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений. Доказательства обнаружения вновь открытых обстоятельств представляются суду, возобновляющему дело, стороны и другие лица, участвующие в деле. То есть, заявив о таких обстоятельствах, указанные лица должны привести доказательства их существования.

В литературе отмечается, что в данной стадии процесса сохраняется общая обязанность суда оказывать участникам процесса содействие в собирании доказательств<sup>3</sup>. Это выражается, прежде всего, в том, что суд несет обязанность обудить просьбу участника процесса об истребовании доказательств, подтверждающих наличие вновь открытых обстоятельств, и в случае удовлетворения ходатайства истребовать их.

«Для реализации прав и законных интересов участвующим в деле лицам закон предоставляет реальную возможность сослаться, отстаивать свои законные интересы, а также надеется их комплексом процессуальных прав и возлагает на них процессуальные обязанности при рассмотрении арбитражного дела ввиду открывшихся обстоятельств»<sup>4</sup>.

Таким образом, принцип состязательности обеспечивает полную доказательств, наличие которых является важнейшим условием обновления вновь открывшихся обстоятельств по арбитражному делу. Во-первых, каждая сторона должна подтвердить существова-

<sup>1</sup> Решетникова И. В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. - М.: Норма, 2000. С. 207.

<sup>2</sup> Решетникова И. В. Указ соч. С. 207.

<sup>3</sup> Громов Н. А., Фицифоров Ю. В., Цыбулевская О. И. Рассмотрение арбитражных дел по вновь открывшимся обстоятельствам. Принципы. - М., 2000. С. 33.

<sup>4</sup> Громов Н. А., Фицифоров Ю. В., Байрамуков З. А. Указ. соч. С. 41.

ние (доказать) тех обстоятельств, на которые ссылается как на основание своих требований и возражений, отстаивать свою позицию в деле (ст. ст. 65, 312, 317 АПК РФ).

Во-вторых, Арбитражный суд может предложить сторонам представить дополнительные доказательства открытия обстоятельств (ч. 2 ст. 66, ст. 312, 317 АПК РФ).

В-третьих, стороны вправе ссылаться на различные юридические факты, лежащие в основе их требований и возражений в связи с обнаружением вновь открытых обстоятельств (ст. ст. 125, 132, 312, 316 АПК РФ)

Общие же права лиц, участвующих в деле, основанные на принципе состязательности, закреплены в ст. 41 АПК РФ.

Суд должен разъяснить лицам, участвующим в деле, их права и обязанности, предупредить о последствиях совершения или несовершения процессуальных действий.

В стадии рассмотрения арбитражных дел по вновь открывшимся обстоятельствам активность суда, контролирующего и восполняющего деятельность сославшихся сторон, предусматривается рядом норм. Например, председательствующий в судебном заседании устраняет из судебного разбирательства все, не имеющее отношения к рассматриваемым вновь открывшимся обстоятельствам, судьи вправе задавать вопросы свидетелю в любой момент судебного разбирательства. Указанные обстоятельства обуславливают ряд особенностей проявления принципа состязательности на данной стадии процесса.

Как справедливо отмечает А. Н. Резуенко, «стадия пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам регламентирована гражданским процессуальным законодательством весьма схематично. Особенно это касается этапа подготовки к рассмотрению соответствующего заявления»<sup>1</sup>. Однако и сама процедура рассмотрения ходатайства и вынесения определения о пересмотре или отказе в пересмотре не составляет исключения из этого не совсем нормального правила: она, как предполагается, нуждается в более подробном и четком правовом регулировании. Остановимся на следующих проблемах.

Прежде всего, необходимо констатировать, что ППК не содержит сроков для подготовки к рассмотрению заявления и самого судебного заседания. Нет также и отсылочных норм, распространяющих, на-

<sup>1</sup> Резуенко А. Н. Пересмотр судебных актов, вступивших в законную силу по вновь открывшимся обстоятельствам, как стадия гражданского процесса. Дисс. к. ю. н. - Волгоград, 2001. С. 135.

пример, на данную стадию сроки, существующие для рассмотрения дела в первой инстанции. На практике такое положение приводит к тому, что заявления о пересмотре судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам не рассматриваются в течение длительного времени.

Н. Громов, С. Чечурков, В. Галкин одним из существенных пробоев ППК считают «отсутствие указания на необходимость подготовки к судебному заседанию перед рассмотрением заявления о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам решения, определения и постановления, вступивших в законную силу»<sup>1</sup>. Если в гл. 41 ППК, регулирующей производство в надзорной инстанции, говорится о ряде необходимых подготовительных действий, то в гл. 42 ППК, регламентирующей пересмотр судебных решений, определений и постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам, о таких действиях почти ничего не сказано.

Однако, по мнению некоторых ученых, производство по вновь открывшимся обстоятельствам после его возобновления может быть начато как со стадии подготовки к судебному разбирательству, так и со стадии судебного разбирательства<sup>2</sup>.

Е.Г. Трипина утверждает, что такой подход не соответствует редакции закона, согласно которой после отмены решения дело рассматривается судом по правилам, установленным настоящим Кодексом (ст. 397 ППК).

Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству является обязательной стадией гражданского процесса, имеющей свои задачи. Поэтому при пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам данную стадию нельзя игнорировать, так как невыполнение действий, предусмотренных для подготовки дела к разбирательству, влечет невыполнение требований закона, в дальнейшем стадия придется осуществлять действия, своевременно не выполненные при подготовке, что может привести к необоснованному затягиванию процесса<sup>3</sup>.

Ст. 396 ППК РФ предусматривает лишь извещение заявителей и иных участников процесса о времени и месте судебного заседания. Однако важно отметить, что до рассмотрения дела в судебном заседании судья предварительно должен решить вопрос о составе фактов,

включаящем в себя те, которые могут послужить основаниями для отмены судебного акта, а также о правомочности и своевременности обращения заявителя в суд.

«Поэтому судья до рассмотрения заявления в судебном заседании, возможно, будет необходимо решить вопросы о вызове в судебное заседание не только участников процесса, но и свидетелей, экспертов, переводчиков, об истребовании и обеспечении доказательств, исследовать вступивший в законную силу судебный акт».

При пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам судебных актов по основаниям, предусмотренным п. 2 ч. 2 ст. 392 ППК, выводу о том, что имела место фальсификация доказательств, требуют предварительного анализа материалов дела»<sup>1</sup>.

Таким образом, судья по существу должен подготовить дело к судебному разбирательству.

Заявление о пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам рассматривается в судебном заседании с извещением лиц, участвующих в деле. Их неявка не является препятствием к рассмотрению заявления (ст. 396 ППК РФ, ст. 316 АПК РФ).

По справедливому утверждению Н. Громова, И. Жильцовой, «заявления о пересмотре судебных постановлений рассматриваются в судебном заседании по общим нормам гражданского процесса с обязательным предварительным извещением заявителя и лиц, участвующих в деле, о времени и месте заседания»<sup>2</sup>. В процессуальной литературе отмечается также, что в отсутствие указанных лиц заявление может быть рассмотрено и в случае, если эти лица были одновременно извещены о дне и месте слушания, но не явились в судебное заседание по причинам, признанным судом неуважительными<sup>3</sup>.

Требование об извещении заявителя и лиц, участвующих в деле, о времени и месте заседания, выступает процессуальной гарантией принципа осуществления правосудия на основе состязательности сторон (ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, ст. 12 ППК).

В свете всего вышесказанного вызывает некоторые возражения формулировка нормы ст. 396 ППК о том, что неявка заявителя и лиц, участвующих в деле, не является препятствием к рассмотрению заявления. Дело в том, что данная стадия процесса не представляет исключения в том смысле, что здесь действуют такие принципы, как

<sup>1</sup> Громов Н., Чечурков С., Галкин В. Пересмотр решений по вновь открывшимся обстоятельствам. // *Российская юстиция*. №6. 1999. С. 41.

<sup>2</sup> Гражданский процесс. Учебник под ред. Ю.К. Осипова. - М., 1995. С. 386.

<sup>3</sup> Трипина Е.Г. Процедура судебного контроля в гражданском судопроизводстве. Дисс. канд. - Саратов, 2000. С. 143-144.

<sup>1</sup> Комментарий к ППК РФ под ред. Г.Л. Навица. - М.: Юрайт, 2003. С. 466.

<sup>2</sup> Громов Н., Жильцова И. Там же. С. 23-24.

<sup>3</sup> Байрамуков З.А., Фатцифоров Ю.В., Громов Н.А. Определение суда о рассмотрении дела по вновь открывшимся обстоятельствам. // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2001. №3. С. 30.



состязательность и равноправие сторон, диспозитивность, непосредственность судебного производства. Эти основные начала позволяют правильно оценить доказательства, свидетельствующие о наличии (или отсутствии) вновь открывшихся обстоятельств.

«Поэтому личное присутствие сторон и других лиц, принимавших участие в деле, на этой стадии процесса так же важно, как и при рассмотрении дела по существу судом первой инстанции»<sup>1</sup>.

Судебное заседание надлежит начинать с выяснения вопроса о явке лиц, участвующих в деле, и установления их надлежащего извещения. В соответствии со ст. 158 АПК, при неявке в судебное заседание кого-либо из лиц, участвующих в деле, и отсутствия информации о надлежащем их извещении, судебное заседание откладывается. Представляется, что в этой связи целесообразно распространить нормы статей 167, 168, 169 ГПК, закрепляющих последствия неявки в судебное заседание лиц, участвующих в деле, и их представителей, а также свидетелей или экспертов, на стадию пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам. Думается, что такое положение будет способствовать тому, что выводы суда при рассмотрении ходатайства будут соответствовать истине, что, в свою очередь, приведет к более эффективной защите прав заинтересованных субъектов.

Как отмечает Е.Г. Стрельцова, порядок рассмотрения дела по вновь открывшимся обстоятельствам зависит от того, какое решение, определение, постановление проверяется? Если суда первой инстанции - разбирательство происходит по правилам рассмотрения дела в суде первой инстанции.

Порядок рассмотрения заявления о пересмотре судебного постановления по вновь открывшимся обстоятельствам состоит в следующем.

После доклада судьи первым должен давать объяснения заявитель, независимо от того, какое положение он занимал при рассмотрении дела по существу в первой инстанции, либо прокурор, если пересмотр осуществляется на основании его представления. Затем, если заявитель и субъект, в пользу которого было вынесено решение, не совпадают, то необходимо заслушать это лицо. После этого необходимо заслушать объяснения других лиц, участвующих в деле. Пред-

<sup>1</sup> Резниченко А.Н. Пересмотр судебных актов, вступающих в законную силу по вновь открывшимся обстоятельствам, как стадия гражданского процесса. Дисс. канд. н.- Волгоград, 2001. С. 135.

<sup>2</sup> Комментарий к ГПК РФ. - М.: Проспект. 2003. С. 627.

ставляется, что исследование доказательств (свидетельских показаний, письменных, вещественных доказательств, заключения эксперта) должно идти в соответствии с правилами, регламентирующими рассмотрение дела по существу судом первой инстанции. По окончании рассмотрения доказательства при необходимости следует огласить заключение органа государственного управления.

Следует также иметь в виду, что суд должен разъяснить лицам, участвующим при рассмотрении заявления, их процессуальные права и обязанности, предупредить о последствиях совершения реж или иных действий, оказать содействие в осуществлении их прав и при исследовании доказательств.

В литературе подчеркивается, что «в гражданском судопроизводстве долг суда, рассматривающего дело по вновь открывшимся обстоятельствам, не ограничивается представлением материалами и объяснениями»<sup>1</sup>.

В качестве пояснения данного тезиса можно сказать, что суд, сохраняя независимость, объективность и беспристрастность, создает необходимые условия для всестороннего и полного установления вновь открывшихся обстоятельств: разъясняет лицам, участвующим в исследовании этих обстоятельств, их права и обязанности, предупреждает о последствиях совершения или несовершения процессуальных действий, и в случаях, предусмотренных ГПК, оказывает им содействие в осуществлении их прав при рассмотрении вновь открывшихся обстоятельств (ст.ст. 12, 396 ГПК).

В случаях, когда по обстоятельствам дела открытое судебное заседание противоречит интересам охраны государственной тайны или нежелательно в связи с возможным разглашением сведений об интимных сторонах жизни участвующих в деле лиц, заявление о пересмотре судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам рассматривается в закрытом судебном заседании.

Очевидно, такой порядок, представляющий наиболее целесообразным, не во всем совпадает с рассмотрением дела по существу и не тождественен процедуре, существующей в кассационной и надзорной инстанциях. В частности, суды, проверяющие акты правосудия в названных инстанциях, непосредственно не занимают исследование доказательств. В то же время на стадии пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам дело не рассматривается по существу, как это имеет место в первой инстанции.

<sup>1</sup> Прохов Н., Жигалова И. Определение суда о рассмотрении гражданского дела по вновь открывшимся обстоятельствам. // Законность. №8. 1998. С. 21.

Рассматривая дело, суд должен установить наличие или отсутствие вновь открывшихся обстоятельств и решить, насколько эти обстоятельства влияют на правильность вынесенного постановления. Лица, участвующие в деле, прокурор могут представлять доказательства в подтверждение или опровержение оснований к пересмотру постановления. Эти доказательства исследуются и оцениваются судом по общим правилам гражданского судопроизводства.

Стадия пересмотра судебного постановления по вновь открывшимся обстоятельствам заканчивается в момент вынесения соответствующего определения. После этого, в случае удовлетворения заявления о пересмотре, дело возвращается на ту стадию процесса, на которой был вынесен судебный акт без учета вновь открывшихся обстоятельств. Здесь дело подлежит рассмотрению в соответствии с процессуальными нормами, установленными ППК для данной стадии. Такой возврат более чем логичен, поскольку при отмене акта правосудия подлежащий разрешению в нем вопрос остается нерешенным, а нарушение или оспоренное субъективное право - незащищенным или неподтвержденным. Согласно ст. 397 ППК, суд, рассмотрев заявление о пересмотре решения, определения или постановления по вновь открывшимся обстоятельствам, либо удовлетворяет заявление и отменяет решение, определение или постановление, либо отказывает в пересмотре.

В случае отмены решения, определения, постановления полностью возобновляется производство по делу, повторное рассмотрение которого в зависимости от конкретных условий может быть начато со стадии подготовки дела к судебному разбирательству или со стадии судебного разбирательства.

Определение суда об удовлетворении заявления о пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам обжалованию не подлежит и вступает в законную силу немедленно (ст. 397 ППК), на что обращается внимание в процессуальной литературе<sup>1</sup>.

Из смысла ППК вытекает, что пересмотр акта правосудия и новое рассмотрение дела происходит в рамках двух самостоятельных судебных заседаний, проведенных одним и тем же судебным органом. На практике эти заседания проводятся в один день, то есть, если заявление о пересмотре удовлетворяется, то новое рассмотрение дела с учетом вновь открывшихся обстоятельств осуществляется сразу же после вынесения определения об отмене первоначального судебного

<sup>1</sup> *Гражданский процесс. Под ред. В.В. Яркова. - М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 531.*

постановления. Думается, что такой порядок предпринимается в целях процессуальной экономии, и это вполне оправдано. В то же время нельзя считать его универсальным. В каждом конкретном случае следует учитывать обстоятельства конкретного дела.

Например, для разрешения дела по существу с учетом вновь открывшихся обстоятельств суду может быть необходимо проанализировать и оценить в совокупности имеющиеся доказательства для подтверждения как ранее известных, так и вновь открывшихся обстоятельств. В этой ситуации рассмотрение дела по существу следует перенести на другое время. В случае отмены судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам дело повторно рассматривается тем же Арбитражным судом, которым отменен ранее принятый им судебный акт, в общем порядке.

Арбитражный суд вправе повторно рассмотреть дело непосредственно после отмены судебного акта в том же судебном заседании, если лица, участвующие в деле, или их представители присутствуют в судебном заседании и не заявили возражений относительно рассмотрения дела по существу в том же судебном заседании.

Таким образом, подводя итог вышеизложенному, можно сказать, что задача суда при рассмотрении заявления о пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам состоит, прежде всего, в том, чтобы установить наличие вновь открывшихся обстоятельств. В этих целях исследуются доказательства, представленные заявителем, другими лицами, участвующими в деле. Выяснив наличие вновь открывшихся обстоятельств, суд должен определить, в какой мере они влияют на оспариваемое судебное постановление, колбедлют его законность и обоснованность.

Вновь открывшиеся обстоятельства в суде, пересматривающем решение, определение или постановление, устанавливаются с помощью заявителя или лиц, участвующих в деле, следующими средствами: объяснениями сторон и третьих лиц, письменными доказательствами и вещественными доказательствами. Суд, рассматривая заявление, применяет те же методы оценки доказательств и руководствуется теми же принципами гражданского процессуального права, что и суд первой инстанции при рассмотрении дела по существу.

Поэтому, не оговаривая рассмотрения гражданских дел по вновь открывшимся обстоятельствам с рассмотрением гражданских дел по существу, представляется возможным распространить в законодательном порядке некоторые положения о производстве в суде первой инстанции и на стадию пересмотра по вновь открывшимся

обстоятельствам решений, определений и постановлений, вступивших в законную силу, независимо от того, каким судом осуществляется рассмотрение гражданских дел по вновь открывшимся обстоятельствам.

Представляется, что на производство по пересмотру по вновь открывшимся обстоятельствам возможно также распространение основных принципов гражданского процесса, среди которых и рассматриваемый в настоящей работе принцип состязательности.

Совершенно очевидно, что вновь открывшиеся обстоятельства устанавливаются при помощи доказательств, а судья решает вопрос о составе фактов, которые могут служить основаниями для отмены решения, а также о правомочности и своевременности обращения заявителя в суд. Доказательства представляются сторонами и другими лицами, участвующими в деле. Каждая сторона должна доказать обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований и возражений. Применяются, таким образом, положения ст.ст. 56, 57 ГПК РФ, что, без сомнения, указывает на то, что производство по пересмотру вступивших в законную силу решений и определений по вновь открывшимся обстоятельствам также осуществляется на основе принципа состязательности.

«Реализация принципа состязательности при рассмотрении дела по вновь открывшимся обстоятельствам обеспечена юридическими гарантиями, среди которых важное место занимают институт отвода судей, экспертов, переводчиков; удовлетворение заявления о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам судебного акта либо отказ в пересмотре заявления (ст. 316 АПК). Нарушение принципа состязательности при рассмотрении арбитражного дела по вновь открывшимся обстоятельствам может быть обжаловано»<sup>1</sup>.

Таким образом, действие принципа состязательности при пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам необходимо рассматривать в свете задач, стоящих перед данной стадией. Поскольку предметом деятельности здесь является установление наличия или отсутствия соответствующих обстоятельств, можно сказать, что вся доказательственная деятельность участников процесса направлена только на это установление. Других ограничений, связанных с представлением доказательств, ни ГПК, ни АПК РФ не устанавливают.

<sup>1</sup> Громов Н.А., Фацинфоров Ю.В., Цыбульская О.И. *Рассмотрение арбитражных дел по вновь открывшимся обстоятельствам. Принципы.* - М., 2000. С. 28-29.

## СУДЕБНОЕ РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛАМ ИСКОВОГО ПРОИЗВОДСТВА, СВЯЗАННЫМ С НАСЛЕДОВАНИЕМ

*Янева Р.Р. - преподаватель кафедры гражданского права и процесса*

В соответствии со ст. 35 Конституции Российской Федерации, государством каждому гарантируется право частной собственности и право наследования. Правовой гарантией осуществления наследственных материальных прав является их судебная защита. Суды защищают наследственные права граждан, рассматривая и разрешая споры о наследовании или другие дела, возникающие из наследственных правоотношений, путем защиты охраняемых законом интересов граждан в особом производстве, где устанавливаются юридические факты, имеющие значение для возникновения, изменения или прекращения наследственных прав.<sup>1</sup> Как свидетельствует судебная практика, основным и наиболее распространенной является исковая форма защиты наследственных прав.

Согласно ч. 1 ст. 194 ГПК РФ, судебное решение - это принимаемое от имени государства постановление суда первой инстанции, которым дело разрешается по существу. Помимо общих моментов, приущих любому судебному решению в гражданском судопроизводстве, последнее в делах, связанных с наследованием обладает рядом особенностей. Как правило, рассмотрение и разрешение дела, связанного с наследованием, заканчивается вынесением судебного решения по делу, которое дает ответ на вопрос о правомочности и обоснованности требований истца, защищая его наследственные права в случае удовлетворения иска.

На наш взгляд, судебное решение не является единственным актом правосудия, разрешающим наследственное дело по существу. Так, мы не можем не согласиться с позицией, согласно которой определение суда об утверждении мирового соглашения сторон и прекращении производства по делу по указанному основанию разрешает дело по существу, а следовательно, относится наравне с судебным решением к актам правосудия.<sup>2</sup> Т.В. Сягоматова указывает, что процессуальные последствия вступления в законную силу определения об утверждении мирового соглашения равнозначны последствиям вступления в

<sup>1</sup> Артуров Р.А. *Судебная защита наследственных прав и охраняемых законом интересов граждан.* Автореф. - М., 1988. С. 2.

<sup>2</sup> Чижков Ю.Н. *Частное определение в гражданском судопроизводстве.* - М., 1974. С. 21.

силу решения суда. Однако Д.М. Князев указывает, что вынесение судом данного определения не требует от последнего всестороннего исследования обстоятельств дела. Данный автор считает, что такое определение суда не разрешает дело по существу, а происходит разрешение спора в процессуальном смысле сторонами добровольно.<sup>1</sup> По нашему мнению, с такими утверждениями однозначно согласиться нельзя. Во-первых, утверждение судом мирового соглашения возможно лишь при соблюдении двух условий: оно не должно противоречить закону и не нарушать права. В том числе наследственные, и законные интересы других лиц (ст. 39 ГК РФ). Представляется, что соблюдение данных условий возможно только при достаточном исследовании обстоятельств дела, хотя здесь и исключается доказывание, что и от лица определяется суда от решения. Следует отметить, что специфика дел, вытекающих из наследственных правоотношений, заключается в том, что суд должен учитывать обязательный характер процессуального участия, возникающего при их рассмотрении. Например, требование истца о праве на наследство может быть рассмотрено только с участием всех наследников по закону. Р. Арутов указывал, что уточнение предмета спора даст возможность определить круг заинтересованных лиц, которых нужно привлечь к участию в деле или извести о нем, чтобы они могли защищать в суде свои права и охраняемые законом интересы.<sup>2</sup> Аналогичной точки зрения придерживалась А. Старостина, которая отмечала, что при подготовке наследственного дела к судебному разбирательству, важно установить, имелись ли у наследодателя помимо сторон другие наследники, так как неустановление судом круга наследников приводит к отмене судебного решения.<sup>3</sup>

Во-вторых, мнение, что заключением мирового соглашения стороны самостоятельно разрешают спор, умаляет роль суда в процессе, что является неприемлемым, поскольку одного только волеизъявления сторон для прекращения дела по данному основанию недостаточно. Без вынесения судом соответствующего определения дело не будет считаться прекращенным, а значит - спор не будет разрешен. Верно утверждение М.А. Рожковой о том, что стороны не разрешают спор, не осуществляя правосудия, а достигнув соглашения между собой, лишь прекращают спор.<sup>4</sup> Таким образом, мы счи-

<sup>1</sup> Князев Д.М. Мировое соглашение в арбитражном процессе. Автореф. - Томск, 2004. С. 20.  
<sup>2</sup> Арутов Р. Подготовка к судебному разбирательству дел по спорам о наследовании. // Советская юстиция. 1983. №18. С. 20.

<sup>3</sup> Старостина А. Судебные споры о праве наследников на имущество. // Советская юстиция. 1982. №22. С. 15.

<sup>4</sup> Рожкова М.А. Мировое соглашение в Арбитражном суде. Проблемы теории и практики. - М.: Статит, 2004. С. 34.

таем, что под термином «разрешение спора по существу» можно понимать прекращение дела вследствие рассмотрения обстоятельств дела судом и вынесения постановлений, распределяющих спорные материальные права сторон, соответственно, определение суда об утверждении мирового соглашения можно считать актом правосудия разрешающим дело по существу. Сказанное подтверждается еще и тем, что, во-первых, такое определение выносится в специальной комнате (ч. 1 ст. 224 ГК РФ), а во-вторых, если судом вынесено такое определение, то вторично между теми же сторонами, о том же предмете, по тем же основаниям спор не может быть рассмотрен (п. 2 ч. 1 ст. 134 ГК РФ). Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод о том, что легальное определение, данное в ч. 1 ст. 224 ГК РФ, нуждается в корректировке. Под судебными определениями мы предлагаем понимать постановления суда первой инстанции, которые либо разрешают процедурные вопросы, возникающие в ходе рассмотрения гражданского дела, либо разрешают гражданское дело по существу без доказывания сторонами обстоятельств, на которые они ссылались в обоснование своих требований и возражений. Что же касается понятия судебного решения, то в него следует включить и иные характеристики, отличающие его от других судебных постановлений.

Наука гражданского процесса богата разнообразием подходов к определению понятия и сущности судебного решения. В период действия Устава гражданского судопроизводства Е.А. Нефедьев судебное решение понимал как акт суда, который он разрешает вопрос о правильности исковых требований истца. «...Решение суда первой инстанции есть ответ суда на исковое прошение, который он дает по рассмотрении доказательств и заявлений сторон, относящихся к существу дела».<sup>1</sup> В.А. Краснокутский рассматривал судебное решение в качестве одной из форм конкретизации юридических норм, то есть одной из форм применения абстрактных норм к конкретным случаям жизни, вызванной предъявлением иска. Ученый писал, что решение есть ответ судебного органа на поставленный государству вопрос бытия права, признания обязательности его для всех.<sup>2</sup>

В гражданском процессуальном праве советского периода подход к определению судебного решения и обозначению его сущности несколько изменился. К.А. Лебедев в своей работе указывает на некото-

<sup>1</sup> Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. - Краснодар, 2005. С. 316.

<sup>2</sup> Гражданский процесс. Хрестоматия. / Под ред. М.К. Треушниковой. - М.: Городец, 2005. С. 531.

рые отправные положения, позволяющие сгруппировать позиции советских ученых по данному вопросу:

- 1) сущность правосудия и его задач (С.Н. Абрамов, Н.Б. Зейдер);
  - 2) задачи, форма и содержание судебной деятельности (М.Г. Авдюков);
  - 3) задачи охраны прав граждан, правопорядка (М.А. Гурвич);
  - 5) задачи правосудия (А.А. Добровольский, С.А. Иванова);
  - 6) специфика судебной деятельности (А.Ф. Клейнман, К.С. Юдельсон);
  - 7) норма права, примененная судом (Н.А. Чечина).<sup>1</sup>
- Однако следует отметить, что наибольшее распространение среди советских процессуалистов получили две теории:

- 1) теория решения как приказа;
- 2) теория решения как подтверждения.

С точки зрения С.Н. Абрамова, «...судебное решение, как акт правосудия, по своей юридической природе есть акт судебного подтверждения наличия или отсутствия определенных правоотношений и приказ суда. Подтверждение и приказ - это две стороны одного и того же явления». По мнению Н.Б. Зейдера, представление о судебном решении как акте подтверждения и приказе одновременно вытекает из природы правосудия. При этом приказ суда является следствием наличия в судебном решении другого элемента - подтверждения судом наличия или отсутствия находящегося под спором субъективного права истца или факта, имеющего юридическое значение. Такое подтверждение в судебном решении является обязательной предпосылкой приказа, содержащегося в судебном решении. Таким образом, ссылаясь на С.Н. Абрамова, Н.Б. Зейдер вслед за автором указывает на неотделимость приказа и подтверждения друг от друга, на наличие декларативного и императивного моментов в судебном решении.<sup>2</sup>

С вышеизложенным подходом к определению судебного решения был не согласен М.Г. Авдюков, который считал, что последнее является актом правосудия, защищающим права сторон и правопорядок в государстве путем разрешения судом первой инстанции правовых споров между сторонами по существу. При этом ученый указывал, что судебная защита прав сторон складывается из двух моментов: во-первых, суд должен установить (признать) наличие тех прав, за за-

щитой которых истец обратился в суд; во-вторых, суд и другие государственные органы действуют согласно установленным правам. Причем оба момента тесно связаны между собой и обеспечивают судебную защиту сторон только в совокупности.<sup>1</sup> Вликой по своему содержанию позиции придерживались А.А. Добровольский и С.А. Иванова, которые считали, что смысл судебного решения заключается в защите нарушенного или оспоренного права.

М.А. Гурвич определял судебное решение как подтверждение, которое высказывается в форме предписания (приказа) и направлено на создание определенности и неоспоримости права. Поскольку судебное решение обусловлено материально-правовой нормой, оно может касаться только существующего гражданско-правового отношения. По мнению ученого, неопределенность в существовании или содержании субъективного права может быть устранена только судебным актом суда о том, существует ли правоотношение, и, если существует, каково его действительное содержание. Такое суждение является не чем иным, как подтверждением субъективного права и обязанности или их отсутствия. М.А. Гурвич указывал, что подтверждение правоотношения означает не только безукоризненно точное и полное установление юридических фактов, но и их оценку с учетом всех имеющих общезначение политическое значение особенностей данного случая с позиции права, с глубоким пониманием сущности и задач правовой нормы.<sup>2</sup>

Поддерживая изложенную М.А. Гурвичем точку зрения, Н.А. Чечина вместе с тем отмечает, что решение суда в первую очередь является актом по применению права. Автор отмечала, что судебное решение отражает содержание деятельности суда в статике, а не в динамике, в определенном, условно ограниченном моменте. Поэтому оно характеризуется не только тем общим, что присуще судебной деятельности в целом, но и особенностями, свойственными ей в один, ограниченный во времени момент, то есть после разрешения спора. Решение оказывает воздействие не только своей силой, своим авторитетом, а в первую очередь силой нормы права, применение которой зафиксировано судом в тексте решения. Воздействие нормы права через судебное решение ограничено общезначимыми отношениями, бывшими предметом судебной деятельности, отношениями, существование которых в результате деятельности стало бесспорным.

<sup>1</sup> Лебедев К.А. *Решение Арбитражного суда*. - М., 2005. С. 9.

<sup>2</sup> Зейдер Н.Б. *Судебное решение по гражданскому делу*. - М., 1966. С. 20.

<sup>1</sup> Авдюков М.Г. *Судебное решение*. - М., 1959. С. 16-17.

<sup>2</sup> Гурвич М.А. *Решение советского суда в исквом производстве*. - М., 1955. С. 27.

А. Ф. Клейнман пришел к выводу, что ни приказ суда, ни подтверждение права или правоотношения не отражают сущности судебного решения. Решение суда - это акт защиты права; акт правосудия, который предоставляет защиту нарушенному или оспариваемому праву, охраняет правопорядок, предупреждает правонарушения и осуществляет воспитание. Также К. С. Юдельсон отмечал, что указания на подтверждение судебным решением правоотношения недостаточны для уяснения его сущности. Ученый писал, что судебное решение есть важнейший акт правосудия, основанный на правовых нормах и установленных судебным разбирательством фактах, которыми подтверждается наличие либо отсутствие правоотношения, взаимных прав и обязанностей сторон, принуждаемых в силу решения к определенному, указанному в нем поведению.<sup>1</sup>

Таким образом, в советский период развития науки гражданского процесса сформировалось четкое подхода к определению сущности судебного решения: во-первых, судебное решение рассматривалось как приказ; во-вторых - как подтверждение; в-третьих, процессуалисты рассматривали решение суда как единство приказа и подтверждения; в-четвертых, некоторые ученые вообще предлагали не ограничиваться рамками этих двух теорий и раскрывать сущность судебного решения через другие его характеристики. Можно отметить, что практически каждый ученый сосредоточил свое внимание на отдельных моментах, которые, как он считает, наиболее важны для его научного исследования.

Если оценивать сущность судебного решения, выносимого по делам, связанным с наследованием, с позиций, предлагаемых советскими учеными, то следует отметить следующее. Во-первых, гражданское судопроизводство по таким делам возникает в отношении уже возникших наследственных правоотношений. Последние считаются возникшими с момента открытия наследства, то есть следние считаются возникшими с момента открытия наследства, т. е. с момента смерти наследодателя. Во-вторых, разрешая спор, вытекающий из наследственного правоотношения, суд распределяет между лицами, участвующими в деле наследственные права. Таким образом, можно утверждать о том, что судебное решение по наследственным делам можно рассматривать и как «приказ», и как «подтверждение».

Современные подходы к определению сущности судебного решения также отличаются своим многообразием. Так, по мнению А. М. Безрукова, под последним следует понимать такой судебный

акт, вынесенный при строгом соблюдении процессуальной формы и направленный на защиту прав и законных интересов, которым дело разрешается по существу.<sup>1</sup> На наш взгляд, такое определение не отражает всей сущности судебного решения и мало чем отличается от легального, поскольку позволяет выделить лишь три признака последнего. Во-первых, термин «судебный акт» очень широкий по своему содержанию, так как последним являются любые процессуальные документы, предусмотренные ст. 13 ГПК РФ. Во-вторых, в гражданском процессе в соответствии с процессуальной формой выносятся все судебные акты - данное обстоятельство также не позволяет ограничить судебное решение. Что же касается выражения «дело разрешается по существу», то ранее мы указывали на то, что в гражданском судопроизводстве нередки случаи, когда судом выносятся определения, по своему значению, приравниваемые к судебному решению и общем смысле считается, что дело разрешено по существу, поэтому последний признак также нельзя назвать характеризующим исключительно судебное решение. Сущность судебного решения, по мнению данного автора, заключается в том, что данный процессуальный акт выносится в результате рассмотрения и разрешения судом конкретного юридического дела, иницируемого сторонами, которые стремятся тем самым защитить свои оспоренные либо нарушенные права, свободы или охраняемые законом интересы.

А. Ф. Изварина указывает, что судебное решение - многообразный акт, все стороны которого взаимосвязаны между собой, дополняют друг друга, но вместе с тем имеют относительно самостоятельность и характеристику. В данном случае автор оспаривает сущность судебного решения рамками составительного процесса.<sup>2</sup> Данное понятие судебного решения, на наш взгляд, несколько не точно и вызывает много вопросов. В первую очередь из его смысла вытекает, что у судебного решения есть стороны - в таком случае весьма закономерно возникает вопрос, кто является стороной в судебном решении и какое место в нем занимает суд. Создается впечатление, что автор сравнивает судебное решение с гражданско-правовым договором, что является крайне недопустимым. Также остается неясным, в чем именно, по мнению автора, заключается многообразие судебного решения.

М. А. Рожкова рассматривает судебное решение в качестве одного из видов юридических фактов.<sup>3</sup> Мы не можем согласиться с такой

<sup>1</sup> Безруков А. М. Указ. соч. С. 11.

<sup>2</sup> Изварина А. Ф. *Акты судов общей юрисдикции. Автореф.* - М., 1999. С. 16.

<sup>3</sup> Рожкова М. А. *Судебный акт и динамика обязательности.* - М.: Статит, 2003. С. 23.

позицией. Следует иметь в виду, что судебное решение не создает новых материальных, а лишь констатирует сложившиеся правоотношения и дает им правовую оценку исходя из нормы права - об этом писала еще Л. Н. Завадская.<sup>1</sup> Н. А. Чечина указывала, что судебным решением признается наличие или отсутствие действительно существующих спорных правоотношений. Суд ликвидирует спорность, а не прекращает само право или правоотношение.<sup>2</sup> Таким образом, «действие суда по подведению итога всему судебному разбирательству», как это указано М. А. Рожковой, однозначно не может рассматриваться в качестве юридического факта. Однако понятие судебного решения автор подменяет термином «правоприменительный акт», под которым понимает документ (судебный акт), принимаемый управомоченным государственным судебным органом в установленном для этого специальном процессуальном порядке, содержащий резолютивный вывод суда и соответствующий ряду формальных требований, является юридическим фактом материального права, в отличие от возникновения определенных юридических значимых последствий. М. А. Рожкова приходит к выводу о том, что юридическим фактом, который порождает гражданские права и обязанности, является документ, оформляющий вывод суда по итогам рассмотрения дела.<sup>3</sup> Однако, по нашему мнению, автору все-таки не удалось показать оглицила документа как юридического факта от позиции суда, являющейся непосредственно содержанием решения как юридического факта, поскольку из приведенного ею определения судебного акта вытекает, что «юридическим фактом материального права» являются выводы суда, которые на самом деле делаются на основании уже существующих, хотя и спорных правоотношений. На наш взгляд, «документ судебной инстанции, который фиксирует результаты разрешения спора по существу» также нельзя считать юридическим фактом. Прежде всего, считаем неправильным рассматривать форму и содержание судебного решения по отдельности, поскольку правовое значение имеет данное постановление только в единстве его составляющих элементов. Также следует отметить, что во многих случаях судебное решение не является основанием для возникновения гражданских прав и обязанностей, как это указано в п. 3 ч. 1 ст. 8 ГК РФ. Последним следует считать конкретный юридический факт, произошедший вследствие

принятия судом решения. Так, право собственности на недвижимое наследуемое имущество, присужденное стороне судебным решением, возникает только с момента его государственной регистрации. Таким образом, основанием возникновения права собственности на наследство выступает его государственная регистрация. Поскольку права и обязанности субъектов являются содержанием правоотношения, которое создается до обращения сторон в суд, и до вынесения судебного решения, то они основываются и вытекают из рассматриваемого судом данного спорного правоотношения. По нашему мнению, судебное решение является одной из предпосылок осуществления прав и обязанностей, которые судом подтверждаются в нем. «Решением признается наличие или отсутствие действительно существующих спорных правоотношений. И далее, на основе действующих норм права субъекты обязываются к выполнению предусмотренных законом обязанностей».<sup>1</sup> Таким образом, вызывает сомнения правовая обоснованность существования формулировки п. 3 ч. 1 ст. 8 ГК РФ.

Следует отметить, что в случае, если содержание подлежащей применению нормы наследственного права не позволяет с достаточной определенностью установить конкретное содержание прав и обязанностей, либо норма права позволяет сделать это в процессе правоприменения, суд может в решении уточнить содержание правомочий сторон спорного наследственного правоотношения.<sup>2</sup>

Таким образом, мы считаем, что более правильно рассматривать судебное решение в спорах о наследовании, не ограничиваясь изучением какой-либо одной его характеристик или отличительной черты, поскольку рассмотрение последних только в совокупности позволит полностью раскрыть правовую природу и сущность данного судебного акта.

Для раскрытия понятия судебного решения по делам, связанным с наследованием, необходимо не только определить его сущность, но и раскрыть его предмет и источники. Предметом судебного решения являются наследственные правоотношения, истинность и бесспорность которых установлена судом. Определение предмета решения как совокупности бесспорных правовых отношений помогает установить субъективные и объективные пределы законной силы судебного решения.<sup>3</sup> Источниками судебного решения, как и источ-

<sup>1</sup> Завадская Л. Н. Реализация судебных решений, вынесенных в порядке искового производства. Дисс. к. ю. н. - М., 1979. С. 13.

<sup>2</sup> Чечина Н. А. Избранные труды по гражданскому процессу. - СПб., 2004. С. 227.

<sup>3</sup> Рожкова М. А. Указ. соч. С. 31.

<sup>1</sup> Чечина Н. А. Избранные труды по гражданскому процессу. - СПб., 2004. С. 227.

<sup>2</sup> Наследственное право и процесс. Учебник. / Гущин В. В., Дмитриев Ю. А. - М.: Эксмо, 2005. С. 412.

<sup>3</sup> Там же. С. 137.

никами судебной деятельности, являются нормы материального (наследственного) права. Большинство ученых-процессуалистов придерживаются позиции, высказанной М.А. Турвичем, который отрицает возможность использования процессуальных норм в качестве источников судебного решения, а также отрицает и обязательность ссылок в тексте решения на нормы процессуального права. На наш взгляд, вопрос об источниках судебного решения должен решаться с учетом правовой природы последнего. Считаем, что формирование современного гражданского судопроизводства, современное его состояние, является основанием для возможного пересмотра такого подхода к сущности судебного решения в части его источников. Поскольку современная правовая природа судебного решения усматривается не только в подтверждении признанных судом наследственных правоотношений, но и во властном принуждении сторон к выполнению обязанностей, а также в определении порядка и срока исполнения этих обязанностей, то в определенном смысле источниками судебного решения можно считать нормы и наследственного материального, и процессуального права. При этом нормы процессуального права не заменяют норм материального права, не становятся актами регулирования материально-правовых отношений, а лишь дополняют нормы материального права, обеспечивая регулирование указанных отношений нормами материального права. При помощи норм процессуального права обеспечивается порядок осуществления санкций, предусмотренных нормами материального права.

Согласно действующему процессуальному законодательству, в определенных случаях суд в результате рассмотрения наследственного дела выносит не решение, а судебный приказ. В научной литературе довольно часто встречается позиция, согласно которой судебный приказ является разновидностью судебного решения. Данную точку зрения оспаривает Н.А. Промошина. Ученая утверждает, что судебный приказ не является актом правосудия и видом судебного решения. Н.А. Чечина и М.А. Черемин рассматривают приказное производство как упрощенное. При этом, по мнению последнего автора, «судебный приказ первой инстанции, вынесенное по правилам постановление суда первой инстанции, вынесенное по правилам приказного производства по заявлению кредитора о взыскании денежных сумм или об истребовании движимого имущества от должника, основанное на представленных кредитором письменных документов и имеющее силу исполнительного документа, взыска-

ние по которому производится в порядке, установленном для исполнения судебных решений».<sup>1</sup>

По мнению В.И. Решетняка, судебный приказ - это «немотивированное судебное постановление, выносимое от имени государства в предусмотренных законом случаях, определенное поведение обязанному лицу с целью восстановления или защиты нарушенных гражданских прав и охраняемых законом интересов, основанных на представленных заявителем документах и имеющем процессуальное значение факте отсутствия возражений со стороны должника».<sup>2</sup>

А.Ф. Изварина указывает, что судебный приказ является особым актом суда, который расчитан на «штатные» ситуации по определенным видам требований, по которым судебная практика показывает наличие опосредованного спора, когда необходимо судебное подтверждение заявленных требований с целью получения судебных гарантий на последующий период времени для реального исполнения требований кредитора.<sup>3</sup>

На наш взгляд, судебный приказ является самостоятельным видом судебных постановлений, является актом правосудия, поскольку выносятся, в соответствии с процессуальным законом, соответствующим органом. Судебный приказ является итоговым документом, выносимым путем и без судебного разбирательства, но все-таки защищаемым нарушенные права заявителя в судебном порядке. Судебный приказ не является видом судебного решения ввиду их существенных отличий и отдельных особенностей.

Согласно действующему законодательству (ст. 195 ГПК РФ), решение суда должно быть законным и обоснованным. Таким образом, основными требованиями к судебному решению являются его законность и обоснованность. Требования, предъявляемые к судебному решению, вытекают из его сущности и взаимосвязаны между собой. Неоснованное судебное решение не может считаться законным, однако достаточно обоснованное постановление суда первой инстанции может быть незаконным. В делах, связанных с наследованием, законным с точки зрения материального права считается решение суда, которое принято в соответствии с нормами наследственного. М.Г. Авдюков отмечал, что суд применяет нормы материального права не только в момент вынесения решения, но и в процессе рассмотре-

<sup>1</sup> Черемин М.А. Приказное производство в российском гражданском процессе. - М.: Городец, 2001. С. 77-78.

<sup>2</sup> Решетняк В.И., Чернык И.И. Заочное производство и судебный приказ в гражданском судопроизводстве. - М.: Городец, 1997. С. 63.

<sup>3</sup> Изварина А.Ф. Указ. соч. С. 19-20.



ния гражданского дела. Также автор указывал, что при применении норм материального права суд обязан определить юридические последствия по делу.<sup>1</sup> Судебное решение должно быть вынесено также и в соответствии с нормами процессуального права, в обратном случае последнее отменяется в апелляционном или кассационном порядке (ст. 364 ППК РФ). Нарушение норм процессуального права, повлекшее вынесение незаконного решения, определения, постановления суда, служит основанием для отмены названных судебных актов в порядке надзора на основании ч. 1 ст. 364 ППК РФ. Если решение суда первой инстанции содержит нарушения, перечисленные в ч. 2 ст. 364 ППК, то оно подлежит отмене независимо от того, привело ли это к вынесению незаконного решения или нет.

В соответствии с ч. 2 ст. 195 ППК РФ, суд основывает решение только на тех доказательствах, которые были исследованы в судебном заседании. Таким образом, в данной норме законодатель закрепляет требование обоснованности судебного решения. Согласно действующему законодательству, для того, чтобы решение суда соответствовало требованию обоснованности, последний должен правильно установить обстоятельства, имеющие юридическое значение для разрешения дела, то есть правильно определить предмет доказывания по конкретному наследственному делу, расматриваемому в суде; установить судом обстоятельства, имеющие значение для дела, должны быть полностью доказаны, а выводы суда, изложенные в решении по делу, должны соответствовать обстоятельствам дела, в ином случае необоснованное судебное решение подлежит отмене в апелляционном или кассационном порядке на основании ст. 362 ППК РФ.

Помимо требований законности и обоснованности, некоторые ученые выделяют другие требования, которым должно отвечать судебное решение. Так, П. Я. Трубинов отмечал, что по своему объему решение должно быть полным и исчерпывающим, а по степени определенности - безусловным и категорическим.<sup>2</sup> В литературе неоднократно высказывалось предложение о закреплении в законе в качестве самостоятельного требования, предъявляемого к решению суда - справедливость.<sup>3</sup> Однако мы придерживаемся позиции, высказанной М. А. Вихут и Н. И. Ткачевым, которые считали, что данное требование охватывается категорией законности. В определенной мере следует согласиться и с утверждением В. М. Савицкого о том, что закон-

<sup>1</sup> Авдокин М. Г. Указ. соч. С. 104.

<sup>2</sup> Трубинов П. Я. Указ. соч. С. 73.

<sup>3</sup> Савицкий В. М. Указ. соч. - М., 1989. С. 56.

ность и справедливость не тождественны. Возможны случаи, когда вынесенное законное судебное решение является несправедливым. Но мы не можем согласиться с предложением В. М. Савицкого о том, что необходимо в нормах права закрепить требование справедливости судебного решения, поскольку данное требование носит, во-первых, нравственно-правовую окраску, а во-вторых, является чисто субъективной категорией, критерий которой определить практически невозможно. В случае, если в законе появится требование справедливости судебного решения, оно станет, наряду с законностью и обоснованностью, предметом обжалования последнего в апелляционном или кассационном порядке, что повлечет практически автоматическое обжалование любого судебного решения, поскольку для сторон, проигравшей дело, такое постановление суда будет несправедливым. Поэтому, на наш взгляд, требование справедливости судебного решения целесообразнее рассматривать в рамках его законности и обоснованности.

Судебное решение должно быть определенным, то есть не создавать возможности неоднозначного толкования относительно правоотношения, установленного судом между сторонами, а также относительно прав и обязанностей сторон, вытекающих из этого правоотношения, подтвержденных судом. В решении по наследственному делу суд не может удовлетворить требования истца о признании за ним права на обязательную долю в наследстве без указания размера этой наследственной доли. При споре между наследниками относительно конкретного имущества, переходящего к каждому из них в составе наследственной массы, суд должен указать, кому из них какие вещи, суммы денежных средств, имущества принадлежат и т. п. переходят.<sup>1</sup>

Окончательным судебное решение считается, когда в нем ясно выражен вывод суда об удовлетворении или неудовлетворении иска, определены права и обязанности сторон. В связи с этим не допускается вынесение условных и альтернативных судебных решений.

Исходя из всего вышесказанного, можно сделать вывод о том, что судебное решение по делам, связанным с наследованием, - это принятый судом в результате полного, всестороннего рассмотрения и разрешения дела на основании норм наследственного материального и процессуального права в соответствии с гражданско-процессуальной формой акт правосудия, в котором разрешается вопрос о наличии или отсутствии спорных наследственных правоотношений, содержится

<sup>1</sup> Наследственное право и процесс. Учебник. / Гущин В. В., Дмитриев Ю. А. - М.: Эксмо, 2005. С. 415.

властное предписание суда, подлежащее неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации, и таким образом ликвидируетея правовой спор, а также восстанавливаются нарушенные либо оспариваемые наследственные права, свободы или законные интересы, а дело считается разрешенным по существу. Только судебное решение, которое отвечает всем требованиям, предъявляемым к нему в законе, способствуеет выполнению задач гражданского судопроизводства.

## Раздел третий

# Укрепление законности и борьба с преступностью

## НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ОБЪЕКТИВНОЙ СТОРОНЫ ПОБОВ И ИСТЯЗАНИЯ

*Багин Э.А. - преподаватель кафедры уголовного права и криминологии*

Выделение в рамках Уголовного кодекса Российской Федерации побоев (ст. 116) и истязания (ст. 117) в качестве самостоятельных составов обусловлено необходимостью установления ответственнойности за преступления, последствия которых выходят за рамки трех степеней тяжести вреда, причиненного здоровью человека. Данные последствия сконструированы законодателем, исходя из определенных способов насильственного воздействия на организм человека. Тем не менее, нельзя недооценивать значимость вреда, наносимого физическому и психическому благополучию индивида в результате совершения указанных деяний.

За последние пять лет наметилась тенденция роста преступлений, предусмотренных статьями 116 и 117 УК РФ. В соответствии с данными ГАИЦ МВД РФ, по России зарегистрировано преступлений, предусмотренных ст. 116 «Побои»: в 2002 г. - 38 218, 2003 г. - 40 211, 2004 г. - 60 924, 2005 г. - 96 192, 2006 г. - 116 450; преступлений, предусмотренных ст. 117 «Истязание»: в 2002 г. - 3 377, 2003 г. - 4 283, 2004 г. - 5 006, 2005 г. - 5 865, 2006 г. - 7 059<sup>1</sup>.

На территории Оренбургской области за данный период времени также наблюдается рост числа рассматриваемых преступлений. Так, количество побоев, зарегистрированных в 2002 году, составило 778 случаев; в 2003 г. - 728; в 2004 г. - 886; в 2005 г. - 1 464; в 2006 г. - 1 439. Число зарегистрированных истязаний (ч. 1 ст. 117) в 2002 году составило 2; в 2003 г. - 20; в 2004 г. - 23; в 2005 г. - 25; за семь месяцев 2006 г. - 22 (за тот же период 2005 года - 13). Всего по обла-

<sup>1</sup> Статистические данные ГАИЦ МВД РФ.

сти в 2006 году зарегистрировано 46 преступлений, предусмотренных ч.ч. 1 и 2 ст. 117 УК РФ<sup>1</sup>.

Анализируя данные цифры, следует учитывать различные факторы латентности, действующие применительно к преступлениям против личности, а также ряд других причин: недостаточно совершенная конструкция диспозиций рассматриваемых норм, возможность отказа в возбуждении уголовного дела за отсутствием заявления потерпевшего (п. 5 ч. 2 ст. 24 УПК РФ) либо прекращение уголовного дела с примирением сторон (ст. 25 УПК РФ и ст. 76 УК РФ).

Как показывает практика, чаще всего в процессе квалификации рассматриваемых преступлений трудности возникают при установлении такого элемента объективной стороны данных составов, как деяние.

Насильственный характер побоев и истязания прямо закреплен в диспозициях названных норм: «побой», «иные насильственные действия», содержание которых не раскрывается Уголовным кодексом. Согласно Правилам судебно-медицинского определения степени тяжести телесных повреждений 1978 года<sup>2</sup>, побои не составляют особого вида повреждений и характеризуются многократным нанесением ударов. Если в результате побоев возникает вред здоровью, то такие действия оцениваются как причинение вреда здоровью соответствующей степени тяжести.

В составах, предусмотренных ст.ст. 116 и 117 УК РФ, в ряду насильственных действий особо выделены побои как наиболее распространенный способ преступного насилия. Обоснованность подобного подхода подтверждается данными проведенного исследования практики применения рассматриваемых норм Уголовного кодекса, в соответствии с которыми случая нанесения ударов в различные части тела руками, ногами, а также с помощью различных предметов составляют 37,4% от общего количества побоев и истязаний. При этом зачислению нанесение ударов сопряжено с укусами, щипанием, тасканием за волосы, иными насильственными действиями - 35,8%.

<sup>1</sup> Статистические данные III при. УВД Оренбургской области.

<sup>2</sup> В связи с признанием Права судебно-медицинской экспертизы тяжести вреда здоровью, утвержденным Приказом Минздрава РФ от 10 декабря 1996 г. №407, утратившим силу (Приказ Министерства здравоохранения РФ №361 от 14.09.2001 г. «Об отмене приказа Министерства здравоохранения РФ от 10.12.1996 г. №407» // *Справочная правовая система «Консультант Плюс 1992-2006»*), информационным письмом Генеральной прокуратуры и главного судебно-медицинского эксперта Минздрава России от 11 октября 2001 года №10-2/2199 эксперт был рекомендовано «временно» основывать свое заключение на положениях Права 1978 года в редакции УК РФ 1996 года.

Рассматривая побои как один из возможных способов совершения преступлений, предусмотренных ст.ст. 116 и 117 УК РФ, необходимо принимать во внимание, что одновременно неоднократно нанесение ударов руками и ногами достаточно болезненно воспринимается потерпевшим. Так, Ш., будучи в состоянии алкогольного опьянения на почве личных неприязненных отношений, нанес Б. удары руками и ногами по голове и туловищу, причинив телесные повреждения в виде ушибленной раны скуловой области, множественных кровоподтеков лица, туловища, верхних конечностей, ссадины левой голени, которые не повлекли вреда здоровью. Преступник в данном случае преследовал цель причинить жерле особенно мучительную боль, сделать ее страдания интенсивнее и острее, подтверждением чего могут служить высказываемые им в процессе избития фразы в адрес Б.: «...Ты у меня помучаешься... Я тебе покажу... Будешь знать...»<sup>1</sup>.

Можно предположить, что именно степенью причиняемых потерпевшему страданий обусловлена господствующая в настоящее время в теории уголовного права позиция, согласно которой по ст. 116 УК РФ следует квалифицировать лишь «нанесение многократных ударов по телу потерпевшего, его избивение»<sup>2</sup>. При этом под многократностью понимается нанесение трех и более ударов<sup>3</sup>. Данный вывод вытекает из законодательного употребления в диспозициях ст.ст. 116 и 117 понятия «побой» во множественном числе, а также следует из названия ст. 116 УК РФ. Предыдущий УК РСФСР 1960 года также оперировал понятием «побой», не употребляя термина для обозначения единичного удара. Однако в Уголовном законодательстве 1922-1926 гг. речь велась об умышленном нанесении удара, побоев и иных насильственных действиях, из чего можно сделать вывод о произошедшей с принятием УК 1960 года декриминализации однократного удара. Вряд ли подобный акт можно признать обоснованным.

Статья 116 УК РФ предусматривает ответственность за причинение физической боли путем нанесения побоев либо совершением иных насильственных действий. Физическая боль может быть причинена, например, путем выкручивания рук, сечения, щипания. Для этих и подобных действий законодателем не предусматривается многократность в качестве условия наступления уголовной ответственности.

<sup>1</sup> Архив Ленинского районного суда г. Оренбурга. Уголовное дело №1-64/04.

<sup>2</sup> Комментарий к УК РФ. Изд. 4-е. / Под ред. М.Ю. Сухратова и В.М. Лебедева. - М.: НОРМА, 2002. - С. 299.

<sup>3</sup> Там же. С. 299.

Вместе с тем, единственный удар в некоторых случаях может оказаться гораздо более опасным, нежели иной неоднократный насильственный акт. Нанесение неоднократного удара по уровню общественной опасности стоит в одном ряду с иными аналогичными неоднократными и единичными насильственными актами, и должно влечь наступление ответственности по ст. 116 УК РФ, что подтверждается практикой применения данной нормы.

Так, Ленинским районным судом г. Оренбурга было рассмотрено дело по обвинению С. в нанесении побоев Ч. В ходе возникшей на почве личных неприязненных отношений ссоры С., находясь на обшей кухне коммунальной квартиры, нанесла соседке Ч. с размаху один удар рукой по правой щеке, в результате чего последней были причинены телесные повреждения в виде кровоподтека на лице, которые не повлекли вреда здоровью<sup>1</sup>.

То же самое относится и к истязанию. Систематическое нанесение неоднократных ударов в течение определенного промежутка времени должно влечь наступление уголовной ответственности по ст. 117 УК РФ.

Для наличия в действиях лица состава истязания необходимо установить систематичность нанесения побоев. Под систематичностью криминальных деяний в уголовном праве принято понимать совершение противоправных актов не менее трех раз. Согласно Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 25 сентября 1979 г.<sup>2</sup>, истязание состоит в умышленном систематическом (более двух раз) нанесении потерпевшему побоев либо совершении иных насильственных действий, характер которых свидетельствует об умысле лица на причинение особой мучительной боли или страданий. С данным определением систематичности при истязании в части количества актов избитения согласны большинство теоретиков уголовного права<sup>3</sup>.

Судебная практика придерживается аналогичного подхода. Т. было предьявлено обвинение по п. п. «а» и «г» ч. 2 ст. 117 УК РФ. Обстоятельства дела таковы: систематически на протяжении 4 месяцев подсудимый избивал жену и двух детей, с промежутком в полторы недели,

<sup>1</sup> Архив Ленинского районного суда г. Оренбурга. Уголовное дело №1-2305/01.

<sup>2</sup> Сборник постановлений Пленума Верховного Суда РСФСР. 1967-1993. - М., 1994.

<sup>3</sup> См., напр.: Самолюк И.Д. Ответственность за истязание. // Советская юстиция. 1965. №1. С. 21; Чиглов Д.С. Охрана здоровья граждан от тяжких насильственных посягательств. - Саратов, 1974. С. 98; Портнов И. Ответственность за истязание. // Социалистическая законность. 1983. №7. С. 47 и др.

нанес побой сыну, причинив ему физическую боль. Факт двух актов нанесения побоев ребенку и систематического избития жены не признаны судом истязанием, совершенным в отношении двух лиц (п. «а» ч. 2 ст. 117) и в отношении заведомо несовершеннолетнего (п. «г» ч. 2 ст. 117). Ленинским районным судом г. Оренбурга действия Т. были квалифицированы по ч. 1 ст. 117 и ст. 116 УК РФ<sup>1</sup>.

Приговором Иркутского областного суда Л. признан виновным в истязании своей супруги и осужден по ст. 113 УК РСФСР (ст. 117 УК РФ) к одному году лишения свободы. Рассмотрев дело по кассационной жалобе Л., Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РСФСР установила, что в течение двух лет Л. дважды наносил побои супруге, в связи с чем указанные действия были перевалифицированы на ч. 2 ст. 112 УК РСФСР (умышленные легкие телесные повреждения, не повлекшие расстройства здоровья), так как они не носили систематического характера и не причинили потерпевшей длительных физических страданий<sup>2</sup>.

По мнению большинства правоведов, истязание будет иметь место лишь в тех случаях, когда между отдельными действиями виновного нет большого перерыва, исчисляемого месяцами, а в памяти у потерпевшего еще свежи болевые ощущения, не зажили следы от побоев (день, неделя)<sup>3</sup>. Подобные суждения не совсем убедительны. Дело в том, что временной промежуток между отдельными актами насильственного воздействия не является единственным объективным показателем направленности умысла виновного на причинение потерпевшему особых мучений и страданий посредством избрания подобного способа действий. Он также не свидетельствует однозначно о едином преступном намерении виновного, объединяющем все неоднократные акты нанесения побоев. Судебной практике известны случаи вменения ст. 117 УК РФ, когда отдельные эпизоды применения насилия разделили недели и даже месяцы.

Так, Центральным районным судом г. Оренбурга М. был признан виновным в совершении преступлений, предусмотренного ч. 1 ст. 117 УК РФ. На протяжении восьми месяцев обвиняемый, будучи в состоянии алкогольного опьянения, наносил жене побои руками, ногами, бытовыми предметами, выкручивал руки, шею, угрожая дальнейшей расправой. Всего было установлено пять эпизодов насильственных

<sup>1</sup> Архив Ленинского районного суда г. Оренбурга. Уголовное дело №1-764/99.

<sup>2</sup> Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1965. №1. С. 11.

<sup>3</sup> См. Портнов И. Указ. соч. С. 47; Малков В. Понятие систематичности в уголовном законодательстве. // Советская юстиция. 1970. №1. С. 22.

актов в отношении потерпевшей, которые учинались систематически с перерывами в полтора-два месяца<sup>1</sup>.

Изучение судебной практики свидетельствует, что признак систематичности при истязании усматривается при одновременном наличии двух его составляющих: неоднократности нанесения побоев (три и более раз) и единого преступного намерения виновного причинить потерпевшему особые физические и психические страдания. При этом второй признак сглаживается в зависимости от первого и обусловлен час-точно количеством насильственных актов.

В этой связи следует согласиться с А.А. Жижкиленко, который писал, что совершение деяния «систематически предполагает наличие не просто повторения одного и того же преступного деяния, а ряда таких действий виновного, в которых можно усмотреть проявление известного общего плана его действий или укорошение виновным известных преступных навыков - все его преступные деяния, неоднократно учиненные, должны быть внутренне связаны друг с другом»<sup>2</sup>. Действительно, способ преступления является важной характеристикой деяния (общественно опасного поведения человека), которая имеет две составляющие: внешнюю (физическую) и внутреннюю (психическую). Поэтому, по справедливому замечанию Н.И. Панова, способ, выступающая составной частью объективной стороны преступления, в то же время обладает волевым содержанием<sup>3</sup>.

К иным насильственным действиям в составе истязания Правила относят длительное причинение боли щипанием, сечением, причинение множественных, в том числе небольших, повреждений тупыми или острыми предметами, воздействием термических факторов и иные аналогичные действия. В отличие от побоев закон не указывает на систематичность иных насильственных действий как на обязательный признак истязания, из чего следует, что даже единичные особомучительные деяния могут образовывать состав преступления, предусмотренного ст. 117 УК РФ.

«Мучения» определяются как действия, причиняющие страдания путем длительного лишения пищи, питья или тепла, помещение (или оставление) потерпевшего во вредные для здоровья условия либо другие сходные действия. На практике не проводится разграничения между двумя названными способами причинения страданий, в обоих

<sup>1</sup> Архив Центрального районного суда г. Оренбурга. Уголовное дело №1-454/00.

<sup>2</sup> Жижкиленко А.А. *Должностные (служебные) преступления*. Практический комментарий. Изд. 2-е. - М., 1924. С. 25.

<sup>3</sup> Панов Н.И. *Уголовно-правовое значение способа совершения преступления*. - Харьков, 1984. С. 7.

случаях содеянное квалифицируется по ст. 117 УК как истязание. И это вполне оправдано, учитывая этимологию терминов «мучение» и «истязание».

Согласно Толковому словарю живого великорусского языка, «истязание - жестокое обращение, мучение, мука, насилие или пытка; мучение - всякое сильное и длительное телесное или духовное страдание или боль, томление, истязание»<sup>1</sup>. Как видим, с точки зрения филологии, приведенные понятия несут одинаковую смысловую нагрузку, являясь синонимами.

Оренбургским районным судом Оренбургской области Г. был признан виновным в истязании заведомо несовершеннолетнего лица (п. «г» ч. 2 ст. 117 УК РФ). Проживая совместно с М., Г. умышленно с целью причинения физических и психических страданий неоднократно избивал и совершал иные насильственные действия в отношении ее малолетней дочери: бил ремнем по лицу и другим частям тела, заставлял раздеваться и стоять у шкафа в течение нескольких часов, не разрешая присаживаться и ложиться спать, лишая ее пищи, питья и отдыха<sup>2</sup>.

Нередко на практике встречаются ситуации, когда потерпевшему наносились побои и он подвергался иному насильственному воздействию на протяжении нескольких часов, с кратковременными интервалами. В таких случаях возникают сложности при квалификации содеянного. Чаще всего предьявленное правоохранительными органами обвинение по ст. 117 УК РФ (истязание) не находит подтверждения в судебном заседании, а действия виновного квалифицируются по ст. 116 или ст. 115 УК РФ. Вряд ли можно согласиться с подобным подходом.

Обратимся к практике. В состоянии алкогольного опьянения Г. и К. на почве ревности на протяжении трех часов с небольшими перерывами наносили побои П.: били кулаками по лицу и телу, головой о стену и пол, таскали за волосы, надавливали пальцами на глаза, удерживая их выкололоть. Во время избивания потерпевшая несколько раз теряла сознание, ее обливали холодной водой, приводили в чувство пощечинами, затем снова били. Избиение сопровождалось различного рода угрозами и нецензурной бранью. С целью унижения чести и достоинства Г. и К. ножницами отрезали П. несколько прядей волос.

<sup>1</sup> Даль В. *Толковый словарь живого великорусского языка*. - М.: ОЛМА-ПРЕСС, 2002. Т. 2. С. 55, 307.

<sup>2</sup> Приговор Оренбургского районного суда Оренбургской области от 18 апреля 2006 года. Архив Прокуратуры Оренбургского района.

Насилие в отношении потерпевшей было прекращено вмешательством знакомых парней обвиняемых. В результате потерпевшей были причинены телесные повреждения в виде сотрясения головного мозга, ушибов, кровоизлияний лица, которые повлекли легкий вред здоровью.

Суд посчитал неверной квалификацию действий виновных по ст. 117 УК РФ, мотивируя это тем, что избивание длительной промежуток времени не может расцениваться как истязание. Побои должны причинять явную боль. Орезание клокка волос целью унижения чести и достоинства потерпевшей, а надавливание пальцами на глаза носило однократный характер и не вызвало острой боли<sup>1</sup>. Действия виновных были квалифицированы по п. «а» ч. 2 ст. 213 и по ст. 115 УК РФ.

Аналогичным образом были квалифицированы действия В. и А., которые на почве личных неприязненных отношений в ходе возникшей между ними и потерпевшей В. ссоры избили последнюю, причинив телесные повреждения, не повлекшие вреда здоровью, и также подрезали ей волосы. Избиение продолжалось в течение нескольких минут. Действия виновных были переквалифицированы в суде с ч. 2 ст. 117 на ст. 116 и ч. 1 ст. 130 УК РФ. За примирением сторон В. и А. были освобождены от уголовной ответственности<sup>2</sup>.

Схожесть двух вышеприведенных ситуаций вместе с тем не свидетельствует о их тождественности. Причина заключается не только и не столько в различных последствиях содеянного (в первом случае был причинен легкий вред здоровью, во втором - таковой отсутствовал), сколько во временном промежутке, в течение которого наносились побои и совершались иные насильственные действия в отношении потерпевшей.

При квалификации истязания необходимо учитывать все обстоятельства преступления, оценивать акты насильственного воздействия на потерпевшего в их совокупности, принимать во внимание продолжительность нанесения побоев, направленность умысла виновного на причинение особых физических и психических страданий, а также субъективное восприятие жертвой учиненного в отношении нее насилия.

По нашему мнению, в первом случае вредли можно согласиться с квалификацией действий Г. и К. как хулиганства и причинения лег-

кого вреда здоровью. В процессе избивания виновные проявили особую жестокость и бесцерковность по отношению к П., умысел их был направлен на причинение особой боли, физических и психических страданий потерпевшей, о чем, прежде всего, свидетельствует длительность процесса учиненного насилия: девушки избивали свою жертву на протяжении нескольких часов. Неоднократно терпящую сознание потерпевшую виновные приводили в чувства пощечинами и водой, а затем продолжали наносить удары в различные части тела. Лишь вмешательство знакомых парней прекратило избивание.

Верность квалификации преступления во втором случае не вызывает сомнения в связи с тем, что побои наносились потерпевшей в течение нескольких минут, причинив ей физическую боль (ст. 116 УК РФ), орезание волос повлекло умаление чести и достоинства В. (ч. 1 ст. 130 УК РФ).

Итак, при квалификации побоев и истязания необходимо учитывать следующие моменты.

Нанесение единичного удара по уровню общественной опасности никак не ниже многократного, вследствие чего содеянное в обоих случаях необходимо квалифицировать как побои по ст. 116 УК РФ.

Систематичность нанесения побоев при истязании предполагается их повторение не менее трех раз, причем все акты насильственного воздействия должны быть внутренне связаны между собой единым замыслом, преследовать единую цель: причинение жертве особых физических и психических страданий. При этом для наличия состава истязания продолжительность временного интервала между отдельными фактами избивания может варьироваться от нескольких дней до нескольких месяцев, в зависимости от иных обстоятельств дела.

Учитывая одинаковую этимологию терминов «мучения» и «истязание», представляется необходимым на законодательном уровне отказаться от термина «мучения», охватив понятием «истязание» все многообразие как насильственных способов воздействия на целовещеский организм, так и бездействия (в случаях, когда на виновном лежала обязанность совершать определенные поступки), причиняющих потерпевшему физические и психические страдания.

Нанесение лицу побоев в течение нескольких часов, применение иных способов насильственного воздействия, причиняющих физические и психические страдания, унижающих честь и достоинство потерпевшего свидетельствуют о наличии в действиях виновного состава, предусмотренного ст. 117 УК РФ.

<sup>1</sup> Архив Ленинского районного суда г. Оренбурга. Уголовное дело №1/1353-1999.

<sup>2</sup> Архив Центрального районного суда г. Оренбурга. Уголовное дело №1-644/2001.

Разъяснения по затронутым вопросам необходимо привести в соответствии с Постановлением Пленума Верховного суда РФ, касающемся квалификации побоев и истязания.

## **КОМПЬЮТЕРНАЯ ИНФОРМАЦИЯ КАК ПРЕДМЕТ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ ГЛ. 28 УК РФ**

*Бессонова И. В. - доцент кафедры уголовного права и криминологии,  
к. ю. н.*

Уголовный кодекс РФ в главе 28 впервые в отечественном законодательстве предусмотрел ответственность за совершение преступлений в сфере компьютерной информации. Появление в законодательстве данной главы - несомненный шаг вперед не только в борьбе с компьютерной преступностью, но и вообще в сфере борьбы с преступностью в области высоких технологий. Актуальность появления гл. 28 УК РФ вызвана еще и тем, что наряду с бесспорными положительными сторонами компьютеризации, охватившей практически все сферы нашего общества, она имеет и негативные стороны, в частности, появление новых видов преступлений - преступлений в сфере компьютерной информации. Установление уголовной ответственности за причинение вреда в связи с использованием компьютерной информации вызвана возрастающим значением и широким применением ЭВМ во многих сферах деятельности и наряду с этим повышенной уязвимостью компьютерной информации.<sup>1</sup>

Анализ правовых норм показывает, что законодатель ввел в УК РФ ряд понятий, не содержащихся ранее не только в уголовно-правовом понятийно-терминологическом аппарате, но и в отечественном законодательстве, регулирующем информационные отношения. Эти термины нуждаются в необходимых пояснениях, которые должны основываться на понимании не только технических характеристик новых средств обработки информации, но и сущности самой информации как новой уголовно-правовой категории.

<sup>1</sup> Кошол С., Савельев Д. Ответственность за правонарушения в компьютерной информации. // Российская юстиция. 1999. № 1. С. 44.

Одной из наиболее актуальных проблем правовой охраны компьютерной информации является определение понятия «компьютерное преступление». Общепринятого определения в науке уголовного права еще не предложено. При этом следует отметить, что его отсутствие является не только теоретической проблемой, оно также значительно усложняет деятельность правоохранительных органов по противодействию преступлениям в сфере использования компьютерной техники. Наиболее распространено определение, понимающее под компьютерным преступлением - преступление, совершенное с использованием компьютерной техники или направленные против безопасности компьютерной информации, не отвечает требованиям науки и практики современного дня и нуждается в уточнении.

Нельзя не обратить внимание и на то, что в научной литературе термин «компьютерные преступления» трактуется достаточно широко: под компьютерными преступлениями чаще всего понимаются преступления, при совершении которых компьютерная техника, информация или электронная обработка информации выступают в качестве предмета или средства совершения преступления.

Исходя из такого определения, компьютерным может признаваться любое преступление - хищение, шпионаж, незаконное собирание сведений с использованием компьютера. Такое понимание компьютерных преступлений представляется неправомерным, так как не позволяет отделить их сущность и специфику, отграничить от других преступлений, в которых компьютер является лишь средством или предметом.

К вопросу криминализации компьютерных правонарушений сетодня в мире существует три подхода.<sup>1</sup> Первый заключается в отнесении к преступлениям несанкционированного доступа в защищенные компьютерные системы, заражения вирусами, противоправного использования компьютерных систем и информации. Он характерен для таких стран, как Норвегия, Сингапур, Филиппины, Южная Корея. Второй подход заключается в признании компьютерными преступлениями лишь тех деяний, которые связаны с причинением ущерба имуществу и электронной обработке информации (Дания, Швеция, Япония). Третий подход характерен для стран с высоким уровнем компьютеризации, значительной компьютерной преступностью и развитой правовой базой (США, Великобритания, Франция). Он состоит в криминализации деяний, связанных не только с имущественным ущербом, но

<sup>1</sup> Толучбекова Б. Х. Компьютерная преступность: вчера, сегодня, завтра. - Караганда, 1995. С. 13.

и с нарушением прав личности, с угрозой национальной безопасности и т.д.<sup>1</sup> Данный подход в основном принят в России, поскольку существует, несмотря на декларативность, достаточно развитая нормативная база по информационной безопасности, включающая вопросы борьбы с компьютерными правонарушениями.

Компьютерные преступления - новый вид общественно опасных деяний, поэтому их определение необходимо давать с учетом признака, который является основной действующей классификации преступлений. Наиболее существенным признаком преступлений, их качественной характеристикой является объект. Таким образом, различие между компьютерными преступлениями и преступлениями в сфере компьютерной информации следует проводить именно по объекту преступления посягаемости. Если таковым выступают, допустим, отношения собственности, то деяние подлежит квалификации по соответствующей статье гл. 21 УК РФ, если объектом являются отношения по защите конституционных прав и свобод человека и гражданина, то деяние квалифицируется по соответствующей статье гл. 19 УК РФ и т.п. И только если таковым выступают отношения в сфере нормального оборота компьютерной информации, то деяние подлежит квалификации в соответствии со статьями гл. 28 УК РФ.

Таким образом, понятие компьютерных преступлений шире понятия преступлений в сфере компьютерной информации и охватывает все преступления, способом совершения которых является неправомерный доступ к компьютерной информации, создание, использование и распространение вредоносных программ для ЭВМ, нарушение правил эксплуатации ЭВМ, их системы или сети. Соответственно, к преступлениям в сфере компьютерной информации относятся лишь три состава, предусмотренные гл. 28 УК РФ.

Итак, составы преступлений в сфере компьютерной информации объединяет единый родовый объект. Исходя из того, что гл. 28 расположена в разделе 9 УК РФ, родовым объектом выступают общественные отношения, составляющие содержание общественной безопасности и общественного порядка. Н.В. Ветров под родовым объектом данных преступлений понимает «общественные отношения в сфере обеспечения безопасности использования автоматизированных систем обработки данных, нормальных прав и интересов лиц, общества и государства, активно пользующихся электронно-вычислительной техникой».<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Горбатов В.С., Полянская О.Ю. *Мировая практика криминализации компьютерных правонарушений*. - М.: Юридическая литература, 1998. С. 58.  
<sup>2</sup> Ветров Н.И. *Уголовное право*. - М.: Гардарика, 1999. С. 183-184.

Кроме того, преступления в сфере компьютерной информации имеют общий предмет преступления посягаемости. Таковым является компьютерная информация. Ее определение, содержание признаков как предмета преступления, является одной из дискуссионных проблем в науке уголовного права.

Правовой защите подлежит любая информация, неправомерное обращение с которой может нанести ее собственнику, владельцу, пользователю или иному лицу ущерб.

Юридической литературе существует несколько определений компьютерной информации. Одно из первых принадлежит Н. Винеру. Он определил компьютерную информацию как обозначение содержания, полученного из внешнего мира в процессе нашего приспособления к нему и приспособления к нему наших чувств. Процесс получения и использования информации является процессом нашего приспособления к случайностям в этой среде.<sup>1</sup> Другими словами, под компьютерной информацией понималось средство, позволяющее снять неопределенность в познании того или иного объекта.

Ю.М. Ватурин указывал на тот факт, что машинная информация должна быть выделена в самостоятельный предмет уголовно-правовой охраны. Под машинной информацией он понимал информацию, зафиксированную в виде, непосредственно доступном обработке на ЭВМ.<sup>2</sup>

В.В. Крылов считает, что компьютерная информация, как вид информации вообще, представляет собой сведения, знания или набор команд (программа), предназначенные для использования в ЭВМ или управления ею, находящиеся в ЭВМ или на машинном носителе, - идентифицируемый элемент информационной системы, имеющий собственника, установившего правила ее использования.<sup>3</sup>

О.Я. Ваев и В.А. Мещеряков определяют компьютерную информацию как информацию, предназначенную в специальном (машинном) виде, предназначенном и пригодном для ее автоматизированной обработки, хранения и передачи, находящуюся на материальном носителе и имеющую собственника, установившего порядок ее создания (генерации), обработки, передачи и уничтожения.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Винер Н. *Кибернетика и общество*. - М.: Инostr. лит., 1958. С. 31-33.

<sup>2</sup> Ватурин Ю.М. *Компьютерное право: краткий реферат проблем*. // Советское государство и право. 1988. №8. С. 63-71.

<sup>3</sup> Крылов В.В. *Расклевывание преступлений в сфере информации*. - М.: Юрисп., 1998. С. 2.

<sup>4</sup> Ваев О.Я., Мещеряков В.А. *Проблемы уголовно-правового регулирования в сфере компьютерной информации*. // Конфидент. 1998. №5. С. 7-11.



Т. Г. Смирнова определяет компьютерную информацию как совокупность сведений, представляющих особую ценность для государства, общества и отдельных граждан, производство, хранение и использование которых осуществляются посредством компьютерной техники.<sup>1</sup>

Проанализировав все вышеперечисленные определения, необходимо отметить следующее. Во-первых, компьютерную информацию можно подразделить на две категории:

- машинная информация как программное обеспечение, то есть неотъемлемая часть компьютера;
- машинная информация как данные, представляющие ценность для государства, общества и отдельных граждан, хранение, использование и производство операций с которой осуществляются посредством компьютерной техники.

Поэтому представляется, что уголовно-правовой охране, помимо собственно сведений, должна подлежать также информация в виде программ и баз данных.

Во-вторых, ограничивая компьютерную информацию от других видов информации, являющихся предметом преступных посягательств, необходимо отметить, что в главе 28 УК РФ говорится именно об информации, которая неотделима от компьютера, и доступ, к которой может быть обеспечен только с использованием компьютера.

В-третьих, рассматриваемый вид информации может создаваться, изменяться, копироваться, применяться только с помощью ЭВМ при наличии соответствующих периферийных устройств чтения машинных носителей информации.

В-четвертых, эта информация легко передается по телекоммуникационным каналам связи компьютерных сетей, причем практически любой объем информации можно передать на любое расстояние. Компьютерная информация может переноситься в пространстве, сохраняться во времени, передаваться иному субъекту или техническому средству, подвергаться иным операциям.

Таким образом, специфика компьютерной информации как предмета преследования заключается в невозможности ее отнесения к материальным или к нематериальным предметам. Информация как нематериальный предмет включается в систему общественных отношений с помощью материального носителя. Иначе говоря, физичес-

кий признак компьютерной информации как предмета преступления заключается в ее носителе, который, как правило, понимается как предмет, вещь, свойства которой используются для передачи, хранения и обработки информации. Носителями компьютерной информации являются дискиеты, оптические и жесткие диски и т. д. Определяя носитель компьютерной информации, необходимо учитывать, что одной из характеристик современного этапа компьютеризации является развитие электронных средств связи.

Поэтому некоторыми исследователями ставится вопрос о статусе информации, которая передается по каналам связи. Информация в этих каналах передается с помощью сигналов, которые также являются материальными носителями передачи информации. Например, электрические сигналы в телефонных линиях связи могут быть носителями информации в компьютерных сетях. Именно такое понимание носителя компьютерной информации позволяет определять как уничтожение или искажение компьютерной информации не только случаи воздействия на устройства компьютера, но и на сигналы, передаваемые между компьютерами.<sup>1</sup>

Информация как предмет преступления имеет экономический признак, цену, которая, в конце концов, определяется ее содержанием и заинтересованностью потребителя в ее получении. Как товар информация имеет целый ряд специфических свойств: не уничтожается в процессе использования; при передаче потребителю она не утрачивается для производителя; неопределенность и субъективность полезности информации; особый механизм ее старения - она не изнашивается, а утрачивает актуальность. Ценность информации бывает разной: информация может быть ценной по сути (как результат длительной работы большого количества специалистов) или по назначению (например, ее наличие является необходимым условием для выполнения определенной задачи).

Кроме цены, экономический признак компьютерной информации характеризуется наличием полезных свойств информации, свойств, которые позволяют удовлетворить информационную потребность собственника. При этом они не сводятся к физической целостности ее носителя. Например, компьютерная информация может быть уничтожена или искажена, а физические свойства носителя останутся прежними.

<sup>1</sup> Смирнова Т. Г. Уголовно-правовая борьба с преступлениями в сфере компьютерной информации: дисс. ... канд. юрид. наук. - М., 1998. С. 158.

<sup>1</sup> См., напр., Карачевский Н. В. Доклад на V Международной конференции «Право и Интернет: теория и практика» // Киев, 2006.

Юридический признак компьютерной информации выражается в том, что она должна быть чуждой для виновного и иметь собственника. Игак, всю специфику компьютерной информации можно свести к следующему:

- 1) Данная информация, как правило, очень объемна и быстро обрабатывается. Например, компьютер с процессором Pentium с жестким диском 1 гигабайт может хранить информацию, равную тысяче 500-страничных томов;
- 2) эта информация очень легко и, как правило, бесследно уничтожается;
- 3) компьютерная информация обезличена, то есть между ней и лицом, которому она принадлежит, нет жесткой связи;
- 4) данный вид информации может находиться лишь на магнитном носителе (дискете, магнитной ленте, лазерном диске, полупроводниковых схемах и др.), в самой ЭВМ (оперативной памяти - ОЗУ);
- 5) рассматриваемый вид информации может создаваться, изменяться, копироваться, применяться (использоваться) только с помощью ЭВМ при наличии соответствующих периферийных устройств чтения машинных носителей информации (дисководы, устройства чтения лазерных дисков (CD-ROM), стримеры, устройства чтения цифровых видеодисков и др.);
- 6) эта информация легко передается по телекоммуникационным каналам связи компьютерных сетей, причем практической любой объем информации можно передать на любое расстояние.

Кроме того, можно отметить отнесенность простоту в пересылке, преобразовании, размножении компьютерной информации; при изъятии информации, в отличие от изъятия вещи, она легко сохраняется в первоисточнике; доступ к одному и тому же файлу, содержащему информацию, могут иметь одновременно несколько пользователей.

Компьютерную информацию, которую также можно определить и как информацию, зафиксированную на магнитном носителе или передаваемую по телекоммуникационным каналам в форме, доступной восприятию ЭВМ, можно классифицировать по следующим основаниям:

- 1) по ее носителям: зафиксированная на магнитной ленте, дискетах (Floppy Disk), лазерных дисках, на жестком диске ЭВМ (Hard Disk), в памяти ЭВМ, системы ЭВМ или их сети;

- 2) по виду: текстовая, графическая, звуковая, программная, файлы данных и пр.;
- 3) по атрибутам файлов: архивная, только для чтения, системная, скрытая.

Особенностью предмета преступного посягательства при неправомерном доступе к компьютерной информации и при нарушении правил эксплуатации ЭВМ, системы ЭВМ или их сети является то, что здесь предметом преступного посягательства выступает охраняемая законом компьютерная информация.<sup>1</sup>

Охраняемая законом компьютерная информация с уголовно-правовых позиций характеризуется следующими обязательными признаками:

- 1) она всегда является интеллектуальной собственностью;
- 2) обладает натуральными физическими параметрами (вещными свойствами);
- 3) охраняется законом;
- 4) содержится на машинном носителе, в ЭВМ, системе ЭВМ или их сети.

Рассмотрим названные признаки более подробно.

Согласно ст. 3 Закона РФ «О правовой охране программ для электронно-вычислительных машин и баз данных»,<sup>2</sup> авторское право распространяется на любые программы для ЭВМ и базы данных, как вышущенные, так и не вышущенные в свет, представленные в объективной форме, независимо от материального носителя, назначения и достоинства. Базы данных охраняются независимо от того, являются ли данные, на которых они основаны или которые они включают, объектами авторского права.

При этом указанный закон содержит определения таких ключевых терминов, как:

Программа для ЭВМ - это объективная форма представления совокупности данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств с целью получения определенного результата. Под программой для ЭВМ подразумеваются также подготовительные материалы, полученные в ходе ее разработки, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения.

<sup>1</sup> Комментарий к Уголовному кодексу РФ. Особенная часть. / Под ред. В.М. Лебедева и Ю.М. Скуратова. М.: Норма, 2006. С. 412.

<sup>2</sup> О правовой охране топологий интегральных микросхем. Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. №3526-1. // Российская газета. 1992. 21 октября. С измениями на 2 ноября 2004 г. // Российская газета. 2004. №45. 5 ноября.

База данных - это объективная форма представления и организации совокупности данных, систематизированных таким образом, чтобы эти данные могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ. Раскрывая такой признак компьютерной информации, как охраняемость законом, отметим следующее. Конституция РФ закрепила базовые принципы, регулирующие общественные отношения в сфере оборота компьютерной информации. Часть 2 ст. 23 Конституции РФ закрепляет право каждого на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения.

Каждый имеет право свободно искать, получать и передавать, производить и распространять информацию любым законным способом. Перечень сведений, составляющих государственную тайну, определяется федеральным законом.

Гражданский кодекс РФ относит к объектам гражданских прав вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, включая имущество в права, работы и услуги; информацию; результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность); нематериальные блага. Согласно ч. 1 ст. 44 Конституции РФ интеллектуальная собственность охраняется законом.

В соответствии со ст. 139 ГК РФ, информация составляет служебную и (или) коммерческую тайну в случае, когда она имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу ее неизвестности третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности. Сведения, которые не могут составлять служебную или коммерческую тайну, определяются законом и иными правовыми актами.

Лица, незаконными методами получившие информацию, которая составляет служебную или коммерческую тайну, обязаны возместить причиненные убытки. Такая же обязанность возлагается на работников, разгласивших служебную или коммерческую тайну вопреки трудовому договору, в том числе контракту, и на контрагентов, следящих это вопреки гражданско-правовому договору.

Указ Президента Российской Федерации от 6 марта 1997 г. №188<sup>1</sup> содержит перечень сведений конфиденциального характера, к которым он относится:

<sup>1</sup> Об утверждении перечня сведений конфиденциального характера. Указ Президента РФ от 6 марта 1997 г. №188. // Собрание Законодательства Российской Федерации. 1997 г. №10. Ст. 1127. С изменениями от 23 сентября 2005 г. // Собрание Законодательства Российской Федерации. 2005. №39. Ст. 3925.

- 1) сведения о фактах, событиях и обстоятельствах частной жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность (персональные данные), за исключением сведений, подлежащих распространению в средствах массовой информации в установленных федеральным законом случаях;
- 2) сведения, составляющие тайну следствия и судопроизводства;
- 3) служебные сведения, доступ к которым ограничен органами государственной власти в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации и федеральными законами (служебная тайна);
- 4) сведения, связанные с профессиональной деятельностью, доступ к которым ограничен в соответствии с Конституцией РФ и федеральными законами;
- 5) сведения, связанные с коммерческой деятельностью, доступ к которым ограничен в соответствии с Гражданским кодексом РФ и федеральными законами (коммерческая тайна);
- 6) сведения о личности и оборотении, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации информации о них.

Следующим признаком компьютерной информации как предмета преступного посягательства является то, что она содержится на материальном носителе, в ЭВМ, системе ЭВМ или их сети.

Вопрос об отнесении конкретного электронного устройства к категории ЭВМ не является таким простым, как кажется на первый взгляд, законодательство не содержит определения того, что представляет собой ЭВМ, однако широко используется этот термин. Вместе с тем, отсутствие законодательного закрепления определения данного понятия на практике вызывает определенные сложности. В частности, можно ли считать ЭВМ электронный контрольно-кассовый аппарат, готовый телефон, электронный органайзер, иные микропроцессорные устройства.

Толковый словарь по вычислительной технике и программированию<sup>1</sup> утверждает, что ЭВМ есть вычислительная машина, основные узлы которой реализованы средствами электроники. В комментарии к Уголовному кодексу под редакцией Ю.И. Скуратова и В.М. Лебедева<sup>2</sup> ЭВМ определяется как вычислительная машина, преобразующая

<sup>1</sup> Першков В.И., Савинов В.М. Толковый словарь по информатике. - М.: Флинтск и статистика. 1991. С. 125.

<sup>2</sup> Комментарий к Уголовному кодексу РФ. Особенная часть. / Под ред. В.М. Лебедева и Ю.И. Скуратова. - М.: Норма, 2004. С. 416.

информацию в ходе своего функционирования в числовую форму. В комментарии к УК РФ под редакцией С.И. Никулина<sup>1</sup> содержится следующее определение - ЭВМ представляет собой совокупность аппаратно-технических средств и средств программирования, позволяющих производить операции над символьной и образной информацией.

Для полноты освещения вопроса о понятии ЭВМ следует рассмотреть их классификации.

В кибернетике принята за основу следующая классификация:

- 1) супер-ЭВМ. Уникальные по цели создания, быстродействия, объему памяти ЭВМ и вычислительные системы, предназначенные для решения особо сложных задач;
- 2) большие ЭВМ. Стационарные вычислительные комплексы с большим количеством разнообразных периферийных устройств;
- 3) мини-ЭВМ, микро-ЭВМ, персональные ЭВМ. В настоящее время по этим параметрам ЭВМ разных видов существенно сблизиться, и поэтому не всегда есть возможность для данного разделения.

Исходя из вышеизложенного, можно дать следующее определение. ЭВМ - электронное устройство, производящее заданные управляющей программой операции по хранению и обработке информации, управлению периферийными устройствами.

Это определение дает возможность утвердительно ответить на вопрос об отнесении к ЭВМ так называемых интегрированных систем (компьютеров в нетрадиционном понимании - пейджеров, готовых телефонных аппаратов, электронных банкоматов и т.д.).

Понятие «система ЭВМ», введенное законодателем, так же неоднозначно трактуется в литературе. Видимо, наиболее корректным в данной ситуации будет буквально трактовать законодателя и исходить из того, что понятие «система» предполагает определенную совокупность объектов, элементы которой находятся в упорядоченной взаимосвязи и взаимозависимости.

В основе понятия «компьютерная сеть» лежит техническая задача по установлению связи между различными ЭВМ. Участники сети получают техническую возможность доступа со своих рабочих мест к информации, составляющей информационные ресурсы сети и взаимодействуя в связанных с компьютерной сетью ЭВМ. Это не исключает

<sup>1</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. / Под ред. С.И. Никулина. - М.: Инфра-М, 2001. С. 883.

дифференциации возможностей пользователей по доступу к различным категориям информационных ресурсов, установления иерархии доступа.<sup>1</sup> Таким образом, сеть ЭВМ можно определить как способ организации связи между несколькими самостоятельными ЭВМ с целью получения доступа к совместным информационным ресурсам или оборудованию.

В описании предмета преступного посяательства при совершении преступлений в сфере компьютерной информации уголовный закон использует три различных формулировки, относящиеся к термину информация: «охраняемая законом компьютерная информация» (ст. 272 УК РФ); «информация» (ст. 273 УК РФ); «охраняемая законом информация ЭВМ» (ст. 274 УК РФ).

Анализ текста ст. 273 УК РФ, где при упоминании термина «информация» снято указание на ее охраняемость законом, показывает, что, когда осуществляются действия с вредоносными программами для ЭВМ, уголовно-правовой защите подлежит любая информация, независимо от того, документирована она или нет, имеет она собственника или предназначена для использования неограниченным кругом лиц. Тем самым подчеркивается общественная опасность маnipулирования вредоносными программами.

При совершении двух других преступлений в сфере компьютерной информации (ст. 272, 274 УК РФ) уголовно-правовой защите подлежит документированная информация и программные средства, способ использования которых установлен собственником. На наш взгляд, законодатель использует термины «компьютерная информация» и «информация ЭВМ» как синонимы.

На основании вышеизложенного следует сделать вывод. Компьютерная информация - это совокупность сведений, баз данных или программ, предназначенных для использования в ЭВМ или управлении ею, находящихся в ЭВМ или на машинных носителях, передаваемых по телекоммуникационным каналам связи в форме, доступной восприятию ЭВМ.

Компьютерная информация представляет собой качественно новый этап в организации информационных отношений. Компьютерной информации свойственны некоторые черты, присущие информации вообще, но она обладает и существенными особенностями.

Компьютерная информация как предмет преступного посяательства обладает рядом специфических признаков, что позволяет четко

<sup>1</sup> Гаурин Ю.В. Преступления в сфере компьютерной информации: квалификация и доказывание. - М.: ЮИ МВД РФ, 2003. С. 21.

отграничивать преследования в сфере компьютерной информации от компьютерных преступлений. На практике при квалификации деяний по статьям главы 28 УК РФ зачастую возникают сложности, поэтому перед законодателем должна быть поставлена задача по скоординированному восполнению данного пробела.

## ПОНЯТИЕ ПРЕКРАЩЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА И УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

*Демяченко Е. В. - доцент кафедры уголовно-процессуального права и криминологии, к. ю. н.*

В УПК РФ применена новая юридическая конструкция, в рамках которой сделана попытка разделить основания прекращения уголовного дела или отказа в возбуждении уголовного дела от оснований для прекращения уголовного преследования. В данной работе основной акцент сделан на основаниях прекращения уголовного дела и уголовного преследования по уголовным делам, находящимся в производстве следователя.

Проблемы, связанные с прекращением уголовного дела и прекращением уголовного преследования, не могут быть рассмотрены без определения базовых понятий.

Современное законодательство не раскрывает значение таких понятий, как «уголовное дело» и «пронизводство по уголовному делу», хотя это имеет очень большое значение для уяснения таких правовых институтов, как возбуждение уголовного дела, прекращение уголовного дела и др.

Подобные определения присутствуют в модельном УПК для государств-участников СНГ, принятом в виде рекомендательного законодательного акта на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ 17 февраля 1996 г. (в дальнейшем - МУПК) и в УПК Республики Беларусь от 24.06.99 г. (далее - УПК РБ), в которых данные термины, на наш взгляд, достаточно полно раскрыты.

Так, в п. 5 ст. 10 МУПК под «уголовным делом» понимается «обособленное пронизводство, ведущееся органом уголовного преследования и судом по поводу одного или нескольких предположительно со-

вершенных деяний, запрещенных уголовным законом». А «пронизводство по делу» в п. 31 ст. 6 УПК РБ определено как совокупность процессуальных действий и процессуальных решений, совершаемых и выносимых по конкретному уголовному делу»<sup>1</sup>.

Сложность исследуемой нами проблемы заключается в том, что на законодательном уровне до настоящего времени нет четкого определения таких терминов, как «прекращение уголовного дела» и «прекращение уголовного преследования». В результате в науке уголовно-процессуального права существуют разные интерпретации обозначенных выше терминов.

Так, в науке уголовно-процессуального права под прекращением уголовного дела понимают процессуальный акт, выражающий решение уполномоченных на то должностных лиц об отсутствии требований для уголовного судопроизводства предпосылки и об отказе от дальнейшего его ведения.

По мнению Л. М. Володиной, прекращение уголовного дела есть юридический акт, влекущий выделение компетентного государственного органа, влекущее устранение правомочий должностных лиц на дальнейшее пронизводство по делу и прекращение комплекса прав и обязанностей лица, в отношении которого велось уголовное дело<sup>2</sup>.

Указанные точки зрения, которые отнюдь не исчерпывают выказанных процессуальными суждений, отражают сложность определения понятия «прекращение уголовного дела» и их некоторую условность.

На наш взгляд, прекращение уголовного дела представляет собой заключительный этап предварительного расследования, на котором дознаватель, орган дознания, следователь и прокурор, поводя итог проделанной по делу работе и на основе оценки совокупности доказательств, принимают решение о невозможности дальнейшего расследования в связи с установлением предусмотренных законом обстоятельств, исключающих пронизводство по уголовному делу либо позволяющих освободить лицо от уголовной ответственности, а также разрешают вопросы, связанные с принятием решения по существу дела.

Представляет известную сложность и определение понятия «прекращение уголовного преследования».

<sup>1</sup> Буряшева Е. В. *Прекращение уголовного дела и уголовного преследования*. // Актуальные вопросы уголовного процесса современной России: Межвузовский сборник научных трудов. - Уфа: РИО БашГУ, 2003. С. 118.

<sup>2</sup> См.: Бардаш А. С., Володина Л. М. *Прекращение уголовных дел по реабилитирующим основаниям в стадии предварительного расследования*. - Томск, 1986. С. 34.

Следует отметить, что в УПК РФ под «уголовным преследованием» понимается «деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изболечения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления», то есть предшествующая деятельности, связанная с возбуждением уголовного дела и установлением лица, которое в будущем станет подозреваемым или обвиняемым<sup>1</sup>.

В ст. 27 УПК РФ указывается возможность прекращения уголовного преследования только в отношении конкретного лица, уже поставленного в положение подозреваемого или обвиняемого.

Прекращение уголовного преследования следует понимать как прекращение обвинения или подозрения в инкриминируемом преступлении. Таким образом, прекращение уголовного преследования - формально закрепленное обоснованное решение органов, ведущих уголовный процесс об отказе от уголовно-процессуальной деятельности, составляющей обоснованное производство в отношении изболечения по факту совершения преступления, конкретного лица.

В юридической литературе прекращение уголовного дела обычно именуется процессуальным или юридическим актом. Иными словами, его связывают больше с формой, в которой осуществляется принятие решения о судьбе дела и лица. Однако смысл этого акта не раскрывает всего содержания понятия прекращения уголовного дела<sup>2</sup>.

На наш взгляд, прекращение уголовного преследования не должно рассматриваться как единовременный технический акт, заключаясь в вынесении соответствующего постановления, поскольку представляется собой целый этап предварительного расследования, который охватывает: проверку полноты, всесторонности собранных по делу доказательств, на основе которых формируется вывод о наличии деяния, содержащего признаки преступления, его квалификации, оснований к прекращению уголовного преследования, уголовного дела, а также степени общественной опасности подозреваемого, обвиняемого;

- 1) анализ и оценку собранных по делу доказательств в их совокупности с точки зрения их достаточности для достоверности вывода о невозможности продолжать расследование ввиду наличия одного из обстоятельств, предусмотренных законом в качестве оснований для прекращения уголовного дела;

<sup>1</sup> Божьев В.П. *Разъяснения о прочтении*. // Уголовное право. - 2002. №3. С. 56.

<sup>2</sup> См.: Дубинский А.Я. *Основания прекращения уголовного дела в стадии предварительного расследования*. - Киев, 1973. С. 4-9.

- 2) принятие решения о прекращении уголовного преследования либо уголовного дела в целом;
- 3) разъяснение лицу, в отношении которого прекращается уголовное дело по основаниям ст. 212 УПК, сущности совершенного им деяния, оснований освобождения от уголовной ответственности и получение его согласия на такое решение с составлением соответствующего протокола;
- 4) истребование согласия на прекращение уголовного дела (в случаях, предусмотренных законом) от заинтересованных лиц;
- 5) вынесение мотивированного постановления о прекращении уголовного преследования либо уголовного дела в целом;
- 6) получение согласия прокурора в предусмотренных законом случаях;
- 7) осуществление действий, вытекающих из решения о прекращении уголовного преследования: освобождение задержанного по подозрению в совершении преступления; отмена ареста на имущество и денежные вклады в банках и т.п.
- 8) уведомление о прекращении уголовного дела подозреваемого, обвиняемого, а также иных заинтересованных в исходе дела лиц и разрешение ходатайств этих лиц<sup>1</sup>.

Таким образом, представляется наиболее правильной точка зрения А.Я. Дубинского, рассматривающего прекращение уголовного дела и уголовного преследования в двойном смысле: как самостоятельную форму окончания предварительного расследования, представляющего собой целый этап, заключающий часть расследования; и как юридический акт, устанавливающий правомочия органа, прекратившего дело по расследованию обстоятельств, о котором принято решение, и порождающий право заинтересованных лиц на обжалование.

В теории уголовного процесса к числу дискуссионных также относится вопрос о том, является ли прекращение уголовного дела его разрешением по существу. Многие процессуалисты положительно решают данную проблему. Например, А.П. Гуляев считает, что прекращение уголовного дела - единственно возможный способ разрешения следователем уголовного дела<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Бурячева Е.В. *Прекращение уголовного дела и уголовного преследования*. // Актуальные вопросы уголовного процесса современной России: Межвузовский сборник научных трудов. - Уфа: РИО БашГУ, 2003. С. 120.

<sup>2</sup> См.: Дубинский А.Я. *Основания прекращения уголовного дела в стадии предварительного расследования*. - Киев, 1973. С. 4-5.

Однако встречается и противоположная точка зрения. По мнению Н. В. Жоглина и Ф. Н. Фаткуллина, при прекращении уголовного дела по существу не разрешается, так как, во-первых, его разрешение или невинности лица, чьи деяния расследовались; во-вторых, таковое признание органы расследования сделать не вправе, ибо это является компетенцией только судебных органов<sup>1</sup>.

Действительно, понятие «решение дела по существу» однозначно процессуалистами не определяется; неясности по этому поводу и в уголовно-процессуальном законе. УПК РФ не указывает, что необходимо понимать под «разрешением уголовного дела» и входит ли в содержание данной функции полномочия по прекращению уголовного дела на досудебном производстве, возложенные на дознавателя, следователя и прокурора (п. 16 ч. 2 ст. 37, 213, 223 и др. УПК РФ).

По нашему мнению, исходя из того, что предметом уголовного процесса правильно полагать фактически обстоятельства, установление которых позволяет разрешить целый комплекс вопросов: доказано ли, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый; доказано ли, что деяние совершил подсудимый; является ли это деяние преступлением и каким пунктом, частью, статьей Уголовного кодекса Российской Федерации (далее - УК РФ) оно предусмотрено; виновен ли подсудимый в совершении этого преступления. В данном случае ответы на эти вопросы, а также разрешение вопросов сопутствующего характера составляют содержание процессуальных решений по существу дела, в том числе решения следователя и дознавателя о прекращении уголовного дела.

Таким образом, поскольку разрешение уголовного дела по существу заключается в окончательном определении «судьбы уголовного дела», прекращение уголовного дела означает, что следователь и дознаватель сами, без направления дела в суд, завершают расследование фактов, по поводу которых было начато производство. Очевидно, что решение о прекращении уголовного преследования, принимаемое в отношении конкретного лица, не влечет разрешение уголовного дела по существу, если не содержит ответ на основной вопрос о том, кем совершено преступление<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Цитируя А. П. «Милосердие» с филовым листком. // Российские вести. 1994. 31 марта. С. 12.

<sup>2</sup> Сухарева Н. Д. Проблемы соотношения уголовного и уголовно-процессуального закона при прекращении уголовного преследования. // Российский следователь. - 2002. №12. С. 13-14.

Вывод о том, что решение о прекращении уголовного дела является его разрешением по существу, подтверждается также и преюдициальным значением такого постановления органа дознания, следователя и прокурора, наличие которого исключает осуществление в отношении подозреваемого или обвиняемого уголовного преследования по тому же обвинению (п. 5 ч. 1 ст. 27 УПК РФ).

Очевидно, что вывод следователя и дознавателя о необходимости прекратить уголовное дело должен быть столь же достоверен, как и вывод о необходимости направления дела в суд. Кроме того, вывод о необходимости прекращения дела не подвергается контролю суда в ходе судебного разбирательства, как это имеет место при окончании предварительного расследования составлением обвинительного заключения или обвинительного акта, поэтому ответственность за его правильность целиком ложится на орган предварительного следствия и орган дознания, а также прокурора.

В связи с этим нарушения закона, допущенные по прекращенным впоследствии уголовным делам, более опасны, чем по делам, предварительное расследование которых заканчивается составлением обвинительного заключения или обвинительного акта. Получив дело с обвинительным заключением, суд может обнаружить ошибки следователя при подготовке дела к судебному заседанию, в судебном разбирательстве и в последующих судебных стадиях уголовного процесса и принять необходимые меры к их устранению. В случае же прекращения производства нарушения сказываются на убедительности, а иногда и правильности принятого решения.

Начатое возбужденное уголовное дело, как правило, может быть закончено либо постановлением приговора, либо вынесением определения (постановления) о прекращении уголовного дела.

Прекращение уголовного дела представляет собой один из важнейших актов судопроизводства, посредством которого обеспечивается решение указанной в ст. 6 УПК РФ задачи защиты личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения прав и свобод. Прекращение уголовного дела является таким процессуальным актом, который, во-первых, завершает производство не только в стадии предварительного расследования, но и в целом по уголовному делу, а во-вторых, определяет судьбу лица, привлеченного в качестве обвиняемого или подозреваемого: на него в силу ч. 1 ст. 49 Конституции РФ не могут быть возложены предусмотренные уголовным и иными законами правовые последствия преступления и в отношении него должны быть отменены все меры процессуального

принуждения, примененные в связи с подозрением или обвинением в совершении преступления<sup>1</sup>.

От прекращения уголовного дела следует отличать прекращение уголовного преследования. Если первое имеет место в тех случаях, когда становится невозможным или нецелесообразным производство по делу в целом (в отношении всех деяний, по поводу которых велось расследование, и в отношении всех лиц, привлеченных или подлежащих привлечению в качестве обвиняемых), то во втором - может идти речь лишь в ситуации, когда прекращается производство в отношении только одного из обвиняемых (подозреваемых) или только в части инкриминируемых ему преступлений либо когда констатируется непричастность лица к совершению преступления, но имеются основания полагать, что данное преступление могло совершить другое лицо<sup>2</sup>.

Если детально проанализировать случаи прекращения уголовного дела, то мы увидим, что это решение принимается, когда полностью прекращено уголовное преследование в отношении всех подозреваемых, обвиняемых, либо установлено, что совершение ими деяние не является преступным, то есть, вообще нет лиц, подлежащих уголовному преследованию.

Если же уголовное преследование прекращено лишь частично либо в отношении всех обвиняемых, тогда производя по делу, естественно, прекращено быть не может<sup>3</sup>. Поэтому, считает Л.И. Малахова, нет необходимости разделения оснований прекращения уголовного дела и прекращения уголовного преследования в различных статьях УПК РФ<sup>4</sup>.

Сам законодатель зачастую «не видит» особой разницы между прекращением уголовного дела и прекращением уголовного преследования и их правовыми последствиями: например, глава 29 УПК РФ называется «Прекращение уголовного дела», тогда как содержит в себе и правила прекращения уголовного преследования; согласно ч. 3 ст. 27, ст. 254, п. 1 ч. 1 ст. 439, ч. 1 ст. 239 УПК РФ, суд, лица, ведущие уголовный процесс, прекращают уголовное дело по основаниям, предусмотренным для прекращения уголовного преследования.

1 Головкин Л.В. Освобождение от уголовной ответственности и освобождение от уголовного преследования. Уголовный процесс: учебник. / Отв. ред. И.Л. Петрухин. - М.: Проспект, 2001. С. 125.

2 Божьев В. Определение сферы действия норм УПК. // Законность, 2005. №1. С. 3. Малахова Л.И. Функция уголовного преследования как вид процессуальной деятельности. // Российский следователь, 2003. №7. С. 25-28.

4 Там же. С. 26.

Другие исследователи считают, что разграничение прекращения уголовного дела и прекращение уголовного преследования вполне оправданно, так как несмотря на некоторую схожесть, данные правовые институты различны как по форме, так и по содержанию<sup>1</sup>.

Разграничивать прекращение уголовного дела и прекращение уголовного преследования необходимо не только потому, что в законе отдельно сформулированы основания прекращения уголовного дела и основания прекращения уголовного преследования. Исходя из определения уголовного преследования (согласно п. 55 ст. 5 УПК РФ это процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления), его прекращение осуществляется в отношении конкретного подозреваемого или обвиняемого и не обязательно означает прекращение уголовного дела (ч. 4 ст. 27 УПК РФ). В свою очередь, решение о прекращении уголовного дела не связано с установлением подозреваемого или обвиняемого и возможно как до, так и после появления этого лица; однако прекращение уголовного дела, во всяком случае, влечет за собой одновременно и прекращение уголовного преследования (ч. 3 ст. 24 УПК РФ)<sup>2</sup>.

По действующему уголовно-процессуальному законодательству, может быть прекращено само уголовное дело и одновременно с ним прекращено уголовное преследование, в то же время возможно прекращение уголовного преследования без прекращения уголовного дела. По общему смыслу главы 4, главы 29 и ряда других норм УПК прекращение уголовного преследования без прекращения уголовного дела в целом может иметь место в двух ситуациях:

- 1) обстоятельства, влекущие прекращение процессуального производства, относятся не ко всем, а только к одному или нескольким подозреваемым (обвиняемым), а в отношении других лиц, в том числе еще не установленных, уголовное дело и уголовное преследование могут и должны быть продолжены. Это может иметь место в случаях:
  - а) выяснения непричастности подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления (п. 1 ч. 1 ст. 27);
  - б) издание акта об амнистии, под действие которого подпадают не все, а только некоторые из подозреваемых или обвиняемых (п. 3 ч. 1 ст. 27);
- в) при наличии оснований, указанных в ст. 24 (п. 2 ч. 1 ст. 27).

1 Кошкин Н.Н. Соотношение частных и публичных начал в уголовном судопроизводстве РФ: время выбора. // Государство и право. 1997. №8. С. 66.

2 Рыжиков А.П. Уголовный процесс: учебник для вузов. М.: Норма, 2002. С. 442-443.



В случае применения самой ст. 24 эти основания служили бы только для прекращения уголовного дела, но в качестве оснований для прекращения уголовного преследования они действуют в отношении не всех, но лишь отдельных подозреваемых или обвиняемых и поэтому влекут прекращение не всего дела в целом, а только уголовного преследования отдельных лиц. Так, например, отсутствие в действиях лица, привлекаемого в числе нескольких участников, состава преступления (п. 2 ч. 1 ст. 24) влечет прекращение в отношении него уголовного преследования, но в отношении остальных провинцовство по делу продолжается. То же самое можно сказать в отношении: а) истечения сроков давности (п. 3 ч. 1 ст. 24), например, когда один из соучастников - несовершеннолетний, и срок давности в отношении него, согласно ст. 94 УК, сокращается наполовину; б) отсутствия согласия суда на возбуждение дела или привлечение в качестве обвиняемого одного из лиц, обладающих служебным иммунитетом (п. 6 ч. 1 ст. 24) и т.д.;

2) уголовное преследование прекращается в части предъявленного обвинения по отдельным эпизодам (преступлениям), если они не нашли подтверждения (ч. 2 ст. 175 УПК). Производство по делу в оставшейся части обвинения продолжается<sup>1</sup>.

Упомянутое нами выше выделение законодателем двух видов прекращения уголовного процесса (в отношении лица и в отношении преступления) вполне закономерно привело к разграничению оснований. Основания для прекращения уголовного дела закреплены в ст. ст. 24-25 УПК РФ. В ст. 27-28 УПК законодатель закрепил основания для прекращения уголовного преследования.

Следует сказать, что глава 4 УПК РФ (ст. ст. 24-28) не исчерпывает всех оснований для прекращения уголовного дела и уголовного преследования. Так, в соответствии с ч. 1, 3 ст. 427 и ч. 1 ст. 431 УПК РФ, прекращение уголовного дела или уголовного преследования возможно в отпущенных несовершеннолетних в связи с применением к нему принудительной меры воспитательного воздействия.

Прекращением уголовного дела может завершиться производство о применении принудительных мер медицинского характера в случаях, когда характер совершенного деяния и психическое расстройство лица не связаны с опасностью для него или других лиц, либо возможностью причинения им иного существенно вредного (ст. 439, 443 УПК).

<sup>1</sup> Комментарий к УПК РФ. / Отв. ред. Д.Н. Козак, Е.Б. Мизулина. - М.: ООО «ВИТ-РЭМ», 2002. С. 113.

Таким образом, прекращение уголовного дела представляет собой заключительный этап предварительного расследования, на котором должностной орган дознания, следователь и прокурор, подводя итог проделанной по делу работе и на основе оценки совокупности доказательств, принимают решение о невозможности дальнейшего расследования в связи с установлением, предусмотренных законом, обстоятельств, исключаящих производство по уголовному делу либо позволяющих освободить лицо от уголовной ответственности, а также разрешают вопросы, связанные с принятием решения по существу дела.

**Прекращение уголовного преследования**, в свою очередь, следует понимать как формально закрепленное обособленное решение органов, ведущих уголовный процесс об отказе от уголовно-процессуальной деятельности, составляющей обособленное производство в отношении изобличения, по факту совершения преступления, конкретного лица.

В прокуратуре Ленинского района г. Оренбурга в 2004 году было прекращено 56 уголовных дел по следующим основаниям: за отсутствием события и отсутствием в деянии состава преступления - 25; за непричастностью подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления - 2; за отсутствием заявления потерпевшего - 2; за истечением сроков давности - 4; в связи со смертью подозреваемого - 6; за примирением сторон - 11; за недостижением возраста уголовной ответственности - 1; в связи с деятельным раскаянием - 3; за применением принудительной меры воспитательного воздействия - 2.

В 2005 году в прокуратуре Ленинского района было прекращено 20 уголовных дел, из них 17 - за отсутствием события и отсутствием в деянии состава преступления; в связи со смертью - 1; за примирением сторон - 2 уголовных дела. Данные об общем количестве рассмотренных дел, в том числе переданных в суд, представлены в следующих таблицах:

2004 год	Всего дел	Передано в суд	Отказано	Прекращено уголовных дел
Органы следствия	612	454 (74%)	102 (17%)	56 (9%)
Органы дознания	766	591 (77%)	97 (13%)	78 (10%)
2005 год	Всего дел	Передано в суд	Отказано	Прекращено уголовных дел
Органы следствия	623	518 (83%)	85 (14%)	20 (3%)
Органы дознания	662	555 (84%)	87 (13%)	20 (3%)

2006 год (с 01.01.06 по 20.04.06)	Всего дел	Передано в суд	Отказано	Преращено уголовных дел
Органы следствия	123	104 (85%)	17 (14%)	2 (2%)
Органы дознания	135	111 (82%)	24 (18%)	

Возможность прекращения уголовного преследования на досудебных стадиях имеет прагматическое, экономическое значение, поскольку позволяет освободить суд от рассмотрения очевидных дел, не представляющих собой каких-либо сложностей.

## К ВОПРОСУ ОБ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

*Коновалов В.А. - зав. кафедрой административного и финансового права, к.ю.н., доцент*

В научной литературе категория (и явление) «экономическая безопасность», которая справедливо рассматривается как составная неотъемлемая часть национальной безопасности, трактуется по-разному. Так, В. Тамбовцев полагает, что «под экономической безопасностью той или иной системы нужно понимать совокупность свойств состояния ее производственной подсистемы, обеспечивающую возможность достижения целей всей системы»<sup>1</sup>.

Авторы учебника по экономике<sup>2</sup> считают, что экономическая безопасность - это не только защищенность национальных интересов, но и готовность и способность институтов власти создавать механизмы реализации и защиты национальных интересов развития отечественной экономики, поддержание социально-политической стабильности общества.

По мнению Л.И. Абаджиной, «экономическая безопасность - это состояние экономической системы, которое позволяет ей развиваться

ся динамично, эффективно и решать социальные задачи и при котором государство имеет возможность выработать и проводить в жизнь независимую экономическую политику»<sup>1</sup>.

На взгляд В.А. Савина, «экономическая безопасность представляет систему защиты жизненных интересов России. В качестве объектов защиты могут выступать: народное хозяйство страны в целом, отдельные регионы страны, отдельные сферы и отрасли хозяйства, юридические и физические лица как субъекты хозяйственной деятельности»<sup>2</sup>.

А. Архипов, А. Городецкий и Б. Михайлов считают, что «экономическая безопасность - это способность экономики обеспечивать эффективное удовлетворение общественных потребностей на национальном и международном уровнях. Иными словами, экономическая безопасность представляет собой совокупность внутренних и внешних условий, благоприятствующих эффективному динамичному росту национальной экономики, ее способности удовлетворять потребности общества, государства, индивидов, обеспечивать конкурентоспособность на внешних рынках, гарантировать от различного рода угроз и потерь»<sup>3</sup>.

В общем смысле слова под экономической безопасностью чаще всего понимают важнейшую характеристику экономической системы, ее способность поддерживать нормальные условия жизнедеятельности общества, государства, населения страны, устойчивое обеспечение необходимыми ресурсами развития народного хозяйства.

По нашему мнению, такой подход является недостаточным и ограниченным. Думается, что категория «экономическая безопасность» должна охватывать помимо характеристики экономической системы целый ряд параметров общественной и государственной деятельности, прежде всего применительно к избранной методологии и методике исследования, уровень эффективности государственного управления, его различных ветвей власти и их институтов и структур, в том числе судебной власти и ее структурных подразделений.

Не анализируя имеющиеся отдельные расхождения во взглядах разных ученых на понимание экономической безопасности, выделим основные положения.

1 Абаджина Л. Экономическая безопасность России: угрозы и их отражение. // Вопросы экономики. 1994. №12. С. 37.

2 Савин В.А. Некоторые аспекты экономической безопасности России. // Международной бизнес России. 1995. №9. С. 42.

3 Архипов А., Городецкий А., Михайлов В. Экономическая безопасность: оценки, проблемы, способы обеспечения. // Вопросы экономики. 1995. №12. С. 26.

1 Тамбовцев В.Л. Экономическая безопасность хозяйственных систем: структура, проблематика. // Вестн Московского университета. Сер. 6. Экономика. 1995. №3. С. 52.

2 Экономика: Учебник. / Под ред. А.И. Архипова, А.Н. Несмеренко, Л.К. Вольшанкова. - М.: Проспект, 1999.

С содержанием безопасной, организационной стороны национальной экономической безопасности предполагается деятельность по защите экономики страны от нежелательных и опасных по возможным последствиям воздействий. Последствия могут быть вызваны созданием конкуренции, противниками или наступить вследствие других причин (стихийное проявление рыночных сил, неумелое управление и т.д.).

Наиболее значимыми угрозами, локализовать которые должны быть направлены усилия исполнительных органов власти, на наш взгляд, являются:

- высокий уровень имущественной дифференциации населения и повышенный уровень бедности, ведущие к нарушению социального спокойствия и общественного согласия;
- возрастание неправомерности социально-экономического состояния регионов и усиления на этой основе опасности региональных конфликтов;
- чрезмерная криминализация общества и сфер хозяйственной деятельности, существенную опасность при которой представляют рост безработицы, особенно на селе, вокруг приватизации и передела собственности, сращивание криминальных структур с чиновниками и работниками «белого» бизнеса;
- усиление экономической зависимости от зарубежных государств и международных союзов, подчинение процессов производства и потребления возможностям импорта оборудования и потребительских товаров.

В последние несколько лет ко всем перечисленным выше угрозам следует добавить еще одну - терроризм, который хотя и является результатом политических или религиозных противоречий, однако может привести к огромным экономическим потерям. Так, борьба с незаконными вооруженными формированиями и террористами в Чеченской республике обходилась федеральному и местным бюджетам в миллиарды рублей ежегодно. Террористические акции, совершенные мусульманскими экстремистами 11 сентября 2001 года в США нанесли ущерб в размере более 40 миллиардов долларов США. Предполагается, что экономические последствия подобных акций могут быть еще больше. Итак, вышеназванные и другие угрозы экономической безопасности требуют концептуального подхода к решению проблемы современного их выявления, противодействия им и адекватного правового регулирования.

В этой связи необходимо отметить, что в российском обществе и государстве в последнее десятилетие созданы и продолжают активно развиваться условия, способствующие возникновению и дальнейшему развитию стихийных сил в общественной и государственной деятельности. В определенной мере это связано с действием рыночных отношений, особенно в начальный период осуществления реформ, когда вопреки общепризнанной практике обострялась якобы объективно существующая потребность в чрезмерной либерализации экономических отношений, радикальном ограничении роли государства в их регулировании.

Анализ криминальной ситуации, складывающейся в экономике страны на протяжении ряда последних лет, свидетельствует о росте масштабов преступных посягательств, связанных с легализацией (отмыванием) денежных средств или иного имущества, приобретенного преступным путем, о повышении уровня организованности, профессионализма преступников.

Борьба с легализацией денежных средств или иного имущества, приобретенного незаконным путем, является одним из приоритетных направлений борьбы с организованной преступностью как в России, так и во всем мире. Противодействие легализации доходов от преступной деятельности является необходимой мерой для обеспечения экономической безопасности РФ и предотвращения сращивания преступного мира с легальным бизнесом.

Отмывание - легализация «грязных» денег - служит необходимым условием функционирования организованной преступности. В наиболее опасных своих формах оно связано с торговлей оружием, наркотиками, вымогательствам, фальшивомонетничеством, ипотечным и порнобизнесом. В данном случае затронем лишь на части проблем и предложениях по защите интересов государства и граждан.

Для того, чтобы средства, полученные от преступного бизнеса, могли начать работать безопасно для их владельцев, необходимо создать видимость законного характера источников получения этих средств. Как показывает практика, наиболее часто незаконно полученные средства вкладываются в недвижимость (46%), легальный бизнес (38%), финансовые операции с ценными бумагами (14%).

В правовом смысле понятие «отмывание денег» впервые было законодательно в Конвенции ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ, принятой 19 декабря 1988 года. В том же году на заседании комитета по правилам и методам контроля банковских операций (Базельский комитет), в кото-

рый входят представители центральных банков ряда стран - США, Японии, Канады, Франции, Великобритания, Италии, Бельгии, Швеции, Швейцарии была принята декларация «о предотвращении использования банковской системы в целях отмывания денег, полученных преступным путем». В России ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» был принят Государственной Думой Федерального Собрания РФ 13 июля 2001 года и вступил в действие с 3 января 2003 года. С 1997 года соответствующая законодательная норма об уголовной ответственности за легализацию введена в Уголовный кодекс РФ.

Самой серьезной угрозой экономической безопасности России является криминализация хозяйственной деятельности, вызванная ростом безработицы, сращиванием части чиновников государственных органов с организованной преступностью, возможностью доступа к криминальным структурам к управлению определенной части производства, ослаблением системы государственного контроля.

Преступность породила практически все сферы хозяйственной жизни: отнющения собственности, произвола и распределения произведенного продукта, финансовую и банковскую деятельность, сферу государственного управления. На сегодняшний день в России сложилась своеобразная система ухода от уплаты налогов. Это занижение выручки и прибыли, расчеты через третьих лиц, использование бартера и взаиморасчетов, расчеты наличными, получение необоснованных льгот, создание дочерних структур и так далее.

Проблема криминализации экономики страны остается проблемой номер один и требует незамедлительных решений.

В последние годы предпринимаются попытки усилить роль государственного управления, поэтому резко актуализируется необходимость тщательного исследования и научного обоснования проблематики государственного управления, в том числе в области обеспечения экономической безопасности, определения роли различных институтов общества и государства, включая судебную систему.

Важно, на наш взгляд, отметить, что криминализация экономики не равна борьбе с экономической преступностью (экономическая преступность - более узкое понятие). Это означает, что задача декриминализации экономики может быть решена только в рамках широкой целевой программы, которая должна включать наиболее важные первоочередные мероприятия.

Среди них следует выделить следующие:

1. Усиление роли государства как гаранта национальной безопасности, создание необходимой для этого правовой базы и механизма ее применения.

2. Введение специальной экономико-правовой экспертизы проектов законов, указов и подзаконных актов, имеющих отношение к осуществлению экономической реформы. Необходимо в полной мере использовать имеющийся опыт преодоления экономического хаоса в рыночных системах (особенно опыт европейских государств и Японии).

3. Максимально полное нормативное упорядочение отношений собственности. Формируемая правовая база должна твердо стоять на защите законно приобретенной собственности и добросовестного предпринимательства. Она должна предусматривать более жесткую систему ответственности за эффективное управление и распоряжение государственным имуществом, ужесточить нормы ответственности наемных должностных лиц за эффективное управление имуществом корпорации перед их акционерами, трудовыми коллективами, государством. Важным элементом должно стать усиление государственной защиты прав собственности, ответственности за соблюдение договорной дисциплины, повышение эффективности судебного разрешения хозяйственных споров, введение жесткой ответственности за соблюдение контрактных обязательств, погашение кредитов.

4. Управление и усиление позиций судебной власти, которая должна обладать реальными, эффективными и в том числе силовыми механизмами обеспечения своих решений. Эта система должна стать единственной системой осуществления деятельности по решению споров. Должно быть сведено к минимуму внесудебное, тем более криминальное разрешение экономических проблем и споров.

5. Укрепление системы правоохранительных органов путем повышения их статуса и восстановления кадрового аппарата.

6. Обеспечение взаимодействия между правоохранительными органами и коммерческими организациями. Нельзя допустить распространения фактов, когда руками первых с использованием уголовного законодательства решаются вопросы в интересах той или иной конкурирующей организации.

7. Создание норм ответственности за экономическую деятельность, которая наносит вред интересам общества и государства, но на сегодняшний день не является противоправным. Здесь в полной мере следует использовать зарубежный опыт сочетания уголовной и гражданско-правовой ответственности, предусматривающей имуществом

ные санкции, направленные на подрыв экономической базы этой деятельности.

8. Введение реального механизма контроля за доходами физических и юридических лиц, предусматривающего обязательное декларирование доходов при приобретении приватизируемого движимого и недвижимого имущества, земельных участков, повышение ответственности за непредставление деклараций, за исключением документов бухгалтерского учета и отчетности с целью сокрытия доходов.

9. Наведение порядка в механизме регистрации юридических лиц и их ликвидации. Порой складывается ситуация, когда при проверке хозяйствующего субъекта правоохранные органы и контролирурующие органы выясняют наличие ста и более юридических лиц, зарегистрированных по одному адресу. Это создает во многом условия для нарушений хозяйственного законодательства.

10. Экономическая безопасность, по мнению многих исследователей, занимает особое место в структуре национальной безопасности, представляющей собой сложное социально-государственное явление. Будучи частью системы национальной безопасности, экономическая безопасность одновременно с этим составляет базу для формирования и функционирования всех других ее структурных элементов: военной, технологической, продовольственной, экологической безопасности и др.

В современных условиях глобализации мировой экономики экономическая независимость отдельной страны носит относительный характер, поскольку международное разделение труда делает национальные экономики взаимодополняемыми и взаимозависимыми. Поэтому экономическая независимость представляет собой, прежде всего, возможность эффективного контроля над собственными национальными ресурсами, достижение такого уровня конкурентоспособности экономики, который обеспечивает устойчивое и надежное решение всех проблем функционирования общества и государства.

Неоспоримой угрозой экономической безопасности является формирование экономической модели, основанной на экспорте топлива, сырья и импорте оборудования, продовольствия и предметов потребления. Это может привести к ситуации, когда иностранные фирмы будут контролировать внутренний рынок России. Угрожающие проявления характеризуются также вывозом валютных запасов, стратегически важных видов сырья при крайне неэффективном либо криминальном использовании прибыли, увеличением оттока квалифици-

цированных кадров и интеллектуальной собственности, неконтролируемой утечкой капитала, ростом зависимости страны от иностранных производителей высокотехнологической техники. Снижение научно-технического потенциала страны ведет к утрате достигнутых позиций в мире и снижению качества исследований на стратегически важных направлениях научно-технического прогресса, деградации наукоемких производств, росту вероятности техногенных катастроф, технологической зависимости и подрыву оборонного потенциала.

Серьезные проблемы остаются в существующей системе налогообложения, которая, по мнению специалистов, провоцирует нарушение законодательства в этой сфере.

Многочисленные перечни угроз экономическим интересам в различных странах государственной и общественной деятельности могут служить ориентиром для исследований, направленных на выявление состояния экономической безопасности в каждый конкретный момент. В этом случае все угрозы требуют ранжирования по степени приоритетности разработки мер обеспечения безопасности. С учетом наименее опасные угрозы основную смысловую нагрузку целесобразно перенести на создание эффективного механизма, обеспечивающего распознавание угроз, адекватное реагирование на их возникновение, определение их критериев и параметров экономической безопасности, эффективное правовое регулирование в данной сфере.

Эффективно организованная экономическая безопасность должна создавать необходимые условия для обеспечения способности экономики к саморазвитию и устойчивому, динамичному, поступательному движению. В этой связи важно создать благоприятный климат для притока внутренних и внешних инвестиций, внедрить инновации в целях постоянной модернизации производства, повысить профессиональный, образовательный и интеллектуальный уровень работников. Устойчивость и безопасность - важнейшие параметры движения любого социального явления, характеристики экономики как единой системы. Устойчивость экономики характеризуется прочностью и надежностью ее структурных элементов, внутренних и внешних, вертикальных, горизонтальных и других коммуникаций данной системы, способность выдерживать внутренние и внешние воздействия.

Динамика развития общественных отношений в сфере производства, распределения, обмена и потребления материальных и духовных благ, с точки зрения экономической безопасности, может носить как позитивный, так и негативный характер. Направленность этих отношений позволяет оценить определенные качественные критерии

и параметры (пороговые значения), о которых много и давно говорится, но мало чего, на наш взгляд, делается сегодня. Разработка количественных (пороговых) и качественных параметров экономической безопасности на сегодняшний день пока еще полностью не закончена. В свое время такое поручение давалось Министерству экономического развития и торговлю РФ, Министерству финансов РФ с участием Центрального Банка РФ и аппарату Совета Безопасности. Была поставлена задача определить показатели состояния экономики, по которым должны быть разработаны количественные (пороговые) параметры экономической безопасности и довести их до Федеральных органов исполнительной власти. В свою очередь Федеральным органам исполнительной власти было поручено определить и представить количественные (пороговые) параметры показателей состояния экономики, выход за пределы которых вызывает угрозу экономической безопасности страны.

Эта работа имеет решающее значение для нормального функционирования механизма обеспечения экономической безопасности. В настоящее же время оценка состояния экономической безопасности осуществляется, как правило, на основании показателей состояния экономики в рамках государственной системы статистической отчетности.

Несомненно, что на сегодня требования реалий жизни однозначно - иметь правовое закрепление пороговых значений состояния экономики, определяющих зоны риска экономической безопасности, обеспечить непрерывное информационно-статистическое наблюдение за индикаторами экономической безопасности страны, на основе которого проводится анализ и оценка соотношений их текущих величин с пороговыми значениями соответствующих показателей, выявление негативных тенденций, ослабляющих экономическую безопасность, выработка рекомендаций по устранению воздействия факторов, снижающих устойчивость и безопасность национальной экономики, призвана система мониторинга факторов, определяющих возникновение угроз экономической безопасности России.

В отечественной и зарубежной литературе в основном правильно подчеркивается, что при определении состояния экономической безопасности значения имеют не только сами ее показатели, но и, прежде всего, их пороговые значения, то есть предельные величины, обеспечивающие значимый пределступает нормальному развитию экономики, вызывает появление негативных, разрушительных тенденций в области экономической безопасности. Приближение к их пре-

дельно допустимой величине свидетельствует о нарастании масштабов и уровня угроз социально-экономической стабильности общества, а превышение предельных, или пороговых, значений - о вступлении общества в зону нестабильности и социальных конфликтов, то есть о реальном подрыве экономической безопасности.

Однако нельзя забывать и о принципиально важном значении адекватного формирования всей системы показателей и критериев, характеризующих состояние экономической безопасности российской Федерации и государства. Именно эта система позволяет с качественной стороны характеризовать состояние экономической безопасности, заблаговременно указывать на грозящую опасность и своевременно принимать меры по ее предупреждению.

Показатели и критерии экономической безопасности - это инструмент оценки состояния экономики с точки зрения важнейших процессов, отражающих сущность экономической безопасности. Оцениваются необходимое ресурсное обеспечение и существующие возможности его развития; эффективность путей и способов использования ресурсов, в том числе капитала и труда, их соответствующие уровню развития в развитых странах, а также уровень, при котором внешние и внутренние угрозы могут быть минимальными; конкурентоспособность экономики; целостность территории и государственного пространства; суверенитет, независимость и возможность противостояния внешним угрозам, социальная стабильность и условия предотвращения и разрешения возможных социальных конфликтов.

Среди показателей экономической безопасности выделяются следующие:

- экономический рост (динамика и структура национального производства и дохода, показатели объемов и темпов промышленного производства, отраслевая структура хозяйства и динамика отдельных отраслей, капиталовложения и др.);
- характеризующие природно-ресурный, производственный, научно-технический потенциал страны;
- характеризующие динамичность и адаптивность хозяйственного механизма, а также его зависимость от внешних факторов (уровень инфляции, дефицит консолидированного бюджета, действие внешнеэкономических факторов, стабильность национальной валюты, внутренняя и внешняя задолженность);
- качество жизни (ВВП на душу населения, уровень дифференциации доходов, обеспеченность основных групп насе-

ления материальными благами и услугами, трудоспособность населения, состояние окружающей среды и т.д.).

Изложенное позволяет сделать два вывода:

1. Экономическая безопасность страны должна обеспечиваться, прежде всего, эффективностью самой экономики, то есть наряду с защитными мерами, осуществляемыми государством, она должна защищать себя сама на основе высокой производительности труда, качества продукции и т.д.
2. Обеспечение экономической безопасности страны не является прерогативой какого-либо одного государственного ведомства, служб. Она должна поддерживаться всей системой государственных органов, всеми звеньями и структурами экономики<sup>1</sup>.

## ГРАЖДАНСКИЙ ИСК В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

*Ковылова В.И. - аспирантка ОГУ*

Гражданский иск в уголовном процессе, являясь уголовно-процессуальным правовым институтом, в то же время находится в тесной связи с гражданским процессом и гражданским правом. Еще в 1890 г. А.Ф. Кони, говоря о специфике этого института, отметил, что гражданский иск является «одной из наиболее спорных и наименее разработанных частей... уголовного процесса»<sup>2</sup>. К такому же выводу пришел и Н.Н. Полянский в 1960 году. Впоследствии этой проблеме посвятили свои труды многие ученые. Однако до сих пор исследованию по гражданскому иску в уголовном процессе не завершены, и являются актуальными в свете нового уголовно-процессуального законодательства.

Наиболее полно учение об иске разработано в науке гражданского процесса, которая специально занимается изучением процессуальных форм защиты субъективных гражданских прав. Поэтому при определении сущности и характерных черт иска мы неизбежно будем обращаться к данным этой науки. Следует отметить, что и в этой юридической науке ряд вопросов, касающихся гражданского иска, остаются дискуссионными.

<sup>1</sup> Архипов А., Горюбецкий А., Михайлов В. Экономическая безопасность: оценки, проблемы, способы обеспечения. // Вопросы экономики. 1994. №12. С. 48.  
<sup>2</sup> Мазанов А.Г. Гражданский процесс в уголовном производстве. - М., 1997. С. 134.

Спорным, в частности, является вопрос о значимости материально-правового содержания искового требования и в связи с этим о принадлежности иска к материальным или процессуальным отраслям права.

В науке существует несколько позиций по данному вопросу. Одни ученые признают иск только в качестве процессуального метода, средства защиты материального права. При этом материальные субъективные права выступают по отношению к иску только как предмет защиты. Имея связь с материальным правом, иск самостоятелен как правовой институт. Другой точки зрения придерживался С.Н. Абрамов, исходя из наличия двух понятий иска. Так, под иском в процессуальном смысле понимается само обращение к суду требование как способ защиты права, а под иском в материальном смысле - материально-правовое требование к ответчику.

Сторонники третьей точки предполагают наличие двух сторон в едином понятии иска: материально-правовой и процессуальной. При этом на первый план выдвигается материально-правовая сторона.

Все вышеизложенные точки зрения в свое время подвергла критике Г.Л. Осокина. Она полагает, что все они не отвечают требованию единства и универсальности иска как средства судебной защиты прав и законных интересов. По ее мнению, утверждая о существовании двух самостоятельных понятий иска, авторы противопоставляют две категории субъектов, управомоченных законом на обращение в суд с требованием о защите. Так, для лиц, защищающих чужое право или охраняемый законом интерес, иск будет существовать как категория лишь в процессуальном смысле, а для лиц, отстаивающих свое право и законный интерес в двух разновидностях: как институт материального права и как институт процессуального права.

Не отвечает требованию единства и универсальности, по ее мнению, и единое понятие иска, предложенное сторонниками третьей позиции, где отгличительной чертой любого иска выступают материально-правовое требование истца к ответчику. Ибо при таком понимании иска требование лица, выступающего от своего имени в защиту прав и законных интересов других лиц, нельзя назвать иском, так как это требование не содержит и не может, по ее мнению, содержать такого существенного признака любого иска как материально-правовое требование истца к ответчику.

Рассматривая данную проблему, Г.Л. Осокина предложила следующее определение иска: «Иск как институт процессуального права представляет собой требование заинтересованного лица, вытека-

ищее из спорного материального правоотношения, о защите своего или чужого права либо законного интереса, подлежащее рассмотрению в установленном законом порядке».<sup>1</sup>

В.А. Рязановский под иском понимал притязание, обращенное к государству в лице суда о постановлении объективно правильного решения.<sup>2</sup>

Наиболее удачное определение иска, на наш взгляд, принадлежит И.М. Зайцеву. Он определил иск как «процессуально-правовую функцию юридического спора, который в свою очередь образует содержательную сторону обращения заинтересованного лица в суд с просьбой о защите субъективных прав».

Таким образом, содержание иска составляет две его стороны: материально-правовая и процессуальная. При этом ни первая, выраженная в притязании истца к ответчику, что составляет предмет иска, ни вторая, характеризующая форму и процессуальный порядок реализации такого притязания, не являются определяющими по отношению друг к другу. Гражданский иск, являясь элементом системы судебной защиты прав и охраняемых интересов лиц, тесно связан с другими средствами процессуального и материального права и активно взаимодействует с ними.

Гражданский иск в уголовном процессе имеет особенность, отличающую его от иска, рассматриваемого в порядке гражданского судопроизводства.

Так, подсудность гражданского иска зависит от подсудности уголовного дела. Вместе с тем, в уголовном процессе, так же, как и в гражданском, допустимо рассмотрение лишь таких гражданско-правовых споров, которые подведомственны судебным органам.

В уголовном процессе не могут предъявляться виндикационные иски. Путем виндикации собственнику или законному владельцу возвращается изъятая у него индивидуально определенная вещь. Такие вещи, имеющие значение для установления истины, приобщаются к делу в качестве вещественных доказательств и подлежат возвращению законному владельцу в порядке ч. 3 ст. 81 УПК РФ. Поэтому предъявления гражданского иска для возвращения такой вещи не требуется. Однако если эта вещь, будучи приобщенной к делу в качестве вещественного доказательства, частично утрачена, то ее ценность в результате совершенного преступления, собственник или владелец

этой вещи для возмещения понесенного ущерба вправе предъявить иск в порядке уголовного или гражданского судопроизводства.

В уголовном процессе не допускается подача встречного иска, то есть обвиняемый может только отвечать по иску, но он не может быть гражданским истцом в том же деле. Определяется это тем, что встречный иск имел бы своим основанием иной юридический факт, но не совершенное преступление. В таком случае отсутствовало бы обязательное условие рассмотрения гражданского иска в уголовном деле – единство факта, лежащего в основе, как уголовной, так и гражданской ответственности данного лица.

Важным для охраны имущественных интересов, пострадавших от преступления, является освобождение от уплаты государственной пошлины.

Как уже было сказано выше, лицо, понесшее материальный ущерб, для защиты своих интересов в уголовном процессе имеет большие возможности, чем в гражданском процессе. Так, собиране доказательств для обоснования гражданского иска в уголовном процессе может иметь место во время предварительного расследования, которое гражданскому судопроизводству неизвестно. Все это значительно усиливает охрану имущественных интересов средствами, присущими уголовному процессу.

Требование, основанное на причинении материального ущерба преступлением, носит личный характер. Уступка требования по гражданскому иску другим лицам в уголовном процессе невозможна. Возможность совместного рассмотрения гражданского иска и уголовного дела, установленная законом, обусловлена, прежде всего, наличием единого юридического факта, лежащего в основе привлечения лица к уголовной ответственности.

Правовая реформа, проводимая в нашей стране, предопределила кардинальные перемены в российском законодательстве. Под влиянием новых условий социально-экономической жизни, гуманизации и демократизации общества растет процесс существенных изменений уголовно-процессуального законодательства.

Уголовно-процессуальное право – это система правовых норм с жесткой регламентацией процедуры уголовного судопроизводства, которая резко вторгается в сферу конституционных прав и свобод человека и гражданина. Поэтому одной из актуальных и трудно решаемых проблем в уголовном судопроизводстве является проблема защищенности лиц, участвующих в уголовном процессе. Недоста-

<sup>1</sup> Осокина Г.А. *Гражданский процесс. Учебное пособие, общая часть*. 2003.

<sup>2</sup> Рязановский В.А. *Едиство процесса, сборник, классика русской юридической литературы*. 1996.



точно четкая регламентация правового статуса участников процесса, в том числе гражданского истца, является одной из основных причин ущерба их прав и законных интересов.

В теории уголовно-процессуального права на протяжении длительного времени исследуется проблема правовой природы гражданского иска в уголовном процессе и его отраслевой принадлежности.

В настоящее время исследованию связано с проблемой защиты прав и законных интересов как потерпевшего, так и гражданского истца. Статья 52 Конституции РФ закрепляет право потерпевшего на возмещение причиненного ущерба, но практика свидетельствует о том, что отсутствие надежного механизма восстановления нарушенных прав и компенсации ущерба, причиненного преступлением, фактически оставляет потерпевшего в тяжелом положении просителя. Новые экономические и политические условия, в которых функционируют сегодня наше государство и общество, повышают значение всех имущественных прав личности, а вместе с этим возрастает значение частного начал в уголовном процессе.

Государство, признав человека и его интересы высшей ценностью, должно обеспечить и соответствующий уровень защищенности его прав и свобод, который бы отвечал требованиям международных стандартов.

Право на возмещение ущерба, причиненного преступлением, сегодня рассматривается, по крайней мере, в таких актах международных организаций, как Европейской Конвенции «О компенсации ущерба жертвам насильственных преступлений» (1983 г.) и принятой в 1985 году Генеральной Ассамблеей ООН Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотреблений властью.

В законодательстве Российской Федерации, между тем, данное право не отражено, а посему такое несоответствие нуждается в соответствующем устраниении.

Результатом всякого преступного деяния являются вредные изменения в охраняемых законом общественных отношениях. Эти изменения называют негативными последствиями, которые конкретно выражаются в ущербе, причиняемом объектам преступления, охраняемым как уголовным, так и другими отраслями права. Именно последствия преступления являются основным элементом его общественной опасности, а их характер определяется содержанием общественных отношений, которым данное преступление наносит ущерб.

Отсюда тяжесть реальных или возможных последствий является, по существу, основным показателем опасности преступного деяния, хотя понятно, что степень общественной опасности реально наступивших вредных последствий несравнимо больше, чем вероятность их наступления.

По своему характеру вредные последствия преступления весьма разнообразны. В одних случаях преступление причиняет вред жизни, здоровью граждан, их имуществу, в других - нарушает устанавливаемый в государстве порядок и так далее. Виду этого последствия можно классифицировать по различным признакам. Избрав в качестве классифицируемого признака наличие или отсутствие в результате совершенного преступления материального ущерба, его последствия можно разделить, прежде всего, на материальные и нематериальные.

Если нематериальные последствия (например, моральные или физические страдания), несмотря на всю их тяжесть и общественную опасность, определить количественно, измерить и загладить денежным эквивалентом не представляется возможным, то материальные выражаются, прежде всего, в имущественном ущербе, причиняемом в первую очередь материальным объектом (предметом) преступного посягательства, обладающим количественной характеристикой, и, соответственно, его можно выразить денежным эквивалентом, а значит, его можно устраним (загладить).

Однако необходимо отметить, что материальный ущерб как одно из вредных последствий совершения преступления возникает не только в результате посягательства на отношения собственности в форме определенных материальных объектов, но он может возникать и при посягательстве на личность гражданина и его права.

Направленные против жизни и здоровья граждан преступления (убийство, вред здоровью) влекут за собой вред, измеримый физическим, который прямым путем (непосредственно) невозможно возместить. Но вред физический, как правило, сопряжен с вредом материальным, то есть материальными утратами и расходами, которые были понесены потерпевшими в связи с потерей кормильца, утратой заработка, восстановлением здоровья и т.п. Кроме того, надо сказать, что причинение материального ущерба в результате совершенного преступления выступает в различных его составках по-разному. В одних случаях материальный ущерб составляет цель преступления (посягательство на собственность). В других - причинение материального ущерба составляет средство, с помощью которого достигается преступная цель (например, диверсия).

Нередко отношениям собственности причиняется вред по ходу посягательства на основной объект (например, хулиганство). Вредные имущественные последствия преступления - это результат противоправного деяния, которое одновременно является уголовным и гражданским правонарушением. При его совершении, таким образом, возникает два вида охранительных правоотношений - уголовных и гражданских.

Если в уголовном правоотношении правонарушителем (преступником) противостоит, с одной стороны, государство, с другой - потерпевший, то гражданско-правовые отношения возникнут между правонарушителем и тем или иным физическим или юридическим лицом, которому преступлением причинен материальный ущерб. Содержание последнего составляет право тех, кому причинен этот ущерб: гражданам, предприятиям, учреждениям, организациям, требовать от правонарушителя восстановления нарушенной преступлением имущественной сферы, с одной стороны, и корреспондирующая этому праву обязанность правонарушителя возместить ущерб - с другой. В первом случае реализуется уголовная ответственность, во втором - гражданско-правовая (имущественная).

В силу общегеро правила вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также юридическому лицу, подлежит возмещению в полном объеме лицом, его причинившим, кроме случаев, специально установленных законом (ст. 25 ГК РФ). Следовательно, в случае совершения преступления и причинения им материального ущерба возникшие при этом правовые отношения подлежат урегулированию на основании как уголовного права, так и норм отраслей материального права, регулирующих имущественную ответственность за причинение вреда. Именно реализация последних дает возможность устранить отрицательные имущественные последствия преступления, восстановить имущественную сферу потерпевших лиц в прежнем состоянии на компенсационной основе, то есть путем полного возмещения причиненного материального ущерба. Отсюда следует, что правоприменительная деятельность органов, ведущих уголовный процесс, сводится не только к привлечению лиц, виновных в совершении преступления, установлению оснований уголовной ответственности и, соответственно, принятию об этом решения, но в их задачу входит также принятие всех необходимых мер для быстрого и полного устранения.

Здесь мы разделим позицию тех ученых, которые считают, что субъектами уголовно-правового регулятивного правоотношения вы-

ступают не только государство и лицо, совершившее преступление, но и потерпевший.

Имущественные последствия преступления. Именно для этой цели и предусмотрен уголовно-процессуальный механизм правового регулирования, который устраняет эти последствия и должным образом призван защитить нарушенные преступлением имущественные права и интересы тех, кому причинен преступлением ущерб.

Вероятно, поэтому модель правового воздействия на преступное поведение должна включать не только субъекта (преступника), причинившего вред и подлежащего справедливому наказанию, но и потерпевшую от преступления сторону, которой такой вред должен быть в обязательном порядке компенсирован.

Отсюда можно заключить, что имущественно-правовая защита выступает одной из важных юридических гарантий обеспечения субъективных прав личности, а поэтому восстановление социальной справедливости означает не только соразмерность наказания за содеянное, но и соразмерность возмещения вреда причинителю. В целом такую защиту можно представить как комплексное правовое явление.

Восстановление нарушенного преступлением имущественного положения тех, кому причинен ущерб, достигается в уголовном процессе такими способами, которые можно разделить на две группы: исковые и неисковые. При этом исковый способ всегда реализуется гражданско-правовую ответственность, а неисковый - не только гражданско-правовую, но и уголовно-правовую, а также иные меры защиты нарушенного имущественного права. К первому способу защиты (исковому) относятся предъявление и разрешение гражданского иска в уголовном процессе (ст. 29 УПК РФ). А неисковые охватывают такие, например, способы, как: возмещение материального ущерба по собственной инициативе суда (ч. 4 ст. 29 УПК); возвращение органами, ведущими уголовный процесс, лицам, потерпевшим от преступления, незаконно отсужденного у них обвиняемым имущества - предметов преступного посягательства - реституция (п. 4 ст. 86 УПК).

Общепризнанно, что для правового государства характерно наличие высокого уровня обеспеченности прав и свобод человека, верховенство общечеловеческих ценностей. Ряд основополагающих международно-правовых актов, касающихся прав и свобод человека: Всеобщая декларация прав человека (1948 г.), Международный акт о гражданских и политических правах (1966 г.), Европейская Конвенция «О компенсации ущерба жертвам насильственных преступлений» (1983 г.), Декларация основных принципов правосудия для

жертв преступлений и злоупотребления властью (ООН, 1985 г.), предусматривают в рамках общей проблематики социально-правовой защиты жертв преступлений, возмещение ущерба. Именно это и явилось отражением правовой мысли правовой политики государств мира, а также прав и интересов граждан.

Возмещение ущерба - это отражение восстановления социального порядка, по сути, отражение сдержан системы правосудия. В заключительном документе Конгресса ООН по предупреждению преступности и борьбе с правонарушителями (Женева, 1-2 сентября 1975 г.) говорится: «...Символическое возмещение ущерба вряд ли сможет хотя бы частично компенсировать боль и страдания, перенесенные потерпевшими и их семьями, в особенности при отсутствии сочувствия и заботы со стороны общества».

Международное движение в защиту жертв преступлений достигло своих определенных высот в середине 80-х годов. Проблемам возмещения ущерба посвящены такие известные акты, как: Европейская Конвенция 1983 г. «О компенсации жертвам насильственных преступлений», принятые в 1985 г. Рекомендации Европейского комитета ООН по проблемам борьбы с преступностью.

Совместное рассмотрение гражданского иска с решением вопроса об уголовном обвинении позволяет обеспечить наиболее быстрое восстановление имущественных прав потерпевшего, гражданского истца, искло чаег вынесение противоречивых решений по одним и тем же вопросам и вместе с тем обеспечивает конституционную охрану прав потерпевшего.

Защите потерпевших от преступлений следует рассматривать как одно из ведущих направлений современной международно-правовой защиты жертв преступлений. А это означает, что необходимо говорить о существовании минимальных международных стандартов по обеспечению прав потерпевших от преступлений, а потому сегодня правомерно ставить вопрос: соблюдаются ли эти стандарты в законодательстве РФ, насколько адекватно и полно международно-правовые принципы защиты прав потерпевшего реализованы в нормах российского уголовного и уголовно-процессуального права?

Еще И. Я. Фойницкий в свое время отмечал, что гражданский иск в уголовном процессе «является элементом дополнительным, присоединяющимся, он лишь примыкает к уголовному обвинению, образует его стороннюю часть, отсюда подчиненная природа его».<sup>1</sup> Не-

<sup>1</sup> Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. - СПб., 1996. С. 167.

сомненно, что гражданский иск подлежит рассмотрению судом не иначе как совместно с уголовным делом, а всякое обстоятельство, устраняющее уголовное обвинение, устраняет из уголовного дела и гражданский иск. Следовательно, п. 4 ст. 73 УПК, называя обстоятельство, подлежащее доказыванию относительно характера и размера вреда, причиненного преступлением, ориентирует на доказывание не только уголовно-правовых оснований, раскрывающих причинение вреда непосредственно совершенным преступлением, но и создает уголовно-процессуальные предпосылки для признания лица гражданским истцом для обеспечения защиты прав истца в уголовном процессе. В этой связи группа обстоятельств, относящихся к гражданскому иску и подлежащая доказыванию по делу, должна включать в себя такую совокупность обстоятельств, которая бы позволяла более полно устанавливать основания гражданского иска и, соответственно, обеспечивать разрешение его судом.

Таким образом, гражданский иск выступает единым правовым понятием как для гражданского, так и для уголовного процесса. И правильно в этой связи писал В. М. Савицкий: «Сущность иска и в том, и в другом виде процесса одина».<sup>1</sup> Поскольку иск - одно из сдержанных понятий и один из центральных институтов гражданско-процессуального права, учение, о котором наиболее полно разработано в гражданско-процессуальной науке, то обращение к нему в науке уголовного процесса оправдано потребностью как самой науки, так и практики.

В теории гражданского процесса господствовало мнение, что гражданский иск - это есть обращение юридически заинтересованного лица к суду с просьбой о рассмотрении гражданско-правового спора и защите гражданских прав или охраняемых законом интересов. Существовала и другая точка зрения, которая исходила из наличия двух понятий иска: процессуального, то есть обращенного к суду требования как способа защиты права, и материального, как материально-правовое требование к ответчику.

В. Г. Даев, характеризуя взгляды ученых, высказал суждение, что не вызывает сомнения наличие у исковых требований материально-правового содержания, определяемого характером материальных правоотношений, однако содержание это не тождественно самому требованию, являющемуся процессуальным средством осуществления материального права и законодательства. «Иск - это проявление

<sup>1</sup> Савицкий В. М. Организация судебной власти в РФ. 1996.

деятельности, направленной на возникновение процессуальных отпущений и облегченной всегда в процессуальную форму».<sup>1</sup>

С позиции М.А. Турвича, в гражданском процессе можно говорить лишь об иске в процессуальном смысле, то есть как о процессуальном действии по возбуждению процесса. Относительно же материально-правового понятия можно говорить применительно только к гражданскому праву.

Гражданский иск, как заключают А.А. Добровольский, Д.М. Четоч, есть единое понятие, в котором органически соединены требования истца к ответчику (материально-правовая сторона) и требования истца к суду о защите права (процессуальная сторона).<sup>2</sup> С этим суждением, как представляется нам, следует согласиться и надлежит поддерживать его.

Утверждать, что гражданский иск в уголовном процессе есть институт как гражданского, так и уголовно-процессуального права, то есть наличествует межотраслевой институт.

Гражданский иск как участник уголовного процесса имеет особый правовой статус, который позволяет ему защищать свои права и законные интересы при разрешении заявленного им гражданского иска в уголовном процессе.

Производство по гражданскому иску в уголовном деле имеет свои особенности и дает гражданскому иску определенные преимущества по защите имущественных прав в отличие от гражданского судопроизводства.

Круг субъектов, выступающих в качестве гражданского истца в уголовном процессе, нуждается в связи с принятием нового гражданского законодательства в более четком определении; на принятие законного и обоснованного решения по гражданскому иску в уголовном деле оказывает влияние весь механизм обеспечения прав гражданского истца, который нуждается в совершенствовании с целью создания оптимальных условий для принятия правильного решения судом с обеспечением прав всех участников процесса. При разрешении гражданского иска на всех стадиях необходимо учитывать не только нормы уголовно-процессуального закона, относящиеся к разрешению гражданского иска, но и нормы гражданского процессуального закона, регулирующие процедурные вопросы, не отраженные в Уголовно-процессуальном кодексе. Лучшим способом разрешения сложившейся си-

<sup>1</sup> Давел В.Г. *Современные проблемы гражданского иска в уголовном процессе*. - Ленинград, 1972.

<sup>2</sup> Добровольский А.А. *Исковая форма защиты права*. - М., 1965. С. 12.

туации было бы всестороннее урегулирование порядка производства по гражданскому иску уголовно-процессуальными нормами.

В правовом государстве доступ к правосудию и право на правосудие гарантируется всем гражданам, что и провозглашено в ст. 52 Конституции РФ. Однако в новом УПК РФ 2001 года, вопреки этим требованиям, ограничено участие гражданского истца в кассационной инстанции и исключено фактически его участие при производстве по вновь открывшимся обстоятельствам, что неизбежно требует совершенствования этого закона: в частности, более четкого регулирования процедуры рассмотрения гражданских исков, заявленных в уголовном деле, при рассмотрении его в кассационном порядке и при пересмотре приговора, вступившего в законную силу.

Осуществление правосудия должно базироваться на неизблемости естественных прав человека и гражданина. В связи с этим для реализации права гражданина, понесшего имущественный вред от преступных действий, на его возмещение в полном объеме необходим совершенный правовой механизм, который предполагает наличие четкого внутринеогласованного и полного уголовно-процессуального законодательства и решения ряда организационных вопросов, обеспечивающих в целом правильное разрешение каждого уголовного дела.

Обеспечить неотвратимость справедливого наказания за содеянное, в кратчайшие сроки найти виновного, уличить его и наказать, да еще и соблести при этом права и законные интересы лиц и организаций, потерпевших от преступления, - это главная задача уголовного судопроизводства, с различной полнотой, более или менее успешно решаемая в различных странах. Жертва преступления, конечно же, является одной из центральных фигур уголовного процесса, но его предназначение различные правовые системы усматривают, прежде всего, в том, чтобы быть свидетелем обвинения. Специально для решения этой задачи в ряде государств разработана система мер защиты потерпевших и свидетелей. Наряду с этим общество всегда не сколько индифферентно относилось к проблемам возмещения жертвам преступлений материального и морального вреда.

Традиционно дискуссионный вопрос о правовом положении жертв преступлений приобретает развитие во второй половине XX столетия, когда было обращено внимание на защиту прав человека, обогатился новый импульс, результатом которого явились обостренный общественный интерес к полноценной защите прав потерпевших. В отдельных странах создаются организации и разрабатываются программы практической помощи жертвам преступлений. При этом уго-

ловная политика ориентируется на то, что для снижения уровня викариализации в любом обществе необходимо поставить жертву с ее социально-правовым статусом и законными интересами в центр процесса отправления правосудия, сбалансировать ее права с правами обвиняемого, всемерно способствовать снижению тяжести последствий преступления. Европейское сообщество принимает Европейскую конвенцию «О государственной компенсации ущерба жертвам насильственных преступлений» в 1984 году, рекомендацию «О месте потерпевшего в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве» в 1985 году, рекомендацию «О помощи жертвам преступлений и предупреждении виктимизации» в 1987 году. В 1985 году ООН принимает Декларацию «Об основных принципах отправления правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью». В последние годы во многих странах Европы, Америки и в Австралии были созданы достаточно продуктивные системы социальной и правовой защиты прав и интересов потерпевших от преступлений, в связи с чем не только повысился их правовой статус, но и сформировалось уважительное, заинтересованное отношение к их проблемам.

В соответствии с Декларацией основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 29 ноября 1985 года, лица, которым в результате преступного деяния причинен вред, включая телесные повреждения, моральный ущерб или существенное ухудшение их основных прав, должны иметь право на доступ к механизмам правосудия и скорейшую компенсацию причиненного вреда. Государства-члены ООН обязаны содействовать тому, чтобы судебные и административные процедуры в большей степени отвечали интересам защиты жертв преступлений путем обеспечения им возможности изложения своей позиции и рассмотрения ее судом на всех этапах судебного разбирательства, когда затрагиваются их личные интересы.

В международном праве судебная защита, как эффективное восстановление в правах независимым судом на основе справедливого судебного разбирательства, предполагается обеспечение соответственности и равноправия сторон, в том числе предоставление им достаточных процессуальных возможностей для защиты своих интересов при осуществлении всех процессуальных действий, результаты которых имеет существенное значение для определения прав и обязанностей.

В российском обществе движение в защиту прав и интересов жертв преступлений непопулярно и не получило столь интенсивного развития, как в других странах. Вместе с тем, в нашем государ-

стве введен, хотя, может быть, этого и недостаточно, ряд дополнительных мер правового регулирования, совмещенных с указанными международными актами.

Верховный совет РСФСР 22 ноября 1991 года принял Декларацию прав и свобод человека и гражданина, статья 33 которой провозгласила, что права жертв преступлений и злоупотреблений властью охраняются законом, а государство обеспечивает им доступ к правосудию и скорейшую компенсацию за причиненный ущерб. Действующая Конституция Российской Федерации (статья 52) установила, что права потерпевшего от преступлений и злоупотреблений властью охраняются законом, государство обеспечивает потерпевшим доступ к правосудию и осуществление конституционного права каждого на судебную защиту его прав и свобод.

Ради истины следует заметить, что в России даже в советские времена правовое положение потерпевших от преступлений было значительно worse, чем положение таких же жертв во многих других странах, где и до сих пор потерпевший присутствует в уголовном процессе не как самостоятельная фигура, а в качестве свидетеля или гражданского истца. Только согласно Федеральному закону 1990 года, жертвы преступления получили в США следующие права, многие из которых известны нашему законодательству, по крайней мере, последние сорок лет:

- на справедливое и уважительное отношение с соблюдением и достоинства личности и конфиденциальности;
- быть информированным о судебном заседании;
- представлять свои интересы и быть выслушанным на всех этапах рассмотрения дела;
- советовать с государственным обвинителем на всем протяжении судебного процесса;
- на возмещение ущерба виновным (право реституции);
- на информацию об обвиняемом: о вынесенном ему приговоре, об отбытии им наказания и освобождении из заключения.

Среди задач советского судопроизводства (статья 2 УПК РСФСР, далее именуемого УПК) не существовали положения, касающиеся защиты имущественных прав потерпевших. Однако потерпевшие традиционно допускались законом в уголовный процесс при рассмотрении конкретных уголовных дел, и решения о возмещении ущерба в той или иной форме, если к тому были основания, судами всегда принимались.

Сопоставление различных моделей правового регулирования пока вызывает, что в царской России судебные уставы признавали за лицами, потерпевшими от преступления, право предъявлять иск о воз-

награждения или в суде уголовном, для совместного рассмотрения с уголовным делом, или в суде гражданском, по окончании уголовного разбирательства (статьи 6 и 7 устава уголовного судопроизводства от 20 ноября 1864 года). При соединении гражданского иска с уголовным делом каждый из них сохраняет свою особую природу, а гражданский истец мог в любой момент процесса отказать от своего призывания, не оказывая этим никакого влияния на ход уголовного дела.

Факторный анализ проблемной ситуации в сфере борьбы с преступностью на современном этапе позволяет заметить, что осуществляется она в условиях, когда, совершив очередной поворот, российская экономика вновь стала на путь развития рыночных отношений и, наряду с этим, все более масштабный и агрессивный характер приобретает преступность. Отягощенная соответственно и последствия преступных действий, отчето страдают миллионы граждан (к сожалению, статистика не учитывает лиц, потерпевших от преступлений), равно как гражданских исптов, а также результаты разрешения исков, либо нам эти данные оказались недоступными).

Между тем, активного реформирования российского уголовного процессуального кодекса, на необходимость которого указывают в последние годы в своих публикациях практически все известные авторы исследований данной проблематики, не происходит.

Как ГПК РСФСР не содержал, так и современные процессуальные законы не содержат определения категории «иск». Теория гражданского процессуального права также не дает однозначного и четкого определения данного важнейшего правового понятия. Известно, по крайней мере, четыре концепции иска, сторонники каждой из которых находят законодательное подтверждение своих взглядов. Сложившаяся положение в теории гражданского процессуального права дает почву для споров, затрагивающих как правоприменение, так и законотворческий процесс. Еще с середины девятнадцатого века в теории немецкого процесса, а затем и в теории российского процессуального права получила развитие так называемая теория «судебного права», в рамках которой важное место отводилось иску. Иск рассматривался в качестве одной из правовых категорий, способных объединить различные процессуальные отрасли в единую отрасль - судебное право. До недавнего времени указанные взгляды можно было встретить только на страницах научной литературы.

С начала девятидесятых годов прошлого века теоретические взгляды на иск как на универсальное средство защиты права стали находить законодательное подтверждение. Так, Закон РСФСР от 10 июля

1992 г. №3266-1 «Об образовании» в п. 2 ст. 33 предусматривал положение, согласно которому отказ в регистрации образовательного учреждения, а также уклонение от нее могли быть обжалованы учредителем в суд путем подачи искового заявления. В соответствии с п. 13 ст. 33, отрицательное заключение экспертной комиссии, создаваемой государственными органом управления образованием и ли органом местного самоуправления в процессе лицензирования образовательной деятельности, и основанный на нем отказ в выдаче лицензии могли быть обжалованы учредителем в суд. Средством обжалования был назван иск. Положение п. 3 ст. 38 гласило: отказ государственной аггестационной службы в направлении рекламации на качество образования может быть обжалован в суд. Иск подлежал рассмотрению в суде по месту регистрации образовательного учреждения. В настоящее время Федеральным законом от 16.11.1997 г. №144-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в законы и иные правовые акты РФ в связи с принятием Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в РФ» и «Арбитражного процессуального кодекса РФ» данные положения закона «Об образовании» исключены.

Закон РСФСР от 22 ноября 1990 г. №348-1 «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» в ст. 7 также предусматривал исковой порядок обжалования решения районного (городского) Совета народных депутатов об отказе в предоставлении земельного участка. В 1993 году Указом Президента РФ от 24.12.1993 №2287 «О приведении земельного законодательства в соответствие с Конституцией РФ» ст. 7 Закона РФ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» была признана недействующей. В соответствии с ч. 2 ст. 138 Налогового кодекса РФ судебное обжалование актов и действий налоговых органов физическими лицами, не являющимися индивидуальными предпринимателями производится путем подачи искового заявления в суд общей юрисдикции. Данное положение закона действует в настоящее время.

Согласно ст. 46 Федерального закона от 28 августа 1995 г. №154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ» граждане, проживающие на территории муниципального образования, органы местного самоуправления и должностные лица органов местного самоуправления вправе предъявлять в суд иски о признании недействительными нарушающих права местного самоуправления актов органов государственной власти и должностных должностных лиц, органов местного самоуправления и должностных лиц органов местного самоуправления, предприятий, организаций и уч-

реждений, а также общественных объединений. Данное положение является действующим.

Возможны и другие примеры. Очевидно, что указанные положения предусматривают рассмотрение и разрешение споров, возникающих из публичных правоотношений в исковом порядке. Речь идет об обжаловании действий государственных органов, общественных организаций и должностных лиц, нарушающих права и свободы граждан.

Если в период перехода к советской власти в России не признавалось ничье частное, то, можно предположить, что с началом девятнадцатых годов двадцатого века сложилась прогипотетическая ситуация: «При отсутствии специальных норм, регулирующих имущественные отношения с участием публичных субъектов, последние стали широко использовать нормы гражданского законодательства, расценивая их исключительно на регулирование частноправовых отношений».

В дополнение к этому необходимо отметить, что проблема существенно институала участия истца и ответчика в гражданском судопроизводстве впервые рассматривается с учетом наметившейся с 1995 года тенденции к расширению рамок действия в гражданском процессуальном праве диспозитивных начал. «Правильное определение процессуального положения того или иного участника процесса имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение, так как служит правовым основанием предоставляемых ему законом процессуальных прав и обязанностей». Это справедливо утверждение И. М. Ильинской особенно актуально сейчас, во время проведения реформы права.

Принятие новых ГПК и АПК РФ не решило проблем, связанных с возможностью применения многих исковых инструментов в рамках производства по делам, возникающим из публичных правоотношений. В рамках данного исследования предпринята попытка разрешения актуального вопроса, касающегося возможности применения соотношения прав и обязанностей сторон искового производства, при производстве по делам, возникающим из публичных правоотношений.

В качестве предмета исследования выступают важнейшие категории гражданского процессуального права, такие как иск, исковое производство, производство по делам, возникающим из публичных правоотношений, гражданское процессуальное правоотношение, доказывание, защита прав неопределенного круга лиц. На основе изучения этих важнейших правовых понятий в их взаимосвязи сделаны выводы, касающиеся определения природы и правовой сущности участия истца и ответчика в гражданском судопроизводстве. Настоящее исследование проводится в целях определения сущности (характер-

ных черт), позволяющей выявить правовую природу участия истца и ответчика в гражданском судопроизводстве и выделить процессуальные фигуры истца и ответчика среди других участников гражданского судопроизводства. Выясняется также возможность осуществления правового статуса истца и ответчика в рамках судопроизводства по так называемому универсальному иску. Для достижения поставленных целей решаются задачи:

1. Иск - реализация истцом, как предполагаемым субъектом нарушенного или оспоренного субъективного права, законного интереса, предусмотренных законом процессуальных средств, направленная на достижение цели, способной удовлетворить его юридический интерес.

2. Изменение истцом предмета и основания иска, увеличение или уменьшение размера исковых требований - субъективные распоряжительные права истца, которые полностью обеспечены корреспондирующей обязанностью суда удовлетворить законное волеизъявление истца. Заявитель по делам, возникающим из публичных правоотношений, так же, как и истец, имеет возможность совершать аналогичные распорядительные правомочия, однако его право не обеспечивается соответствующей корреспондирующей обязанностью суда.

3. Отказ от заявления по всем категориям дел, возникающих из публичных правоотношений, не должен влечь за собой прекращения производства. Признание требований заявителя по делам, возникающим из публичных правоотношений, для суда обязательно. Суд в этих случаях всегда должен действовать исходя из интересов контроля над законностью деятельности органов власти, выяснять причины совершенного органом власти нарушения и принимать меры к их устранению.

4. Заклочение мирового соглашения возможно только в исковом производстве.

5. Доказывание нужно рассматривать в качестве права истца и ответчика, интерес в надлежащем осуществлении которого обусловлен решающим влиянием его результатов на исход всего процесса по конкретному делу.

6. В производстве по делам, возникающим из публичных правоотношений, доказывание является правом только для заявителя. Для ответчика по делам, возникающим из публичных правоотношений, доказывание - обязанность, обладающая всеми признаками юридической обязанности.

7. Иск в защиту прав неопределенного круга лиц - юридическая конструкция, природой которой не является исковой. Для эффективного применения данной конструкции необходимо, чтобы заявления

в защиту прав неопределенного круга лиц рассматривались судом по правилам производства по делам, возникающим из публично-правовых отношений.

8. Возможно использование института судебного приказа для удовлетворения бесспорных требований о возмещении материального ущерба поперевших от противоправной деятельности субъекта, совершенной в отношении неопределенного круга лиц и подтвержденной судебным решением по заявлению о защите прав неопределенного круга лиц.

Современная судебная практика сталкивается с рядом проблем, вызванных несогласованием действующего законодательства, отсутствием сбалансированных друг с другом материально-правовых и процессуальных процедур, внутренней несогласованностью процессуального законодательства. В результате диссервационного исследования предполагается решить принципиальный вопрос о возможности применения иска в качестве универсального средства защиты субъективных прав и законных интересов, возникающих из правоотношений, находящихся за пределами частноправового режима правового регулирования. Разрешение этого вопроса приобрело особую актуальность на современном этапе развития российского общества, во время правовых реформ, в течение которых принимаются важнейшие законодательные акты, создание и применение которых должно иметь единую принципиальную основу во избежание противоречий и ошибок, в целях эффективного функционирования новой правовой системы России.

## ЮРИДИЧЕСКАЯ (ПРАВОВАЯ) ЭКСПЕРТИЗА КАК ФОРМА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

*Домкина Е. В. - ст. преподаватель кафедры гражданского права и  
процесса*

«Юридическая (правовая) экспертиза» как форма использования специальных знаний имеет довольно давнюю историю в уголовном процессе. Еще в 40-х годах XX века велась дискуссия о носителе права судебно-медицинских экспертов констатировать, что имело место в конкретном случае: убийство, самоубий-

ство или несчастный случай, умышленное или неосторожное причинение вреда; устанавливать членовредительство; определять степень тяжести телесных повреждений, состояние вменяемости. Ведомственные нормативные акты ковенно допускали решение подобных вопросов путем назначения экспертизы. Например, приказ Главного судебно-медицинского эксперта от 29 февраля 1956 г. №306 фактически подтверждал право врача-эксперта определять род насильственной смерти, на что и опирались некоторые ученые и практики<sup>1</sup>.

В более поздней литературе такое положение дел по очевидным причинам осуждалось; с тех пор и до последнего времени практически все ученые единодушно сходились на том, что постановка перед экспертом юридических вопросов недопустима<sup>2</sup>. Та же позиция поддерживалась и в разъяснениях Пленума Верховного Суда РФ по уголовным делам. Полагаясь на Верховный Суд РФ, большинство авторов так же однозначно указывали на недопустимость правовых экспертиз, аргументируя свою точку зрения тем, что вопросы юридического характера выходят за пределы экспертной компетенции. «Вопросы, которые ставятся перед экспертом в постановлении, для разрешения должны требовать специальных знаний и не должны носить правового характера. Правовые вопросы обязаны разрешать должностное лицо, осуществляющее производство по уголовному делу»<sup>3</sup>. Сейчас на страницах периодической печати вновь разгорелись дискуссии о возможности назначения так называемой «правовой» экспертизы в уголовном процессе.

Одни авторы<sup>4</sup> убеждены, что правовая экспертиза просто необходима, поскольку наше законодательство пестрит нормами с бланкетными диспозициями и ни один юрист не может в точности помнить все, на что имеются ссылки. Другие<sup>5</sup> же по-прежнему называют такую практику «порочной», так как следователь (суд) не вправе перекладывать юридические вопросы, поставленные на его разрешение, на плечи другого юриста.

1 Дудов А. В. Вопросы теории судебной экспертизы в советском уголовном процессе. [Текст] - Минск, 1959. С. 139-140.

2 См., напр.: Палашицкий А. Я. Экспертиза в суде по уголовным делам. [Текст] - М., 1973. С. 22-23.

3 Победкин А. В., Яшин В. Н. Уголовный процесс. Учебник. / Под ред. В. Н. Григорьева. [Текст] - М., 2004. С. 347.

4 Валакшин В. Заключение эксперта как средство доказывания по уголовному делу. [Текст] // Законность. 1999. №1. С. 25.

5 Кордаков Ю. Допустимы ли правовые и юридические экспертизы в уголовном процессе. [Текст] // Законность. 2000. №1. С. 39.



Еще Н.А. Терновский, ссылаясь на решение Правительствующего Сената, отмечал: «Эксперты не могут быть спрашиваемы по каким предметам, которые подлежат непосредственному ведению суда, или высказывать мнение о доказанности подсудимым преступного деяния, или определять квалификацию деяния»<sup>1</sup>. В данном высказывании прослеживается прямой запрет на вмешательство эксперта в правовую компетенцию суда. Многие авторы в настоящее время поддерживают эту позицию<sup>2</sup>.

Сторонники этой точки зрения<sup>3</sup> опасаются (и надо признать, не без основания), что делегализация «правовых» экспертиз в процессе, вполне вероятно, приведет к тому, что судьи будут охотно возлагать функции по установлению юридических обстоятельств дела на лиц, которые не являются даже субъектами доказывания и уж тем более не наделены правом выносить свои суждения по делу.

Но и в этой группе ученых нет полного единодушия. Камнем преткновения для них является проблема назначения экспертиз по вопросам нарушения специальных правил (правил охраны труда, охраны недр, пожарной безопасности, безопасности горных работ, дорожно-транспортных происшествий или разработок угольных месторождений и т.д.). С одной стороны, чтобы разбираться в них, совершенно очевидно, необходимы специальные знания, то есть экспертная оценка; с другой стороны, правила - это нормативный акт, применение и толкование которого - прерогатива суда. П. Яни полагает, что не все вопросы, касающиеся применения таких правил, относятся к специальным. Можно, например, спросить эксперта, была ли у водителя техническая возможность предотвратить наезд, в то же время постановка перед экспертом вопроса о нарушении таких правил недопустима, так как по сути это «вывернутый наизнанку» вопрос о правовой квалификации действий или бездействия<sup>4</sup>. Данная позиция, безусловно, заслуживает внимания, но остается несбытым, по каким критериям следует относить проблему к юридической либо специальной и определять, чего в ней больше: правового или техни-

ческого. Как правило, в подобных случаях и то, и другое сочетается примерно одинаковых пропорциях.

Сложность, по мнению И.И. Трапезникова, состоит в том, что большинство научно-технических и профессиональных правил, унифицирующих и регулирующих порядок осуществления деятельности в различных сферах, закреплены в нормативно-правовых актах и ими санкционированы. То есть, многие нормы, по содержанию научно-технические и профессиональные, по форме являются правовыми<sup>1</sup>.

В технической норме определяется правило должностящего поведения людей с предметами природы, орудиями труда и различными техническими средствами, которые вырабатываются на основе законов развития природы, техники. Социальная норма определяет границы поведения индивида, коллективных образований, рамки дозволенного<sup>2</sup>. То есть, социальные нормы - это нормы, регулирующие общественные отношения. Норма права - это разновидность социальных норм.

В течение длительного времени социальное и, следовательно, как его разновидности, правовое содержание технико-юридических норм отличалось. Они рассматривались в качестве технических. По мнению А.Ф. Шабанова, все правила, которыми руководствуются люди, делаются на нормы технические и нормы социальные.<sup>3</sup> Тем самым различие между ними абсолютизировалось. Внесколько смяченной форме такого взгляда придерживались Н.Г. Александров, П.Е. Недабайло и др.<sup>4</sup> В начале 60-х годов началась переоценка природы указанных норм.<sup>5</sup>

Так, с точки зрения А.Ф. Черданцева, технические нормы есть совокупность правил поведения, «которые определяют меру поведения людей по отношению к природе, орудиям и средствам производства и другим предметам внешнего мира, регламентируют производственные процессы, устанавливают приемы и методы технических действий, требования к конструкциям орудий производства, качественным показателям производимой продукции, сырью, материалам и т.д.»<sup>6</sup> С.С. Алексеев подчеркивает важное теоретичес-

1 Терновский Н.А. Юридические основания к суждению о силе доказательстве и мысли из речей Председателя Верховного уголовного дела: пособие для юристов-практиков и присяжных заседателей. [Текст] - Тула, 1901, С. 58.

2 Данилов Е.П. Автомобильные дела: административные, уголовные, гражданские экспертизы. [Текст] - М., 2004, С. 535; Орлов Ю.К. Заключение эксперта и его оценка по уголовным делам. [Текст] - М., 1995, С. 6.

3 Статус В.Ф. О правовой экспертизе и юристах «второго сорта». [Текст] // Российская юстиция. 2006. №1. С. 47.

4 Яни П. «Привода» экспертиза в уголовном деле. [Текст] // Законность. 2001. №9. С. 23.

1 Трапезникова И.И. Специальные знания в уголовном процессе России [Текст]. - Челябинск: Издательство ООО «Полиграф - Мастер», 2006. С. 122.

2 Теория государства и права: Курс лекций. / Под ред. Н.И. Матушова и А.В. Малько. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Юристъ, 2000. С. 377.

3 Шабанов А.Ф. Форма советского права. - М., 1968. С. 120.

4 Недабайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы. - Львов, 1959. С. 41.

5 Полежаев П.Г., Шлегелов В.С. О соотношении юридических и технических норм в социалистическом обществе. // Советское государство и право. 1960. №10. С. 25.

6 Черданцев А.Ф. Технико-юридические нормы в советском праве. Автореф. канд. дис. - Свердловск, 1963. С. 5.

кое значение сформулированного в процессе обсуждения вывода о технических нормах как о правовых.<sup>1</sup>

Учитывая социальную природу технико-юридических норм, следует различать, по нашему мнению, технико-социальные нормы и технические требования. Существуют такие технические нормы, которые являются непосредственным выражением объективных закономерностей природы. Например, нормы давления, нормы теплоты объективно существующие нормы. Социальные технические нормы есть результат использования следних в процессе преобразующей деятельности человека, который создает на их основе нормы и нормативы работы оборудования, нормативы затрат человеческого труда и т.д. Данные нормы - результат сознательной деятельности человека. Понятие «технические требования» выражает лишь объективные свойства вещей и природных процессов, с которыми сталкивается человек в производственной деятельности. Данное понятие в известной степени условно, оно выражает количественную сторону свойств вещей и природных процессов.

Технико-юридические нормы как правовые нормы с материально-вещественным содержанием имеют более широкий объект воздействия. Регламентируя функционирующие средства и предмет труда, а также целесообразную деятельность, технико-юридические нормы как необходимые составные производственного процесса воздействуют тем самым на отношения между людьми, складывающиеся по волеу организации научно-технического прогресса и непосредственных процессов производства.

Правовому регламентированию подлежат, прежде всего, целесообразная деятельность человека, в чем в наибольшей степени проявляется общественная природа технико-юридических норм, их связь с собственно правовыми нормами. Это нормы времени, нормы обслуживания оборудования, нормы выработки и др.<sup>2</sup>

При помощи технико-юридических норм, регламентирующих процесс функционирования орудий и предметов труда, определяются условия, в которых протекает целесообразная деятельность. В частности, они обуславливают нормирование различных видов труда: нормы выработки зависят от типоразмеров данного вида оборудования, от характера технологического процесса и т.д. Правовые нормы с материально-вещественным содержанием, регламентируя

деятельность людей в непосредственном процессе производства и в сфере управления им, также определяют границы их поведения.

Таким образом, возможно утверждение, что в том случае, если норма представляет собой технические требования, данный вопрос может быть поставлен на разрешение эксперту, если технико-социальные - на разрешение специалиста.

Следует отметить, анализ научной литературы также показывает, что нередко является мнение: юридические знания не являются специальными. Это заключение большинством авторов делается на основании анализа формулировок соответствующих статей кодексов - УПК, ГПК, АПК<sup>3</sup>.

В.И. Шиканов отмечает, что из понятия «специальные знания» исключаются общеизвестные знания, а также познания в области права<sup>4</sup>. В.П. Зезьянов прямо пишет, что: «Специальные знания - это любые правовые в своей основе знания, используемые в процессе раскрытия, расследования и предупреждения преступлений путем привлечения по инициативе субъекта доказывания соответствующих специалистов, на основании норм уголовно-процессуального закона, и в связи с установлением необходимости использования специальных знаний, которые могут быть неизвестны широким общественным массам»<sup>5</sup>.

Однако, по мнению Е.Р. Россинской, «...в настоящее время судья, следователь, лицо, производящее дознание, ... как правило, обладают знаниями только в определенных отраслях права и не могут в необходимой степени ориентироваться во всех тонкостях современного обширного законодательства, которое к тому же постоянно изменяется и развивается»<sup>4</sup>.

Кроме того, В.Н. Махов проводит разграничение между профессиональными знаниями судьи и правовыми знаниями. В частности, он отмечает: «Профессиональные знания судьи - это правовые знания. Но далеко не все... Выго бы неправильным игнорировать углубленные познания юристов, специализирующихся в какой-то узкой сфере правовой деятельности...»<sup>5</sup>.

1 Дятлов А.Г. Экспертиза в гражданском процессе. [Текст] - М.: Спарк, 1995; Додин Е.В. Доказательства в административном процессе. [Текст] - М.: Юридическая литература, 1973.

2 Шиканов В.И. Проблемы использования специальных знаний и научно-технических новшеств в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. д-ра юрид. наук. [Текст] - М., 1980. С. 23.

3 Зезьянов В.П. Роль, место и значение специальных знаний в криминалистике: автореф. дис... канд. юрид. наук. [Текст] - Ижевск, 1994. С. 9.

4 Россинская Е.Р. Специальные познания и современные проблемы их использования в судопроизводстве. [Текст] // Журнал российского права. 2001. №5. С. 35.

5 Махов В.Н. Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений. [Текст] - М., 2000. С. 46-47.

1 Алексеев С.С. О переработки советского права в систему норм коммунистического общества. // Советское государство и право. 1963. №5. С. 18-25.

2 Островский Л.Я. Нормирование труда рабочих и служащих. - Минск, 1976. С. 20.

П. Яни, приходя к заключению о недопустимости использования познаний правоведов для проведения судебной экспертизы, тем не менее, отмечает, что «без участия «глубокого» специалиста в области юриспруденции правоприменителю весьма сложно принять обоснованное решение... И здесь в помощь следователю и судье должны быть призваны «глубоко специализированные» сотрудники научных ведомств, а также методических подразделений...»<sup>1</sup>. Аналогичной точки зрения придерживаются также А. Кудрявцева и Ю. Лившиц<sup>2</sup>.

Не случайно, по нашему мнению, правовая (юридическая) экспертиза стала реальностью в отдельных сферах общественного бытия<sup>3</sup>. Существуя в настоящее время и практические рекомендации по проведению юридической экспертизы<sup>4</sup>. Поэтому очень важно четко определить с содержанием понятия «вопросы юридического характера» (или уже усложняющегося в публикациях термина «правовая экспертиза») и уже исходя из этого решать, нужен ли запрет на них.

Ни в литературе, ни в нормативных актах нам не удалось найти удовлетворительных определений. Все исследователи данного вопроса, допуская возможность привлечения специалиста для решения правовых вопросов или, напротив, возражая против этого, не указывают, что они понимают под «правовым вопросом». Можно встретить, например, такое понимание «юридических знаний»: «Это положение, вытекающее из принципов... процесса, подтвержденное многолетней советской практикой»<sup>5</sup>. Это определение носит самый общий характер; под него можно подвести любое положение, так или иначе связанное с уголовным процессом. Некоторые попытки подробнее раскрыть это понятие делаются и другими специалистами в области уголовного процесса. Например, А.В. Дулов предлагал относить к правовым знаниям уголовно-правовую квалификацию: действия (бездействия), установление состава состава преступления (субъект, объект, субъективная сторона, объективная сторона) и наличие или отсутствие действий, тер-

1 Яни П. «Правовая» экспертиза в уголовном деле. [Текст] // Законность. 2001. №9. С. 24.

2 Кудрявцева А., Лившиц Ю. Доклад экспертное значение «правовых» экспертиз в уголовном процессе. [Текст] // Российская юстиция. 2003. №1. С. 31.

3 П. 9 Постановления Правительства РФ от 15 апреля 2000 г. №317 «О совершении во-вации законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации» [Текст].

4 Приказ Минюста РФ от 26 февраля 2002 г. №59 «Об утверждении Рекомендаций по проведению юридической экспертизы нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации» [Текст].

5 Крылов И.Ф. Судебная экспертиза в уголовном процессе. [Текст] - Л., 1963. С. 188.

минологически определяемых уголовным законодательством как состав преступления («хулиганство», «распространение порнографических изданий» и т.п.)<sup>1</sup>. Нельзя не признать несомненную научную ценность данного предположения. Однако, по нашему мнению, это слишком узкое определение, кроме того, оно больше характеризует знания правоприменителя.

Нам представляется, что в общем правовые знания можно определить как знания, вытекающие из норм и принципов соответствующей отрасли законодательства, а также практики их применения.

Кроме того, в понятие «правовая экспертиза» также вкладывается различный смысл. Как отмечают А. Кудрявцева, Ю. Лившиц, «под понятием «правовая экспертиза» подразумеваются совершенно различные по характеру специальные (профессиональные) исследования»<sup>2</sup>.

Во-первых, как указывают авторы, «правовой экспертизой называл случаи обращения следователей и судей к специалистам-ученым в области уголовного и уголовно-процессуального права в сложных случаях квалификации деяния. Результатом таких исследований является заключение ученых по конкретному делу».

Во-вторых, ею назывался обращение с целью правовой квалификации деяния к специалистам в области гражданского, финансового, налогового права за разъяснениями таких понятий, как «предпринимательская деятельность», «доход от предпринимательской деятельности», «имуущество».

В-третьих, правовыми экспертизами также называют экспертизы, предметом которых являются ответы на вопросы о соответствии действий должностного лица определенным правилам, закрепленным в нормативно-правовых актах. Например, в законе чении экспертизы могут содержать указания на нормативные акты, регламентные процедуры производственную организацию-хозяйственную деятельность, на несоответствие или соответствие (по объективным признакам) профессионального поведения людей требованиям указанных нормативных актов, а также указание на причинную связь между несоблюдением инструкций, регламентирующих профессиональную деятельность, и наступлением вредных последствий. Представляется, что подобного рода экспертизы нельзя назвать правовыми, так как содержанием нормативно-правовых актов являются

1 Дулов А.В. Права и обязанности участников судебной экспертизы. [Текст] - Минск, 1962. С. 38-39.

2 Кудрявцева А., Лившиц Ю. Доклад экспертное значение «правовых» экспертиз в уголовном процессе. [Текст] // Российская юстиция. 2003. №1. С. 36.

сведения специального характера, правовой является только форма инструкций (правил, положений)»<sup>1</sup>.

Некоторые авторы полагают, что экспертиза в области права возможна только в практике Конституционного Суда Российской Федерации, но не в уголовном процессе<sup>2</sup>. Данная позиция, по нашему мнению, не соответствует сложившейся практике, которая показывает, что специализованные в отдельных областях юриспруденции давно уже привлекают для дачи консультаций, как письменных, так и устных, по материалам уголовных дел, а также для проведения юридических экспертиз, в случаях, когда специалист дает консультацию в письменной форме, как правило, в виде справки, которая приобщается к материалам уголовного дела в качестве документа или письменных доказательств.

Как и ранее действовавший УПК РСФСР, новый УПК РФ не содержит указаний о запрете ставить эксперту на обосуждение правовые вопросы как не входящие в его компетенцию. Подобные трактовки обычно даются в комментариях к соответствующим статьям УПК РФ на основании выработанной советским процессуальным правом и действующей много лет презумпции: «Судьи знают право»<sup>3</sup>. Еще в 1971 году Пленум Верховного Суда СССР разъяснил, что «судьи не должны допускать постановку перед экспертом правовых вопросов, как не входящих в его компетенцию (например: имел ли место хищение либо недостача, убийство или самоубийство и т. п.)»<sup>4</sup>.

По мнению Е.Р. Россинской, такой подход является устаревшим<sup>5</sup>. Как совершенно справедливо отмечает Ю.А. Тихомиров, «право - не застывший формализованный свод правил. Оно изменяется и развивается по мере развития общества и государства»<sup>6</sup>.

Как уже было сказано, нигде в законах прямо не указывается, что юридические знания не могут быть специальными. Так допускает ли законодатель разрешение в ходе судебной экспертизы правовых вопросов? На уровне уголовно-процессуального и других законов прямого ответа не найти: в ст. 78 УПК РСФСР говорилось о специальных

знаниях в науке, технике, искусстве или ремесле. Ту же расшифровку этого понятия воспроизводит и УПК РФ, и Федеральный закон от 31 мая 2001 года №73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации».

В настоящее время становится вполне реальной ситуация, когда российским судом будет получено заключение правовой экспертизы или же соответствующий запрос иностранного судебного органа, целью которого будет получение судебного доказательства по делу - экспертного заключения по вопросам права.

Проведенный Е.Р. Россинской<sup>1</sup> анализ ряда уголовных и гражданских дел показывает, что такие суждения, высказываемые учеными-юристами, приобщались к материалам дела как по инициативе защиты, так и обвинения. Чем сложнее дело, тем в большей степени успешность его разрешения зависит от использования специальных юридических знаний. Практика показывает, что незнание следователями и судьями тонкостей современного законодательства зачастую приводит к «развалу» уголовного дела. И причина в данном случае не в их некомпетентности, не в том, что они не воспользовались какой-то справочной литературой. Она в том, что для ответов на возникающие вопросы недостаточно только найти нужный нормативный акт и изучить его, но во многих случаях необходимо знать специфику данной области права.

Представляется, что назрела необходимость узаконить производство правовых (или же юридических) экспертиз в тех случаях, когда для установления истины по уголовному или гражданскому делу необходимы исследования с использованием специальных юридических знаний, которыми не обладают следователь, суд. Безусловно, это не означает, что такие экспертизы должны назначаться по каждому поводу и знание права для следователей или судей теперь вообще обязательно.

Таким образом, исходя из складывающейся практики и анализа уголовно-процессуальной и криминалистической литературы, следует, на наш взгляд, поддерживать мнение тех ученых, которые предлагают узаконить разрешение правовых (юридических) вопросов специалистами в тех случаях, когда для установления истины по уголовному делу необходимо применение специальных юридических знаний, которыми не обладают органы расследования<sup>2</sup>. К тому же

1 Кудрявцева А., Лившиц Ю. Доказательственное значение «правовых» экспертиз в уголовном процессе. [Текст] // Российская юстиция. 2003. №1. С. 37.

2 Коршунов Ю.Г. Допустимы ли правовые и юридические экспертизы в уголовном процессе. [Текст] // Законность. 2000. №1. С. 39.

3 Трещиников М.К. Указ. соч. С. 235.

4 Постановление №1 Пленума Верховного Суда СССР от 16 марта 1971 года «О судебной экспертизе по уголовным делам» [Текст] // СПС Консультант Плюс.

5 Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе [Текст]. - М.: Норма, 2005. С. 16.

6 Тихомиров Ю.А. Коллизииное право. [Текст]. - М.: ЮрИнформцентр, 2000. С. 11.

1 Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе [Текст]. - М.: Норма, 2005. С. 26.

2 Россинская Е.Р. Специальные позиции и современные проблемы их использования в судопроизводстве. [Текст] // Журнал российского права. 2001. №5. С. 9.

это не будет противоречить уголовно-процессуальному законодательству, поскольку оно не содержит запретов на их использование.

Может возникнуть закономерный вопрос о том, какова же роль судьи (суда) в ситуации, когда у него «на руках» не мнение специалиста в области права, а заключение по вопросам права? Здесь следует отметить следующее. Во-первых, данное заключение - только одно из доказательств по делу и оценивается по существующим правилам. Во-вторых, «правовая экспертиза» наряду с другими доказательствами оценивается в совокупности, поэтому не может предвосхитить окончательную оценку и выводы суда (судьи).

Введение в практику правоприменения подобных заключений специалистов-юристов, по нашему мнению, является естественным следствием усложнения правового регулирования общественных отношений. Однако ввиду противоречия существу взаимоотношений суда и экспертов данное заключение не является заключением эксперта. Попробуем определиться, в какой форме будет целесообразно разрешать вопросы правового характера.

И. Н. Лукьянова считает возможным как экспертизу по правовым вопросам, так и участие специалиста. Она предлагает следующие критерии, отграничивающий экспертизу по правовым вопросам от заключения специалиста по правовым вопросам: специалист не должен решать вопрос о применимости конкретной нормы права к рассматриваемому делу или о том, каким образом эта норма должна применяться в данном случае<sup>1</sup>. Однако мы позволим себе не согласиться с данной точкой зрения, поскольку вопрос о применении нормы закона могут решать только правоприменители: следователи, судьи. А значит, вопрос о применении нормы не может решать ни специалист, ни эксперт.

Мы считаем, что данный документ по своему процессуальному статусу является ничем иным, как заключением специалиста. Для подтверждения данного вывода необходимо обратиться к различиям между заключениями эксперта и специалиста.

В своем заключении эксперт представляет содержание исследованных и выводы по вопросам, поставленным перед ним лицом, ведущим производство по уголовному делу, или сторонами (ч. 1 ст. 80 УПК РФ). В заключении специалиста отражается суждение по вопросам, поставленным перед ним сторонами (ч. 3 ст. 80 УПК РФ).

Экспертиза назначается при необходимости проведения специальных исследований; суждения специалиста будет достаточно тогда, когда ответить на вопросы, требующие специальных знаний, можно без производства специальных исследований. Таким образом, после получения необходимых сведений от специалиста суд получает возможность самостоятельно ориентироваться в интересующем его вопросе.

Указанные отличия дают основание полагать, что «правовые экспертизы», встречающиеся в судебной практике, по своей сути являются заключениями специалистов, помогающих суду ориентироваться в специфической и малоизвестной области правового регулирования. Для изложения суждения по правовому вопросу не требуется проведение специальных исследований, а значит, разрешать правовые вопросы необходимо в форме заключения специалиста. Другими словами в пользу данной позиции могут послужить также те обстоятельства, что Постановление Верховного Суда СССР от 16 марта 1971 года «О судебной экспертизе по уголовным делам» запрещает постановку эксперту правовых вопросов, но ничего не говорит о постановке правовых вопросов специалисту, а кроме того, несоответствующим научно разработанным и апробированным методик по проведению «правовых экспертиз». Поскольку заключение специалиста - это представленное в письменном виде суждение, по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами (ст. 80 УПК РФ), то вместо «правовой экспертизы» нами предлагается для введения новый термин - «правовое суждение».

Таким образом, напрашивается вывод, что: разделение между «правовым» и «неправовым» вопросом в рамках уголовно-процессуального права возможно с определенной долей условности. Эксперт и специалист, отвечая на вопрос юридического характера, не должны осуществлять квалификацию деяния. «Правовые экспертизы», которые по своей форме носят правовой, однако по содержанию специальный, то есть технический характер, не будут правовыми. Это, допустим, экспертизы, проводимые по делам о нарушении правил техники безопасности в различных видах работ и т. д.

Подводя итог сказанному, можно сказать, что разрешение правовых вопросов в форме заключения специалиста не только возможно, но и необходимо. Однако при этом обязательно соблюдение определенных условий:

- разрешение правовых вопросов на данном этапе развития уголовно-процессуального законодательства возможно только в рамках дачи заключения специалистом;

<sup>1</sup> Лукьянова И. Н. Экспертиза в арбитражном процессе. [Текст] // Защита прав граждан и юридических лиц в российском и зарубежном праве (проблемы теории и практики): сборник статей и тезисов аспирантов и молодых ученых. - М., 2002. - С. 134.

- круг специальных знаний специалиста должен быть ограничен именно специальными юридическими знаниями в области специального права (знание положений соответствующих отраслей российского законодательства - о налогах и сборах, о бухгалтерском учете, о валютном регулировании и валютном контроле и других отраслей), то есть знанием специальных правил, имеющих статус правовых норм; - специалист ни при каких условиях не должен решать вопросы, которые относятся к исключительной компетенции правоприменителя (установление состава преступления, наличие вины и тому подобное) - лиц или органов, назначающих судебно-экономическую экспертизу или оценивающих ее результаты.

## СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ХАРАКТЕРИСТИКИ УМЫСЛА

*Плотников А.И. - зав. кафедрой уголовного права и криминологии, к.ю.н., доцент*

Умышленные преступления в сравнении с неосторожными представляются повышенной опасностью, поскольку лицо при их совершении сознательно причиняет существенный вред охраняемым общественным отношениям. Установление наличия умысла имеет важное значение для квалификации преступлений и индивидуализации наказания. Так как юридическая оценка осуществляется в строгом соответствии с законом, не менее важна точность законодательной характеристики умысла.

Как показывает практика применения уголовного закона, юридически признаки умысла не во всем являются достаточно совершенными. Законодательная характеристика умысла вк.л.очаает сознание общественной опасности деяния, предвидение возможности или неизбежности наступления общественно опасных последствий и желаниа или их допущения (ст. 25 УК РФ).

Все названные элементы умысла делают на интеллектуальные и волевые. К первым относят сознание опасности деяния и предвидение последствий, ко вторым - желание и допущение.

Прежде всего, следует отметить, что выделение в умысле интеллектуального и волевого моментов является формально-логическим, а не существенным. Иными словами, это познавательный прием, облегчающий усвоение содержания умысла, поэтапное установление его, искажающее в известном смысле единую психологическую реальность, разрывом на якобы две составляющих. Последнюю нельзя представлять как некий механизм, в котором интеллект, воля, мотивы, цели, эмоции выполняют роль «винтиков» и «шестеренок». Они, скорее, являются различными функциональными проявлениями единой и целостной психики. ЕлсеГельс говорил, что нельзя представлять себе, «что человек с одной стороны мыслящий, а с другой - волящий, что у него в одном кармане мышление, а в другом - воля, ибо это было бы пустым представлением», и заключал: «Различие между мышлением и волей - лишь различие между теоретическим и практическим мышлением, онине представляет двух способностей - воля есть особый способ мышления (курс. мой - А.И.) - мышление как перемещающее себя в наличное бытие, как влечение сообщать себе наличное бытие», «то, что я хочу»<sup>1</sup>.

Некоторые криминалисты критикуют сложившиеся в науке представления о разделении интеллектуальных и волевых признаков умысла. По их мнению, законодательные признаки умысла воспроизводит интеллектуальные моменты, которые раскрывают не столько волю субъекта, сколько его сознание. Они полагают, что признак допущения и даже желания, не говоря уже о расчете на предотвращение при легкомыслии являются интеллектуальными и считают, что все это в конечном счете ведет к объективному вменению.<sup>2</sup>

На наш взгляд, указанные авторы преувеличивают значение этого вопроса. Как было сказано, деление элементов на интеллектуальные и волевые относительно, а в известном смысле искусственно. Оно имеет смысл только в рамках формально-логической формулы, то есть только для того, в какой последовательности они устанавливаются. С точки зрения же самой, отражаемой этими понятиями реальности, ее содержания и сущности, совершенно не имеет никакого значения, отнесем ли мы их к интеллектуальным или к волевым моментам. И тот, и другой момент являются определенными тенденциями единого сознания как психического акта. Если мы признаем их наличие, то наименование ничего в нашем представлении не меняет.

<sup>1</sup> Гельс. *Философия права*. - М., 1999.

<sup>2</sup> Назаренко Г.В. *Вина в уголовном праве*. - Орел, 1996. С. 44; См. также: Лунев В.В. *Предпосылки объективного вменения и принцип виновной ответственности*. // *Юридическое и право*. 1992. №9. С. 58.

Не имея возможности подробно разбирать конкретные суждения критикующих авторов, отметим, что в их сути лежит неосновательное противопоставление воли и сознания, тогда как в реальном психическом акте они образуют органическое единство. Не случайно С.Л. Рубинштейн, к которому обращаются за поддержкой сторонники этого подхода (неточно интерпретируя, по нашему мнению, взгляды последнего), вообще не выделяет так называемых интеллектуальных моментов, обобщенно называя все элементы психического акта волевыми.

Покажем, что взгляды С.Л. Рубинштейна в этих суждениях действительно искажены. Так, Г.В. Назаренко, солидаризируясь с мнением В.В. Лунеева, о том, что волевой момент не всегда законодательно отражается в формах и видах вины, утверждает, что такое мнение вполне согласуется с данными психологической науки и слыдается на Рубинштейна, по которому наличие желания, еще не является законченным волевым актом.<sup>1</sup> Между тем, Рубинштейн говорит здесь о желании в специфическом смысле слова. Он выделяет своеобразные этапы, которые проходят в своем развитии волевое устремление. Первый такой ступенью С.Л. Рубинштейн называет вычленение - первый чувственный порыв, побуждение. По мере того, как осознается цель, вычленение переходит в желание. Причем в желании выделяется его первая фаза, которую Рубинштейн называет пожеланием. Ее отличие от подлинного желания, которое психолог называет «хотением», состоит в том, что «оно еще не включает мысли о средствах и хотя бы мысленного овладения ими», что «оно поэтому не столько практически, сколько созерцательно и аффективно... обволакивается мечтами, вместо того, чтобы превратиться в действие...». «Желание переходит в подлинно волевой акт... там, где желанна не только сама по себе цель, но и действие, которое к ней приводит». Далее С.Л. Рубинштейн отмечает, что как бы ни отличались друг от друга эти три состояния, «каждое из них выражает стремление - то внутреннее противоречивое состояние недостатка, нужды, страдания, беспокойства, которое образует исходное побуждение к действию».<sup>2</sup>

Эти данные, безусловно, говорят о том, что С.Л. Рубинштейн не только не разделяет волю и желание, но и не отделяет последние от интеллекта.

Как известно, под желанием в уголовном праве всегда понимали внутреннее стремление, причем как к действию, так и к средствам его совершения и результату, поэтому между позицией Рубинштейна о

содержании желания и его общепринятым пониманием в уголовном праве в том смысле, который придают ему сторонники критикующей точки зрения, никакого противоречия нет.

Более того, С.Л. Рубинштейн подвергает резкой критике тех, кто «стремится *вообще выключить из волевого действия внутреннюю работу сознания*, связанную с выбором, обдумыванием, оценкой», тех, кто «отделяют мотивацию воли от самого волевого акта», а «в результате волевое действие или даже волевой акт превращаются в чисто импulsiveивность». В противоположность рефлексирующей сознательности психолог называет такой подход другой крайностью, где импulsiveивная действительность вовсе лишена сознательного контрроля.<sup>1</sup> (курс. мой - А.П.)

Однако традиционная точка зрения на волевой акт имеет другой существенный недостаток. Он заключается в том, что волевой акт обрывается на субъективных компонентах поступка и от него отрывается его объективное воплощение. Вышеприведенная цитата указывает на единство объективных и субъективных компонентов волевого акта.

Рубинштейн указывает на ошибочность такой трактовки воли, при которой «...предметом психологического анализа является то, что происходит в субъекте до начала волевого действия как такового», когда «внимание исследователя сосредотачивалось на внутренних переживаниях - борьбе мотивов, решений и т.д., представляющих действия... как будто существует бездейственный, только переживающий человек». «Когда борьба мотивов закончилась, и решение принято, тогда *мышь начинается подлинная борьба... и в этой борьбе, направленной на изменение действительности, закрывается основное*». (курс. мой - А.П.)<sup>2</sup>

Н.Н. Трубников отмечает, что «цель не является простым отражением налично данного предмета. Она представляет собой идеальную форму такого предмета».<sup>3</sup>

М.Г. Макаров подчеркивает: «Существует различие между целью в ее непосредственном реальном функционировании в качестве мотива осуществления деятельности и рефлексии о ней. Быть движимым и руководимым целью, переживать ее и воплощать в конкретных действиях и, с другой стороны, размышлять о ней - не одно и то же... В процессе непосредственного функционирования она высту-

<sup>1</sup> Назаренко Г.В. Указ. соч. С. 44.

<sup>2</sup> Рубинштейн С.Л. Указ. соч. С. 599.

<sup>3</sup> Трубников Н.Н. Отношение цели, средства и результата деятельности. - Автореф. канд. дис. - М., 1964. С. 7.

пает как гораздо более сложное психическое явление, далеко не сводящееся к понятию и не имеющее четкого очерченных контуров».<sup>1</sup>

Неочная трактовка волевого акта в традиционной уголовно-правовой доктрине (в отрыве от сознания) служит предпосылкой расщепления вины, при котором в ее содержание включаются лишь субъективные компоненты поступка. В то время, как «...в представлении человека образ внешних вещей всегда сливается с образом той деятельности, в процесс которой они вовлечены, что они выступают в форме этой деятельности».<sup>2</sup>

Психическое отношение (как и волевой акт), взятое само по себе (в отрыве от его объективного воплощения), не имеет никакого юридического значения. Поэтому определять вину лишь как психическое отношение - значит, по существу, ничего не определять. Вовсе не случайно законодатель характеризует не умысел как таковой, а умышленное деяние. Правильно было бы считать формой вины не умысел, а умышленное действие или бездействие. А исходя из сказанного, нег надобности расчленять умысел на сознание и желание (допущение).<sup>3</sup> Все осознанно осуществленное и есть желаемое.

Вызывает сомнения и указание в законе на то, что при умысле должна осознаваться общественная опасность деяния.

В.В. Лунев считает, что полагать, будто субъект при совершении преступления задумывается над общественной опасностью деяния, - значит впадать в уголовно-правовую иллюзию. По его мнению, судебная практика устанавливает в умысле не общественную опасность, а причинение вреда.<sup>4</sup>

Отказываясь от признака осознания общественной опасности в характеристике умысла предлагает и С. Векленко. Он считает, что правильное говорить не о сознании наступления общественно опасного последствия, а о сознании общественной значимости последствия.<sup>5</sup>

По мнению С.В. Складярова: «...Признак общественной опасности при определении правила поведения необходимо заменить на другой, общий для всех правонарушений - ...сознавало, что его действия (без-

действия) нарушают определенные правила либо то, что, виновный пренебрегает мерами предосторожности при совершении действий, могущих нанести вред окружающим».<sup>1</sup>

По нашему мнению, общественная опасность как сущность преступления вряд ли может осознаваться при совершении преступления по крайней мере рядовым гражданином. Отсюда это законодательное требование следует признать чрезмерным. При совершении преступления в быденной ситуации осознается скорее его социальное-бытовая сторона, во многом определяемая фактичностью в конкретных условиях. Для умысла, на наш взгляд, достаточно понимания социально-бытового, фактического значения своих действий. Исходя из этого, юридическая характеристика умысла может быть основана на понимании значения тех элементов, которые в соответствии с законом образуют преступление.

Поэтому нам близка позиция С.В. Векленко по рассматриваемому вопросу.

Вряд ли можно согласиться с предложением С.В. Складярова, поскольку требование осознания правил может породить ту же самую проблему и в социальном, и в формально-юридическом варианте. Как таковых правил, подразумеваемых в выдвинутом предложении, не существует применительно ко всем сферам жизни. Совершенно не ясно, что подразумевать под ними. Если имеется в виду правила в подлинном смысле слова (а иначе зачем включать такое требование в закон), то мы окажемся в тупике в случаях неурегулированности тех или иных отношений. Если же под правилами подразумевают просто требования о должном поведении, тогда какой смысл формулировать их в виде каких-то правил, обычно ассоциирующихся с нормативными положениями.

Дело в том, что голый факт, фактическая сторона явления как таковая в реальности не существует раздельно с социальными свойствами явлений, по крайней мере, тех, которые находятся в сфере деятельности человека и общества. Фактическая сторона - это сторона физическая или внешняя, вещь в себе. Социальная сторона - это внешняя или физическая сторона, обращенная к человеку, к обществу, вещь для людей. Поэтому социальное - это фактическое или физическое со стороны его взаимосвязи с обществом. Разделение фактического (физического, внешне) и социального - это лишь мыслимое разделение, наш познавательный прием. Именно в данном отношении это деление и имеет значение для уголовного права. Достаточно было бы ограни-

1 Макаров М.Г. Категория цели в марксистской философии и критике телеологии. - М., 1977. С. 8.

2 Бочко И.В. Познание и свобода. - М., 1969. С. 37.

3 О соотношении желания и допущения. См.: Плотников А.И. Существует ли ковенный умысел? // Труды Оренбургского института МЮА. Вып. 7. - Оренбург, 2006. С. 269.

4 Лунев В.В. Субъективное вменение. - М., 2000. С. 33. Он же. - Предпосылки объективного вменения и принцип виновной ответственности. // Государство и право. 1992. С. 34.

5 Векленко С. Указ. соч. С. 16.

1 Складяров С.В. Вина и мотивы преступного поведения. - СПб., 2004. С. 20-21.



читья в характеристике умысла указанием на сознание лицом тех обстоятельств, которые образуют элементы соответствующего преступления, что подразумевает знание всех указанных сторон.

В характеристике умысла закон указывает, кроме осознания деяния, на предвидение последствий. Однако предвидение является ничем иным, как формой сознания, и по существу указание на него ничего не меняет в формулировке умысла. Фактически закон лишь конкретизирует осознание в отношении будущих событий в формуле обычного предвидения. Но в формулировке закона и в теории данные признаки противопоставляются, с чем нельзя согласиться. Ведь, во-первых, и совершаемое деяние находится в будущем относительно принятых решения о его совершении. Во-вторых же, разделение деяния и последствия относительно. В широком смысле деяние является также последствием принятого решения о его совершении. Недаром в философской науке применительно, например, к причинению (причинности) говорят, что причина вызывает действие, а не последствие. Очевидно, законодатель точность и логичность формулировки принес в «жербу» ее большой ясности. На деле, однако, это только осложнило ситуацию, поскольку последствие (в его обобщенном) смысле далеко не всегда используется для характеристики преступления.

А в некоторых составах (ст. 247 УК РФ) преступление характеризуется таким образом, что его окончание в обобщенном понимании не может быть отнесено ни к действию, ни к последствию. Становится вообще непонятно, если основываться на разделение действий и последствий, что в таком случае должно осознаваться, а что предвидеться. В этой связи нам представляется более правильным использовать понятия осознания и предвидения в едином значении опережающего отражения в сознании того, что происходит вслед за принятым решением о совершении действия.

Избыточным является и указание в законе на степень предвидения (возможность и неизбежность), поскольку других вариантов предвидения просто не существует. В ранее действовавшем уголовном кодексе такая конкретизация отсутствовала.

Вполне уместным представляется нам замечание по этому поводу В. Ф. Щепелькова: «Признак предвидения неизбежности наступления общественно опасных последствий в том виде, в котором он отражен в тексте УК РФ, является фиктивным. Это означает, что если его включить из текста, то смысл закона никаким образом не изменится».<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Щепельков В. Ф. Уголовный закон: преодоление противоречий и неполноты. - М., 2003. С. 202 и др.

Правда, приведенное замечание вполне может быть отнесено не только к предвидению неизбежности, но и возможности.

Редакция статьи закона, характеризующей умысел, должна быть основана на:

- 1) целесообразности единого определения интеллектуально-го и волевого момента;
- 2) единой характеристике в отношении деяния и последствия;
- 3) исключении из определения волевой раздвоенности и неопределенности (прямой - косвенный);
- 4) усугрбления избыточности в определении степени предвидения (неизбежное - возможное);
- 5) достаточности осознания фактических элементов преступления в условиях ситуации совершения преступления.

Вот как, например, характеризуется умысленное преступление в Кодексе Австралии: «Умысленно действует тот, кто хочет осуществить обстоятельство деяла, соответствующей описанной в законе картине деяния; достаточно также, чтобы правонарушитель считал такое нарушение возможным и этим довольствоваться».<sup>1</sup> Разумеется, и в данном определении можно найти некоторые изъяны. Но нельзя не заметить, что оно практически лишено тех положений, которые вызывают споры в российской науке уголовного права.

Определение умысла в законе могло бы быть таким: «Преступление признается совершенным умысленно, если лицо сознательно вызывает обстоятельство, образующие в соответствии с законом преступление. Сознательно вызванными являются такие обстоятельства, наступление которых лицо предвидело и не рассчитывало на их предотвращение».

<sup>1</sup> Уголовный Кодекс Австралийской республики.

## РАССМОТРЕНИЕ СУДОМ ХОДАТАЙСТВ ОБ ИЗБРАНИИ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ В ВИДЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ

*Резюми А.М. - ст. преподаватель кафедры уголовно-процессуальной права и криминалистики, к.ю.н.*

Провозглашение России правовым государством предполагает со-  
здание эффективного механизма защиты прав и свобод человека и  
гражданина во всех сферах общественной жизни. Предварительное  
расследование сопряжено с возможными нарушениями достояния широкого  
ограничения прав граждан органами государства, в силу чего нуж-  
дается в особых гарантиях, предотвращающих произвольное ущем-  
ление этих прав.

Одним из таких гарантов в настоящее время является судебная  
власть, обеспечивающая защиту прав участников процесса в различ-  
ных формах, в том числе и посредством судебного контроля за пред-  
варительным расследованием. Эта функция судов является относи-  
тельно новой для российской правоприменительной практики, в связи  
с чем возникает множество проблем, от своевременного и правиль-  
но разрешения которых зависит эффективность защиты прав лично-  
сти в уголовном процессе.

Право на защиту без преувеличения является одним из важней-  
ших институтов российского уголовного процесса. Достаточно ска-  
зать, что без него невозможно реализовать конституционное требо-  
вание об осуществлении судебного контроля на основе составитель-  
ности и равноправия сторон. Неслучайно за последние 16 лет, начиная с  
провозглашения Концепции судебной реформы в Российской Феде-  
рации, в законодательство внесен ряд изменений и дополнений, на-  
правленных на расширение самостоятельности и права на защиту, бо-  
лее полное обеспечение интересов подозреваемого и обвиняемого.

Наиболее существенными из этих нововведений стали: допуск за-  
щитника к участию в деле с момента задержания или ареста подозре-  
ваемого (обвиняемого), возможность обжалования задержания и аре-  
ста в суд, появление роль в совершенствовании института права на  
защиту сыграл Конституционный Суд РФ, который признал отдель-  
ные положения уголовно-процессуального законодательства ограни-  
чивающими данное право, не соответствующими Конституции РФ.

Особо следует отметить приказ Генерального прокурора РФ №141  
от 13 ноября 2000 г. «Об усилении прокурорского надзора за соблю-  
дением конституционных прав граждан в уголовном судопроизвод-  
стве», в котором в качестве одной из ключевых задач следователя и  
прокурора определено обеспечение условий для реализации права на  
защиту в рамках принципа самостоятельности.

В России широкое признание получила идея сочетания в уголов-  
ном судопроизводстве различных форм контроля (надзора) - проку-  
рорского, ведомственного, судебного. Эти формы, дополняя друг дру-  
га, гарантировали не только успешное раскрытие преступлений, при-  
влечение виновных к уголовной ответственности, но и защиту прав и  
свобод граждан, вовлекаемых в судопроизводство по уголовным де-  
лам. До недавнего времени доминировали прокурорский надзор и ве-  
домственный контроль, а судебный контроль осуществлялся лишь  
после того, как возбужденное и расследованное уголовное дело пере-  
давалось на судебное рассмотрение. Считалось, что суды не должны  
быть причастны ко всему, что происходит в связи с выявлением и  
раскрытием преступлений в ходе предварительного расследования,  
не должны связывать себя судебными решениями до разбиратель-  
ства дела по существу.

В последние годы с целью оперативного исправления ошибок ор-  
ганов следствия и защиты прав и свобод человека контроль со сторо-  
ны суда распространялся на досудебные стадии уголовного процесса.

После того, как суд в РФ приобрел признаки самостоятельной  
ветви власти, а нормы международного права провозглашены  
неотъемлемой частью российского законодательства, судебный кон-  
троль за деятельностью органов предварительного расследования, в  
отличие от прокурорского и ведомственного, начал активно совер-  
шенствоваться, приобретать все новые виды и формы.

Ранее действующий УПК РСФСР 1960 г. допускал контроль со  
стороны суда за деятельностью правоохранительных органов в сле-  
дующих процессуальных формах:

- досудебная процедура дачи разрешения на проведение опе-  
ративно-розыскных и следственных действий, ограничива-  
ющих конституционные права граждан (прослушивание  
телефонных и иных переговоров, просмотр почтовых, теле-  
графных и иных отправлений и т.д.);
- досудебная процедура рассмотрения жалоб на действия ор-  
ганов дознания, предварительного следствия, регламенти-  
рованная ст. 2202 УПК РСФСР (обжалование постановле-

ний о задержании, содержании под стражей, продлении сроков содержания под стражей);

- судебная процедура проверки законченных расследованием уголовных дел при назначении дела к слушанию (ст. ст. 221-239 УПК); в предварительной части судебного заседания (ст. ст. 258-260, 276); в ходе судебного следствия (ст. ст. 278-294); при постановлении приговора (ст. ст. 300-322); в кассационной инстанции (ст. ст. 332-355); в надзорном порядке (ст. ст. 371-380); в порядке провозводства по вновь открытым делам (ст. ст. 384-390).

Взгляды юристов относительно перспектив судебного контроля за предварительным расследованием весьма противоречивы<sup>1</sup>.

Одни авторы предлагают ограничить контрольные полномочия суда.<sup>2</sup> Другие ратуют за введение беспрепятственного судебного контроля.<sup>3</sup> Как представляется, для определения путей дальнейшего развития контрольной функции судебной власти полезно проанализировать практику реализации уже признанных и зарекомендовавших себя в прошлом видов судебного обжалования актов органов, осуществляющих уголовное преследование. В этих целях нами были изучены вопросы практики рассмотрения жалоб вышеуказанных категорий на территории области за период с января 2000 г. по сентябрь 2001 г.

Выявленные в ходе исследования результаты дают основание утверждать, что рамки судебного контроля за органами расследования, имевшие место до вступления в силу УПК РФ, были существенно снижены.

Единственной его разновидностью, получившей распространение на практике, являлась судебная проверка законности и обоснованности арестов. По этой категории было изучено 300 материалов: в 189 (84%) случаях проверялась законность и обоснованность заключения под стражу, в 111 (16%) - законность и обоснованность продления срока содержания под стражей.

Как показывает практика, в период действия УПК РСФСР 1960 г. судебный контроль за исполнением законов на предварительном следствии на досудебных стадиях был незначителен. И лишь впоследствии, когда суд при рассмотрении дела выявит нарушения закононости, то при постановлении приговора мог вынести частное определение

<sup>1</sup> См.: Азаров В.А., Таричко И.Ю. Указ. соч. С. 127-149.

<sup>2</sup> См.: Халиуллин Д. Судебный контроль и прокурорский надзор за законностью расследования: границы и возможность. // Уголовное право. 2000. №1. С. 69.

<sup>3</sup> См.: Колоколов Н.А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность и перспективы. // Исследовство и право. 1998. №11. С. 31-39.

ние в отношении лиц, допустивших нарушение закона, в том числе за незаконный арест. В то же время очень незначительное число следователей и прокуроров наказывается в дисциплинарном порядке и исключительно редко привлекается к уголовной ответственности, например, за незаконный арест или незаконное содержание под стражей обвиняемого. В действительности большинство практических работников, безусловно, понимают, что право на судебную защиту должно быть обеспечено наиболее полным образом и не может компетенция которых применяется обвиняемому и подозреваемому, в отношении которых применена мера пресечения в виде заключения под стражу, возможности обжаловать в судебном порядке незаконность и необоснованность ареста или продления срока содержания под стражей (статьи 220<sup>1</sup> и 220<sup>2</sup> УПК РСФСР); поскольку при этом допускается ограничение свободы и личной неприкосновенности вне судебного контроля в течение значительного времени (до момента рассмотрения судом соответствующей жалобы).

Благо, что УПК РФ от 18.12.2001 г. (с посл. изм. и доп.) коренным образом изменил некогда существовавшее положение вещей, принципиальным нововведением которого является наделение судебных органов правом дачи разрешения на применение мер уголовно-процессуального принуждения, ограничивающих права и свободы человека и гражданина (п. 1-11 ч. 2 ст. 29; ст. 165; ч. 3 ст. 29; ч. 1 ст. 19; ст. 123; ч. 1 ст. 125 и др. УПК). Это, по нашему мнению, является средством обеспечения реализации последовательных начал составительности в досудебном производстве по уголовному делу и находит свое непосредственное подтверждение при принятии судом решения об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу (ст. 108 УПК), домашнего ареста, а также обжаловании действий (бездействий), решений должностных лиц.

Именно в этой ситуации налицо нарушение традиционных элементы составительного начала, а именно:

- а) процессуальное равноправие сторон в уголовно-процессуальном документировании;
- б) четкое разделение основных уголовно-процессуальных функций;
- в) беспристрастная и независимая роль суда.

Бесспорно, обращаясь к положениям УПК, досудебное производство нельзя в целом называть составительным, ибо оно, по сути, остается розыскным, хотя закон закрепляет обратное (ч. 1 ст. 17; п. 56 ст. 5 УПК). Тем не менее, с формально-логической точки зрения, не-

справедливо утверждать, что судебный контроль не является гарантом проникновения отдельных элементов состязательности иначе кто как не он способен надлежащим образом обеспечить конституционные права и свободы граждан в предметной области конкретных уголовно-процессуальных правоотношений.<sup>1</sup>

Судебное решение, разрешающее проведение процессуальных действий, перечисленных в п. 2 ст. 29 УПК, в большей мере учитывает законные интересы граждан, чем санкция прокурора, ответственно-го за раскрытие преступления и выполнениящего, по сути, только обвинительную функцию.

Изначально регламентация судебно-контрольной деятельности на досудебных этапах уголовного процесса во многом носила переходный, экспериментальный характер, о чем свидетельствует тот факт, что многие важные положения УПК должны были действовать не с момента его вступления в силу, а гораздо позже (см. Федеральный закон «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»). Неудивительно, что многие практические работники справедливо отмечали, что в силу объективных причин, в том числе из-за отсутствия юридической, кадровой, психологической предрасположенности и недостаточного финансирования судебной системы, без ее реорганизации невозможно осуществить своевременный и качественный судебный контроль на досудебных стадиях уголовного процесса. Так, по данным Судебного департамента при Верховном Суде РФ, введение только судебного санкционирования ряда следственных действий обойдется России в 1,5 млрд. рублей.

Очевидно, именно поэтому Законом о введении в действие УПК РФ ранее предусматривалось, что уголовно-процессуальные нормы, касающиеся передачи судам полномочий по:

- 1) применению меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста;
- 2) продлению срока содержания под стражей и т.д., вводятся в действие с 1 января 2004 г. До 1 января 2004 г. решения по этим вопросам принимает прокурор.

Однако Конституционный Суд РФ своим постановлением от 14 марта 2002 г. №6-П в связи с жалобами граждан С.С. Маленкина, Р.Н. Мартынова и С.В. Пустовалова признал положение статей 90, 96, 122 и 216 УПК РСФСР, допускающие задержание лица,

подозреваемого в совершении преступления, на срок свыше 48 часов и применение в качестве меры пресечения заключения под стражу без судебного решения, не соответствующими Конституции РФ, ее статьям 17, 22 и 46 (часть 1), а также абзацу второму пункта 6 раздела второго «Заключительные и переходные положения», так как последние не могут сохраняться бесконечно долго, а были они приняты 8 лет назад. Данные положения УПК РСФСР, а также арест (заключение под стражу) и содержание под стражей без судебного решения с 1 июля 2002 г. не подлежат применению. В результате чего законодателем в Федеральный закон от 18.12.2001 г. №177-ФЗ «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» были внесены соответствующие изменения и дополнения от 29 мая 2002 г. (ст. 10, п. 3 и п. 4 ст. 14; п. 5 и п. 13 ст. 108 УПК).

Как мы видим, Конституционный Суд РФ ускорил процесс реформирования уголовно-процессуального законодательства и позволил убедиться в действительном функционировании судебного контроля с момента вступления в законную силу УПК, посредством устранения пережитков прошлого, ущемляющих права и свободы личности.

На сегодняшний день судьи федеральных судов осуществляют судебно-контрольные полномочия, установлен график дежурства судей (см. п. 13 ст. 108 УПК) в рамках существующего режима работы, осуществляется текущее финансирование (см. п. 3 и п. 4 ст. 14 «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»).

Избрание судом меры пресечения в виде заключения под стражу резко снизило возможность ее необоснованного применения, о чем прямо свидетельствуют следующие цифры проведенного нами исследования на базе Дзержинского, Центрального и Ленинского районных судов г. Оренбурга. В период действия УПК РСФСР 1960 г. данная мера пресечения избиралась в 82% случаев, в то время как благодаря вступлению в законную силу УПК она стала избираться почти вдвое реже и составляет 49% случаев. В числе других мер пресечения наиболее распространенной является подписка о невыезде и надлежащем поведении и составляет 51%. Особенным образом неадекватно отменить то, что все остальные меры пресечения применяются крайне редко, не добрав даже 1% (0,7%). Вышеизложенное позволяет утверждать о позитивной тенденции, заложенной законодателем в УПК, главным образом направленной на недопустимость неоправданного ограничения важнейших в большинстве своем естественных прав, свобод и законных интересов человека и гражданина.

<sup>1</sup> См.: Резник А.М. Судебный контроль - гарантия сознательности и права на защиту // *Новый уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и практика его применения.* / Под ред. А.П. Гусковой. Оренбург: ИПК ОГУ, 2002. С. 262-269.

Так, УПК надеждает правом избрания самой строгой меры пресечения в виде заключения под стражу только суд. Как представляется, в этом усматривается нечто иное, как желание законодателя исключить порочную практику повсеместного формального избрания данной меры пресечения. Вместе с тем, как свидетельствует действительность и уголовно-процессуальная практика, осуществляемая с участием Верховного Суда РФ, претворить это в жизнь не так-то просто. Весьма броским примером тому является устная рекомендация руководства Оренбургского областного суда по методике избрания меры пресечения в виде заключения под стражу, из которой следует, что, решая вопрос о применении к лицу, подозреваемому или обвиняемому в совершении преступления, меры пресечения в виде заключения под стражу, суд должен учитывать лишь характеристики оценки доказательств и ни в коем случае не должен касаться оценки доказательств обоснованности подозрения данного лица в инкриминируемом ему преступлении. Примечательно то, что основана данная рекомендация на применимости в данном случае по аналогии п. 9 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 апреля 1993 г. «О практике судебной проверки законности и обоснованности ареста или продления содержания под стражей» (в редакции от 21 декабря 1993 г., с изм. и доп. от 29 сентября 1994 г.), в котором указано, что, проверяя законность и обоснованность ареста или продления срока содержания под стражей, судья не вправе входить в обсуждение вопроса о виновности содержащегося под стражей лица в инкриминируемом ему преступлении.

В то время, как статья 5 Рекомендаций Комитета Министров Совета Европы от 27 июня 1980 г. гласит, что при рассмотрении вопроса о необходимости заключения под стражу судебный орган должен принимать во внимание обстоятельство конкретного дела, в том числе характер и тяжесть обвинения (предполагаемого преступления), статья 9 Пакта о гражданских и политических правах закрепляет, что «содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом». Исходя из положений, закрепленного в п. 6.1 Токийских правил, «предварительное заключение под стражу используется в судопроизводстве по уголовным делам как крайняя мера, при условии должного учета интересов следования предполагаемого правонарушителя и защиты общества и жертвы», поскольку «только при наличии совокупности доказательств, дающих основание подозревать лицо в совершении преступления или предъявить ему обвинение, ставится вопрос о наличии ос-

нований для применения мер пресечения. При ином толковании не исключена возможность произвольных арестов, а это уже атрибут тоталитарного государства». <sup>1</sup> Лицо являя ошибочность приведенной рекомендации, которую один из первых в Оренбургской области обосновал судья Промышленного районного суда г. Оренбурга В. Воронин, высказав впоследствии свою апробированную позицию на страницах журнала «Российская юстиция». <sup>2</sup>

Действительно, согласно ч. 1 ст. 125 УПК, постановления следователя, дознавателя, прокурора, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства, могут быть обжалованы в суд. Отсюда неизбежно следует, что лицо, подозреваемое в совершении преступления, в отношении которого компетентные органы государства ходатайствуют перед судом об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, вправе заявлять свои возражения, являющиеся ничем иным, как его жалобой в суд, мотивируя их как необоснованностью возбуждения уголовного дела по той или иной статье УК РФ, которая не соответствует имевшему место в действительности деянию, так и необоснованностью надлежащими доказательствами выдвигаемых против него подозрений, ибо необоснованное применение самой строгой меры пресечения, не соответствующей тяжести преступления, в котором подозревается лицо, а также его личности, грубо нарушает права и свободы человека и гражданина, нанося ущерб его репутации и причиняя ему нравственные и физические страдания. Необоснованное заключение под стражу причиняет конституционным правам и свободам человека и гражданина существенный ущерб. Именно поэтому суд, решая вопрос об избрании указанной меры пресечения, обязан на основании ч. 1 ст. 125 УПК провести тщательную проверку не только обоснованности и достоверности подозрения в отношении лица в причастности к конкретному преступлению, но и провести проверку достоверности юридической квалификации деяния, указанной в соответствующих постановлениях органов предварительного расследования и инкриминируемой данному лицу на момент представления материалов уголовного дела в суд. В связи с этим признаем целесообразным использовать следующий алгоритм принятия решения по избранию заключения под стражу как исключительной меры пресечения:

<sup>1</sup> Шапурдин А. *Необоснованный арест не может быть законным.* // *Российская юстиция.* 1999. №4. С. 22.

<sup>2</sup> См.: Воронин В. *Порядок действий судьи при решении вопроса о заключении под стражу.* // *Российская юстиция.* 2001. №12. С. 45-46.

1) установление обоснованности и законности вынесения компетентными органами постановления о возбуждении уголовного дела по соответствующей статье УК РФ;

2) наличие в отношении конкретного лица обоснованного подзрения в конкретном преступлении, ему инкриминируемом, которое может выражаться в том, что данное лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения, потерпевшие или очевидцы указали на него как на лицо, совершившее преступление, на нем или его одежде, при нем или в его жилище были обнаружены явные следы преступления или иные данные, дающие основания подозревать его в совершении конкретного преступления;

3) установление того, что подозреваемое лицо намерено скрыться, продолжить преступную деятельность, воспрепятствовать проведению по уголовному делу путем запугивания участников уголовного судопроизводства, а также уничижения доказательств;

4) установление того, что преступление, в котором подозревается лицо, должно предусматривать наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет, при этом должны быть учтены данные о личности подозреваемого, то есть его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий и другие обстоятельства;

5) установление того, что применение иной, более мягкой, меры пресечения невозможно, ибо: подозреваемый или обвиняемый не имеет постоянного места жительства на территории РФ; его личность не установлена; им нарушена ранее избранная мера пресечения; он скрылся от органов предварительного расследования или суда (ч. 1 ст. 108 УПК).<sup>1</sup>

Однако, как мы полагаем, все это вовсе не означает, что судья в каждом своем постановлении обязан ограничиться только представленным перечнем обстоятельств, поскольку в том или ином постановлении в зависимости от конкретного материала могут быть оценены и иные данные, имеющие не менее существенную значимость.

Вышеизложенное подтолкнуло нас к обобщению практики применения ст. 108 УПК. Вследствие чего совместно с Оренбургским областным судом было изучено 178 выборочных материалов из 1109 рассмотренных за период с января 2002 г. по сентябрь 2005 г. В результате было выявлено множество существенных, недопустимых с точки зрения закона проблемных ситуаций, связанных с принятием решения об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, опре-

деленную часть которых аргументированным образом считаем необходимым осветить в целях предупреждения дальнейших нарушений требований УПК.

В досудебном производстве по уголовному делу ходатайство об избрании заключения под стражу возбуждают прокурор, а также следователь и дознаватель с согласия прокурора, о чем выносятся мотивированные постановления (Приложение №5 к УПК). В свою очередь к постановлению в обязательном порядке прилагаются те материалы (данные), которых, по мнению лица, заявившего ходатайство, будет достаточно для подтверждения наличия условий, оснований, мотивов избрания заключения под стражу и подтверждения невозможности избрания иной меры пресечения.

Особо следует отметить то, что по общему правилу, вытекающему из УПК, укоренившемуся в практике, среди этих материалов должны наличествовать следующие документы, а точнее, их копии:

- а) постановление о возбуждении уголовного дела;
- б) протокол задержания подозреваемого;
- в) постановление о привлечении в качестве обвиняемого;
- г) доказательств, устанавливающие виновность лица, а также оснований и мотивы для избрания заключения под стражу.

Между тем, в ходе изучения было выявлено то, что судья не всегда должным образом обращает свое внимание на вышеперечисленные документы процессуального по своей природе свойства. По этой причине семь ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, пять из которых были заявлены следователями, а два одним и тем же прокурором, являлись предметом рассмотрения в суде. Примечательно то, что три из них (два - заявленные прокурором, один - следователем) были удовлетворены судом, несмотря на отсутствие в материалах копий документов, в первом случае подвержающих процессуальное положение подозреваемого или обвиняемого, а в двух других - обоснованность подзрения в том, что «возможно, соответствующее лицо совершило преступление».<sup>1</sup>

Общепризнанно, что определение оснований и обстоятельств, в силу которых заявляется ходатайство об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, необходимо воспринимать как категорический императив участникам, осуществляющим уголовное преследование. Однако, несмотря на это, сторона обвинения нередко

<sup>1</sup> См.: Воронин В. Порядок действий судьи при решении вопроса о заключении под стражу // Российская юстиция. 2001. №12. С. 46.

<sup>1</sup> См.: Решение Европейского Суда по делу Фокса, Камбелл и Харти против Соединенного Королевства от 30 августа 1990 г. // Европейский Суд по правам человека: избранные решения. Т. 2. - М., 2000. С. 35.

отождествляет данные понятия или все-таки, проводя грань между ними, различает, указывая основания, напрочь забывая об обстоятельствах. Как это ни странно, но подобные абсурдные ситуации досих пор встречаются в практике. Так, в 50 случаях имело место отождествление, а в 30 случаях следователи не учитывали всех обстоятельств при избрании самой строгой меры пресечения, которая, тем не менее, является не карательной, а пресекающей. Вместе с тем, намеренное или случайное игнорирование обстоятельств, характеризующих личность, недопустимо.

Одним из важнейших условий избрания заключения под стражу является предположительная реальная возможность назначения наказания в виде лишения свободы по общему положению более чем на два года. В этой связи Конституционный Суд РФ отмечает, что «зак.личение под стражу не допускается, ...если лицу не может быть назначено наказание в виде лишения свободы»<sup>1</sup>. К сожалению, судьи этим не всегда руководствуются в своей правоприменительной деятельности. Так, в 15 решениях, вынесенных судьями об удовлетворении ходатайства, не была замечена недостаточная обоснованность обвинения (подозрения) ввиду явно завышенной следователем в ходатайстве квалификации преступления или нечисто установленной причастности определенного лица к факту совершенного уголовно-наказуемого деяния. В 19 случаях суд не учел того, что целый ряд санкций уголовно-правовых норм лишь формально предусматривают наказание более двух лет лишения свободы, вместе с тем этот срок может быть сокращен при смягчающих обстоятельствах (ст. 62 УК РФ); неоконченном преступлении (ст. 66 УК РФ); незначительной степени участия лица в совершении преступления (ст. 67 УК РФ); согласии обвиняемого с предъявленным обвинением (ч. 2 ст. 316 УПК). Впоследствии 11 обжалуемых решений затересованной стороной в кассационном порядке были удовлетворены по причине обоснования возможного назначения наказания менее двух лет лишения свободы.

Содержание вышеуказанных норм, а также приложенный 81 и 82 УПК позволяет утверждать, что судья обязан рассмотреть ходатайство об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу с участием обвиняемого (подозреваемого), защитника (если он участвует в деле в соответствии с ч. 3 ст. 49, ст. ст. 51 и 52 УПК), прокурора. Наряду с прокурором могут участвовать следователь и дознаватель.

<sup>1</sup> См.: *Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2000 г. №296-О.*

Представляется, что с учетом ч. 6 ст. 108 УПК в ходе досудебного производства по уголовному делу следователь и дознаватель могут участвовать в заседании и вместо прокурора. Этот вывод подкрепляется тем, что должностное лицо органа дознания и следователь вправе быть даже «государственным обвинителем» (п. 6 ст. 5 УПК). Что на практике нередко и происходит. Вместе с тем, нельзя не отметить того, что в подлинно состязательном процессе поддерживать обвинение в порядке проводимого судебного разбирательства должен никто иной, как прокурор (ст. 37 УПК). Законный представитель обвиняемого (подозреваемого) также имеет право участвовать в судебном заседании. Для обеспечения указанных прав, как представляется, защитник и законный представитель должны быть уведомлены о времени и месте рассмотрения дела. Причем неявка без уважительных причин сторон, своевременно извещенных о времени судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения ходатайства, за исключением неявки обвиняемого, как сказано в ч. 4 ст. 108 УПК. Однако законодатель ни словом не обмолвился в данной ситуации о подозреваемом, хотя нужно отметить, что статус последнего существенно отличен от статуса обвиняемого лица. В этой связи считаем целесообразным ч. 4 ст. 108 УПК РФ дополнить указанием и на подозреваемого.

Процедура уведомления привлекает еще и тем, что, исходя из буквального толкования ст. 108 УПК, ходатайство органов уголовного преследования может быть рассмотрено без участия прокурора (следователя, дознавателя) и, что самое интересное, защитника, в том числе в случаях обязательного участия защитника, предусмотренных ст. 51 УПК, но лишь при условии его своевременного извещения о времени и месте судебного заседания. Однако при рассмотрении 19 материалов судьи не выясняли, надлежащим ли образом извещены защитник (а его участие являлось обязательным в силу ст. 51 УПК), законный представитель, следователь и дознаватель, и имеются ли у них уважительные причины неявки. Основной мотивацией сего действия, по их мнению, является то, что избрание заключения под стражу, как правило, носит неотложный характер, поэтому неявка перечисленных субъектов не является препятствием для рассмотрения ходатайства. Кроме того, в силу неотложности ситуации и кратковременности сроков (восемь часов) у суда нет возможности выяснить причины неявки. Подобное, как мы полагаем, нужно расценивать как нарушение закона, помимо всего прочего, впоследствии в ходе самого разбирательства суд будет вынужден принимать на себя не

своиственные ему по большей части обвинительные функции, тем самым подчеркивая свои дискреционные полномочия.

По общему правилу, в судебном заседании в период рассмотрения ходатайства об избрании заключочения под стражу участие самого обвиняемого (подозреваемого) является обязательным. Кроме того, УПК предусматривает норму о недопустимости заочного ареста. Между тем, ст. 108 УПК содержит исключение из запрета заочного ареста, допуская его в том случае, когда обвиняемый объявлен в международный розыск. Не вдаваясь в предметный анализ разумности или неразумности существования заочного ареста, позволим себе отметить лишь то, что на практике он не применяется, главным образом по причине отсутствия заботы законодателя о создании достаточного действенного средств обеспечения его реализации. Помимо всего прочего, сам факт заочного ареста не вполне вписывается в картину общепринятых мировых стандартов - принципов и норм. Примером тому может служить ч. 3 ст. 5 Римской Конвенции, согласно которой каждый подвергнутый аресту или задержанию незамедлительно доставляется к судье. Именно поэтому на сегодняшний день, коль норма о заочном аресте существует, ее необходимо обеспечить реальными механизмами, отвечающими концепции общесоударственной охраны и защиты прав, свободы и законных интересов личности. Руководствуясь положениями ч. 6 ст. 108 УПК РФ, определяющей порядок судебного заседания, последнее должно осуществляться по общепринятым, установленным правилам в условиях гласности, открытости (ч. 1 ст. 123 Конституции РФ, ст. 241 УПК). Однако 30% материалов рассматривалось при закрытых дверях, при этом по 20 материалам судья не выносил постановление о закрытом судебном заседании, а по 10 если и выносил (по негласному требованию защитника), то судебное заседание проходило в отсутствие потерпевшего, гражданского истца и др. ввиду их неуведомления следователем, дознавателем. Подобные проявления, как нам представляется, расхолаживают судей, укореняя их недисциплинированность. Только открытое правосудие способно на постоянной основе (за рядом исключений) осуществлять воспитательную функцию как по отношению к сторонам, так и суду, способствуя формированию и укреплению еще большего чувства ответственности перед тем правым делом, которое сосредоточено в чистых руках вершителей человеческого судьбы. В судебном заседании, как и полагается, первым выступает прокурор или следователь (дознаватель), возбудивший ходатайство. После чего заслушиваются другие участники уголовного судопроизводства.

Прокуроры, в результате обобщения практики, принимали участие почти по всем рассматриваемым материалам (90%), чего нельзя сказать об адвокатах. Их участие было наполовину меньше (47%). Наверняка по этой причине прокуроры, несмотря на действие обязанности бремена доказывания виновности, в 20 случаях задавали, причем с разрешения суда, следующие вопросы:

- а) «Будете ли вы препятствовать производству по уголовному делу?»;
- б) «Скроетесь ли вы от органов уголовного преследования, и если нет, то чем вы обесцените свою позицию и возможность избрания более мягкой меры пресечения?».

Особенно необходимо отметить и то, что прокуроры в 17 случаях не мотивировали избрание меры пресечения в виде заключения под стражу, хотя данная мотивация содержалась в самом ходатайстве. Были и другие курьезы, когда мотивов в ходатайстве не было, а прокурор достаточно аргументированно их излагал в ходе судебного заседания.

Примечательно то, что судья в большинстве ситуаций удовлетворял те ходатайства, которые содержали четкую мотивировку и были безупречны с точки зрения юридической техники, даже несмотря на пассивную в плане обоснования роль прокурора в ходе судебного разбирательства, глядя на которого, складывалось впечатление, что он просто не успел предвзрительно детально изучить ранее же им утвержденное ходатайство ввиду чрезвычайной загруженности. Причем, в некоторых случаях перечислением мотивов и оснований занимался суд, обращаясь к материалам, выполненная при этом несвойственную себе функцию, идущую вразрез с положениями ст. 15 УПК. Адвокаты в подобных ситуациях бездействовали, не желая или боясь обращаться к суду: «Ваша честь, излагаю при этом свои замечания...». Мы полагаем, все это не может служить оправданием, кроме того, приведенные примеры иллюстрируют ограниченность действия не только принципа состязательности, но и таких общих условий судебного разбирательства, как непосредственность и устность (ст. 240 УПК).

Рассмотрев ходатайство, судья выносит одно из следующих постановлений:

- 1) об избрании в отношении подозреваемого или обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу;
- 2) об отказе в удовлетворении ходатайства;
- 3) о продлении срока задержания.

Продление срока задержания допускается при условии признания судом задержания законным и обоснованным на срок не более



72 часов с момента вынесения судебного решения по ходатайству одной из сторон для представления ею дополнительных доказательств обоснованности или необоснованности избрания меры пресечения в виде заключения под стражу. В постановлении о продлении срока задержания указывается дата и время, до которых продлевается срок задержания.

Отрадно, что в УПК от 18.12.2003 г. №161-ФЗ суд, по ходатайству сторон, продлевая срок задержания, предоставляет возможность в последующем предъявлять дополнительные доказательства не только стороне обвинения, в обоснование избрания заключения под стражу, но и стороне защиты, в целях утверждения необоснованности избрания данной меры пресечения, тем самым обеспечивая построение состязательной конструкции взаимоотношений двух противоположных сторон.<sup>1</sup> Между тем, считаем важным отметить, что положение п. 7 ст. 108 УПК, касающееся продления задержания на срок не более 72 часов по постановлению судьи, не отвечает в равной степени ч. 2 ст. 22 Конституции РФ, предусматривающей, что арест, заключение под стражу и содержание под стражей допускаются только по судебному решению, до этого лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов, поскольку постановление судьи о продлении срока задержания никак не может быть приравнено к судебному решению об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу.

В связи с тем, что одной из основных задач суда в судебном заседании является заслушивание сторон и иных участников разбирательства, в целях выяснения вопросов, имеющих значение для принятия решения, вывод судьи, положенные в основу решения, представляются более убедительными лишь при наличии ссылок на конкретные материалы, исследованные в судебном заседании. Положение, предусмотренное п. 11 ст. 108 УПК, содержит возможность обжалования постановления судьи - все это в который раз обязывает его к четкому и ясному изложению своих выводов.

Представляется, что постановление судьи об избрании меры пресечения (Приложение 81 УПК) или об отказе в удовлетворении ходатайства (Приложение 82 УПК) должно быть, прежде всего, обоснованным и содержать оценку доводов (мотивов) ходатайства и вытекающие из этой оценки аргументы (доводы, мотивы) судебного решения. Причем, основа принятия решения заключена в п. п. 1, 2 ст. 108

УПК: «Следовательно, судья, давая свое согласие на заключение обвиняемого под стражу, обязан мотивировать свое решение: почему нельзя ограничиться более мягкой мерой пресечения». <sup>1</sup> Несмотря на это, судьи в 31 постановлении не излагали своих мотивов, обосновывающих принятие решения об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, ограничиваясь лишь указанием на то, что ходатайство, заявленное прокурором (следователем, дознавателем), является обоснованным. Суд принимает решение о рассматриваемой нами мере пресечения по ходатайству стороны. Однако ч. 10 ст. 108 УПК позволяет судебному органу по своей собственной инициативе избирать заключение под стражу. Как нам представляется, данное положение непоследовательно, с точки зрения реализации элементов состязательности в судебном производстве по уголовному делу. Поскольку существенно существенно предполагается действия суда (судьи) по определенному требованию, в качестве последнего могут выступать выдвинутое обвинение, заявленный иск, ходатайство, поданная жалоба (ч. 3 ст. 15 УПК).<sup>2</sup> В связи с чем справедливо утверждать о том, что суду (судье) не следует избирать меру пресечения в виде заключения под стражу в том случае, если на то имеются возражения стороны обвинения. Помимо всего прочего, это связано с правовом обвинителя в любой момент отказать от обвинения, если он сочтет это необходимым полностью или в определенной части, ибо подобный отказ как уменьшает обвинение, так и в определенных случаях исключает избрание заключения под стражу.

Пункт 12 ст. 108 УПК гласит, что лицо, в производстве которого находится уголовное дело, незамедлительно уведомляет кого-либо из близких родственников подозреваемого или обвиняемого, при их отсутствии - других родственников, а при заключении под стражу военнослужащего - также командование воинской части о месте содержания под стражей или об изменении места содержания под стражей.

К сожалению, УПК не предусмотрел должным образом процедуру уведомления родственников. На практике следователь (дознаватель) подшивает в дело копию уведомления, само же уведомление не отправляется либо из-за отсутствия почтовых принадлежностей или транспорта, либо просто из нежелания. В этой связи целесообразно вклю-

<sup>1</sup> См.: Мизулина Е. Новый порядок ареста и задержания соответствует Конституции РФ и международным правовым стандартам. // Российская юстиция. 2002. №6. С. 14.

<sup>2</sup> Данное утверждение вытекает из Постановления Конституционного Суда РФ от 14.01.2000 г. №1-П.

<sup>1</sup> См.: УПК РФ в редакции от 08.12.2003 г. №161-ФЗ... Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. М.: Юрайт, 2003. С. 82.

чить в УПК норму, согласно которой уведомление должно произвводиться либо почтовой связью заказным письмом с приложением в дело почтовой квитанции, либо вручаться под роспись лично, либо по телефону самим обвиняемым (подозреваемым) с его росписью об этом в протоколе. Иначе проконтролировать и доказать факт уведомления (неуведомления) не представляется возможным. Необходимо расширить процессуальные гарантии прав личности для того, чтобы повысить эффективность механизма защиты прав личности в уголовном процессе.<sup>1</sup> Последнее, справедливости ради надо сказать, отчасти нашло свое отражение в п. 13 ст. 108 УПК, где сказано о том, что возложение полномочий, предусмотренных ст. 108 УПК на одного и того же судью, не допускается на постоянной основе. Как представляется, подобное намеренно предпринято законодателем в целях устранения в дальнейшем возможности участия судьи, принявшего решение об аресте, в рассмотрении дела, по существу уже в рамках судебных стадий. Между тем, «негласный эталон должного судопроизводства» Европейский суд по правам человека допускает возможность участия в деле судьи, принявшего решение об аресте.<sup>2</sup>

Правильно, что УПК в своих нормах не воспринял подобную, как мы полагаем, ошибочную практику, поскольку до введения института судебных следователей она способна неблагоприятно влиять на развивающуюся демократическую по своей сути систему гарантий охраны, а следовательно, и защиты участников уголовного судопроизводства.

Расматривая меру пресечения в виде заключения под стражу, необходимо отметить то, что следователи крайне редко ее отменяют, причем даже в тех случаях, когда выявляются новые обстоятельства, позволяющие пересмотреть вопрос об аресте. Проводя исследование данного вопроса, было опрошено 12 прокуроров, 18 помощников прокуроров и 29 следователей по Оренбургской области и г. Оренбургу. Результаты опроса показали, что следователи в 83% случаев не изменяли и не отменяли данную меру пресечения ввиду того, что отсутствовали к тому процессуальные основания 55, 1% опрошенных; испытывали заинтересованность в этом вопросе по причине существующей слабости судебного контроля и практически неэффективности надзора со стороны прокуратуры 24, 2%; не

<sup>1</sup> См.: Епанешников А.С. *Защита прав и законных интересов подозреваемого и обвиняемого в российском досудебном производстве: учебное пособие.* / Под ред. проф. А.П. Урвковой. - Оренбург, 2003. С. 91.

<sup>2</sup> См.: Алексеев ЛБ. *Практика применения ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод Европейским судом по правам человека.* - М.: Изд. Рудомино, 2000. С. 42.

желали себя обременять дополнительными обязательствами при налечии и без того полной загруженности 20, 3%.

Между тем, п. 14 Рекомендаций Комитета Министров Совета Европы гласит: заключение под стражу до суда должно пересматриваться в течение разумно коротких интервалов времени, которые должны быть установлены законом или судебным органом. При таком пересмотре следует принимать во внимание все изменения в обстоятельствах, которые произошли с того момента, как лицо было взято под стражу.

Однако УПК не предусмотрел подобного правила. Не устанавливая юг таких интервалов и судьи. Между тем, согласно ч. 1 ст. 110 УПК, мера пресечения должна быть отменена или изменена, когда стали другими основания для ее избрания, предусмотренные ст.ст. 97 и 99 УПК. Но к этой статье обращаясь обычно в тех случаях, если возникает необходимость изменения меры пресечения на более строгую или отменны ее в связи с прекращением уголовного преследования. Изменение же меры пресечения на более мягкую применяется очень редко. Причем УПК, как отмечалось выше, не содержит нормы, которая обязывала бы должностных лиц, осуществляющих уголовное преследование по делу, на периодическую оценку обоснованности дальнейшего содержания обвиняемого под стражей. В связи с чем разумно установить приказом Генерального прокурора соответствующий механизм реагирования на изменения в обстоятельствах, послуживших основанием для избрания меры пресечения, примененной по решению суда.<sup>1</sup>

Результаты изучения практики применения ст. 108 УПК настоятельно требуют, так как по данным УИН по Оренбургской области, из общего числа лиц 37% освобождаемых из следственных изоляторов осуждены условно или им назначено наказание, не связанное с лишением свободы (другие основания - это прекращение дел, в том числе по амнистии, изменение меры пресечения и т.д.).

Совершенно правы А. Гуляев и О. Зайцев, утверждая, что обеспечить высокий характер мер пресечения не позволяет, конечно, проводить жесткую увязку с последующим наказанием. Тем не менее, значительное расхождение в практике применения заключения под стражу к обвиняемым и назначаемых им наказаний не может оставаться равнодушными, ибо соотносительный анализ того и другого может дать основания для корректировки практики применения предварительного заключения.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> См.: Гуляев А., Зайцев О. *Заключение под стражу на предварительном следствии.* // Законность, 2003. №4. С. 17.

<sup>2</sup> См.: Гуляев А., Зайцев О. *Указ. соч.* С. 18.

Изложенное позволяет судить о насущной потребности в разрезе обозначенных проблем. В этих целях считаем необходимым организовать надлежащую работу по повышению квалификации судей и информированию последних о новых правовых положениях и разрешении вопросов, возникающих в связи с их применением на практике. Немаловажную роль в этом, как представляется, должен сыграть Пленум Верховного Суда Российской Федерации, посредством разработок методики избрания меры пресечения в виде заключения под стражу в своих постановлениях, сплосособствуя тем самым реальному функционированию судебного контроля и защите прав личности в уголовном судопроизводстве России.

## ДЕВИАЦИЯ И ПРЕСТУПНОСТЬ: НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ РАЗВИТИЯ И ВЗАИМОСВЯЗИ

*Смирнова О. Н. - ст. преподаватель кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики*

Отклоняющееся поведение, так же, как и преступность, присуще в той или иной степени любому обществу: это явление не возникает спонтанно, оно имеет свою историю и вполне определенную тенденцию развития<sup>1</sup>. По данным А. И. Кравченко<sup>2</sup>, в нормальном развивающемся обществе в обычных условиях примерно 10-15% общей численности населения составляют люди, имеющие определенные отклонения в поведении. В этой связи, представляется опасной тенденция недооценивания всего масштаба распространения этого явления и его тлетворного влияния на социальные процессы, происходящие в обществе. Конечно, основные силы правоохранительных органов направлены на борьбу с особо тяжкими, тяжкими преступлениями, при этом профилактика предупредительного поведения представляется делом второстепенной важности. Между тем, именно отклоняющееся поведение, в конечном счете, как правило, приводит к серьезным качественным изменениям свойств конкретной личности, детерминируя ее будущее преступ-

ное поведение. Академик В. Н. Кудрявцев<sup>1</sup> отмечает, что антиобщественные качества большей частью складываются у человека на базе, казалось бы, вначале незначительных психологических черт, которые, развиваясь, приобретают все более выраженный социальный характер и становятся господствующими качествами личности.

Научное обоснование нормы поведения, определение влияния на нее различных внешних и внутренних факторов до сих пор является актуальной проблемой современности, решение которой дает возможность понять причины, ведущие к нарушениям поведения, осмыслить условия возникновения делинквентных форм поведения (Делинквент от латинского слова - delinquens - правонарушитель, преступник - субъект, чье отклоняющееся поведение в крайних своих проявлениях представляют собой наказуемые правонарушения или аморальные действия) и осознать перспективные прогнозы в этой области. Поэтому понятие «отклонение» имеет смысл лишь в связи с понятием «норма» и уже по своему исходящему определению означает нечто «ненормальное» с точки зрения оцениваемой нормы (принципа, правила), вообще нормативно-значимого фактора.

Представляется, что без должного внимания ко всем видам предупредительного поведения, без последовательного применения все более жестких мер воздействия по мере увеличения степени отклонения не возможно говорить об эффективности профилактической работы по предупреждению преступности.

Сегодня многие ученые и практики приходят к выводу, изложенному известным французским социологом Э. Дюркгеймом, о том, что социальные отклонения, в какой бы форме они не проявлялись, это свойственные обществу явления его развития, от которых никому и никогда не удается избавиться. Поэтому общество, государство должно определить приоритетные направления, обеспечивающие оптимальное развитие социальной системы.

В настоящее время не существует единого подхода к изучению и объяснению девиантного поведения. Некоторые исследователи считают, что при нормальных условиях функционирования социальной организации девиантное поведение встречается, не так уж часто, но в условиях социальной дезорганизации, когда нормативный контроль ослабевает, возрастает вероятность проявления девиации. К таким

<sup>1</sup> Вдовина Т. В. *Девияция преступности: от отклоняющегося поведения к преступности. // Следователь. 2003. №9.*

<sup>2</sup> Кравченко А. И. *Введение в социологию. - М., 1995.*

<sup>1</sup> Кудрявцев В. Н. *Причинность в криминологии. - М., 1968.*

ситуациям можно отнести стресс, внутригрупповые и межгрупповые конфликты, резкие изменения в обществе<sup>1</sup>.

В данном случае под отклоняющимся поведением, при всей относительности этого понятия, мы будем понимать, прежде всего, его отрицательную направленность в виде реальных и различимых социальных явлений.

А.М. Яковлев<sup>2</sup> отмечает, что «стабильность, устойчивость определенной социальной системы проявляется как в соблюдении требований норм права, так и в должном соблюдении групповых социальных нормативов, а рост правонарушений связан с расшатыванием нормативного порядка в целом, то есть с ослаблением регулирующей роли социальных (групповых) норм, с ослаблением действия механизмов социального контроля внутри групп и общностей.

Таким образом, можно предположить, что нарушения в социальных системах, в деятельности человека - закономерное явление, так как они порождаются противоречиями, обуславливающими существование и развитие общества. Ликвидировать эти нарушения можно лишь в том случае, если устранить противоречия в обществе, а это невозможно, как невозможно остановить общественное развитие. Напротив, говоря о такой разновидности нарушений человека, как преступления, В.Н. Кудрявцев<sup>3</sup> подчеркивает, что «преступность - это явление, противоречащее общественным отношениям, основным закономерностям развития общества. И ее происхождение, и существование тесно связано с противоречиями, присущими всему общественному развитию в целом. Не касаясь существа этого вопроса в историческом аспекте, отметим, что и в современных условиях глубокое объяснение причин преступности не может не увязываться с объективно существующими противоречиями социалистического общества.

Противоправный акт, как и всякий человеческий поступок, представляет собой результат взаимодействия индивидуальных свойств личности и объективной ситуации, в которой человек принимает конкретное поведенческое решение, как ему поступить.

Причиной каждого отдельного поступка выступают, с одной стороны, личностные особенности данного индивида - его взгляды, интересы, потребности, отношение к различным социальным ценнос-

<sup>1</sup> Суханин А.В. Исследование причин и юридической ответственности делинквентного поведения сомброников органов внутренних дел: Учебно-практическое пособие. - М.: МП при ГУК МВД России, 2002.

<sup>2</sup> Яковлев А.М. Преступность как вид социальной дисфункции (социально-психологический аспект). - М., 1977.

<sup>3</sup> Кудрявцев В.Н. Право и поведение. - М., 1979.

там и устрановлениям, в том числе, к правовым предписаниям и законам, с другой - совокупность объективных обстоятельств, которое вызывают намерение и решимость совершить умысленное противоправное деяние или действие (бездействия), приводящие к поступку по неосторожности.

Вопрос о причинах различных видов отклоняющегося поведения, на наш взгляд, наиболее глубоко исследован применительно к преступности. Проблема причин преступности привлекала внимание практически всех отечественных и зарубежных криминологов, поскольку ее решение - основная задача этой отрасли знаний. Представляя собой сложное явление, делинквентность является результатом действия множества обстоятельств, факторов, социальных причин. Для исследования всей совокупности делинквентного поведения требуется установить как можно больше обстоятельств, определяющих содержание, структуру, детерминации изучаемого явления. Данные действия сведутся, прежде всего, к построению причинно-следственных связей, установлению тех или иных факторов и условий.

Необходимо обратить внимание на то, что причинность никогда не реализуется в «чистом» виде, освобожденном от присутствия других форм связи. Отсюда вытекают объективно существующие сложности и многообразие причинно-следственного комплекса делинквентности.

Причина, будучи основой следствия, выступает в роли исходного и определяющего элемента взаимосвязи явлений. Когда идет речь о таких сложных явлениях, как преступность, то необходимо иметь в виду множество причин, определяя среди них основные и второстепенные, объективные и субъективные, постоянные, временные и пр.

М.Д. Шаргородский писал: «Причинами преступности в широком смысле этого слова можно считать все те обстоятельства, без которых она не могла бы возникнуть и не может существовать. Не все эти обстоятельства играют одинаковую роль. Одни из них создают лишь реальную возможность преступных мотивов, а другие превращают эту возможность в действительность. Поэтому первые следует рассматривать как условия, а вторые как причины...»<sup>1</sup>.

Рассматривая делинквентность как социальное явление, следует иметь в виду, что оценка одних явлений в качестве причин, а других в качестве условий всегда будет иметь относительный характер. В разных случаях одно и то же явление может выступать

<sup>1</sup> Шаргородский М.Д. Преступность, ее причины и условия в социальном обществе: Преступность и ее предупреждение. - Л., 1966.

либо причиной, либо условием. Однако причина сгруппируется таковой лишь при наличии конкретных способствующих условий.

А.Б. Сахаров<sup>1</sup> отмечал, что хотя криминология не может в полном объеме исследовать все специфические причины «оглянонющего поведения» и различных «фоновых» явлений, которые тесно связаны с преступностью, то есть предшествуют многим случаям преступного поведения или сопутствуют ему, но как наука социологическая, она может и должна вторгаться в социальные аспекты всех этих явлений, выявлять не только саму связь с преступностью, но и то, что порождает и питает ее - социальные условия, от которых зависят подобные явления.

Таким образом, делинквентность как социальное явление, не существующее вне людей и их поведения, необходимо рассматривать в качестве итога социального взаимодействия.

Комплексный подход к проблеме предупреждения делинквентности диктует необходимость рассматривать делинквентность как определенную целостность в разряде относительно самостоятельных формирований общества. Современная криминология образует особое внимание на вопросы пространственно-временного распределения делинквентности (места преступлений, места жительства делинквентов, образ жизни) в мире, в отдельных государствах, крупных городах, городских районах, в сельской местности. Она изучает проблемы личной безопасности сотрудников правоохранительных органов, наличия страха населения перед преступностью, проблеме отношения к правоохранительным органам, проблеме риска стать жертвой преступности, особенно в формировании факторов виктимологического характера, исследует также влияние социальной структуры того или иного района на уровень и характер преступности, устанавливает миграционные процессы делинквентов, изучает различия в реакциях на преступность. Множество вариантов типологии явлений и условий, способствующих существованию делинквентности и определяющих ее состояние, возможно сгруппировать с учетом специфики экономической и социальной ситуации, реальных условий жизни людей, функционирования общества в целом. Все их совокупность разделяют на внешние и внутренние условия.

К внешним можно отнести экономическую ситуацию в стране, а также те хозяйственные, финансовые, внешнеторговые условия, ко-

торые характерны для данного государства, его субъектов, групп государств (СНГ), иногда и всего мирового сообщества. Исследования свидетельствуют о том, что состояние экономики тесно связано с уровнем преступности. Чем более отчетливо проявляется хозяйственный кризис, тем острее нарушаются уголовно-законодательства<sup>1</sup>.

Отглагольняющееся поведение, как уже говорилось выше, является питательной средой для преступности. Внутренние условия, оказывающие воздействие на делинквентность связаны с образом жизни людей и среди них одно из самых распространенных видов отклоняющегося поведения является пьянство, наркотики, влекущие за собой совершение новых, более опасных и изоциренных преступлений.

Характерным примером может служить личность Муханина, 1972 г. р., уроженца г. Уфы, бывшего сотрудника милиции, 6 октября 2000 г. заложившего взрывное устройство на железнодорожном вокзале г. Пятигорска, в результате взрыва погибло два человека, пять граждан получили ранения различной степени тяжести.

Незадолго до совершения преступления Муханин был уволен из органов внутренних дел. Работая до этого в должности участкового инспектора и проверяя жилой сектор, он выявил лиц чеченской национальности, которые проживали в г. Пятигорске без регистрации. Данный факт за денежное вознаграждение им был скрыт. Муханин, имея склонность к употреблению спиртных напитков, впоследствии попал в финансовую зависимость от чеченцев, которые и предложили ему сделать заказку взрывного устройства.

Анализ актов терроризма, имевших место в России в течение последних нескольких лет, показывает, что совершаются они чаще всего лицами с достаточно богатым криминальным опытом. Участие в террористической деятельности означает для них своего рода выход на более высокий уровень криминальной квалификации, изменение преступной специализации в соответствии со сложившейся конъюнктурой. Например, практически все громкие захваты заложников и угоны самолетов, произошедшие начиная с конца 80-х годов на Северном Кавказе, были осуществлены бывшими уголовниками. Так, из пяти членов банды Якшиянцева, захватившей в качестве заложников в декабре 1988 г. во Владикавказе группу школьников с педагогом, двое имели судимости, причем сам Якшиянцев трижды отбывал лишение свободы, в том числе за бандитизм, проведен в местах лишения свободы в общей сложности около 16 лет. Остальные

<sup>1</sup> Сахаров А.Б. «Роль криминологической науки в предупреждении преступности». // Социалистическая законность. 1985. №12.

<sup>1</sup> Сухшин А.В. Там же.

участники группы регулярно принимали наркотические вещества, вели антисоциальный образ жизни.

Следует также отметить наличие тех или иных психологических отклонений у лиц, совершающих преступление данной категории, вызванные различными факторами.

Как указывает М.В. Назаркин<sup>1</sup>, для террористов, как одиночек, так и исполнителей данных преступлений в группе, в целом характерны садомазохистские и суицидальные тенденции. В соответствии с исследованиями профессора М.П. Киреева, примерно 50% лиц, совершивших угон воздушных судов, были впоследствии признаны судебно-медицинской экспертизой невменяемыми. В связи с этим данная категория лиц представляет собой сферу постоянного внимания органов внутренних дел, которые должны располагать всей необходимой информацией о данных субъектах.

Поэтому помимо наличия преступного опыта, криминологический анализ лиц, совершивших акты терроризма в Северо-Кавказском регионе, дает основания говорить о некоторых присущих им социально-психологических характеристиках. В большинстве случаев это люди с несложившейся жизнью, испытывающие острые проблемы во взаимоотношениях с родственниками, окружающими, не могущие найти свое место в обществе. В социологическом плане - это типичные маргиналы, с низким уровнем общего и специального образования, постоянно меняющие профессию, если таковая у них вообще есть, место работы и жительства, не имеющие устойчивых семейных связей. С позиций психологии - крайне неуравновешенные, невротичные личности. Весьма показательный пример - террористки, осуществившие взрыв на Пятигорском вокзале: Фатима Таймасханова, 1973 г. р., уроженка с. Арчун Шагинского района ЧИАССР, чеченка, образование 8 классов, временно не работающая, разведенная, имеющая на иждивении ребенка; Айсет Дадашева, 1963 г. р., уроженка с. Дачу-Борзой Грозненского района ЧИАССР, чеченка, образование 8 классов, временно не работающая, вдова, имеющая на иждивении трех несовершеннолетних детей.

Ученые уже давно отмечают особую, отличную от мужской, психическую обусловленность совершения преступлений женщинами, что дает основания говорить о специфически женской преступности не просто исходя из принадлежности к определенному полу, а выходя из ее на основании особого душевного склада, особого мироощущения. Изучение личностных характеристик террористок в этом убеж-

дает. По мнению сотрудников ГНЦ имени Сербского, «женская преступность - температурный лист общества. Количество женщин, вступающих в конфликт с законом, отражает уровень социального неблагополучия. Характерно, что среди криминальных представителей слабого пола процент душевнобольных выше, чем у мужчин»<sup>1</sup>.

Анализ личности криминальных террористов свидетельствует о том, что в большинстве своем это люди, которым присущи две важные особенности - социологическая и психологическая, - предопределяющие преступный характер поведения: наличие солидного криминального опыта, неустойчивость социального положения (комплекс маргинала) и явное присутствие определенных психологических черт (неуравновешенность, конфликтность, жестокость, амбициозность, психические аномалии).

Современное состояние законности и прогнозы развития девиантного поведения не дают оснований надеяться, что в ближайшем будущем произойдут существенные позитивные изменения. В этой связи необходимо дальнейшее совершенствование правоприменительной практики в целях обеспечения защищенности жизненно важных интересов личности, общества, государства.

## ПОНЯТИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ ЖЕРТВ ПРЕСТУПНЫХ ПОСАГАТЕЛЬСТВ

*Тихомирова Е.Д. - преподаватель кафедры уголовного права и криминологии*

Для характеристики различных виктимологических аспектов преступности, прежде всего, необходимо определить основные виктимологические понятия, так как понятийный аппарат виктимологии находится в стадии формирования и многие из них имеют неодинаковую трактовку у различных авторов.

Основной задачей понятия виктимологии является «жертва». Но поскольку виктимология - это наука, она рассматривается в двух аспектах:

\* в узком - как криминальная виктимология, которая в свою очередь представляет собой самостоятельное научное направление

<sup>1</sup> Назаркин М.В. Криминологическая характеристика лиц - участников преступлений террористического характера ВНИИ МВД России. 2002.

<sup>1</sup> Назаркин М.В. Там же.

ление, существующее в рамках криминологии и являющееся ее составной частью;

\* в широком - где понятие «жертва» охватывает, наряду с вышеизложенным, и лиц, пострадавших в ситуациях некриминального характера (несчастных случаев, эпидемиях, стихийных бедствиях, катастрофах техногенного характера, войн и политических противостояний)<sup>1</sup>.

В настоящее время исследователи мы рассматриваем понятие криминальной жертвы (далее - жертвы).

Термин «жертва» сугубо криминологический, уголовное право и уголовный процесс оперируют термином «потерпевший». В различные периоды многие ученые вкладывали одинаковое содержание в два вышеозначенных понятия. И в настоящее время достаточно часто, наряду с термином «жертва», используется термин «потерпевший». Однако их использование в качестве синонимов недопустимо. Эти понятия различаются по объему, содержанию, значению и уровню законодательного закрепления.

Кратко рассмотрим понятие потерпевшего.

В настоящее время законодатель закрепил новый подход к статусу потерпевшего существование расширив круг подпадающих под данную категорию лиц. Согласно ст. 22 УПК РФ, «потерпевшим является физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред, а также юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации. Решение о признании потерпевшим оформляется соответствующим постановлением»<sup>2</sup>.

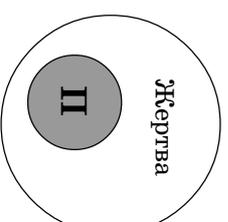
Таким образом, потерпевшим является лицо, пострадавшее от зарегистрированного преступления и прошедшее соответствующую процедуру признания, предусмотренную законом. А это означает, что субъект круг лиц, выступающих объектом криминологического изучения, однако не подпадающих под понятие «потерпевший» - это и жертвы латентных преступлений, и лица, пострадавшие от преступлений, в которых процессуальная фигура потерпевшего не обязательна (например: экологические преступления), эвентуальных жертв и т.д.<sup>3</sup>

1 Криминология. Учебник. / Под ред. В.Н. Кудрявцева и В.Е. Эминова. - М.: Юрист, 2005. С. 197.

2 УПК РФ. Ст. 22. Ис «Кодекс».

3 Эвентуальные жертвы - термин предложен Л.В. Франком. Давая криминологическое понятие жертвы, он исключает в данную категорию не только непосредственных жертв, но и жертв от «покушений» на преступление, близких родственников погибших жертв и «выживших» потерпевших, акцентирова внимание на том, что криминологическое понятие не должно быть связано с процессуальным признанием гражданства таковых. Л.В. Франк. Витимология и виктимность. Душанбе. 1972. С. 53.

Однако все лица, соответствующие категории потерпевших, безусловно, могут выступать в качестве объекта криминологического исследования. Подобное отношение двух понятий можно проиллюстрировать с помощью кругов Эйлера (рис. 1).



Я солидарна с мнением профессора Д.В. Ривмана о возможности при обращении «...к криминально обусловленной и тем более реализованной виктимности...» оперировать термином «потерпевший»<sup>1</sup>, однако подменять им термин «жертва» некорректно.

Различие между понятиями «потерпевший» и «жертва» можно провести и по значению данных терминов. Если в первом случае во главу угла ставятся обстоятельства, при которых лицо может быть признано потерпевшим в уголовном процессе по закону, то криминологию, прежде всего, интересуют, в соответствии с какими закономерностями, обусловленными социальными, психологическими и биологическими факторами, он возникает в реальной действительности.<sup>2</sup>

Основные спорные вопросы, связанные с понятием «жертва», сосредоточены в следующих сферах:

- круг лиц, подпадающих под данную категорию;
  - механизм причинения вреда;
  - время причинения вреда.
- Рассмотрим каждый из них подробнее.

В круг лиц, включенных в объем криминологического понятия «жертва», входят:

- во-первых, потерпевшие от преступлений в узком уголовно-процессуальном смысле, так как представляя собой наиболее точно определенную, достоверную, доступную для исследования совокупность;

- во-вторых, «скрытые жертвы»<sup>3</sup>, которых Л.В. Франк подразделял на потенциальных, эвентуальных и латентных.

Потенциальные жертвы - это «лица, которые в силу своих личностных качеств, статуса, позиции, поведения, если оно «акцентируется», становятся как бы «мишенью» для преступных посягательств определенного вида.

Понятие эвентуальной жертвы (от латинского eventus - случай) сходно, но не идентично, это потенциальная жертва, но более детер-

1 Риван Д.В. Витимология. - СПб., 2000. С. 34.

2 Франк Л.В. Витимология и виктимность. - Душанбе. 1972. С. 53.

3 Там же. С. 82.

минированная определенной ситуацией и выбором самого посягателя (нечто иное, как частный случай, носителя ситуационной или ролевой виктимности).

Латентная жертва - лицо, уже реально пострадавшее от преступного посягательства, но по каким-либо причинам этот факт не нашел своего отражения в официальном учете, когда такой учет обязателен или желателен в интересах общества и государства. Л.В. Франк относит к данной группе и тех лиц, которыми закон предоставляет право выбора - сообщить или не сообщить о случившемся посягателю (дела частного и частного-публично-обвинения), поскольку процессуальный аспект не является определяющим для виктимологии, и независимо от факта возбуждения уголовного дела, наличествует посягательство - наличествует и жертва.<sup>1</sup>

Выделение потенциальных и эвентуальных жертв кажется основанным, так как еще Ганс фон Гентиг и Эленбергер ставили перед виктимологией цель развития практики «самозащиты и соответствующей «терапии» против виктимального рецидива, для достижения которой необходимо исследовать личность жертвы, наличие у нее виктимальных характеристик»<sup>2</sup>.

В отношении механизма причинения вреда единого мнения не сформулировано и в уголовном процессе. Закон дает распыляющую формулировку: «...Лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред...», не уточняя, причинен он прямо или косвенно. В отношении непосредственных жертв различий не возникает, к спорным категориям относятся:

- 1) лица, которым при подготовке или покушении на преступление не был прямо причинен какой-либо моральный, физический или имущественный вред;
  - 2) близкие родственники погибшего от преступления, так как вред причинен им не прямо, а косвенно;
  - 3) лица, чье правонарушение или ненадлежащее поведение явилось одним из условий совершенного преступления.
- В.Я. Дорохов, И.И. Потеружа, В.М. Савицкий и другие придерживаются точки зрения, что при отсутствии вреда лицу не может быть признано потерпевшим<sup>3</sup>. Аналогично к этому вопросу подходит и судебно-следственная практика.

<sup>1</sup> Франк Л.В. Виктимология и виктимность. - Душанбе, 1972. С. 83.

<sup>2</sup> Курс советской криминологии. Т. 1. - М., 1985. С. 173.

<sup>3</sup> Рязань Д.В. Виктимология. - СПб., 2000. С. 35.

Иной позиции придерживается Л.Д. Кокорев, он считает основанным признание потерпевшим лица, которым при подготовке или покушении на преступление не был прямо причинен какой-либо моральный, физический или имущественный вред и обосновывает свое мнение тем, что при подготовке и покушении происходит посягательство на интересы личности, и отчасти это верно, так как уже имеет место реальное посягательство на объект уголовно-правовой охраны.<sup>1</sup>

Вопрос с близкими родственниками погибших от преступлений разрешен законодательно. Часть 4 статьи 53 УПК РФ предусматривает делегирование прав, предусмотренных настоящей статьей, по делам о преступлениях, последствиям которых явилась смерть потерпевшего его близким родственникам. Однако В.М. Савицкий и И.И. Потеружа считают, что родственники должны участвовать в процессе как представители потерпевшего, так как вред им причинен не прямо, а косвенно. По мнению М.С. Строговича, родственники выступают и как представители потерпевшего, и как потерпевшие. В.П. Божьев полагает, что потерпевший - умершее лицо, а его родственники лишь надеются правами потерпевшего<sup>2</sup>.

«Виновных» потерпевших предлагается вывести из числа потерпевших в процессуальном смысле. Они должны выступать в процессе в качестве свидетелей<sup>3</sup>. Такое решение вызывает обоснованную критику как у специалистов в области уголовного процесса, так и у автора настоящего исследования, поскольку нарушает равноправие между преступником и потерпевшим. Вина первого доказывается судом, а у второго «вина», хотя и условная, должна быть установлена следователем единолично практически в момент возбуждения уголовного дела.

Вообще, «вина» потерпевшего - термин некорректный и неудачный, хотя широко распространены в обиходном словоупотреблении. Под ним понимается противоречащее нормам права или морали поведение потерпевшего, предшествовавшее совершению в отношении него преступления и способствовавшее ему. Еще в Курсе советской криминологии отмечалось, что применение его даже условно неприемлемо, и предлагалось взамен понятие «отрицательное (неправомерное или безнравственное) поведение потерпевшего»<sup>4</sup>, но нам кажется, что и этот термин не совсем приемлем, так как не столько характеризует явление, сколько содержит его социальную оценку.

<sup>1</sup> Рязань Д.В. Виктимология. - СПб., 2000. С. 35.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Там же. С. 36.

<sup>4</sup> Курс советской криминологии. Т. 1. - М., 1985. С. 176.



Автор настоящей статьи предлагает использовать термин «провоцирующее поведение потерпевшего (жертвы)». Он прямо указывает на характер взаимосвязи между поведением жертвы и совершенным преступлением (обуславливающей).

В отличие от уголовно-процессуального понятия «потерпевший», виктимологическое понятие «жертва», по мнению Л. В. Франка, охватывает не только непосредственных жертв, но и жертв от покушений на преступления, близких родственников погибших жертв и «виновных» потерпевших<sup>1</sup>.

Автор солидарен с Л. В. Франком в этом вопросе, поскольку считает, что если преступное событие повышает уровень тревожности личности, его личностную виктимность, уже можно в отношении этого лица употребить термин «жертва преступности» в общетеоретическом - широком смысле.

Время причинения вреда жертве тесно связано с проблемой понимания виктимности как реализованной или нереализованной, потенциальной способности. А если признать возможность существования потенциальных жертв, встает вопрос о фактальности поддогоного потенциала.

В настоящее время можно выделить три подхода к пониманию жертвы преступного посяательства:

1. Во-первых, Л. В. Франка, дающего наиболее широкую трактовку исследуемого понятия. По его мнению, жертва преступления - это индивидуумы и их общности в любой форме их интеграции, которым прямо или косвенно причинен вред преступлением<sup>2</sup>.

Д. В. Ривман критикует данное определение за излишнюю широту и говоря о конкретном индивидууме, считает, что данным понятием охватываются и общности, так как индивидуум - частный случай общности. Однако законодатель, расширив понятие потерпевшего, считает необходимым выделить общности (юридические лица) в случае, если вред им причинен как общностям. Автор статьи разделяет позицию законодателя, так как определение жертвы (общетеоретическое), а точнее, это определение всех возможных жертв, прежде всего, оно призвано обозначить предмет науки и отграничить предмет ее исследования.

Однако Л. В. Франк и сам предполагает широту предложенного им определения и подчеркивает необходимость в каждом конкрет-

ном случае давать определение жертвы, причем в предмет самостоятельного криминологического исследования выделяет потерпевших от половых преступлений.

2. Во-вторых, понятие Д. В. Ривмана, которое уже по объему, чем у Л. В. Франка.

Жертва - это физическое лицо, человек, которому непосредственно преступлением причинен физический, моральный или материальный вред<sup>1</sup>. Кроме того, он обоснованно полагает, что виктимология должна использовать собственные термины и понятия, как жертвы, так и потерпевшего. Виктимологическое понятие потерпевшего, по его мнению, основывается на объективном критерии, отражающем реальное событие - наличие вреда, ущерб, причиненного преступлением, независимо от факта признания таковым в установленном законом порядке (субъективный критерий)<sup>2</sup>.

В-третьих, позиция, неоднократно встречавшаяся в диссертационных исследованиях современных криминологов, согласно которой два вышеозначенных определения характеризуют жертву преступного посяательства, но первое относится к общетеоретическому, а второе к операционному (эмпирическому). В общетеоретическое понятие входят все жертвы преступных посятельств, как выявленные, так и латентные, как легитимированные, так и фактические.

Термины «потерпевший» и «жертва» различаются и по уровню законодательного закрепления. Определение потерпевшего, как уже было отмечено, содержится в ст. 22 УПК РФ. Определение жертвы, в свою очередь, российским законодательством не закрепляется, оно содержится в международных правовых актах. В частности, в конце 1985 года ООН была принята Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью<sup>3</sup>. Эта Декларация, в соответствии со ст. 15 Конституции РФ, является составной частью нашей правовой системы.

Декларация под термином «жертва преступлений» понимает лиц, «которым индивидуально или коллективно был причинен вред, включая телесные повреждения или моральный ущерб, эмоциональные страдания, материальный ущерб или существенное ухудшение их основных прав в результате действия или бездействия, нарушающего действующие национальные уголовные за-

1 Франк Л. В. *Потерпевшие от преступления и проблемы советской виктимологии*. -

*Душанбе, 1977. С. 40-41.*

2 Там же. С. 85.

1 Ривман Д. В. *О некоторых проблемах криминологической виктимологии*. // *Виктимологические проблемы борьбы с преступностью*. - Иркутск, 1982. С. 16.

2 Ривман Д. В. *Виктимология*. - СПб., 2000. С. 34-37.

3 Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью. 1985. Ис. «Кодекс». Ст. 1.

коны государства-членов, включая законы, запрещающие преступное злоупотребление властью» (ст. 1).

Широкая трактовка понятия делает актуальной группировку жертв преступных посягательств.

Группировать жертв можно с помощью различных уровней обобщения: классификации и типологии. Несмотря на взаимосвязанность, эти понятия не тождественны. Классификация представляет собой устойчивую группировку объекта по единому основанию и является законченной, когда перечислены все элементы деления. Типология - это группировка объектов с помощью идеализированной модели-типа. Классификация потерпевших носит многоплановый характер, но она недостаточна для проведения виктимологической профилактики в отношении потенциальных жертв. Для этого необходимо иметь типологию, которая служит обнаружению свойств личности, наиболее вероятных для той или иной категории потерпевших. Как правило, типологии предшествует классификация.

Рассмотрим подробнее классификацию жертв преступных посягательств.

За основу классификации могут быть взяты:

- 1) характеристики личности жертвы как физические (возраст, пол, состояние здоровья, темперамент и т.п.), так и социальные (социальный статус, социальная роль, социальная позиция);
  - 2) характер поведения: правомерное, правонарушительное (отклоняющееся), согласие потерпевшего и причинение им вреда себе;
  - 3) признаки, характеризующие состояние потерпевшего;
  - 4) признаки, характеризующие взаимоотношение потерпевшего и виновного;
  - 5) признаки, характеризующие вред, причиненный потерпевшему (физический, моральный, материальный).
- Это не исчерпывающий перечень, в зависимости от целей исследования он может дополняться и изменяться. Так, немалый интерес представляет классификация жертв преступных посягательств в зависимости от признаков преступлений, причинивших вред. По данному критерию всех потерпевших можно подразделить на жертв убийств, тяжких телесных повреждений, разбойных нападений, насильственных и т.п.

Большое значение имеет классификация потерпевших по элементам признаков состава преступлений. Например, потерпевшие от

краж, совершаемых на вокзалах, в общественном транспорте, потерпевшие от квартирных краж (основание классификации - признак объективной стороны); потерпевшие от преступлений, совершаемых рецидивистами, профессиональными преступниками, коррупционерами (основание классификации - субъект преступления); жертвы неосложненных преступлений, жертвы умышленных преступлений (основание классификации - субъективная сторона).

Некоторые из приведенных выше оснований нуждаются в более детальном рассмотрении.

Классификация жертв в зависимости от их отношений с преступником применяется в криминологии достаточно часто. В ее основу может быть положена форма социальной связи: родственная, служебная, внебрачная сожительство, членство в одной досуговой группе, кратковременное знакомство или полное отсутствие каких-либо социальных связей.

Большое значение имеет классификация жертв в зависимости от характера их поведения. П. Дагель и В.С. Минская выделяют жертв, в поведении которых содержался преступный; административный; дисциплинарный проступок (нарушающий правила общежития или нарушение общепринятых правил предосторожности в тех или иных сферах человеческой деятельности).<sup>1</sup> Однако подобное деление противоречит логическим основам классификации, поскольку является незавершенным, среди предложенных видов отсутствует правомерное поведение.

Другие авторы выделяют поведение жертв: социально-позитивное, социально-нейтральное, социально-негативное.<sup>2</sup>

В.И. Подубинский подразделяет всех жертв в зависимости от влияния их поведения на зарождение и развитие преступлений на активных и пассивных.<sup>3</sup>

Более подробную классификацию дает Д.В. Ривман. Он подразделяет всех потерпевших в зависимости от типа поведения на агрессивных, инициативных, пассивных, некриминальных и нейтральных.<sup>4</sup>

1 Дагель П. «Вина потерпевшего» в уголовном праве. // Советская юстиция. 1967. №6. С. 47; Минская В.С. Криминологическое и уголовно-правовое значение погрешающих. // Вопросы борьбы с преступностью. Вып. 16. С. 65; Минская В.С. Уголовно-правовые и нравственно-психологические аспекты виктимологии. // Советское государство и право. 1985. С.32.

2 Курс советской криминологии. Т. 1. - М., 1985. С. 174.

3 Подубинский В.И. Виктимологические аспекты профилактики преступлений. - М., 1980. С. 49.

4 Ривман Д.В. О некоторых понятиях криминальной виктимологии. // Виктимологические проблемы борьбы с преступностью. - Иркутск, 1982. С. 22.

Я предлагаю классифицировать поведение жертвы преступного посягательства на следующие типы: неправомерное, аморальное, некриминальное, правомерное и реализующее активную гражданскую позицию.

Неправомерное поведение в свою очередь делится на: преступное (в действиях жертвы содержатся признаки состава преступления) и деликвентное (действия жертвы нарушают действующее законодательство, но не содержат признаков состава преступления).

Аморальное поведение жертвы - поведение, прогноречащее принятым в обществе правилам и нормам, получившее негативную социальную оценку.

Некриминальное поведение жертвы отличает либо неверная трактовка преступного события, либо небрежное отношение к общепринятым мерам предосторожности.

Поведение, реализующее активную гражданскую позицию, представляет собой тип социально одобряемого поведения (например: жертва, получившая телесные повреждения в ходе задержания преступника). К данному типу потерпевший будет отнесен, если его действия носят добровольный характер и не следуют из его служебных обязанностей, в противном случае будет иметь место правомерное поведение.

К. В. Агиев предложил типологию потенциальных жертв, состоящую из четырех типов. Основанием деления выступили обстоятельства, способствовавшие виктимизации.

1. Лица, которые обладают личностной виктимностью. Потерпевшие, включенные в эту группу, могут быть классифицированы в зависимости от пола, возраста, национальности и т.п.
  2. Лица, которые обладают профессиональной виктимностью. В эту группу входят потерпевшие, в отношении которых повodom для совершения преступления послужила их специальность, должность, род занятий.
  3. Лица, которые обладают ролевой виктимностью. В эту группу входят лица, которые могут стать потерпевшими в связи с выполнением определенных функций, обусловленных их социальной позицией в обществе.
  4. Лица, которые обладают поведенческой виктимностью. Поведение данной категории потерпевших, как правило, выступает в качестве повода к совершению преступления.
- «По типу поведения потерпевшие могут быть активными и

пассивными». Поведение таких потерпевших может быть «отрицательным, положительным и нейтральным»<sup>1</sup>.

Подобная типология вызывает обоснованную критику. Профессиональная виктимность есть частный случай ролевой виктимности. Но мы не ставим целью в этом исследовании выработку типологии жертв вообще. Анализ всех приведенных выше классификаций жертв преступных посягательств позволяет сделать вывод, что все они делятся на две большие группы. Во-первых, собственно классификации жертв - в качестве основания деления выступают различные свойства, признаки, навыки, качества и состояния жертвы. Во-вторых, классификация жертв в зависимости от характера их поведения и его взаимосвязи с преступным посягательством или классификация виктимального поведения. Вторая группа есть ничто иное, как классификация виктимности.

Л. В. Франк писал, что преступление можно рассматривать «...как эллипс, фокусами которого являются преступник и его жертва»<sup>2</sup>. Благодаря проводимым по всему миру виктимологическим исследованиям, в настоящее время жертва преступного посягательства рассматривается, не только как пассивный элемент объективной стороны совершенного преступления, а как активный участник, равно с преступником вовлеченный в ткань общественного отношения, вызванного нарушением уголовного закона, и требующий изучения в комплексе всех его общественных связей и состояний до, во время и после совершенного преступления с целью: во-первых, воздействия на преступность путем выявления «потенциальных» жертв и предупреждения процессов виктимизации, во-вторых, компенсации ущерба причиненного жертве и реабилитации жертв.

<sup>1</sup> Агиев К. В. *Типология потерпевших от насильственных преступлений. // Состояние и тенденции насильственной преступности в Российской Федерации. Сборник научных трудов.* - М. 1993. С. 94-95.

<sup>2</sup> Франк Л. В. «Виктимизация и виктимность». - Душанбе, 1972. С. 18.

## МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ИСТОЧНИКИ УСТАНОВЛЕНИЯ СИСТЕМЫ НАКАЗАНИЙ БЕЗ ИЗОЛЯЦИИ ОТ ОБЩЕСТВА И СТЕПЕНЬ ИХ РЕАЛИЗАЦИИ В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНО- ИСПОЛНИТЕЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

*Хмельевская Т.А. - доцент кафедры уголовного права и криминологии,  
к.ю.н.*

Реформирование уголовно-исполнительного законодательства затронуло как действующие виды наказания, так и перспективные виды: обязательные работы, ограничение свободы, арест. Отправным документом, определившим начало этого процесса, является Указ Президента РФ от 08.10.1997 г. «О реформировании уголовно-исполнительной системы Министерства внутренних дел РФ». В соответствии с этим документом уголовно-исполнительная система передавалась в ведение Министерства юстиции РФ. Подобное изменение имело место в России в 1895 году. Реформирование уголовно-исполнительной системы и законодательства вызваны необходимостью их приведения в соответствие с международными стандартами. Это является одним из основных направлений современной уголовно-исполнительной политики России. Стандартные минимальные правила ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением, рекомендуют государствам «поощрять разработку новых мер, не связанных с тюремным заключением, и внимательно следить за этим процессом, а также систематически оценивать практику их применения».<sup>1</sup> Уголовное законодательство, идя по этому пути, включило в свою систему новые наказания без изоляции от общества: обязательные работы и ограничение свободы. Системы уголовных наказаний других стран содержат расширенный перечень наказаний без изоляции от общества. В Англии и Уэльсе в соответствии с секцией 33 Закона о полномочиях уголовных судов (Powers of Criminal Courts (Sentences) Act) 2000 г. группа наказаний, не связанных с изоляцией от общества, представлена следующими мерами государственного принуждения:

- а) домашний арест;
- б) probation;

- в) предоставление услуг обществу;
- д) комбинация probation и предоставление услуг обществу;
- е) проживание программы избавления от наркозависимости за взыскости;
- з) посещение специальных probationных центров;
- ж) постановка под специальный надзор;
- и) выполнение персональной программы действий.

Необходимость и значимость наказаний без изоляции от общества и в России определил в своем докладе, при анализе работы уголовно-исполнительной системы, упомянутый выше по правам человека в Российской Федерации: «В целях нравственного оздоровления общества, снижения его криминализации необходимо изменение государственной уголовной политики в сторону расширения спектра мер, альтернативных лишению свободы».<sup>1</sup>

Эффективность применения мер уголовно-правового принуждения во многом зависит от степени законодательного регулирования самого процесса их отбывтия и деятельности субъектов по их исполнению. Уголовно-исполнительный кодекс определяет основополагающие моменты, которые более детально регламентируются в дополнительных источниках. Развитие системы уголовно-исполнительного законодательства связано с принятием целого ряда документов, регламентирующих порядок и условия исполнения наказаний без изоляции от общества, к ним можно отнести: Федеральный закон «Об исполнительном производстве», Положение об уголовно-исполнительной инспекции, утвержденное Постановлением Правительства РФ, «Инструкция о порядке исполнения наказания и мер уголовно-правового характера без изоляции от общества», утвержденная приказом Министерства юстиции РФ 12.04.2005 г.

Новизна впервые включенных в Уголовный кодекс наказаний и норм об их исполнении, отсутствие единства взглядов по их толкованию вызывает необходимость комплексного исследования норм уголовного и уголовно-исполнительного права по исполнению наказаний без изоляции от общества.

Как уже отмечалось выше, одним из основных направлений уголовно-исполнительной политики России является приближение национального законодательства к международно-правовым стандартам порядка и условий отбывтия уголовных наказаний. Поэтому мы остановимся на международно-правовых источниках, определяющих

<sup>1</sup> Уголовно-исполнительное право. Сборник нормативных актов. - М., 1997. С. 96.

<sup>1</sup> Российская газета. 2005. 31 марта.

правила исполнения наказаний без изоляции от общества. Это позволит в полной мере оценить степень достижений в этом направлении уголовно-исполнительной политики России.

Одним из основных документов по данному вопросу являются Стандартные минимальные правила ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила), принятые Генеральной Ассамблеей ООН 14 декабря 1990 года. Необходимость расширения числа наказаний без изоляции от общества вызвана растущим числом заключенных и переполненностью тюрем во многих странах. Целью данного документа называется обеспечение более активного участия общественности в осуществлении правосудия по уголовным делам и содействие развитию у правонарушителя чувства ответственности перед обществом. Положения вышеуказанного документа содержат предостережения для стран-участниц договора об избежании неоправданного применения тюремного заключения в отношении правонарушителей по уголовным делам. Согласно данным Минюста РФ, на сентябрь 2005 года в местах лишения свободы УИС находилось 808 507 человек при лимите 958 628. А в 1999 году заключенных в тюрьмах было больше миллиона. В исправительных колониях, судя по данным за сентябрь, перенаселения нет.<sup>1</sup> Такое состояние уголовно-исполнительной системы России свидетельствует о конкретном воплощении на практике рекомендаций ООН по ограничению применения наказания в виде лишения свободы. Токийскими правилами рекомендованы следующие виды наказаний без изоляции от общества: устные санкции, такие, как замечание, порицание и предупреждение; условное освобождение от ответственности; поражение в гражданских правах; экономические санкции и денежные наказания, такие, как разовые штрафы и поденные штрафы; конфискация или постановление о лишении прав собственности на имущество; возвращение имущества жертве или постановление о компенсации; условное наказание или наказание с отсрочкой; условное освобождение из заключения или наказание с отсрочкой; условное исполнение общественно-полезных работ; направление в исправительные учреждения с обязательным ежедневным присутствием; домашний арест; любой другой вид обращения, не связанный с тюремным заключением. В системе уголовных наказаний УК РФ из вышеперечисленных видов закреплены: штраф, условное осуждение, наказание с отсрочкой, условно-досрочное освобождение от наказания,

обязательные работы. Такой вид наказания, как направление в исправительное учреждение с обязательным ежедневным присутствием, соответствует ограничению свободы, предусмотренному в ст. 44 УК РФ. Домашний арест является одной из мер пресечения, применяемой в соответствии с УПК РФ. Данные виды уголовно-правового принуждения были включены в российские законы в период шестидесятилетней истории. Токийскими правилами подробно регламентированы участие общественности в процессе исполнения наказаний без изоляции от общества. Ее роль заключается в укреплении связей между правонарушителем, обывающим наказанием без изоляции от общества, и его семьей и обществом в целом. В данном документе определена сфера деятельности средств массовой информации при применении мер, не связанных с тюремным заключением. Она состоит в формировании у общественности конструктивного подхода к более широкому использованию названных видов наказаний к правонарушителям и возвращению последних к нормальной жизни в обществе. О степени участия общественных объединений в деятельности условно-исполнительной системы РФ мы остановимся ниже, при рассмотрении вопросов, связанных с исполнением конкретных видов наказаний. Стандартные минимальные правила ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением, регламентируют участие добровольцев в данном процессе. Добровольцы подбираются и принимаются на работу с учетом их склонностей и интереса к ней. Они проводят необходимую подготовку для выполнения соответствующих работ. Деятельность добровольцев направлена на поощрение правонарушителей и их семей при установлении ими конструктивных связей с обществом, на предоставление им консультаций и другой необходимой помощи. Данная работа возмещается государством в рамках расходов, которые несут добровольцы при ее выполнении. Постоянно должны проводиться исследования и сбор информации применении к правонарушителям режима, не связанного с тюремным заключением. На основе полученных данных должны разрабатываться программы совершенствования исполнения наказаний без изоляции от общества. Токийские правила указывают на необходимость межгосударственного сотрудничества в области применения пенитенциарного режима.

На основании проведенного анализа мы установили, что в процессе применения стандартов обращения с осужденными к мерам, не связанным с лишением свободы - членам ООН предлагается руководствоваться следующими принципами:

<sup>1</sup> Российская газета от 3 ноября 2005 г.

- обеспечить активное участие общественности на всех стадиях реализации рассматриваемых мер;
- создать наиболее оптимальные отношения между правами преступников, их жертв, интересами общественной безопасности и предупреждения преступности;
- использовать стандарты с учетом национальных условий страны и целей системы уголовного правосудия;
- иметь широкий набор мер с тем, чтобы гибко реализовывать на характер и степень тяжести преступления, личность и иные черты общества;
- минимальное вмешательство при применении мер.

Стандартные минимальные правила ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением, определяют, что правонарушителям должна в случае необходимости оказываться психологическая, социальная и материальная помощь и должна предоставляться возможность для укрепления связей с обществом и для облегчения их возвращения к нормальной жизни в обществе. В настоящее время Министерство юстиции РФ и Федеральная служба исполнения наказаний разрабатывают ведомственный нормативный акт, который детально определит порядок оказания психологической помощи осужденным. «Начиная с 1992 года, психологические лаборатории начали постепенно создаваться в учреждениях по всей России. А несколько лет назад впервые было законодательно закреплено право осужденных на психологическую помощь. Сегодня в уголовно-исполнительной системе России работают около трех тысяч психологов».<sup>1</sup>

В рамках конкретной меры, не связанной с тюремным заключением, в целях более эффективного удовлетворения потребностей правонарушителей в соответствующих случаях должны разрабатываться различные методы, такие как индивидуальная работа, групповая терапия, программы по месту жительства и особое обращение с различными категориями правонарушителей. Данная деятельность детально регламентирована Инструкцией о порядке исполнения наказаний и мер уголовно-правового характера без изоляции от общества, утвержденной Приказом Министерства юстиции РФ от 12.04.05 г. В соответствии с этим документом воспитательная работа представляет собой комплекс мер, способствующих преодолению личностных деформаций, интеллектуальному, духовному развитию, правоослушному поведению и социальной адаптации, а также целенаправленное пози-

<sup>1</sup> Российская газета. 2006 г. 25 декабря.

тивное воздействие на осужденных путем включения их в различные сферы жизнедеятельности (трудоуво, общеобразовательную, общественную). Основными формами воспитательной работы являются индивидуальные и групповые беседы с осужденными по разъяснению порядка и условий отбывания исправительных работ; беседы с родственниками осужденных и лицами, способными оказать на них положительное или отрицательное воздействие; посещение осужденных по месту их жительства с целью изучения их поведения в быту и образа жизни; посещение рабочих мест осужденных, проведение бесед с ними и представительства администрации организации, на которых возложен контроль за поведением осужденных на производстве, и проведение с ними воспитательной работы; проведение иных воспитательных мероприятий, способствующих исправлению осужденных.

Токійские правила допускают возможность изменения или отмены мер, не связанных с тюремным заключением, при нарушении условий их отбывания. Такое решение должно приниматься лишь после тщательного исследования обстоятельств дела и с учетом принципа экономии принудительных мер. Особое значение данный документ придает квалификации персонала, работающего с этой категорией осужденных. «Лица, назначаемые для применения не связанных с тюремным заключением мер, должны обладать соответствующими личными качествами и, по возможности, надлежащей профессиональной подготовкой и практическим опытом. До поступления на службу персонал проходит подготовку, включающую инструктаж о характере мер, не связанных с тюремным заключением, о целях надзора и различных способах применения не связанных с тюремным заключением мер».<sup>1</sup>

Программы, не связанные с тюремным заключением, должны систематически планироваться и осуществляться в качестве неотъемлемой системы уголовного правосудия в рамках процесса национального развития. Международные акты об обращении с осужденными, в том числе и к наказаниям без изоляции от общества, серьезно влияют на уголовно-исполнительную политику.

«Значимость принципов, сформулированных в международных соглашениях, и общих положений о защите прав человека и обращении с осужденными для формирования целей и задач политики в сфере исполнения наказаний определяется тем, что они несут межгосударственный характер, стабильны, не подвержены воздействию социальной и политической конъюнктуры, складывающейся в конк-

<sup>1</sup> Уголовно-исполнительное право. Сборник нормативных актов. - М., 1997. С. 102.

ретной стране, не зависят от идеологических и криминалогических факторов и, следовательно, являются четким ориентиром для развития политики, законодательства и правоприменительной деятельности в сфере исполнения наказаний».<sup>1</sup>

Остановимся подробнее на влиянии международного законодательства о наказаниях без изоляции от общества на уголовно-исполнительное законодательство России.

Систему уголовных наказаний можно разделить на две большие группы: наказания без изоляции от общества и наказания, связанные с лишением свободы. Новое уголовное законодательство пошло по пути расширения системы наказаний, путем включения в нее в большем объеме мер принуждения, не связанных с изоляцией осужденных от внешнего мира. К числу таких наказаний относятся: штраф, лишение права заниматься определенной деятельностью или заниматьсь определенной деятельностью, лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград, обязательные работы, исправительные работы и ограничение свободы. Судебная практика также развивается по пути расширения применения мер, не связанных с лишением свободы. Они составляют большую часть от всех назначенных наказаний. «Более 60% осужденных приговариваются к альтернативным видам наказания. В их числе - условное осуждение, отсрочки отбывания наказания, исправительные работы, лишение права заниматься определенной деятельностью и другие меры, не связанные с изоляцией».<sup>2</sup> Об эффективности их исполнения свидетельствует и сравнительно низкий уровень рецидива среди осужденных в период отбывания данных видов наказаний. В сентябре 2000 года Россия подписала соглашение с Международной межправительственной организацией «Международная тюремная реформа» о реализации проекта «Альтернативы тюремному заключению в России». Цель проекта состоит в сокращении применения в России наказания в виде лишения свободы за счет расширения и более эффективно использования альтернативных видов. Это предполагает совершенствование работы уголовно-исполнительной инспекции по их исполнению и увеличение штатов этого учреждения. Директор Федеральной службы исполнения наказаний России Юрий Калинин в своем интервью говорит об открытии в 2005 году более 5 тысяч новых вакансий в штате уголовно-исполнительной инспекции.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Уголовно-исполнительное право России. Учебник. / Под ред. В.И. Селиверстова. - М., 2003. С. 16-17.

<sup>2</sup> Российская газета от 6 апреля 2005 г.

<sup>3</sup> Там же.

Особенностью системы наказаний, не связанных с изоляцией от общества, является их меньшая по сравнению с лишением свободы степень репрессивного воздействия. Эта характеристика складывается из нескольких факторов. Во-первых, лицо в период отбывания наказания не изымается из своей обычной социальной среды, что в итоге не требует его социальной адаптации. Во-вторых, количество ограничений прав и свобод граждан для данной группы наказаний значительно меньше. Общепринятым является деление изучаемых мер уголовно-правового принуждения на две группы: наказания, не связанные с обязательной трудовой деятельностью, и наказания, включающие трудовую деятельность в свое содержание. Штраф и лишение права заниматься определенными должностями или заниматься определенной деятельностью выступают и как основные, и как дополнительные виды наказаний. Лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград приравнивается только как дополнительное наказание.

В декабре 2004 года вступил в силу Закон №177-ФЗ, который ввел в действие такой вид наказания, как обязательные работы. С 2005 года по закону можно применять ограничение свободы. Этот вид наказания состоит в нахождении осужденного в специальном учреждении - исправительном центре без изоляции от общества в условиях осуществления за ним надзора. До наступления времени Положения об исправительном центре находится на стадии разработки, что исключает возможность применения этого вида наказания. Неясно, будет ли вообще применятся этот вид наказания в редакции ст. 53 УК РФ. По мнению профессора И.В. Шмарова, при ограничении свободы, в отличие от лишения свободы, «степень ущемления личной свободы осужденного не столь выражена и состоит в помешении в специально созданном учреждении - исправительный центр, в ограничении передвижения осужденного пределами исправительного центра, проживании, как правило, в общежитии. На осужденного распространяется специальный режим, за поведением устанавливается надзор. В своей совокупности данные правоограничения, не образуют изоляцию осужденного от общества».<sup>1</sup> Данная точка зрения стоит на позиции самостоятельного характера ограничения свободы и несоответствии карательного воздействия этого вида наказания с карательным воздействием лишения свободы. Но есть и иное мнение. Директор Федеральной службы исполнения наказаний Ю. Калинин так определил репрессивное

<sup>1</sup> Уголовно-исполнительное право. Учебник под ред. проф. В.И. Селиверстова. - М., 2003. С. 250.

содержание ограничения свободы: «Если следовать европейским примерам, то там, в Италии, Швейцарии, Великобритании, ограничение свободы не изолирует человека от общества. У нас оно, по сути, то же заключение, только с более мягким режимом. Что-то вроде колонии-поселения, которые уже давно существуют в России».<sup>1</sup> Такая позиция определяет ограничение свободы как дублирующий вид лишения свободы для отбывающих его в колониях-поселениях. Правоприменитель видит выход из создавшейся ситуации в законодательном изменении содержания репрессивного воздействия ограничения свободы. При данном подходе оно должно состоять только в наложении определенных обязанностей или запретов, за выполнением которых будут следовать уголовно-исполнительные инспекции. Данная законодательная инициатива уже готовится. Положительным моментом этого законодательного процесса является четкое разделение двух самостоятельных видов наказания. По мнению Ю. Калинин, ограничение свободы должно исполняться с особым способом контроля. Он состоит в использовании в отношении осужденных электронных браслетов. Этот проект России помогает осуществить Европейская комиссия, которая на него выделила соответствующие материальные средства. По словам Мартина Седдона, производство одного браслета вместе со всем оборудованием стоит около трех тысяч евро.<sup>2</sup> Согласно законопроекту суд сможет ограничить перемещение человека, обязав его передвигаться по определенному маршруту и в определенные часы. На осужденного могут возлагаться запреты посещать отдельные заведения или покидать место жительства в вечернее время суток. Аналогичные запреты существовали в законодательстве и ранее, но относились они к лицам, отбывающим исправительные работы. Сегодня эти законодательные положения утратили свою силу. Однако они должны возрождаться, но уже в отношении исполнения нового наказания - ограничения свободы. Срок ограничения свободы в новой редакции будет определен от двух месяцев до четырех лет. Контроль за такими осужденными будет в будущем осуществляться при помощи электронных браслетов.

По нашему мнению, лишение свободы в колониях-поселениях и ограничение свободы нынешнем виде в исправительных центрах имеют право на существование как два самостоятельных наказания. В процессе отбывания лишения свободы осужденные могут переведиться из одного учреждения в другое с более мягким или строгим условиями содержания. Это зависит от поведения осужденного. При этом

лицо продолжает отбывать лишение свободы. Если осужденный уклоняется от отбывания лишения свободы или совершает побег из исправительного учреждения, то такие действия образуют самостоятельные составы преступления и в этом случае имеет место совокупность приговоров. Привлечение лица к уголовной ответственности по ст. ст. 313, 314 УК РФ не зависит от вида исправительного учреждения. При ограничении свободы осужденные отбывают назначенное наказание только в одном виде учреждения - исправительном центре. Изменение вида учреждения определяется изменением вида самого наказания. Например, замены ограничения свободы на более мягкий вид наказания при применении к осужденному ст. 80 УК РФ или, наоборот, направление осужденного в исправительное учреждение при замене ограничения свободы лишением свободы, как следствие злостного уклонения от назначенного судом наказания. Такая замена производится судом, но она не связана с назначением наказания по совокупности преступлений. В колонии-поселения направляются осужденные из других видов исправительных учреждений за несколько месяцев до своего освобождения с целью социальной адаптации в условиях, приближенных к жизни на свободе. Исправительные центры на себе такой функции не несут. В колониях-поселениях и исправительных центрах отбывают наказания разные категории лиц, они испытывают на себе несопадающие карательные воздействия, определяемые видом наказания, а также правовые последствия не соблюдения режимных требований этих учреждений. При этом нельзя отрицать отдельные совпадения между условиями содержания в колониях-поселениях и исправительных центрах. Но совпадающие моменты есть и между другими видами наказаний, например, между обязательными работами и исправительными работами, исправительными работами и ограничением по военной службе. Однако такая ситуация не ведет к необходимости исключения одного из видов наказаний, так как эти совпадения не лишают самостоятельности и индивидуальной определенности каждого из них. Это относится и к ограничению свободы, и к лишению свободы. Законодательная инициатива Ю. Калинина созодала коллизию иного вида. Ее реализация приведет к совпадению по содержанию ограничения свободы и условного осуждения с возложением на осужденного определенных обязанностей. Степень такого совпадения будет намного выше, чем в прежней редакции закона. Поэтому мы считаем, что законодатель должен внимательно подойти к решению этого вопроса. От стабильности системы на-

<sup>1</sup> Российская газета. 2005 г. 6 апреля.

<sup>2</sup> Российская газета. 2006 г. 13 декабря.



казания и процесса ее реализации зависит эффективность достижения поставленных законом целей - исправления осужденных и предупреждение совершения ими новых преступлений.

Международно-правовые стандарты о наказаниях без изоляции от общества как мы видим, находят свое отражение в положениях нового уголовно-исполнительного законодательства России. В уголовно-исполнительном кодексе РФ достаточно много норм, направленных на регламентацию исполнения наказаний без изоляции от общества. Но практическая реализация международных норм в России не может успешно осуществляться без материальных условий исполнения наказаний и принятия необходимых нормативных актов. Сегодня эти проблемы решаются. Принятие в ближайшее время изменений законодательства по исполнению ограничения свободы, финансирование мероприятий по его применению полностью создадут основу для реализации положений международных актов по исполнению наказаний без изоляции от общества.

## ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА ЗАКОННОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

*Шитенков А.В. - доцент кафедры уголовного права и криминологии,  
к.ю.н., доцент*

Принципы права представляют собой основополагающие начала, которые определяют смысл и содержание права в целом. Их неукоснительное соблюдение в законодательной и правоприменительной деятельности является залогом эффективного функционирования правового государства.

Часть 2 ст. 54 Конституции Российской Федерации гласит: «Никто не может нести ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением». Эта норма имеет не посредственное отношение к принципу законности, который закреплен в ст. 3 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее - УК РФ). Раскрывая его сущность, законодатель в ч. 1 ст. 3 УК РФ предусмотрел, что преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только Уголовным

кодексом. Таким образом, в содержание принципа законности входят несколько составляющих его элементов, каждый из которых необходимо учитывать в правоприменительной практике.

В первую очередь законодатель подчеркивает, что преступность деяния может устанавливаться только УК РФ. Отсюда, с одной стороны, следует, что в Особенной части УК РФ содержится исчерпывающий перечень преступлений, и суд лишен возможности по своему усмотрению признавать уголовно наказуемым деяние, которое не криминализовано. С другой стороны, важно учитывать, что с этим основополагающим требованием в неразрывной связи находятся другие положения уголовного закона. Так, для признания деяния преступным необходимо установить, что оно содержит все признаки какого-либо состава преступления, предусмотренного УК РФ, а это, в свою очередь, свидетельствует о наличии основания уголовной ответственности (ст. 8 УК РФ). Изучение судебной практики показывает, что названное требование закона не всегда учитывается.

Приговором Черногорского городского суда от 18 февраля 2005 г. О. осужден по ч. 2 ст. 115 УК РФ, к 150 часам обязательных работ. Отменяя состоявшийся приговор, Судебная коллегия по уголовным делам указала, что, в соответствии с требованиями ст. 20 УК РФ уголовная ответственность за преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 115 УК РФ, наступает с 16 лет. Из материалов уголовного дела следует, что О. совершил указанное преступление в возрасте 14 лет, а потому в его действиях отсутствует состав преступления<sup>1</sup>.

При наличии оснований к прекращению производства по уголовному делу Таптыпский районный суд постановлением от 1 апреля 2005 г. перекалифицировал действия К., совершившего преступления в возрасте 15 лет, с п. «б» ч. 2 ст. 213 на ч. 2 ст. 115 УК РФ (в редакции Федерального закона от 8 декабря 2003 г. №162-ФЗ), указав об осуждении к исправительным работам. В дальнейшем постановление Таптыпского районного суда было отменено, и произведено по уголовному делу прекращено на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ, поскольку К. не являлся субъектом преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 115 УК РФ<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Обзор кассационной и надзорной инстанций по уголовным делам Верховного Суда Республики Хакасия за первое полугодие 2005 г. // Верховный Суд Республики Хакасия <http://www.supsourt.khkasnet.ru/obzor/obz\_ug\_06\_2005.html>

<sup>2</sup> Обзор надзорной практики судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Хакасия за 12 месяцев 2005 г. // Верховный Суд Республики Хакасия <http://www.supsourt.khkasnet.ru/obzor/obz\_ug\_12\_2005.html>

Из приведенных примеров следует, что суд не принял во внимание возраст лиц, совершивших отнесенные действия, что повлекло за собой ошибочное применение уголовного закона. Таким образом, были нарушены элементарные правила квалификации преступлений. Решая вопрос о возможности привлечения к уголовной ответственности, в каждом случае суд должен установить наличие всех элементов и признаков состава преступления, в том числе обязательных признаков субъекта, одним из которых является возраст (ст. 20 УК РФ). Хотелось бы обратить особое внимание на то, что подобные ошибки трудно объяснить какими-либо иными факторами, кроме низкого профессионального уровня подготовки отдельных судей. Представляется, что в отечественных и зарубежных судах необходимо ставить вопрос о соответствии судей занимаемым ими должностям. Отнесенные примеры ошибочного применения закона, к сожалению, не являются единичными. Анализируя работу федеральных и мировых судей Республики Северная Осетия-Алания по рассмотрению уголовных дел в первом полугодии 2005 г. заместитель председателя Верховного Суда Республики Северная Осетия-Алания И. В. Шмарин отмечает, что «в отечественном периоде по каждому случаю нарушения закона, допущенному при производстве предварительного расследования или судом, прав и свобод граждан, а также на объективность, спосособствовавшие совершению преступления, судебная коллегия реагировала путем вынесения частных определений и писем. Так, за шесть месяцев текущего года вынесено 32 частных определения и 8 писем, из которых только в адрес судей республики – 19... Все частные определения направлены в квалификационную коллегию судей республики для сведения. Однако у некоторых судей выработался иммунитет, и они уже не реагируют ни на частные определения, ни на письма. В частности, в квалификационную коллегию с 2003 года направлено 5 частных определений, вынесенных в адрес судьи В. Г. Весолова (Советский суд), и 4 в адрес судьи М. Г. Кокоева. Тем не менее, указанные судьи продолжают неадекватным образом выполнять свои профессиональные обязанности и допускать ошибки в работе»<sup>1</sup>. Представляется, что российское судебное сообщество должно обратить особое внимание на кадровое обеспечение судебного корпуса и проанализировать причины неудов-

<sup>1</sup> Судопроизводство по уголовным делам: (Отчетный доклад заместителя председателя Верховного суда РСО-Алания И. В. Шмарина о работе федеральных и мировых судей республике по рассмотрению уголовных дел в первом полугодии 2005 года). // Вестник Верховного Суда Республики Северная Осетия-Алания. - 2005. - №21. // <http://www.vssr.sud.ru>

летворительного исполнения своих обязанностей некоторыми судьями. Возможно, что система получения юридической образования не в полной мере отвечает потребностям практической деятельности. Однако в первую очередь следует проанализировать существующую систему послевузовской подготовки претендентов на должность судей, порядок подбора и назначения претендентов, сдавших квалификационный экзамен, на должность судьи, и, что немаловажно, систему контроля за деятельностью судей. При, казалось бы, весьма солидном уровне материального обеспечения судей и, как следствие, неулагодившем интересе представителей юридической специальности к этой профессии вопрос кадрового обеспечения судебного корпуса остается одним из наиболее злободневных.

Установление наказуемости деяний также является переломной нормой УК РФ. При этом наказуемость не может быть сведена только к указанию в санкциях норм Особенной части УК РФ различных видов наказаний. Наказуемость представляет собой предусмотренную законом процедуру назначения наказания. При определении вида и размера наказания суд должен учесть массу особенностей, о которых говорится в УК РФ. Причем их значительная составляющая регламентирована в Общей части УК РФ. Однако и в этом случае судами нередко допускаются различные ошибки.

Так, при назначении наказания П. Вокресенский городской суд в качестве отягчающих наказание обстоятельств учел, что П. «вину в содеянном не признал, не раскался, не работает, совершил преступление в последний день своего несовершеннолетия». Президиум областного суда указанные обстоятельства исключены из приговора, поскольку ст. 63 УК РФ содержит исчерпывающий перечень отягчающих обстоятельств<sup>1</sup>.

В приведенном примере суд не принял во внимание, что только перечень смягчающих наказание обстоятельств, в соответствии с ч. 2 ст. 61 УК РФ, является открытым. Однако данное положение не распространяется на отягчающие обстоятельства<sup>2</sup>, хотя прямого запрета на этот счет в ст. 63 УК РФ не содержится. Представляется, что с целью конкретизации расматриваемого положения законодателю следует его специально закрепить в ч. 3 ст. 63 УК РФ.

<sup>1</sup> Вольгастев судебной практики Московского областного суда за 2004 г. // Московский областной суд <[http://oblsud.msk.sudt.ru/modules.php?name=vestnik\\_sud](http://oblsud.msk.sudt.ru/modules.php?name=vestnik_sud)>

<sup>2</sup> См.: п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 января 2007 г. №2 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания». // Российская газета. 2007. 24 января.

Нередко судьи допускают ошибки при назначении наказания несовершеннолетним. Причем в ряде случаев нормы УК РФ невозмож- но истолковать иначе, чем в нем предусмотрено.

Так, Л., впервые совершившему преступление средней тяжести в четырнадцатилетнем возрасте, суд назначил наказание в виде лишения свободы на срок два года с отбыванием в воспитательной колонии. Судебная коллегия с учетом возраста Л. освободила его от назначенного наказания в соответствии с ч. 2 ст. 92 УК РФ с помещением в специальную воспитательную учреждение для несовершеннолетних на срок два года<sup>1</sup>.

В данном случае суд первой инстанции не учел, что, в соответствии с ч. 6 ст. 88 УК РФ, наказание в виде лишения свободы не может быть назначено несовершеннолетнему осужденному, совершившему в возрасте до 16 лет преступление небольшой или средней тяжести впервые.

Иные уголовно-правовые последствия деяния также определяются только Уголовным кодексом. К таким последствиям, например, относятся судимость.

Так, приговором суда г. Липецка от 17 июня 2004 г. В. осужден по ч. 1 ст. 111 УК РФ к 3 годам 6 месяцам лишения свободы. В соответствии с ч. 5 ст. 74 УК РФ отменено условное осуждение по приговору мирового судьи Левобережного судебного участка №1 г. Липецка от 20 марта 2003 г., которым он осужден по ч. 3 ст. 30, ч. 1 ст. 158 УК РФ к 6 месяцам лишения свободы с применением ст. 73 УК РФ условно с испытательным сроком 1 год. В соответствии со ст. 70 УК РФ окончательно назначено наказание в виде 3 лет 9 месяцев лишения свободы с отбыванием наказания в исправительной колонии общего режима.

В определении Судебной коллегии по уголовным делам Липецкого областного суда указано, что, признав В. виновным в совершении преступления по ч. 1 ст. 111 УК РФ, суд незаконно отменил ему условное осуждение по приговору мирового судьи от 20 марта 2003 г. Лицо, в отношении которого состоялся приговор, считается осужденным, и в соответствии со ст. 73 УК РФ, течение испытательного срока у В. началось с 20 марта 2003 г., то есть с момента провозглашения приговора и закончилось по истечении одного года, то есть 20 марта 2004 г. При исчислении испытательного срока суд не вправе был руководствоваться требованиями ст. 189 Уголовно-исполнительного кодекса Рос-

сийской Федерации (далее - УИК РФ), согласно которой испытательный срок исчисляется с момента вступления приговора в законную силу, так как УИК РФ регулирует вопросы, связанные с исполнением наказания, а не с его назначением. В соответствии со ст. 3 УК РФ, преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только Уголовным кодексом. Так как преступление предусмотрено ч. 1 ст. 111 УК РФ, было совершено В. 27 марта 2004 г., то есть по истечении испытательного срока, суд, в соответствии с требованиями ст. ст. 73, 74 УК РФ, не вправе был отменять условное осуждение и назначать наказание по совокупности приговоров в соответствии со ст. 70 УК РФ, поскольку в соответствии с п. «а» ч. 3 ст. 86 УК РФ В. считается не судимым<sup>1</sup>.

Представляется, что Судебная коллегия по уголовным делам безосновательно указала, что лицо считается судимым с момента провозглашения приговора. В ст. 73 УК РФ не устанавливается момент, с которого следует исчислять испытательный срок. В ч. 1 ст. 86 «Судимость» УК РФ однозначно говорится о том, что лицо считается судимым со дня вступления обвинительного приговора суда в законную силу. Это общее положение распространяется на все случаи судимости. Именно поэтому в ч. 1 ст. 189 УИК РФ предусмотрено, что испытательный срок исчисляется с момента вступления приговора в законную силу. Здесь нет никаких противоречий. В п. «а» ч. 3 ст. 86 УК РФ указано, что судимость полагается в отношении лиц, условно осужденных, - по истечении испытательного срока. Таким образом, именно с момента вступления приговора в законную силу должны исчисляться срок погашения судимости. Скорее всего, решение об исчислении испытательного срока с момента провозглашения приговора обусловлено соответствующим разъяснением, содержащимся в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 7 июля 1971 г. №5 «О порядке исчисления испытательного срока при применении условного осуждения кассационной (надзорной) инстанций»<sup>2</sup>. Однако нельзя не отметить, что это постановление было принято применительно к ранее действовавшему уголовному законодательству. В п. 44 постановления от 11 января 2007 г. №2 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» Пле-

<sup>1</sup> Обзор кассационной практики судебной коллегии по уголовным делам Пермского областного суда за первое полугодие 2004 г. // Пермский областной суд <[http://www.oblsud.permgov.ru/sudpraktika/praktika\\_ug.htm](http://www.oblsud.permgov.ru/sudpraktika/praktika_ug.htm)>

<sup>1</sup> *Болгачев Липецкого областного суда. - 2004. - 2 полугодие. // Липецкий областной суд <[http://oblsud.lipetsk.ru/oblsud\\_dies/proses\\_vyd-2004-2.htm](http://oblsud.lipetsk.ru/oblsud_dies/proses_vyd-2004-2.htm)> Аналогичное постановление с такой же аргументацией по другому уголовному делу принята Президиумом Верховного Суда РФ. См.: *Болгачев Верховного Суда РФ. 2001. №3. С. 15.**

<sup>2</sup> См.: *Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР 1924-1977. Часть 2. - М., 1978.*

нум Верховного Суда РФ еще раз подтвердил необходимость применения порядка исчисления испытательного срока с даты провозглашения приговора при условном осуждении. Однако при определении момента, с которого начинается испытательный срок, следует учитывать положения ст. 86 УК РФ о судимости.

Кроме того, в таком случае срок погашения судимости в отношении всех категорий осужденных нужно исчислять с момента провозглашения приговора, иначе нарушается принцип справедливости. Однако подобное решение не соответствует требованиям ст. 86 УК РФ.

В соответствии с ч. 2 ст. 3 УК РФ, принцип законности дополняется положением о том, что применение уголовного закона по аналогии не допускается.

Под аналогией понимается «сходство данных предметов или явлений в некоторых отношениях, из чего заключают об их сходстве в других отношениях»<sup>1</sup>. Законодательная регламентация аналогии в УК РФ представляется не совсем удачной. Из нее следует самый широкий запрет на применение аналогии, что нельзя признать обоснованным.

Анализ УК РФ позволяет утверждать, что аналогия нередко используется при применении его норм, предусмотренных в Общей и Особенной частях.

Так, в ч. 1 ст. 61 УК РФ содержится перечень обстоятельств, смягчающих наказание. Этот перечень не является исчерпывающим, поскольку законодатель позволяет суду при назначении наказания учитывать в качестве смягчающих и обстоятельства, не предусмотренные ч. 1 ст. 61 УК (ч. 2 ст. 61 УК РФ). Следует отметить, что суды нередко пользуются предоставленным им правом и учитывают в качестве смягчающих обстоятельств, не названных в УК РФ, например, признание подсудимым своей вины в совершенном им преступлении. Очевидно, что в данном случае суду предлагается действовать по принципу аналогии, ибо он устанавливает обстоятельства, которые, по его мнению, схожи со смягчающими, то есть понижают ответственную опасность содеянного виновным.

В соответствии со ст. 64 УК РФ, при наличии исключительных обстоятельств, связанных с делами и мотивами преступления, ролью виновного, его поведением во время или после совершения преступления, и других обстоятельств, существенно уменьшающих степень общественной опасности преступления и т.д., суд может назначить более мягкое наказание, чем предусмотрено за данное преступление. При

этом перечень исключительных обстоятельств не усугубляется. Представляется, что в данном случае при выборе судом исключительных обстоятельств допускается использование аналогии.

В примечании 1 к ст. 285 УК РФ разъясняется понятие должного лица. При этом в нем четко указывается, что определение такого субъекта распространяется только на статьи гл. 30 УК РФ. Между тем должностное лицо названо в качестве субъекта преступлений, предусмотренных и в других главах УК РФ. Например, субъектом воспрепятствования законной предпринимательской или иной деятельности (ст. 169 УК РФ) также может быть только должностное лицо. В этой связи возникает вопрос о том, можно ли в данном случае руководствоваться определением должностного лица, содержащимся в примечании 1 к ст. 285 УК РФ. Изучение судебной практики свидетельствует о том, что при уяснении признаков должностного лица, выявляющегося субъектом преступлений, предусмотренных в других главах УК РФ, суды руководствуются примечанием 1 к ст. 285 УК РФ. Таким образом, и в этом случае применение принципа аналогии позволяет достичь единообразия в применении уголовно-правовых норм, предусматривающих одинаковые признаки. К такому же выводу приводит позиция Пленума Верховного Суда РФ, выраженная им в некоторых постановлениях. Так, в постановлении №6 от 10 февраля 2000 г. «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» Пленум указывает, что «взяткополучатель, совершивший в интересах взяткодателя или представляемых им лиц незаконные действия, образующие состав иного преступления, подлежит ответственности по совокупности преступлений - по части второй статьи 290 УК РФ и соответствующей статье УК РФ (злупотребление должностными полномочиями, незаконное освобождение от уголовной ответственности, фальсификация доказательств и т.п.)»<sup>1</sup>. Отсюда следует, что незаконное освобождение от уголовной ответственности и фальсификация доказательств - конкретные разновидности преступлений, совершаемых должностными лицами.

Подобные примеры использования принципа аналогии при применении норм УК РФ можно продолжить. Они свидетельствуют о том, что в приведенных выше случаях применение аналогии не противоречит принципу законности, а наоборот, позволяет соблюсти не только его, но и другие постулаты уголовного права.

<sup>1</sup> См.: Брокгауз Ф.А., Ефрон И.А. *Энциклопедический словарь. Современная версия.* - М., 2002. С. 20.

<sup>1</sup> Российская газета. 2000 г. 23 февраля.

На мой взгляд, при уяснении запрета аналогии нормы, предусмотренные в ч. 2 ст. 54 Конституции РФ и в чч. 1 и 2 ст. 3 УК РФ, следует рассматривать в неразрывном единстве. При таком подходе аналогия не может трактоваться иначе, как запрет привлекать к уголовной ответственности за деяние, преступность которого прямо не закреплена в какой-либо статье Особенной части УК РФ.

Конкретным примером нарушения данного запрета, по моему мнению, является признание судами должностными лицами преподавателей, принимающих незаконное вознаграждение за выставление оценок зачеты и экзамены. В УК РФ отсутствует норма об уголовной ответственности служащих, не являющихся должностными лицами, за получение ими незаконного вознаграждения. Нельзя признать обоснованной ссылку на то, что преподаватель наделен правом совершения юридически значимых действий, а потому является должностным лицом. Признак совершения юридически значимых действий не указан в определении должностного лица. Более того, решение юридически значимых действий характеризует деятельность любого служащего. Таким образом, отсутствие названной нормы не позволяет считать отмененные действия преступными. Однако они являются объективно общественно опасными. В этой связи законодательно необходимо в срочном порядке предусмотреть в УК РФ норму, устанавливающую преступность таких действий.

Запрет на использование аналогии не позволяет привлекать к уголовной ответственности за злоупотребление полномочиями (ст. 201 УК РФ) лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, в тех случаях, когда в его действиях содержится признаки превышения полномочий, ответственность за которое в УК РФ не предусмотрена в отличие от превышения должностных полномочий (ст. 286 УК РФ)<sup>1</sup>.

Так, главный бухгалтер муниципального унитарного предприятия (МУП) «Молочник» К., наряду с другим преступлением, обвинялась в злоупотреблении полномочиями. Приобрета в одном из колхозов молоко, она незаконно с использованием своих служебных полномочий, не заключив с МУП договор на переработку молока, не оплатив в кассу МУП стоимость за данную услугу, дала указание ра-

ботникам МУП переработать закупленное ей молоко, а затем отпустить его на принадлежащие ей торговые точки. Оправдывая К. по ч. 1 ст. 201 УК РФ, суд указал: «Действия по поставке молока на МУП, а также по отдале распоряжений об отпуске готовой продукции не могут входить в состав преступлений, предусмотренного ст. 201 УК, поскольку данные функции управленческой деятельности должностными обязанностями главного бухгалтера не являлись, в связи с чем подсудимая не злоупотребила своими полномочиями».

По моему мнению, решение суда, не признавшего превышение полномочий одной из разновидностей злоупотребления полномочиями, является верным.

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что аналогия запрещается применять только при определении преступности деяний, что и необходимо более четко указать в ч. 2 ст. 3 УК РФ. Один из возможных вариантов такой нормы может выглядеть так: «Применение уголовного закона по аналогии, то есть установление ответственности за деяние, прямо не предусмотренное в настоящем Кодексе, не допускается».

## К ВОПРОСУ ОБ ОБЯЗАННОСТИ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

*Шмардин А.А. - доцент кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики, к.ю.н.*

Вопрос об обязанности доказывания имеет принципиальное значение в науке уголовно-процессуального права, поскольку от его решения во многом зависит сам тип уголовного судопроизводства. Дискуссия относительно самого понятия обязанности доказывания и круга лиц, на которых она возлагается, во многом является производным от проблемы определения понятия и содержания уголовно-процессуального доказывания в целом.

Полагаем, что при рассмотрении вопроса об обязанности доказывания термин «доказывание» необходимо трактовать в наиболее широком его смысле - как осуществление всей познавательной деятельности соответствующих субъектов, охватывающей собирание, проверку и оценку доказательств, причем как практическую, так и

<sup>1</sup> В юридической литературе по этому поводу высказываются и другие мнения. Некоторыми специалистами полагают, что превращение полномочий является разновидностью злоупотребления полномочиями. См.: Волженкин В.В. Служебные преступления. - М.: Юрист, 2000. С. 297; Макашова С. Уголовная ответственность за злоупотребление полномочиями лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих и иных организациях, и коммерческий подкуп. // Уголовное право. 1999. №1. С. 10.

логическию ее стороны. Здесь нужно иметь в виду не только нормативно-правовое содержание термина «доказывание» (ст. 85 УПК РФ), но и его общее гносеологическое толкование. «Доказать» означает «подтвердить какое-нибудь положение фактами или доводами; вывести какое-нибудь положение на основании системы умозаключений». То есть субъекты доказывания обосновывают, подтверждают свои доводы или опровергают утверждения противной стороны, либо проверяют и дают оценку представленной информации.

Здесь же отметим, что, несмотря на имеющуюся специфику уголовно-процессуального доказывания (обусловленную, прежде всего, публично-правовой природой уголовного процесса), доказывание в уголовном процессе следует рассматривать как *часть процессуальной деятельности* в целом. В составительном процессе, основанном на единичных принципах, свойственным этому типу, доказывание осуществляется на основе общих требований как в уголовном, так и в гражданском и арбитражном процессах (возложение обязанности обосновать выдвигаемые требования на истца или обвинителя, право сторон представлять доказательства, ходатайствовать о приобщении их к материалам дела и участвовать в их исследовании, обязанность суда (а в уголовном процессе также и органов и лиц, осуществляющих предварительное расследование) осуществлять проверку и оценку доказательств, правила о презумпции, единые по существу критерии проверки и оценки доказательств и т. д.). Такое понимание соответствует концепции единого судебного права, разработка которой началась еще в 19 веке. Один из первых разработчиков этой концепции, В.А. Рязановский, писал: «Право на иск, будет ли этот иск гражданским, уголовным или административным, имеет одну и ту же природу. Иск есть притязание, обращенное к государству в лице суда о признании объективно правильного судебного решения»<sup>1</sup>.

В конечном счете весь процесс доказывания направлен на достижение одной *главной цели* - на основе имеющихся доказательств принять определенное решение по делу, имея в виду как решения промежуточно-характера (например, постановление о привлечении в качестве обвиняемого), так и окончательные решения, разрешающие дело по существу (приговор, постановление о прекращении уголовного дела). Эта цель достигается с помощью обоснования сторонами и судом на основе имеющейся доказательственной информации выводов относительно каждого из обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

<sup>1</sup> Рязановский В.А. Единство процесса. - М.: Гурбачев, 1996. С. 30.

В таком понимании содержание обязанности доказывания не сводится только к выяснению ответа на вопрос, на ком лежит обязанность доказать виновность обвиняемого, но включает в себя и другие направления деятельности субъектов доказывания по установлению фактических обстоятельств дела и обоснованию процессуальных решений.

С учетом изложенного, под *обязанностью доказывания* следует понимать *обязанность осуществлять деятельность, направленную на собирание, проверку и оценку доказательств, а также обоснование с помощью доказательств определенных выводов относительно фактических обстоятельств уголовного дела по делу*.

Проблема обязанности доказывания в уголовном процессе предполагается, прежде всего, ответ на вопрос о том, какие лица и органы и в каком объеме несут эту обязанность, и какие участники процесса не являются субъектами обязанности доказывания. Взятое за основу автором настоящей статьи наиболее широкое понимание доказывания обуславливает и то, что Закон возлагает обязанность доказывания на соответствующих субъектов различным образом как по объему, так и по содержанию такой деятельности.

Традиционно обязанность доказывания связывается, прежде всего, с требованиями, вытекающими из принципа презумпции невиновности. Достаточно очевидно, что обязанность доказывания в уголовном процессе возложена прежде всего и в наибольшем объеме на обвинителя. Данное положение основано на формулированном еще в римском праве правиле о распределении *бремени доказывания* между сторонами: «Доказывает тот, кто утверждает». Понятие бремени доказывания неравнозначно используемому в теории права понятию субъективной юридической обязанности. Понятие бремени доказывания указывает нам на то, *каким образом* обязанность доказывания распределяется между сторонами. Невыполнение бремени доказывания влечет негативные последствия для стороны, на которой такое бремя лежит.

В советской науке уголовного процесса была предпринята попытка вообще отказать от понятия бремени доказывания, что обосновывалось примерно следующим образом: участники процесса не участвуют своих процессуальных требований, если они оказались не в состоянии их доказать, так как суд обязан принять все предусмотренные законом меры для установления истины.

В составительном процессе бремя по обоснованию исковых требований лежит на истце, независимо от характера иска, уголовный он

или гражданский, именно искровая природа предопределяет основные принципы состязательного процесса, и, прежде всего, разграничение процессуальных функций между сторонами и судом. Отсюда, в случае, если обвинение не представило достаточного количества допустимых и убедительных доказательств виновности лица в совершении преступления, подсудимый должен признаваться невиновным, ибо недоказанная виновность равнозначна доказанной невиновности.

Таким образом, *бремя доказывания вины* обвиняемого на стадии предварительного расследования лежит на дознавателе, следователе и прокуроре, а в судебном разбирательстве - на государственном и частном обвинителе. Именно эти лица в силу презумпции невиновности обязаны доказывать выдвинутый ими обвинительный тезис.

Тем не менее, в отношении должностных лиц государства, выступающих на стороне обвинения, обязанность доказывания не исчерпывается обоснованием виновности лица в совершении преступления. Как указано в Постановлении Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. №13-П: «Осуществляя от имени государства уголовное преследование по уголовным делам публичного и частного публичного обвинения, прокурор, а также следователь, дознаватель и иные должностные лица, выступающие на стороне обвинения, должны подчиняться предусмотренному УПК РФ порядку уголовного судопроизводства, следуя назначению и принципам уголовного судопроизводства, закрепленным данным Кодексом: они обязаны всеми имеющимися в их распоряжении средствами обеспечить охрану прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве (статья 11), исходить в своей профессиональной деятельности из презумпции невиновности (статья 14), обеспечивать подозреваемому и обвиняемому право на защиту (статья 16), принимать решения в соответствии с требованиями закононости, обоснованности и мотивированности (статья 7), в силу которых обвинение может быть признано обоснованным только при условии, что все противостоящие ему обстоятельству дела объективно исследованы и опровергнуты стороной обвинения. Каких-либо положений, допускающих освобождение прокурора, следователя, дознавателя от выполнения этих обязанностей УПК РФ... не содержит»<sup>1</sup>.

Ст. 20 ранее действовавшего УПК РСФСР закрепляла, что суд, прокурор, следователь и лицо, производящее дознание, обязаны при-

нять все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, выявить как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а также смягчающие и отягчающие его ответственность обстоятельства. В новом Кодексе такой специальной статьи нет. Тем не менее, в ряде норм *новый уголовно-процессуальный закон подчеркивает необходимость проведения предварительного расследования на основе требований всеобщности, полноты и объективности* - указание на это имеется в ч. 4 ст. 152 и ч. 2 ст. 154 УПК. Кроме того, ст. 73 УПК, определяющая предмет доказывания в уголовном процессе, указывает, что при производстве (в том числе судебном) по каждому уголовному делу подлежат доказыванию как обстоятельства, указывающие на виновность обвиняемого, так и обстоятельства, исключющие преступность и наказуемость деяния, смягчающие и отягчающие наказание, обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания.

Признание того, что в рамках действующего правового регулирования предварительное расследование есть только обвинительная деятельность противоречило бы назначению уголовного судопроизводства, определенному статьей 6 УПК РФ как двуединая задача - защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений и защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод.

Тем не менее, использованная законодательная конструкция статьи предварительного расследования, предусматривающая возложение на лиц, осуществляющих расследование двух явно противоречивых функций, не является, по нашему мнению, лучшим решением, пусть и во имя благой цели защиты прав личности от необоснованного обвинения. Объективность и беспристрастность следователя и дознавателя останутся на практике не более чем декларациями, пока закон будет призывать этих лиц участниками процесса на стороне обвинения.

Когда мы говорим об обязанности доказывания, осуществляемой дознавателем, следователем и прокурором на стадии предварительного расследования, имеется в виду, прежде всего, процесс отыскания доказательственного материала, необходимого для обоснования обвинительного тезиса, который будет сформулирован в завершающей части доказывания (в обвинительном заключении или акте). Обязанность же доказывания, осуществляемая прокурором - государственным обвинителем в судебном разбирательстве, охватывает

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. №13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с зарпослом группы депутатов Государственной Думы». // Российская газета. 2004 г. 7 июля.

деятельность по обоснованию доказательств обвинительного тезиса, выдвинутого еще до начала судебного разбирательства. Поэтому его деятельность принимает характер обоснования тезиса, сформулированного в обвинительном заключении или акте; она распадается на два этапа, а именно: участие прокурора в судебном следствии и обоснование перед судом обвинительного тезиса (участие прокурора в судебных прениях). Однако в ходе судебного следствия прокурор может убедиться в том, что тезис, сформулированный в обвинительном заключении, не подтверждается имеющимися в деле доказательствами. В этом случае прокурор обязан отказаться от обвинения или соответствующим образом изменить его формулировку в сторону смягчения. Прокурор, выступая в судебном заседании в качестве государственного обвинителя, несет обязанность доказывать виновность обвиняемого, но не обязан доказывать ее во что бы то ни стало. Прокурор нарушает обязанность доказывания, если не использует все предоставленные ему законом возможности для обоснования обвинения перед судом. Если же обвинение в суде не подтвердилось, и прокурор отказался от него, то с этого момента характер обязанности доказывания, выполняемой прокурором, меняется: он обязан возобновить отказ от обвинения.

Действующий УПК в число субъектов на стороне обвинения отнес и *потерпевшего*. В этой связи необходимо отметить, что по делам публичного и частно-публичного обвинения потерпевший *не несет обязанности доказывания*, но имеет право участия в доказывании, для чего ему законом предоставлен соответствующий круг правомочий (ч. 2 ст. 42 УПК РФ). Это вытекает из самой природы публично-составительного уголовного процесса, в котором государственные органы и должностные лица на стороне обвинения призваны осуществлять в публичных интересах уголовное преследование, то есть деятельность, направленную на раскрытие преступлений, изобличение лиц, виновных в их совершении. Осуществление уголовного преследования - существенная черта уголовного судопроизводства, отличающая его от гражданского и арбитражного процессов. Уголовное преследование выступает своего рода двигателем процесса, предопределяющим его возникновение и переход от стадии к стадии. Характер правонарушений, преследуемых по уголовному закону, таков, что пострадавшие от преступлений лица в большинстве случаев не в состоянии самостоятельно, своими силами осуществлять защиту нарушенных интересов. Очевидно, что только органы государства и должностные лица, обладающие необходимыми знаниями, профессиональной подготовкой, использо-

ющие значительные силы и средства, включая возможность государственного властного принуждения, способны эффективно осуществлять раскрытие преступлений. Осуществление уголовного преследования лиц, совершивших преступления, вытекает из конституционных положений о приоритете прав и свобод человека и гражданина в системе охраняемых законом благ, обязанности государства по защите отдельной личности и общества в целом от преступных посягательств (ст. ст. 2, 17, 45, 52 и др. Конституции РФ).

В Постановлении Конституционного Суда РФ от 27 июня 2005 г. №7-П отмечено, что «введение законом уголовной ответственности за то или иное деяние является свидетельством достижения им такого уровня общественной опасности, при котором для восстановления нарушенных общественных отношений требуется использование государственных сил и средств. В связи с этим именно государство, действующее в публичных интересах защиты нарушенных преступлением прав граждан, восстановление социальной справедливости, общего и специального предупреждения правонарушений, выступает в качестве стороны возникающих в результате совершения преступления уголовно-правовых отношений, наделяемой правом подвергнуть лицо, совершившее преступление, публично-правовым по своему характеру мерам уголовно-правового воздействия»<sup>1</sup>.

Тем не менее, публичный характер уголовного судопроизводства не исключает необходимости предоставления правомочий по поддержке обвинения лицам, чьи частные интересы оказались нарушены в результате совершенного преступления. Более того, необходимо обеспечить полноценное участие в уголовном процессе таких лиц вытекают из назначения уголовного судопроизводства, закрепленного в ст. 6 УПК, где на первое место поставлена цель защиты прав и свобод лиц, потерпевших от преступлений. УПК закрепил, что потерпевшие имеют право на участие в уголовном преследовании: «Потерпевший, его законный представитель и (или) представитель вправе участвовать в уголовном преследовании обвиняемого, а по уголовным делам частного обвинения - выдвигать и поддерживать обвинение в порядке, установленном настоящим Кодексом» (ст. 22).

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2005 г. по делу о проверке конституционности положений частей второй и четвертой статьи 20, части шестой статьи 144, пункта 3 части первой статьи 145, части третьей статьи 318, частей первой и второй статьи 319 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Законодательного Собрания Республики Карелия и Октябрьского районного суда города Мурманска. // Российская газета. 2005 г. 8 июля.



При производстве же *по делам частного обвинения* потерпевшему представляется статус частного обвинителя, означающий, что помимо комплекса прав, по существу аналогичных правам государственного обвинителя, на него в полном объеме возлагается бремя доказывания виновности подсудимого. Основное отличие правового статуса частного обвинителя от правового статуса потерпевшего состоит именно в том, что частный обвинитель *самостоятельно* формулирует обвинение и поддерживает его перед судом.

УПК предусматривает, что уголовные дела о преступлениях, дела по которым по общему правилу рассматриваются в порядке частного обвинения, могут быть возбуждены прокурором, а также следователем или дознавателем с согласия прокурора и расследованы публичным порядком в случаях, когда потерпевший в силу беспомощного состояния или по иным причинам (возраст, состояние здоровья и т.п.) не может защищать свои права и законные интересы. В этих случаях действует общее правило о брeмени доказывания - оно возлагается на органы уголовного преследования, а потерпевший при этом лишается статуса частного обвинителя.

Необходимо иметь в виду, что указанным Постановлением Конституционного Суда РФ от 27 июня 2005 г. №7-П положенны ч. 2 и 4, ч. 6 ст. 144, п. 3 ч. 1 ст. 145, ч. 3 ст. 318 УПК были признаны не соответствующими Конституции РФ в той их части, в какой они не обязывают прокурора, следователя, орган дознания и дознавателя принять по заявлению лица, пострадавшего в результате преступления, предусмотренного ст. 115 или ст. 116 УК РФ, меры, направленные на установление личности виновного в этом преступлении и привлечение его к уголовной ответственности. Конституционный Суд признал, что уголовно-процессуальный закон не может связывать возможность прокурора, следователя и дознавателя возбуждать дела частного обвинения лишь с особенностями личности потерпевшего, но должен предусматривать их обязанность возбудить такое уголовное дело и принять меры, направленные на обеспечение привлечения лица, виновного в совершении такого преступления, к уголовной ответственности также и в иных случаях, в том числе когда это лицо потерпевшему неизвестно<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2005 г. по делу о проверке конституционности положений частей второй и четвертой статьи 20, части шестой статьи 144, пункта 3 части первой статьи 145, части третьей статьи 318, частей первой и второй статьи 319 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Законодательного Собрания Республики Карелия и Октябрьского районного суда города Мурманска. // Российская газета. 2005 г. 8 июля.

Во всех указанных выше случаях, когда уголовное дело возбуждается прокурором, следователем или дознавателем и по нему проводится предварительное расследование, обвинение приобретает публичный характер, а дело по завершении расследования направляется прокурором мировому судье с обвинительным актом или обвинительным заключением. Соответственно, судебное производство по данному делу также ведется в общем порядке, обвинение поддерживает государственный обвинитель, а потерпевший не имеет правомочий частного обвинителя (за исключением права примирения с обвиняемым).

Далее следует рассмотреть вопрос о возможности использования понятия обязанности доказывания применительно к участникам уголовного процесса на стороне защиты. Основное положение, из которого следует исходить при решении этого вопроса, состоит в том, что *невиновность обвиняемого презюмируется*, и (в таком понимании) сторона защиты доказывать невиновность обвиняемого не обязана в силу Закона. Как будет показано ниже, обязанности доказывания (как профессиональной обязанности, обусловленной спецификой правового статуса) можно говорить применительно только к адвокату, участвующему в уголовном судопроизводстве в качестве защитника.

Что касается *обвиняемого*, то закон специально подчеркивает, что он не обязан доказывать своей невиновности. Доказывать свою невиновность есть право обвиняемого. Обвиняемый может представлять доказательства, давать любые показания либо полностью отказаться от дачи показаний или от ответов на отдельные вопросы органов и должностных лиц, ведущих уголовный процесс, может давать противоречивые или ложные показания. Отказ от показаний, дача противоречивых или ложных показаний не являются основанием для вывода о виновности обвиняемого и не могут повлечь привлечения его к ответственности и вынесения обвинительного приговора за эти действия.

Дискуссионным является вопрос о том, возложена ли обязанность доказывания на *защитника*. В советской процессуальной науке адвокат традиционно не рассматривался как лицо, несущее обязанность доказывания. Так, А.М. Ларин отмечал, что переложение обязанности доказывания на защитника недопустимо, так как последний участвует в процессе только по приглашению или с согласия обвиняемого и полагательно доказывать невиновность обвиняемого не обязан<sup>1</sup>. Отдельные авторы, тем не менее, фактически прихотили к выводу о возложении обязанности доказывания на адвоката ввиду того,

<sup>1</sup> См.: Ларин А.М. О необходимости переложения обязанности доказывания на обвиняемого. // Советское государство и право. 1965. №3. С. 127.

что адвокат-защитник является юристом, профессиональным участником уголовного судопроизводства, а его деятельность подчинена закону и защите обвиняемого, вследствие чего он обязан доказывать любое положение, которое выдвигает (И.Д. Перлов)<sup>1</sup>.

Нам представляется возможным говорить об обязанности доказывания применительно к защитнику, но только в случае, если таковым выступает адвокат. Осуществление защиты обвиняемого есть его *профессиональная обязанность*. То, что такая обязанность возникает у адвоката не непосредственно на основании норм УПК, а в силу заключенного соглашения или по назначению органов предварительного расследования или суда, сути вопроса не меняет. Адвокат обязан защищать обвиняемого, его права и законные интересы путем установления обстоятельств, свидетельствующих о невинности обвиняемого или виновности его в менее тяжком преступлении, а также смягчающих его ответственность обстоятельств путем собирания доказательств, заявления ходатайств о приобщении их к материалам уголовного дела и о проведении следственных действий и т.д. Согласно п. 1 ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» и ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката, при осуществлении своей профессиональной деятельности адвокат обязан честно, разумно, добросовестно, квалифицированно, принципиально и своевременно исполнять свои обязанности, активно защищать права, свободы и интересы доверителей всеми не запрещенными законодательством средствами, руководствуясь Конституцией России, законом и указанным Кодексом.

Будь защита обвиняемого не обязанностью, а субъективным правом адвоката, он мог бы произвольно отказаться от использования такого права. Сущность субъективных юридических прав как раз и заключается в возможности использования их по желанию или усмотрению субъекта правоотношений. Однако, согласно ч. 7 ст. 49 УПК, адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого. Аналогичную норму содержит и п. 6 ч. 4 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ». Кроме того, невыполнение или ненадлежащее выполнение субъективной юридической обязанности может породить негативные для нарушителя последствия. Так и адвокат-защитник при неисполнении или ненадлежащем исполнении своих професси-

ональных обязанностей перед доверителем или нарушении норм Кодекса профессиональной этики может быть привлечен в дисциплинарной ответственности по решению совета адвокатской палаты субъекта РФ (п. 1 и 2 ч. 2 ст. 17 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ»).

Что касается вопроса о праве адвоката собирать доказательства, то, полагаем, подробное его освещение выходит за рамки настоящей статьи. Не вдаваясь в дискуссию по данной проблеме, отметим, что полномочия по собиранию доказательств предоставлены адвокату ясно и недвусмысленно в ч. 3 ст. 86 УПК. Указанная норма содержит не что иное, как исчерпывающий перечень *допустимых способов*, с помощью которых защитник может собирать доказательства. Если те или иные сведения, относящиеся к делу, добыты защитником одним из указанных способов, то, следовательно, они уже *с момента их получения являются доказательствами в силу закона*, а не ввиду усмотрения того или иного должностного лица, тем более являющегося представителем противоположной стороны в процессе. Думается, закон должен содержать четко сформулированную обязанность должностных лиц и органов, осуществляющих предварительное расследование, приобщать полученные адвокатам в порядке ч. 3 ст. 86 УПК доказательства к уголовному делу. Последнее, тем не менее, не исключает возможности постановки вопроса об их допустимости. Но его решение, как нам представляется, должно быть исключительно прерогативой суда, который бы, являясь арбитром в споре сторон, объективно и беспристрастно проверял и оценивал допустимость (равно как и относимость и достоверность) представленного защитником доказательства по ходатайству стороны обвинения. В этой связи закрепленное в ч. 3 ст. 88 УПК право прокурора, следователя и дознавателя признавать доказательства, полученные защитником, на наш взгляд, противоречит конституционным началам самостоятельности и равноправия сторон в уголовном судопроизводстве<sup>1</sup>.

Помимо участия в собирании доказательств, адвокат осуществляет и их оценку. Совершенно обоснованно пишет З.В. Макарова: «Прежде чем поставить перед следователем вопрос о приобщении к делу того или иного доказательства, адвокат должен произвестить его

<sup>1</sup> См.: Перлов И.Д. Судебные прения и последнее слово подсудимого в советском уголовном процессе. - М., Юстириздат, 1957. С. 105.

<sup>1</sup> См.: Шарфдин А.А., Лещикова Т.Ю. К вопросу о полномочиях защитника в доказывании по уголовным делам // Федеральное законодательство об адвокатуре: практика применения и проблемы совершенствования: материалы Международной научно-практической конференции (Екатеринбург, 13 июля 2004 г.). - Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 2004. С. 292.

оценку в целях выяснения обстоятельств, оправдывающих обвиняемого или смягчающих его вину. Адвокат не имеет права представлять доказательства, которые ухулишали бы положение обвиняемого в процессе. Именно поэтому адвокат не только вправе, но и обязан оценивать доказательства с точки зрения защиты обвиняемого. Такая оценка доказательств происходит в ходе всей процессуальной деятельности адвоката на предварительном следствии: при заявлении ходатайств об истребовании и приобщении к делу доказательств, о дополнении следствия и т.д., при собирании и представлении доказательств, при ознакомлении с материалами дела»<sup>1</sup>.

Таким образом, можно констатировать, что адвокат-защитник, будучи профессиональным участником уголовного судопроизводства, является субъектом обязанности доказывания. При этом специфика его процессуального положения и особенность выражения обязанности в доказывании выражается в том, что все процессуальные действия адвоката должны быть направлены исключительно на выявление и установление только тех обстоятельств, которые оправдывают обвиняемого или смягчают его ответственность.

*Тем не менее, невыполнение адвокатом обязанности по доказыванию не должно приводить к негативным последствиям для обвиняемого, который в силу принципа презумпции невиновности не обязан доказывать свою невиновность, в том числе и с помощью защитника. В этой связи, суд, как орган, обеспечивающий равенство правовых возможностей сторон в судебном разбирательстве, вправе принимать меры к установлению обстоятельств, свидетельствующих в пользу подсудимого, в том числе путем совершения судебно-следственных действий, направленных на собирание доказательств. Тем самым с помощью субсидиарной активности суда компенсируется возможная ситуация непосильности опровержения обвинительного тезиса.*

Одним из наиболее спорных вопросов в рамках рассматриваемой темы является вопрос о том, возможна ли на суд обязанность доказывания. Мнения различных авторов по данному вопросу порой диаметрально противоположны. Полагаем, что на данный вопрос можно ответить утвердительно. Да, на суд возложена обязанность доказывания, в определенных законом пределах, которая сводится к тому, что *суд обязан проверить и оценить представленные сторонами доказательства* и отразить эту оценку в соответствующем процессу-

альном решении. Обязанность же по формированию доказательственного материала лежит на обвинителе и не может возлагаться на суд. *Собирание доказательств есть не обязанность, но право суда.* В силу принципа диспозитивности движение процесса может зависеть только от сторон, от их активности, но не от суда. Стороны в соответствующем процессе осуществляют собирание и представление доказательств, поскольку они заинтересованы в исходе дела. Еще 20 декабря 1994 г. Пленум Верховного Суда РФ в своем Постановлении, посвященном новому на тот момент для отечественного уголовного процесса производству в суде присяжных, разъяснил, что «в отличие от общих правил уголовного судопроизводства, суд присяжных не обязан по собственной инициативе собирать новые доказательства»<sup>1</sup>.

Что касается гражданского иска, то здесь необходимо отметить следующее. По делам публичного и частного публичного обвинений *гражданский истец вправе, но не обязан доказывать основания и размеры иска.* Этим гражданский истец в уголовном процессе отличается от истца в процессе гражданского, где доказывание иска - обязанность истца, который рискует получить отказ в исковом требовании, если не докажет его. В уголовном процессе основание иска - это деяние, причинившее вред, а цена иска связана с размером вреда, причиненного преступлением. Данные обстоятельства входят в предмет доказывания и подлежат установлению наряду с другими обстоятельствами уголовного дела, обязанность установить которые лежит на дознавателе, следователе и прокуроре. Следовательно, обязанность доказывания основания и размера гражданского иска (то есть, по существу события преступления, размера вреда, им причиненного, и виновности обвиняемого в этом) охватывается обязанностью доказывания, лежащей на органах, осуществляющих предварительное расследование. Истец, таким образом, может лишь способствовать разрешению гражданского иска путем представления необходимых документов, дачи объяснений и т.п. Что же касается производства по делам частного обвинения, то здесь обоснование заявленного гражданского иска является всецело заботой истца, будь то частный обвинитель либо другое лицо, предъявившее гражданский иск, ибо здесь нет стадии предварительного расследования (кроме указанных выше случаев возбуждения дел органами публичного обвинения в ситуациях, когда потерпевший по определенным причинам не в состоянии

<sup>1</sup> Макарова З.В. К вопросу об участии адвоката в доказывании на предварительном следствии. [Электронный документ]. (http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1132499). Проверено 13.03.2007.

<sup>1</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ «О некоторых вопросах применения судами уголовного-процессуальных норм, регламентирующих производство в суде присяжных» от 20.12.1994 г. №9. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. №3.

самостоятельно осуществлять обвинение, однако здесь частный характер производится фактически утрачивает свое значение и дело расследуется в обычной форме).

Помимо общих правил об обязанности доказывания, связанных с доказыванием обстоятельств, перечисленных в ст. 73 УПК, и направленных, в конечном счете, на разрешение главного вопроса уголовного процесса - вопроса о виновности обвиняемого, Закон в (ч. 4 ст. 235 УПК) специально устанавливает частные правила относительно рассмотрения в судебном разбирательстве вопроса о допустимости доказательств. В случае выявления стороной защиты ходатайства о признании доказательства недопустимым на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований закона, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре. Если же ходатайство об исключении доказательства заявляется участником процесса со стороны обвинения, то бремя доказывания недопустимости спорного доказательства в данном случае лежит на лице, заявившем ходатайство. Очевидно, что данные правила являются производными из общих положений о возложении бремени доказывания на обвинителя.

## РЕШЕНИЯ АПЕЛЛЯЦИОННОГО СУДА В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

*Шмелева Е. С. - преподаватель кафедры уголовно-процессуальной  
права и криминалистики*

В Концепции судебной реформы итог апелляционного производства прогнозировался в следующих возможных решениях: «... Об изменении приговора, об отмене приговора с прекращением дела либо оставлении приговора без изменения, а жалобы или протеста - без удовлетворения»<sup>1</sup>.

Воплощение в жизнь положений Концепции привело к тому, что по Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации

2001 г. (далее УПК РФ)<sup>1</sup> такими решениями являются следующие (ч. 3 ст. 367 УПК РФ):

- «1) об оставлении приговора суда первой инстанции без изменения, а апелляционных жалобы или представления без удовлетворения;
- 2) об отмене обвинительного приговора суда первой инстанции и оправдания подсудимого или о прекращении уголовного дела;
- 3) об отмене оправдательного приговора суда первой инстанции и вынесении обвинительного приговора;
- 4) об изменении приговора суда первой инстанции».

Возможность апелляционного суда самому вынести новый приговор базируется на положении о непосредственном исследовании доказательств в суде апелляционной инстанции (ч.ч. 1, 4 ст. 365 УПК РФ). Указанная возможность подчеркивается и Конституционным Судом РФ, высказавшимся, что «... он не только выполняет контрольные функции по отношению к решениям мирового судьи, но и разрешает уголовное дело по существу, руководствуясь правилами, установленными законом для производства в суде первой инстанции. С учетом этого Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (ст. 367), определяя виды решений, принимаемых по результатам рассмотрения дела судом апелляционной инстанции, не указывает в их числе решение об отмене приговора и направлении дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции, а предоставляет суду апелляционной инстанции возможность самому исправить любые ошибки и нарушения, допущенные нижестоящим судом»<sup>2</sup>.

Итак, решение суда апелляционной инстанции «об оставлении приговора суда первой инстанции без изменения, а апелляционных жалоб или представления без удовлетворения» (п. 1 ч. 3 ст. 367 УПК РФ) принимается, когда в ходе пересмотра уголовного дела этим судом «... законность, обоснованность и справедливость приговора и постановлений мирового судьи» (ст. 361 УПК РФ) не оставили сомнений. То есть доводы «жалобщика», представленные им доказательства оказались несостоятельными, так как не вскрыли несоответствий изложенных в приговоре (постановлении) выводов мирового

<sup>1</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (УПК РФ) принят Федеральным законом от 18 декабря 2001 г. №177-ФЗ «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» и введен в действие с 1 июля 2002 г. (ст. 1). КонсультантПлюс. Версия Проф.

<sup>2</sup> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2003 г. №500-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда города Челябинска о проверке конституционности части третьей статьи 367 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». КонсультантПлюс. Версия Проф.

<sup>1</sup> Концепция судебной реформы в РСФСР, принятая Постановлением Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г. №1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР».

го судьи фактическим обстоятельствам уголовного дела, нарушений уголовно-процессуальной формы, предписаний уголовного закона, критериев определения справедливого наказания.

**Решение «об отмене обвинительного приговора суда первой инстанции и оправдании подсудимого...» (п. 2 ч. 3 ст. 367 УПК РФ)** принимается при выявлении оснований вынесения оправдательного приговора, а именно: апелляционный суд установил отсутствие события преступления либо непричастность подсудимого к совершению преступления, либо отсутствие в деянии подсудимого состава преступления (п.п. 1-3 ч. 2 ст. 302 УПК РФ).

**П. 2 ч. 3 ст. 367 УПК РФ предусматривает также и решение о прекращении уголовного дела.** Когда возможно прекращение уголовного дела апелляционным судом? Не вызывают сомнений полномочия апелляционного суда по прекращению уголовного дела в случае непрекращения уголовного дела мировым судьей при наличии оснований, предусмотренных ст. 254 УПК РФ (п. 2 ч. 1 ст. 369; п. 1 ч. 2 ст. 381 УПК РФ).

Возникает вопрос о возможности прекращения уголовного дела в суде апелляционной инстанции в связи с примирением сторон на этой стадии. При этом речь идет о возможности такого примирения по делам частного обвинения (ч. 2 ст. 20 УПК РФ) и по делам частного обвинения (ч. 3 ст. 20 УПК РФ), и публичного обвинения (ч. 5 ст. 20 УПК РФ), подрудным мировому судье (ч. 1 ст. 31 УПК РФ) и пересматриваемым судом, вышестоящим по иерархии.

Возможность прекращения дел частного обвинения ввиду примирения сторон, состоявшегося в апелляционном суде, напрямую в законе не предусмотрена. Поэтому аргументы процессуалистов, считающих такое прекращение возможным, различны. Так, В. Дорошков ссылается на стереотип поведения судей, сложившийся при возникновении данной ситуации. Практика идет по пути прекращения уголовных дел частного обвинения в случае примирения сторон на этапе апелляционного разбирательства.<sup>1</sup>

Одобряет подобную тенденцию и А.Н. Разинкина.<sup>2</sup>

Судя по тому, как сформулировал по данному поводу свою мысль Н.Н. Ковягун, он также не отрицает возможности прекращения дел частного обвинения, подсудных мировому судье, на основании прими-

рения частного обвинителя (п. 2 ч. 3 ст. 364 УПК РФ) с подсудимым (п. 3 ч. 3 ст. 364 УПК РФ) во второй инстанции (п. 53 ст. 5 УПК РФ). Автор пишет: «Апелляционный суд прекращает уголовное дело в судебном заседании... и при примирении сторон (ч. 5 ст. 319 УПК РФ)»<sup>1</sup>. Ст. 319 УПК РФ «Полномочия мирового судьи по уголовному делу частного обвинения» гласит: «Мировой судья разъясняет сторонам возможность примирения. В случае поступления от них заявлений о примирении производится по уголовному делу по постановлению мирового судьи прекращается в соответствии с частью второй статьи 20 настоящего Кодекса» (ч. 5). По всей видимости, Н.Н. Ковягун провоздигает аналогию с ч. 5 ст. 319 УПК РФ и считает, что в обоснование своего решения о прекращении дела частного обвинения ввиду примирения «жадобщика» и «обидчика» апелляционный суд должен ссылаться на ч. 2 ст. 20 УПК РФ. А заявляя, что «апелляционный суд прекращает уголовное дело... при примирении сторон (ч. 5 ст. 319 УПК РФ)», автор, видимо, руководствуется правилом, сформулированным исследователями института частного обвинения. Достаточно лаконично выказался в этом отношении А.А. Шамардин: «Примирение обязательно для государственных органов и должностных лиц, ведущих процесс. Такая императивность оправдана, ведь по делам частного обвинения преступлением загрозит лишь интерес потерпевшего, а не государства или общества, а значит, потерпевшему решать - продолжить процесс или заявить о согласении с обвиняемым. Продолжение процесса в данном случае против воли потерпевшего означало бы подмену его интересами государства, превращение уголовного процесса в неуправляемую машину репрессии, чуждую интересам личности и цели защиты прав человека»<sup>2</sup>.

В работах исследователей института апелляции поднимается вопрос и о возможности прекращения уголовных дел частно-публичного и публичного обвинения, если состоялось примирение сторон в апелляционном суде. По общему правилу, прекращение таких дел ввиду примирения регулируется ч. 3 ст. 20, ст. 25 УПК РФ.

Судьи и в таком случае практикуют прекращение дел двух данных категорий.<sup>3</sup> Мнения других практических работников, а также теоретиков, разнятся: от полного отрицания правильности такой тенден-

1 Ковтун Н.Н. *Судебный контроль в уголовном судопроизводстве*. Ростов: Монография. - *Научный Новгород: Нижегородская правовая академия*, 2002. С. 282.

2 Шамардин А.А. *Примирение сторон и отказ от подведения обвинения должны утверждаться судом*. // *Российская юстиция*. 2001. №2. С. 60.

3 См.: Тамьянина Л., Голосов В. *Полномочия суда апелляционной инстанции при пересмотре решений мирового судьи*. // *Законность*. 2004. №6. С. 42.

1 См.: Дорошков В. *Пересмотр решений мирового судьи по уголовным делам в апелляции: анализ порядка*. // *Российская юстиция*. 2002. №7. С. 41.

2 См.: Разинкина А.Н. *Медлящая в уголовном судопроизводстве*. - М.: *Издательство «Юристинформ»*, 2004. С. 145-146.

ции в деятельности районных судей до заявления об отсутствии препятствий в этом, вплоть до констатации факта такой возможности.

Итак, с одной стороны, бытует мнение представителей прокуратуры о невозможности распространения положений ст. 254 УПК РФ, предусматривающего прекращение в судебном заседании уголовных дел о преступлениях небольшой и средней тяжести при примирении «противоборствующих» сторон (ст. 25 УПК РФ), на апелляционную процедуру пересмотра. «Вооружившись» ст. ст. 361, 369 УПК РФ, авторы данной позиции расценивают так. В случае разрешения сторонами уголовно-правового конфликта по схеме, предложенной ст. 25 УПК РФ, суд апелляционной инстанции не может отменить приговор и прекратить производство по делу, ведь в такой ситуации законность, обоснованность и справедливость решения мирового судьи (ст. 361 УПК РФ) остаются неизбылемыми, так как не оспариваются. Более того, ст. 369 УПК РФ, содержащая исчерпывающий перечень оснований для отмены приговора, не предусматривает в числе таких вых отмену приговора, форма и содержание которого оказались за рамками претензий сторон по причине их примирения.<sup>1</sup>

С другой же стороны, А.Н. Разинкина, наоборот, довольно твердо заявляет: «В соответствии с общими условиями судебного разбирательства (ст. 254 УПК РФ) апелляционная инстанция прекращает уголовное дело в случае примирения сторон...»<sup>2</sup>. Позиция автора логична, ведь в ч. 1 ст. 365 УПК РФ закреплено: «Производство по уголовному делу в суде апелляционной инстанции осуществляется в порядке, установленном главами 35-39 настоящего Кодекса, с изъятиями, предусмотренными настоящей главой». Глава 35 УПК РФ «Общие условия судебного разбирательства» в числе таковых предусматривает ст. 254 УПК РФ «Прекращение уголовного дела в судебном заседании». Значит, содержание данной статьи распространяется не только на производство в суде первой инстанции (раздел X, включающий главу 35), но и апелляционный порядок рассмотрения уголовного дела (глава 44, вмещающая ст. 365). Так вот, ст. 254 УПК РФ как раз и предусматривает, что «суд прекращает уголовное дело в судебном заседании: ... 3) в случаях, предусмотренных статьями 25 ... настоящего Кодекса» (п. 3).

Вышеприведенные расуждения не оставляют у нас сомнений относительно возможности прекращения частично-публичных и публич-

ных преступных деяний в ситуации примирения сторон в апелляционном суде. Настаивают на этом Л. Татынина и В. Головкин: «...Необходимо... в УПК предусмотреть полномочия суда апелляционной инстанции при отмене обвинительного приговора принять решение... о прекращении дела... и в случае установления в ходе апелляционного производства обстоятельств, являющихся основанием для прекращения уголовного дела в соответствии со... ст. 25... УПК»<sup>1</sup>. Короткие сторонников такой позиции примыкает и Н.В. Сидорова: «...Представляется, что по смыслу института прекращения уголовного дела, ввиду примирения сторон, участники процесса по данной категории дел вправе примириться на любой стадии процесса: досудебной и судебной, включая апелляционное производство»<sup>2</sup>. Прямым свидетельством возможности прекращения дел частично-публичного и публичного обвинения в связи с примирением потерпевшего и подсудимого (осужденного) в апелляционном суде, по нашему мнению, вполне можно считать ч. 2 ст. 268 УПК РФ (глава 36 УПК РФ). В ней сказано, что потерпевшему в числе его прав разъясняется и «...его право на примирение с подсудимым в случаях, предусмотренных статьей 25 настоящего Кодекса». Следуя заданной ч. 1 ст. 365 УПК РФ схемой расуждений, районный судья должен обратить внимание потерпевшего на ст. 25 УПК РФ и в случае его согласия на реализацию ее положений прекратить уголовное дело.

Однако обнаруживается разброс мнений процессуалистов относительно того, какая именно статья уголовно-процессуального закона должна быть приведена апелляционным судом в обоснование такого решения.

Так, Н.В. Сидорова не разделяет преступления, уголовное преследование по которым осуществляется в частном, частично-публичном и публичном порядке, в смысле того, на какую (какие) норму УПК РФ должен ссылаться апелляционный суд в своем решении: «...Суд апелляционной инстанции при вынесении решения о прекращении уголовного дела ввиду примирения сторон вправе руководствоваться нормой п. 3 ст. 254 УПК РФ, uprawомочивающей прекратить уголовное дело в первоначальном судебном заседании»<sup>3</sup>. А.Н. Разинкина подводит к решению этого вопроса дифференцированно. Если аргументы мирового судьи в пользу примирения сторон по делу частного обвинения оказываются убедительными и результативными, то для призна-

1 Ст.: Сидорова Н.В. *Апелляция в системе правосудия в суде второй инстанции в уголовном процессе России*. - Юрисп. Изд-во НТЛ, 2006. С. 158.

2 Разинкина А.Н. *Указ. соч.* С. 145.

1 Татынина Л., Головкин В. *Указ. соч.* С. 43.

2 Сидорова Н.В. *Указ. соч.* С. 158.

3 Сидорова Н.В. *Указ. соч.* С. 158.

ния факта примирения состоявшимся закон не предусматривает никаких условий: достигли договоренности, нашли «общий язык», и все. Однако чтобы прекратить уголовное дело частно-публичного или публичного обвинения за примирением сторон, необходимы взаимные действия сторон в адрес друг друга (ст. 25 УПК РФ). Различны и полномочия судей по таким делам: мировой судья обязан прекратить дело частного обвинения (ч. 2 ст. 20, ч. 5 ст. 319 УПК РФ) и лишь вправе сделать то же самое при разбирательстве частно-публичного и публичного преступного деяния (ст. 25 УПК РФ). Поэтому прекратить уголовные дела частного обвинения по ст. 25 УПК РФ - значит, не видеть различия между этими делами и впервые совершенными преступлениями небольшой и средней тяжести (ст. 25 УПК РФ).<sup>1</sup> Так же считает и Л.В. Головкин: «...Такого рода дела ни при каких обстоятельствах не могут прекращаться на основании ст. 25 Кодекса, невзирая на наличие там слова «примирение»...»<sup>2</sup>.

Позиция А.Н. Разинкиной и Л.В. Головкин нам представляется правильной еще и потому, что в «Перечне бланков процессуальных документов судебного прозводства» (ст. 477 УПК РФ) предусмотрены два самостоятельных постановления:

1) «Постановление о прекращении уголовного дела, уголовного преследования» (Приложение 19);

2) «Постановление о прекращении уголовного дела в связи с примирением сторон» (Приложение 41).

Первый документ фиксирует решение судьи о прекращении уголовного дела по любому из оснований, перечисленных в главе 4 УПК РФ, в том числе и по ст. 25 УПК РФ. Во втором бланке, по замыслу законодателя, судья (мировой) отражает решение о прекращении дела частного обвинения. Таким образом, для двух разных порядков прекращения уголовных дел предусмотрены самостоятельные процессуальные документы, бланки которых содержат ссылки на разные статьи Кодекса в обоснование решения судьи. Так, в Приложении 19 есть фраза: «На основании изложенного и руководствуясь ст. 239 (254) УПК РФ постановил: 1. прекратить...». В Приложении 41: «На основании изложенного и руководствуясь частью пятой ст. 319 УПК РФ, постановил: прекратить дальнейшее производство...». Значит, на соответствующим образом, разные, нормы должен ссылаться и суд апелляционной инстанции.

<sup>1</sup> См.: Разинкина А.Н. Указ. соч. С. 145-146.

<sup>2</sup> Головкин Л.В. *Альтернативы уголовному преследованию в современном праве.* - СПб, 2002. С. 452.

Возможно ли прекращение уголовного дела апелляционным судом в случае, предусмотренном ст. 28 УПК РФ, возникшем в ходе апелляционной судебной процедуры, а не в рамках уголовно-процессуального нарушения мирового судьи (п. 2 ч. 1 ст. 369, п. 1 ч. 2 ст. 381 УПК РФ)? Постановка вопроса аналогична предыдущей, рассматриваемой нами, ситуации.

При этом А.Н. Разинкина такую возможность сомнению не подвергает. Так же, как и в вопросе прекращения уголовных дел по п. 1 ст. 365 УПК РФ, она указывает, что «...апелляционная инстанция прекращает уголовное дело в связи с... деятельным раскаянием»<sup>1</sup>. Вышеуказанная нами позиция Л. Татьяниной, В. Головкина относительно возникновения в ходе апелляционного пересмотра основания для прекращения уголовного дела по ст. 25 УПК РФ применяется ими и в отношении ст. 28 УПК РФ.<sup>2</sup>

Раз возник вопрос о реализации положений п. 3 ст. 254 УПК РФ апелляционным судом, целесообразно обратиться и к п. п. 1-2 этой статьи.

Начнем с п. 2 ст. 254 УПК РФ: «Суд прекращает уголовное дело в судебном заседании: 2) в случае отказа обвинителя от обвинения в соответствии с частью седьмой статьи 246 или частью третьей статьи 249 настоящего Кодекса». А.Н. Разинкина считает, что, если возникнет ситуация, предусмотренная п. 2 ст. 254 УПК РФ непосредственно в апелляционной инстанции, то она «...прекращает уголовное дело в случае... отсутствия потерпевшего...», в случае отказа государственного обвинителя от обвинения...»<sup>3</sup>. П. 2 ч. 3 ст. 364 УПК РФ предусматривает обязательное участие частного обвинителя, поданного жалобу, в судебном заседании апелляционного суда, ведь именно он, по общему правилу, поддерживает обвинение в судебном заседании по уголовным делам частного обвинения (ст. 45, ч. 3 ст. 246, п. 2 ч. 4 ст. 321 УПК РФ). Поэтому, если такое лицо не является без уважительных причин (ч. 3 ст. 249 УПК РФ), это означает его отказ от обвинения (п. 2 ст. 254 УПК РФ) и прекращение уголовного дела районным судом по п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ<sup>4</sup> (ч. 3 ст. 249 УПК РФ). Такое же положение содержалось и в ч. 3 ст. 474 УПК РСФСР 1960 г.: «При неявке частного обвинителя в суд без уважительных причин

<sup>1</sup> Разинкина А.Н. Указ. соч. С. 145.

<sup>2</sup> См.: Татьянина Л., Головкин В. Указ. соч. С. 42-43.

<sup>3</sup> Разинкина А.Н. Там же. С. 145.

<sup>4</sup> Отсутствие в деянии состава преступления.

дело подлежит прекращению в связи с отказом частного обвинителя от обвинения». По этому поводу А.А. Шамардин писал: «Неявка потерпевшего или его представителя без уважительных причин свидетельствует об отсутствии заинтересованности обвинителя в процессе процесса, а поскольку обвинение есть движущая сила процесса, то в соответствии с принципом диспозитивности судебного разбирательства и уголовное дело подлежит прекращению»<sup>1</sup>. Также, если государство обвинитель отказывается от обвинения в районном суде, суд поступает так, как если бы дело рассматривалось мировым судьей. В соответствии с ч. 7 ст. 246 УПК РФ в контексте ее понимания Верховным<sup>2</sup> и Конституционным<sup>3</sup> Судами РФ апелляция суд прекращает уголовное дело.

Среди расхождений Н.Н. Ковтуна относительно решения апелляции уголовного суда о прекращении уголовного дела есть фраза: «Уголовное дело также прекращается судом в случае отказа частного обвинителя от поддержания обвинения по делу частного обвинения в апел-

1 Шамардин А.А. Указ. соч. С. 61.

2 «В соответствии с частью 7... статьи 246 УПК РФ полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения в ходе судебного разбирательства... подорветелем является судом решения в соответствии с позицией государственного обвинителя, поскольку уголовное-процессуальный закон исходит из того, что уголовное судопроизводство осуществляется на основе принципа состязательности и равноправия сторон, а формулировка обвинения и его поддержание перед судом обеспечиваются обвинителем. Вместе с тем, государственный обвинитель в соответствии с требованиями закона должен изложить суду мотивы полного или частичного отказа от обвинения... со ссылкой на предусмотренные законом основания. Суду надлежит рассмотреть указанные предложения в судебном заседании с участием сторон обвинения и защиты на основании исследованных материалов дела, касающихся позиции государственного обвинителя, и типичи обсуждений отразить в протоколе судебного заседания. Судебное решение, принятое в связи с полным или частичным отказом государственного обвинителя от обвинения... может быть обжаловано участниками судебного производства или вышестоящим прокурором в кассационном порядке» (п. 29). Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. №1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». КонсультантПлюс. Версия Проф.

3 «Признать не противоречащими Конституции Российской Федерации взаимосвязанные положения части седьмой... статьи 246 и пункта 2 статьи 254 УПК РФ, поскольку по их конституционно-правовому смыслу в системе норм предпологается, что полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения, являющийся прекращение уголовного дела... должен быть мотивированы со ссылкой на предусмотренные законом основания, а вынесенные судом решения, обусловленного соответствующей позицией государственного обвинителя, допустимо лишь по завершении исследования значимых для этого материалов дела и заслушивания мнения участника судебного заседания со стороны обвинения и защиты, и что законность, обоснованность и справедливость такого решения возможно проверить в вышестоящем суде». Постановление Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г. №18-П «По делу о проверке конституционности положений статей 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан». КонсультантПлюс. Версия Проф.

ляционном суде»<sup>1</sup>. По нашему мнению, автор как раз и подразумевает положение п. 2 ст. 254 УПК РФ, согласно которому отказ частного обвинителя от обвинения провяляется в его неявке в суд (ч. 3 ст. 249 УПК РФ). Подтверждение нашим расуждениям мы находим в Приложении 42 к ст. 477 УПК РФ «Перечень бланков процессуальных документов судебного производства». Приложение 42, несмотря на свое название «Постановление о прекращении уголовного дела в связи с отказом частного обвинителя от обвинения», предполагает прекращение дела как раз в случае, описанном в ч. 3 ст. 249 УПК РФ. Приведенная формулировка заинтересовала нас в связи с тем, что среди перечня оснований прекращения уголовных дел частного обвинения (ч. 2 ст. 20, ч. 5 ст. 319, п. 5 ч. 1 ст. 24, ч. 3 ст. 249 УПК РФ) мы не обнаруживаем отказ потерпевшего от обвинения, который предполагается прекращение дел данной категории в одностороннем порядке. О важности закрепления такого основания говорится и в литературе: «Это предствляется правильным, поскольку потерпевший, выражая свое волеизъявление о прекращении уголовного преследования, осуществляет свое субъективное право, как раз и в случае его неявки в судебное заседание без уважительных причин. Если неявка пассивный отказ от обвинения, то закон, следовательно, должен предусматривать активный отказ, выраженный в явном волеизъявлении потерпевшего, что было закреплено в Уставе уголовного судопроизводства Российской Империи 1864 года»<sup>2</sup>. Действительно, УПК РФ предусматривает отказ от обвинения лишь со стороны государственного обвинителя, следовательно, лишь по делам публичного и частного публичного обвинения (ч. 2 ст. 246 УПК РФ: «Участие государственного обвинителя обязательно в судебном разбирательстве уголовных дел публичного и частного публичного обвинения»). А также по делам частного обвинения, когда обвинение в судебном заседании поддерживается государственный обвинитель (ч. 4 ст. 20, ч. 3 ст. 318, ч. 4 ст. 321 УПК РФ). Ч. 2 ст. 43 УПК РФ закрепляет: «Частный обвинитель называется правами, предусмотренными частями четвертой, пятой и шестой статьи 246 настоящего Кодекса». Ч. 7 ст. 246 УПК РФ, предусматривающая отказ от обвинения, выходит за рамки данного предписания и на частного обвинителя не распространяется.

Все вышеприведенные расуждения применимы и к апелляциям в районном суде, где разбирательство дела осуществляется по правилам проивводства в суде первой инстанции (ч. 1 ст. 365 УПК РФ).

1 Ковтун Н.Н. Указ. соч. С. 282.

2 Шамардин А.А. Указ. соч. С. 61.



Сложнее обстоит ситуация с п. 1 ст. 254 УПК РФ: «Суд прекращает уголовное дело в судебном заседании: 1) в случаях, если во время судебного разбирательства будут установлены обстоятельства, указанные в пунктах 3-6 части первой, в части второй статьи 24 и пунктах 3-6 части первой статьи 27 настоящего Кодекса». Помня о том, что суд апелляционной инстанции рассматривает уголовное дело по правилам производства в суде первой инстанции (ч. 1 ст. 365 УПК РФ), что «...апелляционный пересмотр является «судом по делу»<sup>1</sup>, вполне резонно предположить, что ситуации, предусмотренные в данных статьях, могут возникнуть и в период апелляционной процедуры пересмотра. В связи с этим нам не совсем понятна позиция А.Н. Разинкиной: «...Апелляционная инстанция прекращает уголовное дело в случае... отсутствия... заявления потерпевшего, если уголовное дело может быть возбуждено не иначе как по его заявлению (по делам частного обвинения, ведь и дела частного-публичного обвинения, поданные мировому судье (ч. 1 ст. 31 УПК РФ), также возбуждаются по заявлению потерпевшего (ч. 3 ст. 20 УПК РФ)? Во-вторых, почему автор не упоминает иные основания, предусмотренные п. 1 ст. 254 УПК РФ? Разве не могут истечь сроки давности уголовного преследования (п. 3 ч. 1 ст. 24 УПК РФ), когда дело окажется уже в апелляционной инстанции? Невозможно ли наступление смерти подсудимого (осужденного) (п. 4 ч. 1 ст. 24 УПК РФ) уже после обжалования решения мирового судьи? И так далее.

Общий вывод, вытекающий из наших рассуждений, следующий. Суд апелляционной инстанции прекращает уголовное дело не только в случае нарушения мировым судьей положений ст. 254 УПК РФ (п. 1 ч. 2 ст. 381 УПК РФ), но и тогда, когда предусмотренные в ней ситуации возникнут на стадии апелляционного разбирательства.

Придерживаясь позиции уважительного отношения к мнениям процессуалистов, нам все же не удалось найти аргументы, позволяющие понять, согласиться и принять как верное следующее высказывание Н.Н. Ковтуна: «Если дело пересматривается в апелляционном порядке по жалобе потерпевшего или гражданского истца, и они без уважительных причин не явились в суд и не ходатайствовали о рассмотрении дела в их отсутствие (а прокурор не принял на себя защиту их интересов), то судья апелляционной инстанции вправе прекра-

<sup>1</sup> Цит. по: Разинкина А.Н. Указ. соч. С. 16.

<sup>2</sup> Разинкина А.Н. Там же. С. 145.

тить дело с соблюдением правил, предусмотренных ст. 254 УПК РФ»<sup>1</sup>. Что касается гражданского истца, который «... вправе обжаловать судебное решение в части, касающейся гражданского иска» (ч. 5 ст. 354 УПК РФ, а также п. 18 ч. 4 ст. 44 УПК РФ), то его участие в заседании апелляционного суда обязательным не является (п. 14 ч. 4 ст. 44, ч. 3 ст. 364 УПК РФ). Это заложено еще в ст. 250 УПК РФ, действие которой, согласно ч. 1 ст. 365 УПК РФ, распространяется и на апелляционную инстанцию. Ч. 1 данной статьи предусматривает участие в суде гражданского истца, однако ч. 2 разрешает суду «...рассмотреть гражданский иск в отсутствие гражданского истца, если:

- об этом ходатайствует гражданский истец или его представитель;
- гражданский иск поддерживает прокурор;
- подсудимый полностью согласен с предъявленными гражданским иском».

«В остальных случаях суд при неявке гражданского истца или его представителя вправе оставить гражданский иск без рассмотрения. В этом случае за гражданским иском сохраняется право предъявить иск в порядке гражданского судопроизводства» (ч. 3 ст. 250 УПК РФ). Если лицо ситуация, описанная в последней части ст. 250 УПК РФ, то суд должен ссылаться на эту норму, а не на ст. 254 УПК РФ «Прекращение уголовного дела в судебном заседании». Тем более, что в ст. 254 УПК РФ ни слова не говорится о гражданском истце, если только Н.Н. Ковтун не подразумевает под ним частного обвинителя (ч. 2 ст. 43, ч. 5 ст. 44, ч. 6 ст. 246 УПК РФ)<sup>2</sup>. Нам представляется, что нет, ибо процитированное предложение содержит раздельный союз «или»<sup>3</sup>: «...По жалобе потерпевшего или гражданского истца...». Теперь о потерпевшем. О каком потерпевшем идет речь (ч. 2 ст. 20, ст. ст. 42-43 УПК РФ)? Частный обвинитель (ч. 7 ст. 318 УПК РФ) исключается, так как автор о нем уже писал, и мы также рассматривали его позицию. О частном обвинителе говорить не приходится еще и по-

<sup>1</sup> Ковтун Н.Н. Указ. соч. С. 282.

<sup>2</sup> Согласно ч. 2 ст. 43 и ч. 6 ст. 246 УПК РФ, частный обвинитель может выступать одновременно в качестве гражданского истца, на которого в таком случае распространяется действие ч. 3 ст. 249 УПК РФ. Производство по гражданскому иску прекращается лишь в случае отказа от него гражданского истца (ч. 5 ст. 44 УПК РФ).

<sup>3</sup> «Или» подразумевает альтернативу, то есть «необходимость выбора из двух или нескольких возможных решений, необходимых вариантов». Советский энциклопедический словарь. Изд. третье. - М.: «Советская энциклопедия», 1985. С. 46.

тому, что при его неявке в суд без уважительных причин дело сразу прекращается (ч. 3 ст. 249, п. 2 ст. 254 УПК РФ). Никакого ходатайства о рассмотрении дела в его отсутствие, а уж тем более о принятии прокурором на себя защиты его интересов, как пишет Н.Н. Ковтун, закон не предусматривает. Связано это с тем, что функция поддержания обвинения по частному преступному делу принадлежит исключительно потерпевшему - частному обвинителю (ст. 43, ч. 3 ст. 246, п. 2 ч. 4 ст. 321 УПК РФ).<sup>1</sup> Да и вообще, «участие в судебном разбирательстве обвинителя обязательно» (ч. 1 ст. 246 УПК РФ), как в первой инстанции, так и в апелляции (п. 2 ч. 3 ст. 364 УПК РФ). Поэтому, даже если частный обвинитель не является на процесс по причине уважительной (болезнь, смерть близкого человека...), то суд не будет рассматривать дело в его отсутствие, а признает его явку обязательной (ч. 2 ст. 249 УПК РФ) и отложит судебное разбирательство (ч. 1 ст. 253 УПК РФ). Положение о принятии прокурором на себя защиты интересов частного обвинителя вообще непримлемо. Это раньше ч. 4 ст. 27 УПК РСФСР предусматривала право прокурора «...в любой момент вступить в возбужденное судьей по жалобе потерпевшего дело о преступлении, предусмотренных статьями 115, 116, 129 частью первой и 130 Уголовного кодекса Российской Федерации, и поддерживать обвинение в суде, если этого требует охрана государственных или общественных интересов или прав граждан». Данное положение критиковали в литературе<sup>2</sup>, и еще в период действия УПК РСФСР оно потеряло свою актуальность (ст. 468 УПК РСФСР). Значит, автор ведет речь о потерпевшем по делам частного публичного и публичного обвинения. Но и здесь несоотзывковка. Ст. 249 УПК РФ предусматривает возможность рассмотрения уголовного дела в отсутствие потерпевшего (ч. 2). Для этого ему не надо заявлять ходатайство, как, например, подсудимому (ч. 4 ст. 247 УПК РФ).<sup>3</sup> Не требуется, чтобы прокурор принимал на себя защиту его интересов, он и так всегда участвует в деле (ч. 2 ст. 246 УПК РФ) со стороны обвинения, как и потерпевший (п. 47 ст. 5 УПК РФ, глава 6 УПК

РФ). Да и ч. 3 ст. 346 УПК РФ не требует его обязательного участия в апелляции.<sup>4</sup> Если явка потерпевшего при разбирательстве частного публичных и публичных преступных деяний будет признана судом обязательной (ч. 2 ст. 249 УПК РФ), то апелляционный суд вынесет «...постановление о его отложении на определенный срок» (ч. 1 ст. 253 УПК РФ). Прекращение уголовного дела по ст. 254 УПК РФ в каком случае также не предусмотрено.

Обратимся к еще одной позиции. А.В. Смирнов, К.Б. Калининский указывают, что судья апелляционного суда выносит решение «...об отмене обвинительного приговора суда первой инстанции и о прекращении уголовного дела при наличии для этого оснований, указанных в ст. 239»<sup>2</sup>. Данная позиция представляется сомнительной. Дело в том, что законодатель не предусматривает проведение апелляционным судом предварительного слушания (ч. 1 ст. 365 УПК РФ). А ст. 239 УПК РФ как раз помещена в главу 34 УПК РФ «Предварительное слушание». Несмотря на то, что в части случаев прекращения уголовного дела ст. ст. 239 и 254 УПК РФ почти идентичны, ссылаться на первую из них недопустимо. Однако в подобной формулировке А.В. Смирнова, К.Б. Калининского мы обнаружили лично для нас положительный момент. Случаи прекращения уголовных дел в п. 1 ст. 254 УПК РФ помещены и в ч. 1 ст. 239 УПК РФ, что не оставило сомнений в возможности апелляционного суда ссылаться на п. 1 ст. 254 УПК РФ.

**Решение «об отмене оправдательного приговора суда первой инстанции и о вынесении обвинительного приговора» (п. 3 ч. 3 ст. 367 УПК РФ)** апелляционный суд применит, если будет доказана виновность подсудимого (ч. 4 ст. 302 УПК РФ).

И последнее предусмотренное Кодексом решение, которое принимается районным судом, - «об изменении приговора суда первой инстанции» (п. 4 ч. 3 ст. 367 УПК РФ). Суд апелляционной инстанции изменяет приговор нижестоящего суда в случае неправильного применения им уголовного закона (п. 3 ч. 1 ст. 369 УПК

<sup>1</sup> Здесь мы не рассматриваем положения ч. 4 ст. 20 и ч. 3 ст. 318 УПК РФ, когда в исключительных случаях уголовное дело частного обвинения возбуждается должностными лицами.

<sup>2</sup> См.: Петрухин И. Публичность и диспозитивность в уголовном процессе. // Российская юстиция. 1999. №3. С. 24.

<sup>3</sup> Ч. 4 ст. 247: «Судебное разбирательство в отсутствие подсудимого может быть допущено в случае, если по уголовному делу о преступлении небольшой или средней тяжести подсудимый ходатайствует о рассмотрении данного уголовного дела в его отсутствие».

<sup>1</sup> Однако О.В. Волковыр предлагает «...в ч. 3 ст. 364 УПК РФ внести пункт 5: «5) Потерпевшего и его представителям», независимо от того, он обжалует решение мирового суда (п. 19 ч. 2 ст. 42, ч. 4 ст. 354 УПК РФ) или нет. См.: Волковыр О.В. Система уголовного судопроизводства и проблемы ее совершенствования. - СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. С. 188-189. Это предложение отталкивается от положений Кодекса о праве потерпевшего участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в суде апелляционной инстанции (п. 14 ч. 2 ст. 42, ч. 2 ст. 249, ч. 1 ст. 365 УПК РФ).

<sup>2</sup> Смирнов А.В., Калининский К.Б. Уголовный процесс: Учебник для вузов. / 2-е изд. Под общ. ред. А.В. Смирнова. - СПб.: Питер, 2004. С. 600.

РФ), Н.Н. Ковтун прибавляет к нему нарушение уголовного-процессуального закона (п. 2 ч. 1 ст. 369 УПК РФ) и несправедливость назначенного наказания (п. 4 ч. 1 ст. 369 УПК РФ).<sup>1</sup> Данный автор, как и А.В. Смирнов, указывает, что разрешение апелляционным судом вопросов факта (п. 1 ч. 1 ст. 369 УПК РФ) также может привести к изменению приговора.<sup>2</sup> Ч. 2 ст. 370 УПК РФ предусматривает изменение оправдательного приговора в части мотивов оправдания по жалобе оправданного.<sup>3</sup> Приговор суда может быть изменен апелляционной инстанцией и по жалобе гражданского истца, гражданского ответчика или их представителей в части удовлетворения гражданско-правовых требований (п. 18 ч. 4 ст. 44, ч. 3 ст. 45, п. 14 ч. 2 ст. 54, ч. 2 ст. 55, ч. 5 ст. 354 УПК РФ).

Непонятно, как должен поступать апелляционный суд в случае поступления жалобы (представления) на «... постановление мирового судьи о прекращении уголовного дела и иные его постановления» (ч. 2 ст. 323 УПК РФ)?

В УПК РФ ответа нет (ч. 3 ст. 367 УПК РФ). Процессуалисты предлагают разные способы ликвидации данного законодательного пробела. В общем и целом авторы считают, что смысл, заложенный в решениях, принимаемых по результатам пересмотра приговора мирового судьи, следует перенести и на случаи обжалования его постановлений. Например, Н.Н. Ковтун высказывается так: «Поскольку предметом апелляционного отъезда может быть и постановление мирового судьи о прекращении уголовного дела, апелляционный суд обязан принять решение или:

- 1) об отмене (полной или частичной) этого постановления;
- 2) об изменении его;
- 3) о признании данного решения мирового судьи правильным, а доводов апеллятора необоснованными.

Между тем, законодатель не предусмотрел в ч. 3 ст. 367 УПК РФ такого рода решений апелляционного суда. Поэтому в части принятых решений относительно постановлений мирового судьи о прекращении уголовного дела следует руководствоваться анало-

1 См.: Ковтун Н.Н. Указ соч. С. 282.

2 См.: Смирнов А.В. Комментарий К.Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Постатейный. / Под общ. ред. А.В. Смирнова. - 2-е изд., доп. и перераб. - СПб.: Питер, 2004. С. 26; Ковтун Н.Н. Там же. С. 282.

3 Жалоба с подобным требованием может быть подана и защитником оправданного, и его законный представитель, что закономерно положительно оценивается п. 10 ч. 1 ст. 53, ч. 4 ст. 354, п. 5 ч. 1 ст. 428 УПК РФ.

гией закона<sup>1</sup>, применяя правила апелляционного пересмотра приговора»<sup>2</sup>. А.А. Динер высказывается также: «Думаю, в данном случае необходимо руководствоваться аналогией закона, применяя правила пересмотра приговора мирового судьи...»<sup>3</sup> Или Н.В. Сидорова: «...В качестве предмета апелляционного производства может выступать не только приговор, но и иные решения, к примеру, постановление о прекращении уголовного дела (уголовного производства)<sup>4</sup>. При пересмотре подобных решений, так же, как и в отношении приговора, суд апелляционной инстанции должен быть наделен правом отмены его без изменения, а апелляционные жалобы или представления без удовлетворения, его отмены и постановления обвинительного или оправдательного приговора, а также изменения»<sup>5</sup>. Однако это лишь общий абрис способов разрешения проблемы. Приведем примеры, конкретизирующие и детализирующие эту направленность.

Так, А. Шмелева считает нужным «дополнить ч. 3 ст. 367 УПК РФ пунктами 5 и 6, изложив их в следующей редакции: 5) об отмене постановления суда первой инстанции о прекращении уголовного дела и о вынесении обвинительного приговора; 6) об оставлении постановления о прекращении уголовного дела без изменения, а жалобы или представления без удовлетворения»<sup>6</sup>. Н.В. Сидорова с таким предложением не согласна: «Во-первых, не исключены ситуации, когда судом первой инстанции вынесено постановление о прекращении уголовного дела вопреки уголовно-процессуальному закону, который вместо этого предписывает постановить оп-

1 «Аналогия закона применяется, когда отсутствует норма права, регулирующая рассматриваемый конкретный жизненный случай, но в законодательстве имеется другая норма, регулирующая сходные с ним отношения». Теория государства и права. Курс лекций. / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. - М.: Юрист, 1997. С. 423.

2 Ковтун Н.Н. Указ соч. С. 283.

3 Динер А.А., Мартьянхихин Л.Ф., Сеини Н.Н. Указ соч. С. 56-57.

4 Вообще, термин «уголовное производство» в УПК РСФСР 1960 г. предусматривал не был (ст. 34). П. 55 ст. 5 УПК РФ закрепляет: «Уголовное производство - процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления». Отличие прекращения уголовного дела от прекращения уголовного производства раскрывается в ч.ч. 3-4 ст. 24 УПК РФ и сводится к следующему. Прекращение уголовного дела подразумевает прекращение уголовного производства, однако в случае прекращения уголовного производства уголовное дело не прекращается.

5 Сидорова Н.В. Указ соч. С. 156.

6 Шмелева А. Продолжим апелляционный производств в российском уголовном судопроизводстве. // Уголовное право. 2002. №2. С. 78.

равдательный приговор, также возможны случаи неправоильного определения основания прекращения уголовного дела, которое должно быть изменено на другое в суде апелляционной инстанции. Во-вторых, представляется целесообразным загромождение новыми пунктами 5 и 6 для устранения законодательного провала ч. 3 ст. 367 УПК РФ»<sup>1</sup>.

Критика позиции А. Шмелевой приводит к совпадению аргументов Н.В. Сидоровой с позицией Д. Татьяниной, В. Головкина: «...Необходимо... установить виды решений, которые суд апелляционной инстанции вправе принять по результатам рассмотрения в апелляционном порядке уголовного дела при обжаловании постановления прекращения уголовного дела, а именно:

- об оставлении постановления мирового судьи без изменения, а апелляционной жалобы без удовлетворения;
- об изменении постановления мирового судьи;
- об отмене постановления мирового судьи и о вынесении обвинительного приговора;
- об отмене постановления мирового судьи и о вынесении оправдательного приговора»<sup>2</sup>.

Становится ясно, что соавторы усматривают возможность вынесения обвинительного или оправдательного приговора в случае отмены постановления мирового судьи. Возможность принятия апелляционным судом решения «об отмене постановления мирового судьи и о вынесении обвинительного либо оправдательного приговора» представляется целесообразным частью 3 ст. 367 УПК РФ, в которой перечисляются виды решений суда апелляционной инстанции по результатам рассмотрения уголовного дела дополнить еще одним пунктом: «об отмене постановления суда первой инстанции и о вынесении обвинительного или оправдательного приговора»<sup>4</sup>. О вынесении обвинительного либо оправдательного приговора в результате отмены постановления мирового судьи пишет и В.Д. Головкин.<sup>5</sup>

Прямо противоположно мнению Н.Н. Ковтуна, А.С. Александрова. На вопрос, «...вправе ли суд апелляционной инстанции постано-

вить «свой» приговор в случае отмены постановления мирового судьи о прекращении уголовного дела?»<sup>1</sup>, дают отрицательный ответ. «...Суд апелляционной инстанции в данной ситуации в корне изменяет своему предназначению контрольной инстанции, призванной лишь проверить в пределах жалобы или протеста<sup>2</sup> правосудность приговора, вынесенного нижестоящим судом, а не полностью подменить его в качестве первой инстанции. ...Рассмотрение жалобы на прекращение дела мировым судьей плохо согласуется с предназначением апелляции и более продуктивно... для... порядка судебного контроля за законностью и обоснованностью процессуальных решений, нарушающих права и свободы граждан»<sup>3</sup>.

В. Дорошкова в противоположную позицию Н.Н. Ковтуна, А.С. Александрова считает наоборот: «Представляется, что к постановлениям, которые могут быть пересмотрены в апелляционном порядке, а не в порядке судебного контроля, регламентированного главой 16 УПК РФ, относятся... постановления о прекращении дела по любым реабилитирующим или реабилитирующим основаниям... и т.п.»<sup>4</sup>.

Не меньше споров можно наблюдать на страницах юридической литературы по поводу решения «об отмене обвинительного приговора суда первой инстанции и оправдания подсудимого...» (п. 2 ч. 3 ст. 367 УПК РФ). «Очевидно, что законодатель не предусматривает возможности вынесения обвинительного приговора при отмене обвинительного же приговора мирового судьи»<sup>5</sup>. А.Н. Разинкина считает, что налицо «... еще один законодательный провал...»<sup>6</sup>. Авторь едины во мнении, что если имело место нарушение уголовно-процессуального закона (п. 2 ч. 1 ст. 369, ст. 381 УПК РФ), а А.Н. Разинкина добавляет и неправоильное применение уголовного закона (п. 3 ч. 1 ст. 369, ст. 382 УПК РФ), однако никаких сомнений в виновность подсудимого у апелляционного суда не вызывает, тогда предыдущий обвинительный приговор отменяется и постановляет-

1 Ковтун Н.Н., Александров А.С. Апелляционное производство в уголовном процессе России: проблемы и решения. // Государство и право. 2001. №3. С. 40.

2 По УПК РСФСР 1960 г. прокурор выносит свое «исключение» с решением мирового судьи в протесте. В УПК РФ применительно к обжалованию такого решения государственными обвинителями или вышестоящим прокурором используется термин «представление» (см., например, п. 27 ст. 5, ч. 2 ст. 334 УПК РФ). Применительно к обжалованию иных, кроме государственного обвинителя или вышестоящего прокурора, лиц или как раньше, так и сейчас используется термин «жалоба» (см., например, ст. 477, ст. 478 УПК РСФСР; ч. 2 ст. 334 УПК РФ).

3 Ковтун Н.Н., Александров А.С. Указ. соч. С. 40.

4 В. Дорошкова. Указ. соч. С. 39-40.

5 Динер А.А., Мартыняхин Д.Ф., Сеини Н.Н. Указ. соч. С. 57.

6 Разинкина А.Н. Указ. соч. С. 142.

1 Сидорова Н.В. Указ. соч. С. 157.

2 Татьянина Д., Головкин В. Указ. соч. С. 43.

3 Динер А.А., Мартыняхин Д.Ф., Сеини Н.Н. Указ. соч. С. 58.

4 Разинкина А.Н. Указ. соч. С. 140.

5 См.: Головкин В.Д. Апелляционное производство по уголовным делам в Российской Федерации: Проблемы и пути решения. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - Ивановск, 2004. С. 25.

ся новый обвинительный.<sup>1</sup> Предложение авторов заслуживает внимания еще и потому, что в ст. 494 УПК РФ/СР «Решения, принятые судом апелляционной инстанции» наряду с решением «об отмене обвинительного приговора...», оправдания подсудимого» (п. 2) было предусмотрено самостоятельным пунктом решение «об отмене обвинительного приговора мирового судьи и о постановлении нового приговора» (п. 3).

А.А. Динер решает, что по аналогии следует постулировать и в случае отмены оправдательного приговора мирового судьи. В отличие от видения законодателя, предусмотревшего решение «об отмене оправдательного приговора суда первой инстанции и о вынесении обвинительного приговора» (п. 3 ч. 3 ст. 367 УПК РФ), А.А. Динер смотрит шире. Ч. 1 ст. 370 УПК РФ закрепляет, что «оправдательный приговор может быть отменен судом апелляционной инстанции с вынесением обвинительного приговора не иначе как по представлению прокурора либо жалобе потерпевшего, частного обвинителя или их представителей на необоснованность оправдания подсудимого», то есть по инициативе стороны обвинения (п. 47 ст. 5, глава 6 УПК РФ). Автор уверен, что «...если представляющих обвинением доказательства недостаточно для вынесения обвинительного приговора, суд должен будет вынести новый оправдательный приговор»<sup>2</sup>. Отмену оправдательного приговора с вынесением нового оправдательного предлагает и В.Л. Головкин.<sup>3</sup> Однако Н.В. Сидорова не поддерживает инициативу авторов: «...Отмена обвинительного приговора и постановление нового обвинительного, а также отмена оправдательного приговора и постановление нового оправдательного по своей сути и является решением об изменении приговора. Поэтому подобное нововведение не имеет смысла»<sup>4</sup>. А.А. Динер уверен в обратном: «Эти варианты не могут уложиться в... вид решения - об изменении приговора суда первой инстанции. Приговор мирового судьи в описанных случаях подлежит безусловной отмене и об этом должно быть указано в резолютивной части нового приговора. Только после этого может быть постановлен новый приговор. Все сказанное в равной мере относится и к постановлениям мирового судьи»<sup>5</sup>.

1 См.: Разинкина А.Н. Там же. С. 142; Динер А.А., Мартынякин Д.Ф., Сеини Н.Н. Там же. С. 57.

2 Динер А.А., Мартынякин Д.Ф., Сеини Н.Н. Указ соч. С. 58.

3 См.: Головкин В.Л. Указ соч. С. 25.

4 Сидорова Н.В. Указ соч. С. 157.

5 Динер А.А., Мартынякин Д.Ф., Сеини Н.Н. Там же. С. 58.

Итак, общая картина ч. 3 ст. 367 УПК РФ в представлении А.А. Динера следующая:

- «Суд апелляционной инстанции по результатам рассмотрения уголовного дела принимает одно из следующих решений:
- об оставлении приговора или постановления мирового судьи без изменения, а апелляционной жалобы или представления без удовлетворения;
  - об отмене постановления мирового судьи и о вынесении обвинительного либо оправдательного приговора;
  - об отмене обвинительного приговора и вынесении нового обвинительного либо оправдательного приговора или нового постановления;
  - об отмене оправдательного приговора и о вынесении нового оправдательного либо обвинительного приговора или постановления о прекращении производства по уголовному делу или уголовного преследования;

- об изменении приговора мирового судьи»<sup>1</sup>.

Соглашаясь с критикой Н.В. Сидоровой в том, что «...иное решение суда первой инстанции тоже может быть изменено в апелляционном производстве, как и приговор»<sup>2</sup>, все же отметим, что А.А. Динер не забывает об этом: «Любое изменение приговора либо постановления мирового судьи требует нового приговора или постановления, поскольку недопустима ситуация, когда по одному и тому же делу существует два решения»<sup>3</sup> (ч. 4 ст. 367 УПК РФ). От себя добавим, что формулировка п. 2 ч. 3 ст. 367 УПК РФ, предложенная автором, не в полной мере отражает его мысли, ведь до этого он пишет: «...Рациональнее было бы дополнить ч. 3 ст. 367 УПК РФ пунктами... об отмене постановления суда первой инстанции и о вынесении обвинительного либо оправдательного приговора или нового постановления»<sup>4</sup>.

Соглашаясь с А.Н. Разинкиной и А.А. Динером В.Л. Головкин. Ввязи с этим нам не совсем ясна позиция Н.В. Сидоровой, которая, не видя смысла в некоторых видах апелляционных решений А.А. Динера, в то же самое время соглашается с мнением В.Л. Головкина.<sup>5</sup> Он, предлагая исклЮчить из структуры ст. 367 УПК РФ ч. 4, ч. 3 данной статьи предлагает так: «3. Суд апелляционной инстанции по результатам рассмотрения уголовного дела принимает одно из следующих решений:

1 Динер А.А., Мартынякин Д.Ф., Сеини Н.Н. Указ соч. С. 58.

2 Сидорова Н.В. Указ соч. С. 157.

3 Динер А.А., Мартынякин Д.Ф., Сеини Н.Н. Там же. С. 57.

4 Там же. С. 57.

5 См.: Сидорова Н.В. Там же. С. 157.

- 1) об оставлении приговора или иного решения суда первой инстанции без изменения, апелляционной жалобы или представления без удовлетворения с вынесением постановления;
- 2) об отмене постановления суда первой инстанции и о вынесении нового постановления, либо обвинительного или оправдательного приговора;
- 3) об отмене обвинительного приговора и вынесении нового обвинительного либо оправдательного приговора или постановления о прекращении уголовного дела;
- 4) об отмене оправдательного приговора и о вынесении нового оправдательного либо обвинительного приговора или постановления о прекращении уголовного дела;
- 5) об изменении приговора или иного решения суда первой инстанции»<sup>1</sup>.

Предложенная В.Д. Голожковым редакция является реакцией автора на еще одно несоответствие положений ч.ч. 3-4 ст. 367 УПК РФ. Ч. 4 указанной нормы закрепляет: «В случае, предусмотренном пунктом 1 части третьей настоящей статьи, суд апелляционной инстанции выносит постановление. В случаях, предусмотренных пунктами 2-4 части третьей настоящей статьи, суд апелляционной инстанции постановляет приговор». Соединив эти две части, получается, по словам С.А. Скворцовой, Н.В. Угольниковой, С.С. Шуренковой, незамысловатым образом, следующее:

- «1) постановление об оставлении приговора суда первой инстанции без изменения, апелляционных жалобы или представления без удовлетворения;
  - 2) приговор об отмене обвинительного приговора суда первой инстанции и оправдании подсудимого или о прекращении уголовного дела;
  - 3) приговор об отмене оправдательного приговора суда первой инстанции и о вынесении обвинительного приговора;
  - 4) приговор об изменении приговора суда первой инстанции»<sup>2</sup>.
- Да, и в ст. 477 УПК РФ «Перечень бланков процессуальных документов судебного производства» предусмотрено лишь «Постановление об оставлении приговора мирового судьи без изменения, апелляционных жалобы или представления без удовлетворения» (Приложение 54).

<sup>1</sup> Голожков В.Д. Указ. соч. С. 25.

<sup>2</sup> Скворцова С.А., Угольникова Н.В., Шуренкова С.С. Уголовный процесс: Учеб. пособие. - М.: ИНФРА-М, 2003. С. 140.

Однако другие исследователи оказались более внимательными. Так, А.В. Смирнов, К.Б. Калининский, несмотря на предписание ч. 4 ст. 367 УПК РФ, пишут о постановлении об отмене обвинительного приговора суда первой инстанции и о прекращении уголовного дела.<sup>1</sup> А.Н. Разинкина предлагает «...внести изменение в ч. 4 ст. 367 УПК РФ, поскольку суд выносит постановление не только в случае, предусмотренном п. 1 ч. 3 ст. 367 УПК РФ (оставление приговора суда первой инстанции без изменения), но и в случае принятия решения о прекращении уголовного дела (согласно ч. 2 ст. 256 УПК РФ суд, принимая решение о прекращении дела, выносит постановление)»<sup>2</sup>. И.Б. Михайловская добавляет: «...С учетом круга судебных решений, которые могут быть предметом апелляционного обжалования, а также возможности прекращения дела (п. 2 ч. 3 ст. 367) следует признать, что постановления могут быть вынесены и в других случаях (постановление о прекращении дела, постановление об отмене постановления мирового судьи и т.п.)»<sup>4</sup>. Н.Н. Ковтуна, соглашаясь с тем, что «при наличии оснований для прекращения уголовного дела, суд апелляционной инстанции отменяет приговор мирового судьи и выносит постановление о прекращении дела»<sup>5</sup> в то же самое время, в отличие от И.Б. Михайловской, указывает: «Решение апелляционного суда: ... об отмене постановления о прекращении уголовного дела мирового судьи оформляется путем постановления нового приговора»<sup>6</sup>. Как видим, непродуманная позиция законодателя в вопросе определения форм решений апелляционного суда оказалась способной запутать даже «выдавших виды» процессуалистов. Усугубляется это еще и тем, что законодательно установленный бланк приговора, выносимого по итогам рассмотрения уголовного дела в апелляционном порядке (Приложение 55 в ст. 477 УПК РФ), содержит несоответствие в формулировании резолютивной части. С одной стороны, в ней указано на «...п. 2 (3,4) части третьей ст. 367 УПК РФ...», которыми руководствуется судья при вынесении приговора, и здесь же (подчеркнуто) предусмотрены требования, согласно которым излага-

<sup>1</sup> См.: Смирнов А.В., Калининский К.Б. Уголовный процесс: Учебник для вузов. / 2-е изд. Под общ. ред. А.В. Смирнова. - СПб.: Питер, 2004. С. 600.

<sup>2</sup> Следует обратить внимание, что не только лишь постановлениям оформляется решение суда о прекращении производства по делу. Ч. 2 ст. 256 УПК РФ предусматривает и «определение о... прекращении уголовного дела...», вынесение которого апелляционным судом исключено законом вообще (п. 23 ст. 5 УПК РФ).

<sup>3</sup> Разинкина А.Н. Указ. соч. С. 143.

<sup>4</sup> Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. / Под ред. И.Д. Петрухина. - М.: ОО «ТК Велби», 2002. С. 452.

<sup>5</sup> Ковтуна Н.Н. Указ. соч. С. 282.

<sup>6</sup> Ковтуна Н.Н. Там же. С. 282.

ется «...резолютивная часть оправдательного или обвинительного приговора суда апелляционной инстанции...».

Примечательно, что в Концепции судебной реформы использовался совсем другой термин - «определение» - для обозначения итогового процессуального документа апелляционного производства.<sup>1</sup>

Подводя итог нашему исследованию, хотелось бы отметить, что многие аргументы, приводимые авторами в обоснование своей позиции, заслуживают внимания и прилежмы для нас. Но, что касается формулировки редакции ст. 367 УПК РФ, то из всех, озвученных нами в данной статье, позиция В.Л. Головкина представляется наиболее лаконичной, систематизирующей, отражающей возможные тенденции в деятельности апелляционного суда. Хотя, позволим себе заметить, что предложенный ученым п. 5 ч. 3 ст. 367 УПК РФ «выбивается» из общей тенденции, намеренной автором, а именно: не указано, каким документом<sup>2</sup>, актом<sup>3</sup> оформляется изменение решения мирового судьи. В этой связи допуская, что исследователь не опаривает позицию законодателя, предусмотревшего вынесение приговора и в случае изменения приговора мирового судьи. Данный аспект ч. 4 ст. 367 УПК РФ подкрепляется Приложением 55 в ст. 477 УПК РФ. Резолютивной части бланка приговора содержится предписание (подчеркнуто): «В случае изменения приговора мирового судьи в резолютивной части приговора суда апелляционной инстанции указывается, в какой части изменен приговор суда первой инстанции, и что в остаточной части он оставлен без изменения...».

В отличие от А.А. Динера, думающего, что «...установление жестких рамок для возможных решений суда апелляционной инстанции не является необходимым»<sup>4</sup>, мы считаем иначе. Разве не должно быть единообразного применения уголовно-процессуального закона вообще и, в частности, положений, касающихся апелляции, на практике?

Мы постарались охватить своим вниманием максимальное количество проблем, вызванных содержанием ч.ч. 3-4 ст. 367 УПК РФ. Все они требуют как можно более быстрого разрешения для обеспечения единообразной практики районных судов.

<sup>1</sup> См.: *Концепция судебной реформы в РСФСР, принятая Постановлением Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г. №1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР».*

<sup>2</sup> В каком смысле документ - *деловая бумага, юридически подтверждающая какой-либо факт или право на что-то. Советский энциклопедический словарь. Изд. третье. - М.: Изд-во «Советская энциклопедия». 1985. С. 403.*

<sup>3</sup> *Акт юридический является досудебным органом, должностным лицом в пределах их компетенции в установленном законом форме (акон, указ, постановление и т.д.). Советский энциклопедический словарь. Изд. третье. - М.: Изд-во «Советская энциклопедия», 1985. С. 32.*

<sup>4</sup> Динер А.А., Мартынякхин Л.Ф., Сенин Н.Н. Указ. соч. С. 58.

## УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС КАК ЧАСТЬ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ПОЛИТИКИ

*Якофаров Ф.М. - ст. преподаватель кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики*

Конституция РФ в ст. 2 утверждает, что человек его права и свободы являются высшей ценностью. Поскольку Конституция является основным законом государства, логичнее всего предположить, что человек представляет высшую ценность именно для государства. Но почему так было не всегда? Почему большинство государств на ранних этапах своего развития не считало конкретного индивида заслуживающим какого-либо уважения? Если во все времена конечной целью уголовного судопроизводства являлось привлечение виновного к уголовной ответственности, почему в различные исторические эпохи и способы достижения данной цели коренным образом различались по степени их гуманности? Если все дело в изменении отношения государства к человеку, то представляется целесообразным выяснить причины, побудившие большую часть государств изменить свое отношение к человеку.

На наш взгляд, параллельно проявлялись две тенденции, повлиявшие на изменения отношения государства к человеку.

Первая из них связывается с финансовыми вопросами. На первых этапах развития государства конкретный человек не обладал для государства какой-либо ценой, выражаемой в денежном эквиваленте. Рождение и воспитание человека делом и полностью было возложено на родителей этого человека или на его род. Государство в тот период просто не было заинтересовано в оказании помощи при становлении своих подданных. Даже если вспомнить об армии, то ее составляли не столько подданные конкретного государства, сколько наемники со стороны. В данной ситуации государство не было заинтересовано в справедливом разрешении уголовного дела, поскольку возможные «издержки» в виде человеческих жизней и судеб государство не особенно заботили, как, впрочем, и большинство происходившего с населением страны. Отсюда и применяемые в соответствии с законом пытки, которыми можно было подвергать любого участника процесса, с целью получения правдивого ответа, и соглашения или ордации, в которых главным было не столько установление виновности человека, сколько возможность развиваться ну и заодно признать победителя правым (победителей не судят).

Однако государства не существуют изолированно друг от друга, и между ними постоянно ведется конкурентная борьба, проявлявшаяся на ранних исторических этапах в открытыях вооруженных противостояниях. А в эгих противостояниях оказывалось недостаточно одной только профессиональной армии и государство вынуждено прилагать в вооруженные силы ополченцев. Вот только ополченцы приходили на фронт практически не обученными ратному делу и большей частью безоружными. Естественно, что подлая от таких «воинов» на поле боя не очень много. И государство, боясь проиграть войну, насколько возможно обучает ополченцев искусству ведения боевых действий и вооружает их. И эту вооруженную и обученную единицу государству уже жалко потерять, причем как в военное время, так и в мирное. С усложнением общественных связей государству становятся необходимыми не только воины, но и те, кто занимается «тыловым обеспечением». Особую группу составляли зажиточные лица, уже тогда имевшие возможность на законных основаниях откупиться от правосудия. Им предоставлялась возможность за соотвествующую плату выставлять вместо себя на пединок профессионального воина. Естественно, исход такого правосудия был практически предрешен, но зато богатые люди оставались живыми, продолжали платить налоги и работать над повышением конкурентоспособности всего государства.

После перехода государства на индивидуальный порядок налогообложения государству становится интересным не обезличенная обшина или изба, а конкретный налогоплательщик. Связано это с тем, что при обложении налогом общины или избы потеря одного человека никоим образом не отражалась на совокупных налоговых поступлениях. При индивидуальном налогообложении представлялось возможным хотя бы примерно, но посчитать сумму недополученной прибыли в случае осуждения человека.

Данные обстоятельства в конечном итоге отразились на уголовном судопроизводстве, которое не могло оставаться жестоким развлечением, поскольку жертвой процессуальной машины мог оказаться не столько человек, сколько человек, в некотором смысле необходимый государству. Поэтому разрабатываются правила, предоставляющие человеку последнюю возможность доказать государству свою невиновность, которые сводятся к тому, что человек спорит с государственным обвинителем по правилам, установленным государством перед государственным судом. Естественно, первоначально шансы победить государство стремятся к нулю, но постепенно, по мере уве-

личения «ценности» конкретного человека для государства, эти шансы увеличиваются. Шансы выиграть тем больше, чем гуманнее процессуальное законодательство, а последнее напрямую зависит от того, какой ущерб будет причинен государству в результате потери среднестатистического гражданина. А ценность жизни постоянно увеличивается, поскольку боязнь проиграть в конкурентной борьбе своим соседям вынуждает государство вкладывать деньги в своих граждан (государство сильно своими гражданами). Начинается развитие здравоохранения, образования, что, несомненно, удорожает человеческую жизнь, но позволяет повысить общий уровень развития граждан и выявить среди них уникальные личности (интересно, получила бы Россия Ломоносова при отсутствии в его поселке церковной школы?).

В последнее время в России происходит персонализация финансовой связи между государством и гражданином, которая проявляется как в индивидуализации налогоплательщиков, так и в индивидуализации получателей со стороны государства финансовой помощи. Данная тенденция имеет все шансы оказать положительное воздействие на качество российского уголовного судопроизводства. Ранее адресатом, получающим денежные ресурсы от государства, выступали социальные институты и объекты (больницы, детские сады, школы, вузы), что не позволяло увидеть цену конкретного человека нарастающим итогом. Наличие персональных счетов позволит достаточно точно определить сумму, потраченную государством на социализацию конкретного гражданина. Осуждение данного гражданина одним из негативных последствий будет иметь полную или частичную потерю для государства и общества вложенных в человека ресурсов. При точном осознании этого факта желанием любого здравомыслящего субъекта будет поиск способов минимизации возможного ущерба и создание условий, при которых размер уголовной выгоды от неиспользования возможностей осуждаемого человека будет стремиться к нулю. В уголовном процессе это с необходимостью приведет к развитию институтов снимающих социальное напряжение от совершеного преступления без применения в качестве наказания лишения свободы. Ведь лишение человека свободы по приговору суда фактически означает вычеркивание человека из общественной жизни на определенный срок, в течение которого лицо не может найти достойного применения тем навыкам и умениям, которые оно получило, в том числе за государственный счет. И размер этой уголовной выгоды очень просто подчитать, для чего достаточно посмотреть налоговые декларации лица за последние годы и умножить среднюю



сумму годовых налоговых отчислений на количество лет, которые человек проведет в местах не столь отдаленных. И это не считая потерь, которые в денежном выражении измерить очень трудно: выполнение лицом производственных задач, воспитание детей, помощь родителям и т.д. Наверное, западные государства осознали этот факт гораздо раньше нас, поэтому они стремятся разрешать конфликты уголовно-правового характера до начала официальной части уголовного процесса, а в некоторых случаях и вовсе разрешение этих вопросов выводится за рамки уголовного судопроизводства.

Таковой, по нашему мнению, является первая тенденция, которая связывается с увеличением количества ресурсов, вкладываемых государством в человека, до наступления момента, когда последний сможет возвратить их государству, естественно, с процентами. По сути взаимоотношения человека и государства можно сравнить с взаимоотношениями кредитора и банка. Государство «кредитует» каждого своего гражданина в надежде получить впоследствии прибыль. Государству не выгодно терять кредитора, поэтому уголовный процесс развивается в направлении, позволяющем отсупившемуся человеку искупить свою вину способом огличным от ограничения срока. Наблюдается переход от правосудия карательного к правосудию правосознательному.

Второй тенденцией, заставляющей уголовное судопроизводство постепенно изменяться, является осознание государством потребности в людях с определенными индивидуальными признаками. При чем в различных исторические эпохи государство испытывало потребности в людях различных качеств, что побуждало законодателя ус танавливать определенные гарантии для данных лиц в случае, если они оказывались втянутыми в уголовный процесс. Таким образом, государство осуществляет своеобразный и исключительный отбор, скорее всего несознанный, но с точки зрения сохранения целостности социальной системы очень эффективный. Самым ярким примером использования государством механизма искусственного отбора применительно к своим гражданам является Спарты. Жестокое правило, согласно которому со скалы скидывали рожденного большим ребенком и его мать, позволяло древнему полису не отвлекать столь ценные ресурсы на воспитание с военной точки зрения абсолютно бесполезного гражданина. Более того, указанное правило позволяло пре сечь рождение неполноценного потомства в следующих поколениях.

Если одно государственное образование осуществляло осознанную и последовательную политику в области искусственного отбора,

то почему нельзя предположить, что какие-то элементы данной политики использовались и другими государствами, пусть даже не в столь явственном виде? Если эта задача государства является универсальной, то ее проявление логичнее всего искать в области уголовного судопроизводства, поскольку правосудие по уголовным делам способно при помощи сложных формальных процедур, не понятных большинству населения, придать легитимный характер практически любому решению выданному государству.

Если элементы искусственного отбора были приняты на вооружение государством, то в процессуальном законодательстве мы должны увидеть механизмы, при помощи которых государство может легитимным образом увести от меча Фемиды лиц, для себя полезных.

На ранних исторических этапах своего развития государства нуждались главным образом в людях, отличающихся физическими параметрами: здоровьем, ловкостью, выносливостью, поскольку именно эти параметры оказываются решающими при комплектовании армии, вынужденной вести частые войны. Существовавшие в тот период в качестве способов доказывания испытания, ордации и прочие единки очень мало содействовали установлению обстоятельств дела, но зато наилучшим образом служили разрешению дела, посредством не столько поиска правого, сколько посредством устранения менее удобного. В живых практические и гарантированно оставався человек более пригодный для несения армейской службы, пусть не прямо сейчас, а в будущем.

После усложнения общественных отношений государство устанавливает дополнительные гарантии сохранения жизни не только физически сильным гражданам, но и гражданам, интересным с экономической точки зрения. Богатые должны были приумножать богатство и платить налоги, поэтому законодательство стало предусматривать возможность покупки услуг профессионального бойца и выставление его вместо себя на поединок.

С течением времени критерии изменялись, и уголовный процесс должны были покидать не только богатые, но и умные - те, кто реально может двигать общественный прогресс. Зарождаясь ссылаясь на модель уголовного судопроизводства давала такую возможность не только тем, кто мог откупиться, но и тем, кто мог доказать свою непричастность к совершенному преступлению.

Если посмотреть на современный уголовный процесс, сложившийся в России, то можно констатировать, что в законодательстве не содержится механизмов, позволяющих богатым и умным рассчиты-

вать на благоприятный исход дела. Либо не может законными способами приложить свой капитал, и касается это:

- 1) бесмысленности найма частных детективов, ведь результаты их деятельности в процессе доказательствами не являются;
- 2) бесмысленности примирения с потерпевшими и возмещение ему вреда в полном объеме, поскольку примирение обвиняемого и потерпевшего не всегда с необходимостью влечет прекращение производства по делу, несмотря на восстановление в правах пострадавшего.

Не имея законных возможностей, но имея огромное желание и достаточные материальные ресурсы, указанные лица вынуждены искать незаконные способы использования своих преимуществ. Они ищут способы дачи банальной взятки должностному лицу, ведущему процесс. Мы не говорим сейчас о том, берутся ли в процессе взятки, мы говорим о том, что почему-то законодатель сам стимулирует использование незаконных способов, искусственно ограничивая возможности способов законных. Возможно, это и есть государственная политика в области уголовного судопроизводства, хотя, скорее всего, дело в полном отсутствии государственной политики в указанной области.

Проанализированные нами тенденции развития уголовного судопроизводства позволяют сделать некоторые прогнозы на будущее.

1. Уголовно-процессуальное законодательство будет развиваться по пути применения мер принуждения, соразмерных не только совершеному преступлению, но и потерям государства и общества от ограничения прав лица, привлекаемого к уголовной ответственности. Ранее потери определять было невозможно в силу отсутствия точной системы государственного учета.

2. В уголовном процессе будут развиваться частные начала, которые будут проявляться в расширении возможностей примиряющихся обвиняемого и потерпевшего влиять на прекращение производства по делу.

3. Будут расширяться способы законного использования финансовых ресурсов в рамках уголовного судопроизводства. Касается это регламентации возмещения вреда, причиненного преступлением, участия защитников в собирании доказательств, помощи частных детективов, назначения частных экспертов и всего того, что можно считать за деньги, но главное - в рамках Закона. В конце концов, законы должны писаться для богатых и здоровых, а для бедных и больных из законов должны делаться исключения.

Указанные тенденции, по нашему мнению, имеют объективный характер, проявлялись на всех этапах развития уголовного судопроизводства и во всех государствах. Поэтому как бы законодатель этого ни хотел, ему придется вырабатывать государственную политику в области уголовного судопроизводства и придется смириться с приоритетом прав гражданина.

# Вопросы земельной реформы и экологического законодательства

## ПОНЯТИЕ И ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ ФУНКЦИИ ГОСУДАРСТВА

*Архиткин С.В. - доцент кафедры аграрного и экологического права, к.ю.н*

В настоящее время всеми основными экологами-правоведами используется наименование «экологическая функция». Однако еще до недавнего времени это наименование в специальной литературе имело различные суждения. Претерпев множество терминологических изменений, актуальным будет осязновиться на этом понятии поподробнее. В 60-е годы появилось наименование «природоохранительная функция», но это наименование функции скрывает деятельность государства только лишь в рамках природоохранительных мероприятий. Накопление полезной информации в процессе поиска оптимального варианта повлияло на формирование наименования природопользования - «охрана окружающей среды» или «рациональное природопользование», что более реально отражало сущность данной государственной деятельности. Вместе с тем, верно и то, что такой подход к проблеме таит в себе немалые трудности, связанные, может быть, с несколько искусственным разделением единого направления деятельности государства на охрану и рациональное использование. На этой почве возникло новое наименование функции - «охрана окружающей среды и рационального использования природных ресурсов». Однако такое не очень оптимальное название не могло удовлетворить юристов, и когда экологическая ситуация в мире изменилась, это потребовало от общества качественно нового экологического мышления, которое невозможно было бы вырабатывать с позиций старых понятий и представлений. В мире все чаще стали использовать понятие «экология».

Термин «экология» - (от греческих слов «ойкос» - дом, жилище, родина и «логос» - наука)<sup>1</sup> впервые прозвучало в 1866 году в книге выдающегося немецкого биолога-эволюциониста Эрнеста Геккеля «Всеобщая морфология». Более 100 лет это понятие оставалось в рамках только биологической науки. Между тем, стало очевидным то обстоятельство, что обнаруженные в биологии закономерности носят универсальный всеобщий характер. Поэтому в начале 70-х годов это слово приобретает более широкий смысл. И в настоящее время мы говорим об экологизации науки, политики, экономики, культуры, воспитания - всех сфер и областей деятельности человека.

Таким образом, выработка основ нового содержания понятия «экология» проходила в обстановке весьма оживленной теоретической дискуссии в философии, социологии, биологии. Она сосредоточена на выяснении довольно широкого круга научно-методологических проблем - от причин возникновения до различных путей ее решения.

Юридическая наука с теоретическим отражением специфики современной трактовки понятия «экология» несколько запоздала. В 1976 году вышла в свет монография О.С. Колбасова «Экология: политика-право», где данное понятие исследуется автором для характеристики содержания науки экологии как совокупности всех проблем взаимодействия общества и природы, взятых в их научном отражении.<sup>2</sup> Колбасов отмечал, что к тому времени сознание юристов не было подготовлено к восприятию нового значения понятия «экология». Но, когда слово «экология», по выражению А.В. Яблокова, стало уже стилем мышления, единственно возможным образом жизни человека,<sup>3</sup> юридическая наука уже не могла обходить данное понятие, и оно все чаще стало использоваться для характеристики различных сторон государственно-правовой деятельности государства и права.<sup>4</sup> А.А. Забелышевский раскрывает сущность и содержание аналогичной функции государства и права в 1984 году.<sup>5</sup> Это означало терминологическое признание названия данной функ-

1 Ерофеев Б.В. Экологическое право России. Том 1. - М.: Институт межд. права и экономики, 1995. С. 3.

2 Колбасов О.С. Экология: Политика-право. Правовая охрана природы в СССР. - М.: Наука, 1976. С. 19.

3 Экология стиль мышления. // Эхо планеты, 1989. №9. С. 9.

4 Природноресурсовое право и правовая охрана окружающей среды. / Под ред. В.В. Петрова. - М.: Юрид. лит., 1988. С. 22-26.

5 Забелышевский А.А. Экологическая функция Советского государства и права. // Актуальные проблемы природоохранительного и сельскохозяйственного права. - Свердловск: Изд. СЮИ., 1984. С. 6-13.

ции, которое считает в себе два направления: охрану окружающей среды и рациональное использование природных ресурсов. Однако невозможно дать всестороннее и полное определение понятия «экологическая функция», не исследував хотя бы вкратце такую категорию как «функция», которое является многозначным понятием и в различных науках имеет различное значение. В философии нет единого определения категории «функция». Обычно под ней понимается внешне значение свойств какого-либо объекта в данной системе отношений,<sup>1</sup> «функция» рассматривается как способ поведения, присущий какому-либо объекту.<sup>2</sup>

Более компактно эту мысль выразил В.П. Афанасьев, который под «функцией» понимает целенаправленную, активную деятельность системы. Развивая эти положения, В.Д. Перевалов отметил: «Функционировать - значит действовать, так как функция есть проявление жизнедеятельности любого объекта, отражение всеобщего движения в природе как способа существования материи».<sup>3</sup>

Аналогичное понимание функции дается в большинстве словарных и энциклопедических изданий.<sup>4</sup> В юридической науке понятие «функция» получило широкое распространение, так как это дает возможность научно очертить содержание деятельности государства, его механизм и служит целям совершенствования организационной структуры государства для качественного осуществления государственного управления. Так, авторы учебника «Теория государства и права» В.М. Корельский и В.Д. Перевалов под функцией государства понимают основные направления его деятельности, выражающие сущность и социальное назначение, цели и задачи государства по управлению обществом в присутствии ему формами и процедурами.<sup>5</sup>

Профессор А.Б. Венгеров понимает под функцией государства направления, предмет деятельности того или иного политико-правового института, содержание этой деятельности, ее обеспечение.<sup>6</sup>

В.Н. Хропанюк обозначает функции государства как основные направления его деятельности, в которых выражается сущность и

социальное назначение государственного управления обществом.<sup>1</sup> Академик В.В. Лазарев отмечает, что функции государства - это основные направления его деятельности, определенная работа, круг его деятельности, осуществляемой по усмотрению в законе или договоре обязанности.<sup>2</sup>

Резюмируя все вышеуказанные определения, следует отметить, что в юридической литературе наиболее распространены являются определение функции государства как основных направлений его деятельности, в которых выражается его сущность и социальное назначение. Считаем, что на сегодняшний день юридическая наука не располагает более удачным определением функции государства, и по этой причине, по-видимому, целесообразно от него отказываться. Особо хочется положительно оценить вышеизложенное определение академика В.В. Лазарева, где особо подчеркнута правовая основа государственной деятельности. В связи с чем перед юридической наукой стоит сложная задача разработки правовых форм, позволяющих четко очертить круг функциональных прав и обязанностей государства. Перекликается с определением функции государства и понятие функции права, под которой В.В. Лазарев понимает основные направления юридического воздействия на общественные отношения, определяемые сущностью и социальным назначением права в жизни общества. По сути своей аналогичные определения с небольшими изменениями приводят и другие авторы - С.С. Алексеев, А.Б. Венгеров, А.В. Малько, Л.И. Спиридонов, Г.Н. Радько, В.Н. Хропанюк и др.

Теперь подробно следует остановиться на затронутом уже ранее вопросе о наименовании исследуемой функции.

Как показывает обзор литературы, различия в наименовании исследуемой функции являются результатом различия в понимании объекта охраны. В одних случаях это природа, в других - природные ресурсы, в третьих - природная среда, в четвертых - окружающая среда. Отметим, что понятие «окружающая среда» более полно отражает, в отличие от понятия «природа», сущность подлежащего охране явления. Таким образом, переход от «природы» к «окужающей среде» есть закономерный результат перестройки традиционной проблемы охраны природы в гораздо более широкую проблему охраны совокупности природных и антропогенных условий, окружающей человека и воздействующих на него. Но сегодня проблема

1 Философский словарь. / Под ред. И.Т. Фролова. - М.: Политиздат, 1991. С. 448.

2 Философский энциклопедический словарь. / Под ред. Е.Ф. Любского, Г.В. Короблева. - М.: ИНФРА-М, 1997. С. 418.

3 Афанасьев В.П., Перевалов В.Д. Системность и общество. - М., 1991. С. 132.

4 Оржгов С.И., Шедова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. 4-е изд., доп. - М.: Изд-во Азбуковник, 1997. С. 843.

5 Теория государства и права. / Под ред. В.Д. Перевалова. - М.: Изд. Група ИНФРА-НОРМА, 1997. С. 143.

6 Венгеров А.Б. Теория государства и права. Часть 1. Теория государства. - М.: Юрист, 1995. С. 142.

1 Хропанюк В.Н. Теория государства и права. - М.: Лабков, Качев, Диков, 1995. С. 156.

2 Общая теория государства и права. / Под ред. В.В. Лазарева. 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Юрист, 1996. С. 44.

выходит за рамки понятия «окружающая среда», которая не может в настоящее время вскрыть всех сложных закономерностей взаимоотношения общества и природы. Напряженная, а в ряде случаев чрезвычайно критическая ситуация, сложившаяся в современном периоде, ничто иное, как сигнал о наступлении новой исторической фазы во взаимодействии общества и природы. Она характеризует следующие черты: возросшим масштабам и силой воздействия на окружающую среду, развитием качественно новых форм и видов этого воздействия, распространением деятельности человека на природную среду, которая ранее была для него недоступна.

Таким образом, можно отметить тот факт, что в целом исследуемая проблема приобрела ныне несравненно более емкое, усложненное содержание, совершенно иное, чем когда-либо, значение. Изменение содержания проблемы не могло не сказаться на изменении используемой терминологии. Поэтому вместо «окружающей среды» все чаще и чаще стали использовать понятие «экология», которое наиболее полно отражает существо проблемы. А отсюда и правомерность использования термина «экологическая функция», который отражает наиболее характерные черты и формы современной государственной деятельности в этой сфере жизнедеятельности общества.

Какое содержание вкладывалось и вкладывается сейчас в понятие экологической функции государства и права? Ответ на этот вопрос предполагает необходимость анализа позиций различных авторов.

Раскрывая содержание данного направления государственной деятельности, О.С. Колбасов пишет о деятельности государства, направленной на сохранение, восстановление и улучшение благоприятных природных условий для жизни людей, совершаемых во исполнение исторической задачи, объективно обусловленной и отражающей интересы людей.<sup>1</sup> Достоинством этого определения является то, что здесь предусмотрены основные пути достижения желаемой цели - сохранение, восстановление, улучшение природной среды, но при этом несколько абстрактно представляется конечная цель данной функции.

Ю.С. Шемпученко, говоря о содержании функции, пишет о государственной деятельности по управлению целесообразной организацией окружающей среды, сохранению природного комплекса и рациональному использованию природных ресурсов с целью непре-

рывного развития народного хозяйства страны и на этой основе максимально полно удовлетворения материальных и духовных потребностей человека.<sup>1</sup>

Оставаясь в стороне достоинства, отметим недостатки данного определения, которые вытекают из того, что автор связывает сохранение природной среды прежде всего с целью непрерывного развития народного хозяйства, и дело даже не в том, что само народное хозяйство кануло в историю, уступив место рыночным отношениям, а как нам представляется, основной целью исследуемой функции является сохранение динамичного, устойчивого равновесия во взаимодействии природы и общества, от степени сохранности которой зависит само существование человечества. Эта цель обладает приоритетом по отношению к любым видам экономической выгоды, которые могут получить живущие поколения людей путем промышленной эксплуатации природных ресурсов или иного использования окружающей среды.

В.В. Петров, касаясь вопроса о содержании экологической функции, особо выделяет планомерность осуществления системы мероприятий по охране природы и рациональному использованию природных ресурсов.<sup>2</sup>

Однако теперь речь должна идти не об административном планировании, которое было у нас до 1991 года, а о планировании, которое должно основываться на научном прогнозировании, которое должно способствовать выработке определенной научно-обоснованной концепции и стратегии природопользования, которые охватили бы взаимосвязи узловых проблем, возможные подходы и методы их решения.

По-видимому, именно такая планомерность способна внести гармонизацию в отношении между обществом и природой. А.И. Воблылев отметил, что экологическая функция государства представляет собой основные направления деятельности государства в сфере взаимодействия общества и природы, выражающиеся в защите и сохранении природы, в ее воспроизводстве и улучшении, в рациональном использовании.<sup>3</sup>

В 1995 году В.В. Петров показал, что главное назначение экологической функции государства выражается в том, чтобы обеспечить научно-обоснованное соотношение экологических и экономических интересов общества, создавать необходимые гарантии для реализа-

<sup>1</sup> Шемпученко Ю.С. Организационно-правовые вопросы охраны окружающей среды в СССР. - Киев: Наук. думка, 1976. С. 24.

<sup>2</sup> Петров В.В. Правовая охрана природы в СССР. - М.: Юрид. дит-во, 1988. С. 27.

<sup>3</sup> Воблылев А.И., Ващенко С.А. Вопросы общей теории экологического права. - Минск: Белорусский государственный университет, 1991. С. 12.

<sup>1</sup> Колбасов О.С. Экология. Политико-правов. Правовая охрана природы в СССР. - М.: Наука, 1976. С. 60.

ции и защиты прав человека на чистую, здоровую и благоприятную для жизни человека природную среду.<sup>1</sup>

А.Б. Венгеров определяет цель экологической функции в том, что бы обеспечить ответственное отношение к природе, предотвратить уничтожение среды обитания, крушение целей экологических систем.<sup>2</sup>

Таким образом, российские ученые-юристы по-разному подходят к определению содержания исследуемой функции, но, несмотря на определенные различия, нельзя не видеть между ними и множества общих черт, совокупность которых и определила общее содержание данной функции государства.

Однако в насоящий момент специфика современной экологической ситуации вносит определенные коррективы в содержание экологической функции государства и права.

1 апреля 1996 года после двух лет работы была утверждена Указом Президента РФ Концепция перехода Российской Федерации к устойчивому развитию, которая имеет стратегическое значение для развития российского общества и государства. В центре преобразований должна стать экологизация всех основных видов деятельности человека, самого человека, изменение его, а не природы, и создание нового общества. Такие изменения во взаимодействии природы и общества должны произойти не стихийно, а целенаправленно и спланированно.<sup>3</sup>

Следует добавить, что Россия имеет здесь свою особенность, так как решение насущных экологических проблем связано с переходом к рыночным отношениям и демократическим преобразованиям, а это означает, что хозяйственная деятельность должна ориентироваться не просто на достижение высокой экономической эффективности, но и их экологическую безопасность, которая постепенно должна стать главным критерием развития.

К особенностям тяжелого положения окружающей среды в России следует отнести и самую высокую в мире радиационную загрязненность, и более высокий, по сравнению с развитыми странами, уровень загрязненности токсичными тяжелыми металлами, пестицидами, органическими соединениями. Подобные явления в целом предвзвешают ухудшение среды обитания, качества жизни людей и неизбежно влекут повышение заболеваемости и смертности, создают демографический кризис. Особенно сложны эти взаимоотношения в

1 Петров В.В. Экологическое право России. - М.: Изд-во БЕК, 1995. С. 47.

2 Венгеров А.В. Теория государства и права. Часть 1. - М.: Юрист, 1995. С. 240.

3 Мир на пороге XXI столетия. / Под. ред. В.И. Куцова. - Чебоксары, 1993. С. 217-229.

городах. Возникает нелепая ситуация: современное общество сконцентрировало население в городах и одновременно сделало их местами крайне неблагоприятными условиями среды обитания. Урбанизированные территории занимают один процент площади территории земной суши, но концентрируют свыше 45 процентов населения земли и дают 80 процентов всех выбросов в атмосферу и гидросферу.<sup>1</sup>

Почти во всех городах России с населением более 100 тысяч человек среднее за год содержание тех или иных вредных примесей в атмосферном воздухе превышает допустимые нормы. Около 40 миллионов жителей страны проживает в районах, где уровень концентрации вредных примесей в разовых или суточных пробах воздуха регулярно в 10 раз и более превышает ПДК.<sup>2</sup>

Поэтому уже сейчас необходимо восстановление нарушенных эко-систем в экологически неблагоприятных регионах России, которые составляют не менее 16 процентов территории страны и где проживает более половины населения.

На международной конференции ООН по окружающей среде и развитию генеральный секретарь конференции Морис Стронг заявил: «Или будет спасен весь мир, или погибнет вся цивилизация».<sup>3</sup>

Поэтому экологическая функция - это жизненно важная деятельность любого современного государства, мирового сообщества в целом. Возрастание опасности вызывает необходимость совместных усилий народов планеты.

В этих условиях речь должна идти не просто о защите, сохранении окружающей среды, здесь требуется нечто большее, а именно создание системы экологической безопасности. Должна быть проведена и идея о приоритете экологической безопасности абсолютно во всех законах, нормативных актах, указах, распоряжениях, решениях и других действиях государственных властей, органов, служб, ведомств и местное самоуправление. Таким образом, можно сказать, что сегодня проблема охраны окружающей среды осознается как проблема экологической безопасности. Однако, прежде всего, государство обязано заботиться о сохранении биосферы в целом на планете и особенно о своих собственных экосистемах, а не только о безопасности своих граждан и общества. Именно биосфера, в которую включаются

1 Наше общее будущее. / Доклад международной комиссии по окружающей среде и развитию. - М.: Прогресс, 2001. С. 28.

2 Данилов-Ланин В.И. Состояние и проблемы окружающей среды в РФ. / Общая информация. Начальные и технические аспекты охраны окружающей среды. - М., 2003. С. 13-14.

3 Марченко М.Н. Теория государства и права. Том 1. - М., 1995. С. 120.

все живые существа, почва, земельные ресурсы, ландшафты, водные объекты, геологические среды в своем поверхностном 30 км объеме должны становиться субъектом безопасности и сохранения.<sup>1</sup>

Благодаря экологической безопасности общац Концепция национальной безопасности обретаец новое глобальное измерение, включая в процесс выживания и сохранения всей человеческой цивилизации.

В литературе уже высказывалось, что концептуальная новизна экологической безопасности заключается в увязке экологической проблемы с задачей выживания человечества, возложении ответственности за обеспечение экологической безопасности на международное сообщество в целом.<sup>2</sup>

В общественном сознании человечества произошла замена от приоритета ресурсной модели, где биосфера видится лишь как источник продовольственных, сырьевых и иных материальных ресурсов, на экологическую модель, основанную на сохранении устойчивости биосферы, естественных экосистем, биологической стабилизации окружающей среды. Сейчас человечество уже находится на пределе возможностей сохранения устойчивости биосферы, вступив в стадию глобального экологического кризиса, который всего через несколько десятилетий может превратиться в мировую катастрофу.

Все мировое сообщество будет вынуждено включить в перечень своих функций всех государств, без исключения экологическую функцию. Ведь нег ни одного государства, которое, так или иначе, не губило бы природу или не подвергалось бы экологическим загрязнениям со стороны иных государств. Например, в России в процессе трансграничного переноса поступает в 7,3 раза больше окислов азота и в 8 раз больше серы, чем выносятся за пределы страны.<sup>3</sup> В свою очередь, Россия также оказывает негативное воздействие на экологию сопредельных стран и, прежде всего, Европы.

Исходя из всего изложенного выше, мы сочли возможным предложить следующее определение экологической функции Российскойского государства.

Экологическая функция государства - это осуществляемые в экологической сфере основные и законодательные направления деятельности государства.

<sup>1</sup> *Российская государственность в перспективе перехода к устойчивому развитию.*

<sup>2</sup> *А.Д. Урсиц. // Проблемы окружающей среды и природных ресурсов. - М., 1997. С. 12.*

<sup>3</sup> *Российская государственность в перспективе перехода к устойчивому развитию. // А.Д. Урсиц. // Проблемы окружающей среды и природных ресурсов. - М., 1997. С. 15.*

ности любого государства по устойчивому развитию и экологической безопасности окружающей природной среды и общества, выражающиеся в защите и сохранении природы, в ее воспроизводстве и улучшении, в рациональном использовании.

Следует еще отметить, что экологическая функция государства должна реализовываться через экологизацию других функций государства. Она должна проникнуть во все иные функции государства, и, прежде всего, в экономическую, экологизируя их и тем самым формируя обалансированную систему. Эти новые экологизируемые функции государства должны обеспечить гармонизацию взаимоотношений как внутри общества, так и между этим последним и природой. Традиционные функции без их экологизации уже не в состоянии ни обеспечить безопасность и развитие государства, ни благополучие его граждан.

Должна подвергнуться экологизации и государственная политика в целом, что будет означать:

а) коренное изменение характера производственной деятельности с точки зрения ее экологических последствий. Так мы должны учитывать экологическую емкость территории при размещении хозяйственных комплексов. Речь идет о самой технологии, применяемой в промышленности и сельском хозяйстве, об энергосбережении и ресурсосбережении, о внедрении безотходных технологий и производств;

б) это новый взгляд на проблему потребления, его рационализации. Повышение уровня жизни людей должно идти не за счет истощения природы, а сопровождаться сохранением, возобновлением условий существования животного и растительного мира;

в) максимальную поддержку научных исследований фундаментальных дисциплин изучающих биосферу и ее экосистемы;

г) утверждение общечеловеческих ценностей;

д) формирование нового, современного отношения к природе, возвращение человеку восприятия себя как части природы.

Здесь следует отметить, что экологическая функция любого государства должна носить всеобщий и глобальный характер и, в отличие от всех других функций, не может быть разделена на внешние и внутренние, хотя некоторые авторы относят ее к внутренней функции, например, Хропанюк. Хотя экологическая функция и включает в себя такие аспекты.

Необходимо осветить и ту роль, которую сыграла экологическая функция в становлении государственности.

В юридической науке уже имеется концепция происхождения государства, где основной причиной называется «неолитическая революция». По этой концепции, экологический и социально-экономический кризис верхнего палеолита, то есть резкое изменение климата, исчезновение в связи с этим животных и фауны, которые были основным источником белковой пищи в некоторых районах, привел, как к выходу из него, появлению производящего хозяйства. «Таким образом, - отмечает А.В. Венгеров, - государство как новая организационная форма жизни общества возникает объективно в итоге неолитической революции, переходя человек к производящей экономике... Первичное государство возникает, чтобы организационно обеспечить функционирование производящей экономики, новые формы трудовой деятельности, которая становится огненной услowieм выживания и воспроизводства, то есть чтобы обеспечить само существование человечества в новых условиях».<sup>1</sup>

Только наличие определенных климатических, экологических и географических особенностей среды оказывало влияние на появление государства и вначале государственные образования возникают далеко не на всех территориях, а только в наиболее благоприятных для процесса становления государственности. Следовательно, у государства были не только социальные, но и природные основы возникновения.

Снова обратимся к А.В. Венгерову, который подчеркивал: «Там, где условий для организованной земледельческой деятельности было мало, процесс возникновения государства был затруднен. Например, аборигены Австралии, насчитывающие много тысячелетий своего существования, так и не встали на путь государственного развития».<sup>2</sup>

Очевидно, что определенными экологическими параметрами приущи как на этапе возникновения государства, так и современным государствам. Из вышеизложенного необходимо сделать вывод о том, что государство - не только социально-политический, но и социоприродный феномен.

Давая определение экологической функции государства, мы указывали ее обязательное отражение в правовых отношениях, что обуславливает появление новой функции права.

Эта функция права возникла именно потому, что появилась необходимость в регулировании общественных отношений в сфере взаимодействия общества и природы. Речь, прежде всего, идет о необходимости обеспечения экологической безопасности и охраны природы в области хозяйственной деятельности любых организаций, государственных органов и должностных лиц.

Необходимо активное юридическое вмешательство в управление охраной окружающей средой, и это вмешательство должно быть правовым и безусловно ориентированным на цели устойчивого развития и экологической безопасности.

Эколого-правовые нормы, которые оговаривают природоохранные и природоресурсные аспекты, должны быть базовыми при осуществлении экологизации всего законодательства, в отличие от сегодняшнего дня, когда они оказываются вторичными и второстепенными.

Следует также отметить, что экологическая функция права имеет коренное отличие от всех других функций права - экономической, организационной, культурной и других, так как эти функции регулировали общественные отношения в обществе, в котором или игнорировалось взаимодействие общества и природы, или отражалось в декларативной форме. Поэтому именно необходимость усиления экологической функции государства привело к расширению роли права в регулировании экологических отношений. Как отмечал профессор В.В. Петров, экологическая функция права состоит в правовом регулировании общественных отношений в сфере взаимодействия общества и природы с целью обеспечения качества окружающей человека среды.

В связи с вышеизложенным считаем, что следует предложить следующее определение: экологическая функция права - это основные направления юридического воздействия на общественные отношения в экологической сфере, субъектов права, которые определяются целями устойчивого развития и экологической безопасности.

<sup>1</sup> Венгеров А.В. *Теория государства и права*. Том 1. - М.: Юрист, 1995. С. 27.

<sup>2</sup> Там же. С. 39.



## ЧЛЕНСТВО КАК ОСНОВА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННЫХ КООПЕРАТИВОВ

*Лопина И.М. - доцент кафедры аграрного и экологического права,  
К.Ю.Н.*

Отношение членства представляет собой правовое отношение, возникающее на основе волеизъявления лица (физического или юридического) и организации, в результате чего лицо становится членом последней. Как правовая категория, членство создает новое качественное положение субъекта общественных отношений, что объясняется возрастанием объема его правоспособности. Термин «членство» употребляется только в отношении такой организационно-правовой формы юридических лиц как кооперативы, в том числе и сельскохозяйственные.

Характеризуя категорию членства, Н.А. Волкова, Ш.М. Исмаилов, Э.И. Павлова и многие другие ученые определили и определяют членство как организационную основу создания и деятельности кооперативов<sup>1</sup>. Но в юридической литературе имеется и иное мнение, согласно которому кооперация может быть и не основана на членстве, достаточно лишь объединить средства<sup>2</sup>. Такой подход нельзя считать правильным. В науке признано, что в сельскохозяйственном производственном кооперативе объединяется труд его *членов*<sup>3</sup>, а объединение паевых взносов не имеет решающего значения<sup>4</sup>. Для победительских же сельскохозяйственных кооперативов требуется объединение его членов с целью обязательного участия в хозяйственной деятельности кооператива.

Понятие членства как основы функционирования кооператива определяет формирование коллектива сельскохозяйственного кооператива как полноправного хозяина, осуществляющего управление делами кооператива, ведущего производственно-хозяйственную и

Вопросы земельной реформы и экологического законодательства 449

иную деятельность. Поэтому права были те ученые, которые характеризовали отношение членства как основное, первичное колхозно-правовое отношение, на котором базируются все другие отношения<sup>1</sup>. Это утверждение, признанное наукой колхозного права как доказанный факт, справедливо и для характеристик членства современных сельскохозяйственных кооперативов<sup>2</sup>. Только после юридического оформления членства в кооперативе возникают трудовые, земельные, имущественные, управленческие, договорные и другие правоотношения, участниками которых являются члены кооператива и сам кооператив. С другой стороны, прекращение членства в кооперативе влечет за собой прекращение названных правоотношений.

Федеральный закон «О сельскохозяйственной кооперации»<sup>3</sup> в редакции 1995 года требовал указывать в членской книжке члена кооператива виды членства (основное и ассоциированное)<sup>4</sup>. Следует отметить, что ассоциированное членство стало новацией для российского законодательства, заимствованной из практики организации кооперативных образований Германии, Франции, США и других стран. Вместе с тем, в российском кооперативном законодательстве имеется своего рода аналог ассоциированного членства в форме участия в деятельности кооператива и внесения паевого взноса для некоторых членов кооператива<sup>5</sup>, а также участия юридических лиц в деятельности кооператива<sup>6</sup>, когда личное трудовое участие в деятельности кооператива не требуется.

В соответствии со статьей 1 Закона, член кооператива - это принадлежащее личное трудовое участие в деятельности производственного кооператива физическое лицо либо принадлежащее участие в хозяйственной деятельности потребительского кооператива физическое или юридическое лицо, удовлетворяющее требованиям Закона и устава кооператива, внесшее паевой взнос в уставовленные уставом

1 Козырь М.И. Имущественные правоотношения колхозов в СССР. - М., 1966. С. 45-60; Шабалов К.Д. Теоретические проблемы правового регулирования опыта труда в колхозах. - Алма-Ата, 1968. С. 83; Яничук В.З. Проблемы теории колхозного права. - М., 1969. С. 144 и др.

2 Козырь М.И. Сельскохозяйственная кооперация: обновление правовой основы организации и деятельности. // Экономика сельскохозяйственных и перерабатывающих предприятий. 1996. №3. С. 41.

3 В дальнейшем - Закон. // Собрание законодательства РФ. 1995. №50. Ст. 4870.

4 В послед. изм. и доп.

4 Абаки 2 пункта 6 статьи 15 Закона исключены Федеральным законом от 18 февраля 1999 года «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О сельскохозяйственной кооперации». // Собрание законодательства РФ. 1999. №8. Ст. 973.

5 См. п. 2 ст. 7 Федерального закона от 8 мая 1996 г. «О производственных кооперативах». // Собрание законодательства РФ. 1996. №20. Ст. 2321. С послед. изм. и доп.

6 Там же. Ст. 1.

1 См.: Волкова Н.А. Правовое регулирование членства в колхозе. Автореф. дисс... канд. юрид. наук. - М., 1973. С. 6; Исмаилов Ш.М. Теоретические проблемы правового регулирования сельскохозяйственной кооперации. Дисс... докт. юрид. наук. - Душанбе, 1990. С. 95; Павлова Э.И. Объединяющие кооперативы в предпринимательской деятельности крестьян. // Исс. и право. 1997. №11. С. 46 и др.

2 См.: Попов Г.В. Предданныко-правовые формы реализации материальных интересов в АПК СССР. Автореф. дисс... докт. юрид. наук. - Харьков, 1983. С. 13.

3 Курсив мой - И.Л.

4 Козырь М.И. Правовые основы аграрной реформы в Российской Федерации. - М., 1994. С. 14.

кооператива размере и порядке, принятое в кооператив с правом голоса и несущее по обязательствам кооператива субсидиарную ответственность. Ассоциированный член - это физическое или юридическое лицо, несущее паевой взнос, по которому оно получает дивиденды, несущее риск убытков, связанных с деятельностью кооператива в пределах стоимости своего паевого взноса и имеющее право голоса в кооперативе с учетом ограничений, установленных Законом и уставом кооператива.

Для того, чтобы стать членом сельскохозяйственного кооператива, требуется правовые основания и соблюдение условий, предъявляемых к вступаемым в кооператив. В отличие от правовых оснований возникновения членства, чем являются правовые нормы, устанавливающие право вступления в кооператив, правовые условия этого сопутствующий момент возникновения членства<sup>1</sup>. Условия предъявляют собой предусмотренные правом требования, предъявляемые к гражданам и юридическим лицам, вступающим в сельскохозяйственный кооператив.

Условия, при которых лица могут стать членами сельскохозяйственного производственного или потребительского кооператива, различны. Членами производственного кооператива могут быть граждане Российской Федерации, достигшие 16 лет, признающие устав производственного кооператива и принимающие личное трудовое участие в его деятельности (п. 1 ст. 13 Закона). Членами потребительского кооператива могут быть признающие устав потребительского кооператива, принимающие участие в его хозяйственной деятельности и являющиеся сельскохозяйственными товаропроизводителями граждане и (или) юридические лица, а также граждане, ведущие личное подсобное хозяйство, граждане, являющиеся членами или работниками сельскохозяйственных организаций и (или) крестьянских (фермерских) хозяйств, граждане, занимающиеся садоводством, огородничеством или животноводством, и сельскохозяйственные потребителиские кооперативы. Также устав потребительского кооператива может предусматривать возможность приема в члены потребительского кооператива иных граждан и юридических лиц, оказывающих услуги потребителем кооперативам или сельскохозяйственным товаропроизводителям либо являющимся работниками учреждений социального обслуживания населения. Но число

таких членов не должно превышать 20 процентов от суммарного числа членов кооператива - сельскохозяйственных товаропроизводителей и членов кооператива - граждан, ведущих личное подсобное хозяйство (п. 2 ст. 13 Закона). Юридические лица, являющиеся членами кооператива, должны быть представлены в кооперативе физическими лицами, уполномоченными надлежащим образом оформленной доверенностью (п. 3 ст. 13 Закона). Кроме того, сельскохозяйственный кооператив на основании пункта 5 статьи 13 Закона вправе поставить перед вступающими в члены кооператива дополнительные условия: уровень квалификации, обязательства пользоваться услугами кооператива, удаленность хозяйства вступающего в члены лица и другие. В отличие от Закона СССР от 26 мая 1988 года «О кооперации в СССР»<sup>1</sup> Законом допускается возможность членства в нескольких потребительских кооперативах при условии закрепления соответствующих положений в уставах данных кооперативов (п. 4 ст. 13). Надо отметить, что эта норма до 2003 года<sup>2</sup> распространялась и на производственные кооперативы, что было для них неприемлемо в силу личного трудового начала членства.

Зачленение ассоциированного членства заключается в привлечении дополнительных средств для развития сельскохозяйственного кооператива, сами же ассоциированные члены имеют цель получения дохода (в основном, но не только) в виде процентов на внесенные в кооператив инвестиции. Согласно пункту 1 статьи 14 Закона, ассоциированное членство предусматривается и в производственных, и в потребительских сельскохозяйственных кооперативах в соответствии с их уставами. Отметим сразу, что применение института ассоциированного членства в сельскохозяйственных потребительских кооперативах, на первый взгляд, противоречит действующему законодательству. Поскольку потребительские кооперативы являются некоммерческими организациями, то их деятельность, согласно Гражданскому кодексу РФ (п. 1 ст. 50), не может преследовать цель извлечения прибыли. Но прибыль является необходимым источником получения дивидендов на паевые взносы членов кооператива. Это позволяет сделать вывод о неприемлемости модели ассоциированного членства для сельскохозяйственных потребительских кооперативов. Однако этот вывод касается юридических лиц, которые по Закону

<sup>1</sup> Ведомости Верховного Совета СССР 1988. №22. Ст. 355. С поствед. зам. и доп.

<sup>2</sup> См. ФЗ от 11 июня 2003 г. «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О сельскохозяйственной кооперации» // Собрание законодательства РФ. 2003. №24. Ст. 2248.

<sup>1</sup> Волкова Н.А. Правовое регулирование членства в колхозе. Автореф. дисс... канд. юрид. наук. - М., 1973. С. 10.

могут быть ассоциированными членами потребительских кооперативов, притом последние заинтересованы в этом.

Несколько иньыми могут быть интересы физических лиц, приобретающих ассоциированное членство в сельскохозяйственных потребительских кооперативах. Кроме того, для тех из них, которые в то же время являются и наемными работниками, с внесением в 2003 году изменений в Закон решена проблема стимулирования труда членом прибыль, что привлекательно для вступления в ассоциированные члены: если есть прибыль, то, соответственно, есть дивиденды.

Правовое положение ассоциированных членов сельскохозяйственного кооператива имеет существенные особенности. Это выражается в ограниченном объеме их прав и обязанностей, по сравнению с основными членами, в сфере организационных, управленческих, имущественных и других отношений, возникающих в кооперативах.

Юридическое или физическое лицо вправе вступить в ассоциированные члены уже созданного сельскохозяйственного кооператива путем внесения паевого взноса, размер и условия выплаты дивидендов по которому определяются в соответствии с уставом кооператива на основании договора, заключаемого кооперативом с ассоциированными членами в соответствии с пунктом 5 статьи 14 Закона. При этом максимальное количество ассоциированных членов сельскохозяйственного кооператива не установлено. Отсутствие соответствующего ограничения в Законе видится его недостатком, поскольку на практике возможна ситуация, когда количество ассоциированных членов превышает количество основных членов кооператива. В таком случае свободный выход ассоциированных членов из состава кооператива, что предусмотрено пунктом 11 статьи 14 Закона, с получением стоимости паевых взносов и дивидендов может быть материально обременителем для сельскохозяйственного кооператива в период его функционирования.

Подобное предложение в юридической литературе уже звучало<sup>1</sup>. Правда, высказанное М.Ф. Райновым мнение о целесообразности ограничения количества ассоциированных членов имеет прямо противоположную причину, а именно: отсутствие реальных прав лиц, являющихся ассоциированными членами, поскольку число ассоциированных членов кооператива, имеющих право голоса, и размер прибыли, направляемой на выплату дивидендов по дополнительным падам ассоциированных членов, ограничены.

<sup>1</sup> Райнов М.Ф. Правовое регулирование форм организации сельскохозяйственной деятельности в современных условиях. Дисс... канд. юрид. наук. - Уфа, 1999. С. 110.

С внесением в 2003 году изменений в Закон ассоциированным членам предоставлено право голоса в кооперативе, но с учетом установленных в Законе и уставе ограничений по общему числу ассоциированных членов с правом голоса на общем собрании кооператива - не более 20 процентов от числа членов кооператива на дату принятия решения о созыве общего собрания членов кооператива. По мнению Э.И. Павловой<sup>1</sup>, такое ограничение участия всех ассоциированных членов в голосовании позволяет защищать права членов кооператива, принимая решение в пользу последних.

В том случае, если численность ассоциированных членов превышает определенное в соответствии с Законом и уставом кооператива максимальное число их голосов на общем собрании членов кооператива, персональный состав участников общего собрания членов кооператива - представительней ассоциированных членов устанавливается на их собрании (п. 7 ст. 14 Закона).

В то же время при решении этого вопроса следует учитывать, что цель, преследуемая членами кооператива и ассоциированными членами, различна. Напомним, что вступающие в ассоциированные члены кооператива лица вносят паевой взнос с целью получения дивидендов. Напротив, постоянное получение прибыли и распределение ее между членами кооператива не является главной их целью. Для кооператива извлечение прибыли является средством для наиболее полного удовлетворения различных жизненных интересов его членов<sup>2</sup>. Поэтому правило об ограничении права голоса у ассоциированных членов сельскохозяйственного кооператива представляется вполне обоснованным. Однако снова требуется сделать оговорку: данный вывод в большей мере относится к юридическим, нежели к физическим лицам, так как интересы у них могут быть разные.

Закон о сельскохозяйственной кооперации не требует от ассоциированных членов кооператива личного трудового или иного участия в деятельности кооператива. Поэтому членами не только потребительских, но и производственных сельскохозяйственных кооперативов в качестве ассоциированных членов на основании пунктов 1 и 2 статьи 14 Закона могут быть и юридические лица различных организационно-правовых форм.

Надо сказать, что статья 14 Закона является средоточием непоследовательности, противоречивости, дискриминации. Хорошо еще,

<sup>1</sup> Райнов М.Ф. Правовое регулирование форм организации сельскохозяйственной деятельности в современных условиях. Дисс... канд. юрид. наук. - Уфа, 1999. С. 110.  
<sup>2</sup> См.: Павлова Э.И. Закон о сельскохозяйственной кооперации - энциклопедия для правового достижения? // Ис. и право. 1996. №6. С. 91.

что институт ассоциированного членства не навязывается императивно, а лишь «допускается» в кооперативах в соответствии с их уставами (п. 1 ст. 14).

Закон не указывает конкретные категории граждан, имеющих право (или возможность) стать ассоциированными членами. Вместе с тем, в пункте 4 рассматриваемой статьи названы категории лиц-кандидатов в ассоциированные члены производственного кооператива, которые или уже, или временно не работают - это пенсионеры, военнослужащие, перешедшие на выборную работу. Этот перечень может быть расширен в уставе производственного кооператива.

В формулировке пункта 4 статьи 14 Закона допущен дискриминационный элемент. В первую очередь необходимо отметить следующее. Согласно первой редакции этого пункта, «члены кооператива *(без учета статуса кандидата)*<sup>1</sup> могут преобразовать свое членство в кооперативе в ассоциированное членство» в случаях выхода на пенсию по возрасту или по состоянию здоровья, перехода на выборную должность вне кооператива, службы в рядах Вооруженных Сил РФ и в других случаях, предусмотренных уставом. Хотя здесь не присутствует слово «производственный», можно догадаться, что речь идет именно о нем, так как в потребительских кооперативах работают не члены кооператива, а наемные работники. Но здесь четко прослеживается элемент волеизъявления гражданина при преобразовании членства. Эта норма позволяла названным категориям граждан сохранять свое членство в колхозе или ином производственном кооперативе, пользуясь его льготами, заботой и другими благами. В действующей же редакции того же пункта статьи 14 Закона судьбу названных категорий членов производственного кооператива теперь определяет не они сами, а кооператив, который через решение общего собрания получает право преобразовать их членство в ассоциированное (конечно же, не требуя их согласия).

Вторая дискриминация состоит в том, что пенсионеры и иные работающие в хозяйствах лица, которые, согласно пункта 4 статьи 14, составляют самую многочисленную часть корпуса ассоциированных членов в производственных кооперативах, по Закону по существу могут быть ограничены (а фактически и лишены) в праве участия в управлении деятельностью кооператива.

В Законе модель ассоциированного членства с участием физических лиц, в общем-то, и не вырисовывается. Например, в случае, если ассоциированным членом является работник производственного или потребительского кооператива, то возникает неразрешимая пробле-

<sup>1</sup> Курсив мой. - И.Л.

ма голосования, связанная с несоответствием голосов роли каждого ассоциированного члена: юридические лица, чей вклад может быть значительным, и физические лица (фермеры, наемные работники), чей вклад может быть незаметным, оказывают при голосовании в неадекватной ситуации.

Преобразование ассоциированного членства в кооперативе возможно: 1) по волеизъявлению самих членов (п. 11 ст. 14 Закона); 2) в случае ликвидации кооператива (п. 9 ст. 14 Закона).

Несовершенство норм, регулирующих порядок выхода ассоциированных членов из состава сельскохозяйственного кооператива, обращает на себя внимание ограничением прав как самого сельскохозяйственного кооператива, так и его ассоциированных членов.

Во-первых, Закон в пунктах 4 и 11 статьи 14, предоставляя ассоциированным членам право выйти из состава кооператива в любое время, не предусматривая при заключении договора установления срока, на который вносится паевой взнос (или срока ассоциированного членства), лишает кооператив гарантированной возможности планового использования полученных в качестве паевого взноса инвестиций, что по смыслу Закона является единственной целью введения данного вида членства. Стало быть, посредством ассоциированного членства нельзя решить проблему инвестирования сельскохозяйственных кооперативов на должном уровне.

Во-вторых, ассоциированные члены кооператива вносят паевые взносы в любом виде в соответствии с Законом, а возвращают их только в денежной форме. Своего рода исключение сделано Законом в случае выплаты дивидендов по взносам, которые можно заменить полностью или частично оказанием различного рода услуг (обеспечением топливом, обработкой земельного участка, поставкой продовольствия, кормов и другими). Это должно быть оформлено договором в письменной форме (п. 10 ст. 14 Закона). Налицо дискриминация прав ассоциированных членов, ведь основные члены кооператива имеют право выбора формы возврата паевого взноса, как при вступлении в сельскохозяйственный кооператив, так и при выходе из состава последнего, если это предусмотрено уставом.

Такое положение дел наводит на мысль о решении проблемы участия физических и юридических лиц в качестве инвесторов путем внесения ими вкладов в имущество кооператива на кредитной основе с установлением процентной ставки по договору<sup>1</sup>, поскольку и ассоци-

<sup>1</sup> См.: Паладина М.И. Закон о сельскохозяйственной кооперации - эпитетное ли правовое достижение? // Ис. и право. 1996. №6. С. 98.

ированное членство в сельскохозяйственном кооперативе, и заключение с последним договора кредита по существу представляются собой возмездную сделку. Но в последнем случае право кредитора на получение процентов по договору гарантировано и не зависит от наличия прибыли и убытков в сельскохозяйственном кооперативе, что влияет на размер и вероятность получения дивидендов по вкладам ассоциированных членов кооператива. Кроме того, по кредитному договору заемщик обязан возвратить полученную денежную сумму, а возврат паявого ассоциированному члену сельскохозяйственного кооператива хотя и предусмотрен в первоочередном по сравнению с основными членами порядке (п. 9 ст. 14 Закона), но зависит от платежеспособности кооператива. Сказанное означает отсутствие гарантий основного права ассоциированных членов - права на получение дохода, и, следовательно, отсутствие заинтересованности лиц вступать в ассоциированные члены сельскохозяйственных кооперативов. В свою очередь, кооператив по договору кредита приобретает возможность планировать использование и возврат полученной денежной суммы.

Следует отметить, что нормы Закона об ассоциированном членстве уже претерпели некоторые исправления (на часть из них мы указали) путем приведения их в соответствие с определенным ассоциированным членства, данным в Законе, и его значением для сельскохозяйственных кооперативов. В ряде редакций в Закон о сельскохозяйственной кооперации были внесены изменения и дополнения, посредством которых законодатель учел отдельные замечания ученых.

Например, в 1999 году из статьи 14 Закона был исключен пункт, предусматривавший прекращение ассоциированного членства по инициативе кооператива путем выплаты полной стоимости паявых взносов ассоциированных членов, а также объявленных, но не выплаченных дивидендов. Практически это являлось односторонним немотивированным решением кооператива, что влекло за собой, в соответствии со статьей 16 Закона<sup>1</sup>, прекращение членства ассоциированного члена и должно было быть исключено из Закона<sup>2</sup>, поскольку означало нарушение прав ассоциированного члена<sup>3</sup>. Действительно, прибыль

1 Подпункт 2 пункта 1 статьи 16 Закона исключен Федеральным законом от 18 февраля 1999 г. «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О сельскохозяйственной кооперации»».

2 Актарная реформа в Российской Федерации: правовые проблемы и решения. - М., 1998. С. 78.

3 Комментарий к Федеральному закону «О сельскохозяйственной кооперации» / Отв. ред. Е. Л. Минина. - М., 1997. С. 77.

кооператива распределяется после окончания финансового года (п. 8 ст. 36 Закона), и кооператив имел возможность манипулировать вкладами ассоциированных членов, игнорируя интересы последних.

Итак, в сельскохозяйственных кооперативах, в соответствии с Законом о сельскохозяйственной кооперации, предусмотрено два вида членства: основное и ассоциированное. В России традиционно применялся только первый вид кооперативного членства, который был достаточно эффективен для организации производственно-хозяйственной деятельности сельских кооперативов. Указанные выше недостатки и погрешности ассоциированного членства, предложенного Законом, позволяют поставить вопрос о целесообразности введения данного института для сельскохозяйственной кооперации. В целях обеспечения прав и интересов, как самого кооператива, так и лиц, инвестирующих в сельское хозяйство, представляется необходимым коренным образом переработать нормы Закона о сельскохозяйственной кооперации об ассоциированном членстве, устранить отмеченные и иные недостатки с тем, чтобы это было побочным, а не основным правовым явлением, как это вытекает из Закона.

## **К ВОПРОСУ ОБ ОРГАНИЗАЦИИ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ ЗЕМЕЛЬНЫМИ РЕСУРСАМИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ЕЕ СУБЪЕКТАХ**

*Михайлова Е. С. - доцент кафедры административного и финансового права, к. ю. н*

Управление использованием и охраной земель (далее - управление земельными ресурсами) представляет собой межотраслевой институт права. Его основу составляют конституционные нормы, судебную - нормы административного права, специфику (применительно к земле) - нормы земельного права.

Для уяснения понятия управления земельными ресурсами рассмотрим по общему, что традиционно понимается под управлением вообще, и по особенное (специфическое), что применимо к управлению земельными ресурсами, причем осуществляемому в современных условиях.

Управление, в целом, воздействует на ход процессов в желательном направлении в соответствии с его законами:

- а) влияет на развитие положительных и ограничивает отрицательные тенденции, свойственных как субъекту, так и объекту управления, воздействует на основные «параметры» управляемого процесса;
- б) осуществляется на всех уровнях управляющей системы, согласованно всеми его звеньями;
- в) использует комплекс средств управленческого воздействия;
- г) прогнозирует возможные ситуации и намечает пути адаптации управляющей системы;
- д) Достигает намеченных стратегических и тактических целей управления, конечных результатов с наименьшими затратами.<sup>1</sup>

В теории административного права различают понятие государственного управления в широком и узком смысле. В широком смысле государственное управление охватывает всю организующую и распорядительную деятельность органов государственной власти (законодательных, исполнительных и судебных). В узком смысле под государственным управлением следует понимать деятельность органов исполнительной власти, осуществляемую в рамках их компетенции и проводимую на различных уровнях государственной власти. Именно в узком смысле (управление, осуществляемое органами исполнительной власти) государственное управление будет рассматриваться далее.

Существуют некоторые трудности определения правовой природы управления земельными ресурсами, которые объясняются тем, что данное управление является межотраслевым правовым институтом. Деятельность государственных органов управления природными ресурсами протекает в значительной мере в сфере государственно-управления и опирается на нормы конституционного и административного права (нормы о компетенции государственных органов, процессуальные нормы и т. д.). В то же время органы управления земельными ресурсами в своей управленческой деятельности в области регулирования земельных отношений руководствуются нормами земельного права, поэтому можно утверждать, что управление земельными ресурсами является также институтом земельного права.

В дореформенной земельно-правовой литературе термин «государственное управление земельным фондом» обычно употреблялся для

обозначения деятельности государства по организации использования и охраны земли как важнейшего природного объекта, являющегося также объектом права государственной собственности и права землепользования<sup>1</sup>. Одновременно государственное управление базировалось на праве повсеместной собственности государства на земельные ресурсы.

Так, отмечалось, что «юридической основой государственного управления землями является единство в одном субъекте в лице государства»:

- а) территорияльного верховенства как элемента государственного суверенитета,
- б) права государственной собственности на землю. Акты государственного управления землями - это акты по организации земельных отношений, основанные на территорияльном верховенстве и праве государственной собственности на землю».<sup>2</sup>

В современных условиях, как известно, ликвидирована монополия государственной собственности на землю. И если встать на приведенную позицию о примате права государственной собственности на землю как юридической основы государственного управления земельным фондом, возникает вопрос, не потеряла ли эта деятельность государства своего значения и своей роли в обеспечении рационального использования и охраны земель как основы жизнедеятельности всего общества.

На этот вопрос, с точки зрения И. А. Иконницкой, следует ответить отрицательно, поскольку любая управленческая деятельность государства базируется, в первую очередь, на его властных полномочиях как политического суверена, в том числе и при исключительной государственной собственности на землю. Как показывает мировой опыт, при частной собственности на землю функции государства, направленные на обеспечение рационального использования и охраны земель, а также на охрану прав собственников земель, были более эффективны, нежели в социалистическом государстве, основанном на праве исключительной государственной собственности.<sup>3</sup>

В современных условиях государственное управление земельными ресурсами исходит из конституционного постулата о суверенном праве Российской Федерации на свою территорию. Данное управление

<sup>1</sup> Общая теория советского земельного права. - М., 1983. С. 210.

<sup>2</sup> Краснов Н. И. Правовой режим земель специального назначения. - М., 1961. С. 71.

<sup>3</sup> Иконницкая И. А. Земельное право Российской Федерации. Учебник. - М.: Юрист, 2000. С. 159.

<sup>1</sup> Административное право и процесс: полный курс. Второе издание, дополненное и переработанное. / Тихомиров Ю. А. - М.: Изд. Тихомирова М. Ю., 2005. С. 35.

ние осуществляется государством независимо от субъектов права собственности на конкретный земельный участок. То есть объектом государственного управления выступают все земли (как находящиеся в государственной и муниципальной собственности, так и находящиеся в собственности частных лиц).

При определении понятия государственного управления земельными ресурсами можно сослаться с тем, что государственное земельное управление - организуемая исполнительно-распорядительная деятельность компетентных органов по практическому осуществлению целей и задач, стоящих перед государством и выраженных в законодательстве<sup>1</sup>.

Систему государственного управления земельными ресурсами образуют органы государственной исполнительной власти, объектом управленческой деятельности которых выступают правоотношения в области охраны и рационального использования земель.

В настоящее время особое внимания заслуживает проблема четкого разграничения полномочий и компетенции между федеральными и региональными органами государственной власти в области управления земельными ресурсами. Государственное управление земельными ресурсами осуществляется федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации. Таким образом, закрепляется двухуровневая система органов государственного земельного управления.

В ведении Российской Федерации находится федеральная государственная собственность и управление ею. Это означает, что Россия как Федерация как публично-правовое образование выступает субъектом права федеральной государственной собственности и управляет ею через систему федеральных органов государственной власти. Соответствующие органы выступают от имени Федерации в имущественном обороте и в пределах своих полномочий призваны осуществлять возложенные на них правомочия собственника.

Система органов исполнительной власти, занимающихся вопросом управления земельными ресурсами, постоянно меняется. Эти изменения происходят как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов Российской Федерации. Здесь стоит обратиться к вопросам, огненным Конституцией РФ к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов. Порядок принятия федеральных законов по предметам совместного ведения, основные принципы и порядок разграни-

чения предметов ведения и полномочий при заключении договоров между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Федерации о разграничении предметов ведения и полномочий, а также соглашений между федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Федерации о передаче друг другу осуществления части своих полномочий в настоящее время регулируются Федеральным законом от 24 июня 1999 г. №19-ФЗ «О принципах и порядке разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации»<sup>1</sup>.

До настоящего времени процедура разграничения государственной собственности на землю Российской Федерации и ее субъектов регулировалась Федеральным законом от 17 июля 2001 г. №101-ФЗ «О разграничении государственной собственности на землю», а также Постановлением Правительства РФ от 4 марта 2002 г. №140<sup>2</sup>.

Указанные нормативные акты устанавливали достаточно сложную процедуру разграничения государственной собственности на землю путем подготовки и согласования перечней земельных участков, на которые возникает соответственно федеральная собственность, собственность субъектов Федерации или муниципальной собственность. Данная процедура с течением времени доказала свою неэффективность в связи со значительной длительностью и трудоемкостью. В частности, в соответствии с указанной процедурой на каждый земельный участок, включаемый в перечень, формируется дело, содержащее один или несколько документов, подтверждающих обоснованность внесения земельного участка в этот перечень. В соответствии с действующей практикой процедура подготовки одного перечня составляла от 7 до 9 месяцев. Действовавший порядок разграничения государственной собственности на землю, утратил силу с 1 июля 2006 года.

В связи с указанными обстоятельствами процедура разграничения государственной собственности на землю была существенно упрощена. В целом изменения, направленные на упрощение процедуры разграничения государственной собственности на землю, следует оценить положительно. Вместе с тем, следует учитывать, что если ранее действовавший порядок предусматривал формы дополнительного контроля правильности составления перечней земельных участков, на которые соответственно у Российской Федерации, субъектов Фе-

<sup>1</sup> Краснова И.О. *Земельное право. Элементарный курс. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Юрисп, 2003. С. 80.*

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1999. №26. Ст. 3176.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2001. №30. Ст. 3060.

дерации и муниципальных образований возникает право собственности, путем формирования их специальными уполномоченными органами исполнительной власти, то теперь основная нагрузка по проверке основания регистрации права собственности ложится на Федеральную регистрационную службу, что может породить дополнительные споры, связанные с разграничением государственной собственности на землю, в том числе связанные с распоряжением соответствующими земельными участками в отсутствие необходимых полномочий органами государственной власти или органами местного самоуправления.

В соответствии с Федеральным законом от 17 апреля 2006 г. №53-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации, Федеральный закон «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации», Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»<sup>1</sup> отсутствие государственной регистрации права собственности на земельные участки, государственная собственность на которые не разграничена, не является препятствием для распоряжения ими.

По общему правилу распоряжение земельными участками, государственная собственность на которые не разграничена, осуществляется органами местного самоуправления муниципальных районов и муниципальных округов. Кроме того, распоряжение земельными участками в поселениях, являющихся административными центрами или столицами субъектов Федерации, осуществляется органами местного самоуправления указанных поселений, если законами соответствующих субъектов Федерации не установлено, что распоряжение такими земельными участками осуществляется исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации.

Особые правила предусмотрены для городов федерального значения - Москвы и Санкт-Петербурга, в которых полномочия по распоряжению земельными участками осуществляются органами исполнительной власти указанных субъектов Федерации.

Следует отметить, что предыдущая редакция Земельного кодекса устанавливала иной порядок распоряжения земельными участками, собственность на которые не разграничена. В соответствии с ранее

установленной процедурой распоряжение указанными земельными участками до разграничения государственной собственности на землю осуществляется органами местного самоуправления в пределах их полномочий, если законодательством не предусмотрено иное.

Таким образом, в соответствии со старой редакцией Земельного кодекса осуществление распоряжительных функций в отношении земельных участков органами местного самоуправления не зависело от формы муниципального образования (муниципальный район, муниципальный округ, городское или сельское поселение). Кроме того, в отдельных случаях законодательством РФ и субъектов Федерации были предусмотрены иные правила распоряжения земельными участками до разграничения государственной собственности на землю.

В частности, ст. 28 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. №178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества»<sup>1</sup> предусматривает, что в случае приватизации здания, строения, сооружения решение о продаже земельных участков принимается органом, принявшим решение о приватизации соответствующего объекта недвижимости. Таким образом, устанавливалось отступление от общего правила, в соответствии с которым распоряжительные действия в отношении земельных участков осуществляются органами местного самоуправления. Закон «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации, Федеральный закон «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации», Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» признал утратившим силу данное положение.

Подводя итог сказанному, отметим, что субъекты Российской Федерации обладают полномочиями по управлению земельными ресурсами, находящимися в собственности данных субъектов. Полномочия органов исполнительной власти субъектов РФ в данной сфере достаточно многообразны. Рассмотрим систему таких органов и их полномочий на примере Оренбургской области.

Закон Оренбургской области от 16 ноября 2002 г. №317/64-III-ОЗ «О порядке управления земельными ресурсами на территории Оренбургской области»<sup>2</sup> устанавливает, что органами и должностными лицами, уполномоченными на совершение действий по управлению

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2002. №4. Ст. 251.

<sup>2</sup> Водитель законотворческого Соборания Оренбургской области от 23 октября 2002 г. (5 заседание).



и распоряжению земельными ресурсами на территории Оренбургской области, являются:

- Законодательное Собрание Оренбургской области;
- Правительство Оренбургской области;
- Губернатор Оренбургской области;
- Министерство природных ресурсов, земельных и имущественных отношений Оренбургской области;
- отраслевые министерства, департаменты, управления, комитеты и иные органы исполнительной власти Оренбургской области;
- органы местного самоуправления.

В соответствии со ст. 10 Закона Оренбургской области от 16 ноября 2002 г. «О порядке управления земельными ресурсами на территории Оренбургской области», Правительство Оренбургской области готовит и заключает соглашения с Правительством Российской Федерации по вопросам регулирования земельных отношений; разрабатывает и реализует областные программы использования и охраны земель, повышения плодородия почв; осуществляет правовое регулирование по вопросам управления и распоряжения земельными участками, находящимися в государственной собственности Оренбургской области; устанавливает порядок определения размеров арендной платы, порядок и условия внесения арендной платы за земли, находящиеся в государственной собственности области; разрабатывает порядок уведомления собственников земельных участков, землепользователей, землевладельцев и арендаторов земельных участков в особом режиме использования земельных участков (для случаев, предусмотренных Земельным кодексом РФ); готовит областные программы по проведению инвентаризации и мониторинга земель; устанавливает порядок проведения землеустройства; принимает решения о переводе земель из одной категории в другую; утверждает средний уровень кадастровой стоимости земель по муниципальному району (городскому округу). Данный перечень полномочий не является исчерпывающим.

Министерство природных ресурсов, земельных и имущественных отношений Оренбургской области в рамках управления земельными ресурсами осуществляет следующие полномочия: издает распоряжения и иные акты управления; ведет учет земельных участков, являющихся государственной собственностью Оренбургской области; организует работу по проведению разграничения государственной собственности на землю; осуществляет общее регулирование и

координацию деятельности государственных унитарных предприятий и государственных учреждений области в части земельно-имущественных отношений; представляет земельные участки, находящиеся в государственной собственности Оренбургской области, юридическим лицам и гражданам; выступает заказчиком проведения рыночной оценки земельных участков, находящихся в государственной собственности Оренбургской области; готовит проекты постановлений Правительства области и Законодательного Собрания области по вопросам владения, распоряжения и пользования земельными участками; готовит проекты постановлений Правительства области о передаче в залог арендных прав на земельные участки, находящиеся в государственной собственности Оренбургской области; готовит проекты решений Губернатора Оренбургской области о приобретении, в том числе путем изъятия и выкупа, земельных участков в государственную собственность Оренбургской области и собственность муниципальных образований; принимает решения о государственной регистрации прав на земельные участки; на праве государственной собственности Оренбургской области; выступает от имени Оренбургской области арендодателем и продавцом земельных участков государственной собственности Оренбургской области; оказывает методическую помощь муниципальным образованиям в сфере земельно-имущественных отношений на территории Оренбургской области; осуществляет контроль за соответствием в муниципальных образованиях земельно-имущественных отношений по государственным землям до разграничения требованиям федерального и областного законодательства в пределах своих полномочий; имеет право запрашивать сведения о деятельности муниципальных образований в сфере земельно-имущественных отношений по государственным землям до разграничения с целью оценки эффективности использования земельных ресурсов (предоставление указанной информации со стороны муниципальных образований является обязательным); создает и координирует деятельность комиссий по контролю за поступлением арендных платежей по договорам аренды земельных участков, находящихся в государственной собственности; готовит проекты решений Губернатора Оренбургской области о внесении земельных участков, а также прав на земельные участки, находящихся в государственной собственности Оренбургской области, в уставные (складочные) капиталы хозяйствующих субъектов; утверждает примерные формы договора

аренды, договора субаренды земельных участков, находящихся в государственной собственности Оренбургской области.

Кроме того, Министерство природных ресурсов, земельных и имущественных отношений Оренбургской области до разграничения государственной собственности на землю осуществляет следующие полномочия: согласовывает в установленном им порядке проекты договоров аренды на земельные участки государственной собственности, которые представляются государственному унитарному предприятию или на которых расположены объекты недвижимого имущества, находящиеся в государственной собственности до приватизации, а также земельные участки, аренда плата за которые поступает в областной бюджет; осуществляет учет договоров аренды земельных участков государственной собственности до разграничения в порядке, установленном федеральным законодательством; принимает решение о предварительном согласовании места размещения объекта при предоставлении земельного участка органу государственной власти, государственному учреждению или предприятиям государственной собственности Оренбургской области; формирует предложения и принимает соответствующее решение о предоставлении земельных участков для нужд Оренбургской области в случае прекращения прав на земельные участки, которые были предоставлены органу государственной власти, государственному учреждению или предприятию государственной собственности Оренбургской области, другой некоммерческой организации, созданной органами государственной власти Оренбургской области на незастроенные земельные участки, а также в случае их отказа от права постоянного (бессрочного) пользования такими земельными участками; осуществляет распоряжение земельными участками, государственная собственность на которые не разграничена, в административном центре Оренбургской области городе Оренбурге.

Министерство природных ресурсов, земельных и имущественных отношений Оренбургской области имеет право осуществлять юридические действия по защите имущественных прав и законных интересов Оренбургской области до разграничения государственной собственности на землю в случаях предоставления земельных участков органу государственной власти Оренбургской области, а также государственному учреждению, государственному унитарному предприятию, другой некоммерческой организации, созданной органами государственной власти Оренбургской области; предоставления органу государственной власти Оренбургской области, гражданину и юри-

дическому лицу земельных участков, на которых расположены объекты недвижимого имущества, находящиеся в областной собственности либо находящиеся в областной собственности до отчуждения; прекращения прав указанных органов, граждан и юридических лиц на земельные участки.

В настоящее время разграничение государственной собственности на землю на собственность Оренбургской области и собственность муниципальных образований является одной из актуальнейших задач управления земельными ресурсами области. Кроме того, в настоящее время перед органами исполнительной власти области стоят задачи обеспечения эффективного использования земли и иной недвижимости, вовлечение их в оборот и стимулирование инвестиционной деятельности на рынке недвижимости, повышение эффективности использования земли, создание условий для увеличения социального инвестиционного и производственного потенциала земли и некоторые другие.

Для выполнения поставленных задач следует провести инвентаризационную работу с земельными участками, осуществить государственную кадастровую оценку земель (в том числе подготовить сведения для исчисления земельного налога на основе кадастровой стоимости земли), подготовить проекты перераспределения земель, провести почвенное обследование для целей оценки земель и землеустройства, осуществлять регулярный мониторинг земель, подготовить материально-технические средства и соответствующие кадры для реализации намеченных планов.

# Вопросы трудового, предпринимательского права и права соцобеспечения

## К ВОПРОСУ О «ПРОВАЛАХ» РЫНКА И ГОСУДАРСТВА

*Баранова Л.Я. - доцент кафедры общегуманитарных, социально-экономических дисциплин и преподающая*

Рыночная система находится в постоянном развитии. На определенном этапе ее развития в рыночные процессы стало вмешиваться государство. И рынок, и государство взаимодействуют друг с другом. Современный рынок не может функционировать без участия государства (законодательная основа инфраструктура), а государство не способно существовать без материально-финансовой поддержки со стороны рынка.

Взаимодействие двух институтов сопровождается синергическим эффектом. Государственные меры не только помогают рынку нейтрализовать ряд своих изъянов, но и обеспечивают дополнительные эффект. Величина положительного эффекта зависит от разумных пропорций между рынком и государством.

Главным идеологом активного вмешательства государства в рыночную экономику стал английский экономист Дж. М. Кейнс. Кейнсианская теория была направлена на регулирование совокупного спроса, чтобы он соответствовал совокупному предложению при обеспечении полной или высокой занятости населения. Модель Кейнса предусматривает стимулирование совокупного предложения спросом за счет инвестирования частного капитала, а также государственного финансирования общественных работ и частичное перераспределение национального дохода в интересах неимущих через бюджет. Кейнс исходит из того, что рынок не в состоянии обеспечить стабильный экономический рост и полную занятость, именно поэтому требуется

вмешательство государства. Концепцию Кейнса использовали в США в период правления Ф. Д. Рузвельта. Многие экономисты во второй половине XX века пришли к выводу о необходимости дополнения невидимой руки рынка видимой рукой государства. В это время усилилась роль государства в экономике всех стран.

Однако уже в 70-е годы стали проявляться несостоятельность государственных компаний, слабость государственных институтов, рост административно-управленческих расходов госучреждений, сокращение жизненно необходимых программ в образовании, здравоохранении и других бюджетных отраслях.

Именно в это время на смену кейнсианству пришло неоконсервативное направление, в первую очередь монетаризм. Неоконсервативы подвергли критике идею государственного регулирования, видя альтернативу в свободе конкуренции и предпринимательства. Эти идеи получили подтверждение в реформе экономики, экономической политике Чили, Аргентины и в российской экономической реформе 90-х годов, проводимой правительством Е. Гайдара.

Взаимодействие рынка и государства является одновременно противоречивым единством. Между обоими институтами может возникнуть и противостояние. Государство - коллективный орган, созданный для поддержания организованной системы общества (в том числе и рыночной системы). Но не всегда эта функция осуществляется реально. На определенном этапе развития между двумя институтами может развиться и своеобразная конкуренция. В развитии инфраструктуры стал принимать участие и частный сектор (строительство дорог, аэропортов, нефте- и газопроводов, систем связи и информатики).

Некоторые научные школы выделяют конкретные дисбалансы рынка. Ордолиберальная и неолиберальная школы считают, что рынок не обеспечивает социальную справедливость.

А. Рынок создает неравенство в социальном положении различных слоев общества, прежде всего - по линии получаемых доходов. Так, в РФ 15% богатых граждан получают 57% доходов общества, по данным правительственных источников доходы богатых россиян в 16 раз выше, чем доходы бедных. Эту проблему можно решить через прогрессивное налогообложение доходов физических лиц и изменение налогооблагаемой базы налога на имущество.

В. Складывается неравномерность развития различных отраслей экономики. В некоторых странах проявляется так называемая «голландская» болезнь, когда наиболее значительные финансовые потоки сосредотачиваются в определенных отраслях (топливно-энерге-

тическом комплексе). В РФ до сих пор не удалось избавиться от проявления этой болезни. Приоритетное развитие нефтяной и газовой промышленности в России сказалось и на неравенстве в социальном положении различных профессиональных групп. Наиболее высокие доходы имеют работники нефтяной и газовой промышленности, а нерешенность проблемы изъятия природной ренты не позволяет повысить заработную плату работникам бюджетной сферы. Скандинавские страны ввели 80%-ную ставку налога на дополнительный чистый доход налогоплательщиков, за счет этого налога осуществляется значительное пополнение доходной части бюджета.

В. Возникает дифференциация развития регионов. Рынок в большей степени вынуждает регионы конкурировать между собой, обесценивая выигрывающим регионам и застой - слабым. В РФ идет процесс укрупнения регионов через поглощение округов и автономий. Проект укрупнения регионов был разработан в Совете по изучению производительных сил при Российской академии наук. В проекте предусматривается из 89 регионов оставить 28. Целью укрупнения является экономическое выравнивание регионов. Первым под федеративную реформу попал Коми-Пермяцкий округ, который поглотила Пермская область.

Таким образом, без участия государства рынок не умеет устранять данные формы дисбаланса.

Наиболее полно недостатки рынка излагаются экономистами институциональной школы. Негативные параметры рыночной экономики, которые авторы называют «провалами», сбоями, дефектами, изъянами сводятся к следующим:

1. Создание институтом рынка стимула к монополизации. Сильные субъекты рынка стремятся к росту своей рыночной власти, она перерастает в монопольную власть. Для других производителей усугубляются барьеры, препятствующие их входу на рынок. Нарушаются условия конкуренции.

Проблема монополии - одна из немногих проблем, где существует согласие между неоклассикой и марксизмом. И те, и другие ученые считают, что монополия требует вмешательства государства, так как ведет к неоправданному росту цен на товары монополии, неэффективной структуре производства, неэффективному распределению ресурсов, снижению уровня жизни потребителей (неоклассика); образованию монопольно высоких цен, неоправданно высоких, монопольных прибылей и углублению неравенства в распределении доходов, усилению политического влияния монополистов (марксизм).

Неоклассики считают, что антимонопольная политика должна не столько бороться с монополией, сколько содействовать конкуренции. Марксисты же выступают за более кардинальные меры: или национализация монополий и управление ими в интересах всего общества, или прямой и всесторонний контроль за ценами, прибылями и производством монополистов.

Во многих странах исходят из того, что монополия опасна лишь как частное предприятие, а если она находится в государственной собственности, то не вызывает опасений. В действительности смена собственности не устраняет главный недостаток монополии - неэффективное распределение ресурсов.

Экономической литературе неоднократно высказывались сомнения в опасности монопольной власти на основании того, что научно-технический прогресс может ускоряться в условиях монополии, которую обычно отождествляют с крупной фирмой. А развитие научно-технического прогресса эффективно только в крупном производстве, где используются эффект масштаба, широко развернуты научно-исследовательские и опытно-конструкторские разработки, что ведет к снижению себестоимости и повышению качества товара. И хотя значительная часть выдающихся технических открытий XX века сделана мелкими предпринимателями, реализация открытий воплотилась в крупном бизнесе.

Перечисленные достоинства монополии, несмотря на их недостатки, заслепляют правительств закрывать глаза на монополистические действия национальных компаний, а порой и влиять на инициаторами создания монопольных структур в экспортных отраслях, которые стагниваются с сильнейшей международной конкуренцией. В настоящее время прорабатывается идея создания газового ОПЕК, куда войдут страны-экспортеры природного газа - РФ, Алжир, Иран, Бахрейн, Венесуэла и ряд других государств.

Существует ряд отраслей, где монополия просто необходима. Это сфера естественных монополий. Государство осуществляет прямое и косвенное регулирование деятельности естественных монополий. Прямое регулирование выражается в установлении цен (в РФ устанавливается верхняя граница тарифов на грузовые железнодорожные перевозки, электроэнергию и газ), косвенные - во введении дополнительных налогов и субсидий.

Выполняя функцию защиты и стимулирования конкуренции, государство способствует сохранению самого рыночного механизма. В рамках этой функции особого внимания заслуживает антимонополь-

ное законодательство и регулирование деятельности монополий, которое осуществляется при помощи конкурентной экономики. Среди основных мер антимонопольной политики выделяются меры по коррекции поведения, запрещающие антиконкурентные действия и структурная политика, в ходе которой изменяется структура отрасли. В настоящее время Федеральная антимонопольная служба анализирует деятельность операторов соговой связи по поводу стовора по тарифам соговой связи.

Структурная политика предусматривает разделение крупной компании на ряд мелких независимых фирм (Майкрософт, Аэрофлот, РАО ЕЭС) или запрещение слияния крупных фирм, чреватое получением доминирующей позиции на рынке.

2. Отсутствие у субъектов рынка экономического интереса к производству общественных благ. Под общественными благами понимаются такие товары и услуги, которые могут потребляться всеми членами общества независимо от того, в какой мере член общества оплатил пользование этими товарами и услугами. Примером общественных благ является национальная оборона, поддержание правопорядка, объемы общедоступной инфраструктуры и т.д. На общественные блага не распространяется принцип исключительности, то есть потребление блага одним членом общества не уменьшает способность других пользоваться тем же благом. Рынок не в состоянии производить общественные блага, потому что сложно измерить полезность, получаемую каждым членом общества при потреблении общественного блага. Соответственно, невозможно установить сколько должен платить каждый человек за пользование общественным благом.

3. Возникновение в ходе производства и потребления благ негативных внешних эффектов. Некоторые виды деятельности в сфере производства или потребления обуславливают определенные последствия для субъектов, не являющихся непосредственными участниками этих видов деятельности. Это воздействие принято разделять на позитивное и негативное. Позитивный внешний эффект связан с тем, что выигрыш получает не только тот субъект, который приобрел данное благо, но и те субъекты, которые оказались в сфере доступности данного блага. Недавно реконструированный мост через реку Урал принес выгоду всем пассажирам, независимо от места жительства, в то время как расходы оплатил городской бюджет. В случае негативного внешнего эффекта деятельность одного экономического агента ведет к издержкам других. Так, Медногорский медносерный комбинат находится в черте города, и жители близлежащих

домов вынуждены нести расходы на восстановление своего здоровья из-за сильного загрязнения воздушной среды, которое является следствием деятельности данного предприятия.

Существуют два пути решения проблемы внешних эффектов: государственный и частный. Государственный путь предусматривает введение запретов, проверок, штрафов, дополнительных налогов с виновных лиц и выплату пострадавшим, введение жестких стандартов. Стандарты по вредным выбросам - это установленные законом пределы концентрации вредных веществ в промышленных отходах. Большой гибкостью обладает плата за выбросы, взимаемая с фирмы за каждую единицу загрязняющих окружающую среду выбросов. Такая система способствует сокращению общего объема вредных выбросов, о чем наглядно свидетельствует опыт применения ее в Германии. Однако полной гарантии, что стандарты загрязнения не будут нарушены, при такой системе нет. Государство может осуществлять продажу временных соглашений на выбросы, в связи с этим формируется рынок прав на причинение внешних издержек. Государственные лицензии на сброс отходов выступают объектом купли-продажи на рынке на основе спроса и предложения на них. Предприятия-загрязнители, купившие такие лицензии, но сократившие за период их действия вредные выбросы, могут остаток по лицензии продать на рынке, а если они полностью освобождаются от сброса отходов, то могут продать лицензию тем, кто не укладывается в разрешенные нормы выброса.

Частный путь предусматривает прямое соглашение между самими заинтересованными сторонами. Американский экономист Р. Коуз отдает предпочтение частному пути. По его выводам, известным как теорема Коуза, в случаях, когда четко определены права собственности, число заинтересованных лиц невелико, и стоимость сделки не существует, проблема внешних эффектов лучше решается через частные соглашения. Возьмем конкретный пример большого жилого дома с загроможденным автомобильным двором. Выгоды автомобилей оборачиваются потерями для жильцов, не имеющих автомобильный порт (загрязняется воздух, уменьшаются площади для отдыха).

Государственный путь возмещения побочных эффектов сводится к налогам и их распределению по общим программам благоустройства города, жители же данного дома от этого мало что получают. Частный путь обеспечивает компенсацию более адресно и полно. Здесь все жители дома образуют коалициум с равными правами на обшине площади и неотъемлемую окружающую среду. Агентовладельцы

же выкупают у говаришества право на дополнительные площади и невольный вред окружающей среде. Собранные деньги используются на благоустройство данного двора и иные цели по решению жильцов.

4. Допущение институтом рынка асимметричной (несовершенной) экономической информации. Принимая экономические решения, субъекты рынка должны принимать во внимание данные о спросе потребителей, ценах, конкурентах, будущем развитии конъюнктуры и многом другом. Однако информация распространяется в экономической среде неравномерно. Одни субъекты рынка владеют большей информацией, чем другие. Продавец обычно лучше знает качество продаваемого товара, чем покупатель. Липпо, близкое к правительству, владеет более точными знаниями об изменениях в экономической политике. Получение информации, необходимой для принятия экономических решений любого уровня, требует специальных усилий и затрат. Не все субъекты рынка могут принять на себя достаточные затраты для того, чтобы обеспечить обоснованность и объективность своих действий. Информация может быть эксклюзивной - доступной только некоторым субъектам рынка, но даже доступная всем информация распространяется не сразу, а в течение определенного времени. Неравномерность распространения информации ведет к тому, что некоторые из субъектов рынка, располагаящие большей информацией, получают преимущество перед другими и возможность принимать субъективно более выгодные решения. Поэтому результаты экономической деятельности (прибыль) будут распределяться в пользу именно этих субъектов рынка. Возможна ситуация, когда благодаря владению информацией, субъект рынка получит больше прибыли, чем конкуренты, при равных или даже меньших вложениях ресурсов.

5. Создание нестабильности в макроэкономике. Рынок не устраняет возникновения экономических кризисов, массовой безработицы и инфляции. Предотвращать или сглаживать последствия этих процессов призвано государство, которое разрабатывает экономическую политику и реализует ее.

6. Отсутствие возможности у институтов рынка создавать необходимые для своего развития правовые условия. Рыночная система не может сама создавать рамочные условия, включающие, прежде всего, правовые нормы, единую систему защиты от насилия. Для этого необходимо наличие централизованной власти. На основе договора между субъектами и государством часть прав по защите собственности передается субъектами государству. Наличие дефектов рыночной системы

обуславливает активную деятельность государства, при этом чем слабее проявляются дефекты, тем меньше активность государства.

В развитии рыночной экономики проявляются многие закономерности. Одна из них заключается в том, что структура хозяйственной системы имеет тенденцию к постоянному усложнению. Время приводит к тому, что во взаимодействии все больше число экономических обстоятельств. В ходе своего развития рыночная система создает ряд методов самокоррекции - разорение и изобавление экономики от неконкурентоспособного производства. Однако нейтрализовать воздействие всех негативных факторов рыночному механизму не всегда удается. Ему необходима порой внешняя корректировка. Эту задачу и берет на себя государство. Наряду с провалялами рынка существуют и серьезные недостатки государственного регулирования. Их также стали называть «провалами» государства. К их числу относят следующие:

1. «Расгущее» государство как причина налогового давления. Обои государства наиболее часто связывают с быстро расширяющимися масштабами государственной деятельности и, в связи с этим, с растущим налоговым давлением. Эта ситуация приводит к тому, что часть субъектов рынка переходит в теньвую экономику. В начале рыночных реформ в РФ высокие налоги привели к тому, что малый бизнес стал использовать различные схемы уклонения от налогов.

2. Бюрократизм в принятии управленческих решений. Современное государство является очень сложным социальным организмом, и принятие решений всегда требует длительных и трудных согласований между различными ведомствами. Сложная процедура сбора информации и согласования иногда приводит к неспособности государства принять своевременные и желательные для общества решения.

3. Реализация собственных интересов «под крышей» государственных структур. Любая организация, созданная для защиты интересов общества, неизбежно формирует совокупность своих собственных, внутренних интересов. Далеко не все политики и чиновники работают на общее дело. Такой образ действий получил название «оппортунистического поведения». В экономической науке сложилась теория общественного выбора (К. Эрроу, Д. Влейк), изучающая различные способы и методы, с помощью которых люди используют прайвильственные учреждения в своих собственных интересах. Политическая сфера рассматривается как разновидность рынка (политического). Отсюда поведение государственного чиновника определяется законами рынка, и он не обязательно будет руковоствоваться соображениями общественного благополучия своих избирателей.

Представитель государственных органов в рыночных условиях заинтересован в максимизации своей частной выгоды (быть переизбранным, получить при выборах больше голосов). Поэтому в процессе принятия каких-либо политических и экономических решений государственные чиновники будут учитывать свои частные интересы.

4. Слабые финансовые ограничения, ведущие к перераспределению ресурсов. Государство располагает менее жесткими финансовыми ограничениями по сравнению с частным сектором. Если неэффективно работающие фирмы рано или поздно разоряются, то государственная организация поддерживается государственным бюджетом, даже в условиях его дефицита.

5. Отсутствие критерия эффективности. Оценка эффективности государства не имеет четких критериев. Критерием деятельности фирмы является прибыль. У государства достаточно много целей, поэтому сложно определить единый критерий, на основании которого можно было бы говорить об эффективности государственной деятельности. Как правило, используется показатель, отражающий масштабы государственного финансирования.

6. Рост активности государства может приводить к ограничению демократии. Усиление правительственных мер может сопровождаться не только ограничением экономических, но и гражданских прав и свобод. Примером служит проблема международного терроризма и ограничение гражданских прав в связи с конфликтом двух цивилизаций.

7. Ограниченность необходимой для принятия решений информации. Правительственные решения могут приниматься часто при отсутствии надежной статистики. Наличие мощных групп давления, имеющих особые интересы - лоббирование приводит к значительному искажению необходимой информации. В Государственной Думе из-за наличия нефтяного лобби не был принят закон, направленный на изъятие природной ренты.

8. Несовершенство политического процесса (манипулирование голосами, несовершенство регламента, допроллинг, поиск политической ренты и т.д.). Широкое распространение в парламентах разных стран получила торговля голосами, когда одна партия обещает другой поддержку в голосовании в обмен на такую же услугу при рассмотрении другого законопроекта.

9. Неспособность государства полностью предусмотреть и контролировать ближайшие и отдаленные последствия принятых им решений. Анализ «провалов» рынка и государства показывает, что в совре-

менном обществе нельзя делать односторонний упор или на рынок, или на государство, внутреннее недостатки рыночной и государственной форм организации экономической деятельности требуют их сбалансированного сочетания. Государству следует делать то, что не может делать рынок. Следовательно, государство должно сосредоточить свои усилия, прежде всего, там, где рынок обнаруживает свои «провалы».

Если сосредоточиться на чисто экономических функциях, то они состоят в следующем:

1. Производство общественных благ. Наряду с обороной и охраной общественного порядка сюда относятся объекты инфраструктур: дороги, мосты, каналы, большая часть которых является государственной.

2. Регулирование естественных монополий. Удельные издержки производства понижаются по мере расширения объема предложения товаров и услуг, и, соответственно, ниже их цена. Однако для того, чтобы компания не злоупотребила монопольным положением, государство должно устанавливать потолок цен и следить за качеством товаров и услуг.

3. Устранение чрезмерного социального неравенства с помощью инструментов социальной политики (установление гарантированного минимума оплаты труда, выравнивание доходов с помощью налогов, дотаций нуждающимся и других мер).

4. Защита общества от негативных внешних эффектов. Разработка мер по снижению по контролю и охране окружающей среды.

5. Поддержание макроэкономической стабильности предполагает борьбу с инфляцией, поддержание валютного курса, ограничение внутреннего и внешнего долга и другие меры.

6. Сглаживание экономического цикла и ориентация на экономический рост.

Решение этой задачи достигается с помощью большого спектра экономических инструментов: кредитно-денежного и налогового регулирования, промышленной, научно-технической, внешнеэкономической политики и других. Это минимальный перечень экономических функций государства. Государство может гораздо активнее вмешиваться в экономику, в том числе и в сфере производства, если частный капитал не в состоянии решить те или иные задачи. Государство может поощрять создание экспортно-ориентированных особых экономических зон. В особых экономических зонах создается льготный налоговый режим и снижение административных барьеров, что привлекает инвесторов для производства наукоемкой продукции или

развития туризма. Применяя различные методы при выполнении своих функций, государство должно учитывать требования, которые предъявляет рыночная система хозяйствования: исключаются любые действия государства, разрывающие рыночные связи; влиять на рынок лучше экономическими методами; экономические регуляторы не должны заменять или ослаблять рыночные стимулы; необходимо контролировать положительные и отрицательные эффекты использования государственных мер; необходимо учитывать национальную специфику. Важно, чтобы государство вмешательство в экономику не было чрезмерным, не превысило некий критический уровень, за которым наступает ослабление рыночного механизма и снижается эффективность экономики.

## ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ СУБЪЕКТОВ ИННОВАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПО РЕГИОНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ

*Ефимцева Т.В. - зав. кафедрой трудового и предпринимательского права, к.ю.н., доцент*

Понятие субъекта инновационной деятельности является неопределенным и весьма широким по своему составу. По мнению А.П. Бердашкевича, инновационная деятельность не имеет универсальных субъектов, поскольку она являет собой особый процесс. При реализации которого один вид деятельности, один этап цикла сменяется другим, меняя за собой и субъекта деятельности<sup>1</sup>. Безусловно, на сегодняшний день идеальной структуры субъектов не существует, однако это не означает, что в законодательстве и литературе отсутствует перечень таких субъектов.

Среди ученых, занимающихся проблемами инновационной деятельности, существует мнение, что спектр ее субъектов многообразен, и поэтому вопросы государственной поддержки инновационного сектора требуют разграничения данных субъектов на основных и дополнительных. Эта концепция нашла свое отражение в проекте Фе-

дерального закона «Об инновационной деятельности и государственной инновационной политике»<sup>1</sup> от 16 июня 1999 года и в Законе г. Москвы «Об инновационной деятельности в городе Москве»<sup>2</sup> от 7 июля 2004 года №45. В указанных актах субъекты инновационной деятельности разделены на две группы: первая группа получила название «субъекты инновационной деятельности», а вторая - «субъекты инфраструктуры инновационной деятельности». Очевидно, что «субъекты инновационной деятельности» относятся к группе основных, а «субъекты инфраструктуры инновационной деятельности» - к группе дополнительных.

Согласно законодательству, субъект инновационной деятельности - это организация, независимо от ее организационно-правовой формы и формы собственности, осуществляющая научно-исследовательские и разработки, внедряющая научно-технические и научно-технологические достижения в новые или усовершенствованные товары, услуги или технологические процессы, или осваивающая производство новых или усовершенствованных товаров, услуг или технологических процессов. А в соответствии с Законом города Москвы - это организация любой организационно-правовой формы и формы собственности, осуществляющая инновационную деятельность. В свою очередь субъект инфраструктуры инновационной деятельности по законодательству - это организация, независимо от организационно-правовой формы и формы собственности, способствующая инновационной деятельности и связанная с формированием производственного и интеллектуального потенциала субъектов инновационной деятельности, с сопровождением инновационного проекта, с финансированием инновационной деятельности, с продвижением и реализацией продукции инновационной деятельности. Закон города Москвы определяет, что субъект инфраструктуры инновационной деятельности - это организация любой организационно-правовой формы и формы собственности, оказывающая услуги по созданию, производству и реализации продукции инновационной деятельности. Конечно, определение, содержащееся в Законе города Москвы, отличается краткостью и лаконичностью в отличие от определений законопроекта, однако остается неясным, может ли предприниматель без образования юридического лица осуществлять инновационную деятельность. Анализ норм указанных актов позволяет дать отрицательный ответ,

<sup>1</sup> Бердашкевич А.П. Экономические и правовые основы развития инновационной деятельности в Российской Федерации в 2000 году. // Вестник Московского университета. Серия 6. Экономика. 2001. №1. С. 45.

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. 1999. №27. Ст. 3269.

<sup>2</sup> Ведомости Московской городской Думы. 2004. №8. Ст. 179.



поскольку речь идет только об организации, но, на наш взгляд, данный вопрос требует уточнения.

Представляется необходимым проанализировать ситуацию с субъектным составом инновационной деятельности, сложившуюся на региональном уровне.

Согласно Закону Саратовской области «Об инновациях и инновационной деятельности»<sup>1</sup> от 9 июля 1997 года, к субъектам инновационной деятельности относятся физические лица (граждане РФ, иностранные граждане, лица без гражданства, осуществляющие инновационную деятельность), а также юридические лица (российские и иностранные предприятия, учреждения и организации, независимо от организационно-правовых форм и форм собственности, осуществляющие инновационную деятельность). Кроме того, к отдельной категории субъектов инновационной деятельности отнесены собственники объектов инновационной деятельности, которые реализуют или используют данные объекты в инновационном процессе: инвесторы, осуществляющие инвестиции в инновационную деятельность, посредники, осуществляющие поддержку (консалтинговую, маркетинговую, рекламную, кадровую, информационную) инновационной деятельности и обеспечивающие формирование ее социально-экономической среды, а также специализированные субъекты инновационной деятельности (технологические инкубаторы, технологические, промышленные и агропромышленные парки, технологические полигоны, информационные и инновационные центры), прошедшие государственную аккредитацию, органы государственной власти и органы местного самоуправления, участвующие в управлении, координации и регулировании инновационной деятельности.

Интерес вызывает примечание, содержащееся в статье 2 данного Закона, о том, что физические и юридические лица являются субъектами инновационной деятельности только на период осуществления ими практической реализации этой деятельности. Другими словами, несмотря на широкий спектр субъектов инновационной деятельности, они будут являться таковыми и будут иметь дополнительные льготы только в том случае и в течение того периода, пока ими ведется деятельность инновационного характера.

Перспективным направлением стимулирования инновационной активности служат следующие положения Закона: «Субъекты инновационной деятельности имеют право осуществлять самостоятельно

внебюджетную деятельность, и полученные валовые средства от занятия данной деятельностью принадлежат им на праве собственности или на праве оперативного управления и изъятию не подлежат». Разумеется, речь идет только о доходах, которые получены в результате законного занятия инновационной деятельностью. В случае нарушения законодательства действуют меры иного характера.

В соответствии с Законом Ямало-Ненецкого автономного округа «Об инновационной деятельности»<sup>1</sup>, принятым 27 мая 1998 года, к участникам инновационной деятельности относятся: субъекты инновационной деятельности, субъекты, обеспечивающие инновационную деятельность, и субъекты, регулирующие инновационную деятельность. Под субъектами инновационной деятельности понимаются юридические и физические лица, непосредственно участвующие в процессе создания инноваций.

По данному Закону, в зависимости от стадии инновационной деятельности ее субъектами признаются:

- на стадии фундаментальных исследований: физические лица, институты системы Академии Наук Российской Федерации, аналогичные структуры других государств, а также иные научные и научно-исследовательские организации, в составе которых закреплено проведение фундаментальных исследований;

- на стадии прикладных исследований: субъекты, перечисленные выше, а также субъекты хозяйственной деятельности, осуществляющие исследования прикладного и отраслевого характера;

- на стадии опытных разработок: субъекты хозяйственной деятельности, осуществляющие опытные, конструкторские, технические и технологические разработки, разработку социальных проектов, создание опытных образцов новой продукции, а также субъекты хозяйственной деятельности, осуществляющие исследования прикладного и отраслевого характера;

- на стадии внедренческой деятельности: субъекты хозяйственной деятельности, осуществляющие в соответствии со своими уставами опытные, конструкторские, технические и технологические разработки, разработку социальных проектов, создание опытных образцов новой продукции, серийное производство инноваций, в том числе на основе приобретенных прав на использование охраняемых объектов промышленной и интеллектуальной собственности, а также распространение и реализацию инноваций собственными производ-

<sup>1</sup> Саратовские вести по понедельникам. 1997. №30 (1617).

<sup>1</sup> Ведомости Государственной Думы Ямало-Ненецкого автономного округа. 1998. №5.

ства (в виде патентов, технической документации), оказание потребителям практической помощи в освоении инноваций.

Таким образом, рассматриваемый Закон выделяет четыре этапа инновационного процесса и определяет субъектов, которые осуществляют деятельность в рамках каждого этапа.

К вспомогательным субъектам инновационной деятельности отнесены субъекты, обеспечивающие инновационную деятельность: юридические и физические лица, оказывающие финансовые, информационные, маркетинговые, патентно-лицензионные, лицензионные и прочие услуги субъектам инновационной деятельности, а также субъекты, регулирующие инновационную деятельность: федеральные органы государственной власти, органы государственной власти автономного округа, органы местного самоуправления. Указанные органы могут принимать долговое участие в создании хозяйственных обществ и товариществ, могут создавать государственные и муниципальные унитарные предприятия и учреждения, осуществляющие инновационную деятельность и имеющие особо важное значение для экономики и населения автономного округа. Юридические лица могут создаваться в форме технопарков, инновационных центров, инженерных и инженерно-производственных центров, особой организационной формой является инновационная программная территория. Кроме того, на территории автономного округа могут создаваться инновационные организации с участием иностранных юридических лиц и физических лиц. Если инновационная деятельность связана с информацией, которая имеет статус государственной тайны, то такие инновации требуют специального разрешения.

Важное положение закреплено в статье 15 Закона Ямало-Ненецкого автономного округа, в соответствии с которым субъекты инновационной деятельности и субъекты, обеспечивающие инновационную деятельность, могут создавать негосударственные инновационные фонды, а в случаях, когда речь идет об инновационных проектах, связанных с высокими финансовыми рисками, эти субъекты вправе создавать инновационные венчурные фонды.

Закон Курганской области от 27 марта 2000 года №302 «О научной деятельности, научно-технической и инновационной политике в Курганской области»<sup>1</sup> в общих положениях определяет, что субъектом инновационной деятельности признается любое юридическое или физическое лицо, осуществляющее инновационную деятельность.

<sup>1</sup> Газета «Новый мир». 2000. №71.

Отдельной главы или статьи, посвященной субъектам инновационной деятельности, в данном Законе нет. Однако, исходя из анализа всего документа, можно сделать вывод, что Закон выделяет субъектов инновационной деятельности, непосредственно занимающихся внедрением или коммерциализацией, и субъектов научной деятельности, непосредственно создающих инновации для их последующего распространения. Органы государственной власти Закон относит к субъектам, осуществляющим поддержку инновационной деятельности.

Субъектами инновационной деятельности Закон Оренбургской области «Об инновационной деятельности в Оренбургской области»<sup>1</sup> от 27 июля 1998 года признает организации, создающие инновации; организации и физических лиц, интеллектуальная собственность которых используется при создании инноваций; кредитные организации, инвестиционные институты, иные финансовые организации и фонды, включая зарубежные; организации, оказывающие различные услуги, в том числе технополисы, технопарки, инкубаторы бизнеса; органы государственной власти Оренбургской области, органы местного самоуправления и общественные объединения, участвующие в инновационной деятельности. Закон Оренбургской области наделяет этих субъектов определенными правами и предоставляет им ряд гарантий (например, свободу доступа к информации о приоритетах государственной инновационной политики, содействие в подготовке, переподготовке и повышении квалификации кадров, осуществлению инновационную деятельность). На наш взгляд, список субъектов настолько всеобъемлющ, что в принципе любая организация может быть признана субъектом инновационной деятельности и может претендовать на получение налоговых льгот в случае их предоставления<sup>2</sup>. Основным правовым документом, регулирующим взаимоотношения субъектов инновационной деятельности, является договор (контракт), заключаемый между ними.

<sup>1</sup> Южный Урал. 8 сентября 1998 года.

<sup>2</sup> В 2002 году в Оренбургской области было обследовано 270 организаций, относящихся к отрасли «развителенность», из которых только 26 организаций были инновационно-активными (9,6%). Наибольшую долю в структуре видов инновационной деятельности занимают процессы, связанные с приобретением машин и оборудования, необходимым для реализации технологических инноваций (64,8%). Доля производственного проектирования и другие виды подготовки производства для выпуска новых товаров в общем количестве инновационно-активных организаций составили 35,2%, а доля организаций, занятых выполнением исследований и разработок, - 50%. Занятость организаций прочими видами инновационной деятельности не велика: приобретение лицензий (1,7%), приобретение производственных средств (30,7%), маркетинговые исследования (19,2%). Обучение и подготовка персонала осуществляли только три организации (11,5%). Но подавляющее число промышленных организаций (90,4%) не осуществляют никаких инновационных проектов.

Таким образом, несмотря на неоднозначную картину субъектов инновационной деятельности, сложившуюся в регионах, очевидно, что такие субъекты подразделяются на две категории: основные и дополнительные (второсепенные или субъекты инфраструктуры). К субъектам, действующим развитием инновационной деятельности, относятся технополисы, технологические и научные парки, научные «инкубаторы». Наиболее мощными по возможностям мобилизации материальных и финансовых средств являются технополисы. Они представляют собой целые региональные образования, в состав которых могут входить несколько технопарков<sup>1</sup> и парков инкубаторного типа. В России по типу технополиса создавался, например, Зеленоград<sup>2</sup>. Научные и технологические парки - структуры более мелкого масштаба по сравнению с технополисами. Они, как правило, создаются на базе одного или нескольких вузов с привлечением отдельных предприятий. Примером может служить технопарк «Новосибирск». Научные «инкубаторы» или парки инкубаторного типа в большей степени нацелены на активизацию инновационной и предпринимательской деятельности<sup>3</sup>. Это многофункциональные комплексы, предоставляющие обширный перечень инновационных и учебных услуг фирмам-клиентам, которые, в зависимости от своего технологического профиля, покупают эти услуги, арендуя одновременно помещения инкубатора. По истечении срока аренды фирма-клиент покидает инкубатор и начинает самостоятельную деятельность.

Наиболее распространенной организационной формой инновационной инфраструктуры являются технопарки. Классическим примером технопарка является «Силиконовая долина» в США. Такую же известность получили «Кремневая долина», Филделфийский центр и др. Технопарки существуют во всех наиболее экономически развитых странах мира. Так, например, в Японии их насчитывается более 20, в Европе, а в частности, в Англии - Кембридж, Ворвик, Вервудский центр, во Франции - Нанси, Рене, в Германии - в городах Дорт-

<sup>1</sup> Такие технопарки в России часто открывают иностранные инвесторы.

<sup>2</sup> Коммерческое право: Учебник. / А.Ю. Вишев, О.Д. Горобов, Н.Л. Ведущина и др. Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлева. - СПб., Издательство Санкт-Петербургского государственного университета, 1998. С. 92-94.

<sup>3</sup> «Инкубатор» - это нечто иное, как структура, специализирующаяся на создании благоприятных условий для инновационных фирм, нацеленных на реализацию оригинальных научно-технических идей. Основные задачи «инкубатора» состоят в следующем: предоставление материальных, консультационных, информационных и других услуг; экспертиза инновационных проектов, их технико-экономическое обоснование, оценка рисков, поиск инвесторов; оказание правовой помощи и др. (Клепов А.Н. Выводские научные парки: социальный механизм нововведений. Саратов, 1997. С. 47.).

мунд, Гетебург и др. Помимо технопарков в некоторых странах также существуют вспомогательные структурные подразделения, составляющие инновационную инфраструктуру. К примеру, в США существует большое число «инкубаторов» бизнеса, которые работают в тесной взаимосвязи с технопарками. Наиболее известные «инкубаторы» расположены в так называемом «научном треугольнике» Северной Каролины, Юты и Стэнфорда.

Такие структуры в нашей стране появились в период становления рыночной экономики, а до них для внедрения новой техники в народное хозяйство действовали другие организации. Так, в конце 20-х годов связь науки и производства осуществлялась посредством специальных центральных заводских лабораторий (ЦЗЛ), бюро рационализации и изобретательства (БРИЗ).

В 1965 году в целях развития данного направления появились научно-производственные комплексы (НПК), производственные и научно-производственные объединения (ПО и НПО), которые имели в структурах наряду с промышленными предприятиями научно-исследовательские институты, проектные институты и конструкторские бюро, обеспечивающие внедрение новой техники. В середине 80-х годов начинают развиваться межотраслевые научно-технические комплексы (МНТК), арендные подразделения, выполняющие научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы, международные научно-производственные предприятия, центры научно-технического творчества молодежи (НТТМ)<sup>1</sup>.

Известно, что инновационная инфраструктура в России стала формироваться только в 90-е годы. Первый технопарк был образован в Томске. В том же году возникла ассоциация «Технопарк». При создании этой ассоциации было выработано понятие «технопарк» применительно к условиям развития России. Так, технопарк - это организация с правами юридического лица, имеющая связь с одним или несколькими вузами (или научно-исследовательскими центрами и институтами) и осуществляющая на находящейся под ее юрисдикцией территории формирование современной инновационной среды с целью развития научно-технического предпринимательства путем создания материально-технической, финансовой, информационной и социально-культурной базы для становления, развития, поддержки и подготовки к самостоятельной деятельности малых инновационных предприятий, производственного освое-

<sup>1</sup> Коммерческое право: Учебник. / Отв. ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлева. - М., 2002. С. 222.

ния научных знаний и наукоемких технологий, ускорения передачи на рынок научно-технической продукции<sup>1</sup>.

Из определения, данного ассоциацией, можно сделать вывод о том, что технопарки в России представляют собой научно-технические организации, работающие на коммерческой основе. Основной задачей технопарков является внедрение научно-технических достижений, освоение и распространение новой техники. Однако именно поэтому, как отмечает В.Н. Шукров, технопарком должна признаваться не любая коммерческая научно-техническая организация, а только специализированные в определенной области техники центры, обладающие достаточным научным и техническим потенциалом<sup>2</sup>.

В России на сегодняшний день существует целый ряд известных инфраструктурных подразделений в инновационной сфере. Так, например, при МГУ есть Научный парк МГУ, который получил свидетельство о государственной аккредитации, и Центр инновационных технологий Научного парка МГУ, который первым в Восточной Европе получил сертификат соответствия стандартам, разработанным для инновационных центров<sup>3</sup>. Кроме того, известно, что в настоящее время в ряде таких городов, как Москва, Санкт-Петербург, Томск, Казань, Ярославль, Владимир, Саратов, Нижний Новгород, Новосибирск и др., созданы инновационно-технологические центры, которые оказывают поддержку основным субъектам инновационной деятельности.

Однако понятия «технополис», «технопарк», «инкубатор» - это термины, заимствованные из инновационной экономики развитых стран. В российском же законодательстве имеют место такие понятия, как «научноград», «научно-производственный комплекс наукограда», «инфраструктура наукограда». Согласно Федеральному закону «О статусе наукограда Российской Федерации»<sup>4</sup> от 7 апреля 1999 года наукоградом признается муниципальное образование с градообразующим научно-производственным комплексом. Научно-производственный комплекс наукограда - это совокупность организаций, осуществляющих научную, научно-техническую, инновационную дея-

тельность, экспериментальные разработки, испытания, подготовку кадров в соответствии с государственными приоритетами развития науки и техники. Инфраструктура наукограда - это совокупность организаций, обеспечивающих жизнедеятельность населения наукограда. При присвоении муниципальной образованию статуса наукограда его форма собственности не изменяется. Критерии присвоения статуса наукограда ориентированы, прежде всего, на развитие научно-технического потенциала. Что же касается включения в состав научно-производственного комплекса промышленных предприятий, то в этом случае используется понятие «наукоемкая продукция», которое не определено юридически.

Действующая законодательная формулировка наукограда фактически выводит из сферы государственной поддержки территории с высокой концентрацией научно-технического потенциала, которые не являются муниципальными образованиями (например, Академгородки), а также муниципальные образования с высокой концентрацией промышленного потенциала (например, технопарки). Из этого следует, что государственная поддержка должна распространяться не только на указанные в Законе образования, но и на все территории, научный, промышленный и образовательный потенциал которых ориентирован на обеспечение инновационного процесса. В связи с этим представляется обоснованным принятие закона, основной целью которого должно быть правовое обеспечение социально-экономического развития территории за счет повышения эффективности использования имеющегося научного, научно-технического, образовательного и промышленного потенциала, введение в хозяйственный оборот объектов интеллектуальной собственности и выпуска конкурентоспособной высокотехнологичной продукции.

Таким образом, можно констатировать, что таким субъектам инновационной деятельности, как технополис, технопарк, «инкубатор» и др., необходимо получить статус «наукограда», только после чего названные субъекты могут рассчитывать на серьезную государственную поддержку. Тем не менее, процесс получения данного статуса достаточно сложен, а законодательства на федеральном уровне о деятельности технополисов, технопарков и «инкубаторов» нет. В региональном же законодательстве о данных субъектах лишь упоминается, но особого внимания их созданию, развитию и функционированию не уделено.

1 Корзинцев И.Г. *Философская категория субъекта в технологическую эпоху*. // *Позиции и перспективы: философские проблемы развития культуры, науки, социума*. - М., 1999. С. 46.

2 Шукров В.Н. *Инновационная деятельность: экономика, организация, управление*. - Иваново, 1996. С. 286.

3 Москвитин О.В. *Научный парк МГУ - ключевое звено в инновационной инфраструктуре Московского университета*. // *Инновации*. 2004. №1 (68). С. 31.

4 *Собрание законодательства РФ*. 1999. №15. Ст. 1750.

## СЛУЖЕБНЫЙ КОНТРАКТ ГРАЖДАНСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО СЛУЖАЩЕГО КАК ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВАЯ ФОРМА СВОБОДЫ ТРУДА

*Зайцева О.Б. - доцент кафедры трудового и предпринимательского права, к.ю.н.*

С принятием Федерального закона №79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» от 27 июля 2004 г. (далее по тексту - Закон о гражданской службе) значительно сужается сфера применения общих норм трудового законодательства, так как новый закон детально регламентирует общественные отношения, связанные с осуществлением на государственную гражданскую службу Российской Федерации, ее прохождением и прекращением, определением правового положения (статуса) федерального государственного гражданского служащего и государственного гражданского служащего субъекта Российской Федерации. Но означает ли данный факт, что государственная гражданская служба полностью избавилась от влияния трудового права?

Ответ на данный вопрос является отрицательным по следующим аспектам:

1. Правовое регулирование всей государственной гражданской службы строится на конституционных принципах правового регулирования труда: свобода труда, запрет принудительного труда, запрет дискриминации по самым различным обстоятельствам, равенство прав и возможностей).

2. Государственная гражданская служба по своей сути является организационно-правовой формой свободы труда.

3. Всем государственным гражданским служащим должны обеспечиваться общие социально-трудовые права, в частности, право на профессиональную подготовку, переподготовку, продвижение по службе, право на объединение в профессиональные союзы.

4. Государственные гражданские служащие - это равновидности трудящихся по международно-правовым нормам, так как, согласно Конвенции №151 Международной организации труда (МОТ) о защите права на организацию и процедурах определения условий занятости на государственной службе 1978 г., термин «государственный

служащий» означает любое лицо, нанятое государственным органом. Государственные служащие - это трудящиеся, принятые на работу и пользующиеся надлежащей защитой против любых дискриминационных действий, направленных на ущемление свободы объединения в области занятости<sup>1</sup>.

5. Статья 73 Закона о гражданской службе устанавливает, что федеральные законы, иные нормативные акты Российской Федерации, законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ, содержащие нормы трудового права, применяются к отношениям, связанным с гражданской службой, в части, не урегулированной настоящим федеральным законом.

В то же время в Трудовом кодексе РФ (ч. 7 ст. 11) в редакции Федерального закона №90-ФЗ от 30.06.06 г. как кодифицированном нормативно-правовом акте устанавливается, что на государственных гражданских служащих и муниципальных служащих действуют трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, распространяются с особенностями, предусмотренными федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации о государственной гражданской службе и муниципальной службе. Следовательно, правовое регулирование отношений, связанных с трудом гражданских государственных служащих (труд в данном случае именуется службой), должно осуществляться, в первую очередь, на основе принципов правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений, закрепленных в статье 2 Трудового кодекса РФ.

Для реализации принципа свободы труда в трудовом праве применяется трудовой договор, определение которого закреплено в статье 56 Трудового кодекса РФ, - это соглашение между работодателем и работником, в соответствии с которым работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренными трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными правовыми актами и данным соглашением, своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату, а работник обязуется лично выполнять определенную этим со-

<sup>1</sup> Международное Бюро Труда. Конвенция и рекомендация МОТ. 1957-1990. Том II. Женев. 1991. С. 188-4.

глашением трудовую функцию, соблюдать правила внутреннего трудового распорядка, действующие у данного работодателя. Сторонами трудового договора всегда являются работник (физическое лицо) и работодатель (физическое или юридическое лицо, а в случаях, установленных федеральными законами, в качестве работодателя может выступать иной субъект, наделенный правом заключать трудовые договоры). Трудовой договор лежит в основании возникновения трудового правоотношения между работником и работодателем.

В отношении гражданских служащих федеральным законом введено совершенно новое понятие - служебный контракт. Статья 23 Закона о гражданской службе определяет служебный контракт как соглашение между работодателем наемателем и гражданином, поступающим на гражданскую службу, или гражданским служащим о прохождении гражданской службы и замещении должности гражданской службы.

Служебным контрактом устанавливаются права и обязанности сторон. По данному служебному контракту представитель наемателя обязуется:

- 1) предоставить гражданину, поступающему на гражданскую службу возможность прохождения гражданина гражданской службы;
- 2) предоставить указанному гражданину или гражданскому служащему возможность замещения определенной должности гражданской службы;
- 3) обеспечить им прохождение гражданской службы и замещение должности гражданской службы в соответствии с настоящим федеральным законом, другими законами и иными нормативными правовыми актами о гражданской службе;
- 4) своевременно и в полном объеме выплачивать гражданскому служащему денежное содержание и предоставить ему государственные гарантии.

Сторонами служебного контракта выступают представитель наемателя (то есть руководитель государственного органа) и гражданин (то есть физическое лицо). Служебный контракт как юридический факт лежит в основе возникновения служебных отношений с участием государства.

Следует отметить, что в качестве особого субъекта права в юридической литературе всегда выделялось государство, в котором переплетаются как публичные, так и частные элементы. Д. И. Мейер писал: «Государство... является в юридическом быту субъектом гражд-

данского права и в этом качестве именуется казной»<sup>1</sup>. К. Д. Кавелин разделил указанную точку зрения и говорил о государстве следующим образом: «...Государство как единое органическое целое есть самостоятельное юридическое лицо, существующее наряду с другими юридическими лицами»<sup>2</sup>.

Но существовали и иные точки зрения. Так, Г. Ф. Шершеневич утверждал, что «государство - это общество со стороны его принудительной организации, казна - его имущественная сторона. Поэтому надо признать, что отношения, в которых состоит государство, всегда публичные, и государство никогда не может быть частноправовым субъектом»<sup>3</sup>. Но позднее Г. Ф. Шершеневич все-таки признал государство частноправовым субъектом, подчеркивая при этом, что «на первом месте среди юридических лиц публичного права стоит казна, то есть государство с его хозяйственной стороны»<sup>4</sup>.

Интересна точка зрения Н. Лазаревского, высказанная в 1905 г., который писал о том, что «государство по самому существу своей юридической природы представляет собой совокупность двух юридических лиц, одного публично-правового, субъекта правительственных прав, и другого частноправового, субъекта прав по имущественным делам с обывателями»<sup>5</sup>. Таким образом, русская дореволюционная цивилистическая доктрина признавала государство при его участии в гражданско-правовых отношениях юридическим лицом, но при этом подсобное юридическое лицо являлось публичным.

После Октябрьской революции 1917 г. в России государство из публичного юридического лица превратилось в особый субъект, имеющий колоссальные властные полномочия и целый ряд исключительных прав, которые ставили его в привилегированное положение по отношению к другим субъектам права. И только изменение политической и экономической ситуации в 90-е годы XX века повлекло за собой и изменение взглядов на существование государства как субъекта права.

Следует заметить, что в настоящее время большинство цивилистов признают государство частноправовым субъектом, обладающим особенным правовым статусом. Действующий Гражданский кодекс

1 Мейер Д. И. Русское гражданское право. / Под ред. А. И. Вичина. - СПб., 1897. С. 100.  
2 Кавелин К. Д. Что есть гражданское право и где его пределы. // Полное собрание сочинений. Том 4. Этнография и правоведение. С. 171. Д. А. Корсакова. - СПб., 1900. С. 795.

3 Шершеневич Г. Ф. Курс русского гражданского права. Введение. Т. 1. Вып. 1. - Казань, 1901. С. 68.

4 Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. - М., 1911. С. 122.

5 Лазаревский Н. Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами. - СПб., 1905. С. 6.

РФ провозгласил государство как субъект гражданского права (пункт 2 статьи 2 ГК РФ), но данный субъект обладает особым правовым статусом, так как государство, будучи организацией, не признается, тем не менее, юридическим лицом. По сути дела, субъекты права делятся на 3 основные разновидности: физические лица, юридические лица и особое лицо - государство. Российский законодатель использует в статье 124 ГК РФ, в которой перечисляются Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования, формулировку «особенности данных субъектов», что прямо указывает на государство как на «особый» субъект права. При этом государство действует через систему своих органов, наделенных общей и специальной компетенцией, объем и содержание которой фиксируется в актах, определяющих статус этих субъектов.

Авторы Курса российского трудового права детально исследовали сущность государства как субъекта, участвующего в сфере трудового права при организации и проведении на практике принципа социального партнерства, как субъект публичной власти, который, тем не менее, взаимодействует с субъектами других социально значимых интересов на началах равенства в общественной практике - это и посредничество государства в обеспечении занятости работников, и участие в качестве равноправного партнера при заключении трехсторонних коллективных соглашений<sup>1</sup>. Таким образом, государство в лице государственных органов является особым субъектом правоотношений между представляемыми данными органов и гражданами,ступающими на гражданскую службу на основе заключенного служебного контракта.

Если сравнить статью 57 Трудового кодекса РФ, устанавливающую содержание трудового договора и статью 24 Закона о гражданской службе, в которой закреплены существенные и дополнительные условия служебного контракта, то данные нормы во многом схожи, и хотя новая редакция ст. 57 ТК РФ в редакции Федерального закона №90-ФЗ от 30.06.06 г. условия трудового договора делит на обязательные и дополнительные, перечень данных условий приблизительно заключены как на неопределенный срок, так и на определенный (от одного года до пяти лет), что также подтверждает общность данных законодательных норм.

В отличие от общего порядка заключения трудового договора по рядок поступления на гражданскую службу имеет свои особенности,

<sup>1</sup> Курс российского трудового права. / Под общей редакцией С.П. Масрина, А.С. Пашкова, Е.В. Хохлова. Т. 1. - СПб., 1996. С. 499.

но связанные, по мнению Ю.Н. Полежаева, прежде всего, с тщательным отбором кандидатов на замещение должностей гражданской службы, что вызвано особым характером должностных обязанностей, выполняемых гражданами служащими на любом уровне, и выголой ответственностью за выполнение этих обязанностей<sup>1</sup>.

Поступление гражданина на гражданскую службу для замещения должности гражданской службы или замещение гражданским служащим другой должности гражданской службы осуществляется, как правило, по результатам конкурса, который заключается в оценке профессионального уровня претендентов на замещение соответствующей должности гражданской службы, их соответствия установленным квалификационным требованиям к должностям гражданской службы<sup>2</sup>.

Если сравнить перечень документов, предоставляемые гражданином при заключении трудового договора (статья 65 ТК РФ), и при заключении служебного контракта при поступлении на гражданскую службу, то налицо просто достаточно расширенный перечень документов (заявление с просьбой о поступлении на гражданскую службу, соответствующее заполненная и подписанная анкета, паспорт, трудовая книжка, страховое свидетельство обязательного пенсионного страхования, свидетельство о постановке физического лица на учет в налоговом органе по месту жительства на территории Российской Федерации, документы воинского учета, документ об образовании, сведения о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера), что вполне оправданно с учетом особого статуса гражданского служащего (статья 26 Закона о гражданской службе).

На гражданской службе реально применяются нормы, регулирующие ведение трудовых книжек гражданских служащих; используются такие конструкции трудового права, как перемены в работе, выходные и праздничные дни, сверхурочные работы, совместительство, предоставление отпусков, материальная ответственность, испытание, аттестация, сокращение штатов, рассмотрение индивидуальных споров. При расторжении служебного контракта

<sup>1</sup> Полежаев Ю.Н. К вопросу о правовом статусе гражданского служащего в сфере труда. // Материалы Междисциплинарной научно-практической конференции «Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения. Практика применения трудового законодательства и законодательства о социальном обеспечении». МПЮА. - М., 2006. С. 115.

<sup>2</sup> Положения о конкурсе на замещение вакантной должности государственной гражданской службы Российской Федерации, определяющее порядок и условия его проведения, утверждается указом Президента Российской Федерации.

по инициативе представителя нанимателя (статья 37 Закона о гражданской службе) применяются уже установленные в трудовом законодательстве правила налогообложения дисциплинарных взысканий, а отдельные понятия, используемые в данной норме, требуют соответствующей расшифровки. В частности, можно коснуться такого основания, как «однозначное грубое нарушение должностных обязанностей» (п. 6 ст. 37). В данном случае при осуществлении процедуры расторжения служебного контракта по инициативе нанимателя просто необходимо разъяснения Пленума Верховного Суда РФ №63 от 28 декабря 2006 года «О внесении изменений и дополнений в постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. №2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации», где в п. 48 «в качестве грубого нарушения трудовых обязанностей руководителем следует расценивать неисполнение возложенных на этих лиц обязанностей, которое могло повлечь причинение вреда здоровью работников либо причинение имущественного ущерба организации».

Таким образом, новый Закон о гражданской службе в Российской Федерации, претендуя на специфичное правовое регулирование общественных отношений на государственной гражданской службе, фактически воспроизводит нормы Трудового кодекса РФ и иных нормативно-правовых актов о труде.

Отличия норм Закона о гражданской службе от норм трудового законодательства и, в частности, Трудового кодекса РФ можно отметить в следующем:

1) Контрагентом гражданского служащего является государство как наниматель физического лица для несения обязанностей по гражданской службе, при этом в качестве нанимателя выступает государственный орган в лице руководителя.

2) Совершенно по-иному разграничены полномочия между Российской Федерацией и ее субъектами, так как к ведению Федерации относятся правовое регулирование федеральной государственной службы, а к совместному - правовое регулирование гражданской службы субъектов Российской Федерации и организация регулирования гражданской службы. Статья 6 Трудового кодекса РФ несколько по-иному разграничивает полномочия между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации в сфере трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений, четко закрепляя перечень вопросов, которые должны относиться только к ведению феде-

рации. При этом субъекты РФ не вправе принимать нормативные акты по данным вопросам.

3) Метод правового регулирования государственной гражданской службы, на первый взгляд, строится на сочетании императивных и диспозитивных норм, что характерно и для трудового права. Но нормы трудового права, безусловно, более диспозитивны, так как многие вопросы правового регулирования трудовых отношений (оплата труда, рабочее время и время отдыха, льготы и компенсации и т.п.) решаются на основе локального нормотворчества.

4) В трудовом праве не используются такие понятия, как «урегулирование конфликта интересов», «приостановление служебного контракта», «включение в кадровый резерв».

В связи с этим весьма актуальными являются вопросы определения правовой природы служебных отношений на государственной гражданской службе, при этом идея исключительно публично-правового характера служебных отношений представляется дискуссионной.

В юридической науке выделяется точка зрения Л.А. Чикановой о том, что общественные отношения на государственной гражданской службе - это комплексный межотраслевой правовой институт.

«Служебное отношение рассматривается как сложное правовое явление, состоящее из различных по своей природе, но неразрывно связанных элементов, имеющих как публично-правовой, так и частно-правовой характер. Причем эта связь такова, что служебно-трудовое отношение находится как бы внутри государственно-служебного (публично-правового) отношения, то есть входит в содержание последнего. Отношения гражданских служащих, возникающие на основании акта назначения на должность, то есть отношения, связанные с поступлением на гражданскую службу, нахождением на гражданской службе и ее прекращением, - это публично-правовые отношения, входящие в предмет административного законодательства. Эта отношения предшествуют возникновению служебно-трудовых отношений и сопровождают их. К ним трудовое законодательство может применяться в части, не урегулированной специальными законодательством о государственной службе. Отношения, возникающие в связи с исполнением служебных обязанностей по должности гражданской службы на основании служебного контракта, законного трудового гражданским служащим с конкретным государственным органом, - это служебно-трудовые отношения, входящие в предмет трудового права. Содержащиеся в законодательстве о государственной службе нормы, регулирующие такие отношения, являются нормами



трудового права, устанавливающими особенностями правового регулирования служебно-трудоовых отношений»<sup>1</sup>.

Данная точка зрения основывается на том факте, что внутри системы современного российского права и законодательства активно протекают интеграционные процессы, которые могут обуславливать становление и развитие комплексных институтов, образующихся на стыке смежных отраслей права, либо содержащие нормы двух и более отраслей права.

По мнению Е. А. Ершовой, между государственным гражданским служащим и соответствующим государственным органом фактически складываются стабильные, длящиеся, повторяемые, требующие трудовой дисциплины отношения. Однако, идя классическим путем от факта к праву, можно сделать вывод о том, что между государственным гражданским служащим и государственным органом по действительному характеру правоотношений складываются не административные, публично-правовые либо сложные служебные отношения, имеющие как публично-правовой, так и частно-правовой характер, а трудовые отношения, характеризующиеся «трудоовой сущностью» и обладающие своей спецификой<sup>2</sup>.

Следует поддержать выказанную точку зрения, которая, прежде всего, основывается на международно-правовых нормах, так как Международная организация труда (МОТ) всегда рассматривала государственных служащих как особую разновидность трудящихся по найму. По мнению Ю. Н. Полежаева, в настоящее время задача науки трудового права состоит в том, чтобы выявить особенности правового положения гражданских служащих в сфере труда как особых субъектов трудового права, появившихся с принятием Федерально-го закона от 27 июля 2004 г.<sup>3</sup>

Служебным отношениям, в которых состоят государственные гражданские служащие с государственным органом, присущи характерные признаки трудовых отношений, определение которых пред-ставлено в статье 15 Трудового кодекса РФ.

Трудовые отношения - отношения, основанные на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции (работы по должности в соответствии

1 Чиканова Л. А. *Применение трудового законодательства к служебным отношениям на государственной гражданской службе: теория и практика. Автореферат на соискание ученой степени доктора юридических наук.* - М., 2005. С. 18-19.

2 Ершова Е. А. *Правовая природа служебных отношений: вопросы теории и практики. // Трудовое право.* - М., 2006. №5. С. 6.

3 Полежаев Ю. Н. *Указ. соч.* С. 117.

со платным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации; конкретного вида поручаемой работнику работы), подчинении работника правилам внутреннего трудового распорядка при обеспечении работодателем условий труда, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором. Служебные отношения также основаны на соглашении, они направлены на выполнение гражданским служащим определенных обязанностей в связи с замещением конкретной должности за плату, то есть налицо общность существенных признаков трудовых и служебных отношений. Трудовые отношения возникают на основе заключения трудового договора, а служебные - на основе заключения служебного контракта, но его заключение предшествует акту о назначении. Если же обратиться к статье 16 Трудового кодекса РФ, то в качестве основания возникновения трудовых отношений предусматривается назначение на должность или утверждение в должности, то есть акт о назначении может являться основанием возникновения трудовых отношений гражданского служащего с государственным органом.

Таким образом, в основе возникновения трудовых отношений между государственным гражданским служащим и государственным органом будет сложный юридический состав, совокупность юридических фактов, связанных с объявлением и проведением конкурса, а также заключением служебного контракта. Служебный контракт необходимо рассматривать как организационно-правовую форму свободы труда, которая подводит гражданского государственного служащего под сферу действия российского трудового законодательства.

По мнению Ю. Н. Полежаева, правовой статус гражданских служащих отражает дифференциацию правового регулирования труда. Она осуществляется законодателем по такому ее основанию (устойчивому фактору), как характер и значение их труда (службы) в осуществлении государственного управления, а следовательно, и повышенные требования к моральным качествам, профессионализму и ответственности за осуществление властных полномочий. Поэтому все нормы указанного Закона о гражданских служащих являются специальными нормами (в отличие от общих норм, регулирующих труд работников). Эти нормы и определяют, какие есть особенности в правовом регулировании труда государственных гражданских служащих<sup>1</sup>.

1 Полежаев Ю. Н. *Правовое положение государственных гражданских служащих в сфере труда.* - М., 2005. С. 190.

Выделенные спорные вопросы имеют не только теоретическое, но и практическое значение. Служебные отношения должны быть отнесены к специфическим трудовым отношениям, что позволит снять многочисленные современные теоретические и практические проблемы. В частности, будет возможно применять нормы трудового права при наличии многочисленных пробелов в специальном законе о государственной гражданской службе, а данный факт будет только положительным аспектом при защите трудовых и социальных прав государственных гражданских служащих, неизбежно возникающих в процессе осуществления ими профессиональной служебной деятельности на должности гражданской службы.

Тем не менее, проблемы развития и совершенствования структуры органов исполнительной власти и управления в Российской Федерации остаются весьма значимыми. По мнению Н.Ю. Хаманева, в настоящее время необходимо выявить некоторые спорные моменты в нынешней организации и правовом регулировании системы органов исполнительной власти... Существоющая ныне система федеральных органов исполнительной власти, как показывает опыт, будет подвергаться дальнейшим изменениям, так как системный анализ осуществляемых ими функций дает основания говорить о необходимости их перераспределения, а в ряде случаев и о ликвидации<sup>1</sup>.

Т.В. Шуккина также подчеркивает, что дальнейшее проведение мероприятий административной реформы напрямую зависит от эффективности подбора кадрового состава государственной службы, кадрового резерва, совершенствования программ подготовки и всесторонней оценки результатов деятельности государственных служащих<sup>2</sup>. Следовательно, оптимальное правовое регулирование труда гражданских государственных служащих поможет выработать точные критерии оценки их профессионализма и позволит совершенствовать государственную службу Российской Федерации.

Проводимая в Российской Федерации реформа государственного аппарата вносит постоянные коррективы в правовое регулирование труда государственных гражданских служащих, что требует исследования особенностей правового статуса выделенных субъектов. Кроме того, в юридической науке по-прежнему фактически отсутствует четкий ответ на вопрос - являются ли они субъектами трудового или административного права.

<sup>1</sup> Административная реформа: проблемы развития и совершенствования (IX «Лазаревские чтения»). // Государство и право. 2006. №8. С. 5.  
<sup>2</sup> Там же. С. 16.

В данном случае можно привести высказывание В.М. Лебедева о том, что в области общественных отношений, которые составляют предмет регулирования отдельных отраслей права, не существует определенной разграничительной черты. Более того, между ними наблюдается своего рода социальная диффузия, взаимное проникновение, тесное взаимодействие. Поэтому не случайно в одном и том же нормативном правовом акте можно встретить статьи (положения), содержащие нормы различных отраслей права<sup>1</sup>.

Правовой статус гражданских государственных служащих отличается спецификой, который конкретизируется в специальном федеральном законе, но при этом фактически гражданские государственные служащие остаются работниками, имеющими точно такие же трудовые права, какими обладают работники, работающие по трудовому договору.

## ТОВАРНЫЙ ЗНАК И ЗНАК ОБСЛУЖИВАНИЯ КАК ЮРИДИЧЕСКИЕ КАТЕГОРИИ

*Курлаев О.А. - преподаватель кафедры трудового и предпринимательского права*

Потребность в индивидуализации товаров, вовлекаемых в гражданский оборот, появилась достаточно давно. Еще с глубокой древности производители товаров помещали на них различные знаки, которые служили обозначением изготовителя продукции<sup>2</sup>. В Средние века в Европе товарные знаки получили широкое распространение, однако впоследствии упоминание о них из правовых актов исчезло<sup>3</sup>. Русские дореволюционные цивилисты объясняли такие особенности развития института исключительных прав (в том числе, прав на товарные знаки), в частности, «долгим господством романтических тенденций, которые обязывали отыскать ему место в системе, установленной римскими юристами»<sup>4</sup>, не знаящей, как известно, категории исключительных прав.

<sup>1</sup> Лебедев В.М. Трудовое право: проблемы общей части. - Томск, 1996. С. 41.

<sup>2</sup> Дозорцев В. Функции товарного знака и его правовой режим. // Хозяйство и право. 1978. №7. С. 46.

<sup>3</sup> См.: Раевич СИ. Исключительные права: Право на товарные знаки, промышленные образцы, изобретения, авторское право. - Л.: Юридлит, 1976. С. 10.

<sup>4</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Десятое издание. - М.: Издание Бр. Ватмаковых, 1912. С. 408.

Как правовая категория товарный знак окончательно закрепляется во второй половине XIX века, «юридически выделившись из круга прочих средств индивидуализации товара и товаропроизводителей»<sup>1</sup>. Задача государства в отношении охраны товарных знаков была очерчена с одной стороны необходимостью обеспечивать производителей товаров, пользующихся популярностью у потребителей, от копирования применяемых на этих товарах обозначений<sup>2</sup>, то есть бороться с проявлениями недобросовестной конкуренции, а с другой - опасностью злоупотребления легальной монополией со стороны самих владельцев товарных знаков<sup>3</sup>.

Мощный толчок развитию законодательства о товарных знаках дала Конвенция по охране промышленной собственности от 20.03.1883 года<sup>4</sup>, закрепившая за товарным знаком статус объекта промышленной собственности и установившая нормы, касающиеся охраны товарных знаков в странах-участницах конвенции. Уже к концу XIX - началу XX века развитые европейские страны, в том числе Россия, имели специальные законы, посвященные правовой охране товарных знаков.

Наряду с товарным знаком правом регулируется еще одно сходное с ним по выполняемым функциям обозначение - знак обслуживания. Так же, как материальное производство исторически предшествует созданию нематериальных благ, так и товарные знаки экономически и юридически появились раньше знаков обслуживания. Широкое распространение знаки обслуживания получили в период после Второй мировой войны, «когда капиталистический «сервис» достиг необычайно больших масштабов»<sup>5</sup>. Начавшееся во второй половине XX века увеличение доли сферы услуг в общемировом масштабе не могло остаться незамеченным со стороны законодателей. В 1958 году в Лиссабонскую редакцию Парижской конвенции была включена статья 6, предусматривающая, что «страны Союза обязуются охранять знаки обслуживания». Годом ранее в Ниццкую редакцию Мадридского соглашения о международном ре-

гистрации знаков от 14.04.1891 года было введено указание на знаки обслуживания как самостоятельный объект правовой охраны.

Закон Российской Федерации от 23.09.1992 года №3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»<sup>1</sup> дает следующее понятие: «Товарный знак и знак обслуживания (далее - товарный знак) - обозначения, служащие для индивидуализации товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг (далее - товары) юридических или физических лиц» (ст. 1).

Несмотря на данное в Законе о товарных знаках определение, не называющее наличие правовой охраны признаком товарного знака и знака обслуживания, законодатель понимает под товарными знаками и знаками обслуживания только те обозначения, которые имеют соответствующую правовую охрану. Этот вывод подтверждается, в частности, нормой п. 1 ст. 19.1 Закона о товарных знаках, в соответствии с которой общеизвестным знаком может быть признан «товарный знак, охраняемый на территории Российской Федерации на основании его регистрации, товарный знак, охраняемый на территории Российской Федерации без регистрации в соответствии с международным договором Российской Федерации, а также обозначение, используемое в качестве товарного знака, но не имеющее правовой охраны»<sup>2</sup> на территории Российской Федерации». Не имеющие правовой охраны обозначения, используемые для индивидуализации товаров (работ, услуг), товарными знаками не признаются, а являются в настоящее время, по мнению большинства исследователей, коммерческими обозначениями, упомянутыми в главе 54 Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>3</sup>.

Аналогичный подход заложен и в нормах Части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации от 18.12.2006 года №230-ФЗ<sup>4</sup>, вступающей в силу 01.01.2008 года. Так, в соответствии с п. 1 ст. 1477 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее также - ГК РФ, Кодекс) на товарный знак, то есть на обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, признается исключительное право, удостоверяемое свидетельством на товарный знак; указанное право распространя-

1 Артевич Е.А. Правовые вопросы экспертизы товарных знаков в СССР. Дисс. ... канд. юрид. наук. - М.: 1984. С. 16.

2 Ваксрод И.К. Промышленная собственность и конкуренция - легкие отношения? // Вестник Министрства Российской Федерации по делам интеллектуальной собственности. 2000. №6. С. 67.

3 Раева С., Улмер Е. Товарный знак и недобросовестная конкуренция. Берлин. 1929 г. 120 стр. // Советское право: Записки Института советского права. 1930. Выпуск IV. С. 157-158.

4 Далее - Парижская конвенция.

5 Сявдош Ю.И. Правовая охрана товарных знаков в капиталистических странах: Учебное пособие. - М.: Изд-во ЦНИИПИ, 1969. С. 62.

1 Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. №42. Ст. 2332. Действует в редакции от 11.12.2002 года. Далее - Закон о товарных знаках.

2 Здесь и далее курсив в текстах нормативных актов мой. - О.К.

3 См., например: Вязанов В. «Интеллектуальная собственность» на коммерческое обозначение. // Хозяйство и право. 2003. №12. С. 78.

4 Собрание законодательства Российской Федерации (далее - СЗ РФ). 2006. №52 (ч. 1). Ст. 5496.

раняется и на знаки обслуживания (п. 2 ст. 1477). Пункт 1 статьи 1508 ГК РФ повторяет норму п. 1 ст. 19.1 Закона о товарных знаках, то есть признает возможность признания общезвестным знаком товарного знака (обозначения, имеющего правовую охрану) и обозначения, используемого в качестве товарного знака, но не имеющего правовой охраны. Следовательно, ГК РФ исходит из того, что товарный знак и знак обслуживания - это имеющие правовую охрану обозначения. Однако формулировка нормы п. 1 ст. 1477 Кодекса следует признать неточной: исключительное право на эти обозначения может существовать не только в силу регистрации знака и выдачи свидетельства, но и в силу иных оснований, в частности, вследствие международной регистрации знака (ст. 1479 Кодекса), при которой свидетельство не выдается.

Для более полной характеристики правового режима товарных знаков и знаков обслуживания необходимо выявить их функции, так как большое количество пробелов в соответствующем законодательстве должно восполняться при помощи аналогии закона (п. 1 ст. 6 Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>1</sup>) или аналогии права, то есть исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (п. 2 ст. 6 ГК РФ). Смысл же гражданского законодательства в сфере правовой охраны товарных знаков и знаков обслуживания заключается, на наш взгляд, в юридическом закреплении экономической роли указанных объектов и обеспечении выполнения ими своих функций.

Каждый исторический период или особенности страны наделяют товарные знаки и знаки обслуживания совокупностью различных функций, вплоть до средства «борьбы за высокое качество продукции»<sup>2</sup> и даже обозначений, используемых в целях эстетического воспитания<sup>3</sup>. Однако, как справедливо отмечает исследователь, «при выделении функций товарного знака следует провести границу между функциями товарного знака как правовой категории и его функциями, обусловленными этим его качеством»<sup>4</sup>. Именно функции

товарного знака и знака обслуживания как правовых категорий должны находить отражение в легальных определениях соответствующих понятий и закрепляться в правовых нормах, регулирующих правовой режим используемых обозначений.

В нашей стране в дореволюционном и советском законодательстве, а также в первоначальной редакции Закона о товарных знаках в легальном определении товарного знака и знака обслуживания содержится указание на функцию отличения товаров или соответственно услуг одних лиц от однородных товаров (услуг) других лиц. Исследователями при изучении понятия товарного знака (знака обслуживания) предлагались и предлагаются также и иные функции, подлежащие включению в легальное определение указанных терминов, такие, как рекламная функция<sup>1</sup>, облегчение выбора потребителем товаров определенного качества<sup>2</sup>, информативная функция<sup>3</sup> и другие.

В соответствии с изменениями, внесенными Федеральным законом от 11.12.2002 года №166-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»<sup>4</sup>, функции товарного знака и знака обслуживания претерпели изменения и в настоящее время легальные определения указанных понятий даются через функцию индивидуализации товаров, работ или услуг, что подвергается критике в литературе. Некоторые авторы предлагают вернуться к имевшему место ранее определению товарных знаков и знаков обслуживания либо дополнить существующие определения указанием на функцию отличия товаров (услуг) одних лиц от однородных товаров (услуг) других лиц<sup>5</sup>.

На наш взгляд, более правильными являются понятия товарного знака и знака обслуживания, которые закреплены в действующем Законе о товарных знаках и части четвертой ГК РФ, отражающие сущность рассматриваемых обозначений через единственную функцию - индивидуализацию. Иные функции, на наш взгляд, не всегда

1 Часть первая от 30.11.1994 года №51-ФЗ. // СЗ РФ. 1994. №32. Ст. 3301. Действует в редакции от 05.02.2007 года. Часть вторая от 26.01.1996 года №14-ФЗ. // СЗ РФ. 1996. №5. Ст. 410. Действует в редакции от 26.01.2007 года. Часть третья от 26.11.2003 года №146-ФЗ. // СЗ РФ. 2001. №49. Ст. 4552. Действует в редакции от 29.12.2006 года.

2 Ермаков Е. Товарный знак и его правовое значение. // Советская юстиция. 1982. №5. С. 18.

3 Нефедова Л.Д. Товарные знаки и их роль в управлении качеством продукции. - М., 1982. С. 13.

4 Аруевич Е.А. Правовые вопросы экспертизы товарных знаков в СССР. Дисс. ... канд. юрид. наук. - М., 1984. С. 39-40.

3 См., например: Сергеев В.М. Правовые вопросы использования товарных знаков в народном хозяйстве СССР. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. - М., 1977. С. 12. Рабоч. А.П. Гражданско-правовые вопросы охраны товарных знаков в России. Дисс. ... канд. юрид. наук. - Владивосток, 2002. С. 9.

4 Аруевич Е.А. Правовые вопросы экспертизы товарных знаков в СССР. Дисс. ... канд. юрид. наук. - М., 1984. С. 73.

5 Дозорцев В. Функции товарного знака и его правовой режим. // Хозяйство и право. 1978. №1. С. 48-49.

6 СЗ РФ. 2002. №50. Ст. 4927. Далее - Закон №166.

7 См., например: Герман В.А. Восполнения о будущем, или Белье пятна в правовой охране средств индивидуализации. // Памятники и тенденции. 2006. №6. С. 15.

имеют место при использовании товарных знаков и знаков обслуживания либо не обусловлены правовым значением рассматриваемых обозначений, поэтому их включение в легальное определение товарного знака и знака обслуживания является некорректным. Так, функция отличия товаров (услуг) одного лица от однородных товаров (услуг) другого лица имела первоначальное значение на первоначальном этапе развития института товарных знаков. В настоящее время в условиях широкой практики заключения лицензионных договоров и при отсутствии в законодательстве правовых норм, обязывающих указывать на изготовление товара по лицензии, определить конкретного производителя товара, маркированного товарным знаком, бывает затруднительно<sup>1</sup>. Более того, одно и то же лицо, занимающее значительную долю рынка, зачастую имеет несколько товарных знаков для однородных товаров, поэтому в этой ситуации товарный знак служит для отличия не товаров одного лица от товаров другого лица, а нескольких товаров (причем иногда одного и того же ценового сегмента) одного производителя.

Как представляется, товарные знаки и знаки обслуживания выполняют функцию индивидуализации товаров, работ или услуг, то есть выделения конкретного товара (работы, услуги) среди массы идентичных или однородных товаров (работ, услуг) во всех случаях, поэтому индивидуализация является функцией товарных знаков и знаков обслуживания как правовых категорий, и именно она правомерно включена в легальные определения соответствующих понятий.

Статья 2 Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности<sup>2</sup>, относит товарные знаки и знаки обслуживания к объектам интеллектуальной собственности, а ст. 1 Парижской конвенции - к той ее части, которая именуется промышленной собственностью. Абзац 1 ст. 138 Гражданского кодекса Российской Федерации устанавливает: «В случаях и в порядке, установленных настоящим Кодексом и другими законами, признается исключительное право (интеллектуальная собственность) гражданина или юридического лица на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполняемых работ или услуг (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и т.п.)».

Таким образом, товарные знаки и знаки обслуживания являются средствами индивидуализации продукции, выполняемых работ или услуг<sup>3</sup>, приравненными к результатам интеллектуальной деятельности. Приведенная формулировка вызывает ряд вопросов.

Во-первых, является трудно объяснимым наличие в рассматриваемой норме термина «продукция» для обозначения объекта маркировки товарным знаком вместо «товар». Анализ положений Гражданского кодекса РФ позволяет утверждать, что понятие «продукция» используется законодателем для обозначения вещей, произведенных каким-либо лицом, либо поступлений, полученных в результате использования имущества (наряду с доходами)<sup>4</sup>. При этом термин «продукция» употребляется в тексте закона, как правило, когда речь идет о принадлежности продукции какому-либо лицу, которое эту продукцию произвело, и возможности ее отчуждения либо в пределах возникновения прав на продукцию у нескольких лиц, являющихся собственниками вещи, от использования которой продукция получена. Когда же речь идет о вещах, пусть даже и произведенных каким-либо лицом, но отчуждаемых другому лицу, законодатель использует термин «товар». Является ли это указанием на то, что Гражданский кодекс признает право на товарные знаки только за производителями продукции и лишает возможности иметь товарный знак лицо, которое, не являясь изготовителем, продает маркированные каким-либо обозначением товары, произведенные другими субъектами по его заказу?

Представляется, что ответ на этот вопрос отрицателен. Анализ норм ГК РФ, посвященных правовому регулированию объектов интеллектуальной собственности, говорит о низком уровне юридической техники этих положений Кодекса. Так, например, ст. 132 ГК включает в состав предприятий как имущественного комплекса «права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его *продукцию*, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания)», а в п. 2 ст. 559 ГК, посвященной договору продажи предприятия, речь уже идет о правах «на фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и другие средства индивидуализации продавца и его *товара*, работ или услуг», хотя эта статья как раз регулирует продажу предприятия, состав которого определяется в ст. 132 Кодекса. На наш взгляд, использование термина «продукция» вместо «товар» в ст. 138 Кодек-

<sup>1</sup> Речь идет об определении производителя при выборе товара рядовым потребителем, который ориентирован в большинстве случаев, в первую очередь, именно по товарному знаку, а не по наименованию изготовителя или месту его нахождения.

<sup>2</sup> Далее - Конвенция, учреждающая ВОИС.

<sup>3</sup> Например, ст.ст. 107, 136, 297, 535, 1034, 1043 ГК РФ.

са - это не более, чем недостаток юридической техники. К тому же Закон о товарных знаках определяет товарный знак как средство индивидуализации товаров, а не функцию. Изменения, внесенные в Закон о товарных знаках уже после принятия первой части ГК РФ<sup>1</sup>, не затронули его положений относительно объекта маркировки товарного знака, да и сам Кодекс не говорит об индивидуализации *производимых* товаров.

Во-вторых, вызывает вопросы формулировка «выполняемых работ или услуг». Из 118 норм Кодекса, упоминающих услуги, в 102 случаях они «оказываются», в 12 случаях - «предоставляются», лишь в трех случаях (в том числе, в ст. 138) «выполняются», а в одном - даже «производятся» (хотя, очевидно, производить услугу нельзя). На наш взгляд, это свидетельствует о юридико-технической ошибке, так как во всех остальных нормах Кодекса работы «выполняются», а услуги «оказываются» (или «предоставляются»).

По-видимому, именно нечеткость формулировок статьи 138 ГК РФ, содержащей наиболее общие положения об интеллектуальной собственности, низкая юридическая техника содержащихся в ней норм были одними из причин, побудивших законодателя исключить указанную статью из Кодекса<sup>2</sup>.

Эти же причины привели к изменению формулировок статей 2 и 128 ГК, определяющих отношения, регулируемые гражданским законодательством, и виды объектов гражданских прав. В действующей редакции статьи 128 Кодекса, содержащей исчерпывающий перечень объектов гражданских прав, места для товарных знаков и знаков обслуживания не нашлось: «К объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права, работы и услуги; информация; результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность); нематериальные блага». Ни к одной из перечисленных групп расмаприваемые нами обозначения отнести нельзя: самой близкой для них группой из перечисленных будут результаты интеллектуальной деятельности, однако сам Кодекс четко различает результаты интеллектуальной деятельности и иные объекты интеллектуальной собственности, в том

числе средства индивидуализации<sup>1</sup>. Поэтому товарный знак и знак обслуживания результатами интеллектуальной деятельности с точки зрения закона не являются.

Нет указания на средства индивидуализации в целом, а также на товарные знаки и знаки обслуживания в частности, и в ст. 2 ГК РФ. Несмотря на то, что перечень регулируемых гражданским законодательством отношений в п. 1 ст. 2 ГК РФ является исчерпывающим, отсутствие в этой норме указания на средства индивидуализации является негативным моментом. В частности, здесь, как и в ст. 128 Кодекса, сужается понятие интеллектуальной собственности, под которой понимаются только исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности.

Вместе с введением в действие части четвертой Кодекса вступит в силу изменения в расмаприваемые нормы статей 2 и 128 ГК РФ: кроме включения в нормы данных статей указания на средства индивидуализации, претерпела изменения и сама терминология. Если в настоящее время товарные знаки и знаки обслуживания являются объектами исключительных прав (объектами интеллектуальной собственности), то с 1 января 2008 года исследуемые нами обозначения сами будут именоваться разновидностью интеллектуальной собственности и являться объектами интеллектуальных прав<sup>2</sup>.

Вызывает также вопросы нормы законодательства, устанавливающие приравнивание товарных знаков и знаков обслуживания к результатам интеллектуальной деятельности (ст. 138 действующей редакции ГК РФ, п. 1 ст. 2, ст. 128 Кодекса в редакции Вводного закона, п. 1 ст. 1225, ст. 1226 Части четвертой ГК РФ). Остается неясным смысл указания на такое свойство средств индивидуализации. Вероятно, приравнивание средств индивидуализации к результатам интеллектуальной деятельности должно означать равенство правовых режимов двух указанных групп объектов. Однако при сравнении правового режима результатов интеллектуальной деятельности (например, изобретений,

1 См. Федеральный закон от 11.12.2002 года №166-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»».

2 См. п. 12 ст. 17 Федерального закона от 18.12.2006 г. №231-ФЗ «О внесении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». // СЗ РФ. 2006. №52 (ч. 1). Ст. 5497. Далее - Вводный закон.

1 Еще больше вопросы вызывает формулировка, что к объектам гражданских прав относятся «результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность)». Права интеллектуальной собственности по своей природе являются исключительными правами, следовательно, формулировка «результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность)» является тавтологией. Очевидно, законодатель имел в виду, что объектами гражданских прав являются «результаты интеллектуальной деятельности, а также исключительные права на них (интеллектуальная собственность)».

2 Пункты 1 и 8 ст. 17 Вводного закона, п. 1 ст. 1225 ГК РФ.

произведений литературы, науки и искусства) с правовым режимом товарных знаков и знаков обслуживания помимо общих моментов (то есть наличия у какого-либо лица иск.популярного права на соответствующий объект), видны очень существенные отличия.

У всех результатов интеллектуальной деятельности есть признаваемые законом авторы, то есть физические лица, творческим трудом которых созданы соответствующие объекты, а в составе исключительного права на эти объекты выделяются личные неимущественные права, которые принадлежат автору, являются неотчуждаемыми и охраняются бессрочно, и имущественные права в отношении соответствующего объекта, которые могут принадлежать иному лицу, не являясь производными литературными или искусства, личные немущественные права на такие обозначения законом не признаются. Как справедливо указал Конституционный Суд Российской Федерации, в отличие от объектов иных видов интеллектуальной собственности, рыночная стоимость которых во многом predeterminedена их самостоятельной ценностью, как результатов интеллектуальной творческой деятельности (объекты авторского и патентного права), рыночная стоимость товарного знака как средства индивидуализации продукции зависит, в первую очередь, от признания этой продукции потребителем<sup>1</sup>. Исследователи отмечают, что признаком средств индивидуализации, отличающим их от результатов интеллектуальной деятельности, является как раз «отсутствие права авторства на соответствующий объект»<sup>2</sup>. Именогса пределы права авторства на соответствующее признание авторских прав на товарные знаки (знаки обслуживания) также в практике арбитражных судов<sup>3</sup> и судов общей юрисдикции<sup>4</sup>.

1 См. п. 2 Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 20 декабря 2001 г. №287-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бекжевой Ольги Николаевны и Федорова Сергея Юрьевича на нарушение их конституционных прав статьями 2, 4, 6 и 7 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» // Докладчик официального представителя не был. Использован текст, содержащийся в Справочной правовой системе «ЛАНДТ».

2 Барков А.В. Правовой режим товарного знака: вопросы методологии. // Юрист. 2004. №10. С. 32.

3 См. Постановление Федерального Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20.03.2003 №Ф08-772/2003. // Документ официально опубликован не был. Исковый текст, содержащийся в Справочной правовой системе «КонсультантПлюс».

4 См. решение Промышленного районного суда г. Оренбурга от 29.11.2004 года по иску А.В. Шеванок к ЗАО «Хлеботордок-1» о признании авторского права на комбинированный товарный знак по свидетельству №230756 «СтеКо». // Архив Промышленного районного суда г. Оренбурга.

Таким образом, не все элементы правового режима результатов интеллектуальной деятельности имеют место в отношении товарных знаков и знаков обслуживания, вследствие чего указание закона на приравненность этих обозначений к результатам интеллектуальной деятельности не имеет смысла с юридической точки зрения.

Из положений международных договоров, участницей которых является Россия<sup>1</sup>, а также законодательных актов Российской Федерации<sup>2</sup> следует, что товарные знаки и знаки обслуживания - два самостоятельных объекта интеллектуальной собственности. Именованное в тексте Закона о товарных знаках одного термина «товарный знак» для обозначения двух объектов - товарного знака и знака обслуживания - является не больше чем приемом юридической техники. То же можно сказать и об использовании в указанном законе термина «товар» для обозначения не только товаров, но также и работ и услуг. Однако эти упрощения применяются в Законе о товарных знаках и иных нормативных актах последовательно<sup>3</sup>.

Более того, зачастую происходит смешение понятий товарного знака и знака обслуживания, а точнее - отождествление знака обслуживания с товарным знаком не только в юридической литературе и судебной практике, но даже и в законодательстве. Например, ч. 1 ст. 180 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13.06.1996 года №63-ФЗ<sup>4</sup> устанавливает ответственность за незаконное использование товарного знака и знака обслуживания, а ч. 2 той же статьи - за незаконное использование предупредительной маркировки только в отношении товарного знака, хотя Закон о товарных знаках не различает правовой режим товарного знака и знака обслуживания (в том числе и в отношении предупредительной маркировки указанных объектов), а применение уголовного закона по аналогии не допускается (ч. 2 ст. 3 УК РФ). Федеральный закон от 26.07.2006 года №135-ФЗ «О защите конкуренции»<sup>5</sup>, запрещая недобросовестную конкуренцию, связанную с приобретением и использованием исключитель-

1 См., например, ст. 2 Конвенции, упрощающей ВОИС, ст. 1 Парижской конвенции. 2 В частности, ст. 1 Закона о товарных знаках, ст.ст. 138, 142, 147 ТК РФ.

3 Например, п. 2 ст. 4 Закона о товарных знаках говорит об использовании товарного знака «при выполнении работ, оказании услуг». Более подробно о неданном объекте рассматриваемых терминов в текстах нормативно-правовых актов см.: Шербатова О.В. Правовой режим знака обслуживания в России. // Интеллектуальная собственность: правовые, экономические и социальные проблемы: Сборник трудов аспирантов РГНИС в трех частях. Часть 2. - М.: Издательство РГНИС, 2003. С. 199-202.

4 СЗ РФ. 1996. №25. Ст. 2954. Действует в редакции от 30.12.2006 года. Далее - УК РФ.

5 СЗ РФ. 2006. №31 (ч. 1). Ст. 3434.

ного права на средства индивидуализации продукции, работ или услуг (п. 2 ст. 14), определяет правовые последствия признания актом недобросовестной конкуренции действий только в отношении права на товарный знак (п. 3 ст. 14). Очевидно, что в указанных примерах имеет место не дифференциация правового режима товарных знаков и знаков обслуживания, а неправомерное употребление термина «товарный знак» для обозначения двух указанных объектов. В свете этого неудивительно суждения некоторых авторов о том, что «в нормативно-правовых актах под товарным знаком еще принято понимать знак обслуживания»<sup>1</sup>.

Нормативно-правовые акты в рассматриваемой сфере не делают различий в правовом регулировании товарных знаков и знаков обслуживания, что позволяет абсолютному большинству авторов утверждать, что правовой режим товарного знака и знака обслуживания является одинаковым<sup>2</sup>, так как невозможно определить норму Закона о товарных знаках, которая была бы применима только к товарным знакам или только к знакам обслуживания<sup>3</sup>. Мы придерживаемся иной точки зрения: не все нормы законодательства относятся в равной мере к двум объектам - товарным знакам и знакам обслуживания, ряд норм Закона о товарных знаках неприменим к знакам обслуживания, а простая замена в тексте закона слов «товарный знак» на «знак обслуживания» иногда приводит к абсурду<sup>4</sup>. К сожалению, объективные отличия товаров от услуг, обслуживающие специфику природы знаков обслуживания по сравнению с товарными знаками, не нашли своего отражения в нормах права, которые не дифференцируют правовой режим двух указанных объектов, хотя на необходимость внесения соответствующих изменений в законодательство исследователи указывали еще три десятилетия назад<sup>5</sup>.

В Части четвертой Гражданского кодекса РФ по-прежнему вопрос о распространении правового регулирования на два рассматриваемых объекта исключительных прав. Пункт 2 ст. 1477 ГК РФ гла-

сит: «Правила настоящего Кодекса о товарных знаках соответственно применяются к знакам обслуживания...». Таким образом, здесь использован иной прием юридической техники - не обозначение нескольких понятий одним термином, а применение правовых норм, касающихся одного объекта, к регулированию отношений, складывающихся по поводу другого объекта. Необходимо определить, насколько содержащиеся в части четвертой Кодекса положения позволяют учесть специфику знаков обслуживания.

Анализ положений Гражданского кодекса Российской Федерации, касающихся на то, что к определенным отношениям соответственно применяются нормы, регулирующие иные (чаще всего, аналогичные или смежные) отношения, позволяет сделать следующий вывод. Если специфика отношений не позволяет в полной мере распространить на них содержащиеся в законе нормы, положения о «соответственном применении» правил Кодекса содержат указание на этот факт путем использования формулировок «если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения» или аналогичных им<sup>1</sup>. В иных случаях указание на «соответственное применение» определенных положений Кодекса следует толковать как прямое применение всех норм, регулирующих определенные отношения, к регулированию иных отношений без каких-либо ограничений и изъятий<sup>2</sup>.

Таким образом, в соответствии с п. 2 ст. 1477 ГК РФ, все положения Кодекса, касающиеся товарных знаков, напрямую применяются и к знакам обслуживания, так как ни одна норма Кодекса не содержит особых правил, касающихся только знаков обслуживания. Следовательно, Часть четвертая ГК РФ также не дифференцирует правовое регулирование отношений по поводу товарных знаков и знаков обслуживания. Негативные последствия равенства правовых режимов двух указанных объектов, а также невозможность применения некоторых правил, касающихся товарных знаков, к знакам обслуживания могут быть показаны при рассмотрении конкретных вопросов правового регулирования отношений по поводу знаков обслуживания.

Очевидно, что товарный знак индивидуализирует товары, а знак обслуживания - услуги. Действующее законодательство не определяет, какое обозначение применяется для индивидуализации вы-

1 Баганова С.В. Соотношение исключительных прав на товарный знак и фирменное наименование. // *Теоретические аспекты современного российского права. Сборник научных трудов. - Иркутск: Изд-во БГУЭП, 2003. С. 8.*

2 См., например: Радченко Н.А. Договор о законах по товарным знакам и его влияние на российское законодательство. Дисс. ...канд. юрид. наук. - М., 2003. С. 56.

3 Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. - М.: ТК Велби, 2004. С. 606.

4 Герман В.А. Воспоминания о будущем, или Ветвь памяти в правовой охране средств индивидуализации. // *Памяти и личности. 2006. №6. С. 16.*

5 См.: Сергеев В.М. Правовые вопросы использования товарных знаков в народном хозяйстве СССР. Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. - М., 1977. С. 10.

1 См.: п. 3 ст. 23, ст. 156, п. 3 ст. 334, п. 2 ст. 567, п. 6 ст. 724, п. 2 ст. 823, ст. 1011, п. 2 ст. 1026, ст. 1203 ГК РФ.

2 См., например, п. 2 ст. 68, п. 3 ст. 175, п. 2 ст. 239, п. 2 ст. 404, п. 2 ст. 460 ГК РФ.



полняемых работ<sup>1</sup>. Большинство авторов указывают, что таким обозначением является знак обслуживания<sup>2</sup>, этот же подход закреплен и в части четвертой ГК РФ (п. 2 ст. 1477). Несмотря на то, что выполнение работ приводит к появлению овеществленного результата, который может быть материальным носителем средства индивидуализации работ, такая позиция представляется верной. Российское гражданское право исходит из того, что работа является разновидностью услуги (п. 2 ст. 779 ГК РФ), однако работа, в отличие от иных услуг, имеет овеществленный результат, который подлежит передаче заказчику (п. 1 ст. 702 ГК РФ). Следовательно, несмотря на то, что следствием выполнения работы является овеществленный результат, для заказчика имеет значение и сама работа как процесс, иначе подрядные правоотношения трансформируются для сторон в правоотношения купли-продажи (п. 2 ст. 455 ГК РФ). Аналогичный подход закреплен и в Ниццком Соглашении о Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков от 15 июня 1957 года, участницей которого является Российская Федерация. Девятая (действующая в настоящее время) редакция Международной классификации товаров и услуг (МКТУ) состоит из 45 классов, первые 34 из которых относятся к товарам, а в классах с 35 по 45 сгруппированы услуги и работы, которые в соответствии с указанным соглашением именуются одним термином - «услуги».

Законодательство выделяет две разновидности товарных знаков и знаков обслуживания - коллективные и общеизвестные, которые имеют специфику по сравнению с иными, «обычными» знаками. Коллективный товарный знак (знак обслуживания) представляет собой регистрируемый на объединение лиц знак, предназначенный для обозначения товаров (услуг), производимых (оказываемых) и (или) реализуемых входящими в данное объединение лицами и обладающих едиными качественными или иными общими характеристиками (п. 1 ст. 20 Закона о товарных знаках). Особностями коллективного товарного знака (знака обслуживания), обусловленными назначением такого обозначения, являются особый порядок его регистрации, дополнительные основания для прекращения правовой

охраны, а также невозможность передачи другим лицам права на товарный знак либо предоставления права на его использование.

Общеизвестный товарный знак (знак обслуживания) - обозначение, которое в результате интенсивного использования стало широко известным среди соответствующих потребителей в отношении товаров (услуг) конкретного лица. Спецификой таких обозначений в силу их определения и сложившейся практики правовой охраны является то, что общеизвестный знак ассоциируется у рядового потребителя соответствующей продукции с конкретным производителем товаров (лицом, оказывающим услуги), конкретные товары (услуги) которого хорошо известны потребителю и, как правило, имеют высокое качество.

Товарные знаки и знаки обслуживания являются носителями деловой репутации их правообладателя. В соответствии с п. 1 ст. 1027 ГК РФ, по договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс интеллектуальных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты интеллектуальных прав - товарный знак, знак обслуживания и т. д. Пункт 2 той же статьи устанавливает, что договор коммерческой концессии предусматривает использование комплекса интеллектуальных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя.

Коммерческий опыт правообладателя, на наш взгляд, выражается в тех объектах, которые являются информацией, составляющей коммерческую тайну, или представляя собой запатентованный продукт или способ, то есть внешне опосредуется передаваемыми по договору коммерческой концессии правами на охраняемую коммерческую информацию, а также правами на изобретения и полезные модели. Деловая репутация может выражаться не только в фирменном наименовании, коммерческом обозначении, товарном знаке, знаке обслуживания. Своеобразными носителями деловой репутации организации могут являться также деловые связи, то есть наличие устойчивых коммерческих взаимоотношений с другими уважаемыми и известными участниками рынка, персона руководителя, кредитная история и некоторые другие факторы, которые иногда значат гораздо больше, чем фирменное наименование, товарный знак (знак обслуживания) или коммерческое обозначение.

<sup>1</sup> Отметим, что в первоначальной редакции ст. 1 Закона о товарных знаках (до внесения изменений Законом №166) упоминался об индивидуализации работ вообще не было, что являлось недостатком юридической техники, который в настоящее время устранен.

<sup>2</sup> См., например: Орлова В.В. Правовое регулирование средств индивидуализации в Российской Федерации. - М.: НИИЦ Роспатента, 2004. С. 57.

Тем не менее, зачастую именно товарный знак (знак обслуживания) имеет преобладающее значение в формировании и поддержании мнения о том или ином хозяйствующем субъекте, а незаконное использование знака может причинить ущерб деловой репутации правообладателя. В силу этого законодательство предусматривает такой способ защиты прав на товарный знак (знак обслуживания), как публикация судебного решения, принятого по иску правообладателя, в целях восстановления деловой репутации потерпевшего (абз. 2 п. 2 ст. 46 Закона о товарных знаках<sup>1</sup>).

Помимо характеристики самого правообладателя, известный и популярный товарный знак (знак обслуживания) является символом высокого качества товаров (работ, услуг), поэтому представляется важным говорить не только о том, что рассматриваемые обозначения являются носителями деловой репутации их правообладателя, но и сами обладают определенной репутацией, которая является объектом посягательства при некоторых видах нарушения исключительных прав на товарные знаки и знаки обслуживания.

## МЕРЫ ПО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОМ ДОГОВОРЕ

*Ковалев М. В. - зав. кафедрой гражданского права и процесса, к. ю. н., доцент*

В ходе заключения и исполнения договора возникают транзакционные издержки - издержки сбора и обработки информации, издержки проведения переговоров и принятия решения, издержки контроля и юридической защиты выполнения договора. Сремьась к сокращению этих издержек, предприниматели объединяют различные производственные процессы под единым управленческим началом. Но, избавившись от проблемы транзакционных издержек, фирмы сталкиваются с проблемой внутриорганизационных издержек. Выходят из

создавшейся дилеммы видится в новой практике ведения предпринимательской деятельности. Названная как «ко-оперенция», это практика выражается в установлении долгосрочных отношений сотрудничества и взаимопомощи между независимыми друг от друга хозяйствующими субъектами.

В условиях перехода Российской Федерации к рыночной экономике ко-оперенция приобретает особое значение. При низком уровне культуры договорных отношений и высоком уровне административных барьеров она становится необходимым фактором самой возможности осуществления появления предпринимательской деятельности. С этим связывается появление интегрированных бизнес-групп - специфического феномена российской экономики. Предприниматели уже не просто оказывают поддержку друг другу. Во многих отношениях они начинают выступать как единое целое.

Всем изложенным, на наш взгляд, объясняется появление в гражданском праве норм, определяющих особенности предпринимательского договора.

В самом общем виде рассматриваемые особенности предпринимательского договора нашли выражение в ст. 2 АПК РФ, устанавливающей в качестве одной из задач судопроизводства в арбитражных судах «содействие становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота». В более конкретно форму требования долгосрочности и сотрудничества к соответствующему договору воплощены при установлении необходимости урегулирования разногласий по договору поставки<sup>1</sup>, возложения на клиента информационные обязанности по договору финансирования под уступку денежного требования<sup>2</sup> и других.

Однако этими мерами, на наш взгляд, не может исчерпываться все наполнение соответствующей правовой политики. В совершенствования нуждаются, прежде всего, правила о заключении предпринимательского договора.

В соответствии с п. 1 ст. 432 ГК РФ, «договор считается заключенным, если между сторонами... достигнуто соглашение по всем существенным условиям». Призыванная обеспечить определенность договора, эта норма, однако, не всегда позволяет учитывать потребно-

<sup>1</sup> Выпуклый В. В. Вторая часть Гражданского кодекса о договорных обязательствах. // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1996. №6. С. 118.

<sup>2</sup> Комаров А. С. Финансирование под уступку денежного требования. // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель. / Под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. - М.: Международной центр финансово-экономического развития. 1996. С. 438.

<sup>1</sup> Часть четвертая ГК РФ также предусматривает возможность предъявления требования о публикации решения суда, однако не называет такой цели указанного действия, как восстановление деловой репутации правообладателя (п. 5 п. 1 ст. 1252 ГК РФ).

сти предпринимателей в установлении долгосрочных отношений, поскольку детально планировать все их аспекты заранее чаще всего оказывается невозможным. Так, например, «в современных условиях стороны часто не могут согласовать заранее общее количество поставляемого товара по договору»<sup>1</sup>. В этой связи заключение большинства предпринимательских договоров может быть поставлено под сомнение. Это способно нанести ущерб отношениям сотрудничества, привести к злоупотреблению правом, что наглядно демонстрирует следующий гипотетический пример.

Предположим, что между поставщиком и покупателем будет заключен договор, по которому первый обязуется передавать второму товары в течение года. Принимая во внимание долгосрочный характер возникших между сторонами отношений, некоторые их аспекты могут быть не урегулированы. Во время исполнения договора экономическая конъюнктура изменяется, и среднерыночная цена на товары возрастает. В этих условиях дальнейшее существование договора становится для поставщика экономически обременительным. Следуя своим интересам, он пытается найти юридическое средство для разрыва отношений с покупателем. В ГК РФ предусматривается единственный случай расторжения договора по причине его экономической нецелесообразности для одной из сторон. Согласно п. 1 ст. 451 ГК РФ, только «существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, является основанием для его изменения или расторжения». Поскольку, однако, «вряд ли сегодня... хоть один предприниматель сможет нам доказать в суде, что при заключении своего договора он исходил из того, что у нас не будет инфляции через полгода, не возрастут цены»<sup>2</sup>, поставщик попытается в обход этой нормы оспорить сам факт заключения договора в связи с отсутствием соглашения по некоторым существенным условиям или их противоречивым характером. И это ему удастся. Суд признает договор незаключенным, а существовавшие ранее между сторонами отношения сочтет разовыми сделками. К этому выводу, например, пришел Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, который в Постановлении №2926/98 от 29 декабря 1998 г. признал, что договор поставки в целом нельзя считать

заключенным, поскольку «ассортимент, количество, качество и сроки поставки товара сторонами не согласованы», но «произведенные истцом отгрузки товара необходимо рассматривать как разовые сделки купли-продажи»<sup>1</sup>. В результате этого будет фактически расширено действие ст. 451 ГК РФ и обмануто доверие покупателя сразу за казавшего всю партию товара в расчете на неизменность цен.

Выход из создавшейся ситуации видится в закреплении возможности признавать предпринимательский договор заключенным даже при отсутствии соглашения по всем существенным условиям или их противоречивым характером.

Точка зрения о необходимости отказа от традиционного порядка заключения договора с учетом экономической целесообразности получила убедительное обоснование в отчетственной и зарубежной литературе.

Так, М. П. Ринг, освещая практику заключения договоров на научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы, указывал, что «иногда работа носит столь срочный и неотложный характер, что стороны вынуждены прибегать к гарантийным письмам», не обеспечиваяющими «ясности и определенности взаимоотношений сторон... особенностей работы и тех преимуществ, которые установлены для ее исполнителей»<sup>2</sup>. Эти письма, на его взгляд, должны были при определенных обстоятельствах непосредственно порождать договорные правоотношения, с тем, чтобы «процедура заключения договора не отнимала времени»<sup>3</sup>.

Та же самая позиция была обоснована Э. Маккендриком применительно к английскому праву. Он высказывался в пользу того, чтобы традиционно жесткий подход к оценке факта заключения договора, согласно которому «стороны должны так выразить свои мысли, что их смысл может быть определен с разумной степенью уверенности»<sup>4</sup>, смягчался по отношению к предпринимателям, которые «хотят избежать строгих договоренностей, не дающих им возможности маневрировать в условиях неустойчивой экономики»<sup>5</sup>.

В российском гражданском праве и судебно-арбитражной практике только начинается формироваться соответствующий подход.

1 *Важин И. Формирование условий и заключение договора поставки продукции. // Хозяйство и право. 1997. №2. С. 169.*

2 *Минин В. Ф. Яковлева, выказанное в ходе обсуждения лекции В. В. Вытряского «Гражданский кодекс о договоре», прочитанной в Высшем Арбитражном суде Российской Федерации в декабре 1994 г. Приводится по: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1995. №10. С. 119.*

1 *Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №2926/98 от 29 декабря 1998 г. // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1999. №3. С. 32.*

2 *Ринг М. П. Договоры на научно-исследовательские и конструкторские работы. - М.: Издательство «Юридическая литература». 1967. С. 26.*

3 Там же.

4 *McKenrick E. Contract law. - 2-ed. - L.: Macmillan press Ltd. 1994. P. 47.*

5 *Ibidem.*

Из анализа ст. 826 ГК РФ можно сделать вывод, что условие о предмете договора финансирования под уступку денежного требования не обязательно должно быть точно определено<sup>1</sup>. К тому же самому выводу можно прийти относительно условия о предмете в договоре строительного подряда. При отсутствии технической документации, определяющей точный объем подлежащих выполнению работ, договор строительного подряда, тем не менее, считается заключенным<sup>2</sup>. То же толкование применимо в отношении условия о сроке в договоре поставки: «В случаях, когда моменты заключения и исполнения договора не совпадают, а сторонами не указан срок поставки товара и из договора не вытекает, что она должна осуществляться отдельными партиями, при разрешении споров необходимо исходить из того, что срок поставки определяется по правилам, установленным статьей 314 Кодекса (статья 457)»<sup>3</sup>.

В ряде постановлений Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации сделан вывод о том, что при наличии в предпринимательском договоре противоречащих друг другу условий этот договор признается заключенным, а по спорным вопросам должно действовать положение законодательства или обычая делового оборота.

Так, в деле по иску АООГ «Леноблгаз» было установлено, что стороны имели разногласия по вопросу о размере неустойки за просрочку оплаты. АООГ «Леноблгаз» предлагало включить в договор условие, согласно которому этот размер будет составлять сумму, равную двойной учетной ставке банковского процента. Муниципальное предприятие «Тепловые сети» не согласилось с этим. Несмотря на наличие данных разногласий, стороны начали исполнение договора. В этих условиях Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации поддержал решения нижестоящих инстанций, указав, что ими «сделан обоснованный вывод о **заключении договора поставки газа без согласования (!) условия об ответственности за просрочку его оплаты**»<sup>4</sup>.

1 Комаров А.С. Финансирование под уступку денежного требования. // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, авторитетно-примечательный указатель. / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. - М.: Международные центры финансово-экономического развития. 1996. С. 447.

2 П. 5 Озора пратикки разрешения споров по договору строительного подряда (Информационное письмо Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 24 января 2000 г. №51) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2000. №3. С. 34.

3 П. 7 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 октября 1997 г. №78 «О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки». // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1998. №3. С. 23.

4 См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №2792/98 от 23 февраля 1999 г. // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1999. №6. С. 19-20.

При рассмотрении другого дела обнаружилась противоречивость отдельных условий договора в части определения стоимости работ. Несмотря на данное обстоятельство, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации посчитал возможным руководствоваться здесь п. 3 ст. 424 ГК РФ, «согласно которому в случае невозможности определения цены, исходя из условий договора, исполнение должно оплачиваться по цене, обычно взимаемой при сравнимых обстоятельствах за аналогичные работы»<sup>1</sup>.

Как представляется, соответствующий подход должен найти законодательное выражение в ГК РФ на уровне общих положений о договоре. В этой связи предлагается дополнить п. 1 ст. 432 ГК РФ абз. 3 следующим содержанием: «Предпринимательский договор признается заключенным и при отсутствии соглашения по всем существенным условиям или их противоречивым характером, если из последующего поведения сторон следует, что они намерены считать себя связанными этим договором».

Реализация этой меры делает предпринимательский договор более гибким инструментом, отвечающим потребностям современного бизнеса. Неопределенность правоотношений, возникающая при этом, думается, с успехом может быть устранена судом в рамках существующих приемов толкования.

В соответствии со ст. 431 ГК РФ, при толковании условий договора должно приниматься во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Если это не позволяет определить содержание договора, выясняется действительная общая воля сторон с учетом цели договора.

Очевидно, что экономической целью любого предпринимательского договора является получение прибыли. В нормальных условиях эта цель обычно достигается путем координации деятельности сторон для совместного достижения большей экономии и/или больших коммерческих результатов<sup>2</sup>. Поэтому, руководствуясь требованиями ст. 2 АПК РФ о необходимости действовать становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота, суд может восполнить пробелы договора или устранить его противоречия.

1 Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №5791/97 от 7 апреля 1998 г. // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1998. №7. С. 41.

2 Комаров Ф. Основы маркетинга. - СПб.: АО «Корина»; АОЗТ «Литера плюс». 1994. С. 369.

В соответствии с п. 1 ст. 507 ГК РФ, «сторона, предложившая заключить договор и получившая от другой стороны предложение о согласовании этих условий, должна в течение тридцати дней со дня получения этого предложения, если иной срок не установлен законом или не согласован сторонами, принять меры по согласованию соответствующих условий договора либо письменно уведомить другую сторону об отказе от его заключения». При освещении в литературе этой нормы правильно указывается на ее положительную роль, состоящую в обеспечении стабильности предпринимательской деятельности сторон по договору поставки<sup>1</sup>. Однако, наряду с достоинствами, положение п. 1 ст. 507 ГК РФ, думается, обладает и своими недостатками.

Прежде всего, на наш взгляд, сфера действия этого правила является неоправданно узкой. В стабильности предпринимательской деятельности, очевидно, нуждаются не только стороны договора поставки. Это требование имеет важное значение для сторон договора финансовой аренды, коммерческой концессии и других предпринимательских договоров. Поэтому совершенно прав В. И. Пугинский, указавший на то, что решение п. 1 ст. 507 ГК РФ «пригодно для всех видов торговых договоров»<sup>2</sup>. Во-вторых, формулировка обязанностей сторон в п. 1 ст. 507 ГК РФ носит слишком частный характер. Установление запрета на молчание при осуществлении переговоров не охватывает все случаи недобросовестности в практике заключения предпринимательского договора. Эта недобросовестность может выражаться также во вступлении в переговоры без намерения заключить договор, в умышленном загибывании переговоров и других формах.

В этих условиях предлагается установить в гражданском законодательстве норму более общего содержания, учитывающую все указанные случаи: «В ходе заключения предпринимательского договора стороны обязаны соблюдать не противоречащие нормам гражданского законодательства правила обычаев делового оборота, относящиеся к добросовестности и честной деловой практике. В частности, запрещается вступление в переговоры без действительного намерения заключить договор, умышленное загибывание переговоров, несвоевременное уведомление об урегулировании разногласий

1 См., например: Боданов Е. В. Специфика и социальное значение предпринимательских договоров. // Журнал российского права. 2002. №1. С. 28; Андреева Л. В. Коммерческое право России: Проблемы правового регулирования. - М.: Право и закон XXI. 2004. С. 132.

2 Пугинский В. И. Коммерческое право России. - М.: Юрлит, 2000. С. 133.

или отказе от договора. При несоблюдении этого требования сторона, виновная в допущенных нарушениях, обязана возместить убытки, причиненные другой стороне».

Предлагаемая новелла является одной из частных мер, ограничивающих недобросовестное поведение в практике предпринимательской деятельности. Думается, что она будет вполне отвечать потребностям Гражданского кодекса в «нормах, способствующих легализации разумной коммерческой практики и отражающих процессы саморегулирования со стороны делового сообщества»<sup>1</sup>. С другой стороны, эта новелла будет способствовать процессу сближения российского гражданского права с международным. В этой связи можно указать, например, на п. 2 ст. 2.15 Принципов международных коммерческих договоров, согласно которому «сторона, которая ведет или прерывает переговоры недобросовестно, является ответственной за потери, причиненные другой стороне»<sup>2</sup>.

В современной предпринимательской практике широкое применение находит условие об исключительности. В силу этого условия стороны принимают на себя обязательство воздерживаться от осуществления деятельности, однородной с той, которая составляет предмет договора, и не заключать аналогичных договоров с другими лицами. Благодаря этому создаются предпосылки для более тесных отношений и, как следствие этого, возможность для получения большей прибыли<sup>3</sup>.

В ГК РФ нашло отражение условие об исключительности применительно к пяти случаям.

Согласно п. 1 ст. 73 ГК РФ, «участник полного товарищества не вправе без согласия остальных участников совершать от своего имени и в своих интересах или в интересах третьих лиц сделки, однородные с теми, которые составляют предмет деятельности товарищества».

В соответствии с п. 2 ст. 990 ГК РФ, «договор комиссии может быть заключен... с обязательством комитента не предоставлять третьим лицам право совершать в его интересах и за его счет сделки, совершение которых поручено комитционеру, или без такого обязательства».

1 Комаров А. С. Право международной торговли и развитие российского договорного права. // Материалы конференции в г. Москва «Гражданское законодательство России на современном этапе: проблемы и пути развития» // Цивилистическая практика. 2002. №4. С. 38.

2 П. 2 ст. 2.15 Принципов международных коммерческих договоров приводится по: Принципы международных коммерческих договоров. / Пер. с англ. А. С. Комарова. - М.: Международные центры финансового-экономического развития, 1996. С. 56.

3 Более подробно об этом см., например: Baldi R. Distributorship, Franchising, agency: Community and national laws and practice in the EEC. - Decenter: Kluwer, 1987. P. 20 а.

В силу п. 1 ст. 1007 ГК РФ, «агентским договором может быть предусмотрено обязательство принципала не заключать аналогичных агентских договоров с другими агентами, действующими на определенной в договоре территории, либо воздерживаться от осуществления на этой территории самостоятельной деятельности, аналогичной деятельности, составляющей предмет агентского договора». И, наоборот, согласно п. 2 указанной статьи, «агентским договором может быть предусмотрено обязательство агента не заключать с другими принципалами аналогичных агентских договоров, которые должны исполняться на территории, полностью или частично совпадающей с территорией, указанной в договоре».

По п. 1 ст. 1033 ГК РФ, «договором коммерческой концессии могут быть предусмотрены ограничения прав сторон по этому договору, в частности, могут быть предусмотрены: обязательство правообладателя не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории либо воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории; обязательство пользователя не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав; отказ пользователя от получения по договорам коммерческой концессии аналогичных прав у конкурентов (потенциальных конкурентов) правообладателя».

В силу п. 1 ст. 1236 ГК РФ «лицензионный договор может предоставлять:

- 1) предоставление лицензиату права использования результатов интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (простая (неисключительная) лицензия);
- 2) предоставление лицензиату права использования результатов интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (исключительная лицензия)».

Как представляется, подход российского законодателя к регулированию условия об исключительности страдает, по меньшей мере, тремя недостатками. Во-первых, сфера действия соответствующих положений является неоправданно узкой. В современной предпри-

нимательской практике условие об исключительности применяется не только в указанных договорах. Оно встречается также в дистрибуторских соглашениях<sup>1</sup>, договоре о факторинге<sup>2</sup>, договоре перевозки<sup>3</sup> и других договорах. Во-вторых, различия в формулировках, используемых в гражданском праве относительно одного и того же условия, могут привести к разночтениям на практике. В-третьих, пандектная система, которой традиционно придерживается отечественный законодатель, предполагает выражение одной и той же нормы в общих положениях, а не использование нескольких норм для каждой отдельного правового явления. Как справедливо отмечает в этой связи Н.Д. Егоров, «общие нормы права, применимые к любым отношениям, составляющим предмет... гражданского права, необходимо сосредоточить лишь в общей части и не включать в другие структурные подразделения гражданского законодательства»<sup>4</sup>.

В этих условиях предлагается объединить соответствующие положения в общей норме следующего содержания: «Предпринимательским договором может быть предусмотрено обязательство сторон не заключать аналогичных договоров с другими лицами и (или) воздерживаться от осуществления на определенной территории деятельности той, которая составляет предмет этого предпринимательского договора». Эта мера, на наш взгляд, позволит избежать разночтений в правоприменительной практике, будет способствовать усилению единства гражданско-правового регулирования предпринимательского договора.

1 *Carbottan et TE. Exclusive distributorship agreements in French law. // International and Comparative Law Quarterly*, 1979. *Jan/Feb*, vol. 28. P. 91-116.

2 *Сзядосц Ю.И. Договор об исключительной продаже товаров. Договор о франшизе. Договор о факторинге. // Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. - Изд. 3-е, переработанное и дополненное. - М.: Международные отношения, 1993. С. 387.*

3 *Шиллингофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. - М.: Юридическая литература, 1993. С. 287.*

4 *Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. - Л.: Издательство Ленинградского университета, 1988. С. 24.*

## ПОНЯТИЕ И ПРАВОВОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАСХОДОВ КОММЕРЧЕСКИХ ОРГАНИЗАЦИЙ

*Обухова Т.И. - ст. преподаватель кафедры административного и  
финансового права*

Становление и развитие рыночных отношений, действие различных форм собственности и видов хозяйствования предполагает разное и научно-обоснованное реформирование системы бухгалтерского учета расходов.

Существенное значение для разработки эффективной системы учета расходов имеет эволюция их экономической сущности и ее влияние на организацию учета расходов.

Необходимость ведения учета расходов возникла еще в древнем мире. Но только Древнегреческий мыслитель Аристотель (4 в. до н. э.) впервые в истории попытался объяснить такие естественные явления, связанные с производством, как стоимость, обмен, деньги. Он установил две стороны товара - потребительскую и меновую стоимость.<sup>1</sup>

Наиболее полное понятие издержек производства проследживается в сочинениях представителя классической школы политэкономии английского экономиста Уильяма Петти (1623-1687). Он первый автор трудовой стоимости, который установил количественную зависимость величины стоимости от производительности труда.<sup>2</sup>

Вопросы расходов на производство постоянно поднимались экономистами и философами 18 и 19 веков. Но наиболее полное определение и систематизацию издержек производства дал немецкий экономист и философ Карл Маркс (1818-1883). Он раскрыл содержание издержек производства. Обосновал экономическую сущность себестоимости, которая состоит в том, что показывает выраженную в денежной форме величину всех расходов предприятия.

В соответствии с Положением по бухгалтерскому учету «Расходы организации» ПБУ 10/99, утвержденным приказом Минфина РФ от 6 мая 1999 г. №33-Н, с последующими изменениями, под расходами организации признаются уменьшение экономических выгод в результате выбытия активов (денежных средств, иного имущества) и возниконовения обязательств, приводящее к уменьшению капитала этой

организации за исключением уменьшения вкладов по решению участников (собственников имущества).

Не признаются расходами организации затраты по осуществлению капитальных и финансовых вложений и производственные затраты:

- по приобретению и созданию внеоборотных активов;
- по вкладам в уставные капиталы других организаций, на приобретение ценных бумаг (не для перепродажи);
- перечисление средств на благотворительные цели;
- по договорам комиссии и иным договорам в пользу третьих лиц;
- в порядке предварительной оплаты и авансов материально-производственных запасов;
- погашение кредитов и займов, полученных организацией.

В соответствии со статьей 252 Налогового кодекса РФ расходами признаются обоснованные и документально подтвержденные затраты и убытки, предусмотренные статьей 265, осуществленные (посенные) налогоплательщиком.

Расходами признаются любые затраты при условии, что они произведены для осуществления деятельности, направленной на получение дохода.

Расходы организации в зависимости от условий осуществления и направлений ее деятельности подразделяются на:

- расходы по обычным видам деятельности;
- прочие расходы.

Согласно п. 5 ПБУ 10/99, расходы по обычным видам деятельности - это расходы, связанные с изготовлением и продажей продукции, приобретением и продажей товаров, с выполнением работ, оказанием услуг, то есть это расходы, связанные с производством и реализацией.

К бухгалтерскому учету расходы по обычным видам деятельности принимаются в сумме, исчисленной в денежном выражении, равной величине оплаты в денежной и иной форме или величине кредитorkой задолженности.

В процессе осуществления организацией обычных видов деятельности формируются:

- расходы, связанные с приобретением материально-производственных запасов;
- расходы, непосредственно возникающие в процессе производства продукции, выполнения работ и оказания услуг;

<sup>1</sup> Анискин В. «Юность России». Электронная версия.

<sup>2</sup> Там же.

- расходы, связанные с реализацией продукции, работ, услуг и продажей товаров.

Расходы признаются в учете независимо от того, в какой форме они осуществлены: денежной, натуральной или иной, и независимо от цели создания организации и при наличии следующих условий:

- расходы должны производиться в соответствии с конкретным договором, требованием закона, обычаями делового оборота;
- сумма расхода может быть определена;
- есть уверенность в уменьшении экономических выгод организации в результате конкретной операции.

Налоговым кодексом определено два метода признания расходов:

- метод начисления, при котором расходы признаются такими в том отчетном периоде, в котором они были осуществлены;
- кассовый метод, принятый организацией в разрешенных законом случаях, при котором расходы признаются таковыми после погашения задолженности.

Для правильной организации учета расходов большое значение имеет их научно-обоснованная классификация.

На сегодняшний день в экономической науке существует много признаков классификации расходов. Мы считаем, что чем больше будет выделено признаков классификации расходов, тем достовернее будет отнесение их на соответствующие виды продукции.

По видам расходов или по их экономическому содержанию затраты группируют по элементам затрат и статьям калькуляции.

При формировании расходов по обычным видам в соответствии с ПБУ 10/99 (п. 8) необходимо обеспечить их группировку по элементам:

- материальные затраты;
- затраты на оплату труда;
- отчисления на социальные нужды;
- амортизация основных фондов;
- прочие затраты.

Элемент - это простейший однородный вид затрат, который покаывает величину расходов организации независимо от их назначения.

Группировка расходов по элементам является единой и обязательной для всех хозяйствующих субъектов и не зависит от величины, формы собственности, отраслевой принадлежности предприятий.

<sup>1</sup> Налоговый кодекс РФ. Часть вторая. Глава 25. (С изм. и доп. от 10 ноября 2006 г.). Электронная версия. Система Гарант.

Полученные данные в результате группировки расходов по элементам необходимы при разработке бизнес-планов, объема закупок материальных ресурсов, определения фонда оплаты труда и суммы амортизационных отчислений, исчисления показателей эффективности использования ресурсов (материалоемкости, трудоемкости и т.п.), организации контроля над расходами.

Статьей 253 Налогового кодекса РФ предусмотрено только четыре элемента расходов:

- материальные расходы;
- расходы на оплату труда;
- сумма начисленной амортизации;
- прочие расходы.

Группировка затрат на производство по элементам используется для выявления всех затрат на производство по их видам.

Состав затрат по элементам в бухгалтерском, налоговом и управленческом учете существенно различен, считает профессор В.В. Ивашкевич<sup>1</sup>, что вызвано разным целевым назначением группировки расходов по элементам в каждом виде учета.

На наш взгляд, в бухгалтерском учете группировка служит для определения общей суммы затрат и финансовых результатов отчетного периода, нормирования оборотных средств, исчисления относительных величин фондотдачи и других обобщенных в масштабах всей организации показателей производственно-хозяйственной деятельности.

В налоговом учете главным назначением группировки расходов по видам является исчисление совокупной величины регламентированных налоговых обязательств и документально подтвержденных расходов, осуществленных налогоплательщиком. Налоговый учет не использует понятия себестоимости, калькуляции, основных и накладных расходов.

Для определения общей суммы вычитаемых из полученных доходов произведенных предприятием расходов ему достаточно ограничиться их кратким общим перечнем. Но во всех случаях необходимо детально указать, что и в какой величине в этот перечень входит.

В управленческом учете затраты на производство и продажу обобщаются таким понятием, как величина себестоимости - важнейшими показателями эффективности хозяйствования, рациональности

<sup>1</sup> Ивашкевич В.В. Бухгалтерский управленческий учет. Учеб. для вузов. - М.: Экономика, 2004. С. 108.



управления, как в целом в организации, так и по его подразделениям, видам продукции, работ, услуг.

В данном случае группировка по элементам издержек должна осуществляться не только по организации в целом, но и в разрезе мест и носителей затрат. Требования налогового учета играют при этом второстепенную роль. Главным здесь является возможность наблюдать за экономичностью производственно-бытовой деятельностью, осуществлять контроль над формированием затрат и результатов хозяйствования, управлять ими. Если в налоговом и бухгалтерском учете состав элементов расходов строго регламентирован, то в управленческом учете он определяется самой организацией.

При этом в первую очередь исходят из удельного веса, важности и значимости того или иного вида расходов в себестоимости продукции, возможностей их контроля на всех уровнях управления.

В последние годы во всем мире резко выросли расходы на горюче-смазочные материалы и энергетические расходы. Углубляющиеся специализация и кооперирование производства существенно повысили удельный вес услуг сторонних организаций и арендные платежи. С развитием рыночных отношений выросли расходы на рекламу, включаемые в себестоимость. Многие организации пришлось выделить эти расходы из общих расходов и контролировать обособленно в системе управленческого учета и контроля.

Для управления производством в бухгалтерском учете организуют учет расходов по калькуляционным статьям, перечень которых устанавливается организацией самостоятельно с учетом требований отраслевых инструкций по учету, планированию и калькулированию себестоимости продукции (работ, услуг).

Профессор Ю.А. Бабаев<sup>1</sup> указывает на то, что организации при меняют так называемую типовую номенклатуру статей расходов:

- сырье и материалы;
- возвратные отходы (вычитаются);
- покупные изделия, полуфабрикаты и услуги производственного характера сторонних организаций;
- топливо и энергия на технологические цели;
- заработная плата производственных рабочих;
- отчисления на социальные нужды;
- расходы на подготовку и освоение производства;
- общепроизводственные расходы;

<sup>1</sup> Бухгалтерский учет: учеб. / Ю.А. Бабаев (и др.); под ред. Ю.А. Бабаева. - М.: ТК Вентц, Изд-во Проспект, 2006. С. 270.

- общехозяйственные расходы;
- потери от брака;
- прочие производственные расходы;
- коммерческие расходы или расходы на продажу.

Первые одиннадцать статей образуют так называемую производственную себестоимость, сумма всех денгадцати статей представляет собой полную (коммерческую) себестоимость производства и реализации продукции (работ, услуг).

Группировки расходов по экономическим элементам и статьям калькуляции взаимосвязаны, так как они характеризуют одни и те же расходы организации по составу (элементам) и целевому назначению (статьям калькуляции), что позволяет формировать в учете информацию о затратах на производство по организации в целом в поэлементном разрезе и детализировать ее по местам возникновения затрат, по видам продукции, по статьям калькуляции.

Наряду с общностью в классификации расходов по элементам и статьям калькуляции имеются и различия. Группировка по экономическим элементам характеризует все расходы организации, относящиеся как к готовой продукции, так и к незавершенному производству, а также к той части расходов, которые впоследствии списываются на производственные счета (стоимость возвратных отходов, возмещение потерь от брака конкретными виновниками). Группировка по статьям калькуляции характеризует расходы по конкретным видам производств.

Еще одним важным признаком классификации расходов является деление их на основные и накладные.

По мнению профессора Ю.А. Бабаева<sup>1</sup>, под основными расходами необходимо понимать расходы, непосредственно связанные с технологическим процессом производства, например: стоимость израсходованных на производство основных материалов, технологического топлива, заработная плата с начислениями производственных рабочих, расходы по содержанию и эксплуатации машин и оборудования.

К накладным расходам он относит расходы, связанные с управлением производством и организацией в целом. Это заработная плата с начислениями административно-управленческого персонала цехов и предприятий, расходы на отопление и освещение помещений цехов и заводоуправления. Данные расходы состоят из общепроизводственных и общехозяйственных расходов.

<sup>1</sup> Бухгалтерский учет: учеб. / Ю.А. Бабаев (и др.); под ред. Ю.А. Бабаева. - М.: ТК Вентц, Изд-во Проспект, 2006. С. 270.

Налоговым законодательством предусмотрено деление этих же расходов на прямые и косвенные. Понятно, что компании с длительным циклом производства заинтересованы в отнесении как можно большей части затрат на косвенные расходы и отражении их в налоговом учете текущего периода. Однако налоговиками внимательно следят за тем, какие расходы коммерсанты относят к прямым, а какие - к косвенным. Для избежания конфликтных ситуаций с налоговыми органами, считает О.А. Мясников<sup>1</sup>, налогоплательщик должен строго в соответствии с НК РФ угадывать в учетной политике для целей налогообложения перечень прямых расходов.

Налоговый кодекс РФ содержит лишь примерный перечень прямых расходов, что побуждает налогоплательщиков обращаться за разъяснениями в Минфин России, письма которого на сегодняшний день признаются арбитражными судами оправдательными документами<sup>2</sup>.

Косвенные расходы не могут быть отнесены прямо на себестоимость отдельных видов продукции, так как связаны с производством нескольких изделий. Они распределяются в конце месяца косвенно (условно) между отдельными видами изделий: общепроизводственные, общехозяйственные расходы.

Деление расходов на прямые и косвенные зависит от отраслевых особенностей, организации производства, принятого метода калькулирования себестоимости продукции. Например, в угольной промышленности выработывается лишь один вид продукции, все затраты являются прямыми.

В зависимости от роли в процессе производства различают производственные расходы и внепроизводственные или расходы на продажу.

К производственным относятся расходы, возникающие в сфере производства и связанные с изготовлением продукции. Совкупность производственных расходов составляет производственную себестоимость продукции.

Внепроизводственные расходы связаны с реализацией продукции покупателем. Они возникают в сфере обращения.

Производственные и внепроизводственные расходы образуют полную себестоимость продаваемой продукции.

<sup>1</sup> Журнал «Новое в бухгалтерском учете и отчетности». №22, ноябрь 2006 г. Мясников О.А. «Порядок распределения расходов».

<sup>2</sup> Журнал «Арбитражное правосудие в России». №5, ноябрь 2006 г. О.В. Бойков. Обзор судебной практики. «Расходы, связанные с производством и реализацией, учитываемые при исчислении налога на прибыль организаций».

По характеру связи с объемом производства расходы подразделяют на переменные, условно-переменные и условно-постоянные. Следует отметить, что по данному признаку классификация большинства ученых (Ю.А. Бабаев, Н.П. Кондраков, Т.М. Гусева) расходы подразделяют лишь на переменные и условно-постоянные.

Переменными расходами принято считать расходы, размер которых изменяется пропорционально изменению объема производства продукции, например: сырье и основные материалы, заработная плата производственных рабочих и другие.

Условно-переменные расходы косвенно зависят от объема производства, к ним относятся общепроизводственные расходы.

Размер условно-постоянных расходов почти не зависит от изменения объема производства продукции; к ним относятся общехозяйственные расходы и некоторые другие.

Такое деление затрат имеет особое значение в управленческом учете. На нем базируется большинство расчетов по обоснованию максимальной по прибыли программы производства и сбыта, наиболее приемлемых цен и ценовой политики, измерения простотных и предельных затрат.

Немаловажную роль в классификации расходов имеет периодичность их возникновения. Расходы в этом случае делятся на текущие и единовременные.

Текущими расходами считаются постоянные, обычные расходы, имеющие частую (менее месяца) периодичность, например, расход сырья и материалов, заработная плата.

Единовременными (однократными) расходами считаются расходы, повторяющиеся с периодичностью более месяца. К ним, например, относятся расходы на подготовку и освоение выпуска новых видов продукции, расходы, связанные спуском новых производств, и др.

Идержки коммерческого предприятия на производство и реализацию по своей функциональной роли в формировании продукции неоднородны. Значительная часть их, как считает профессор В.В. Ивашкевич<sup>1</sup>, относится к производственным. Эти расходы необходимы для производства продукции установленного качества при рациональной технологии и организации производства.

Непроизводительные расходы являются следствием недостатков в технологии и организации производства. Они возникают при отклонениях от нормальной технологии производства (потери от про-

<sup>1</sup> Ивашкевич В.В. Бухгалтерский управленческий учет: учебник для вузов. - М.: Экономика, 2004. С. 104.

стоев, брак продукции, оплата сверхурочных работ и др.). Такие расходы нельзя предопределить и запланировать.

Главой 25 Налогового кодекса РФ предусмотрено часть расходов нормировать (лимитировать). Нормируемыми расходами считаются расходы, относящиеся на уменьшение доходов в пределах законодательно установленных лимитов, норм и нормативов. Это, например, расходы на служебные командировки (суточные); компенсация за использование для служебных поездок личных легковых автомобилей; представительские расходы, связанные с коммерческой деятельностью; платежи за превышение предельно допустимых выбросов (сбросов) загрязняющих веществ в природную среду. Нормируемыми расходами уменьшаются доходы в фактически произведенных размерах.

К прочим расходам, согласно ПБУ 10/99, относятся:

- расходы, связанные с предоставлением за плату во временное пользование активов организации и участием в уставных капиталах других организаций, при условии, если данный вид деятельности не является основным для данной организации;
- расходы, связанные с предоставлением за плату прав, возникающих из патентов на изобретения, промышленные образцы и других видов интеллектуальной собственности, при условии, если данный вид деятельности также не является основным для данной организации;
- расходы, связанные с продажей, выбытием и прочим списанием основных средств и иных активов, отличных от денежных средств (кроме иностранной валюты), товаров, продукции;
- проценты, уплачиваемые организацией за предоставление ей кредитов и займов;
- расходы, связанные с оплатой услуг, оказываемых кредитными организациями;
- отчисления в резервы, создаваемые в соответствии с правилами бухгалтерского учета (резервы по сомнительным долгам, под обесценение вложений в ценные бумаги и др.), а также резервы, создаваемые в связи с признанием основных фактов хозяйственной деятельности;
- штрафы, пени, неустойки за нарушение условий договоров;
- возмещение причиненных организацией убытков;
- убытки прошлых лет, признанные в отчетном году;
- суммы дебиторской задолженности, по которой истек срок

исковой давности, других долгов, неурядных для взыскания;

- курсовые разницы;
- сумма уценки активов;
- перечисление средств, связанных с благотворительной деятельностью, расходы на осуществление спортивных мероприятий, отдыха, развлечений, мероприятий культурно-просветительского характера и иных аналогичных мероприятий;

- расходы, возникающие из-за стихийного бедствия, пожара, аварии, национализации имущества и т.п.

Расходы определяются после признания доходов согласно принципу соответствия, который гласит, что расходы должны начисляться за тот же период, что и доходы, в котором они получены. Начисление расходов является составной частью расчета прибыли.

Отдаваясь от всего вышесказанного, мы можем предположить, что процесс учета расходов для коммерческих организаций является очень трудоемким, но необходимым для своевременного выявления и устранения факторов неэффективности производства и правильно управления производством в условиях рыночной конкуренции.

## ОСНОВНЫЕ ПРАВИЛА КОНВЕРТАЦИИ ПЕНСИОННЫХ ПРАВ ЗАСТРАХОВАННЫХ ЛИЦ

*Черпанцева Ю.С. - доцент кафедры трудового и предпринимательского права, к.ю.н.*

В целях реализации основных положений Программы пенсионной реформы в Российской Федерации в части обеспечения равных возможностей для разных возрастных групп населения предусматривается оценить приобретенные ими пенсионные права по состоянию на 1 января 2002 года, гарантированные действовавшим до этой даты пенсионным законодательством. В связи с введением в действие Федерального закона Российской Федерации от 17.12.2001 г. №173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации»<sup>1</sup> (далее - Закон о

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2001. №52. Ст. 4920; 2002. №30. Ст. 3033; 2003. №1. Ст. 13; 2004. №27. Ст. 274; №35. Ст. 3607; 2005. №8. Ст. 605.

трудовых пенсиях) осуществляется оценка пенсионных прав их путем конвертации в расчетный пенсионный капитал.

Указанная норма закреплена статьей 30 Закона о трудовых пенсиях.

Конвертация - это преобразование пенсионных прав, приобретенных гражданами по состоянию на 1 января 2002 года, то есть на момент начала пенсионной реформы, в сумму расчетного пенсионного капитала. Его величина - это эквивалент суммы уплаченных страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации до 1 января 2002 года. Но невозможно сосчитать, сколько взносов уплачено до 1 января 2002 года, поэтому эта сумма определяется условно, обратным счетом из размера условно полагающейся всем застрахованным лицам пенсии так, как если бы они достигли пенсионного возраста к указанной дате. Расчетный размер пенсии всем застрахованным лицам определяется по правилам, аналогичным исчислению пенсий с применением индивидуального коэффициента пенсионера (ИКП)<sup>1</sup>.

Начальный пенсионный капитал (ПК) определяется исходя из расчетного размера пенсии по старости (РП) при ее условном установлении 1 января 2002 года всем застрахованным лицам по формуле:  $ПК = (РП \cdot ВЧ) \cdot Т$ , где:

ВЧ - размер базовой части трудовой пенсии по старости на момент введения нового пенсионного законодательства, составляющий 450 руб. (на 1 января 2002 года);

Т - ожидаемый период выплаты пенсии 19 лет (228 месяцев).

Данная формула вытекает из нового порядка определения размера трудовой пенсии по старости суммированием размеров ее базовой, страховой и накопительной частей, который был приведен выше.

На 1 января 2002 года ни у одного из застрахованных лиц, конечно же, не будет пенсионных накоплений, отраженных в специальной части лицевого счета. Поэтому «заработанная» накопительная часть трудовой пенсии на эту дату составит:  $НЧ = 0$  рублей.

Размер страховой части трудовой пенсии по старости по новым правилам определяется по формуле:  $СЧ = ПК/Т$ .

При этом расчетный размер пенсии, «заработанной» на 31 декабря 2001 года в связи с уплатой взносов по обязательному пенсионному страхованию в течение трудовой деятельности до 01.01.2002 г.,

должен быть равен размеру пенсии, определяемому по новой формуле, то есть, получается, что:

$$РП = П = ВЧ + СЧ = ВЧ + ПК/Т.$$

Отсюда путем несложных преобразований и получается формула расчета пенсионного капитала (ПК).

Оценка пенсионных прав застрахованных лиц, включая подсчет «заработанного» размера условно назначаемой пенсии (из формулы РП), осуществляется по определенным в Законе о трудовых пенсиях правилам.

Анализируя правовые нормы, можно выделить следующие основные положения:

1. Размер установленных по состоянию на 31 декабря 2001 года государственных пенсий, исчисленных с применением индивидуального коэффициента пенсионера (ИКП), сохраняется (не уменьшается) при перерасчете пенсий по новым правилам с 1 января 2002 года.

2. Застрахованным лицам, имеющим полный общий трудовой стаж (мужчинам - не менее 25 лет, женщинам - не менее 20 лет), расчетный размер пенсии определяется по действующим на 31 декабря 2001 года нормам исчисления пенсий с применением ИКП.

3. Среднемесячный заработок определяется на основании сведений индивидуального (персонифицированного) учета за 24 последних месяца перед датой конвертации (1 января 2002 года), в его отсутствие - за любые 60 месяцев подряд (в том числе на основании справок с места работы). Для пенсионеров при массовом перерасчете пенсий с 1 января 2002 г. также может быть взят заработок, из которого исчислена пенсия, на основании сведений, имеющихся в пенсионном деле.

4. Расчетный размер пенсии при полном стаже не должен быть менее минимального размера совокупной выплаты, установленной на 31 декабря 2001 года (660 рублей).

5. В отношении лиц, имеющих неполный трудовой стаж, должна определяться величина расчетного пенсионного капитала при полном общем трудовом стаже, уменьшаемая пропорционально имеющемуся и полному стажу по нормам исчисления пенсий при неполном общем трудовом стаже.

6. Необходимый для назначения пенсии по старости минимальный стаж (5 лет) при расчете начального пенсионного капитала не требуется. Достаточно иметь хотя бы один месяц общего трудового стажа.

7. Для оценки пенсионных прав застрахованных лиц, занятых в условиях труда, отклоняющихся от нормативных, по повышенным

<sup>1</sup> Афанасьев С.А. Конвертация пенсионерам: практический комментарий к пункту 6 статьи 30 Федерального закона «О трудовых пенсиях в РФ» / С.А. Афанасьев, Ю.В. Воронин, Д.И. Чижик. // Пенсия. 2002. №1. С.53.

нормам учета стажа и заработка, должно быть предоставлено право рассчитать пенсионный капитал в едином порядке, но исходя из имеющегося и требуемого полного специального трудового стажа, дающего право на назначение трудовой пенсии по старости досрочно.

8. Оценка пенсионных прав и расчет начального капитала в переходный период до 2013 года производится органами, осуществляющими пенсионное обеспечение, одновременно с назначением трудовой пенсии. По истечении указанного срока осуществляется конвертация в отношении остальных застрахованных лиц, не достигших пенсионного возраста. В течение переходного периода в целях расчета размера трудовой пенсии и пенсионного капитала применяется меньший ожидаемый период выплаты пенсии по старости (в 2002 году 12 лет (144 месяца) с его поэтапным увеличением (на 6 месяцев за год до достижения 16 лет (192 месяца), затем на 12 месяцев за год) до установленной величины 19 лет (228 месяцев).

И последний базовый принцип оценки пенсионных прав заключается, на наш взгляд, в том, что расчетный размер пенсии в части, связанной с пенсионными правами, которые приобретены застрахованным лицом до 1 января 2002 года, не должен зависеть от даты проведения конвертации и вида назначаемой пенсии.

Таким образом, размер пенсии сегодня определяются четыре главных фактора:

- имеющийся стаж;
- заработок (за два последних года или за любые пять лет подряд);
- жизненные обстоятельства (инвалидность, наличие иждивенцев, достижение определенного возраста и т.п.);
- минимальные гарантии на момент установления пенсии;
- минимальный размер пенсии, минимальная совокупная выплата, размер компенсации.

Два последних фактора в новой пенсионной системе учитываются при определении размера базовой части трудовой пенсии.

Страховая часть трудовой пенсии определяется из суммы уплаченных после 01.01.2002 г. страховых взносов. Кроме того, к этому сформированному капиталу добавляется сумма «стартового» капитала, исчисленного из заработка и стажа до 01.01.2002 г., которые в дальнейшем перестают играть какую-либо роль в определении размера пенсии.

Естественно, все эти суммы «осовремениваются», то есть увеличиваются на общий индекс роста страховой части трудовых пенсий

за период с момента зачисления суммы на индивидуальный счет застрахованного лица до момента установления пенсии. Следовательно, вся сумма уплаченных взносов, в том числе «начального» взноса («стартового» капитала, в который преобразуются имеющиеся к началу реформы стаж и заработок), должна быть возвращена застрахованному лицу в виде выплаты страховой части трудовой пенсии в течение ожидаемого периода такой выплаты.

В том случае, если трудовая карьера была завершена до 1 января 2002 года, а трудовая пенсия с применением индивидуального коэффициента пенсионера назначена, то ее размер, пересчитанный по новым правилам (через преобразование капитала), должен сохраниться.

В случае же завершения трудовой карьеры и назначения пенсии застрахованному лицу должен быть сохранен размер «заработанной» им на 1 января 2002 года пенсии по действующему законодательству (за вычетом 450 рублей) и обеспечены с учетом имеющегося стажа минимальные гарантии на размер будущей трудовой пенсии не менее 660 рублей, если будет выработан полный трудовой стаж.

Переходный период (до 1 января 2013 года) сохраняется именно эта величина (пенсии), в то время как величина расчетного пенсионного капитала в части денежного выражения приобретенных пенсионных прав до 1 января 2002 года будет связана со сроком назначения пенсии и ее видом.

Исходя из установленного порядка исчисления пенсий с применением ИКП, расчетный размер пенсии при полном общем трудовом стаже определяется по формуле:

$$РП = СК \cdot ЗР / ЗП \cdot СЗП, \text{ где:}$$

РП - расчетный размер пенсии;

ЗР - среднемесячный застрахованного лица за 2000 и 2001 года (у пенсионеров также может быть заработок, из которого ранее исчислена пенсия) либо за пять лет работы подряд;

ЗП - среднемесячная заработная плата в стране за тот же период (например, в соответствии со статистическими данными, за период 2000-2001 годов этот показатель составил 1494 руб. 50 коп.);

СЗП - утвержденная Правительством Российской Федерации среднемесячная заработная плата в стране за III квартал 2001 года для исчисления и увеличения государственных пенсий, которая составляет 1671 рубль;

СК - стажевый коэффициент: при полном общем трудовом стаже (мужчины - 25 лет, женщины - 20 лет) - 0,55, который повышается на 0,01 за каждый полный год общего трудового стажа сверх требуе-

мого стажа, но не более чем на 0,2. Для инвалидов, имеющих ограниченную способность к трудовой деятельности I степени, - 0,3. Максимальный стажевый коэффициент, таким образом, составляет  $0,55 + 0,2 = 0,75$ .

Отношение среднемесячного заработка застрахованного лица к среднемесячной заработной плате в стране (ЗР/ЗП) учитывается в размере не выше 1,2.

Однако может применяться и повышенное отношение заработков. В соответствии со ст. 30 Федерального закона от 17 декабря 2001 года «О трудовых пенсиях в РФ» для лиц, проживающих в районах Крайнего Севера или в местностях, приравненных к районам Крайнего Севера, в которых решениями органов государственной власти СССР или федеральных органов государственной власти установленных районных коэффициенты к заработной плате, отношение среднемесячного заработка пенсионера к среднемесячной заработной плате в стране (ЗР/ЗП) учитывается в следующих размерах:

\* не выше 1,4 - для лиц, проживающих в указанных районах и местностях, в которых к заработной плате работников установлен районный коэффициент в размере до 1,5;

\* не выше 1,7 - для лиц, проживающих в указанных районах и местностях, в которых к заработной плате работников установлен районный коэффициент в размере от 1,5 до 1,8;

\* не выше 1,9 - для лиц, проживающих в указанных районах и местностях, в которых к заработной плате работников установлен районный коэффициент в размере от 1,8 и выше.

Таким образом, отношение заработков напрямую зависит от уровня районного коэффициента.

Те же нормы учета отношения заработков распространяются на лиц, которые по состоянию 31 декабря 2001 года имеют требуемый действующим законодательством «северный» стаж для назначения пенсии по старости в связи с работой на Крайнем Севере и необходимый общий трудовой стаж независимо от их места жительства.

Приведем следующий пример расчета размера пенсии.

1 апреля 2006 г. в орган, осуществляющий пенсионное обеспечение, за назначением пенсии обратился мужчина в возрасте 60 лет. Его трудовой стаж по состоянию на 1 января 2002 года составляет 37 лет 9 месяцев 5 дней, причем работу он осуществлял вплоть до выхода на пенсию. Его среднемесячный заработок за 2000-2001 гг.

составляет 2011 руб. 55 коп. Поскольку он трудился по 1.04.2006 г. (до даты обращения за пенсией), сумма страховых взносов, уплаченных за него предприятием с 01.01.2002 г. по 01.04.2006 г. составляет 12256 руб.

Определяя размер его пенсии, следует учитывать, что все основные пенсионные права этого гражданина заработал до начала реформирования пенсионной системы, поэтому произведем конвертацию и определим расчетный размер пенсии по состоянию на 1.01.2002 г. по формуле:  $РП = СК \cdot ЗР/ЗП \cdot СЗП$ .

Определим стажевый коэффициент: за требуемый трудовой стаж для мужчин 25 лет - 0,55, + 0,01 за каждый полный год сверх требуемого стажа, но не более 0,75, в общей сложности - 0,67.

Определим отношение заработков:  $2011,55/1494,50 = 1,34$ , что выше ограничения, установленного законодательством. Таким образом, отношение заработков в этом случае будет составлять 1,2.

Таким образом,  $РП = 0,67 \cdot 1,2 \cdot 1671 = 1343$  руб. 48 коп.

Определим пенсионный капитал по формуле:

$ПК_1 = (РП \cdot ВЧ) \cdot Т$ , где ВЧ - по состоянию на 01.01.2002 г. 450 руб.; Т - 144.

$ПК_1 = (1343,48 \cdot 450) \cdot 144 = 128661,12$ .

Пенсионный капитал складывается из капитала, заработанного до 2002 года и страховых взносов, уплаченных после этой даты, умноженный на коэффициенты индексации.

Таким образом,  $ПК = (ПК_1 + страховые взносы) \cdot \text{умноженные на индексы}$ . Получаем:

$ПК = (128661,12 + 12256) \cdot 1,065 \cdot 1,09 \cdot 1,126 \cdot 1,08 \cdot 1,09 \cdot 1,0628 \cdot 1,48 \cdot 1,06 \cdot 1,063 = 256704,94$ .

Определим страховую часть по формуле:  $СЧ = ПК/Т$ , где Т - ожидаемый период выплаты берется на момент назначения пенсии, в 2006 г. он составляет 168 месяцев в соответствии со ст. 32 Закона о трудовых пенсиях. Таким образом, получается, что  $СЧ = 256704,94 / 168 = 1528,01$ .

Возвая часть с 1.04.2006 г. установлена в размере 1035 руб. 09 коп.

Размер трудовой пенсии по старости рассчитывается по формуле:  $ВЧ + СЧ$ .

Таким образом, согласно нашему примеру, размер пенсии равен:  $1035,09 + 1528,01 = 2563$  руб. 10 коп.

Расчетный размер пенсии в рублях повышается лицам, которые по состоянию на 31 декабря 2001 года имели право на повышение

размера пенсии по отдельным нормам Закона РФ «О государствен-ных пенсиях в Российской Федерации»<sup>1</sup>, а именно:

\* на 185 рублей 32 коп. - участникам Великой Отечественной войны; гражданам - бывшим несовершеннолетним узникам концлагерей, гетто и других мест принудительного содержания, созданных фашистами и их союзниками в период второй мировой войны; инвалидам с детства вследствие ранения, контузии или увечья, связанных с боевыми действиями в период Великой Отечественной войны либо с их последствиями; гражданам, награжденным знаком «Жителю блокадного Ленинграда»;

\* на 92 рубля 66 коп. - гражданам, не менее шести месяцев находившимся на военной службе в период с 22 июня 1941 года по 3 сентября 1945 года; гражданам, проработавшим не менее шести месяцев в годы Великой Отечественной войны (с 22 июня 1941 года по 9 мая 1945 года), исключая время работы в районах, временно оккупированных неприятелем, или награжденным орденами и медалями СССР за самоотверженный труд и безупречную воинскую службу в тылу в годы Великой Отечественной войны; гражданам, необоснованно репрессированным по политическим мотивам и впоследствии реабилитированным.

Данный перечень повышений расчетного размера пенсии не входит в повышение на районный коэффициент, поскольку этот коэффициент учитывается при определении отношения заработка. Также в этот перечень не входят повышения за награды и звания лицам, которые приобретут право на дополнительное ежемесячное материальное обеспечение за особые заслуги перед Российской Федерацией, предоставление которого регулируется отдельным законом (Героям Советского Союза, Героям Российской Федерации, Героям социалистического труда, гражданам, награжденным орденом Славы трех степеней, орденом Трудовой Славы трех степеней или орденом «За службу Родине в Вооруженных Силах СССР» трех степеней, а также чемпионам Олимпийских игр)<sup>2</sup>.

Таким образом, начальный пенсионный капитал при полном объеме трудовом стаже рассчитывается так:

1 Письмо Пенсионного фонда Российской Федерации от 29 августа 2002 г. №ПЧ-25-26/7789 «О начислении повышений к расчетному размеру трудовых пенсий». // Финансовый вестник. Финансы, налоги, страхование, бухгалтерский учет. 2002. №11. С. 61.  
2 Федеральный закон Российской Федерации от 4 марта 2002 г. «О дополнительном ежемесячном материальном обеспечении граждан Российской Федерации за выдающиеся достижения и особые заслуги перед Российской Федерацией». // СЗ РФ. 2002. №10. Ст. 964.

$ПК = (СК \cdot ЗР / ЗП \cdot СЗП + \text{сумма повышений} - ВЧ) \cdot Т.$

В том случае, если у лица нет полного общего трудового стажа (то есть, у мужчины его менее 25 лет, у женщины - менее 20 лет) начальный пенсионный капитал определяется по несколько иной формуле, учитывающей подобное обстоятельство:

$ПК = СТ / СТ_{полн.} \cdot (0,55 \cdot ЗР \cdot ЗП \cdot СЗП - ВЧ) \cdot Т,$  где:

ПК - пенсионный капитал;

СТ - имеющийся общий трудовой стаж в месяцах;

СТ<sub>полн.</sub> - полный общий трудовой стаж (мужчины - 300 месяцев за 25 лет стажа, женщины - 240 месяцев за 20 лет стажа).

Данная формула расчета начального пенсионного капитала (пропорционально имеющемуся стажу) является аналогом действовавших правил определения размера пенсии при неполном общем трудовом стаже.

При этом учтено, что в результате применения этих правил непосредственно к расчетной пенсии ее размер мог бы оказаться ниже размера базовой части трудовой пенсии, и в случае прямой подстановки в формулу получалась бы отрицательная величина начального пенсионного капитала. Попытка установить для решения возникающей в этой связи проблемы какой-либо минимум расчетной пенсии при неполном стаже означала бы фактическое выравнивание в пенсионных правах значительной части работников, в основном младших возрастных групп.

Поэтому механизм пропорционального снижения размера применяется не к пенсии, а к капиталу. В математическом смысле это означает признание за работниками с неполным трудовым стажем «заботанного» права на минимальную пенсию в размере 660 рублей пропорционально имеющемуся стажу в предположении, что они вырабатывают полный требуемый стаж. Предполагать иное - не оснований. Безусловно, что оценка пенсионных прав, приобретенных застрахованными лицами по состоянию на 1 января 2002 года, не может проводиться в один день. Величина начального пенсионного капитала должна быть определена не позднее установления пенсии конкретному застрахованному лицу.

Поэтому было принято решение производить конвертацию приобретенных пенсионных прав в капитал одновременно с установлением пенсии органами, осуществляющими пенсионное обеспечение в течение переходного периода (то есть до 2013 года).

В отношении той части застрахованных лиц, которым пенсия не будет назначена до 2013 года, к концу переходного периода должна быть

завершена работа (в системе персонафицированного учета) по сбору первичных документов для оценки их пенсионных прав (в первую очередь за периоды до регистрации в качестве застрахованного лица). Неодимые полномочия и ответственность по предоставлению сведений о стаже (а в необходимом случае о заработке) возложены на работодателей (и их административно независимую форму собственности), у которых хранятся трудовые книжки лиц, работающих по найму.

Дополнительные сведения (уточняющие документы) о специальном трудовом стаже, справки о заработке за пять лет работы подряд, если заработок в 2000-2001 гг. был значительным в течение всей трудовой карьеры) должны представляться в индивидуальном порядке, так же, как и сведения от лиц, самостоятельно обеспечивающих себя работой.

После завершения всего комплекса мероприятий по сбору таких сведений конвертация может быть проведена одновременно в 2013 году. В таком случае при преобразовании пенсионных прав в капитал одновременно с установлением пенсии (то есть в период до 2013 года) в качестве ожидаемого периода выплаты пенсии по старости будет применяться тот, что действует на момент установления пенсии (а не на 1 января 2002 года и не на 1 января 2013 года).

Начальный пенсионный капитал рассчитывается исходя из заработка и трудового стажа, выработанного до начала реформы (до 1 января 2002 года). При конвертации сумма капитала, рассчитанная по указанным формулам, подлежит увеличению на такой же суммарный коэффициент индексации, на который была произведена индексация страховой части трудовых пенсий в период с 1 января 2002 года и до момента конвертации.

Размер устанавливаемой страховой части пенсии по старости при учете пенсионных прав, приобретенных до 1 января 2002 года, не зависит от величины ожидаемого периода выплаты пенсии, действующего на момент ее установления.

Он будет зависеть от этого параметра только при учете новых пенсионных прав (расчетного пенсионного капитала, сформированного из суммы взносов, уплаченных и поступивших после 01.01.2002 г. и учтенных на личном счете застрахованного лица с применением необходимых коэффициентов индексации).

Таким образом, можно следующим образом представить формулу расчета страховой части пенсии:

$$СЧ = (ПК + ПКп) / T = ((РП - БЧ) \cdot T \cdot Кинд + ПКп) / T = (РП - БЧ) \cdot Кинд + ПКп / T, \text{ где:}$$

СЧ - страховая часть пенсии;

ПК - начальный пенсионный капитал, установленный на 1 января 2002 года;

ПКп - расчетный пенсионный капитал, сформированный из сумм взносов, уплаченных после 1 января 2002 года;

T - ожидаемый период выплаты (в 2002 году - 144 месяца);

РП - расчетный размер пенсии;

БЧ - базовая часть (на 1 января 2002 года - 450 рублей);

Кинд - коэффициенты индексации страховой части пенсии с 1 января 2002 года.

Несмотря на всю сложность представленной формулы, совершенно очевидно, что страховая часть состоит из двух компонентов: первый включает в себя ранее приобретенные права до 2002 года и зависит от стажа и заработка застрахованного лица, второй - это вновь приобретенные права после 1 января 2002 года, то есть страховые взносы, уплаченные в Пенсионный фонд РФ страхователем за застрахованное лицо.

Таким образом, при определении размера пенсии лицам старшего поколения, которые не смогут сформировать пенсионные накопления и получить третью (накопительную) часть трудовой пенсии, их «новые» права, приобретенные в реформированной системе в связи с уплатой взносов по обязательному пенсионному страхованию, будут оцениваться выше, чем у «молодых» работников, которые достигнут пенсионного возраста после 2013 года.

Начиная с 2013 года, конвертация будет произведена всем лицам, исходя из установленного ожидаемого периода выплаты пенсии по старости 19 лет (228 месяцев).

В переходный период, когда установление пенсии производится одновременно с конвертацией приобретенных пенсионных прав, при назначении пенсии по инвалидности и по случаю потери кормильца применяются некоторые особенности расчета начального пенсионного капитала.

Расчетный пенсионный капитал при этом определяется с корректировкой, которая предполагает умножение ожидаемого периода выплаты пенсии по старости на отношение нормативной продолжительности страхового стажа инвалида на момент назначения пенсии по инвалидности в 180 месяцев (К). Действующее законодательство определяет следующую формулу:

$$ПК = (РП - БЧ) \cdot (СТ/СТполн \cdot T \cdot К).$$

При этом нормативная продолжительность страхового стажа инвалида зависит от возраста - до достижения 19 лет составляет



12 месяцев и увеличивается на 4 месяца за каждый полный год возраста, начиная с 19 лет, но не более чем до 180 месяцев. Таким образом,  $K = (12 + (B - 18) \cdot 4) / 180$ , где:

B - возраст инвалида на момент установления пенсии по инвалидности (а если инвалидность установлена до 01.01.2002 г., то на 01.01.2002 г.);

(B - 18) - полное (целое) число лет возраста, превышающего 18 лет. Указанное в формуле отношение  $СТ/Стполн$  применяется по состоянию на 01.01.2002 г., если имеющийся стаж инвалида на эту дату был менее требуемого (для женщин - 20 лет, для мужчин - 25 лет).

Если этот стаж по состоянию на 01.01.2002 г. был полным (что менее вероятно для назначения этого вида пенсий), то данное отношение будет равно 1. Следует заметить, что стажевый коэффициент СК, используемый при определении расчетного размера пенсии РП для инвалидов, имеющих ограничение способности к трудовой деятельности I степени, равен 0,3 (для остальных -  $СК = 0,55 + 0,01$  за каждый полный год стажа до 01.01.2002 г. сверх требуемого).

При установлении пенсии по случаю потери кормильца конвертация приобретенных кормильцем по состоянию на 01.01.2002 г. пенсионных прав в капитал, გადავლილია უმერშემუ კორმილტუ, будет осуществляться по приведенной выше формуле. Однако следует добавить, что пенсионный капитал умершего кормильца при наличии двух и более иждивенцев, претендующих на получение пенсии по случаю потери кормильца, будет делиться соответственно на количество этих иждивенцев.

Для работников производственной сферы, которые на 1 января 2003 г. или на момент назначения пенсии в 2002 г. имеют не менее половины требуемого специального трудового стажа, дающего право на назначение пенсии досрочно, предусмотрено сохранить это право, предоставив возможность выработать требуемый специальный стаж полностью. Лицам, проработавшим менее половины требуемого специального трудового стажа, а также принятых для выполнения работ с неблагоприятными условиями труда после 1 января 2003 г., будут устанавливаться профессиональные пенсии в соответствии с Федеральным законом «Об обязательных профессиональных пенсионных системах в Российской Федерации», который в настоящее время находится в проекте.

Для лиц, работающих на Крайнем Севере, а также учителей, врачей, пожарных, спасателей, лиц, занятых на работах с осужденными, право на досрочное назначение трудовой пенсии сохраняется

безотносительно к имеющемуся на момент начала реформы специальному трудовому стажу.

При этом предусматривается возможность конвертации этих прав в начальный капитал по повышенным нормам учета стажа и заработка.

Конвертация пенсионных прав в расчетный пенсионный капитал засстрахованных лиц, указанных в пункте 1 статьи 27 и подпунктах 7-13 пункта 1 статьи 28 Закона о трудовых пенсиях, может осуществляться по их выбору в определенном порядке с применением вместо общего трудового стажа (имеющегося и полного) стажа на соответствующих видах работ (имеющегося и полного). При этом под стажем на соответствующих видах работ понимается суммарная продолжительность периодов работы до 1 января 2002 года, с учетом которой сохраняется право на досрочное назначение трудовой пенсии по старости или периоды работы, которая ранее давала право на пенсию в связи с особыми условиями труда (статья 12 Закона Российской Федерации «О государственных пенсиях в Российской Федерации»). При этом сохраняются правила суммирования специального трудового стажа, применявшиеся по 31 декабря 2001 г. для назначения этих пенсий.

Конвертация по пункту 5 статьи 30 Федерального закона от 17.12.2001 г. «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» может осуществляться по выбору засстрахованных лиц (в том числе и пенсионеров), указанных в пункте 1 статьи 27 и подпунктах 7-13 пункта 1 статьи 28.

Это означает, что, во-первых, они должны по состоянию на 01.01.2002 г. иметь полный стаж на соответствующих видах работ не менее его требуемой продолжительности.

Во-вторых, указанные лица должны иметь по состоянию на 01.01.2002 г. требуемый страховой стаж. В частности, требования по страховому стажу предусмотрены в подпунктах 1-3, 5-10, 14-15 пункта 1 статьи 27 и в подпункте 8 пункта 1 статьи 28 Закона о трудовых пенсиях.

В-третьих, конвертация с применением стажа на отдельных видах работ может осуществляться одновременно с назначением пенсии и только по достижении возраста, указанного в подпунктах 1-10, 14 и 15 пункта 1 статьи 27 и подпунктах 7-9 и 13 пункта 1 статьи 28 вышеуказанного Закона. При этом возраст засстрахованного лица (в том числе пенсионера) по состоянию на 01.01.2002 г. для конвертации значения не имеет.

Итак, при имеющемся специальном трудовом стаже не менее его требуемой полной продолжительности стажевый коэффициент может быть определен в размере 0,55, повышаемом на 0,01 за каждый полный год специального трудового стажа сверх указанного стажа, но не более чем на 0,2. То есть, пенсионный капитал при этом равен:

$$ПК = ((0,55 + 0,01 \text{ за каждый год специального трудового стажа сверх требуемого, в сумме не более } 0,75) \cdot ЗР/ЗП \cdot СЗП - ВЧ) \cdot Т.$$

Конвертация по повышенным нормам учета стажа работы в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях законом не предусматривается. Лицам, проживающим в этих районах и местностях (а также имеющим требуемый полный «северный» стаж независимо от места жительства), по повышенным нормам будет учтен «северный» заработок. Вместе с тем, в «северный» стаж могут быть включены периоды работы в особых условиях труда (разумеется, не совпадающие календарно), что в определенных случаях позволит реализовать право на учет «северного» заработка в размере капитала и пенсии независимо от места жительства.

Расматривая правила конвертации пенсионных прав, нельзя не сказать об особенностях их преобразования у пенсионеров. В первую очередь, эта особенность основана на том, что на 31 декабря 2001 года этой категории лиц уже установлена не основная, а реальная пенсия в наиболее выгодном для них размере по действующему до начала реформы пенсионному законодательству.

Поэтому пенсионерам предоставляется право выбора - определить расчетный размер пенсии по установленным для всех застрахованных лиц нормам (в соответствии с пенсионным законодательством, вступившим в действие с 01.01.2002 г.), либо сохранить размер пенсии, установленный на 31 декабря 2001 года. То есть выбирается наиболее выгодный вариант для пенсионера.

Конвертация приобретенных пенсионных прав в расчетный пенсионный капитал пенсионерам исхода не из расчетного размера пенсии, а из установленной им на 31 декабря 2001 года суммы одной пенсии (по старости, по инвалидности, по случаю потери кормильца или за выслугу лет) осуществляется с учетом повышения и компенсации выплаты в связи с ростом стоимости жизни в Российской Федерации с применением соответствующего районного коэффициента, за исключением надбавок на уход и на нетрудоспособных иждивенцев.

Таким категориям, как «участники Великой Отечественной войны (подпункты «а» - «ж» и «и» подпункта 1 статьи 2 Федерального закона «О ветеранах»<sup>1</sup>), ставшие инвалидами вследствие общего заболевания, трудового увечья и других причин (за исключением лиц, инвалидность которых наступила вследствие их противоправных действий)», и «вдовы военнослужащих, погибших в войну с Финляндией, Великую Отечественную войну, войну с Японией, не вступившие в новый брак», которым по состоянию на 1 января 2002 года одновременно установлены две государственные пенсии, в качестве расчетного размера пенсии в рублях может приниматься сумма одной из этих пенсий. Выплата второй (государственной) пенсии предусматривается этим категориям пенсионеров в Федеральном законе от 15.12.2001 г. №166-ФЗ «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации»<sup>2</sup>.

Независимо от способа расчета капитала (с использованием расчетного размера пенсии или суммы установленной пенсии), 01.01.2002 г. пенсионерам производится перерасчет пенсий по новым правилам с применением соответствующих новых норм без истребования заявления пенсионера. А это означает, что перерасчет осуществляется исходя из имеющихся в пенсионном деле сведений о стаже и зарплате. По желанию пенсионера может быть учтен заработок, из которого исключена установленная пенсия (в том числе и заработок за 12 месяцев по нормам, применявшимся до 1995 года; однако выбор новых выгодных периодов заработка за 12 месяцев не допускается)<sup>3</sup>. Таким образом, пенсионеры, исчислившие пенсию из заработка за 24 последних месяца перед ее назначением, освобождены от обязанности предоставлять сведения о заработке за 5 лет подряд либо заработке за 2000-2001 гг. При этом предполагается, что заработок за 5 лет окажется заведомо ниже, поскольку пенсионер не воспользовался им ранее для расчета пенсии, а за 2000-2001 годы заработок у неработающих пенсионеров просто не имеется, а у работающих в этот период - не обязательно самый лучший за трудовую карьеру.

При определении трудового стажа в целях оценки пенсионных прав учитываются те же периоды, что и учитывались при расчете пен-

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1995. №3. Ст. 168.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2001. №51. Ст. 4831.

<sup>3</sup> *Тематическая Министрства труда и социального развития Российской Федерации и Пенсионного фонда Российской Федерации от 13 декабря 2001 г. №8804-ЮД/ЛЧ-06-27/10324 «О перерасчете пенсий с 1 января 2002 года».* // Пенсия. 2001. №12. С. 24.

сии с применением индивидуального коэффициента пенсионера по 31 декабря 2001 года.

Конкретный период включается в общий трудовой стаж в связи с уплатой взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, к которой приравнивается уплата взносов на государственное социальное страхование за период до 1 января 1991 года, а также единого социального налога и единого налога на вмененный доход. При этом уплата взносов работодателем не лишает наемных работников права на включение в общий трудовой стаж соответствующих периодов, когда они состояли в трудовых отношениях. Включение в общий трудовой стаж периодов деятельности лиц, самостоятельно обеспечивающих себя работой (индивидуальных предпринимателей, фермеров), а также лиц, выполнявших работы по договорам гражданско-правового характера, обусловлено фактом уплаты взносов в Пенсионный фонд РФ за эти периоды.

Исчисление стажа производится только в календарном порядке. При этом зачет периодов в кратном размере (полуторном, двойном, тройном) не применяется, поскольку никогда не предусматривались нормы по взиманию взносов за эти периоды по увеличенному в соответствующее число раз тарифу.

В стаже не учитываются периоды, когда граждане не подлежали обязательному пенсионному страхованию, и уплата взносов не предусматривалась законодательством. К ним относятся периоды учебы, проживания, пребывания в различных местах, а также ухода за нетрудоспособными лицами.

Исключение составляют периоды, прямо указанные в законе. К ним относятся периоды, обусловленные социальным страхованием и иными гарантиями, вытекающими из трудовых отношений (временной нетрудоспособности, безработицы, инвалидности I и II групп, вследствие увечья, связанного с производством, или профессионального заболевания и т.п.).

Также в общий трудовой стаж включаются периоды неправомочного лишения свободы, когда предполагается осуществление трудовой деятельности гражданином. При этом не могут быть учтены периоды до достижения трудоспособного возраста, предусмотренного законодательством, то есть до 16 лет. Работа осужденных в период отбывания ими наказания в виде лишения свободы подлежит включению в общий трудовой стаж наравне с работой, выполняемой в рамках трудовых отношений.

Сохраняется право на включение в общий трудовой стаж периодов военной службы, ответственность за финансирование которых остается за федеральным бюджетом<sup>1</sup>.

В настоящее время конвертация пенсионных прав застрахованного лица осуществляется не только по законодательству, действующему с 1 января 2002 года, но и по законодательству, действовавшему до указанной даты, и на данный момент утратившему силу.

Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации от 29.01.2004 г. №2-П установлено, что норма п. 4 ст. 30 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации», в силу которой исключается льготный порядок исчисления трудового стажа и отменяется включение некоторых нестраховых периодов в трудовой стаж при исчислении расчетного размера трудовой пенсии в целях оценки пенсионных прав застрахованных лиц по состоянию на 1 января 2002 г. по своему конституционно-правовому смыслу не может служить основанием для ухудшения условий реализации права на пенсионное обеспечение, включая размер пенсии, на которые рассчитывало застрахованное лицо до введения в действие нового правового регулирования<sup>2</sup>.

Таким образом, указанным Постановлением предусматривается не только возможность определения права застрахованного лица по ранее действовавшему законодательству, но и размера трудовой пенсии.

Следовательно, на сегодняшний момент оценка пенсионных прав для любого застрахованного лица может производиться по трем нормативным актам: по Закону от 20.11.1990 г. №340-1 «О государственных пенсиях в Российской Федерации», по Федеральному закону от 21.07.1997 г. №113-ФЗ «О порядке исчисления и увеличения размеров государственных пенсий»<sup>3</sup> (эти два акта действовали до 1 января 2002 года, в настоящее время утратили силу) и по Федеральному закону от 17.12.2001 г. №173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации».

<sup>1</sup> Федеральный закон Российской Федерации от 21 марта 2005 г. №18-ФЗ «О средних бюджетах, выделяемых Пенсионному фонду Российской Федерации на возмещение unitных страховых взносов за период ухода за ребенком до достижения им возраста полутора лет и период прохождения военной службы по призыву». // СЗ РФ. 2005. №13. Ст. 1076.

<sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29 января 2004 г. №2-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 30 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы, а также Государственного Собрания (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия), Думы Чукотского автономного округа и жандармского района г. Якутск». // СЗ РФ. 2004. №6. Ст. 450.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 1997. №30. Ст. 3585.

Основываясь на нормах этих актов, из трех полученных сумм выбирается наиболее выгодная, то есть большая по размеру сумма пенсионного капитала для расчета страховой части трудовой пенсии.

Подводя итог рассмотрению основных правил конвертации пенсионных прав, можно сказать, что в связи с переходом на абсолютно новую пенсионную систему права граждан на пенсионное обеспечение, осуществлявших трудовую деятельность до пенсионной реформы, ни в коем случае не будут утрачены. Трудовой стаж и заработок граждан, заработанный и заработанный до 1 января 2002 года, не только будут обязательно учтены при расчете размера пенсии независимо от времени выхода на пенсию, но и исчислены в наиболее выгодном для пенсионера варианте с учетом норм старого (утраченного силу) и нового действующего пенсионного законодательства.

## К ВОПРОСУ О ГОСУДАРСТВЕННОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РОССИИ

*Цирков Я.А. - преподаватель кафедры трудового и предпринимательского права*

Сегодня уже очевидно, что предпринимательство является важнейшей и неотъемлемой составляющей современных экономических рыночных систем. Более того, даже на быденном уровне есть понимание того, что без предпринимательства в России не может быть эффективной экономики и стабильности в обществе. Но понимание сути предпринимательства и задач государственного регулирования предпринимательства еще до конца не оформилось в мировой науке, в том числе и в отечественной.

В последнее время в России на официальном уровне происходит осознание того, что государству необходимо возвращаться в экономику и кардинально менять свою роль, законодательно закрепляя свои стимулирующие, регулирующие и защитные функции.<sup>1</sup> А это, в свою очередь, требует должного анализа и совершенствования всех средств правового регулирования хозяйственных отношений, созда-

ния правовых норм, адекватных сущности предпринимательской деятельности как социально-экономического явления.<sup>1</sup>

Проблемы, связанные с государственным регулированием экономики, в том числе и предпринимательской деятельности, пределедами формами и методами государственного вмешательства в рыночные отношения, активно обсуждаются на страницах юридической и экономической печати.

Обращаясь к истории развития предпринимательства в России, можно сказать, что роль государства традиционно всегда была определяющей в стимулировании и регулировании предпринимательства.

Связь предпринимательства с деятельностью государства четко прослеживается на всех этапах развития российской экономики. Мысль о поощрении предпринимательства можно найти еще в известном изречении Владимира Мономаха о «необходимости и учить купечество, и поддерживать его».<sup>2</sup> И постепенно, шаг за шагом, поддержка предпринимательства в России превратилась в одну из основных экономических функций государства.

Как известно, в нашей стране построение рынка стало целью радикальных экономических преобразований последних лет. Отказ от всеобъемлющего государственного регулирования, формирование новых экономических отношений на основе рынка, признание частной собственности и свободы предпринимательской деятельности все это способствовало споровлению и бурному развитию частного права в Российской Федерации. Вместе с тем, приходится признать, что такая радикальная перестройка общественного механизма, а значит, и правовой системы огличалась до недавнего времени достаточно односторонним характером.

На этапе демократических реформ конца 80-90-х годов прошлого столетия отсутствовала продуманная и взвешенная концепция оптимального сочетания публичных и частных элементов в регулировании имущественных отношений. Проблема как раз и заключалась в отсутствии теоретических и практических разработок в указанной области, что привело к возникновению многочисленных проблем на практике и к необходимости переосмысления и уточнения основ правоведения экономической реформы, в первую очередь законодательной.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ручкина Г.Ф. Государственный контроль за законностью осуществления предпринимательской деятельности. // Государственная власть и местное самоуправление. 2005. №7. С. 20.

<sup>2</sup> Безопасность личности и бизнеса. Справочник. // Информационное агентство АТ. СПб., 1998.

<sup>3</sup> Голубцов В.Г. Государственное регулирование экономики: правовые формы реализации. // Законодательство и экономика. 2005. №3. С. 11-17.

Современное государство играет значительную роль в регулировании предпринимательской деятельности. Но его регулирующая роль, пределы вмешательства в частноправовую сферу в правовых системах различных государств неодинаковы. Эта роль во многом зависит от экономического потенциала государства, экономической политики и защиты собственных интересов, конечно, при условии соблюдения конституционных основ.<sup>1</sup>

Вмешательство государства сегодня стало атрибутом любой развитой экономической системы. Таковы, например, англосаксонская модель рынка, романская, скандинавская, восточно-азиатская. Масштабы государственного регулирования предпринимательства, его конкретные формы и методы в разных странах, безусловно, различны. Они отражают историю, традиции, тип национальной культуры, масштаб истории, ее геополитическое положение и еще многие другие факторы. Но учитывая, что экономические законы, по которым развивается рынок, носят во многом универсальный характер, следует признать, что сферы имущественного оборота, в которые обычно вмешивается государство, достаточно традиционны. Хотя охраняемость, пределы и эффективность подобного вмешательства элементов в частноправовую сферу различны.

Цель государственного регулирования предпринимательской деятельности - обеспечение реализации и защиты публичных интересов, таких, как оборона и безопасность государства, защита прав и свобод человека и гражданина, защита социально уязвимых слоев населения, охрана окружающей среды, а также создание определенных условий, обеспечивающих нормальное функционирование экономики в целом, стабильное участие предпринимателей страны в международном разделении труда и получение от этого оптимальных выгод.<sup>2</sup>

Правительство каждой страны, безусловно, имеет свои собственные цели на каждом конкретном этапе и добивается их решения доступными ему методами и средствами применительно к складывающейся экономической ситуации в своей стране и в мировом хозяйстве.

Без государственного вмешательства в экономику невозможно обеспечить гарантии прав и свобод человека и гражданина, закрепленных в Конституции Российской Федерации от 12 декабря 1993 года<sup>3</sup> (далее - Конституция РФ).

<sup>1</sup> Белов А. Государство и частное предпринимательство. // Право и экономика. 1998.

№2. С. 12.

<sup>2</sup> Гольдштейн Т.Я. Основы менеджмента: Конспект лекций. // Таширов: ТРТУ. 2003.

<sup>3</sup> Российская газета. 1993. №237.

Правовые основы государственного регулирования экономической (в том числе и предпринимательской) деятельности заложены в Конституции РФ.<sup>1</sup>

Это нормы о социальном государстве (статья 7); о гарантиях единого экономического пространства, поддержке конкуренции, защите различных форм собственности (статья 8); о запрете монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции (статья 34) и другие.

В развитие конституционных положений было принято большое количество законодательных актов, направленных на упорядочение правоотношений в сфере экономики: Гражданский кодекс Российской Федерации<sup>2</sup>, Федеральный закон 8 августа 2001 года №128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»<sup>3</sup>, Федеральный закон 8 декабря 2003 года №164-ФЗ «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности»<sup>4</sup>, Федеральный закон 21 июля 1997 года №122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»<sup>5</sup>, Федеральный закон 26 октября 2002 года №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>6</sup> и другие. Вместе с тем, следует отметить, что нормы Конституции РФ, касающиеся государственного регулирования предпринимательской деятельности, пока не нашли в законодательстве своего стройного и последовательного развития.<sup>7</sup>

В обобщенном виде в задачи государственного регулирования входят:

- обеспечение организационно-правовых основ предпринимательской деятельности: определение в законодательстве правового положения субъектов хозяйственной деятельности; определение порядка образования и регистрации субъектов предпринимательской деятельности, их ликвидации, правил и стандартов учета и отчетности; защита различных прав; установление порядка технической государственного регулирования, текущего контроля качества продукции и услуг и другое<sup>8</sup>;

<sup>1</sup> Предприниматель о разрешительных процедурах. // Терещенко Л.К., Игнатюк Н.А.

ЗАО «Юстициформ» 2005. С. 4.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 1994. №32. Ст. 3301.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2001. №33. Ст. 3430.

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2003. №50. Ст. 4850.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 1997. №30. Ст. 3594.

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2002. №43. Ст. 4190.

<sup>7</sup> Шайкин С.Н. Государственное регулирование предпринимательской деятельности. //

Гражданин и право. 2006. №10.

<sup>8</sup> Герчикова И.Н. Регулирование предпринимательской деятельности: государственное и межфирменное. Учеб. Пособие. - М.: Изд. «Космобанкир» 2002. С. 92.

- ослабление прямых форм вмешательства и бюрократического контроля за деятельностью предприятий;
  - создание условий для свободной и добросовестной конкуренции на рынке, свободного перемещения товаров на внутреннем и внешнем рынках, контроль за соблюдением правил конкуренции;
  - обеспечение товарно-денежного и бюджетного равновесия посредством финансовой, налоговой, процентной политики и управления денежной эмиссией<sup>1</sup>;
  - обеспечение повышения эффективности производства хозяйствующими субъектами: оптимизация структуры и размещения производства; создание благоприятного инвестиционного климата для местных и иностранных инвесторов и другое;
  - обеспечение развития предпринимательской инфраструктуры: транспорт, телекоммуникации, связь, страхование и другое;
  - оказание содействия предпринимателям в их хозяйственной деятельности: финансирование и кредитование бизнеса; развития промышленного и научно-технического сотрудничества; поддержка экспортеров; создание условий непосредственной поддержки предпринимательской деятельности путем организации научных и учебных центров, инновационных и страховых фондов, предоставления информации и консультационных услуг;
  - обеспечение социально-экономических основ предпринимательства: разработка норм трудового законодательства и контроль их соблюдения; обеспечение справедливых основ частного найма и оплаты труда, стимулирование роста занятости и увеличения числа рабочих мест; создание безопасных условий труда и жизнедеятельности; обеспечение образования и профессионального обучения<sup>2</sup>;
  - поддержание социального равновесия и приемлемого для большинства населения уровня дифференциации и распределения доходов;
  - реализация политики охраны окружающей среды.
- Теперь необходимо выяснить, что же понимается под государственным регулированием предпринимательской деятельности? В

научной литературе существуют различные точки зрения по данному вопросу. Это многообразие мнений в большей степени связано с тем, что в российском законодательстве нет легального определения понятия «государственное регулирование предпринимательской деятельности». Что вполне объяснимо, поскольку отсутствует системно-образующий акт по регулированию хозяйственных отношений. Хотя в отдельных сферах такое понятие можно найти.

К примеру, в соответствии со статьей 1 Федерального закона от 8 января 1998 г. № 10-ФЗ «О государственном регулировании развития авиации»<sup>1</sup> под государственным регулированием понимается система экономического и правового регулирования развития авиации, государственной поддержки и защиты российских разработчиков, производителей, пользователей и собственников авиационной техники. Анализируя данное определение, можно выделить некоторые составляющие понятия государственного регулирования экономики в целом.

Так, экономическое регулирование предполагает использование преимущественно косвенных методов регулирования экономики, основывающихся на экономических средствах воздействия и являющихся для рыночной экономики преобладающими и главенствующими. Правовое регулирование экономики не нуждается в каком-либо дополнительном разъяснении ввиду очевидности его значения.<sup>2</sup>

Государственная поддержка и защита субъектов экономической деятельности - необходимые элементы государственного воздействия на экономику.

Необходимо отметить, что чаще всего государственное регулирование определяется через категорию «деятельность». Так, Е. П. Губин определяет государственное регулирование экономики как деятельность государства в лице его органов, направленную на реализацию государственной экономической политики с использованием специальных средств, форм и методов<sup>3</sup>. В данном случае используется «функциональный» подход, поскольку речь идет о деятельности органов государства, направленной на реализацию государственной экономической политики.

И. Н. Герчикова определяет государственное регулирование экономики как систему осуществляемых уполномоченными на то госу-

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1998. №2. Ст. 226.

<sup>2</sup> Шихтин С. Н. Указ. соч.

<sup>3</sup> Предпринимательское право Российской Федерации. // Отв. ред. Е. П. Губин, И. Г. Лахно. - М., 2003. С. 397.

<sup>1</sup> Гольдштейн Т. Я. Указ. соч.

<sup>2</sup> Герчикова И. Н. Указ. соч. С. 92.

дарственными органами мер в целях стабилизации экономики и обеспечения устойчивых темпов экономического роста в рамках существующей социально-экономической системы<sup>1</sup>. Но при этом не выделяется специфика и сущность регулируемых отношений, возникающих при осуществлении предпринимательской деятельности.

Весьма интересным представляется определение Г. Д. Огнюковой, которая раскрывает государственное регулирование предпринимательской деятельности как воздействие государства на нее путем принятия нормативно-правовых актов, правовых актов индивидуального регулирования, организация контроля за соблюдением требований законодательства к предпринимателям и применения мер стимулирования и ответственности к нарушителям этих требований.<sup>2</sup>

Таким образом, можно сделать вывод, что государственное регулирование предпринимательской деятельности представляет собой совокупность мер экономического, правового и организационного воздействия на предпринимательскую деятельность путем принятия нормативно-правовых актов, правовых актов индивидуального регулирования, в том числе путем государственной поддержки и защиты субъектов предпринимательской деятельности, а также государственного контроля за соблюдением требований законодательства субъектами такой деятельности и применение института ответственности к нарушителям этих требований.

Говорить о «системе» этих мер пока преждевременно, поскольку в данной сфере отсутствует системообразующий нормативный правовой акт. Но поскольку все перечисленные меры государственного регулирования экономики имеют или, по крайней мере, должны иметь нормативное закрепление и обеспечение, можно говорить о «нормативной» основе изложенного понятия.<sup>3</sup>

Весьма важным является вопрос о соотношении понятий «государственное регулирование экономики» и «государственное регулирование предпринимательской деятельности». Поскольку предпринимательская деятельность - это вид экономической (хозяйственной) деятельности, характеризуемый специфическими признаками (в том числе систематическим получением прибыли), то, следовательно, государственное регулирование такой деятельности - это разновидность государственного регулирования экономики.

1 Герцикова И.Н. Указ. соч. С. 81.

2 Российское предпринимательское право // Отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. - М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. С. 103.

3 Шиткин С.Н. Указ. соч.

Субъекты хозяйственной деятельности - это в большей части субъекты предпринимательской деятельности, включая унитарные предприятия. Таким образом, понятия «государственное регулирование экономики» и «государственное регулирование предпринимательской деятельности» соотносятся как родовое и видовое. По тому, как осуществляется регулирование предпринимательской деятельности и как обеспечены гарантии субъектам такой деятельности, можно судить о регулировании экономики в целом.<sup>1</sup>

Представляется, что под формами государственного регулирования предпринимательской деятельности следует понимать нормативно-правовые акты (регулируюг поведение неопределенного круга лиц) и акты ненормативного характера (индивидуального регулирования)<sup>2</sup>, которые закрепляют конкретные меры экономического, правового и организационного воздействия на предпринимательскую деятельность.

При определении методов государственного регулирования предпринимательской деятельности необходимо брать за основу методы регулирования отношений, складывающихся в процессе хозяйственной деятельности и охватываемых предметом предпринимательского (хозяйственного) права. Таким образом, вполне достаточно будет указать три основных метода: автономных решений (метод согласования), обязательных предписаний, рекомендаций.<sup>3</sup> Выделение других методов государственного регулирования предпринимательской деятельности так или иначе основывается на вышеназванных.

Вез метода обязательных предписаний не обойтись и в условиях развитого рыночного хозяйства, а тем более на переходном этапе к нему. Метод автономных решений (метод согласования) характерен не только для горизонтальных хозяйственных отношений, но применяется и при государственном регулировании предпринимательской деятельности. Такие формы государственного воздействия, как договор и государственная поддержка, имеют большие перспективы для рыночной экономики. Аналогичные перспективы имеет и метод рекомендаций. Но для того, чтобы оба названных метода заработали в полной мере, необходимо навести порядок в экономике, в том числе путем улучшения хозяйственно-го законодательства.<sup>4</sup>

1 Шиткин С.Н. Указ. соч.

2 Российское предпринимательское право // Отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. - М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. С. 103.

3 Шиткин С.Н. Указ. соч.

4 Там же.

Что касается соотношения форм и методов государственного регулирования предпринимательской деятельности, то многие формы такого рода основываются не на одном из методов, а на сочетании элементов трех методов предпринимательского права. Так, все три метода применяются при осуществлении антимонопольного регулирования как одной из основных форм государственного регулирования предпринимательской деятельности. Антимонопольный орган выдает хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания; направляет рекомендации о развитии конкуренции органам исполнительной власти и местного самоуправления; дает предварительное согласие на осуществление определенных действий, направленных на концентрацию капитала.<sup>1</sup>

Эффективность использования государственно-правовых способов регулирования предпринимательской деятельности достигается при соблюдении следующих условий:

- обоснованный выбор их с учетом специфики тех или иных объектов воздействия;
  - использование способов регулирования на основе анализа оценки динамики объектов;
  - применение способов регулирования с учетом природы секторов экономики и организаций, принадлежащих к разным формам собственности;
  - согласование способов внутренне и международно регулируемых, когда последние признаны официально в установленном порядке;
  - тщательная регламентация методов государственного регулирования в специальных актах, недопускающая возможности злоупотребления регулирующим органом.<sup>2</sup>
- К сожалению, приходится отмечать наличие серьезных проблем в использовании механизма государственного регулирования предпринимательской деятельности.

Одна из них связана с односторонним применением тех или иных методов и недооценкой их комплексного, взаимосвязанного использования. Другая проблема выражается в некоторой путанице со способами государственного управления, регулирования и контроля. И, наконец, далеко не всегда обоснован «набор методов» с учетом состояния объекта, на изменение динамики которого они рассчитаны.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Шишкин С.Н. Указ. соч.

<sup>2</sup> Тихомиров Ю.А. Юридические режимы государственного регулирования экономики. // Право и экономика. 2000. №5.

<sup>3</sup> Тихомиров Ю.А. Указ. соч.

Как уже было отмечено выше, нормы Конституции РФ, касающиеся государственного регулирования предпринимательской деятельности, пока не нашли в современном законодательстве своего стройного и последовательного развития.

В данном случае уместно говорить о необходимости принятия Предпринимательского кодекса, который, в частности, и должен установить публично-правовые правила хозяйствования, определить пределы вмешательства государства в экономику, закрепить гарантии прав хозяйствующих субъектов. Только в рамках такого нормативного правового акта может быть четко регламентировано государственное регулирование предпринимательской деятельности.<sup>1</sup> Любая неопределенность в этой сфере будет с неизбежностью создавать возможность для злоупотреблений и коррупции.

На базе специального предпринимательского законодательства необходимо обеспечить оптимальное сочетание частноправового и публично-правового регулирования. Именно такой подход позволит избежать чрезмерного вмешательства государства в экономику, с одной стороны, и издержек рыночной саморегуляции, с другой. Речь должна идти не о «внедрении частичноправовых начал в публично-правовую материю» или, наоборот, о «встраивании отдельных элементов публично-правового воздействия в частноправовое регулирование»<sup>2</sup>, а об их системном объединении в отношении предпринимательской деятельности.

Исторический опыт учит: законодательство способно стать действенным правовым регулятором той или иной сферы общественных отношений лишь в том случае, если оно, во-первых, адекватно объективным реалиям и закономерностям развития соответствующих общественных отношений, а во-вторых, оказывает в своем применении позитивное, стимулирующее воздействие на общественный прогресс. В противном случае законодательство становится своеобразным тормозом общественного прогресса, а потому перестает восприниматься обществом в качестве должной модели общественного поведения. Общество игнорирует подобное законодательство, и никакие усилия государства не способны заставить людей исполнять действующие законы.<sup>3</sup>

Практика показывает, что сами по себе нормы законодательства, какими бы совершенными они ни были, не решат проблему повлече-

<sup>1</sup> Шишкин С.Н. Указ. соч.

<sup>2</sup> Бабич В. Правовое регулирование предпринимательства: частные и публичные начала. // Хозяйство и право. 2000. №9. С. 13, 15.

<sup>3</sup> Цветков И.В. Российское законодательство и экономика: проблемы взаимодействия. // Законодательство и экономика. 2003. №7. С. 4.



ния эффективности правового регулирования отечественной экономики. Правовые нормы вследствие идеального содержания не способны сами по себе обеспечить возникновение реального результата экономической деятельности.<sup>1</sup> Как справедливо отмечает В. И. Пугинский, результаты достигается посредством использования индивидуальных (ненормативных) правовых средств, представляющих собой не что иное, как основанные на нормах законодательства юридико-организующие действия субъектов экономики по достижению их собственных целей.<sup>2</sup>

В настоящее время предпринимателям попытка найти более обособленное сочетание государственного регулирования с самостоятельностью хозяйствующих субъектов и свойственной им саморегуляцией.<sup>3</sup>

Деловое сообщество пришло к осознанию необходимости дальнейшей самоорганизации, консолидации и поиска новых путей улучшения позиций бизнеса во взаимодействии с федеральными и региональными органами государственной власти и воздействия на власть с целью принятия законодательных и нормативных актов, регламентирующих предпринимательскую деятельность и направленных на утверждение в России цивилизованного, безопасного и социально-ответственного бизнеса.<sup>4</sup>

Снятие неоправданных ограничений, саморегулирование организаций и совершенствование процедур внутреннего контроля как неотъемлемой части деятельности субъектов предпринимательства; устранение пробелов и двусмысленности отдельных правовых норм, создающих благоприятную среду для незаконной предпринимательской деятельности; четкое разграничение незаконной предпринимательской деятельности и деятельности, направленной на извлечение дохода для удовлетворения личных потребностей, не требующей государственной регистрации - задачи, требующие незамедлительного решения в целях эффективного развития современного экономического оборота с участием субъектов предпринимательской деятельности.<sup>5</sup>

Необходимо констатировать тот факт, что определение направлений государственного регулирования предпринимательской деятельности, конкретных форм и методов и является на сегодня стра-

тегической задачей законодателя в части обеспечения баланса публичных и частных интересов при регулировании экономических отношений.

Несмотря на огромную роль государства в экономике, оно не должно подменять собой хозяйствующие субъекты. Опорой хозяйства должен быть частный сектор, предпринимательская инициатива.<sup>1</sup>

Из понимания этого вытекает необходимость уделять должного внимания государственному регулированию и особую поддержку предпринимательства, созданию для его развития всех необходимых условий.

<sup>1</sup> Цветков И. В. Указ. соч. С. 7.

<sup>2</sup> Пугинский В. И. Основы проблемы теории гражданского-правовых средств: Автореф. дис. на соиск. степ. доктора юр. наук. - М., 1985. С. 16.

<sup>3</sup> Тихомиров Ю. А. Указ. соч.

<sup>4</sup> Глазков Р. В. К вопросу участия организации предпринимательского сообщества в законодательческом процессе. // Юридический мир. 2006. № 1.

<sup>5</sup> Ручкина Г. Ф. Указ. соч. С. 23.

<sup>1</sup> Россия и современный мир. // Отв. ред. В. Д. Нечуев. - М., 2006. С. 191.

## Страницы отечественной и зарубежной истории государства и права

### ВЫБОРЫ ВО ВСЕРОССИЙСКОЕ УЧРЕДИТЕЛЬНОЕ СОБРАНИЕ 1917 Г.: ПЕРЕОСМЫСЛЕНИЕ ЭЛЕКТОРАЛЬНОГО НАСЛЕДИЯ

*Архирейская Г.Ю. - доцент кафедры конституционного и международного права*

Важнейшим элементом характеристики современного состояния избирательного законодательства России выступает изучение электорального наследия. Знание основных тенденций становления и исторического развития выборов способствует адекватному восприятию современного избирательного права и электоральной практики, позволяет правильно оценить реформы в соответствующей области отношений и в известной мере прогнозировать тенденции развития выборов.

В этой связи считаем весьма познавательным и полезным обратиться к истории уникального для дореволюционного периода выборов во Всероссийское Учредительное собрание 1917 г.

Учредительное собрание, или «конституционная ассамблея» (от англ. constituent assembly), или конституанта (от франц. (assemblee) consultant), или национальный конвент - это есть представительное учреждение, собрание народных депутатов, которое уполномочено оформить новый государственный строй, выработать основные законы, Конституцию страны<sup>1</sup>.

Этимологическое значение термина «учредительный» связывается с глаголом учредить. По определению В. Дала, «учредить - значит устроить в череду, ряд или порядок, установить правилами»<sup>2</sup>. Следова-

<sup>1</sup> Конституционное (государственное) право. Стратегичек. / Под ред. В.И. Лидинского. - М., 1995. С. 164.  
<sup>2</sup> Даль В. Толковый словарь живого русского языка. 2-е изд. Т. 3. - СПб., 1882. С. 544.

тельно, в формально-юридическом смысле понятие «учредительное собрание» указывает нам на то, что такой орган призван «учредить», то есть установить, или ввести новый строй жизни и закрепить его на конституционном уровне.

Еще в Древнем Риме говорили о власти, которая имеет право *rem publicam constituere*, то есть устанавливать государственные порядки. Далее, в Средние века, сложилось представление о договоре между отдельными элементами государства, которые являются источником «фундаментальной» или основного законодательства. Однако идея «теоретическими источниками «учредительной власти» является учение французских просветителей XVIII в. о «народном суверенитете» и «общественном договоре», которые прочно вошли в правоведческий лексикон в эпоху европейских революций конца XVIII - середины XIX вв.

Принято считать, что из всех известных способов принятия новой конституции создание представительного Учредительного собрания является наиболее демократичным. Впервые такой способ был апробирован в США Филадельфийским конвентом 1787 г. Особо широко распространение созыв Учредительных собраний получил после революционных переворотов в государствах западной Европы. Когда разрушался старый уклад жизни и возникала необходимость создать обновленный государственный строй, это работа совершалась Учредительными собраниями: во Франции - в 1789 г., 1830 г., 1848 г., 1870-1871 гг., в Испании - в 1812 г., в Бельгии - в 1830 г., в Германии - в 1848 г., в Португалии - в 1911 г.<sup>1</sup> Создание конвентов пользовалось популярностью и в XX в., особенно после второй мировой войны (Франция, Италия, Португалия, Индия, Пакистан, Болгария, Румыния)<sup>2</sup>.

Таким образом, в течение XVIII-XX вв. в разных странах мира созывались Учредительные конвенты. По образному выражению А. Устинова, конвент всегда появлялся там, где «отечество было объявлено в опасности», и правам государством как «абсолютный монарх»<sup>3</sup>.

Учредительные собрания веде создавались при однократных обстоятельствах, имели одинаковый характер и сходное назначение. Деятельность конвентов всегда ограничивалась небольшими времен-

<sup>1</sup> Сингалевич С.П. Что такое Учредительное собрание и каковы его задачи. - Казань, 1917. С. 3-5.

<sup>2</sup> Конституция Российской Федерации: Энциклопедический словарь. / В.А. Панаев, В.Е. Чиркин, Ю.А. Юдин и др. Изд. 2-е, перераб. и доп. - М., 1997. С. 291.

<sup>3</sup> Устинов А. Конвент. // Волеу Учредительного собрания. Сб. статей и документов. - Пг., 1918. С. 45.

ными рамками. Как только Учредительное собрание организовывало жизнь на новых началах и закрепляло новый государственный строй основными законами или конституцией, оно прекращало свою деятельность, слагало с себя власть и передавало ее народному представительству.

«Различие между учредительными собраниями лишь в том, - писал К.Н. Соколов, - что вопрос, заслуживаемый санкцией Учредительной власти и занесения в Конституцию решается каждый раз в зависимости от конкретных исторических условий, времени и места»<sup>1</sup>.

Первые избранное Учредительное собрание в России просуществовало немногим более 12 часов (5 (18) - 6 (19) января 1918 г.), однако дорога к нему длинна, сложна и весьма поучительна как для историков, философов, политологов, так и, безусловно, юристов.

Вопрос об Учредительном собрании в Российской империи остро и судьбоносно встал после Февральской революции, когда конституционные настроения и ожидания достигли своего апогея. Именно тогда идея и лозунг Учредительного собрания стали выражением одного из самых радикальных демократических требований и активно поддерживались всеми прогрессивными слоями населения, представляемыми политическими партиями, известными общественными деятелями и юристами<sup>2</sup>.

Созыв Учредительного собрания связывался с единственно возможным способом мирного реформирования формы правления страны и политического режима, решением важнейших вопросов государственного строительства и созданием новой российской демократии.

В своих мемуарах А.Ф. Керенский пишет, что решение об определении будущего политического устройства страны только Учредительным собранием было принято почти единогласно на заседании Временного комитета Государственной Думы в ночь с 1 на 2 марта 1917 г.<sup>3</sup>

Декларация Временного правительства, опубликованная 5 марта 1917 г., провозгласила немедленную подготовку к созыву на началах всеобщего, равного, тайного и прямого голосования Учредительного собрания, которое установит форму правления и конституцию страны<sup>1</sup>. Тем самым Временное правительство обнародовало свое намерение демократическим путем разработать и принять конституцию, продвигавшего отдельные положения будущего конституционного строя.

Подготовку и проведение выборов в Учредительное Собрание можно разбить на следующие этапы:

- 1) май 1917 г. - созыв Особого совещания для подготовки Положения о выборах;
- 2) июль-август 1917 г. - формирование избирательных комиссий;
- 3) август-октябрь 1917 г. - образование избирательных округов и составление списков избирателей;
- 4) октябрь-ноябрь 1917 г. - составление кандидатских списков и их блокирование между собой;
- 5) сентябрь-октябрь 1917 г. - проведение предвыборной агитации;
- 6) 12-14 ноября 1917 г. - выборы в Учредительное собрание;
- 6) 5-6 января 1918 г. - заседание Учредительного собрания.

25 мая в Маринском дворце, где в царское время помещались Государственный совет и Комитет министров, а в начале Февральской революции - Временное правительство открылось Особое совещание для изготовления проекта Положения о выборах в Учредительное собрание.

Отдельного внимания заслуживает состав Совещания. В него вошли и авторитетнейшие ученые, профессиональные юристы, специалисты по статистике, а также более 50 представителей основных политических течений России. Возглавил Совещание видный государствовед Ф.Ф. Кокошкин<sup>2</sup>. Группу специалистов, призванных обеспечить «научный» и «государственный» подход в работе Совещания, составляли 12 известных сторонников конституционного развития страны. В их числе: профессор В.М. Гесен, профессор С.А. Котляревский, магистр государственного права Н.И. Лазаревский, академик А.С. Лапшов-Данилевский, магистр международного права барон

<sup>1</sup> Соколов К.Н. Учредительное собрание. - *Изв.*, 1917. С. 10.

<sup>2</sup> См., н-р: Водовозов В.В. Что такое Учредительное собрание. - *Изв.*, 1917. С. 7; Волкештин О.А. Всеобщее избирательное право. Выборы в Учредительное собрание. - *Изв.*, 1917. С. 3; Гесен В.М. Русское Учредительное собрание и выборы в него. - *Изв.*, 1917. С. 18; Фридлянд С. Учредительное собрание. - *Изв.*, 1917. С. 3-8; Юрвич Д. Что такое Учредительное собрание. - *М.*, 1917. С. 5-11; Зайцев А. Учредительное собрание 1917 года. - *Изв.*, 1917. С. 5; Кокошкин Ф.Ф. Учредительное собрание. - *Изв.*, 1917. С. 15; Минор О.С. Один день Учредительного Собрания. // В кн. «Переходное собрание. - *Изв.*, 1917. С. 10, 27; Святцкий Н. К истории Всероссийского Учредительного собрания. - *Изв.*, 1917. С. 3.

<sup>3</sup> Керенский А.Ф. *Восстия на историческом перевале.* - *М.*, 1993. С. 144.

<sup>1</sup> Революционное движение в России после свержения самодержавия. Документы и материалы. - *М.*, 1957. С. 419.

<sup>2</sup> Подробнее о Ф.Ф. Кокошкине см.: Толстинов В.А. Федор Федорович Кокошкин (1871-1918): судьба и творчество. // *Законодательство.* 2004. №11, 12; 2005. №2, 3.

Б.Э. Нольде, кандидат прав В.В. Воловцов, преподаватель Московского коммерческого института Н.Н. Авиннов, присяжные поверенные М.С. Аджемов, А.С. Зарудный и В.А. Макляков, сенатор В.Д. Набоков, член консултации при Министерстве юстиции А.Я. Гальперн. Всего состав Советания насчитывал 82 члена<sup>1</sup>.

Плод усилий Особого Советания - Положение о выборах в Учредительное собрание - представляет собой уникальный для своего времени акт, принципиально отличающийся от законов о выборах в Государственную Думу<sup>2</sup>. Оно стало своеобразным итогом развития российской государственно-правовой и политической мысли. Разработчики Положения заимствовали самые передовые и демократические принципы выборов, сложившиеся к тому времени в мировой практике. При подготовке документа переводились и сопоставлялись тексты избирательных законов и конституций Франции, Германии, Бельгии, Норвегии, Сербии, других европейских стран и североамериканских штатов США. К чести авторов, ни один из этих источников не был использован механически - были выработаны собственные нормы представительства, особый вариант избирательной системы.

Отдавая должное членам Советания, стоит вспомнить какими огромными трудностями, связанными не только с правовыми и политическими разногласиями, сопровождалась их работа. Деятельность Советания проходила в тяжелейших условиях гражданской войны и народных волнений, подорванной экономики, огромного количества нерешенных национальных и социальных проблем, остройшей политической борьбы, конфронтации и нестабильности в обществе. Сюда прибавляются особые геополитические условия, разнородный состав, многоязычность и редкость населения, кочевой уклад жизни в отдаленных районах Азиатской России, низкий уровень общей культуры, отсутствие достаточного количества грамотных людей для избирательного аппарата. Поэтому авторы Положения были озабочены не только «совершенством закона, но и соответствием его стремлениям и интересам различных частей населения, различным условиям отдельных частей России...»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Знаменский О.Н. Всероссийское Учредительное собрание. - Д., 1976. С. 125.

<sup>2</sup> Положения о выборах в Учредительное собрание утверждались Временным правительством по частям. Сначала, 20 июля, были утверждены часть глав первого раздела Положения, а затем (11 сентября) оставшаяся часть первого раздела и весь второй раздел. Третью часть Положения приняли 23 сентября, а после утверждения инструкции к третьему разделу, которая последовала 2 октября, работа была закончена.

<sup>3</sup> Из выступлений председателя Советания Ф.Ф. Коковкина. // Цит. по: Витязь М.В. Даны прощальному. - Нью-Йорк, 1954. С. 262.

По нашему убеждению, принятие Положения о выборах в Учредительное собрание означало беспрецедентную для России избирательную реформу, которая привела к существенной модернизации избирательного процесса, ставшим с формально-юридической оценки самым демократичным из всех существовавших в то время в мировой практике. Такая высокая оценка этого документа вытекает, прежде всего, из того, что Положение о выборах в Учредительное собрание впервые формулировало новые принципы избирательного права Российской государственности. Статья 1 Положения закрепляла, что Учредительное собрание образуется из членов, избранных населением на основе *всеобщего, без различия пола, и равного избирательного права посредством прямых выборов и тайного голосования с применением* начала пропорционального представительства<sup>1</sup>.

Как видим, Положение отказалось от курьезной системы выборов, действовавшей на выборах Государственной Думы. Вводился принцип всеобщности и равенства выборов, представляющий многочисленным категориям граждан, лишенным избирательного права по законам Российской империи, право участвовать в выборах - «никто не должен иметь больше одного голоса и, наоборот, каждый должен иметь один голос. Один человек - один голос! И голос каждого избирателя должен быть равен, иметь такое же значение, как и голос всякого другого избирателя»<sup>2</sup>.

*Впервые право голоса получили женщины*, что с большим воодушевлением было воспринято наиболее прогрессивными представителями слабого пола<sup>3</sup>. Характерно, к началу века полное избирательное равенство закреплялось лишь в некоторых штатах США, Норвегии (1901 г.) и Финляндии (1907 г.)<sup>4</sup>. Эта заветная мечта исполнилась для женщин Англии - в 1928 г., Франции - в 1944 г., Италии - в 1945 г. Женщины известной своими демократическими традициями Швейцарии получили право голоса только с 1971 г., а в парламент Объединенных Арабских Эмиратов впервые в истории страны женщины вошли только в 2007 г.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Ст. 1 гл. I р. I Положения о выборах в Учредительное собрание. Здесь и далее текст Положения цитируется по изданию: Российское законодательство XIX-XV вв. В 9-ти томах. Т. 9. Законодательство эпохи буржуазно-демократической революции. - М., 1994. С. 136-184.

<sup>2</sup> Дин Ф.И. Всероссийское Учредительное Собрание. Изд. 2-е. - М., 1917. С. 39.

<sup>3</sup> Волкешинский О.А. Всеобщее избирательное право. Выборы в Учредительное собрание. С. 4-11.

<sup>4</sup> Лазаревский Н.И. Лекции по русскому государственному праву. Конституционное право. Изд. 2-е. - СПб., 1910. С. 274.

<sup>5</sup> Российская газета. 2007 г. 6 февраля.

Помимо этого *первые избирательным правом наделились военнослужащие*<sup>1</sup>. Примечательно, что в начале XX в. они не могли участвовать в выборах ни в одной стране мира. По воспоминаниям барона В.Э. Нольде, соответствующая часть Положения о выборах «на всегда остается единственным в своем роде прецедентом в истории избирательного права»<sup>2</sup>.

Положение также отменяло ценз оседлости<sup>3</sup>. Для России этот ценз имел особое значение, так как некоторые российские народы вели кочевой образ жизни. Генералы они имели право голосовать в той местности, в которой будут находиться в день выборов. При этом закреплялась право требования перевода текста кандидатурного списка на один из языков народов России.

Новый избирательный закон ликвидировал закрепленные ранее ограничения по национальному принципу, устранились различия между природными и натурализованными гражданами. Впервые в избирательной практике введены принципы прямого, то есть личного участия граждан в выборах (ст. 73) и тайного голосования (ст. 75).

Если введение всеобщего, равного и прямого избирательного права не вызвало возражений ни у одного участника Особого Совета, ни у одной политической партии, то *серьезные разногласия возникли по вопросу об избирательном возрасте*<sup>4</sup>.

Кадеты предлагали связать избирательный возраст с достижением гражданского совершеннолетия, которое согласно дореволюционному законодательству наступало в 21 год. Аргументируя такую позицию, В.А. Маклаков полагал, что недопустимо предоставлять право решать судьбу страны и ее 160-миллионного народа несовершеннолетним, не правоспособным гражданам, не имеющим права распоряжаться своим имуществом, подписать вексель или выдать заемное письмо<sup>5</sup>. В.М. Герсен также настаивал на уравнивании политического совершеннолетия

с общегражданским. Лиц более молодого возраста не следует наделять избирательным правом, так как судьба голосования в деревне, почти лишенной мужского населения старше 18 лет, «передавалась бы в руки крестьянских девушек - наиболее многочисленной и наименее сознательной возрастной группы женского населения страны»<sup>1</sup>.

В программах социалистических партий указывался возраст в 20 лет. «В этом возрасте, - писал Ф. Дан, - человек становится уже вполне сознательным, может ознакомиться с жизнью, понять нужды народа. К тому же в молодости человек легче всего отгадывает бескорыстному общественному делу, не думая о личных выгодах»<sup>2</sup>.

Большевики настаивали на том, что в исключительной обстановке войны и революции человек достигает революционной политической зрелости уже в 18 лет<sup>3</sup>.

В итоге создатели избирательного законодательства пришли к единому мнению - предоставлять активное и пассивное избирательное право всем российским гражданам, «коим ко дню выборов исполнится 20 лет» (ст. 3).

Серьезная полемика развернулась вокруг вопроса о том, *какой вид избирательной системы лучше использовать при выборах* в Учредительное собрание.

Лейтмотивом указанных дебатов выступили кардинально противоположные научные концепции в отношении преимуществ мажоритарного или пропорционального представительства, широко распространенные в то время не только в России, но и в большинстве зарубежных государств (Англия, Франция, Швеция, Бельгия).

Как известно, выборы в России никогда не проходили по пропорциональной системе, но в конце XIX - начале XX в. пропорциональное представительство было осуществлено уже целым рядом стран (Сербией в 1888 г., Бельгией в 1899 г., Финляндией в 1906 г., Бразилией в 1912 г.).

Некоторые ученые полагали, что на выборах в Учредительное собрание следует использовать мажоритарную систему.

Так, В. Водовозов, не абсолютизируя бывший мажоритарную систему<sup>4</sup>, писал, что пропорциональная система может быть введена с ка-

1 В соответствии с примечанием ст. 3 п. 2. р. 1 Положения «Венноскржащие пользуются правом участия в выборах, если они достигли ко дню выборов возраста, установленного для последнего досрочного призыва» (в то время с 18 лет - А.Т.).  
2 Нольде В.Э. Д. Нольде в 1917 г. // Нольде В.Э. Далеко и близко: Исторические очерки. - Париж, 1930. С. 152.  
3 В начале XX в. большинство стран к участию в выборах допускались только те граждане, которые постоянно проживали в определенном месте в течение некоторого времени. Например, Англия и царская Россия устанавливала годичный срок, Франция - шесть месяцев, а Германия ограничивала его официальным периодом составления избирательных списков. // Анриков С. Подготовка к выборам в Учредительное собрание // Право и жизнь. 1999. №24. С. 38.

4 Во многих конституциях зарубежных стран того времени политическая дееспособность не совпадала с гражданской и начиналась с более позднего времени: в Дании - с 30 лет, в Германии, Бельгии, Испании - с 25 лет, в США - с 21 года.

5 Виньяк В.М. Давь прощай. С. 266.

5 Цит. по: Знаменский. Всероссийское Учредительное собрание. С. 71.

6 Дан Ф. Указ. соч. С. 26.

1 Правда. 1917. 19. 25 мая.

2 В одной из своих брошюр В. Водовозов доказывал, что мажоритарная система имеет серьезные недостатки, выражающиеся в том, что в ней очень крупное меньшинство, иногда определяемое десятками, или сотнями тысяч, или даже миллионами по всей стране оказывается непредставленным в представляемом собрании. // Водовозов В. Пропорциональные выборы или представительство большинства. - СПб., 1905. С. 5-9.

ким бы то ни было успехом только на хорошо подготовленной политической почве и только в государстве, территориально не очень большим и вместе с тем плотно заселенном. На Западе она еще слишком мало испытана, и результаты ее являются не такими очевидными, что бы в России можно было ввести эту систему с уверенностью в близости результатов. Во всяком случае, лучше примириться с некоторыми, хотя и крупными недостатками мажоритарной системы и в начале, по крайней мере, подобного прыжка в неизвестное не делать<sup>1</sup>.

Определенные возражения высказывал и А.А. Жидлин, который полагал, что «пропорциональные выборы, будучи малопопытными для широких кругов населения, понижают сознательное отношение избирателя к выборной операции. Наконец, они сильно усложняют выборную процедуру. Эти выборы могут быть с успехом использованы в странах небогатых и со значительным опытом применения представительных учреждений»<sup>2</sup>.

Разделяя в целом огромное значение движения в пользу пропорционализма, профессор В.М. Гессен полагал, что переход от мажоритарной системы к пропорциональной не является злободневным, неотложным вопросом государственной жизни. Рациональная, справедливая и правильная организация мажоритарной системы дает возможность правильно функционированию представительных учреждений. Призывая политические партии неустрашимым условием представительного строя, автор, тем не менее, считал, что пропорциональная система, при которой в парламент можно пройти только по списку определенной партии, лишает всякого значения весьма внушительную массу населения, не принадлежащую ни к какой политической партии. Еще одним существенным недостатком пропорциональной системы, подрывающим ее ценность вообще, на взгляд ученого, выступает существование раздробленности парламента на множество ничтожных и незначительных партий. Способствуя представительству в парламенте партий, представляющих небольшое, а иногда совершенно ничтожное меньшинство, пропорционализм уменьшает единство парламента и разрушает его влияние на власть. С этой точки зрения между пропорциональной системой, с одной стороны, и парламентарным строем - с другой, существует органическое противоречие. Чем представительство является более пропорциональным,

тем бессильнее является парламент. Поэтому вопрос о переходе к пропорциональной системе заслуживает самого серьезного и вдумчивого к себе отношения<sup>1</sup>.

С другой стороны, дела являла российских ученых, основываясь на опыте иностранных государств и трудах зарубежных авторов (Милла (Англия), Навиля и Гагенбаха-Бишофа (Швейцария), Сметта и Д'Онга (Бельгия), Бартелеми (Франция), Зигфрида и Лажера (Германия)) доказывали безусловную необходимость пропорциональной системы, обосновывая ее преимущество вескими доводами.

Активным проповедником идей пропорционального представительства еще в конце XIX в. выступал профессор Н.М. Коркунов, обстоятельно доказывавший в своей монографии «Пропорциональные выборы» превосходство пропорциональной системы над системой большинства<sup>2</sup>.

Особенное достоинство пропорциональных выборов Н.М. Коркунов видел в том, что при них степень соответствия представительства составу избирателей находится в прямой зависимости от числа избирателей, тем самым устраняется возможность большинства лучше представлять меньше, чем у меньшинства. Решающее большинство будет представлять действительное большинство.

Помимо этого, автор считал, что при пропорциональной системе представительство в парламенте получают мелкие группы солидарных между собой избирателей, не развышися еще в наслоение политические партии с определенной программой и строгой партийной дисциплиной. Потом при обсуждении политических вопросов они могут объединиться в политические партии. Такой порядок окончателного образования в парлатах, по мнению ученого, гораздо больше способствует идее народного представительства<sup>3</sup>.

Детельным сторонником пропорциональной идеи являлся В. Велхов, который считал пропорциональную систему наиболее совершенной и своевременной в силу активного усиления роли политических партий, «выдвинутого самой жизнью» современной России<sup>4</sup>.

Ярким защитником пропорционального представительства на предстоящих выборах в Учредительное собрание выступал М.В. Виш-

<sup>1</sup> Водовозов В. *Всёобщее избирательное право и его применение в России*. Вып. 1.

Изд. 2-е. - СПб., 1906. С. 16-17; 28-52.

<sup>2</sup> Жидлин А.А. *Учебник государственного права (пособие к лекциям)*. Ч. 1. - П., 1916. С. 317.

<sup>1</sup> Гессен В.М. *Теория конституционного государства*. Изд. 3-е. - СПб., 1914. С. 219-227.

Гессен В.М. *Основы конституционного права*. - П., 1917. С. 316-321.

<sup>2</sup> Коркунов Н.М. *Пропорциональные выборы*. - СПб., 1896.

<sup>3</sup> Там же. С. 21-25, 84-85, 93-94.

<sup>4</sup> Велхов В. *Сущность и системы пропорциональных выборов*. - П., 1917. С. 6-9.

нак, полагающих, что избирательная кампания при пропорциональной системе способствует росту политического сознания и развитию политической системы общества, сглаживает различные местные условия<sup>1</sup>.

Оспаривая мнение о том, что пропорциональные выборы технически затруднительны, сложны, дороги и непонятны для населения, М. В. Вишняк указывал, что всякая система представляется населению непонятной, сложной и затруднительной только сначала. В подтверждение этого автор приводит пример зарубежных государств. Когда во Франции вводилась система всеобщего избирательного права, французская Академия наук сочла ее технически неосуществимой. По расчетам академии, один только подсчет результатов парижских выборов потребует 354 дня при 12-часовой работе. Эти страхи, как известно, не оправдались<sup>2</sup>.

В пользу пропорциональной системы развернули активную агитацию и большинство политических партий - самым передовым избирательным способом ее считали кадеты, эсеры, большевики, энесы и др. Поддержав применение пропорциональной системы «как общего правила», Особое Соещание избрало особые варианты ее применения.

Во-первых, было предложено не проводить голосование по единому общероссийскому округу, а разделить страну на ряд многомандатных избирательных округов, в каждом из которых независимо друг от друга выдвигались списки кандидатов.

Для распределения мандатов была избрана *система Д'Онта*. При впервые проводимых пропорциональных выборах, данная система станет наиболее справедливой и в то же время наиболее удобной, «потому что при ней не бывает недобора», полагала О. А. Волкешптейн<sup>3</sup>.

Во-вторых, Соещание остановилось на выборах по так называемым связанным спискам (*Das System der verbundenen Listen*) - технически наиболее простой тип пропорциональных выборов, который был использован в Швейцарии в 1862 г. и применялся на практике в Сербии (Конституция 1888 г. и Устав Сербского королевства 1903 г., §2).

Система связанных списков - в отличие от системы свободных списков - не допускает проявления личных симпатий и антипатий избирателя. Он не вправе перемещать очереди назначенных кандидатов

тов, вычеркивать неугодных ему кандидатов или «панашировать», то есть вписывать новых кандидатов из разных списков. Он должен или принять список целиком, или отвергнуть.

Использование связанных списков приветствовалось большинством ученых. Профессор А. Рождественский считал, что такая система способствует отбору партийных талантов и лучше, чем система свободных списков, может обеспечить парламент, состоящий из выдающихся партийных деятелей<sup>1</sup>.

Гражданам России предстояло избрать 820 членов Учредительного собрания. Еще 30 мандатов было зарезервировано для жителей оккупированных немцами губерний (Гродненской, Курляндской, Холмской) - своих депутатов они должны были избрать сразу после освобождения.

Общей сложности был образован 81 избирательный округ: 73 гражданских и 8 воинских округов (5 фронтов, 2 флота и экспедиционные войска за границей). Два округа находились за границей: округ для российских граждан на Китайско-Восточной железной дороге и округ для русских войск, действующих во Франции и на Балканском полуострове<sup>2</sup>. Таким образом, общее количество мандатов на округ в среднем равнялось 10.

За основу распределения округов было принято существующее административное деление - гражданские округа образовывались преимущественно в составе одной губернии или области. При этом никаких общих правил образования избирательных округов, применяемых в настоящее время (о равенстве округов, о средней норме представительства избирателей на один округ, о допустимом отклонении от нормы и др.), не устанавливалось.

В итоге, если проанализировать образованную избирательную карту округов, то мы увидим серьезное неравенство числа избирателей, приходившихся на один мандат.

На наш взгляд, такое отступление от принципа равного избирательного права было продиктовано целью максимально вовлечь в избирательный процесс всю территорию страны, включая ее отдаленные окраины, предоставить возможность участвовать в выборах кочевым и малочисленным народам, учесть неоднородные демографические, этнические, национальные и иные особенности отдельных регионов (Сибирь, «казацких» округов).

<sup>1</sup> Вишняк М. Учредительное собрание и пропорциональные выборы. - Изв., 1917. С. 20-21.

<sup>2</sup> Там же. С. 18.

<sup>3</sup> Волкешптейн О. А. Пропорциональные выборы в Учредительное собрание. - Изв., 1917. С. 10.

<sup>1</sup> Рождественский А. Пропорциональные выборы при системе постоянных, или связанных списков. - Изв., 1917. С. 11.

<sup>2</sup> Ст. 2. Гл. II. Р. I. Положения о выборах в Учредительное собрание.

По этим причинам не удалось полностью соблюсти принцип «одна губерния (или одна область) - один округ». Например, из Асгараханской губернии в отдельные округа - Прикаспийский и Ордынский - были выделены Калмыцкая степь, населенная кочующими калмыками, и Киргизская степь, населенная кочующими киргизами Внутренней Орды. Наоборот, в Степной округ были объединены Акмолинская и Семипалатинская области, в Приамурский - Амурская, Приморская и Сахалинская области. Все девять закавказских губерний, областей и округов, где проживали три крупнейших этноса (грузины, армяне и азербайджанцы) были объединены в один Закавказский округ. Как указывает А.В. Иванченко, это было связано с тем, что политические предпочтения избирателей данного региона определялись в основном их национальной принадлежностью (меньшевики у грузин, дашнаки у армян и мусаватисты у азербайджанцев). Неовпадение административного деления Закавказья с областями проживания основных народов этого региона не позволило бы адекватно отразить национальные предпочтения в случае разделения его на округа, соответствующие губерниям<sup>1</sup>. В отдельные округа были выделены столицы Петроград и Москва.

Таким образом, избирательное законодательство, с одной стороны, ориентировалось на учет и поддержку локальных интересов многочисленных национальных и этнических групп населения, а с другой - подчеркивало территориальную специфику отдельных регионов. Для ряда округов Положение закрепляло «изъятия из общего порядка проведения выборов». В 12 округах, которым выделялось не более пяти мандатов, в порядке исключения было решено проводить выборы по большинству голосов, то есть по мажоритарной системе, так как применять пропорциональную систему при таком небольшом количестве мандатов технически невозможно<sup>2</sup>. В остальных округах голосования в мажоритарных округах не отличалась от пропорциональных.

Избирательный процесс в Учредительное собрание начался с серьезных баталий по поводу сроков проведения выборов, установление конкретной даты которых сопровождалось следующими трудностями политического и организационно-технического характера. Во-первых, перед всеобщими выборами следовало провести труднейшие

подготовительные мероприятия - подбор и обучение огромного по масштабам страны избирательного аппарата, определение численности электората, изготовление и доставку на места избирательной документации, организацию выборов на национальных окраинах и Сибири. Во-вторых, предстоящую работу сильно осложняли дальность расстояний, железнодорожная разруха, бездорожье, плохое состояние почтово-телеграфной связи, неграмотность населения, бюрократизм и волокита. По этим обстоятельствам дата выборов, первоначально назначенная Временным правительством на 17 сентября, была перенесена на 12-14 ноября 1917 г.<sup>1</sup>

Серьезной задачей оказалось составление списков избирателей, которое осложнялась как демографическими (последняя общероссийская перепись населения проводилась еще в 1897 г.), так и миграционными потоками, порожденными войной. Кроме того, по сравнению с выборами в Государственную Думу, в которых из-за многочисленных цензовых ограничений могли принимать участие только 15% населения<sup>2</sup>, всеобщность выборов гораздо увеличила численный состав электората. По экспертным данным Статистического Совета<sup>3</sup> на основе методов определения населения избирательных округов, из общей численности населения в 164,2 млн. человек в выборах предстояло участвовать 90 млн., то есть более 50%<sup>4</sup>.

Составление списков избирателей отдельно по каждому избирательному участку возлагалось на городские, поселковые и волостные земские управы. Основанием для включения в список выступал факт проживания граждан, имеющих избирательные права на территории участка, даже если «они и находились во временной отлучке из сего участка». Прибывшим после составления списка избирателям по их заявлению гарантировалось право быть включенным в дополнительные списки. Избиратель мог быть внесен в список только на одном избирательном участке. В списке обозначалась фамилия или прозвище каждого избирателя, его имя, отчество, возраст, место жительства и род занятий. Избирательный список подлежал всеобщему обозрению. В течение десяти дней со дня объявления списка избиратели имели право подавать жалобы, а представители местной административной власти могли заявлять протесты на неправильность или неполноту этого списка<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Всероссийское Учредительное собрание. - М.-Л., 1930. С. 139-140.

<sup>2</sup> Андреев С. Указ. соч. С. 38.

<sup>3</sup> Протасов Л.Г. Всероссийское Учредительное собрание: история рождения и гибели. - М., 1997. С. 83.

<sup>4</sup> Глава IV Положения о выборах в Учредительное собрание.

<sup>1</sup> Иванченко А.В. Пропорциональная избирательная система на выборах Всероссийского Учредительного собрания. // Пропорциональная избирательная система в России: история, современное состояние, перспективы. / Иванченко А.В., Канев А.В., Любимов А.Е... - М., 2005. С. 49.

<sup>2</sup> Ст. 125. Гл. I. Р. I. Положения о выборах в Учредительное собрание.



Однородного внимания заслуживает *процедура составления и выдачи кандидатских списков*, поскольку в рамках пропорциональной избирательной системы эта стадия избирательного процесса играет важнейшую роль.

В соответствии с главой V Положения о выборах в Учредительное собрание выдвижение списков кандидатов отличалось следующими чертами.

В каждом избирательном округе списки выдвигались самостоятельно, независимо от выдвижения в другом округе. Единая система регистрации на общероссийском уровне, существующая при пропорциональных системах в настоящее время, отсутствовала. Списки подавались не партиями или иными общественными организациями, а группами избирателей, состоявшими не менее чем из 100 человек, пользующихся правом участия в выборах по данному округу. Каждый избиратель мог подписать только один кандидатский список. Одновременно группа избирателей имела право предложить своих представителей в уезды, городские и уездковые комиссии (образ современных членов избирательных комиссий с правом совещательного голоса).

В список кандидатов можно было внести любое количество кандидатов, не превышающее число избираемых в округе членов Учредительного собрания более чем на половину.

В одном округе кандидат мог баллотироваться только по одному списку, но имел право быть выставленным одновременно в нескольких округах (не более чем в пяти).

Списки могли заявляться не позднее, чем за 30 дней до выборов. Если список не отвечал установленным требованиям, то устранить его недостатки следовало не позднее, чем за двадцать четыре дня до дня выборов.

Текст заявленного и зарегистрированного кандидатского списка подлежал всеобщему обозрению в уездах и комиссиях, печатался в газетах и, самое главное, ложился в основу избирательной записки (аналог современного избирательного бюллетеня). Избирательная записка выступала, по сути, главным агитационным материалом.

Положение устанавливало минимальный набор сведений, указываемых кандидатом. Требовалось лишь назвать его фамилию, имя, отчество и место жительства. Однако и ограничений в представляемой информации не устанавливалось. Поэтому часто списки содержали различного рода дополнительные данные о кандидатах: профессию, возраст, данные об общественно-политической деятельности

ти («присяжный поверенный», «профессор», «крестьянин», «солдат», «врач», «земледелец»).

По нашему мнению, появление добавочных сведений связано с особенностями общероссийской политической жизни и появлением на политической арене большого числа ранее не известных широкому кругу избирателей деятелей. Краткая, лаконичная, но максимально информативная характеристика баллотирующихся позволяла рассуждать на дополнительный успех.

Помимо этого, кандидаты полагались на социально-экономические, культурно-правовые, национальные качества округа, избирательно придавая значение либо национальности, либо профессии, либо роду занятий. Вот почему зачастую по разным округам представлялась различная информация о кандидате. Например, Кокшакин Федор Федорович в Закавказском округе обозначался как «член ЦК Партии народной свободы, член 1-й Государственной Думы, профессор», а во Владимирской губернии именовался просто «приват-доцент». Или Малагов Шариф Ахметзянович, кандидат от «Федеративов-башкир», в Уфимской губернии проходил как «журналист», а в Оренбургской - как «башкир, с высшим образованием, социолог». Дубков Василий Иванович в Петроградской губернии отмечен как «крестьянин Новоладжского уезда», а в списке Юго-Западного фронта как «ефрейтор»<sup>1</sup>.

В общей сложности было выставлено 695 списков в 76 избирательных округах, в которых подготовка выборов была проведена относительно успешно<sup>2</sup>.

Среди множества организаций, участвовавших в выборах, особо выделяются пять основных и самых влиятельных политических сил, которые были представлены в списочном составе большинства избирательных округов. В их числе: кадеты (ПНС), эсеры (ПСР), большевики (РСДРП (б)), трудовики/энесы (ТНСП), меньшевики (РСДРП (о) и «Единство»).

Примечательно, что в отличие от действующего законодательства, правилами которого запрещено создавать партии по национальному или вероисповедному признаку, а также формировать региональные политические организации, на выборах в Учредительное собрание участвовало большое количество общероссийских и региональных этнических партий различной политической формации: Армянская

<sup>1</sup> Лазарев В.В. Списки кандидатов в Учредительное собрание как источник по истории политической борьбы в России в 1917 г. Дисс. ... канд. ист. наук. - М., 2000. С. 174-178.  
<sup>2</sup> Там же. С. 73.

социал-демократическая партия «Гнчак», Мусульманская демократическая партия «Мусавац», Украинская социал-демократическая рабочая партия (УСДРП), Белорусская социалистическая громада, партия «Алаш» (казахская), Православная народная партия, Еврейская социалистическая рабочая партия «Серп», Польская партия реальной политики (утоловцы).

Благоприятствуя развитию партийной системы, избирательный закон, тем не менее, не ставил приоритетов исключительно для политических организаций. Наряду с огромным количеством различных партий, большую группу в категории кандидатовских списков составляли «беспартийные» списки, выставленные отделениями все-российских общественных организаций (Всероссийский крестьянский союз, женские организации, кооперативы, Союз земельных собственников, Торгово-промышленный союз), а также индивидуальные списки «граждан», «избирателей», «крестьян» определенного уезда или волости.

Впервые в избирательной практике страны Положение о выборах вводило еще одно нововведение, а именно «соединение», то есть блокирование кандидатских списков (ст. 53). Однако при этом оговаривалось, что один и тот же список не может входить в состав более чем одного соединения. Следует заметить, что многие партии активно использовали возможность блокирования в своей предвыборной стратегии. Правом объединения списков воспользовались эсеры, выставившие совместные списки с Советами крестьянских депутатов в 35 избирательных округах. В ряде округов кадеты соединили свои списки с торгово-промышленниками, земельными собственниками, эне-сами, старообрядцами<sup>1</sup>.

После выдвижения кандидатов следовала важнейшая стадия избирательного процесса - *предвыборная агитация*. К сожалению, разработки Положения не уделили пристального внимания урегулированию агитационной деятельности: агитационный период не ограничивался временными рамками, не перечислялись формы и методы самой агитации, ее субъекты.

Вместе с тем, анализ главы об ответственности за нарушение законодательства о выборах позволяет нам выявить определенные признаки проведения агитации (глава IX).

В предвыборном процессе запрещалось разглашение заведомо ложных сообщений о фактах, относящихся к личности кандидата либо

его частной жизни, с целью подорвать доверие к нему или к представляемому им организации, либо провести избрание других кандидатов.

Наказывались деяния, квалифицируемые современными законами как подкуп избирателей. Под ним тогда понималось «склонение избирателя посредством обещания или доставления имущественной или личной выгоды самому голосующему или члену его семьи к воздержанию от участия в выборах в Учредительное собрание или к голосованию определенным образом» или «утопление избирателей с целью склонить их к голосованию при выборах в Учредительное собрание в пользу свою или других лиц». При этом наказанию подвергались не только одариватель, но и сам избиратель, потребовавший или принявший имущественную или иную личную выгоду.

Предусматривалось наказание за самовольное снятие и уничтожение публично выставленных избирательных воззваний, самовольное вторжение в помещения, предназначенные для предвыборной агитации, воспрепятствование предвыборным собраниям. Наказывалась агитация и в день выборов. Запрещалось оказывать влияние на выборы во время богослужения или непосредственно после такового в храме или ином предназначенном для богослужения месте духовным лицам.

По историческим свидетельствам, агитация осуществлялась в форме проведения предвыборных мероприятий (агитаторские курсы, лекции, общественные сходки, собеседования, митинги). Однако самым популярным способом агитации выступало распространение печатной агитационной продукции - листовок, брошюр, плакатов.

В.К. Охочинский так оценивает размах плакатной агитации в период выборов в Учредительное собрание в 1917 г.: «Наиболее основательно взялись за дело эсеры... Для создания плакатов был организован конкурс и организовано специальное жюри. Плакаты выпускались различного содержания («общие», для деревни, рабочих районов, армии) и формата (для расклейки снаружи и внутри зданий, на столбах, дверях, витринах, а также для рассылки по почте, разбрасывания на митингах, вкладывания в упаковку товаров и пр.<sup>1</sup>

В соответствии с Положением о выборах *голосование длилось в течение трех дней*: с 9 до 21 часа в течение первых двух дней в городах и поселках (с 8 до 20 часов в волостях) и с 9 (в волостях с 8) до 14 часов в третий день выборов (ст. 72 гл. VI р. I).

<sup>1</sup> Протасов Л.Г. Указ. соч. С. 139.

<sup>1</sup> Охочинский В.К. Плакат. Развитие и применение. Вып. 1. - Л., 1926. С. 77.

Голосование проводилось подачей избирательных записок. Избирательная записка, единая форма которой устанавливалась окружной комиссией, содержала один из списков кандидатов, номер этого списка и название предложившей его партии.

Каждому избирателю заблаговременно доставлялось его именное удостоверение и все зарегистрированные в данном округе списки кандидатов (не позднее, чем за семь дней до дня голосования). Для всех заявленных кандидатских списков изготовлялись равное число записок одинакового образца и одинаковые конверты. Текст списка печатался на русском языке, а также на языке группы избирателей, его подписавшей.

Следуя принципу тайного и свободного волеизъявления избирателей, *голосовалие проводилось в помещениях, где были установлены закрытые кабины*. Здесь запрещалась агитация, не допускалось присутствие вооруженных лиц, а также пьяных.

Каждый избиратель должен был проголосовать лично. Предъявив именное удостоверение одному из членов комиссии, он получал специальный конверт, заверенный печатью избирательной комиссии, а затем удалялся в закрытую кабину. Там он вкладывал в конверт избирательный бюллетень с тем кандидатским списком, которому отдавал свой голос. Затем заглавный конверт передавался председателю участковой избирательной комиссии. Последний опускал конверт в специальный ящик. По окончании голосования ящики с бюллетенями опечатывались и оставлялись в этом же помещении, у дверей которого выставлялась охрана.

При подсчете голосов, прежде всего, определялось количество конвертов. Затем они вскрывались и подсчитывались бюллетени. Те из них, которые не отвечали установленным правилам, содержали пометки, подчистки или другие знаки, либо подписанные избирателями, признавались недействительными. Общій подсчет голосов производился окружной избирательной комиссией, которая определяла поименный состав членов Учредительного собрания в своем округе.

Никакого заградительного барьера Положенье о выборах не устанавливало. Впрочем, в нем и не было необходимости в условиях избирательных округов, в которых замещалось небольшое число мандатов. Кроме того, для распределения мандатов использовался метод Д'Ондта, который автоматически отсекает аутсайдеров от получения мандатов.

По данным Л. Г. Протасова, в выборах участвовал 48 млн. человек<sup>1</sup>, то есть 53% от общего количества избирателей.

В литературе имеются некоторые разночтения в данных по итогам выборов<sup>2</sup>, но в целом картина выглядит следующим образом. Из общего числа избирателей большинство голосов набрали эсеры - 39,5%, на втором месте стоят большевики - 22,5%, далее кадеты - 4,5%, после меньшевики - 3,2% и энесы - 0,9%. Кроме того, 14,5% голосов набрали различные социалистические списки, 9,6% - национальные партии и списки несоциалистического характера, автономистского и федералистского толка, 5% было подано за конфессии, казачков, кооперативы, праволибералов, Советы и пр.

Таким образом, избирательное законодательство 1917 г. представляло собой высшее достижение государственно-правовой практики того времени. Россия впервые выдвинула такие стандарты проведения выборов во Всероссийское Учредительное собрание, которые позволяли ей занимать равные, если не передовые позиции с европейскими демократиями.

К сожалению, этому законодательству был отведен слишком малый исторический срок. Сутверждением власти большевиков и роспуском Учредительного собрания ростки зарождавшейся прогрессивной избирательной системы были уничтожены.

## **ОЦЕНКА ИМУЩЕСТВА ДЛЯ ЦЕЛЕЙ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В РОССИИ ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ XIX ВЕКА: ИСТОРИКО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ**

*Златовская О. М. - доцент кафедры гражданского права и процесса, к. ю. н.*

Существует мнение, что в России профессиональная оценка по-являлась в начале 90-х годов с приватизацией имущества, тогда как за рубежом оценочная деятельность известна более полувека. Появ-

<sup>1</sup> Протасов Л. Г. Указ. соч. С. 164.

<sup>2</sup> Верт Н. История советского государства. - М., 1995. С. 122; Гейлер М., Анекрич, Утопия восток. - М., 1995. Т. 1. С. 45; Горобецкий Е. Н. Рождение Советского государства. - М., 1965. С. 437; Златовский О. А. Конца Учредительного Собрания. - Л., 1967. С. 62; Златовский О. А. Всероссийское Учредительное Собрание. С. 273; Стрин Л. М. Клясы и партии в гражданской войне в России. - М., 1968. С. 416-418.

ление «российской оценки» при этом связывается с созданием в 1992-1993 годах профессиональной организации - Российского общества оценщиков<sup>1</sup>.

Вместе с тем, в словаре В.И. Даля, составленном в середине девятнадцатого века, упоминаются «оценочное дело», «оценочная комиссия», «присяжные оценщики в городах» как ходовые и общепринятые понятия. И вполне следует согласиться с точкой зрения других авторов, полагающих, что с этим периодом мы вправе соотносить лишь условия возобновления оценочной деятельности. На самом деле она существовала в России давно, и потому не совсем верно противопоставлять ее «коньей» возрест в нашей стране долготелней зарубежной практике в этой сфере. Более того, анализ исторических фактов позволяет обоснованно сделать вывод о том, что Россия, с точки зрения методологии и организации оценки, была одной из ведущих стран<sup>2</sup>.

Обобщение опыта оценочных учреждений позволяет в истории оценочной деятельности выделить три автономных линии правового регулирования оценочных отношений. Они обусловлены самостоятельностью и независимостью направлений развития этого института. Автономность их проявляется в отдельных целях осуществления оценочной деятельности и применении результатов оценки.

Первым направлением является оценка в целях налогообложения. Вторым - оценка недвижимого имущества для организации долгосрочного кредитования под залог земель кредитными учреждениями, для ипотечного кредитования. Третье направление - оценка для целей судопроизводства.

Собственно три этих самостоятельных направления выработали профессиональные приемы и способы оценки, принципы осуществления оценочной деятельности.

Оценка для ипотечного кредитования сложилась несколько ранее, однако упорядоченность этих общественных отношений, носи-

<sup>1</sup> См., напр.: Фридкин Дж., Ордуев Н. Анализ и оценка приносящей доход недвижимости. 2-е изд. - М.: Дело, 1997. С. 5; Артемиков И.Л., Найман Е.И. Основные принципы формирования государственной Концепции развития оценочной деятельности в Российской Федерации. // Правовое регулирование рынка недвижимости. 2000. №1. С. 77-82 и др.

<sup>2</sup> См., напр.: Оценка рыночной стоимости недвижимости: Учебное и практическое пособие. / Под ред. В. Румякаев. - М.: Дело, 1998. С. 11; Русов А.А. Краткий обзор развития русской оценочной статистики. - Киев, 1913. С. 1-119; Тарасевич Е.И. Оценка недвижимости. - СПб., 1997. С. 14-40; Он же. Налогообложение и оценка недвижимости в России. Краткий исторический очерк. // Проблемы недвижимости. 1999. №1; др. документы, в т. ч. архивные, размещенные в сети Интернет: <http://taxtaxidmaster.ru/taxservices/>

ла, в подавляющем своем проявлении, случайный характер. В то же время правовое регулирование оценки для целей налогообложения формировалось и складывалось из потребностей общественного развития Российского государства. Проведение оценки для целей налогообложения было санкционировано Правительством, и, что немаловажно, реализация правовых норм обеспечивалась государственным финансированием, а единообразное их применение способствовало выработке единых оценочных норм. Достигнутые результаты вскоре стали применяться при отчуждении земель для государственных и общественных нужд. Более совершенная система определения оценки имущества отражена в нормах гражданского судопроизводства: Уставе гражданского судопроизводства 1864 г., Положении о выисканиях гражданских 1892 г.

В качестве объекта исследования определены конкретные исторические факты развития оценочной деятельности в России во второй половине XIX века: оценка в сфере исполнительного производства для применении мер имущественного взыскания.

История оценки для целей судопроизводства ведет свой отчет от ноября 1864 г., когда среди основных актов судебной реформы<sup>1</sup> был утвержден и вступил в силу Устав гражданского судопроизводства 1864 г.<sup>2</sup>

Специальные исследования этой стороны судебной реформы 1864 г. не проводились ни правоведами, ни экономистами. Однако именно в Уставе гражданского судопроизводства впервые были систематизированы нормы об оценке, а эта область применения специальных познаний по определению стоимости имущества получила наиболее правовое воздействие.

Более совершенной в результате судебной реформы 1864 г. стала система принудительного исполнения, в чем убеждают исследования этой области гражданского процесса. Так, З.З. Сагтарова отмечает следующие итоги реформы: «Во-первых, на процесс принудительного исполнения распространялось действие принципа диспозитивности; во-вторых, были утрачены многие меры воздействия на личность должника и расширены меры имущественного взыскания; в-третьих, устанавлен контроль суда за принудительным исполнением»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> О судебной реформе 1864 г. см., напр.: Исеев И.А. История государства и права России. Учебное пособие. - М.: ООО «ТК Велби» 2002. С. 154-158.

<sup>2</sup> Свод законов Российской империи. Т. XVI. Ч. I - СПб., 1892.

<sup>3</sup> Сагтарова З.З. Учение суда в исполнительном производстве. Автореферат дисс. ... канд. нар. наук. - М., 2004. С. 10-11.

*Сущность оценки* отражена в ст. 145 Положения о высканиях гражданских 1892 г.<sup>1</sup> (далее - Положение): «Оценкой определяется достоинство имущества на деньги». Концептуальный замысел Положения обнимал три цели проведения оценки (ст. 146 (по продолжению 1902 г.)):

- осуществления публичной продажи (оценка для продаж);
- определение стоимости заложенного имущества по обязательствам частных лиц (оценка залогов);
- обеспечение казенных и государственных исков (оценка для обеспечения иском).

В отношении лиц, производящих оценку, как в Положении, так и в Уставе, используется терминны «сведущие лица», «оценщики», «ценовщики». Под ними понимались «люди, имеющие сведения о достоинстве имущества или по торговле, или по постоянному владению, или по занятиям службы, или по упражнению в художествах и ремеслах» (ст. 127 Положения).

Логическое толкование указанных норм позволяет выделить субъекты оценочной деятельности. Нетрудно заметить, что проведение оценки могло быть поручено только физическому лицу. Следовательно, оценщиками могли выступать только физические лица.

Не допускались в качестве оценщиков:

- 1) лица, замеченные в явных пороках;
- 2) должники, признанные несостоятельными;
- 3) сами истцы (ст. 128 Положения).

Обращают на себя внимание предусмотренные правовыми актами *гарантии достоверности оценки*. Заклачивались они в необходимости приглашения, кроме оценщиков, также экспертов или иных лиц, обладающих специальными знаниями в определенной области. Так, для оценки недвижимого имущества приглашались архитекторы, специалистов водоходного хозяйства - для оценки купеческих кораблей и других водоходных судов, для определения стоимости произведений изысканных искусств, если возможно, непременно привлекались члены Академии художеств, а во всех иных случаях - лица, занимавшиеся подобными искусствами и ремеслами (ст. ст. 130-132 Положения). Оценка работ инженерного ведомства и горных заводов производилась через чиновников этих ведомств (ст. ст. 134, 136 Положения).

Современному исследователю, как представляется, интересны те, которые послабления в отношении требований. Так, эксперты, мастера и другие сведущие лица не приглашались для оценки в случае

<sup>1</sup> *Свод законов Российской империи. Т. XVI. Ч. I - СПб., 1892.*

небольшого количества предметов или их очевидной малой стоимости (приложение к ст. ст. 132, 138 Положения). Могла быть произведена полицией при свидетелях (без присутствия указанных лиц) оценка крестьянских и ветхих казенных деревянных строений в уездах (ст. 139 Положения). Несколько иначе разрешалась ситуация положениям Устава: если не последует необходимого взаимного согласия выскателя и должника по кандидатуре сведущих людей, то судебным приставом могли быть назначены к оценке владельцы соседних имений (ст. 1123). Устав, в отличие от Положения, для оценки недвижимого имущества не определяет сведущих людей в зависимости от его вида, а называет только владельцев соседних имений (ст. ст. 1121-1123).

Количество лиц, производящих оценку, Положением предусматривалось числом не менее двух. Однако если к оценке привлекались указанные специалисты, то считалось достаточным и показания одного сделанного при свидетелях и полиции (ст. ст. 142-143 Положения). Наряду с этим Устав говорит о назначении «сведущих людей» для оценки недвижимого имущества в нечетном числе (ст. 1123). Приглашенные к оценке лица давали присягу «в отправление своего дела по совести», за исключением чиновников и ценовщиков («сведущих людей»), которые ее давали при посеглении на должность или службу (ст. 144 Положения, ст. 1003 Устава).

Не назначалась оценка судебным приставом, а производилась в силу договора, если в нем предварительно указаны лица, которыми стороны доверно оценивать размер ущерба, повреждения или утраты в случае их наступления (ст. 1007 Устава, 140 Положения). Не производилось новой оценки предметов, цена которых была названа в письменном договоре (ст. 1008 Устава).

Таким образом, *основаниями проведения оценки*, или юридическими фактами возникновения оценочных отношений, по Уставу и Положению, следует признать:

- а) акт о назначении специалиста («приглашение к оценке»);
- б) договор между должником и выскателем со специальной оговоркой о порядке определения размера убытков. Оговорка представляет собой условие возникновения оценочных отношений, поставленных в зависимость от наступления ущерба, повреждения утраты.

Как Уставом, так и Положением, различались *требования к оценке движимого и недвижимого имущества*. Наибольший интерес представляют правила в отношении недвижимого имущества.

Опыт предшествующих работ позволял при оценке делить каждый тип недвижимости, например, по степени прочности: на новые, старые, очень старые и ветхие; по виду строительного материала: на каменные, деревянные, кирпичные (в том числе выжженного или невыжженного кирпича) и др.; типу крыши: дома с деревянной, черепичной или соломенной крышей.

*Основными определения стоимости* недвижимого имущества, приносящего доход, выступал чистый доход с имения, под которым понимался остаток, полученный при исключении из валового дохода обыкновенных и необходимых расходов (ст. 152 Положения). Уставом, помимо расходов, также исключены из дохода размеры податей и повинностей (ст. 1119).

В соответствии с порядком, предусмотренным ст. 117 Устава, ст.ст. 142-143, 149-150 Положения, владлец (должник) и выскатель (кредитор) приглашались к описи. Им предоставлялось право внести предварительные замечания по поводу оценки под описью, а также, «не ссылаясь ни какими правилами», «не иначе как с общего согласия» определить цену для торгов. В том случае, если, по мнению должника, стоимость имущества окажется заниженной, он вправе был в течение семи дней представить обоснованную собственную оценку по среднему количеству чистого дохода за последние пять лет и подтвердить ее приходно-расходными книгами и иными документами, «которые не оставляли бы сомнения в ее достоверности» (ст. 1120 Устава). Выскатель вправе возражать, но уже против определения чистого дохода. В этом случае обе стороны представляли кандидатуры сведущих людей из числа владельцев соседних имений, если согласие не было достигнуто, то судебный пристав действовал самостоятельно (ст.ст. 1121-1123 Устава).

Существующие оценки для целей судопроизводства *по способу проведения* возможно разделить на четыре вида:

- 1) по справочным или установленным ценам;
- 2) по определению доходности объекта (доходный способ);
- 3) посредством сопоставления цен по аналогичным сделкам (сравнительный способ);
- 4) «по советам».

Определение оценки допускалось только по *справочным ценам*, если на имущество данного вида устанавливаются регулируемые цены в губернии или общине для всей Империи. Например, при оценке недвижимых населенных имений стоимости земель, наделенных по уставной грамоте под поселение и пользование крестьян, определяется

по выкупной цене на основании Положения о выкупе (ст. 154 Положения).

Современными стандартами оценки, обязательными к применению субъектами оценочной деятельности (далее - Стандарты оценки), выделяются следующие подходы к оценке:

- 1) затратный подход - совокупность методов оценки стоимости объекта оценки, основанных либо замещения затрат, необходимых для восстановления либо замещения объекта оценки, с учетом его износа;
- 2) сравнительный подход - совокупность методов оценки стоимости объекта оценки, основанных на сравнении объектов оценки с аналогичными объектами, в отношении которых имеется информация о ценах сделок с ними;
- 3) доходный подход - совокупность методов оценки стоимости объекта оценки, основанных на определении ожидаемых доходов от объекта оценки<sup>1</sup>.

Подход, определяемый в настоящее время как доходный, применялся к объектам недвижимости, приносящей доход. Оценка определялась на основании методик, посредством определенных стандартов (ст.ст. 154-159 Положения). К примеру, «при оценке строений каменных, не пришедших еще в ветхость, среднее количество дохода умножалось в восемь раз и сия сумма признавалась ценою имущества» (ст. 156 Положения).

Подход к оценке посредством соотношения сравнительных продаж, определяемый как сравнительный, применялся в отношении недвижимого имущества, не приносящего доход (ст. 160 Положения). Для движимого имущества он допускался в тех случаях, если нет справочных или установленных цен и объекты состоят «ввольной продаже». Источниками информации служили в этом случае цены, установленные в договорах или фактурах (ст.ст. 160-161 Положения).

Несмотря на очевидность выделения критерия проведения оценки «по советам» (ст.ст. 164-165 Положения), самостоятельным этот метод называть не следует. Оценка «по советам» допускалась при наличии двух условий. Во-первых, если объектами оценки выступали личные вещи, бывшие в употреблении, предметы домашнего обихода (мебель, платья и другие вещи) и домашний скот, во-вторых,

<sup>1</sup> Постановление Правительства Российской Федерации от 6 июля 2001 г. №519 «Об утверждении Стандартов оценки» // Сборник законодательства Российской Федерации. 2001. №29. Ст. 3026.

если на эти вещи не имелось справочных или установленных цен. Пожалуй, второе условие допускает, собственно, свободное установление цены, тогда как первое указывает на специфические свойства товара, благодаря которым он «непопулярен» в обращении.

Вариант оценки «по совету» представляется нам частным случаем сравнительного способа (подхода). Мнение «по совету», несмотря на кажущуюся простоту решения вопроса, по сути, являет потенциально возможную рыночную цену. Однако справедливость этого мнения невозможно ни определить, ни опровергнуть по причине отсутствия аналогичных сделок. В современном понимании условие об отсутствии справочных или установленных цен, следует расценивать как отсутствие аналога объекта оценки, то есть сходного по основным экономическим, материальным, техническим и другим характеристикам объекту оценки другой объект, цена которого известна из сделки, состоявшейся при сходных условиях (п. 9 Стандартов оценки).

Для всех видов продаж оценщикам предоставлялось право считать в акте оценке *сроки продажи*, поставленный в зависимость от свойства самого предмета, «далее которого сей акт служить не может» (статья 172 Положения).

В данной норме усматриваются признаки требования, заключенного в п. 20 Стандартов оценки, согласно которому итоговая величина стоимости объекта оценки может быть признана рекомендуемой для целей совершения сделки с объектом оценки, если с даты составления отчета об оценке до даты совершения сделки с объектом оценки или даты предоставления публичной оферты прошло не более 6 месяцев, где дата проведения оценки - календарная дата, по состоянию на которую определяется стоимость объекта оценки.

Анализ норм в отношении правил оценки дает основание утверждать, что *определение стоимости имущества постфакто было в зависимости от цели продажи*.

Продажки делились на *свободные и вынужденные*. При сопоставлении сравнительных продаж соответствующего способа основанием оценки выступали сложившиеся цены на свободном рынке, когда ни покупатель, ни продавец не принуждались к сделке. Оценка имущества для обеспечения иском казенных и частных лиц проводилась с применением коэффициентов. Величина применяемого коэффициента ставилась в зависимость от вида товара и его свойств (подлежащего порче или нет). Так, если для обеспечения иском надлежало оценить имущество движимое, то оно «применяется» в половине той суммы, в которую они могли быть оценены для продажи. При оценке

имущества, неподверженного порче или тлению, таких как металлы в слитках и изделях, «отлагается» только одна четверть против продажной цены (ст. 171 Положения).

Таким образом, из историко-правового анализа возникновения и развития независимой оценки и законодательства об оценочной деятельности в России на примере оценки для целей судебного производства, можно сделать следующие выводы.

Современный период вправе именоваться этапом возрождения в России правового института оценочной деятельности. Перспективный взгляд на оценочные отношения позволяет проследить формирование и эволюцию основных черт оценочной деятельности в ее современном понимании.

Правила оценки в сфере исполнительного производства для признания мер имущественного взыскания наглядно демонстрируют существование механизма правового регулирования отношений в сфере оценочной деятельности, сочетающий публично-правовые и частно-правовые элементы регулирования.

Историко-правовой анализ исследуемого правового института способствует обнаружению в оценочном деле XIX века и современной оценке, несмотря на исторические особенности, множества общих свойств. Совокупность приведенных понятий соответствует критериям современных методологических подходов, известных как затратный, сравнительный и доходный, используемых в настоящее время при оценке рыночной стоимости имущества. Установленные требования и применяемые в профессиональной сфере процедуры, сложившиеся правила способствовали ограничению произвола и субъективизма в оценке, с одной стороны, а также дифференцированному подходу к процессу определения стоимости имущества в зависимости от вида объекта, его качественных характеристик и целей оценки - с другой.

## СМЕРТНАЯ КАЗНЬ - СПРАВЕДЛИВОЕ ВОЗМЕЗДИЕ ИЛИ НЕОПРАВДААННАЯ ЖЕСТОКОСТЬ (ИСТОРИЧЕСКИЙ АСПЕКТ)

*Чемпирицкая В.В. - доцент кафедры истории государства и права,  
к.ю.н.*

Проблема «за» и «против» смертной казни возникла в умах человека еще задолго до новой эры. До нас дошли свидетельства того, что этот вопрос впервые активно обсуждался уже в Древней Греции во время Пелопонесской войны, когда город Митилена, расположенный на острове Лесбосе, восстал против Афин и перешел на сторону противника. Разгневанные афиняне, захватив Митилену, решили жестоко наказать изменников и предать казни все мужское население города, а женщин и детей обратить в рабство.

Во время решения вопроса об участии митиленцев на Народном собрании возник диспут, и было высказано два противоположных мнения. Афинский демократ Клеон высказался за смертную казнь, приведя ряд веских доводов, в частности, он говорил: «Ведь спустя некоторое время гнев пострадавшего сматчается, и он менее строго карает обидчика, а наказание, непосредственно следующее за совершенным преступлением, ведет вернее всего к необходимому возмездию». Клеон призывал покарать митиленцев за восстание смертью.

Иного мнения придерживался афинянин Диодот. Вот фрагмент его выступления, запечатленный знаменитым греческим историком Фукидидом: «По своей натуре все люди склонны совершать недозволенные поступки, как в частной, так и в общественной жизни, и никакой закон не удержит их от этого. Государства перепробовали все возможные карательные меры, все время, усиливая их, в надежде, что будут меньше страдать от деяний преступников. В древности кары даже за тяжчайшие преступления, вероятно, были более мягкими, но со временем почти все наказания были заменены смертной казнью, так как законы постоянно нарушались. Однако и от этой меры преступления не уменьшились. ...Ко всему присоединяются увлечение, и надежда-первое влечет человека вперед, вносящая преступления замыслы, а вторая, следуя за ним, манит щедростью судьбы. И эти невидимые силы гораздо сильнее действуют на человека, чем зрелище страшных казней...»

Одним словом, просто невозможно и глупо было бы предположить, что суровыми законами или другими средствами устрашения люди в силах удерживать других людей от поступков, к которым они склонны по своей натуре»<sup>1</sup>.

Эти слова Диодота свидетельствуют о том, что уже 2500 лет тому назад подвергалась глубокому сомнению идея смертной казни и эффективность ее воздействия на сокращение преступности. В споре Клеона и Диодота победителем оказалась последний - Народное собрание Афин проголосовало против казни мужского населения города Митилены. К сожалению, это гуманное и разумное решение с годами было просто-напросто забыто. Дальнейший ход истории дает нам бесчисленное множество примеров, когда гуманные соображения уступали месту необузданной жестокости, превращающейся порой в кровавую расправу.

Несмотря на многие общие закономерности развития, присущие уголовно-правовым системам всех стран мира, каждая страна, каждый регион имеют свои специфические особенности. Это относится и к истории развития различных видов уголовного наказания, в том числе и смертной казни в России.

Русская Правда не знала смертной казни. Известный русский криминалист и историк права профессор Н.П. Загоскин писал в 1892 году: «Смертная казнь чужда правовому мировоззрению русского народа, как чуждо ему суровое отношение к преступнику вообще. Русский народ из глубины веков унаследовал себе воззрение на преступление как на «грех», «прегрешение», «несчастье»»<sup>2</sup>.

Первые в истории русского государства смертная казнь законодательно была закреплена в 1398 году в Двинской уставной грамоте, юридически оформившей вхождение Двинской земли в состав Московского государства. В статье 5 Двинской уставной грамоты предусматривается назначение смертной казни только в одном случае - за кражу, совершенную в третий раз<sup>3</sup>. Законодатель, устанавливая это суровое наказание за трижды совершенную кражу, исходил из повышенной общественной опасности преступления и реального предположения о возможности совершения кражи и в четвертый раз. Введение смертной казни за многократную кражу является также показателем обострения классовой борьбы, связанной с процессом феодализации в России.

<sup>1</sup> Фукидид. История. - Л., 1984. С. 132-133.

<sup>2</sup> Загоскин Н.П. Очерк истории смертной казни в России. - Казань, 1892. С. 10.

<sup>3</sup> Российское законодательство X-XX веков. Т. 2. - М., 1985. С. 184, 184.



Следует заметить, что Двинская уставная грамота не устанавливает смертной казни за убийство.

«Применение смертной казни к виновным именно в повторных кражах, - отмечал русский криминалист С.К. Викторовский, - к лихим людям, а не к иным преступникам, имело еще одно печальное последствие: оно способствовало постепенному примирению населения со смертной казнью, до того времени противной его правосознанию»<sup>1</sup>.

В литературе существует мнение, что появлением смертной казни российское законодательство обязано византийскому влиянию. Византийские епископы стремились приобщить Русь к канонам Кормчей книги, где говорилось о необходимости казни лиц, занимающихся разбоем. «На какой-то период карательной практике того времени были известны случаи применения смертной казни за разбой, но смертная казнь не была воспринята русской действительностью, и князь Владимир отменил ее, перейдя к давно известной русскому законодательству системе денежных пеней».

Византийская уголовно-правовая система предусматривала смертную казнь за целый ряд преступлений. Так, титул ХVII Эклоги - основного уголовно-правового акта Византийской империи того периода - предусматривал смертную казнь для лиц, поднимавших восстание против императора, или принимающих участие в заговоре против него или против государств. Смертная казнь назначалась за святотатство и вторжение в ночное время в алтарь с целью похищения священных подношений богу, за изготовление ядовитых веществ, убивающих людей. Данная мера наказания применялась и к разведчикам, подосланным врагами. Эклога устанавливает смертную казнь прежде всего за государственные и религиозные преступления.<sup>2</sup>

В дальнейшем русское уголовное законодательство в определенной мере пойдет по пути византийского законодательства в части норм, предусматривающих смертную казнь.

Пековская судная грамота 1467 года значительно расширяет случаи применения смертной казни по сравнению с Двинской уставной грамотой. Смертная казнь устанавливается здесь за воровство в церкви, конокрадство, государственный измену, поджог, кражу, совершенную в поезде в третий раз. Пековская грамота, устанавливая смертную казнь за перечисленные преступления, ставила задачу избавить

ся от наиболее опасных для общества элементов. В этом законодательном акте ничего не говорится о смертной казни за убийство. Русский историк права И.Я. Беляев писал: «Судя по характеру Пековской грамоты, вообще не отличавшейся снисходительностью к преступникам и осуждающей на смертную казнь святотатцев, конокрадов и даже простых воров, уличенных в третьей краже, необходимо предположить, что за убийство по Пековской грамоте назначалась смертная казнь».

Какие цели преследовала власть, устанавливая в указанных выше законах смертную казнь? Представляется, что на этой мере вплоть до конца XV века лежал отпечаток обычая кровной мести.

Став официальным государственным установлением, смертная казнь преследовала, прежде всего, цель возмездия, а также неразрывно связанную с ним цель устрашения. С образованием и развитием государства на Руси верховная власть проявляла определенную заботу о жизни, собственности и правах имущих, а также и о своей собственной безопасности. Поэтому смертная казнь применялась также в целях безопасности всего общества и относительного спокойствия граждан. Государственная власть стремилась «... дать гражданам возможность жить более мирной жизнью, не боясь каждую минуту, что их блага пострадают не только от нападений на них со стороны злоумышляющих, но и от саморасправы, которая только тогда может сократиться и уничтожиться в своих проявлениях, когда люди проникнутся сознанием, что за них посылающим на их право отмстит, накажет «обидчиков» сама власть, и что та же власть, с другой стороны, не попустит самоуправства, и за него, в свою очередь, придется нести довольно чувствительную ответственность».

Но среди представителей верховной власти были и противники смертной казни. Хорошо известна заповедь Владимира Мономаха, вошедшая в пословицу: «Не убивайте, не повелевайте убивать, даже если кто и будет повинен в чьей-либо смерти».

Наметившаяся в первой половине XV века тенденция к расширению публичного характера уголовного наказания получила свое завершение в Судебнике 1497 года, принятом при Великом князе московском Иване III. Этот судебник расширил сферу применения смертной казни по сравнению с Двинской и Пековской грамотами.

Смертной казнью карались: разбой, убийство, повторная кража, клевета, убийство своего господина, измена, святотатство, поджог, государственные и религиозные преступления.

Судебник 1550 года, принятый при Иване IV, установил смертную казнь уже за многие преступления. Смертная казнь назначалась

<sup>1</sup> Викторовский С.К. *История смертной казни в России и современное ее состояние.* - М., 1912. С. 25.

<sup>2</sup> Лившиц Е.З. *Законодательство и юриспруденция в Византии в IX-XI вв.* - М., 1981. С. 38-41.

за первую кражу, если вор пойман с поличным или в процессе попытки признается в содеянном, за вторую кражу и второе мошеничество, за рабой, душегубство или иное «лихое дело», если преступник «ведомый лихой». Смертная казнь назначалась за убийство господина, государственную измену, церковную кражу, поджог, если преступник «ведомый лихой». При этом в судеbnике подчеркивалось, что за перечисленные преступления смертная казнь должна назначаться «без всякой пощады». В целом оба судеbnика предусматривали смертную казнь в 12 случаях.

Судеbnик 1550 года - документ к.лассовой юстиции. По свидетельству Н. М. Карамзина, денгия, за которые крестьянина или мещанина вешали, для боярских людей влекли за собой помещение виновного в темницу или сечение багогами.

Расправляясь с неугодными ему боярами, Иван Грозный прибегал к смертным казням, которые приняти невиданный до этого на Руси размах. Массовые казни осуществлялись в Москве на Лобном месте. К осужденным применялись чудовищные пытки, ставшие своего рода символом тираннии царя Ивана. Казням подвергались бояре, подорванные в заговорах против царя. Их «виновность» устанавливалась на основе доносов, ложных показаний, а зачастую и в результате собственных признаний, выбитых путем тяжелых пыток. Данные о количестве казненных людей при Иване IV весьма противоречивы. Одни исследователи (например, Г. З. Анашкин) утверждают, что, по словам летописца, при разгроме только Новгородской волыницы опричниками было подвергнуто смертной казни до 60 тысяч человек.<sup>1</sup> Другие исследователи более сдержаны и на основании детальных исследований называют менее устрашающие цифры. Так, историк Р. К. Скрынников, изучив предоставленный царю отчет руководителя опричников Малюты Скуратова о результатах карательной экспедиции в Новгород установил, что при разгроме новгородцев погибло примерно две или три тысячи человек. А всего в период массового террора опричниками было казнено около четырех тысяч человек.<sup>2</sup>

Если сравнить количество казней, совершенных в России того периода, с количеством казней на Западе в XVI веке, то можно убедиться в том, что Европа своей жестокостью значительно опережала Россию. Для характеристики того размаха, который приобрела репрессия в Германии с принятием уголовноголожения Карла V «Каролины», сошлемся на пример одного немецкого судьи

фон Каршцов, вынесшего за свою жизнь более 20 тысяч смертных приговоров (причем, как он сам говорил, только бог мог бы разобратить, кто из казненных был прав, кто виноват). В Германии при Карле V было казнено около 100 тысяч человек. Исползуя неужестиво и суеверия, и церковь, и государство судили и приговаривали к мучительным казням за колдовство и волшебство. Со споконной совестью испанский король Филипп II (1527-1598 гг.) осудил на смертную казнь весь народ Нидерландов, отпавший от католицизма и борющийся за национальную независимость. Только на этом основании было казнено около 25 тысяч человек. В Англии, где инквизиции не было, преследования за ересь были не менее жестокими. Общее число казненных по всем видам преступлений было очень велико: из 4, 5 млн. человек населения было отпавлено на смертг; при Генрихе VIII - 72 тыс. человек, при его дочери Елизавете (XVI в.) - 79 тысяч человек.

Не существовало возрастного предела, ограничивающего или исключачающего применение уголовного наказания, особенно казни, в отношении детей. Епископ Вюрцбургский, например (XVI в.), приговаривает к сожжению десятилетнего девочку, заговоренную в колдовстве: она была сожжена вместе со своей младшей сестрой.

В официальной теории считалось, что устрашение является главной целью наказания. Во многих случаях наказание помимо устрашения заключало в себе заметный элемент мщения, как бы его ни прикрывали «священным писанием» или «государственным интересом». Своеобразным обобщением средневековой теории и практики наказания являлась так называемая «Терезиана» - австрийский кодекс 1768 г., сменивший «Каролину» в землях австрийской монархии.

Упование на суровость наказания как на самое верное средство предотвращения преступлений проходит через всю историю феодального права. Между тем, опыт самой же средневековой юстиции служит наиболее ярким свидетельством ошибочности этой точки зрения. Никакие репрессии не могут остановить к.лассовой борьбы, порождачающей бесстрашные натурь. Но репрессии сами по себе не могут подавить и общегословную преступность, хотя способны в какой-то мере и на какой-то срок уменьшить количество преступлений.

Самые суровые казни не производили должного впечатления на преступников. Карманные ворь продолжали красть у самого эшафота, пользуясь стечением публики (несмотря на то, что им самим прозиг эшафот). В городе Тулузе (Франция) незадолго до революции банда убийц скрывалась за оградой самой виселицы. Сообщая об этом

<sup>1</sup> Анашкин Г. З. *Смертная казнь в капиталистических государствах*. - М., 1971. С. 45.

<sup>2</sup> Скрынников Р. К. *Иван Грозный*. - М., 1975. С. 158, 194.

случае, Марат пишет: «Заблуждением является, что злодея обязательно удержит суровость угрожающей меры: воспоминание о ней очень скоро испаряется, между тем как неотвязные побуждения и нужды несчастного не покидают его ни на миг».

Смертная казнь была довольно широко представлена и подробно регламентирована в Соборном Уложении 1649 года, принятом при царе Алексее Михайловиче. Суровость наказаний по своей жестокости вполне соответствовала эпохе развитого феодального общества в России. Смертная казнь являлась основным видом уголовного наказания и устанавливалась за очень многие преступления. Русский криминалист профессор А. Ф. Кистяковский утверждал, что смертная казнь предусмотрена Уложением в 54 случаях,<sup>1</sup> а другой видный криминалист, профессор Н. Д. Сергеевский, установил 64 случая применения данного наказания.<sup>2</sup> Дело не в точном количестве подчтете статей, а в выяснении характера тех преступлений, за которые она могла назначаться. Это, прежде всего, государственные преступления и преступления религиозные. Не только убийство или покушение на убийство государя каралось смертной казнью, но и приготовление к такому деянию и даже обналичение умысла на лишение жизни царя влекло за собой смертную казнь. Смертной казнью карались также измена и бунт, поджог с целью измены, ложный донос о государственных преступлениях, приход скопом к царю и заговор против царя, ближних его людей, бояр, воевод. Выезд без разрешения царской власти в другое государство с целью измены царю, поджог царских грамот, подделка денег, недонесение об измене, хранение подложных царских грамот и даже обнажение оружия в присутствии царя карались смертной казнью. Смертной казнью наказывались и религиозные преступления, то есть преступления против церкви. К ним относились, например, богохульство и церковный мятеж. Та же мера наказания предусматривалась за особо опасные преступления против личности и собственности: убийство, отравление, поджог, повторный разбой, укрыльство опасных преступников, мучительство, торговля табаком.

Столь широкий круг государственных преступлений, виновные в совершении которых подвергались смертной казни, объясняется тем, что еще слишком свежо было воспоминание об ужасах смутного времени, а возрастание крестьянских волнений и бунтов заставляло пра-

Страницы отечественной и зарубежной истории государства и права 597

вительство ввести систему мер устрашения, обеспечивающих его безопасность. Устрашительный элемент кары пронизывает весь этот законодательный акт.

Трудно точно установить число казненных в России во второй половине XVIII и в первой половине XVIII века. Так, на протяжении трех месяцев после подавления восстания Степана Разина «наводили порядок» карательные экспедиции. Всех уличенных в сколко-нибудь отдаленном участии в восстании немедленно вешали, четверовали, сажали на кол и т. д. По свидетельству современников, при Алексее Михайловиче было казнено в течение нескольких лет 7000 человек, причем бывали случаи, когда число казней в один день достигало 150. При Петре I число казненных считали сотнями, и бывали случаи, когда в течение месяца подвергали казни более 1000 человек. В 1698 году только за один месяц было казнено 1166 человек.<sup>1</sup>

Удивительно, что ужасы повешения, колесования, четверования и другие способы смертной казни насколько не возмущали общественное мнение, не противоречили правосознанию масс. «Ужасы смертной казни не производили какого-либо потрясающего впечатления, не вызывали протеста и отращения», - писал русский криминалист профессор А. А. Пионтковский,<sup>2</sup> - на палача не смотрели с презрением. Его роль как исполнителя закона признавалась почетной, и бывали случаи, когда в качестве палачей выступали лица из «общества», занимающие то или иное видное служебное положение, даже сам Петр I не чууждался этой роли палача и, как известно, собственноручно отсек головы у пяти стрельцов».

Законодательство эпохи Петра I чаще обращается к смертной казни по сравнению с Уложением 1649 года. Воинские артикулы Петра I и другие многочисленные уголовно-правовые акты этого периода насчитывают применение смертной казни в 123 случаях. Цель этой кары состояла в устрашении, а вся карательная система первой эпохи была в целом «устрашительной». «Сколько бы голов ни приходилось снять с плеч, кому бы ни принадлежали эти головы, - писал профессор Н. Д. Сергеевский, - они должны были свалиться без всяких рассуждений, на страх другим, ради истребления враждебных государственному порядку сил».<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Шишов О. Ф. Смертная казнь в истории России. - М.: Юридическая литература, 1989. С. 10-44.

<sup>2</sup> Пионтковский А. А. Смертная казнь в Европе. - Казань, 1908. С. 71.

<sup>3</sup> Сергеевский Н. Д. Наказание в Русском праве XVII века. - СПб, 1887. С. 70.

<sup>1</sup> Кистяковский А. Ф. Исследование о смертной казни. - Киев, 1867. С. 169.

<sup>2</sup> Сергеевский Н. Д. Наказание в Русском праве XVII века. - СПб, 1887. С. 83.

В эпоху царствования Екатерины II появляются новые идеи как о наказании вообще, так и о смертной казни в частности. Эти идеи получили воплощение в екатерининском Наказе 1767 года. Екатерина проводит мысль о необходимости соответствия наказания преступлению и о назначении различных наказаний за различные преступления. Несколько статей Наказа посвящено и смертной казни. Екатерина ставит вопрос в такой плоскости: «Смертная казнь полезна ли и нужна ли в обществе для сохранения безопасности и доброго порядка?».

А в следующей статье дает ответ на этот вопрос, вполне ясный и определенный. «Опыты свидетельствуют, что частое упреждение казней никогда людей не сделало лучшими; чего для если Я докажу, что в обыкновенном состоянии общества смерть гражданина ни полезна, ни нужна, то Я предположу восстающих против человечества...».

Из положений Наказа становится очевидным, что хотя Екатерина II была противницей смертной казни, однако допускала возможность ее применения в двух случаях:

- 1) если преступник, не будучи казнен, сможет и из места своего заключения «возмутить народное спокойствие»;
- 2) если «самые беспорядки заступают место законов», что бывает только во время «безначалия».

Завершая свои рассуждения о смертной казни, Екатерина неожиданно заявляет, что «смертная казнь есть некоторое лекарство больного общества». Данное положение никак не согласуется со всеми предыдущими положениями Наказа о смертной казни. Таким образом, в Наказе налицо существует определенная двойственность в оценке смертной казни.

Необходимо отметить, что на Наказ Екатерины II оказала влияние выпущенная в 1764 году книга неизвестного до того времени молодого итальянского писателя Веккариа «О преступлениях и наказаниях». Независимый до этого времени итальянский писатель пишет промкое имя, и труд его появляется в многочисленных переводах. В значительной степени Веккариа обязан был своим успехом энергичной и красноречивой проповеди против смертной казни. Но, сгруппировав ряд доводов против этого наказания, Веккариа не выступил безусловным противником допустимости смертной казни в практике государства. Смерть какого-либо гражданина, писал Веккариа, делается необходимой, когда государство восстанавливает или теряет свою свободу, или во время безначалия, когда беспорядки занимают место законов.

В ст.ст. 210 и 212 Наказа Екатерины можно найти почти дословное повторение аргументов итальянского писателя по вопросу о смертной казни.<sup>1</sup>

Следует отметить, что вся жестокость уголовного наказания в русском государстве в XVIII и XVIII веках не идет ни в какое сравнение с жестокостями испанской инквизиции, ужасами «Каролины» и прочими изощренными формами мучительных наказаний, предусмотренных уголовным законодательством средневековых государств Западной Европы. Профессор Н.Д. Сергеевский справедливо отмечал: «Трубы и жестоки были формы смертной казни в России, но до такого разнообразия и угличности способов лишения жизни преступников, до таких сложных приспособлений к увеличению страдания преступника, какие мы находим в Западной Европе, наше Отечество никогда не доходило».<sup>2</sup>

Екатерина II в своем Наказе опиралась во многом на взгляды французских просветителей. А как относилась к смертной казни в самой Франции в данный период?

В конце XVIII века вопросы уголовного законодательства подвигаются всенародному обсуждению при составлении в 1789 году наказов депутатам, посылаемым в Париж для работы над обновлением государственного строя. Интересно выяснить отношение избранных депутатов к смертной казни.

Франция переживает революцию. Дух народа приподнят как никогда. Национальное собрание слушает доклад депутата Лепельтье Сан-Фаржо. Он критикует современное ему кровавое законодательство и требует полной отмены смертной казни за одним исключением: глава партии, объявленной декретом законодательного собрания революционной, должен быть казнен не для искупления своей вины, но ради безопасности государства. Этот доклад и прения по нему полны глубокого интереса.

«Закон тем менее достигает цели, чем более он расходуется с гуманностью». Таково основное положение докладчика, из которого он делает вывод, что первым требованием уголовного закона является его гуманность. Жестокий закон, противный общественному мнению, не применяется, и преступление остается безнаказанным. В виде примера он указывает на требование закона казнить за кражу у господ, «но господа предпочитают теперь прогнать неверного слугу, нежели донести на него властям; если же дело доходит до суда, то госу-

<sup>1</sup> Фейдштетин Г.С. О смертной казни. Мнения русских юристов. - М., 1909. С. 162.  
<sup>2</sup> Сергеевский Н.Д. Русское уголовное право. Часть Общая. - СПб., 1911. С. 117.

дарственный обвинитель, свидетели и потерпевший и даже сами судьи входят между собою в соглашение для защиты обвиняемого от смертной казни и оправдывают его».

Вторым требованием уголовного наказания Лепельтье-Сан-Фаржо считал соразмерность между виной преступника и применяемой к нему карой; применение же смертной казни к вору, совершившему кражу со взломом, и к убийце является нарушением этого требования.

Исходя из принципов усугрбления и исправления, Лепельтье требовал от наказания, чтобы оно было длительнее, публичное и отбывалось, по возможности, в месте совершения преступления. Переходя к вопросу о смертной казни, докладчик не останавливается на правовом вопросе о праве на наказание. Государство имеет это право так же, как имеет право убивать врагов во время внешней войны. Преступник - внутренний враг, и если нет других средств побороть его, смертная казнь необходима. Но способна ли она остановить движение преступности? По мнению докладчика, - ни в каком случае. Никогда боязнь смерти не останавливает преступника. Он всегда надеется избежать наказания. Просто, не квалифицированная смертная казнь, о которой теперь только и может идти речь, не усрашает, а зрелище казней развращает зрителя. Однако эта критика не помешала автору предложить в замену смертной казни продолжительное суровое заключение с предварительной трехдневной публичной выставкой в кандалах у позорного стола на площади.

Предложение об отмене смертной казни было отвергнуто почти единогласно. Публика, переполнявшая трибуны, была на стороне защитников смертной казни и аплодировала решению Национального собрания сохранить эшафот и на будущее время.

Из речей ораторов, выступавших за отмену смертной казни, оставимся на двух наиболее интересных. Одну из них произнес знаменитый Робеспьер при обсуждении в Учредительном собрании проекта Уголовного кодекса 1791 г., а другую, очень обширную и всесторонне освещавшую данный вопрос, депутат от города Парижа Дюпор. Робеспьер доказывал, что смертная казнь несправедлива и бесполезна. «Победителя, умерщвляющего побежденного врага, зовут варваром. Человек, убивающий ребенка, которого он может обезоружить и наказать, - чудовище. Обвиняемый, которого осуждает на смерть общество, тот же побежденный и беспомощный неприятели; он, сравнительно с обществом, еще более слаб, чем ребенок перед взрослым... И поэтому в глазах правды и справедливости эти сцены казней - лишь отвратительные убийства». Рассмотрев аргументы сто-

ронников и противников смертной казни, Робеспьер решительно высказался за то, чтобы не включать ее в Уголовный кодекс 1791 года, воплотившего основные идеи прогуманистического направления в уголовном праве. Свою позицию он обосновал тем, что смертная казнь не предупреждает преступлений: иначе в странах, где она широко применяется, совершалось бы меньше преступлений, а в странах с самыми ужасными способами исполнения казни ее воздействие было бы особенно эффективным, хотя в действительности наблюдается прямо противоположная картина. Смертная казнь, говорил в своей речи Робеспьер, ужесточает нравы, нередко вызывает сострадание к преступнику, и к тому же, в случае судебной ошибки, нельзя будет вернуть к жизни виновного человека.

Речь Дюпора была произнесена от имени комитета по пересмотру уголовного законодательства.

Она произвела впечатление на слушателей, но враждебное отношение большинства аудитории было очевидно для оратора, и он с грустью сознавал, что его речь лишь отсрочивает на четверть часа торжество смертной казни.

В Конвенте вопрос об отмене смертной казни возбуждался шесть раз, прежде чем было принято предложение о ее отмене, причем лишь со дня опубликования о наступлении общего успокоения.

Как известно, во Франции не было опубликовано о наступлении успокоения, и смертная казнь осталась неотмененной. Вуержазная революция ограничилась провозглашением красивой формулы отмены смертной казни точно так же, как, провозгласив свободу, равенство и братство, не дала народу ни свободы, ни братства, ни равенства.<sup>1</sup>

Следует в данном контексте отметить, однако, и тот момент, что вожди французской революции Марат, Робеспьер и другие были принципиальными противниками смертной казни как средства борьбы с общуголовными преступлениями. В период ожесточенной классовой и политической борьбы во Франции, достигшей своего апогея в 1793-1794 гг., они выступали решительными сторонниками политики революционного террора: Марат на страницах своей газеты «Друг народа» неизменно требовал самой суровой расправы со всеми врагами революции, а Робеспьер был инициатором издания законов, предписывающих применение к врагам народа единственного вида наказания - смертной казни. В Учредительном собрании речь шла о не-

<sup>1</sup> Гершен М.Н. Смертная казнь. - М., 1913. С. 134-139.

применении смертной казни к тем, кто совершает общепуголовные преступления. Необходимость карать смертью врагов революции ни у кого, в том числе и у автора весьма гуманного проекта уголовного кодекса Лепельте, не вызывала сомнений.

Особый интерес представляет странное на первый взгляд явление: в рядах защитников смертной казни видное место занимают служители христианской церкви. Защита смертной казни «служителями Христа», «учителями слова Божьего» всегда вызывала большое удивление и поражала своей неожиданностью.

Однако история борьбы со смертной казнью показывает, что эти неожиданности повторялись слишком часто. Пока церковь была главным в первые века христианства, духовенство и на словах, и на деле было горячим противником казней. Но наступили новые времена, и положение резко изменилось. Уже при Феодосии IV появляется в католической церкви смертная казнь даже за религиозные преступления. Она встречает резкое осуждение со стороны некоторых христианских учителей, но быстро входит в употребление и получает сильное распространение. Сотни тысяч еретиков и колдуний находят себе мучительную смерть на кострах инквизиции. Но духовенство еще избегает заявлять себя сторонником смертной казни. Оно еще соглашается, что пролитие крови настолько противно религии, что, отказываясь само присуждать к смертной казни, оно обходит запрет Христа о пролитии крови и отдает осужденных ею в руки светского палача или отправляет их на костер для сожжения заживо «без пролития крови».

Во время Французской революции вопрос о смертной казни менее всего интересовал духовенство. Только в двух наказах депутатам духовенства выказывается за ограничение этого наказания. Духовенство же города Нанси требовало, чтобы законы, изданные против дуэлей, соблюдались со всей строгостью. Следует заметить, что эти законы были в высшей степени жестоки: дуэлянты подлежали смертной казни; в случае бегства виновного он осуждался заочно, и казнь исполнялась над изображением осужденного; казни исполнялись даже над трупами убитых на дуэли; лакеи и прислуга, передавшие письмо с вызовом на дуэль, подлежали телесному наказанию и клеймению раскаленным железом.

Наиболее ярко обнаруживается отношение духовенства к казни, начиная с XVIII века, в законодательных учреждениях Западной Европы. Некоторые из представителей духовенства, не ограничиваясь своей ролью в законодательных собраниях, пропагандируют идею

смертной казни и ее «божественного установления» в периодической печати, проповедах и на собраниях. Конечно, нельзя утверждать, что все духовенство во всей его массе является сторонником смертной казни. Хорошо известны выступления в русской и иностранной печати духовных деятелей против смертной казни.

Учреждение смертной казни есть последняя важная позиция, которую варварское уголовное право еще отстаивает в современной жизни. Все больше редет еще недавно густая гора защитников данного наказания, которая оглашает теорию возмездия и теорию утращения. Сравнительно-статистической таблице, которую профессор Н. С. Таганцев приводит из книги Гетцеля, наглядно представлен быстрый прогресс науки относительно этого вопроса. Гетцель, сочинение которого по этому предмету оглашается библиографической полнотой, берет всю известную ему западную литературу о смертной казни за столетие с лишним (от появления знаменитой книги Беккариа «О преступлениях и наказаниях» и до 1869 года). Оказывается, что во второй половине XVIII века число защитников смертной казни еще было значительным и несколько превышало число ее противников (первых - 61, вторых - 45), но уже с начала XIX века устанавливается обратное отношение, которое за первую половину этого века выражается в таких цифрах: на 79 защитников уже 128 противников, а затем в эпоху, современную Гетцелю (XIX век), число противников (158) втрое с лишним больше числа защитников (48), причем нужно заметить, что к числу последних Гетцель относит и тех криминалистов, которые, отрящая в принципе смертную казнь, допускают ее сохранение на практике как временную меру.<sup>1</sup>

Этому прогрессу в науке или в теоретическом правосознании соответствует такой же прогресс в жизни или в юридической практике, законодательной и судебной. Во-первых, сокращается самый объем преступления смертной казни по закону или число тех родов и видов преступлений, за которые полагается эта кара. Еще в конце XVIII века (перед революцией) во Франции, например, сумма таких криминальных категорий была 115 (в том числе контрабанда, протестантская проповедь, блуд при духовном родстве, печатание и сбыт запрещенных книг), уже по Уголовному кодексу 1810 года она сократилась до 38, а затем еще значительно уменьшилось по законам 1832 и 1848 годов. В Германии и Австрии по кодексу Карла V, действовавшему в XVIII веке, смертной казни подлежали 44 рода преступных

<sup>1</sup> Соловьев В. С. О смертной казни. - М., 1906. С. 166.

деяний (между ними сочинение пасквилей, порча межевых знаков, двоебравие, кража пловод и рыбы), а в XIX веке смертная казнь сохраняется только в двух случаях: при предумышленном убийстве и при посягательстве на жизнь императора. В Англии по статутам, действовавшим еще в начале XIX века, число всех подлежащих смертной казни родов и видов правонарушений с различными казуистическими подразделениями выражается цифрой - 6789. Смертной казни по этим законам подлежали: порубка деревьев, увечье чужого скота, воровство свыше одного шиллинга при некоторых огнечьющих обстоятельствах, простое воровство в 5 шиллингов, кража писем, злостное банкротство, окрапывание серебряной монеты в золотую и т. п.

С первых лет XIX века начинается в Англии фактическое, а затем и законодательное ограничение этой уголовной безмерности; особенно быстро пошло дело в первой половине царствования королевы Виктории, и после коренного пересмотра статутов в 1861 году от 6789 случаев остается только два: государственная измена и убийство.

Первым английским юристом, подержавшим, хотя и в довольно робкой форме, отдельные мысли Беккариа, был Уильям Блэкстон, автор знаменитых «Комментариев к праву Англии» (1765-1769), четвертая книга которых была посвящена уголовному праву. Блэкстон осуждал чрезмерное употребление смертной казни как основной меры наказания, призывая к периодическому пересмотру статутов, предусматривающих эту меру. В начале XIX века борьба за сокращение сферы применения смертной казни была перенесена в британский парламент. Ее возглавил видный адвокат и член парламента С. Ромилли. Деятельность Ромилли и его сторонников во многом подготовила реформу английского уголовного законодательства.

Кроме все больших и больших законодательных ограничений, прогресс в этом деле можно усмотреть из чрезвычайного уменьшения числа смертных приговоров вообще и приговоров, исполненных в особенности. В прошлые века, несмотря на сравнительно малочисленное население, в каждой из европейских стран ежегодно количество казнимых смерью исчислялось тысячами. Так, в Англии за последние 14 лет царствования Генрика VIII было казнено около 72000 человек, следовательно, более 5000 в год. За все царствование королевы Елизаветы (1558-1603) было казнено свыше 89000, то есть около 2000 в год. В начале XIX века, несмотря на значительно увеличившееся народонаселение, тысячи ежегодных казней заменяются сотнями и десятками: за двадцатипятилетие (1806-1825) было казнено 1614 человек, следовательно, по 80 в год, а в царствование Викто-

рии годовые цифры казни колеблются между 10 и 38. Во Франции еще в двадцатых годах XIX века среднее число казненных в год было 72, но в тридцатых уже только 30, в сороковых - 34, в пятидесятых - 28, в семидесятых - 11, в восьмидесятых - только 5. В Англии среднее годовое число в шестидесятых годах - 7, а в семидесятых - только 2.

В заключение хотелось бы отметить, что с древних времен юридическая мысль рассматривала смертную казнь как меру, необходимую для защиты основополагающих ценностей общества. По мере того, как правовые системы становились более организованными и развивались нормы права, в правовых предписаниях формулировалась достижение целей кары, а позднее целей устрашения (удержания). Эти две исходные позиции, сохранившиеся в уголовном праве наших дней, составляют вечный спор, в котором ученые, политики, философы, юристы и общественность продолжают использовать различные подходы и аргументы. Сторонники смертной казни утверждают, что для наиболее отвратительных преступлений эта мера - единственное справедливое наказание. Такая мера, говорят они, служит защите общества от самых опасных и, очевидно, неисправимых преступников, в борьбе с которыми без нее государство не может обойтись. Вопреки утверждениям о вредном воздействии смертной казни на общественную мораль, ее сторонники ссылаются на телевидение, которое в гораздо большей степени распространяет самые жестокие нравы.

Противники смертной казни, в свою очередь, ссылаются на целый ряд соображений в пользу ее отмены, многие из которых были названы выше при изложении взглядов Беккариа и других противников этой меры наказания.

Споры «за» и «против» смертной казни остаются нерешенными и возможно, нерешаемыми. Хотя дебаты возникают по разным вопросам, типичные аргументы, используемые обеими сторонами, частота их использования, формы, которые они принимают, в большой степени подвержены влиянию отдельных случаев из жизни, возбуждающих общественные эмоции, которые в свою очередь формируют дискуссию.

## Раздел седьмой

# Вопросы правового регулирования внешнеэкономических отношений

## СОВРЕМЕННЫЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ОТНОШЕНИЯ

*Ксенофонтова М.В. - доцент кафедры конституционного и международного права, к.ю.н.*

Экономические отношения в качестве международных существующих во все времена. Международные экономические отношения (МЭО) «выросли» из международной торговли. Еще в 19 веке юристы-международники пришли к выводу, что «международная торговля - это очевидный факт, и при том факт, который породил все международное право»<sup>1</sup>. Однако, несмотря на такую древнюю историю МЭО, их природа, сущность, субъектный состав, система нормативного регулирования являются одними из самых дискуссионных тем современной науки международного права. Теоретически выверенного подхода к отграничению данного вида отношений от иных, сходных по составу и признакам, до сих пор нет. Это обусловлено многими факторами, в том числе тем, что само понимание современных международных отношений претерпевает сегодня существенные изменения. Кроме того, сложность в определении МЭО объясняется тем фактом, что международное экономическое право (МЭП) - предметом регулирования которого и должны выступать соответствующие отношения - к настоящему времени находится лишь в стадии формирования теоретико-правового фундамента<sup>2</sup>.

### Проблемы терминологии

Правовая литература в настоящее время оперирует разнообразными категориями для обозначения соответствующих отношений: «международные экономические отношения», «внешнеэкономические связи», «внешнеэкономическая деятельность».

1. Устоявшимся в юридической литературе является термин «*международные экономические отношения*». Обычно международные экономические отношения определяются через обобщенное понятие «международные отношения» с перечислением признаков, дающих основание причислить эти отношения к категории «экономических».

Профессор Г.М. Вельяминов понимает под международными экономическими отношениями отношения между государствами, а также другими субъектами международного публичного права, торгового, коммерческого, имущественного, производственного, научно-технического, валютно-финансового характера, а также отношения по поводу защиты интеллектуальной собственности, «общего наследия человечества» и т.д.<sup>1</sup>

Так, Г.М. Вельяминов указывает, что международными экономическими являются отношения, принадлежащие к разряду международных, но обладающие при этом «коммерческим элементом»<sup>2</sup>. Расплывчатость указанной формулировки делает проблемным вопрос о соотношении предмета международного экономического права и международного частного права. В связи с этим Г.М. Вельяминов отграничивает международное экономическое право от международного частного по субъектному составу: субъектами МЭП являются субъекты международного публичного права, а субъектами МЧП - прежде всего, субъекты национальных систем права. Как следствие, автор делает вывод, что международные экономические отношения есть отношения коммерческого (экономического) характера между субъектами международного публичного права<sup>3</sup>.

Другой авторитетный ученый в области МЭП, В.М. Шумилов, выделяет в понятии международных экономических отношений два самостоятельных уровня - в зависимости от наличия публичного и частного элементов:

1) отношения публично-правового характера между субъектами международного права: государствами, международными организа-

<sup>1</sup> Карро Д., Жюйар П. *Международное экономическое право: Учебник*. / Пер. с франц., В.П. Сербобренникова, В.М. Шумилова. - М., 2001. С. 3.

<sup>2</sup> Вельяминов Г.М. *Основы международного экономического права*. - М., 1994. С. 8.

<sup>1</sup> Вельяминов Г.М. *Международное экономическое право и процесс* (Академический курс). Учебник. - М., 2004. С. 36.

<sup>2</sup> Вельяминов Г.М. *Основы международного экономического права*. - М., 1994. С. 7.

<sup>3</sup> Вельяминов Г.М. *Указ. соч.*, С. 8.



циями. Эти отношения регулируются международным экономическим правом как отраслью международного публичного права.

Основными участниками МЭО в их публично-правовой сфере являются свыше 200 государств, а также международные организации, международные экономические организации (ВТО, МВФ, МБРР, МАИЛ, ЮНКТАД, ВОИС), в том числе региональные/отраслевые экономические организации (ОЭСР, ОПЕК). Предметом межгосударственных экономических правоотношений (макроэкономических отношений - *public law*) являются, как правило, правовые режимы товарооборота, принципы защиты рынка, использование тарифных и нетарифных мер регулирования внешней торговли, импорта/экспорта, контроля за мировыми ценами на товарных рынках, регулирования товаропотоков, транспортно-логистические вопросы, правовой статус частных лиц, осуществляющих ВЭД и т.п.<sup>1</sup>

2) второй блок - хозяйственные, гражданско-правовые отношения между физическими и юридическими лицами разных стран. Эти отношения регулируются преимущественно внутренним правом каждого государства, международным частным правом. Активными участниками таких микроэкономических отношений являются транснациональные корпорации. Предметом контрактных правоотношений частных лиц выступают товары, услуги, финансы (валюты), ценные бумаги, инвестиции, технологии, права собственности (в том числе, интеллектуальной собственности), другие имущественные и неимущественные права, рабочая сила и т.п.<sup>2</sup>

Таким образом, с точки зрения В.М. Шумилова, к МЭО следует отнести как отношения, складывающиеся между субъектами международного публичного права, так и те, которые возникают в сфере деятельности физических и юридических лиц. Однако только первая категория является объектом регулирования МЭП. При этом автор указывает на тенденцию к переходу все большего числа вопросов из под регулирования исключительно внутренним правом под регулирование с участием международного права или в основном международным правом<sup>3</sup>.

Обобщая изложенные подходы, следует констатировать, что стройной концепции МЭО, позволяющей также учитывать современ-

ные тенденции их развития, иметь «потенциал на перспективу», в литературе пока не разработано.

В целом, определение МЭО осуществляется, соответственно наименованию, с двух позиций: «международного» и «экономического» их характера. Причем, понятия «международный» и «экономический» также с точностью не определены. Одни авторы международными называют любые общественные отношения, так или иначе выходящие за внутрисударственные рамки<sup>4</sup>. Другие авторы термин «международные» применительно к МЭО употребляют как межгосударственные, «межгосударственные». Иногда используются термины «транснациональный»<sup>5</sup>, «экстрагосударственный»<sup>6</sup>, «осложненный иностранным элементом»<sup>5</sup>, «связанный с несколькими правовыми порядками»<sup>6</sup> и др.

Экономический характер МЭО большинство авторов определяют простым перечислением наиболее распространенных видов: финансовые, транспортные, валютные, инвестиционные и т.д.

2. Наряду с термином «международные экономические отношения» в научном и нормативном обороте используются термины «внешнеэкономическая деятельность» и «внешнеэкономические связи»<sup>7</sup>.

«Внешнеэкономическая деятельность» (ВЭД) определяется как «процесс реализации внешнеэкономических связей», который в свою очередь представлял собой «международные хозяйственные, торговые, политические отношения, включающие обмен товарами, различные формы экономического содействия, научно-технического сотрудничества, специализацию, кооперацию производства, оказание

1 См., например: *Современные международные экономические отношения*. - М., 1985. С. 7. Шатров В.П. *Международное экономическое право*. Учеб. пособие. - М., 1990. С. 6; Тункин Г.И. *Право и сила в международной системе*. - М., 1983. С. 10.

2 См.: *Международное частное право: современные проблемы*. - М., 1994. С. 54; Jessup Ph. *Transnational law*. // *Rec. cours.* T. 124 (168-2). P. 167-370. *transnational law*. // *Rec. cours.* T. 124 (168-2). P. 167-370.

3 См.: *Международное частное право: современные проблемы*. - М., 1994. С. 245-261. 4 Перетерский И.С., Крылов С.Б. *Международное частное право*. - М., 1959; Луиц Д.А. *Международное частное право*. - М., 1970; *Войцковский М.М. Международное частное право*. - М., 1994; *Лебедев С.Н. О природе международного частного права*. // *Советский ежегодник международного права*, 1979. - М., 1980; Садыков О.Н. *Империальные нормы в международном частном праве*. // *Московский журнал международного права*, 1992. №2. С. 82; *Международное частное право: Учебник для вузов*. / Под ред. Н.И. Марьшиной. - М., 2000; Зевков В.П. *Международное частное право*. Курс лекций. - М., 1999.

5 *Андреева Л.П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории*. - М., 2002. С. 43.

6 См.: *Покровская В.В. Международные коммерческие операции и их регистрация*. - М., 1996; *Прокшнев Е.Ф. Внешнеэкономическая деятельность*. Учеб.-практ. пособие. - М., 1999; *Толоко О.Н. Внешнеэкономические сделки*. Учеб. пособие. - Проно, 2002; *Вершинин А.П. Внешнеэкономическое право*. Введение в правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. - М., 2001, и др.

1 См.: Шумилов В.М. *Международно-правовое регулирование международных экономических отношений*. // *Государство и право*, 2000. №7. С. 80; Шумилов В.М. *Международное публичное экономическое право*. Учебное пособие. - М., 2001. С. 83.

2 Шумилов В.М. *Международно-правовое регулирование международных экономических отношений*. // *Государство и право*, 2000. №7. С. 80.

услуг и совместное предпринимательство»<sup>1</sup>. О.Н. Толочко предлагает определить ВЭД как «комплекс хозяйственных отношений, связанных с международным экономическим сотрудничеством». При этом автор подчеркивает, что «внешнеэкономическая деятельность предполагает собой обособленный комплекс хозяйственных отношений, характеризующийся самостоятельностью, целостностью, специфической регулировкой, имевший собственный понятийный аппарат, а также специальный правовой методологический инструментарий, присущий только указанным отношениям»<sup>2</sup>.

По поводу содержания термина «*внешнеэкономические связи*» (ВЭС) также нет единства мнений. А.Ф. Прокушев определяет ВЭС как «международные хозяйственные, торговые, политические отношения, включающие обмен товарами, различные формы экономического сотрудничества, научно-технического сотрудничества, специализацию, кооперацию производства, оказание услуг и совместное предпринимательство»<sup>3</sup>. В.В. Покровская полагает, что «смысл внешнеэкономических связей состоит в безусловном обеспечении экспортных поставок для федеральных государственных нужд и межгосударственных экономических, в том числе валютно-кредитных, обязательств и межправительственных торговых соглашений»<sup>4</sup>. О.Н. Толочко придерживается позиции, согласно которой целью внешнеэкономических связей в отличие от внешнеэкономической деятельности «не является непосредственно получение прибыли. Их смысл состоит в разработке единой внешнеэкономической политики страны, координации деятельности государственных органов и субъектов хозяйствования, обеспечения экспортных и импортных поставок для государственных нужд, а также в исполнении межгосударственных обязательств и торговых соглашений. Таким образом, под внешнеэкономическими связями следует понимать деятельность управомоченных субъектов (как privately, государства в лице компетентных органов) по обеспечению эффективного проведения внешнеэкономической политики»<sup>5</sup>.

На наш взгляд, использование терминов ВЭД и ВЭС правомерно в определенных случаях, однако не для характеристики современных МЭО. Названные термины, во-первых, не позволяют охватить всего

объема современных МЭО, во-вторых, отражают позицию одного государства в МЭО, для которого такие отношения выступают как «внешние»; в-третьих, МЭО имеет совершенно иной «регулятивный компонент» по сравнению с ВЭД и ВЭС.

3. В научном обороте сегодня можно встретить также термин «*внешнеэкономические отношения*», который порождает использование таких категорий, как «внешнеэкономическое законодательство» и даже «внешнеэкономическое право»<sup>1</sup>. Вместе с тем, «внешнеэкономические отношения» как объект правового регулирования теоретически не определены. А.П. Вершинин, например, употребляет термин «внешнеэкономические отношения» как синонимичный понятию «внешнеэкономическая деятельность»<sup>2</sup>.

В структуре внешнеэкономических отношений аналогично структуре МЭО выделяют два уровня: внешнеэкономические отношения частных (физических и/или юридических) лиц - внешнеэкономические отношения на микроуровне; и внешнеэкономические отношения субъектов международного права (государств, межгосударственных и межправительственных образований) - внешнеэкономические отношения на макроуровне<sup>3</sup>.

В отличие от международных экономических отношений, внешнеэкономические отношения находятся в сфере воздействия национального законодателя. В то время как международные экономические правоотношения регулируются международным правом, внешнеэкономические отношения, как отношения с участием конкретной страны, регулируются национальным правом с учетом норм международного права.

О.Н. Толочко сформулировала следующее определение внешнеэкономических отношений: «Внешнеэкономические отношения не есть объективно самостоятельная группа общественных отношений, отличная от традиционно обозначаемых международных экономических отношений, а представляет собой **самостоятельный ракурс оценки** (*выделено автором*) указанных отношений, и, прежде всего, оценки с позиций национально-правовых характеристик указанных отношений, в том числе реальной возможности и перспектив их национально-правового регулирования»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Прокушев Е.Ф. Указ. соч. С. 4, 6.

<sup>2</sup> Толочко О.Н. Указ. соч. С. 4.

<sup>3</sup> Прокушев Е.Ф. Указ. соч. С. 6.

<sup>4</sup> Покровская В.В. Указ. соч. С. 7.

<sup>5</sup> Толочко О.Н. Проблемы государственного регулирования внешнеэкономической деятельности. // Право и демократия. Вып. 9. - М., 1998. С. 245; Толочко О.Н. Введение в теорию правового регулирования внешнеэкономических отношений. Монография. - Ирифо: ИрГУ, 2003. С. 10.

<sup>1</sup> См.: Вершинин А.П. Внешнеэкономическое право. Введение в правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. - М., 2001.

<sup>2</sup> См.: Вершинин А.П. Указ. соч. С. 42-43.

<sup>3</sup> Толочко О.Н. Введение в теорию правового регулирования внешнеэкономических отношений. Монография. - Ирифо: ИрГУ, 2003. С. 12.

<sup>4</sup> Там же. С. 17.

В любом случае следует признать, что термин «внешнеэкономические отношения» может употребляться только в связи с определенным государством, по отношению к которому рассматриваемые явления имеют характеристику «внешние». Иными словами, «внешнеэкономическими» отношения выступают лишь в непосредственной связи с национальным правовым порядком.

### **Эволюция современных международных экономических отношений**

Утверждается, что сегодня складывается совершенно новая система международных отношений в точном смысле слова, значение этого термина с участием новых акторов<sup>1</sup>. Объективно развивающиеся мировые и внутригосударственные процессы: глобализации, интеграции, формирования единого экономического пространства, интеграционной интеграции, регионализации, бурного развития приращивающего сотрудничества - приводят к переосмыслению и эволюционированию всей системы международных отношений. Собственно толчком к такому переосмыслению стало провозглашение абсолютно правового тезиса о том, что международные отношения не являются исключительно межгосударственными. В науке международного права издавна сложилось понимание международных отношений как отношений межгосударственных, межвластных, выходящих за пределы территории и компетенции одного государства. Очевидно, что такое толкование сужает филологическое содержание термина «международный», который за рамками науки международного права трактуется как «существующий между народами, интернациональный»<sup>2</sup>. Поэтому сегодня ряд ученых утверждает, что международные отношения приобрели действительно международный характер в точном смысле слова значения этого термина»<sup>3</sup>.

Современное понимание системы международных отношений ухватит все дальше от ограничения ее исключительно системой государственных отношений. По мнению Л.Н. Галенской, международные отношения регулируются международным правом в широком смысле

слова, ядром которого является международное публичное право, в отношениях же не государственных субъектов действует как международное частное право - регулятор цивилистических отношений; так и право негосударственных образований (международных неправительственных организаций, партий, движений и пр.) и властных образований негосударственного характера (субъектов федераций, административных единиц, унитарных государств)<sup>4</sup>. Межгосударственные отношения по-прежнему являются предметом регулирования международного публичного права, что, однако, не позволяет не замечать огромного массива негосударственных международных связей.

Международные отношения (понимаемые в широком смысле) - общественные отношения публично-правового, часто правового характера, пересекающие государственные границы. Такие отношения предлагаются именовать трансграничными во избежание «слияния» с предметом регулирования международного права. Под трансграничными отношениями в литературе принято понимать любые отношения, «пересекающие государственные границы»<sup>5</sup>. Трансграничные отношения включают в себя также отношения с участием физических и юридических лиц разных государств.

Понимание современных международных экономических отношений, очевидно, должно строиться с учетом соответствующих эволюционных процессов в сфере международных отношений в целом.

Современные международные экономические отношения, как пишет Г.К. Демитриева, представляют собой «высокразвитую сложную систему, объединяющую различные по содержанию (по объекту) и по субъектам, но тесно взаимодействующие между собой виды общественных отношений»<sup>6</sup>. В ряде случаев в определении «международных экономических отношений» вкладывается не столько правовое, сколько экономическое содержание: так, они понимаются как «система связей между национальными экономикой и соответствующими субъектами хозяйствования»<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> См., например: Шатназаров Г.Х. Грядущий миропорядок. О тенденциях и перспективах международных отношений. - М., 1981. С. 18; Ситковский В. Международные организации в системе международных отношений. // Белорусский журнал междуна-родного права и международных отношений. 2000. №3; Галенская Л.Н. Международная институциональная система. // Российский ежегодник международного права. 2003. С. 264.

<sup>2</sup> Ожегов С.И. Словарь русского языка. - М., 1968. С. 335.

<sup>3</sup> См.: Шатназаров Г.Х. Указ. соч. С. 18.

<sup>4</sup> Галенская Л.Н. Международный гражданский процесс: понятие и тенденции развития. // Актуальные проблемы международного гражданского процесса. Материалы международной конференции. Санкт-Петербург. 10-11 октября 2002 г. / Под ред. С.В. Бахина. - СПб., 2003. С. 7-9.

<sup>5</sup> Международное частное право: Учебник. / Отв. ред. Г.К. Демитриева. - 2-е изд., перераб. и доп. - М., 2004. С. 9.

<sup>6</sup> Международное публичное право. Учебник. Издательство второе, переработанное и дополненное. / Под ред. К.А. Бекяшева. С. 375.

<sup>7</sup> См., например, Шатназаров В.И. Проблемы разработки международного торгового права. Некоторые вопросы теории. // Автореферат дисс. к.ю.н. - М., 1969; Альшиц-дер А.Б. Международное валютное право. - М. 1984.

Анализируя *международные экономические отношения в широком смысле слова*, на наш взгляд, целесообразнее использовать термин «трансграничные экономические отношения» во избежание слияния с международными экономическими публично-правовыми отношениями (отношениями первого уровня). Трансграничные экономические отношения можно определить как общественные отношения экономического характера, пересекающие государственные границы<sup>1</sup>. Различные «сегменты» трансграничных экономических отношений регулируются международным экономическим правом, правом ЕС, национальным правом.

### **Система современных международных экономических отношений**

Феномен международных экономических отношений отчасти заключается в том, что они способны объединить в себе публичное и частное начала. В этой связи в западной и отечественной литературе встречаются попытки дать толкование международных экономических отношений в широком и узком смысле, структурировать их, выделить уровни.

Преимущественно в правовой литературе встречается мнение о двухуровневой структуре МЭО<sup>2</sup>. Указывается, что международные экономические отношения возникают как на уровне субъектов хозяйствования, так и на уровне государств и иных субъектов международного публичного права.

На наш взгляд, трансграничные экономические отношения не исчерпываются названными выше двумя уровнями. Представляется, что система международных экономических отношений может быть структурирована на четыре уровня:

1. **Отношения первого уровня** - международные, межгосударственные экономические отношения, в которых участвуют «субъекты международного экономического права» (государства, международные межправительственные организации) - они относятся к предмету регулирования международного экономического права как отрасли международного публичного права. Государства устанавли-

вают правовые основы осуществления международных экономических отношений, их правовой режим, создают унифицированные материальные нормы в области правового регулирования внешнеэкономических сделок, расчетов и пр. Федеративные государства создают международно-правовые нормы о принципах и основах сотрудничества между своими субъектами, принимая на себя обязательства активно содействовать развитию двустороннего сотрудничества субъектов и создавать им благоприятные условия в этом отношении.

Таким образом, в классическом доктринальном понимании международные экономические отношения (в узком смысле) - это отношения между государствами, международными экономическими организациями. Это торговые, коммерческие, валютно-финансовые, производственные отношения, инвестиционные, связанные с «общим наследием человечества» и др. Критерием разграничения предмета является коммерческий характер отношений, хотя это достаточно условно, так как государство всегда действует одновременно и как публичный субъект.

Отношения последующих (второго, третьего и четвертого) уровней - это уже не международные (межгосударственные) экономические отношения, а трансграничные экономические отношения, выходящие за пределы территории одного государства и не являющиеся предметом регулирования международного (экономического) права. Участники таких отношений зачастую именуются в литературе «операторами МЭО».

2. **Отношения второго уровня** - это «диагональные» международные экономические связи государств с иностранными партнерами (субъектами федераций, административно-территориальными образованиями, физическими и юридическими лицами иностранных государств). Публичные субъекты нередко вступают в частноправовые отношения, особенно если речь идет о разработке природных ресурсов, режиме приема и защиты иностранных инвестиций. Такие отношения регулируются соглашениями между принимающим государством и частным иностранным инвестором. В соглашениях государство-импортер, как правило, обязуется не предпринимать никаких мер по национализации или экспроприации имущества инвестора. Такие соглашения называются «диагональными» или «диагональными» отношений заключаются инвестиционные соглашения: соглашения о разделе продукции, концессионные соглаше-

1 Ксенофопова М.В. Система международного экономического сотрудничества. // *Вестник ОГУ*. 2005. №3. С. 178.

2 Шувалов В.М. *Международно-правовое регулирование международных экономических отношений. // Государство и право*. 2000. №7. С. 80; Шатров В.П. *Международное экономическое право. Учеб. пособие*. - М., 1990. С. 6; *Международное право. Учеб. для вузов*. / Отв. ред. Г.В. Ивченко, О.И. Пигина. - М., 2001. С. 8, 10-12.

ниа<sup>1</sup>. «Государственные контракты» - это предмет, находящийся в сфере регулирования, внутреннего права; это часть внутреннего права. Вместе с тем, многие западные юристы считают, что это сфера так называемого «международного контрактного права».

3. Отношения третьего уровня - это внешнеэкономические связи субъектов государств и административно-территориальных образований в пределах установленной законодательством соответствующими государствами компетенции. Их цель: стимулирование экономического развития отдельных субъектов путем налаживания прочных и долгосрочных взаимовыгодных контактов. Чаще всего это пріграничные экономические связи субъектов сопредельных государств. Одной из наиболее перспективных и активно используемых форм осуществления отношений третьего уровня выступает приграничное сотрудничество. Субъекты Российской Федерации вступают в такие отношения с субъектами других государств посредством заключения «соглашений об осуществлении международных и внешнеэкономических связей».<sup>2</sup>

4. Отношения четвертого уровня - частноправовые связи хозяйствующих субъектов, физических и юридических лиц иностранных государств - являются предметом регулирования международного частного права посредством применения коллизионных и унифицированных материальных норм. Это внешнеэкономическая деятельность хозяйствующих субъектов, прежде всего, физических и юридических лиц иностранных государств, опосредующая предпринимательскую деятельность, нацеленная на систематическое извлечение прибыли и осуществляемая через заключение внешнеэкономических

делов. Внешнеэкономические сделки можно определить как «совершаемые в ходе осуществления предпринимательской деятельности договоры между лицами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах»<sup>1</sup>.

Отношения первого, второго и третьего уровней - суть публично-правовые, властные отношения, нацеленные на формирование правовых основ прямого взаимодействия хозяйствующих субъектов, на установление режимов такого взаимодействия.

Отношения четвертого уровня - суть частноправовые, договорные, основанные на принципах диспозитивности, автономии воли сторон, добровольности, добросовестности, равенства, свободы договора.

### **Тенденции развития современных международных экономических отношений**

Развитие современных международных экономических отношений происходит в контексте процессов глобализации, регионализации, интеграции, интернационализации и, в связи с этим, имеет ряд характерных особенностей - тенденций. На рубеже XX-XXI вв. мир вступил в новый этап в своем развитии, связанный во многом с таким процессом, как **глобализация**. Эксперты Международного валютного фонда определяют глобализацию как «расширенную экономическую взаимозависимость стран всего мира в результате возрастającego объема и разнообразия трансграничных обменов товарами, услугами, международными потоками капитала, а также благодаря все более быстрой и широкой диффузии технологий».

Явление глобализации мировой экономики имеет два среза или уровня:

- на макроэкономическом уровне - в экономической интеграции государств, в экономической активности государств и регионов вне своих границ, в установлении связей между интернациональными объединениями;
- на микроэкономическом уровне - в расширении деятельности физических и юридических лиц за пределами национальной экономики.

1. Глобализация меняет реальный статус государства в политической структуре общества. С точки зрения глобалистов, государство не будет доминирующей силой на международной арене. «Глобализация мультиплицирует процессы государствообразования, интен-

<sup>1</sup> Именно специфика субъектного состава инвестиционных соглашений порождает в юридической науке массу споров относительно правовой природы таких соглашений: в них участвует ли гражданско-правовой, административно-правовой или «смешанный» характер. См. об этом, например, Зенни Ж.А. Соглашения о разделе продукции: вопрос об имуществе государства. // Журнал международного частного права. №1 (23). 1999. С. 31-39; Оношков А.Н. Инвестиционные соглашения: проблемы отраслевой принадлежности и предметного права. // Журнал международного частного права. №2 (24). 1999. С. 25-34; Мозакин В.П. Право США и экспансия американских корпораций. - М., 1974. С. 98; Кулагин М.И. Правова природа инвестиционных соглашений, заключенных развивающимися странами. // Политические и правовые системы стран Азии, Африки и Латинской Америки. - М., 1975. С. 40-53; Луиц Д.А. Международное частное право (особенная часть). - М., 1969. С. 59; Вознесенская Н.Н. Иностранное инвестирование и смешанные предприятия в странах Африки. - М., 1975. С. 47-82; Соина С.А. Концессионные договоры с иностранными инвесторами. // Правовое регулирование иностранных инвестиций в России. - М., 1992. С. 66-76; Богшвыров А.Г. Инвестиционное право. - М., 1992. С. 67-81.

<sup>2</sup> Федеральный Закон от 4 января 1999 г. «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации». // Собрание Законодательства РФ. 1999. №2. Ст. 231.

<sup>1</sup> Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. - М., 1994. С. 72.

сифицирует увеличение числа государств. По этой причине в XXI в. крупные национальные государства (к их числу относят и Россию), как считают специалисты в области политической глобалистики, столкнутся с растущей проблемой сепаратизма, прежде всего на национальной основе».<sup>1</sup>

2. С первой тенденцией прочно связана другая: в эпоху глобализации растет число негосударственных субъектов, которые осуществляют функции, ранее являвшиеся предметом государственной деятельности. Такими субъектами становятся: транснациональные корпорации, международные неправительственные организации, наднациональные образования. Транснациональные организации оказывают громадное воздействие на международные экономические отношения, вытесняют собой иных субъектов, превращаясь из хозяйствующими субъектов в субъектов международного экономического права. *Транснационализация* мировой экономики фактически влечет за собой размывание экономических границ между государствами, формирование и отставание на международном уровне корпоративных интересов. Складывается опасная ситуация, при которой ТНК оканчиваются, по сути, вне поля правового регулирования, так как не подпадают под предмет регулирования международно-правовых норм и не могут быть подчинены национально-правовым нормам определенного государства.

3. В международных экономических отношениях заметно проявляются явление «**наднациональности**». Оно имеет место в некоторых международных организациях, когда они получают возможность обзывать своими конкретными действиями (решениями) государства, не заручаясь их согласием на это в каждом отдельном случае, то есть приобретают в отношении них определенный объем самостоятельных распорядительных полномочий.

Признаками «наднациональности» являются:

1) нормы права, созданные в рамках наднационального объединения, приобретают эффект «прямого действия» на территории государств-членов, то есть «наднациональное право» приобретает черты внутрисударственного права;

2) внутреннее право наднационального объединения творится органом, действующим юридически неподконтрольно государствам-членам и принимающим обязательные для государств решения вне зависимости от отрицательного к ним отношения со стороны одного

или нескольких государств; при этом соответствующие вопросы полнотой или частично изымаются из ведения государств;

3) международные чиновники, работающие в органах наднациональных объединений, выступают в личном качестве, а не как представители государств;

4) решения принимаются органами наднациональных объединений большинством голосов, путем пропорционального (завешенного) голосования и без непосредственного участия заинтересованных стран.

Элементы «наднациональности», как представляется, заложены в доктрине норм *ius cogens*, в концепции морского дна как «общего наследия человечества», в международном правосудии, в выдвигаемых в настоящее время концепциях «единой мировой валюты», «Мирового центрального банка» и др.

Метод наднационального регулирования все более активно используется именно в сфере международных экономических отношений, как правило, для управления интеграционными процессами, например, в рамках Европейского Союза. «Наднациональный» характер правового порядка ЕС усматривается в праве его органов издавать обязательные для государств-членов и их граждан властные акты прямого применения, обладающие приоритетом перед внутрисударственным правом, принимать решения большинством голосов.

В «структурном, организационном компоненте» международных экономических отношений метод «наднациональности» проявляется в том, что рабочими органами вновь образованной мировой правящей элиты становятся наднациональные институты типа МВФ, ВТО, ОЭСР, МФК, конференции глав государств и т. д. Многие наднациональные элементы присущи деятельности, компетенции ВТО.

В «регулятивном компоненте» международных экономических отношений также происходят глобальные изменения: складываются совершенно уникальные правовые блоки, явления: «право Европейского Союза», «право ВТО», «право МВРР», «право МВФ» и другие правовые массивы, которые не подлежат известной правовой идентификации; их нельзя отнести исключительно к нормам международного экономического права, так как значительное место в них занимают нормы внутреннего права соответствующих международных организаций.

В рамках интеграционных объединений выявляются элементы «права интеграции», «наднационального права», обладающего определенной автономией и эффектом прямого действия. Право между-

<sup>1</sup> Иванец Г. И., Червонок В. И. *Глобализация, государство, право*. // *Государство и право*. 2003. №8. С. 89.

народной экономической интеграции приходится на переднем крае становления и развития глобальной правовой системы. Глобальная правовая система, по мнению В. М. Шумилова, будет состоять из норм «наднационального», международного, внутреннего и «трансграничного» права. Она будет адекватной надстройкой над единым мировым экономическим пространством<sup>1</sup>.

Еще одним явлением, предопределяющим использование метода наднационального регулирования, является все более отчетливое формирование института *общего наследия человечества* - воплощение общечеловеческих интересов. Общим наследием является ресурс морского дна, небесные тела, включая Луну. Не исключено, что общим наследием человечества будет признана и Антарктика. Экологические, информационные проблемы также порождают общечеловеческие интересы. Эти интересы требуют надгосударственных механизмов решения возникающих проблем, в том числе в вопросах их экономического использования.

4. Появление и развитие метода наднациональности обусловлено другой тенденцией развития современных международных экономических отношений - процессом **интеграции**. Экономическая интеграция - это также проявление процесса глобализации. Экономическая интеграция - это процесс взаимодействия в международной экономической системе публичных и частных лиц с целью формирования расширенного экономического пространства, в котором могут свободно циркулировать различные факторы производства: товары/услуги, финансы, инвестиции, рабочая сила.

В. М. Шумилов называет внешние проявления интеграции:

- образование единых товарных рынков;
- создание общего рынка товаров, работ, услуг, рабочей силы;
- централизация и перелетение капиталов;
- проведение согласованной внешнеэкономической политики.

По территориально-пространственному охвату экономической интеграция имеет место на универсальном уровне (в рамках системы ВТО, Всемирного банка) и на региональном уровне (Европейский Союз, ЕАСТ, НАФТА, ЛАИ, «Андекская группа», АСЕАН, ДАГ). Оправданно выделить также и секторальный уровень интеграции - кол-

<sup>1</sup> Шумилов В. М. *Международное экономическое право в эпоху глобализации*. - М., 2003. С. 198.

<sup>2</sup> Шумилов В. М. *Международное публичное экономическое право. Учебное пособие*. - М., 2004. С. 83.

да объединительные процессы происходят, например, на каком-то отделе взятом международном товарном рынке.

Следует отметить, что экономическая интеграция осуществляется в рамках международных экономических отношений параллельно с углублением процессов международного экономического сотрудничества.

5. Совершаются механизмы **унификации**, вовлекая все новые сферы экономического взаимодействия (например, международная торговля через Интернет, международные расчеты).

6. Усиливается **интернационализация** хозяйственной жизни: между хозяйствующими субъектами различных стран устанавливаются непосредственные и все более устойчивые связи, углубляется специализация производства; проводятся совместные научные и технические исследования; предприятия открывают за рубежом филиалы, представительства, дочерние предприятия. В правовой сфере это находит отражение, например, в заключении соглашений (как публично-правового, так и частноправового характера) о создании совместных предприятий, кредитных соглашениях и др.

7. Все большее значение в правовом регулировании транснационных экономических отношений приобретает **формы неправового воздействия**: так называемое «мягкое право», международные торговые обычаи и обычное право, типовые договоры, Lex mercatoria, нормы морали, модельные законы, нормы, подобные ИНКОТЕРМС, решения международных организаций. В. М. Шумилов пишет, что решения международных организаций следует рассматривать в качестве специальных источников МЭП, так как они содержат в себе договорные и обычно-правовые принципы и нормы, отраслевые нормы МЭП, политические нормы, имеющие высокую обязательную силу морально-политического характера. Именно последние нормы и получили название «мягкое право»<sup>1</sup>.

Увеличение числа неправовых регуляторов не означает вытеснения правовых норм, их замены. Более того, обнаруживается тенденция к росту правовых норм, в том числе норм общего характера, что представляется новым явлением<sup>2</sup>. Представляется, что происходит взаимопроникновение правового и неправового методов регулирования, что в целом направлено на повышение эффективности системы в целом, на повышение степени урегулированности, предсказуемости международных экономических отношений.

<sup>1</sup> Шумилов В. М. *Международное экономическое право*. - М., 1999. С. 79-80.

<sup>2</sup> Луркатик И. И. *Нормы международного права*. - М.: Издательство «Спарк», 1997. С. 62.

Значимая регулятивная роль, широкое применение таких источников вызывает к жизни оживленную дискуссию в науке относительно природы, сущности, форм, источников неправового регулирования. Это явление называют «транснациональным правом», «вненациональным правом», «субправом», «формулярным правом» и др. В зарубежной литературе совокупность регуляторов внешнеэкономических связей зачастую именуют *lex mercatoria* - право, создаваемое самими участниками международных частноправовых экономических отношений, автономное от национальных правовых систем<sup>1</sup>, иногда в качестве синонима *lex mercatoria* используют термин «контрактное право»<sup>2</sup>. К источникам *lex mercatoria* относят как правовые, так и неправовые источники: международные договоры, рекомендации акты международных организаций, типовые контракты, своды единообразных правил, кодифицируемых неправительственными международными организациями (ИНКОТЕРМС), международные торговые обычаи, арбитражные решения, контрактные условия, кодексы поведения.

Все эти формы негосударственного регулирования имеют целью облегчение, упорядочение отношений, связанных с заключением ВЭС, сделок международного характера и могут рассматриваться как субсидиарные средства регулирования такого рода отношений.

В настоящее время в науке международного права высказываются даже достаточно крайние точки зрения - практически и отказаться от международного права как системы общеобязательных принципов и норм и перейти к ориентации на другие неправовые категории. Формирование подобных взглядов обусловило появление концепции деления международного права на «твердое» (обязательные нормы) и «мягкое» (рекомендательные нормы). Мнения юристов по этой проблеме чрезвычайно противоречивы<sup>3</sup>.

Высказываются мнения о необходимости замены «застывших, консервативных форм международных договоров и обычаев» на более адекватные формы - рекомендательные кодификации, получившие названия «*lex mercatoria*», «субправо». Известный специалист в области международных экономических организаций С.А. Войтович пишет: «Концепция «мягкого» экономического права... пред-

ставляет своеобразную реакцию, с одной стороны, на трудности формирования МЭП и, с другой, на значительный рост в последние годы числа и правового значения рекомендаций, относящихся к МЭП». Автор цитирует одного из основателей концепции «мягкого» международного права И. Зайделя-Гохенвельдера: «В настоящее время шансы на создание твердых норм, могущих рассчитывать на всеобщее признание, невелики»<sup>4</sup>.

Обобщая наиболее характерные черты и тенденции современного международного экономического правопорядка, В.М. Шумилов констатирует, что «большое место в правовом регулировании МЭО занимают нормы так называемого «мягкого права» («неформальные договоренности» в сфере международных экономических связей), международных обычных норм, обыкновений, нормы «серой зоны»... Все это придает необходимо гибкость существующему правопорядку»<sup>5</sup>. В противовес этой позиции Т.Н. Нешатаева считает, что нельзя говорить о делении международного права на «твердое» и «мягкое», так как источниками международного права могут быть только общеобязательные нормы<sup>6</sup>. Сама концепция и название «мягкое право» также неоднозначно подвергались критике<sup>4</sup>.

В последние годы постоянно расширяется практика подготовки международных документов, направленных на регулирование международных коммерческих связей невластного характера, применяемых по соглашению между их участниками. Подобные регуляторы называют квазиправовыми или, как пишет С.В. Вахин, «субправом»<sup>5</sup>. С нормами права их обближает то, что они содержат модель регулирования определенных отношений и представляют собой краткие и четкие формулы, описывающие надлежащий порядок действий. Отличие расматриваемых правил от права состоит в том, что они не санкционируются государством, а могут действовать в рамках установленного правопорядка лишь потому, что само государство, устанавливая принципы свободы договора и автономии воли сторон, допускает тем самым использование подобных правил в рамках своей

1 *Shmitthoff С.М. Nature and Evolution of the transnational law of commercial transactions. // The transnational law of international commercial transactions. Dordrecht: Kluwer, 1982. P. 19.*

2 *Desautels E. Droit international public. Paris. 1997. P. 135.*

3 *См.: Решетов Ю.А. К вопросу о «мягком праве» // Московский журнал международного права. 1999. №2. С. 26-32.*

1 *Цит. по: Лукатчук И.И. Нормы международного права. - М.: Издательство «Спарк», 1997. С. 132.*

2 *Шумилов В.М. Международное экономическое право в эпоху глобализации. - М., 2003. С. 30.*

3 *Нешатаева Т.Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. 2-е изд. - М.: Дело, 1999. С. 107-110.*

4 *См., например, Колодкин Р.А. Критика концепции «мягкого права». // Советское государство и право. 1985. №12. С. 95-100.*

5 *Вахин С.В. Lex mercatoria и унификация международного частного права. // Журнал международного частного права. 1999. №4 (26). С. 3-45.*



юрисдикции. К субъектовым документам относятся различные стандартные формы документов, опосредующих коммерческий оборот: типовые контракты, типовые проформы договоров, формуляры, общие условия, стандартные условия.

Распространенность типовых контрактов является результатом стремления к унификации условий международной торговли и обусловлена определенными удобствами, которые дает их использование. Использование типовых контрактов приобрело такой широкий размах, что появился даже специальный термин «формулярное право»<sup>1</sup>.

Вся система международных (трансграничных) экономических отношений является объектом нормативного регулирования. На наш взгляд, все многообразие инструментов, регулирующих трансграничные экономические отношения, может быть объединено в *международную экономическую нормативную систему*<sup>2</sup>.

Профессор И. И. Лукашук основными подсистемами международной нормативной системы называет международное право, политические нормы и мораль<sup>3</sup>. Такая «горизонтальная» структуризация основана на характере и природе норм, объединенных в систему. Однако в рамках международной нормативной системы возможна и «вертикальная» структуризация на подсистемы в зависимости от объекта регулирования. Так, главным системообразующим фактором будет выступать система международных экономических отношений, которую эту нормативная система призвана регулировать. Другими системообразующими факторами выступают общие цели и принципы.

Международная экономическая нормативная система представляет собой систему международных правовых и международных неправовых норм, нацеленных на регулирование трансграничных экономических отношений<sup>4</sup>. Международная экономическая нормативная система вполне может рассматриваться как подсистема международной нормативной системы.

Все большее значение приобретают формы неправового регулирования внешнеэкономических связей: международные торговые обычаи, типовые договоры, ИНКОТЕРМС. Значимая регулятивная роль, широкое применение таких источников вызывает к жизни оживленную дискуссию в науке, в рамках деятельности международных орга-

низаций относительно природы, сущности, форм, источников неправового регулирования. Это явление называют «транснациональным правом», «вненациональным правом», «субправом», «формулярным правом», Lex mercatoria и др.

В международной экономической системе, как ни в какой другой сфере, «публичный» уровень отношений перелетел с «частным» уровнем. Правоотношения, начинающиеся на «публичном» уровне, зачастую реализуются через частноправовые отношения, и, наоборот, частноправовые отношения своими проблемами или масштабами «выходят» на «публичный» уровень, требуя международно-правового регулирования. Такое глубокое взаимодействие двух правовых систем способствует появлению соответствующих прогностов развития международного экономического права: по мнению В. М. Шумилова, современное международное право (вместе с международной нормативной системой и системами внутригосударственного права) находится в стадии формирования зачатков глобальной правовой системы<sup>1</sup>.

В. М. Шумилов считает, что глобализация ведет к формированию глобальной социальной системы. В этой глобальной социальной системе можно выделить несколько уровней отношений, требующих регулирования:

- а) отношения, находящиеся в сфере национальной юрисдикции государства; эти отношения регулируются внутригосударственным правом (к таким отношениям относятся внутригосударственные отношения, отношения частноправового характера с иностранным элементом;
- б) отношения между государствами (и шире - между личными лицами»); эти отношения регулируются международным правом.

Однако глобализация ведет к появлению и расширению еще, по крайней мере, двух групп отношений, объективно требующих нормативного регулирования:

- отношений между частными лицами в тех вопросах, которые не регулируются ни внутренним, ни международным правом (либо регулируются по общедозволительному способу, при котором применяется принцип: «разрешено все, кроме прямо запрещенного»); в этом случае частные лица разных государств, будучи заинтересованными в обеспечении порядка, создают собственную автономную систему

1 Кулагин М. И. *Предпринимательство и право: опыт Запада*. - М., 1992. С. 29-31.

2 Ксенофопова М. В. *Международные правовые и иные нормы как регуляторы международных экономических отношений*. // Труды Оренбургского института. Вып. 7. - Оренбург, 2006. С. 532.

3 Лукашук И. И. *Указ. соч.* С. 54.

4 Ксенофопова М. В. *Указ. соч.* С. 533.

1 Шумилов В. М. *Международное экономическое право*. - М., 1999. С. 34.

регулирования - нечто вроде международного договорного права (это так называемое «транснациональное право»);

- отголосков в сферах национальной юрисдикции; такого рода отголоски порождены глобальными проблемами и регулируются они нормами, которые условно можно назвать наднациональным правом.

Качественное единство между четырьмя правовыми явлениями можно назвать глобальной правовой системой<sup>1</sup>.

Глобальная правовая система, пишет В.М. Шумилов, будет состоять из норм «наднационального», международного, внутреннего и «транснационального» права. И она будет адекватной надстройкой над единым мировым экономическим пространством<sup>2</sup>.

## ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ СВЯЗЕЙ

*Некрасов С.В. - преподаватель кафедры трудового и предпринимательского права*

Создание в России рыночной экономики предполагает ее открытость и интеграцию в мировое хозяйство. Это подразумевает, что любые организации, независимо от формы собственности, должны иметь выход на внешний рынок. Только в этом случае удастся обеспечить их реальное вхождение в международные экономические процессы. Основной тенденцией современной мировой экономики является углубление международного разделения труда и, как следствие, интенсификация обменов товарами и услугами между производителями и потребителями из различных стран. Например, современный российский работодатель в белорусской компании, отдыхает в Египте, продает продукт своей интеллектуальной деятельности в США, покупает недвижимость в Испании и т.д. Все эти повседневные экономические операции нуждаются в правовом сопровождении и становятся реальными лишь после правового оформления. На внешнем рынке, в

результате либерализации внешнеэкономической деятельности (ВЭД), в последние 10-15 лет появились множество российских предприятий-магелов. При этом новые участники ВЭД, ранее не вступавшие в деловые отношения с иностранными коммерсантами, оказались незакомными с правилами ведения международного бизнеса и неподготовленными к цивилизованной внешнеторговой работе.

Для решения комплекса внешнеторговых проблем возникла необходимость создать систему стабильного государственного регулирования с эффективной организационно-управленческой структурой, которая могла бы оказать реальную помощь российским и иностранным участникам внешнеторговой деятельности.

Внешнеторговая деятельность - предпринимательская деятельность в области международного обмена товарами, работами, услугами, информацией, результатами интеллектуальной деятельности. Внешнеэкономическая деятельность может рассматриваться в двух аспектах: как вид предпринимательской деятельности и как вид межгосударственного сотрудничества в установлении внешнеэкономических связей.

Внешнеэкономические связи - это международные хозяйственные, торговые, политические отношения, включающие обмен товарами, различные формы экономического содействия, научно-технического сотрудничества, специализацию, кооперацию производства, оказание услуг и совместное предпринимательство.

На основе внешнеэкономических связей осуществляется международное разделение труда, позволяющее добиться экономии общественного труда в процессе рационального производства и обмена его результатами между различными странами.

По мнению Ю.М. Ростовского и В.Ю. Гречкова, занятые внешне-торговым делом - это достаточно сложная организаторская и управленческая работа, а для успешной работы на внешнем рынке требуются обширные и глубокие профессиональные знания. Это, прежде всего, обстоятельные знания как собственно внешнеторгового дела, включая международный маркетинг, конъюктурно-ценовые, валютно-финансовые, таможенные, транспортные, страховые, правовые вопросы и приобретение необходимого минимума знаний в смежных областях: товароведении, банковском, бухгалтерском, патентном, рекламном деле и множестве других.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Шумилов В.М. *Глобализация мировой экономики и глобальная правовая система.* // [www.mbi-vesti.net/mbv/vbivo/ebivartu/text/30683.rtf](http://www.mbi-vesti.net/mbv/vbivo/ebivartu/text/30683.rtf)

<sup>2</sup> Шумилов В.М. *Международное экономическое право в эпоху глобализации.* - М., 2003. С. 198.

<sup>1</sup> Ростовский Ю.М., Гречков В.Ю. *Внешнеэкономическая деятельность: учебник.* / Ю.М. Ростовский, В.Ю. Гречков. 2-е изд., с изм. - М.: Экономика, 2006. С. 7.

На мировом рынке сложились определенные правила поведения, которые признаются цивилизованными коммерсантами всех стран, но порой игнорируются российскими предпринимателями.

Внешнеторговым специалистам требуется постоянно осваивать общепринятые и новые, современные формы и методы работы в данной области, уметь грамотно анализировать различные аспекты всего процесса осуществления внешнеторговых операций, управлять этим процессом.

Со времен Древнего Рима экономические отношения получили свое оформление в гражданско-правовых договорах (контрактах). Но для древнего цивилистического регулирования было не слишком важно, чьими подданными являются участники этих отношений или из какой страны происходит товар, ибо общая политика Римского государства была направлена на экспансию, захват иностранных государств, включение их в состав империи и, следовательно, распространение на всех римского национального права, дискриминационного по отношению к иностранцам. Человечество достаточно долго использовало столь радикальный способ создания единого правового пространства, что приводило к бесконечным войнам, нестабильности и разрушению самых процветающих экономических систем. Излишне подчеркивать, что в современную эпоху подобный способ создания общего правового пространства, обеспечивающего взаимозависимое развитие экономических или иных социальных отношений, неэффективен. К сожалению, данное утверждение не означает, что такие способы правового регулирования совсем не используются в наши дни.

В целом сбалансированное, неконфронтационное обеспечение общечеловеческих связей общим правом происходит сегодня иным путем - взаимодействием двух способов, сочетанием междунаrodnо-правового и национально-правового способа регулирования этих экономических отношений. Подобное сочетание разных методов правового регулирования - сложное, многоплановое явление, как правило, не укладывающееся в прокрустово ложе устоявшихся теоретико-правовых представлений.

Возможно, неразработанность теоретических подходов связана как с исторической «молодостью» внешнеэкономического оборота, интенсификация которого приходится лишь на два последних столетия, так и с постоянно обновляющимися составляющими такого оборота, ибо научно-технический прогресс постоянно новирует и предмет правового регулирования (например, сегодня предметом договора могут стать клонированные органы живых существ или даже кло-

нированные существа), и способ функционирования этого оборота (к примеру, сделки совершаются в сети Интернет).

Профессор И. В. Ершова не подвергает сомнению, что «некоторые твердые основы правового оформления внешних связей уже сложились. Прежде всего, это относится к оформлению экономического оборота в виде международных коммерческих (внешнеэкономических) сделок. По своей природе международная коммерческая сделка наиболее близка гражданско-правовой сделке (контракту, договору), оформляющей экономический оборот в пределах одного государства. Правовой режим означает совокупность правил осуществления внешнеэкономической деятельности, совершения экспортно-импортных операций. Различают национальный режим, режим наиболее благоприятствования, преференциальный и специальный режимы».<sup>1</sup>

Установление национального режима означает, что каждая из договаривающихся сторон предоставляет гражданам и юридическим лицам другой договаривающейся стороны тот же режим, что и собственным гражданам и юридическим лицам, осуществляющим внешнеэкономическую деятельность. Режим наиболее благоприятствования означает, что физическим и юридическим лицам договаривающихся государств будут предоставляться такие же права, как физическим и юридическим лицам третьих государств. Устанавливая преференциальный режим, развитые государства предоставляют физическим и юридическим лицам развивающихся государств определенные льготы и преимущества без взаимности. Специальный режим - это режим, при котором государство на взаимной основе предоставляет физическим и юридическим лицам договаривающихся государств особые права для осуществления внешнеэкономической деятельности. Такой режим был установлен, например, Соглашением о создании зоны свободной торговли<sup>2</sup> (Москва, 15 апреля 1994 г., с изменениями от 2 апреля 1999 г.) для подписавших его сторон (Армения, Беларусь, Грузия, Молдова и др.).

Основное направление реформирования внешнеторгового законодательства Российской Федерации - формирование современного государственно-правового механизма внешнеторговой политики на основе общеобязательных принципов и правил международной торговли и, в первую очередь, если перед Россией стоит цель войти в систему Всемирной торговой организации (ВТО), то и норм этой организации.

<sup>1</sup> Ершова И. В. *Предпринимательское право* [Лекции, учебник] / И. В. Ершова. - Изд. 3-е, перераб. и доп. - М.: ИД «Юристъ» 2005. С. 413.

<sup>2</sup> *Волгетень межгосударственных договоров*. №9. 1994.

Принятый 8 декабря 2003 г. Федеральный закон №164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеэкономической деятельности»<sup>1</sup> (далее - Закон о внешнеэкономической деятельности) определил основы государственного регулирования внешнеэкономической деятельности, уточнил полномочия Российской Федерации и ее субъектов в области внешнеэкономической деятельности. Основы государственного регулирования внешнеэкономической деятельности, разработанные и прошедшие экспертизу специалистов ВТО, включают в себя следующие меры: установление и отмену импортных и экспортных таможенных сборов и пошлин; установление и отмену запретов и ограничений международной торговли товарами, услугами и интеллектуальной собственностью; установление и отмену мер экономического и административного характера, способствующих развитию внешнеэкономической деятельности; заключение международных торговых договоров и договоров о таможенных союзах, о зонах свободной торговли, о региональной экономической интеграции, о поощрении и защите капиталовложений, а также о приграничной торговле; установление иных мер, допускаемых действующим законодательством.

В Законе о внешнеэкономической деятельности определены также основания для установления запретов и ограничений в международной торговле товарами, услугами и интеллектуальной собственностью в целях обеспечения безопасности международного мира и стабильности, защиты прав и законных интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований и российских участников внешнеэкономической деятельности. Субъектами внешнеэкономической деятельности являются государственные органы, осуществляющие ее регулирование, а также хозяйствующие субъекты, которые ведут такую деятельность. Непосредственными участниками внешнеэкономической деятельности являются хозяйствующие субъекты: российские и иностранные физические и юридические лица, имеющие право осуществлять предпринимательскую и в том числе внешнеэкономическую деятельность. Закон определяет основы государственного регулирования внешнеэкономической деятельности, полномочия Российской Федерации и субъектов Российской Федерации в области внешней торговли в целях обеспечения благоприятных условий для ее развития, а также защиты экономических и политических интересов Российской Федерации. С позиции участников внешнеэкономической деятельности этот Закон можно оце-

нить как умеренно либеральный: права экспортеров и импортеров расширились, а условия введения ограничений и запретов стали более четкими и прозрачными.

Следует иметь в виду, что данный Закон о внешнеэкономической деятельности тесно связан с рядом других законов, например, с Таможенным кодексом РФ от 28 мая 2003 г. №61-ФЗ, Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. №165-ФЗ «О специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мерах при импорте товаров»<sup>2</sup> и некоторыми другими.

Государственное регулирование внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации осуществляется достаточно большой круг соответствующих органов: Президент РФ, Правительство РФ, Министерство экономического развития и торговли РФ, Федеральная служба по техническому и экспортному контролю, Федеральная таможенная служба, иные специально созданные органы, чья деятельность регламентирована Конституцией РФ, а также специальными актами.

Конституциями большинства стран мира допускаются осуществление внешних отношений субнациональными единицами при обязательном условии соблюдения конституционного принципа единства внешней политики государства. Содержатся соответствующие положения и в Конституции Российской Федерации 1993 г. В соответствии с п. «о» ч. 1 ст. 72 Конституции к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов отнесена, в частности, «координация международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации». Позднее действующая конституционная норма нашла законодательное развитие в специальном законодательном акте - Федеральном законе от 4 января 1999 г. №4-ФЗ «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации»<sup>3</sup>.

За рубежом внимание уделяется также регулированию ВЭД как на государственном уровне, так и на уровне предприятий. В качестве примера можно привести меры, действующие в странах Европейского Союза и направленные, прежде всего, на регулирование инвестиционной и таможенной деятельности. В этих странах выработан довольно жесткий подход к поставкам сырья и, наоборот, либераль-

<sup>1</sup> *Собрание законодательства РФ, 15.12.2003. №50. Ст. 4850.*

<sup>1</sup> *Собрание законодательства РФ, 02.06.2003. №22. Ст. 2066.*

<sup>2</sup> *Собрание законодательства РФ, 15.12.2003. №50. Ст. 4851.*

<sup>3</sup> *Собрание законодательства РФ, №2. 11.01.1999. Ст. 231.*

ный, стимулирующий подход к поставкам готовой продукции. Такой подход закреплен в основе работы Всемирной торговой организации (ВТО).

При осуществлении ВЭД необходимо учитывать внешнеэкономическую политику различных государств, под влиянием которой формируются основные направления, регулирующие отношения с другими странами. В странах с развитой рыночной экономической системой государственная монополия на внешнюю торговлю, но при этом высшие государственные органы определяют внешнеэкономическую политику стран, издавая законы о регулировании торговли, ратифицируют государственные договоры.

Современное международное законодательство в подавляющем большинстве случаев предполагает принцип добровольности участия в нем государств, которые по своему усмотрению могут присоединиться или не присоединиться к международному договору. В случае же присоединения государство может сделать это, присоединившись полностью либо частично с оговоркой, то есть указать, какие положения данной международной конвенции оно принимает, а какие нет, что является в настоящее время весьма распространенной практикой.

В настоящее время базовым международным документом, регулирующим вопросы, связанные с заключением внешнеторговых сделок, является Венская конвенция о праве международных договоров<sup>1</sup>, заключенная в Вене 23 мая 1969 г. (далее - Венская конвенция ООН), при присоединении к которой наша страна (для СССР Венская конвенция ООН вступила в силу с 1 сентября 1991 года) сделала, в частности, специальную оговорку об обязательности письменной формы для внешнеторговой сделки, если одной из ее сторон является отечественная или иная, подчиненная отечественному законодательству организация, поскольку Венской конвенцией ООН предусматривается возможность заключения такой сделки в устной форме.

Специфика государственного регулирования внешнеторговой деятельности в отношении товаров, информации, работ, услуг, результатов интеллектуальной деятельности, которые могут быть использованы при создании оружия массового поражения, средств его доставки, иных видов вооружения, определена в Федеральном законе от 18 июля 1999 г. №183-ФЗ «Об экспортном контроле»<sup>2</sup>, а также в соответствующих международных договорах Российской Федерации

(например, Соглашение о координации работ по вопросам экспортного контроля сырья, материалов, оборудования, технологий и услуг, которые могут быть использованы для создания оружия массового уничтожения и ракетных средств его доставки (Минск, 26 июня 1992 г.), Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Беларусь о едином порядке экспортного контроля (Минск, 13 апреля 1999 г.). Отдельно следует остановиться на нормативно-правовом регулировании внешнеторговой деятельности нашей страны с некоторыми соседними, в первую очередь пограничными нам государствами. Речь идет о двусторонних Общих условиях поставки товаров (ОУП) - межправительственных соглашениях, заключенных с Китаем, КНДР, Финляндией и другими.

Эти документы, в максимальной степени учитывающие специфику двусторонней торговли, носят универсальный характер и регламентируют практически все вопросы, связанные с заключением и исполнением внешнеторговых сделок отечественными организациями с партнерами из перечисленных стран. Именно в силу этой универсальности и комплексности ОУП целесообразно применять в соответствующих внешнеторговых контрактах. Однако в настоящее время ОУП носят факультативный, рекомендательный характер. Они будут иметь обязательный характер только в том случае, если в конкретном контракте на них будет сделана соответствующая ссылка.

Среди подзаконных актов, регулирующих внешнеторговую деятельность, большое значение имеют постановления Правительства Российской Федерации, касающиеся ставок ввозных и вывозных таможенных пошлин на отдельные виды товаров; о порядке применения антидемпинговых пошлин; об установлении квот на экспорт некоторых видов товаров; о мерах по защите российских производителей той или иной продукции; о введении или отмене лицензирования импорта товаров; о трансграничном перемещении отходов; о мерах государственной поддержки отдельных сфер производства и услуг; о введении сертификатов на продукцию; об осуществлении контроля и государственной экспертизы в соответствующих случаях внешнеэкономической деятельности; о государственной регистрации видов товаров, провозимых в России или ввозимых в страну; о правилах маркировки товаров; по вопросам транзита товаров; о реализации соответствующих международных соглашений в части торговли некоторыми видами товаров; о паспортах транспортных средств; о курсах и аукционах по продаже квот на экспорт/импорт товаров, работ, услуг; по защите потребителя рынка России от проник-

<sup>1</sup> *Ведомости ВС СССР*, 10.09.1986. №37. Ст. 772.

<sup>2</sup> *Собрание законодательства РФ*, 26.07.1999. №30. Ст. 3774.

новения некачественных импортных товаров; по вопросам применения схемы преференций России к товарам развивающихся стран; о централизованных закупках по импорту; о лицензировании и квотировании экспорта/импорта товаров, работ, услуг; о порядке определения таможенной стоимости ввозимых товаров; о регулировании реэкспорта и т. д.

В свете указанной системы нормативных актов Закон о внешне-торговой деятельности предстает как некий правовой стержень, скрепляющий огромное число актов разного уровня. Посредством данного Закона российское законодательство увязывается с положениями более чем 50 соглашений, входящих в так называемый «пакет ВТО», иначе говоря - с правом ВТО.

Большая роль в регулировании внешнеторговой деятельности отводится обычаям делового оборота. В качестве примера можно привести Международные правила толкования торговых терминов «ИНКОТЕРМС»<sup>1</sup>, которые издаются Международной торговой палатой. В настоящее время Правила действуют в редакции 2000 г. и Постановлением ТПП РФ<sup>2</sup> признаны торговым обычаем. ИНКОТЕРМС является сводом международных правил толкования наиболее часто встречающихся во внешней торговле торговых терминов. Тем самым в значительной степени уменьшена неопределенность интерпретации таких терминов в различных странах, ведь зачастую стороны, заключающие контракт, незнакомы с многообразной практикой ведения торговли в соответствующих странах мира. Это может послужить причиной недоразумений, разногласий и судебных разбирательств.

Следует подчеркнуть, что сфера действия ИНКОТЕРМС ограничена вопросами, связанными с правами и обязанностями сторон договора купли-продажи в отношении поставки проданных товаров (под словом «товары» здесь подразумеваются «материальные товары», исключая «нематериальные товары», такие как компьютерное программное обеспечение). Наиболее часто в практике встречаются два варианта неправильного понимания ИНКОТЕРМС.

Первым является неправильное понимание ИНКОТЕРМС как правил, имеющих большее отношение к договору перевозки, а не к

договору купли-продажи. Вторым является неправильное представление о том, что они должны охватывать все обязанности, которые стороны хотели бы включить в договор. Как всегда подчеркивалось Международной торговой палатой, ИНКОТЕРМС имеют дело только с отношениями между продающими и покупателями в рамках договора купли-продажи, более того, только в определенных аспектах.<sup>1</sup> В то время, как экспортерам и импортерам важно учитывать условия различных договоров, необходимых для осуществления международной сделки продажи: перевозки, страхования, финансирования. Договоренность сторон ВЭС использовать определенный термин имеет значение и для прочих договоров. Приведем несколько примеров. Соглашившись на условия СFR или CIF, продавец не может выполнить этот договор любым иным видом транспорта, кроме морского, так как по этим условиям он должен предоставить покупателю коносамент или другой морской транспортный документ, что просто невозможно при использовании иных видов транспорта. Более того, документ, необходимый в соответствии с документальным кредитом, будет обязательно зависеть от средств транзитной перевозки, которые будут использоваться.

Вместе с тем, ИНКОТЕРМС имеют дело с некоторыми определенными обязанностями сторон, в частности, с такими как: обязанность продавца поставить товар в распоряжение покупателя или передать его для перевозки или доставить его в пункт назначения и с распределением риска между сторонами в этих случаях. Далее стороны обязаны очиснить товар для экспорта и импорта, упаковать товар, а также представить подтверждение того, что соответствующие условия сделки были должным образом выполнены. При том, что ИНКОТЕРМС крайне важны для осуществления договора купли-продажи, большее количество проблем, которые могут возникнуть в таком договоре, вообще не рассматривается, например, передача права владения, права собственности, нарушения договоренности и последствия таких нарушений, а также освобождение от ответственности в определенных ситуациях. Следует подчеркнуть, что ИНКОТЕРМС не предназначены для замены условий договора, необходимых для полного договора купли-продажи. ИНКОТЕРМС вообще не имеют дела с последствиями нарушения договора и освобождением от ответственности вследствие различных препятствий. Эти вопросы должны разрешаться другими условиями договора купли-продажи и соответству-

<sup>1</sup> Международные правила толкования торговых терминов «ИНКОТЕРМС 2000», Сборник международных договоров и других документов, применяемых при заключении и исполнении внешнеэкономических контрактов. - М.: Торгово-промышленная палата СССР. В.о. «Внешнеэкономсервис». 1991. С. 37-71.

<sup>2</sup> Постановление Президиума ТПП РФ от 28.06.2001 г. №117-13.

<sup>1</sup> Публикация Международной торговой палаты. 1990 г., №460.

ющими законами. ИНКОТЕРМС изначально всегда предназначались для использования в тех случаях, когда товары продавались через национальные границы. Однако термин ИНКОТЕРМС на практике зачастую включаются в договоры для продажи товаров исключительно в пределах внутренних рынков и в этом случае, статьи касающиеся экспорта и импорта становятся лишними.

Главным же документом, обслуживающим и регулирующим договорные отношения в современной международной торговле является внешнеотровый контракт, в нем фиксируются условия, на которых заключается конкретная внешнеотровая сделка, и он же одновременно является письменным подтверждением факта ее заключения.

Естественно, что от качества подготовки контракта напрямую зависит как само исполнение (или возможность исполнения) такой внешнеотровой сделки, так и те последствия, которые возникнут после ее выполнения, в том числе та репутация, которую создадут себе в глазах друг друга бывшие партнеры. Законодатель допускает существование особых правил государственного регулирования внешнеотровой деятельности. В этой связи рассмотрим, как в законодательстве Российской Федерации решаются вопросы, связанные с заключением внешнеотровой сделки.

Основным документом здесь является Гражданский кодекс<sup>1</sup> Российской Федерации 1994 года, в котором вопрос о форме заключения внешнеотровой сделки (ВЭС) определен достаточно четко (п. 3 ст. 162 и п. 2 ст. 1209). В соответствии со статьями 161 и 162 ГК РФ для внешнеэкономической сделки обязательна простая, не требующая дополнительного нотариального заверения письменная форма заключения, а несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет ее недействительность.

Это означает, что при отсутствии внешнеотрового контракта или иного его заменяющего документа такая сделка является ничтожной, то есть юридически недействительной в силу самого закона, и для признания ее недействительности не требуется дополнительного судебного решения. По этой причине подписание внешнеотрового контракта, стороной которого является отечественная организация, является обязательным, так как в противном случае такая сделка автоматически становится недействительной. Для письменной формы подписание предусмотрено два возможных варианта заключения. В соответствии со ст. 434 ГК РФ, такая сделка будет считаться

действительной, если она совершена путем составления и подписания отдельного документа, с использованием современных средств связи - телеграфной, телеграфной, телефаксной и другой при условии, что поступивший таким образом документ должен исходить только от стороны - участницы сделки, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору, то есть от Продавца или Покупателя.

При этом первый вариант представляет собой стандартный способ заключения сделки - подписание контракта или иного письменного обязательства с последующим подтверждением его контрактом Продавца и Покупателя во время переговоров с представлением подписей и печатей, а второй способ, прежде всего, для заключения контрактов с использованием факсимильной связи.

Поскольку термин «международная коммерческая сделка» не используется в действующем российском праве, то и понятие «внешнеэкономический контракт» используется, главным образом, в подзаконных нормативных актах. Выделяются различные характеристики внешнеотровой сделки, но наиболее часто упоминается «иностранный элемент» (то есть иностранное юридическое или физическое лицо) и коммерческий (отровый) характер. В обобщенном виде такую сделку чаще всего называют международной коммерческой сделкой.

Таким образом, отечественное законодательство сохраняет некоторое различие в регулировании вопросов, связанных с заключением сделок внутренних и внешнеотровых, когда для последних, как для более важных по сравнению с внутренними, предусматривается и более сложный, жесткий характер их заключения.

Выгодным, с экономической точки зрения, считается международный обмен товарами только в том случае, если благодаря ему удается сэкономить на их производстве. Точное название (определение) внешнеотрового экспортно-импортного контракта - международный контракт купли-продажи товаров. Международный контракт подразумевает, что сделка заключена между представителями иностранных по отношению друг к другу государств, а именно та, которая заключена между двумя и более организациями (или инными субъектами права - юридическими и физическими лицами), подчиненными различным, иностранным по отношению друг к другу национальным законодательствам (правовым системам). Таким образом, сделка, заключенная между иностранными по отношению друг к другу партнерами, которые находятся на территории государства, где действует одна юрисдикция, международной считается

<sup>1</sup> *Собрание законодательства РФ. 05.12.1994. №32. Ст. 3301.*

не будет. К примеру, сделка, заключенная в Москве между действующими в Российской Федерации предприятиями ФРГ и Франции, международной считается не будет, несмотря на то, что ее составляющие являются иностранными по отношению друг к другу. По этой же причине сделка, заключенная между отечественным предприятием и егограничной дочерней компанией, будет считаться международной, поскольку для отечественной компании действует законодательство России, а дляграничной дочерней компании - соответственно юрисдикция того иностранного государства, на территории которого она находится. Например, российское юридическое лицо (то есть организация, зарегистрированная на территории России) может постоянно осуществлять свою деятельность на территории иностранного государства (то есть иметь там свое коммерческое предприятие). Соответственно, контракт, заключенный между таким юридическим лицом и другой российской фирмой, будет рассматриваться как внешнеэкономический контракт. И, наоборот, контракт, заключенный между американской и российской фирмами, не будет внешнеэкономическим, если коммерческие предприятия этих фирм находятся в России. В этом случае сделка будет характеризоваться и регулироваться как обычная «внутренняя» гражданско-правовая сделка.

Значительная часть внешнеэкономических контрактов опосредует заключение сделок международной купли-продажи товаров, а также реализацию обычно сопутствующих им операций (комиссия, поручение, перевозка и т. п.), которые в своей совокупности можно объединить в группу внешнеторговых сделок. Главной целью другой разновидности внешнеэкономических отношений является перемещение через границу материальных объектов (интеллектуальной собственности, работ, услуг и др.). Подобные операции осуществляются посредством заключения договоров подряда, лицензионных и консессионных договоров, соглашений в области научно-технического сотрудничества.

Российское право не дает понятия ни внешнеторговой, ни внешнеэкономической сделки, при этом и законодатель, и практика оперируют этими понятиями. Следует обратить внимание, что различие между внешнеэкономической и внешнеторговой сделкой очевидно и принципиально: в последнем случае речь идет только о договоре купли-продажи (поставки, мены), тогда как внешнеэкономическая сделка включает в себя практически весь спектр сделок, известных гражданскому праву.

В российском законодательстве сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ).

Если брать зарубежный опыт, то, например германская доктрина понимает сделку как поведенческий акт, имеющий волевой характер и направленный на получение определенного правового результата. Само Германское гражданское уложение<sup>1</sup> также не содержит определения термина «сделка», однако оно сформулировано в пояснительной записке к проекту: правовой сделкой является частное волеизъявление, направленное на порождение желаемого правового последствия, которое наступает потому, что оно желаемо правопорядком. Определяя сделку как волеизъявление, законодатель не ограничивает сделку только действиями, сделкой является также и бездействие, которое будет являться волеизъявлением.

Вместе с тем, раскрытие понятия «внешнеэкономическая сделка» имеет серьезное практическое значение, так как непосредственно связано с применимым правом. Если сделка «внутренняя», то она лежит в национально-правовом поле и регулируется правом соответствующего государства. Если сделка международная (внешнеэкономическая), то она находится в сфере действия частного права нескольких государств, и поэтому возникает проблема выбора права одного из них. К отнюдь не простым, вытекающим из подобной сделки, при определенных условиях могут быть применены принципы и нормы международного (публичного) права. Наконец, здесь широко применяются обычные международной торговли, или, если воспользоваться более широким термином, обычая международного делового оборота, которые часто объединяются общим названием «lex mercatoria».

Отечественная юридическая наука выработала так называемое доктринальное понятие внешнеторговой, а затем и внешнеэкономической сделки. Под внешнеторговыми сделками в российской доктрине традиционно понимаются сделки, в которых, по меньшей мере, одна из сторон является иностранным гражданином или иностранной юридической личностью и содержанием которых являются операции по ввозу товаров из-за границы или вывозу товаров за границу либо какие-нибудь подобные операции, связанные с ввозом или вывозом товаров. Отсюда могут быть выделены два общих признака, характерных для такой сделки: во-первых, одна из ее сторон находится

<sup>1</sup> Германское гражданское уложение: учеб. пособие. / В.А. Савилов. - М. ВЮЗИ, 1983. С. 61.



в другом государстве и, следовательно, в большинстве случаев является иностранцем. Во-вторых, предмет такой сделки - внешнеэкономическая операция (поставка товара, наем имущества, перевозка груза, оказание услуг внешнеэкономического характера и т.п.).<sup>1</sup> Соответственно, и определение внешнеэкономической сделки как сделки, совершенной в коммерческих целях лицами различной государственной принадлежности и влекущей возникновение, изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей, связанных с созданием, использованием или реализацией материальных благ или иных результатов человеческой деятельности.

На сегодняшний день определение сделки как внешнеэкономической качественно переросло в определение внешнеэкономической не случайно. Обмен между странами приобрел широкий масштаб, внедрение новых технологий обусловило появление новых правил и законов. И отношения между странами стали носить глобальный характер, что повлекло определение внешнеэкономической и внешнеэкономической сделок, отражающей более полный характер взаимоотношений, как действия, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей по экспорту и/или импорту товаров, услуг и результатов творческой деятельности, а также неразрывно связанных с внешней торговлей гражданских прав и обязанностей организационного характера.

Подводя итог приведенным выше определениям внешнеэкономической и внешнеэкономической сделок, можно выделить основные факторы, которые определяют характер таких сделок: во-первых, участие лиц различной национальной (государственной) принадлежности, так называемый иностранный элемент и, во-вторых, проведение операции по экспорту-импорту товаров, услуг.

Основу внешнеэкономического регулирования внешнеэкономических сделок в настоящее время составляет вступившая в силу с 1 марта 2002 г. часть 3 ГК РФ, в которой содержится раздел VI «Международное частное право» (ст.ст. 1186-1223).<sup>2</sup>

Существует точка зрения, выраженная в Гаагской конвенции о единообразном законе в международном купле-продаже товаров 1964 г., согласно которой такие признаки, как место заключения и исполнения внешнеэкономической сделки на территории различных государств, совершение на территории различных государств оферты

и акцепта, нахождение на территории различных государств пунктов отправления и назначения проданного товара (пересечение границы) не являются определяющими, так как сделка, заключенная на выставке товаров в той или иной стране, не будет облагаться кажим-нибудь из этих признаков, оставаясь по своей сути внешнеэкономической.

Приведенная точка зрения, на мой взгляд, верна, так как в понятие внешнеэкономической сделки, как и в любое понятие, должны входить только концептуальные признаки.

Среди определений внешнеэкономической или внешнеэкономической сделки одно из основных мест занимает определение Венской конвенции ООН, которая понимает под такими соглашениями договоры, заключенные между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах (ст. 1). В соответствии с Венской конвенцией ООН в качестве внешнеэкономической признается сделка, заключенная, например, между российским юридическим лицом и компанией, созданной им за границей. Однако, согласно п. 2 ст. 1 Венской конвенции ООН, фактическое нахождение коммерческих предприятий сторон в разных государствах может быть не принято во внимание, так как термин «коммерческое предприятие стороны» имеет специальное значение и характеризует место основной деятельности стороны (place of business). Исходя из приведенного термина, юристы-практики делают акцент на обязательном признаке внешнеэкономического контракта - нахождение коммерческих предприятий сторон контракта в разных государствах. Поэтому не имеет решающего значения национальность (государственная принадлежность) сторон контракта.

Сфера применения Венской конвенции ООН определена в главе 1, и, согласно ст. 1, она применяется в случаях, когда речь идет о договоре купли-продажи между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах, и эти государства являются договаривающимися государствами-членами Конвенции, и когда согласно нормам международного частного права применимо право договаривающегося государства-участника Конвенции.

Первый случай применения Венской конвенции ООН иллюстрирует решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ (далее - МКАС) от 10 марта 1994 г. по иску предприятия Украины к фирме Германии. Учитывая, что стороны принадлежат к странам-участницам Венской конвенции, суд вынес решение, руководствуясь ее положениями.

<sup>1</sup> Международное частное право: учебник (издание пятое, переработанное и дополненное) / М.М. Богдановский. - М.: Юрист, 2005.

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. 03.12.2001. №49. Ст. 4552.

Примером второго случая применения Венской конвенции ООН может служить решение от 7 сентября 1994 г. В нем МКАС констатировал, что, как следует из п. 9 Договора, сторонами (фирмами России и Иордании) достигнуто соглашение о применении к правоотношениям, вытекающим из договора, законодательства Российской Федерации. Так как Российская Федерация является участницей Венской конвенции, то названная Конвенция на основании ст. 7 ГК РФ стала частью российского права и в силу соглашения сторон, а также п. 1б ст. 1 Венской конвенции ООН, она применима к настоящему спору.

Согласно ст. 90 Венской конвенции ООН, она не затрагивает действие любого международного соглашения, которое уже заключено или может быть заключено и которое содержит положения по воцорсам, являющимся предметом ее регулирования, при условии, что стороны имеют свои коммерческие предприятия в государствах-участниках такого соглашения. Поэтому сохраняют свое действие нормативные двусторонние Общине условия поставок, заключенные бывшим СССР с КНР (1990 г.) и КНДР (1981 г.). В решении от 21 ноября 1994 г. МКАС, руководствуясь положениями ст. 90 Венской конвенции, разрешил спор между российским и китайским предприятиями на основе названных Общих условий поставок.

На мой взгляд, определение Венской конвенции ООН договоров международно к купли-продажи товаров может и должно быть конкретизировано в национальном законодательстве каждой страны.

Современное международное частное право в качестве основного и универсального принципа для определения компетентного права порядка по внешнеэкономическим сделкам признает автономно воли сторон. В соответствии с ней участники сделки при заключении договора могут самостоятельно выбирать право страны, которое будет регулировать их правоотношения. Заключая сделку, стороны должны также решить вопрос о выборе права, применимого к сделке. Иначе говоря, сторонам следует установить, каким законодательством будут регулироваться отношения, вытекающие из сделки. Стороны могут сделать это в силу автономии воли, которая заключается в их праве устанавливать по своему усмотрению содержание сделки. Автономия воли сторон обычно признается в законодательстве различных государств, но ее допустимые пределы понимаются в законодательствах государств по-разному. В одних странах автономия воли ничем не ограничивается, то есть стороны могут подчинить сделку любой правовой системе. В других странах (преимущественно страны англосаксонской системы права) действует принцип локализа-

ции договора: стороны могут избрать только то право, которое наиболее тесно связано с данной сделкой. При этом общее ограничение свободы выбора права состоит в том, что в процессе такого выбора нельзя исключать применение соответствующих норм императивно-го характера, а также тех правовых предписаний, которые в большей степени отвечают интересам потребителя или работника (в трудовом договоре). Английская судебная практика (как и американская) идет в данной ситуации по пути отыскания права, свойственного данному договору (локализация договора). Германская система права исходит из принципа автономии воли сторон. В случае, если выбор отсутствует, применяется право государства, с которым договор связан наиболее тесным образом.

В Российской Федерации законодательно принцип «автономии воли» сторон (*lex voluntatis*) закреплен в ст. 1210 ГК РФ. Этот принцип предполагает, что стороны договора вправе при заключении договора или в последующем своим соглашением выбрать право конкретной страны, которое и будет в дальнейшем регулировать их договорные отношения. Обычно такой выбор производится сторонами договора в самом тексте документа и, таким образом, решает коллизийную проблему. Дело осложняется, если соглашение сторон не определяет применимого права *expressis verbis* - прямо и явно. В этой ситуации необходимо выявить подразумеваемую или молчаливо выраженную волю сторон. Правовая доктрина исходит из того, что в подобных случаях суд не вправе «домысливать» содержание подразаумеваемого волеизъявления сторон: он должен принимать во внимание лишь такой выбор применимого права, который «определенно вытекает из условий договора либо совокупности обстоятельств дела» (п. 2 ст. 1210 ГК РФ). Данное положение является справедливым и не вносит недоразумений в приведенные положения.

Право, подлежащее применению к форме сделки, согласно п. 1 ст. 1209 ГК РФ, определяется законом места ее совершения, однако форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где это имущество находится (п. 3 ст. 1209 ГК РФ). Для формы внешнеэкономических сделок Гражданский кодекс устанавливает более жесткое правило: если в такой сделке участвует российский юридическое лицо или предприниматель, ее форма, независимо от места совершения, будет определяться российским правом (п. 2 ст. 1209 ГК РФ). Примечательно, что вопросы формы внешне-торгового договора ГК РФ не относит ни к личному статусу субъекта (который определяется личным законом), ни к обязательственному

статуту сделки (который регулируется применимым материальным правом, определяемым с помощью коллизионной нормы). Таким образом, законодатель ставит точку в многолетнем споре отечественных коллизионистов об обязательной письменной форме внешнеэкономических сделок. Представляется, что обязательность такой формы для субъектов российского права обусловлена экстерриториальным действием императивных норм законодательства РФ, которые вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права (п. 1 ст. 1192 ГК РФ). Именно такими императивными нормами и является положение п. 3 ст. 162 и п. 2 ст. 1209 ГК РФ об обязательной письменной форме внешнеэкономической сделки. В отличие от традиционных для советского права представлений о форме сделки как элементе личного статуса субъекта права, концепция «императивных норм», как одного из ограничителей применения иностранного права, принимается большинством зарубежных юристов, и с введением в действие части третьей ГК РФ иностранным судам стало значительно сложнее отказываться от применения норм российского права о форме внешнеэкономических сделок, поскольку оно основано на западноевропейской концепции императивных норм.

Еще одной важной особенностью внешнеэкономических сделок является необходимость определения при их заключении способа рассмотрения споров, возникающих в процессе осуществления такого рода соглашений. Стороны в данном случае могли либо оговорить в контракте возможность передачи соответствующего дела на разрешение судебных органов, к которым принадлежит участники сделки, либо прибегнуть к посредничеству негосударственных третейских арбитражных судов. В качестве последних в договоре могут быть названы как постоянно действующие (институциональные) судебные органы (например, Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ), так и третейские суды, формируемые самими участниками сделки для рассмотрения спора по конкретному делу (суды *ad hoc*).

Но проблема заключается в отсутствии единой формулировки внешнеэкономического контракта, что приводит к разнообразному толкованию его различными судами. В современной российской правовой доктрине неоднократно высказывались предложения о признании судебных решений источником права. Однако в действующем законодательстве нормативный характер признается лишь в отношении выносимых Конституционным Судом постановлений в про-

цессе толкования права, и такие постановления, затрагивающие область международного частного права, уже принимались. Так, в 1999 году было принято Постановление по делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона от 15 апреля 1998 г. «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации».<sup>1</sup> Ряд положений этого Закона суд признал не соответствующими Конституции, в частности, он ограничил круг культурных ценностей, подпадающих под действие Закона, установил, что за собственниками таких ценностей должно быть признано право истребовать их в порядке обычной процедуры по основаниям, установленным гражданским и международным частным правом. Годом ранее, в 1998 г., Конституционный Суд принял Постановление по вопросам выплаты пенсий гражданам, выехавшим в другие страны.

Арбитражный суд при рассмотрении дел использует специальные правила для определения права, применимого к сделке - п. 1 ст. 1186 ГК РФ, ст. 28 Закона РФ от 07.07.93 №5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».<sup>2</sup> Для таможенных органов первоочередный интерес представляют те сведения, которые связаны с пересечением товаром таможенной границы. Для органов валютного контроля важны, прежде всего, условия о платежах и расчетах. Для налоговых органов, наряду с наличием в контракте валютной оговорки, важно отражение различной государственно-территориальной принадлежности сторон контракта (например, факт реального экспорта), поскольку от этого зависит правомерность использования участниками сделки налоговых льгот. При наличии нескольких указанных факторов в одной сделке очень трудно правильно определить компетентный суд. А поскольку разграничение таких сделок законодательно отсутствует, используется судебная практика, которая не всегда удачна для наступающего спора.

Таким образом, проблема квалификации сделки как внешнеэкономической и применения соответствующих этому правовых последствий переносится на местный уровень. Эту проблему в каждом конкретном случае в каждом конкретном государственном органе вынужден решать каждый участник ВЭД в отдельности, используя, как уже отмечалось, существующую нормативную базу. От того, насколько умело он будет оперировать представленными ему возможностями,

<sup>1</sup> *Собрание законодательства РФ*. 20.04.1998. №16. Ст. 1799.

<sup>2</sup> *Ведомости СНД и ВС РФ*. 12.08.1993. №32. Ст. 1240.

зависит судьба внешнеэкономической сделки и экономический эффект от нее.

В начале 90-х годов началось бурное развитие рынка, и многие концепции в большей части стали устаревшими. Выстраивать доктринальную концепцию климата в свое время не позволила сформировать достаточную и отвечающую требованиям рынка законодательную базу. И на сегодняшний день в Российской Федерации скопилось масса законодательно неразрешенных вопросов, в том числе и во внешнеэкономической деятельности. Такое положение усложняет, в первую очередь, работу судебных органов и тормозит развитие экономических отношений. Резюмируя анализ данной проблемы, предлагается возможным дать следующее определение внешнеэкономической сделки: это сделка, совершаемая в хозяйственных целях, с использованием иностранной валюты, заключенная между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах.

## ОСОБЕННОСТИ ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ СДЕЛОК

*Савенко О.Е. - доцент кафедры конституционного и международного права, к.ю.н.*

За последнее время внешнеэкономическая деятельность набрала обороты и стала разнообразна и многопланова. Субъектный состав этой деятельности значительно вырос, в сравнении с предыдущими годами. А следовательно, удельный вес внешнеэкономической деятельности по сравнению с внутриэкономической тоже вырос.

Это говорит о том, что всестороннее изучение ВЭД на данном этапе необходимо. В частности, необходимо изучение ВЭД с правовой точки зрения.

Внешнеэкономическая деятельность многопланова и, безусловно, полезна. Но, как и любая общественная деятельность, она подлежит правовому регулированию.

При заключении внешнеэкономической сделки перед субъектами всегда стоит вопрос о выборе права, применимого к ее регулированию. Он возникает вследствие того, что место нахождения сторон, а также место исполнения внешнеэкономических сделок не совпадают

юр. Сторонам требуется выбрать право конкретной страны для регулирования своих отношений.

Надо признать, что механизм правового регулирования внешнеэкономических сделок несколько сложен, хотя хорошо разработана практикой. Сложность его обуславливается наличием множества коллизионных норм в нашем отечественном праве, что в какой то степени препятствует качественно применению права к сделке. Наличие коллизионных норм в праве, касающемся внешнеэкономической деятельности, объясняется тем, что право различных государств регулирует одни и те же отношения по-разному. И до тех пор, пока право государства не будет регулировать эти отношения одинаково, будут существовать коллизии. Представляется, что данная проблема не решится в ближайшем будущем, и поэтому на сегодняшний день имеет смысл и необходимость изучения данной темы. А точнее, вопроса об особенностях оформления, заключения и исполнения внешнеэкономических сделок.

Законодательное закрепление любого понятия, а в особенности юридического, имеет важное значение, поскольку это непосредственно связано с установлением его содержания, а следовательно, и с определением правового регулирования. Данное замечание касается всех отраслей права, одних - в большей, других - в меньшей степени. Разумеется, в первую очередь публичных отраслях права - уголовной, административной, уголовно-исполнительной, финансовой - многие юридические понятия имеют преимущественно легальное закрепление. В уголовном праве, например, во избежание различных толкований в диспозициях статей Уголовного кодекса даются определения как основных, так и квалифицирующих составов преступлений. И все-таки еще встречается немало терминов, не имеющих легального закрепления и поэтому подверженных различным толкованиям среди ученых и практиков, их применяющих.<sup>1</sup>

Отсутствие законодательного закрепления понятий или юридических конструкций больше свойственно гражданско-правовым отраслям права.

Вывакоет ситуация, когда в правовых актах встречаются текстуально одинаковые понятия, имеющие при этом различные «оттенки» в содержании, которые при правовом регулировании являются существенными. В таких случаях законодатель, как правило, формулирует определение понятия в самом законе или по-дзаконном акте.

<sup>1</sup> Федосеева Г.Ю. К вопросу о понятии внешнеэкономической сделки. // Журнал российского права. 2002. №12.

Юридические понятия, не имеющие легального закрепления, часто порождают различное толкование и на практике применяются далеко не единообразно. Этим, кстати, и обусловлена причина так называемого дефекта правового регулирования: одинаковые вопросы решаются правоприменителями по-разному. Разумеется, восстановление законодательного пробела осуществляется за счет широкого и распространённого использования понятий, что отчасти позволяет достичь единообразия в деятельности правоприменительных органов. Однако нередко тот или иной термин при одинаковых фактических обстоятельствах употребляется с различными содержанием. Получается, что для одинаковых правовых ситуаций наступает разный правовой результат. Такое положение опасно, поскольку субъекты отношений должны быть защищены четким, последовательным и одинаковым при прочих равных условиях правовым регулированием. Данная проблема актуальна и для ученых, и для практиков. Вопрос об установлении правильного содержания понятия напрямую связан с определением искомого правового регулирования.

Законодательство Российской Федерации не содержит легально определенного внешнеэкономической сделки. Гражданский кодекс Российской Федерации (далее - ГК РФ) упоминает понятие «внешнеэкономическая сделка» лишь в связи с ее формой: в соответствии с п. 3 ст. 162 Кодекса - «несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет недействительность сделки», а согласно п. 2 ст. 1209 - «форма внешнеэкономической сделки, хотя бы одной из сторон которой является российское юридическое лицо, подчиняется независимо от места совершения этой сделки российскому праву».

Предшественником внешнеэкономической сделки был термин «внешнеторговая сделка». При этом он не был закреплен нормативно и имел несколько вариантов доктринальных определений. Одни авторы при определении внешнеторговой сделки обращали внимание на субъектный состав участников. В основе такого подхода лежала позиция классика международного частного права Л.А. Лунца, считавшего, что к внешнеторговым относятся сделки, в которых по меньшей мере одна из сторон является иностранцем (иностранным гражданином или иностранным юридическим лицом)<sup>1</sup>. По мнению других ученых, квалификация внешнеторговой сделки должна была осуществляться по принципу местонахождения сторон. О.Н. Сади-

ков писал, что во внешнеторговой сделке стороны должны находиться на территориях разных государств, а различие в национальности контрагентов не является существенным для квалификации<sup>1</sup>.

По мнению И.С. Зыкина, к внешнеэкономическим относятся «совершаемые в ходе осуществления предпринимательской деятельности договоры между лицами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах»<sup>2</sup>. Термин «коммерческое предприятие стороны» происходит от понятия «международный договор», которое берет начало, в частности, от Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (далее - Венская конвенция), Конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г., участницей которых является и Россия, и имеет специальное значение: он характеризует не субъект права, а место основной деятельности стороны, постоянное место осуществления деловых операций (place of business). В частности, такого подхода придерживаются В.П. Звеков,<sup>3</sup> Г.К. Дмитриева,<sup>4</sup> Л.П. Ануфриева<sup>5</sup> и др. В принципе, близка к изложенной и точка зрения Г.З. Мансурова: «Внешнеэкономический договор - договор, заключенный контрагентами, находящимися по разные стороны государственной границы, независимо от их национальной (государственной) принадлежности».<sup>6</sup>

Во-первых, термин «коммерческое предприятие стороны» используется в ряде международных соглашений с участием России, в частности, в Венской конвенции. Вопрос о допустимости определения понятия «внешнеэкономическая сделка» посредством ссылки на международные соглашения, посвященные регулированию отдельных обязательств, остается открытым. Эти конвенции хотя и являются составной частью правовой системы, но используются лишь для целей соответствующего соглашения. Однако отсутствие иных актов, позволяющих определить с рассматриваемым понятием, вынуждает нас присоединиться к такому подходу.

1 Падьяков В.С., Садилов О.Н. *Правовое регулирование отношений во внешней торговле СССР*. Ч. 1. - М., 1985. С. 62.

2 Зыкин, И.С. *Внешнеэкономические операции: право и практика*. / И.С. Зыкин. - М.: *Международ. отношения*, 1994. С. 72.

3 Звеков В.П. *Международное частное право: курс лекций*. / В.П. Звеков. - М.: *Норма ИНФРА-М*, 1999. С. 278.

4 Дмитриева Г.К. *Международное частное право: учебник*. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. - М.: *Проспект*, 2000. С. 341-342.

5 Ануфриева Л.П. *Международное частное право: учебник в 2 т.* - Т. 2. *Особенная часть*. / Л.П. Ануфриева. - М.: *БЕК*, 2000. С. 188-192.

6 Мансуров Г.З. *Международное частное право: учеб. пособие*. / Г.З. Мансуров. - Екатеринбург: *Изд-во Урал. гос. экон. ун-та*, 2001. С. 129.

1 Лунц, Л.А. *Курс международного частного права. Особенная часть*. - М., 1975. С. 132.

Во-вторых, категория «коммерческое предприятие стороны» известна и российскому законодательству. Так, согласно Закону РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г., в международный коммерческий арбитраж «могут по соглашению сторон передаваться споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеэкономических и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей».

В-третьих, ст. 1211 ГК РФ, регламентирующая вопросы применения права к договору, оперирует понятиями «место жительства стороны», «основное место деятельности стороны», в то время как государственная регистрация сторон не имеет решающего значения для выбора применимого права к договору, хотя принимается во внимание при выборе «права, наиболее тесно связанного договором».

Наряду с понятием «внешнеэкономическая сделка» в науке предпринимается попытка сформулировать и дополнительные, более общие категории. Так, Г.К. Дмитриева вводит в оборот термин «международная коммерческая сделка» - частичноправовая (гражданско-правовая) сделка, опосредующая международную экономическую деятельность.<sup>1</sup>

Авторы «Курса международного торгового права» предлагают другой термин - «международная торговая сделка»: любая сделка, «которая выражает связь как минимум с двумя государствами посредством каких-либо обстоятельств»<sup>2</sup>. При этом национальной считается сделка, связанная с одним государством.<sup>3</sup> В этом чрезвычайно широкое определение отсутствует указание на признаки, без которых оно утрачивает смысл.

А.И. Муранов использует термин «интертерриториальная сделка»: «сделка связана с правом не одного, а по меньшей мере двух государств, или, иными словами, с субъектами, объектами и юридическими фактами, локализованными в пределах территорий каждого из них»<sup>4</sup>. Это определение также носит достаточно общий характер. Кроме того, связь сделки с правом как минимум двух государств является скорее следствием трансграничного характера сделки, чем

<sup>1</sup> Дмитриева Г.К. *Международное частное право: учебник*. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. - М.: Проспект, 2000. С. 335.

<sup>2</sup> Тынель А. *Курс международного торгового права*. / А. Тынель, Я. Фрик, В. Халдей. - М.: Андафиз, 2000. С. 138.

<sup>3</sup> Там же. С. 139.

<sup>4</sup> Муранов А.И. Термин «ампорт услуг» в российском валютном праве. Понятия «сделка с иностранным элементом» и «внешнеэкономическая сделка» / А.И. Муранов. // МЖМП. 2001. №2. С. 290-291.

ее признаком. Л.П. Ануфриева формулирует понятие «сделка международного характера», включающее в себя внешнеэкономические, внешнеторговые, международные коммерческие и международные сделки.<sup>1</sup>

Представляется целесообразным для этих целей использовать инструментарий гражданского законодательства РФ и с учетом ст.ст. 1186, 1210-1211 ГК РФ именовать такие сделки (вслед за Л.А. Лунцев) сделками, осложненными иностранным элементом, из числа которых особо выделяются внешнеэкономические.

Именно данный критерий выступает условием регулирования определенных видов ВЭС соответствующими международными конвенциями - о договорах международной купли-продажи товаров (1980 г.), о международном финансовом лизинге (1988 г.) и о международном факторинге (1988 г.).

Международные сделки, не подпадающие под регулирование этими конвенциями, также могут быть отнесены к ВЭС, если анализ содержания осуществляемых сделок позволит квалифицировать их в качестве таковых. Например, продажа воздушных судов (исключенная из сферы действия Конвенции ООН 1980 г.), осуществляемая между российскими и американскими юридическими лицами, будет относиться к внешнеэкономическим сделкам, учитывая международный характер и предпринимательскую цель этой сделки. Такой вывод правомерен, несмотря на то, что в соответствии со ст. 2 указанной конвенции данный объект исключен из перечня товаров, к которым применяются ее нормы.

Сделка международной купли-продажи может квалифицироваться как внешнеэкономическая и тогда, когда оба участника находятся на территории одного государства (что также нарушает условия действия Конвенции ООН 1980 г.). Это будет, например, в том случае, когда предметом сделки является товар, принадлежащий иностранному провозодителю, или сделка купли-продажи совершается между двумя российскими предпринимателями на территории иностранного государства. Может быть, многим, привыкшим к традиционному употреблению понятия «внешнеэкономическая сделка» (при которой контрагенты находятся на территориях разных государств), такая позиция покажется надуманной. Однако она базируется на содержании национальных правовых норм, в то время как в международных документах понятие «внешнеэкономическая сделка» от-

<sup>1</sup> Ануфриева Л.П. *Международное частное право: учебник в 2 т.* - Т. 2. *Особенная часть*. / Л.П. Ануфриева. - М.: БЕК, 2000. С. 192-193.

существует вообще. Сделки, регулируемые международными и национальными нормами, могут считаться внешнеэкономическими, если будут удовлетворять определенным требованиям: иметь международный характер и осуществляться в процессе предпринимательской деятельности (для возмездных сделок).

Определяя критерии квалификации сделки как внешнеэкономической, следует заметить, что в международном частном праве также, как и в других цивилистических отраслях права, допустимо признание «аналогии права» и «аналогии закона». Применение именно этого института позволило «вывести» правила для квалификации сделок как ВЭС из Федерального закона «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности». Речь идет о том, что по смыслу Закона к внешнеторговым нельзя отнести бытовые сделки. Применив эту аналогию, можно заключить, что предпринимательский характер является обязательным и для квалификации других видов внешнеэкономических сделок (лизинга, поставки, перевозки, страхования и т. п.). В определенной степени и с определенными оговорками это распространяется и на такой отличный от других вид ВЭС, как дарение. При дарении гражданином Российской Федерации иностранному гражданину фотояблома сделка не будет рассматриваться как внешнеэкономическая, хотя в ней присутствуют и иностранный элемент, придающий ей международный характер, и имеется экономическое содержание, обусловливающее наличие имущественных прав. Такая сделка будет относиться к бытовым гражданско-правовым сделкам международного характера.

В основах, введенных в действие на территории России с 3 августа 1992 года и действовавших до 1 марта 2002 года (до введения в действие третьей части ГК), само понятие «внешнеэкономическая сделка» также не расшифровывалось. Оно закреплялось в коллизионно-правовых нормах, опосредующих выбор права при решении вопроса о форме ВЭС, а также при определении права, регулирующего права и обязанности ее участников. В статье 165 Основ была сформулирована односторонняя коллизионная норма, указывающая на применение права Российской Федерации в том случае, если участниками ВЭС были российские лица, независимо от места совершения сделки. Что касается ст. 166 Основ, то в ней закреплялось такое уникальное явление, присущее регулированию гражданско-правовых отношений международного характера, как институт автономии воли: участники ВЭС могут выбрать право, регулирующее их права и обязанности. И только тогда, когда стороны не воспользовались предоставленной им автоно-

мией воли, спорные вопросы, связанные с обязательственным статутом ВЭС, решались по тем коллизионным принципам, которые законодатель сформулировал в указанной статье.

Как правовой институт автономия воли сторон представляет собой систему взаимосвязанных правовых норм, регулирующих определенный вид отношений, связанных с выбором физическими и юридическими лицами права, подлежащего применению к отношениям с участием этих лиц. Во время как факт существования такого правового института учеными не оспаривается, вопрос о его сущности остается открытым<sup>1</sup>. Думается, что ближе всех к ответу на него подошел Л.А. Лунц, который считал, что принцип автономии воли надо рассматривать как одно из коллизионных начал национального права<sup>2</sup>.

Институт автономии воли формировался постепенно и не сразу приобрел общее признание. Изначально международное частное право базировалось на коллизионном подходе к определению применимого к отношениям сторон права. Право устанавливалось на основе ряда логически обоснованных коллизионных привязок, которые к XVI в. сложились в определенную систему.

Появление и развитие идеи о том, что стороны могут выбрать право, которому они хотят подчинить свои отношения по договору, связывают с именем французского юриста XVI в. Шарля Дюмулена. В своей диссертации «*Conclusions de statitis et consuetudinibus localis*» он впервые сформулировал мысль о том, что в некоторых ситуациях в отношениях договорного характера, когда их содержание обусловлено волей сторон, допустимо оставлять на их усмотрение и выбор права.

Принцип автономии воли сторон имел революционное значение для международного частного права. Однако данный подход прижился не сразу, он был принят теорией и практикой Западной Европы лишь в период расцвета фритредерских тенденций XIX в.<sup>3</sup>, и такое «промеждление» вполне объяснимо.

Новый институт поначалу получил негативную оценку многих правоведов, так как традиционно считалось, что определение прав и обязанностей участников гражданского оборота, в том числе путем определения применимого права, является прерогативой государства<sup>4</sup>. Предложенный же принцип представлял частным лицам воз-

<sup>1</sup> Филиппов А.Г. Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве. // Актуальные вопросы гражданского права. - М., 1998. С. 34.

<sup>2</sup> Лунц Л.А. Международное частное право. - М., 1970. С. 167.

<sup>3</sup> Лунц Л.А. Внешнеторговая торговля-проблема (коллизийные вопросы). - М., 1972. С. 120.

<sup>4</sup> Лунц Л.А. Международное частное право. - М., 1970. С. 172.

возможность вмешиваться в этот процесс и по своему усмотрению выбирать применимое право, что ставило их в положение, схожее с полोजением суверена.

Естественно, такое нововведение не соответствовало традиционному представлению юристов о правовом регулировании. Отголоски такого отношения к принципу автономии воли слышны и сегодня, например, в выступлениях сторонников запрета обхода закона.

Применение принципа автономии воли сторон остается в целом неизменным еще с прошлого столетия.

В соответствии со ст. 1210 ГК РФ, стороны могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору. Соглашение сторон о выборе применимого права должно быть прямо выражено или определено вытекать из условий договора либо из совокупности обстоятельств дела. Выбор стороны подлежащего применению права, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным (без ущерба для прав третьих лиц) с момента заключения договора.

Стороны внешнеэкономической сделки должны учитывать, что выбор ими подлежащего применению права должен быть обоснованным и законным, а отказ от применения права какого-либо государства может последовать только в случае, когда такое применение явно несовместимо с публичным порядком, действующим в месте нахождения суда.

Право, избранное сторонами договора, считается применимым и регулирует порядок заключения договора, действительность договора, основания признания его недействительным, возложение обязанности доказывания обстоятельств, на которые ссылается сторона в обоснование своих требований или возражений, права и обязанности сторон по договору, порядок его толкования, порядок исполнения, меры ответственности сторон за его неисполнение или ненадлежащее исполнение, а также порядок прекращения обязательств по договору.

Перечень источников юридических норм, которые следует использовать сторонам внешнеэкономической сделки, установлен в ст. 1186 ГК РФ. Однако надо помнить: в соответствии с ч. 4 ст. 15, ч. 1 ст. 17, ч. 1 и 3 ст. 62, ч. 1 ст. 63 Конституции РФ, а также согласно ст. 7 ГК РФ, международный договор имеет приоритет перед нормами национального права. Вместе с тем, Конституция не содержит указания на критерии или порядок определения международных договоров, свя-

зывающих Российскую Федерацию, к международным договорам, обладающим превагирующей по отношению к внутреннему государственному нормам силой. Согласно ст. 2 Федерального закона от 15 июля 1995 г. №101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»,<sup>1</sup> термин «международный договор» означает «международное соглашение, заключенное Российской Федерацией с иностранным государством (или государствами) либо с международной организацией в письменной форме и регулируемое международным правом независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от конкретного наименования».

Однако при расхождении внутригосударственных норм и положений международного договора действуют нормы последнего только в том случае, если он ратифицирован Российской Федерацией в форме федерального закона (ст. 5, 6, 14, 15 вышеупомянутого Закона).

При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве, к договору согласно ст. 1211 ГК РФ применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо из совокупности обстоятельств дела, им считается право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

Внешнеэкономическая сделка - это сделка гражданско-правовая. Но признание сделки внешнеэкономической означает, что она подпадает под особый режим регулирования. Это выражается в следующем.

Во-первых, в отличие от «внутренней сделки», внешнеэкономическая сделка (контракт) находится в сфере действия гражданского (торгового) права нескольких государств. Соответственно, возникает проблема выбора применимого национального права для регулирования такой сделки.

Вместе с тем, выбор иностранного права не является специфической чертой, поскольку и для внутренней сделки стороны также могут выбрать в качестве применимого иностранное право и даже международный договор. Однако действие данных источников будет ограничено императивными нормами национального права (п. 1 ст. 422 ГК РФ).

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1995. №29. Ст. 2757.



Во-вторых, государства зачастую заключают международные договоры для того, чтобы упорядочить, привести к единообразию процесс заключения, исполнения и прекращения внешнеэкономических сделок.

В-третьих, содержание таких сделок во многом предопределяется и применимыми к сделке международными торговыми обычаями, а также авторитетными актами неправительственных организаций, носящих характер международных деловых обыкновений.

Кроме того, на содержание экспортно-импортных сделок большое влияние оказывает публичное право. Например, как уже отмечалось, использование иностранной валюты влечет за собой применение валютного законодательства, абсолютное большинство норм которого носит императивный характер.

Товары, перемещаемые через таможенную границу, подпадают под определенный российский законодательством таможенный режим и в связи с этим нуждаются в соответствующем таможенном оформлении и т. д. В ранних работах внешнеэкономическими признавались сделки, «самая возможность и порядок совершения которых обставляются особыми требованиями»<sup>1</sup>.

Как показывает практика, соответствующие государственные органы при квалификации сделки в качестве внешнеэкономической исходят, прежде всего, из содержания именно публично-правовых нормативных актов. По мнению В. А. Вублика, «для каждого из органов, осуществляющих контроль за внешнеэкономической деятельностью резидентов РФ, важен свой признак, наличие которого они признают обязательным в конкретном внешнеэкономическом контракте».

Для таможенных органов важны те сведения, которые обычно указываются в грузовых таможенных декларациях (то есть указывают на трансграничный характер договорных операций); для органов валютного контроля - условия о платежах и расчетах; для налоговых органов важным является отражение в контракте различной государственной принадлежности участников сделки (факт реального экспорта), поскольку от этого зависит правомерность использования участниками экспортных налоговых льгот.<sup>2</sup> Тот факт, что множество проблем и, соответственно, множество споров возникают в сфе-

ре права публичного (таможенного, валютного, налогового), должен ориентировать юриста на изучение соответствующих нормативных актов.

Международное частное право не дает комплексного представления о внешнеэкономической сделке. В курсе данной дисциплины исследуется лишь «частноправовая» составляющая этого явления. Однако, как справедливо отмечается в литературе, «нормы... публичного права непосредственно не регулируют отношения между сторонами внешнеэкономической сделки. Но частноправовые последствия норм публичного права беспорядны: ...нарушение норм публичного права ведет к юридической невозможности исполнения частноправовой сделки»<sup>1</sup>.

Следует выказать замечание терминологического порядка: международное частное право оперирует понятиями «внешнеэкономическая сделка», «поставка», тогда как публичное право использует термины «внешнеторговый контракт», «экспорт», «импорт». Так, ранее действовавший ФЗ «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» 1995 г. под «экспортом» понимал не только вывоз товаров с таможенной территории РФ за границу без обязательства об обратном ввозе, но также и вывоз результатов интеллектуальной собственности и даже услуг (ст. 2). В прагданском праве принято говорить об оказании услуги, тогда как многие иностранные контролирующие органы говорят об «экспорте» услуги.

Среди актов публичного права необходимо отметить ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеэкономической деятельности» от 8 декабря 2003 г. Нормы Закона содержат лишь наиболее общие, принципиальные положения, направленные на регулирование в целом внешнеэкономической деятельности: принципы и методы государственного регулирования, компетенция государственных органов, положения, касающиеся ограничений экспорта и импорта, и т. д. Вместе с тем, Закон дает четкое определение экспорта и импорта, российских и иностранных заказчиков и исполнителей услуг, определяет круг российских и иностранных участников внешнеэкономической деятельности.

Принимая во внимание новые идеи, разумную критику законодательства, необходимо помнить, что термин «внешнеэкономическая сделка», каким бы сложным он ни казался, законодатель по-

<sup>1</sup> Челодов Ю. *Понятие внешнеэкономической сделки по законодательству СССР*. / Ю. Челодов. // *Революционная законность*. 1926. №15/18. С. 17.

<sup>2</sup> Вублик В. А. *Практика правового регулирования внешнеэкономической деятельности в РФ: проблемы теории, законодательства и правоприменения*. / В. А. Вублик. - Екатеринбург: Изд-во ЮрПДА, 1999. С. 49.

<sup>1</sup> Дмитриева Г. К. *Международное частное право: учебник*. / Под ред. Г. К. Дмитриевой. - М.: Проспект, 2000. С. 345.

прежнему оставляет «действующим». Какие бы альтернативы термину ВЭС ни предлагались, в законодательстве он сохраняется. Именно квалификация сделки как внешнеэкономической влечет за собой применение специальных норм. Даже если бы особое регулирование ВЭС состояло в наличии только одной нормы о ее форме, то и этой нормой нельзя было бы пренебрегать. Не бывает значимого и незначимого правового регулирования. Все, что касается права, имеет юридическую силу, должно быть четко и единообразно определено.<sup>1</sup>

## Раздел восьмой

# Вопросы педагогики и иностранного языка в неязыковом вузе

## ОСОБЕННОСТИ ПРЕПОДАВАНИЯ КУРСА «ВВЕДЕНИЕ В ЯЗЫКОЗНАНИЕ» СТУДЕНТАМ-ЮРИСТАМ

*Жукова Е.Э. - старший преподаватель кафедры иностранных языков, к.п.н.*

На фоне развивающихся международных отношений специальность «Юрист-международник» уже не кажется такой редкой и необычной. Действительно, сфера применения знаний в области международного права сейчас очень широка. Помимо традиционной занятости в Министерстве иностранных дел и международных организациях, в юристах-международниках нуждаются и многочисленные коммерческие структуры, занимающиеся внешнеэкономической деятельностью. Сегодня в России более 15 тысяч подобных организаций. И, как известно, первое требование, предъявляемое при поступлении на работу, - диплом с соответствующей квалификацией.

Как при открытии любой новой специальности (первый выпуск в ОИ МПЮА состоялся в 2007 году) в обучение вводятся новые курсы, требующие доработок, изменений, соответствующих данной специальности. Объясняется это тем, что для подготовки специалиста-международника на высоком уровне требуется иной, отличный от общего, учебный план. Общепринято то, что вузы самостоятельно расширяют программу обучения за счет иностранных языков и предметов специализаций в рамках существующего Государдара, а преподаватель углубляет и ориентирует свой курс с целью выполнения новых образовательных задач.

Международно-правовая специализация является одним из трех основных видов специализаций по специальности «Юриспру-

<sup>1</sup> Федосеева Г.Ю. К вопросу о понятии внешнеэкономической сделки. // Журнал российского права. 2002. №12.

денция» (помимо гражданско-правовой, уголовно-правовой и государственно-правовой специализаций). Главной особенностью данной специализации является ее сложность. Она требует знания не только русского, но и международного права, а также знания иностранных языков, современного русского литературного языка и соответствующей языковой подготовки. Причем, здесь иностранный язык выступает уже не в качестве желательного компонента, как во многих других случаях, а как обязательный элемент.

Без знания иностранных языков невозможно представить квалифицированного специалиста в области международного права. Поливину своего рабочего времени, а в некоторых случаях большую его часть, юрист-международник тратит на изучение и подготовку документов на иностранном языке.

В ОИ МПЮА профилирующим иностранным языком является английский. Обучение английскому языку ведется углубленно на протяжении пяти лет и составляет не менее восьми часов в неделю, ведь студент должен овладеть общими знаниями английского языка, научиться вести деловую переписку, работать с документами и составлять контракты, знать специальную лексику, связанную с правовыми аспектами, иметь в своем распоряжении знания второго иностранного языка (немецкого или французского). Другими словами, задача обучения юристов-международников - подготовить выпускников, свободно владеющих иностранными языками.

Лингвистическая подготовка студентов-юристов, однако, включает не только практические занятия (устный практикум, деловой английский, деловую корреспонденцию, международное право на языке). Учебный план с каждым годом расширяется за счет предметов теоретической лингвистики (теории перевода, языкознания), которые способствуют углубленной подготовке специалистов в области международного права. Курс «Введение в языкознание» впервые был представлен для изучения студентами третьего курса отделения международного частного права в 2005-2006 учебном году.

Цель курса - формирование и развитие языковой культуры студента-юриста. В ходе курса было необходимо:

- 1) обеспечить у студентов понимание значения языковой культуры для юриста,
- 2) помочь им в овладении нормами современного русского литературного языка,
- 3) обеспечить осознанный подход к изучению иностранных языков,

4) научить применять полученные знания на практике. Решение этих задач потребовало выявления ряда необходимых дополнений к обычному курсу введения в языкознание для студентов лингвистических факультетов.

Прежде всего, большее внимание в начале курса пришлось уделять обоснованию актуальности изучаемых вопросов для будущих юристов, а тем более юристов, специализирующихся в области международного права. Было отмечено, что студенты не осознают полностью необходимость теоретической языковой подготовки, а современный термин «юрислингвистика» и проблемы на стыке языка и права им неизвестны.

Курс «Введение в языкознание» - это первый шаг к научному пониманию и практическому применению языка в юридической профессии профессиональной деятельности. Это направление на сегодняшний день является очень актуальным. Социальные функции языка исключительно широки. В литературе по социальной лингвистике регулярно отмечаются выходы языка в культуру, религию, этногенез, национальное и политическое самосознание и государственное строительство. Общеизвестны связи лингвистики с биологией, психологией, географией, историей, социологией, логикой, философией и многими другими науками. Некоторые из таких связей столь устойчивы и регулярны, что на их основе сформировались самостоятельные отрасли языковедческого знания: психолингвистика, социоллингвистика, этнолингвистика, когнитивная лингвистика и т.д.

Однако в лингвистических учебниках и справочниках за малым исключением не находится места юридическому аспекту языка и связям языкознания с юриспруденцией. Есть лишь отдельные замечания в специальной литературе, свидетельствующие о том, что такой аспект объективно существует и является весьма значимым предметом лингвистической науки: «Поскольку язык представляет собой общественное явление, возникли тенденции сопоставить его с некоторыми сторонами общественной жизни. Так, институциональный характер языка, в котором большее значение имеет явление нормы, наложилось лингвистов на сравнение языка с правовыми установлениями. Сравнению языка с правом большое внимание уделяют итальянские ученые. Это, по-видимому, не случайно: в Италии была жива традиция древнеримской юриспруденции и права» (Гак, 1998, с. 163).

Несмотря на отсутствие широкого понимания такой связи даже в научной литературе, через обучение специалистов учебные планы по-

степенно корректируются «снизу», и курс языкознания для студентов-юристов приобретает с каждым годом свои отличительные черты.

Н.Д. Голев считает, что у лингвистики и юриспруденции, действительно, всегда было и есть много общих сфер, и тенденции к сближению этих наук вполне объективны. В качестве неслучайного признака он ссылается на стихийные терминологические перекрестивания, все чаще наблюдаемые в последнее время: к «старым» лингвистическим терминам типа «норма», «закон», «регламентация», «условное», «прецедент», «презумпция», «субъект» (действительности), «кодекс», «акт» (речевой), «участники» (речевой ситуации), «дисциплинация» (лингвистическая), «защита экологии языка» и др. Оближение двух наук не ограничено лишь сходством терминологии, но имеет фундаментальный характер. Стихийный этап должен быть осмыслен, и на этой основе сформулирована «рациональная» юрислингвистика, осознающая свой предмет, проблемы и задачи, отличаясь от «чистой» лингвистики и юриспруденции.

Инпорирование юридического аспекта языка в отечественной лингвистике является обнаруживает себя на разных фонах. Наиболее значимы из них следующие три.

Первый - очевидная социальная, политическая и коммуникативно-языковая актуальность теоретического и практического характера; она проявляется, в частности, в социальной заявке на разработку юрислингвистических вопросов в юриспруденции, средствах массовой информации, некоторых сферах политики.

Значимость юридического аспекта языка имеет как универсальный, так и конкретно-исторический характер. Языковое общество одна из форм социального взаимодействия, носителя нередко конфликтный характер, неизбежно рождает потребность его «юридизации». В самом языке во многих его сферах всегда существовала тенденция к регламентации, в результате которой стихийная нормативность, как правило, сменяется кодификацией, сначала рекомендованной, а затем и более жесткой. Так, например, было с русской орфографией. Она пережила этапы стихийности, которая развивалась до этапа жесткой регламентации на уровне орфографических кодексов, неоднократно сменявших друг друга, и, наконец, достигла этапа «юридического», связанного с участием орфографии в реализации образовательного права в советском и постсоветском обществах (ее роль в разного рода экзаменах). Стихийное регулирование по мере накопления и углубления конфликтных ситуаций все более стиму-

лирует процессы собственно «юридизации» языка, отношений людей в связи с использованием языка и т.д., которые являются весьма специфическими и поэтому требующими от юриспруденции особого отношения. Либерализация российской общественной жизни и особенно актуализация проблемы «права человека» породила массу конфликтов, и прежде в рамках закона о защите чести и достоинства личности, где роль языка и речи является нередко определяющей. Неразработанность лингвистических аспектов права является определенным стимулом увеличения их числа, с одной стороны, и стремления углубиться от обращения в суд с другой, что придает проблеме разработку лингвистических аспектов права обостренно социальный характер. Не случайно, что первой отечественной работой, посвященной конкретно-практическим аспектам взаимодействия правоведения с лингвистикой, стала вышедшая из печати в серии «Журналистика и закон» в издательстве «Права человека» книга (Понятие чести и достоинства, 1997), в которой проблема словесного оскорбления личности, представляемая в данной работе в лингвоюридическом аспекте, заняла центральное положение.

Вторым фоном является зарубежная юрислингвистика: в западноевропейской и американской литературе юридический аспект языка и лингвистический аспект права представлены более широко и разнообразно, особенно активно разрабатываются вопросы юридической герменевтики и логики (интерпретации, аргументации, лингвистической экспертизы и многое др.). Полное и глубокое представление о зарубежной лингвоюриспуденции (и отчасти - юрислингвистике) дает научно-аналитический обзор (Юридические понятия и язык права, 1986) (составитель С.В. Лезов), в котором приводится большой библиографический список работ зарубежных авторов.

Третий фон - непосредственно юриспруденция, которая уже давно разрабатывает лингвистические аспекты права (Вентеро, 1998, с. 537-538; Магузов, Мальков, 1997, т. 2, с. 440-444; Сырых, 1998, с. 242-244; Язык закона, 1960; Законодательная техника, 1965; Ушаков, 1967; Черданцев, 1979; Савицкий, 1987), и это само по себе делает необходимым постановку вопроса о теоретическом и практическом взаимодействии двух наук. В настоящее время эту проблему ставят исключительно теоретики права, чаще всего подчеркивающие приоритетную специфику юриспруденции и обладающие или упрощенно трактующие специфику лингвистическую, хотя отдельные авторы поднимаются над одноаспектным, так сказать, «ведомственным» видением роли лингвистики в праве.

А.А. Ушаков рассматривает законодательную стилистику (стилистику законодательной речи) в качестве теории, одновременно относящейся и к юридической, и к лингвистической науке, и к литературоведению. Действительно, на стыках наук возникают специфические научные дисциплины. Однако это не должно приводить к смешению научных аспектов в теоретическом анализе. Ведь «дисциплины, возникающие на стыках наук, имеют комплексный характер; в их рамках строго различаются наукоевческие ракурсы (планы). А каждая наука имеет свою систему понятий, свой категориальный аппарат, при помощи которого осваиваются факты действительности» (Алексеев, 1982, с. 287-288). И все же в большинстве правоведческих работ, касающихся языкового аспекта права, наблюдается тенденция отвлечения от собственного лингвистического своеобразия при рассмотрении языко-правовой сферы и сосредоточения на «юридизированном» состоянии языка, определяемом его местом в системе права. Свообразие определяется естественными закономерностями языка, доступными лишь собственно лингвистическим методам. Необходимость широкого диалектического взаимодействия обоих аспектов - лингвистического и юридического - предполагает собой кардинальное основание для выделения таких промежуточных дисциплин, как юрислингвистика и лингвоюрислика.

Таким образом, несмотря на всю теоретическую и практическую значимость проблемы, связанной с квалификацией специфической природы юридического языка, она не стала осознанно выделенным объектом исследования в лингвистической науке, а уж тем более в юридическом образовании. И этот факт дает дополнительную уверенность в необходимости для будущего юриста изучать вопросы лингвистики, более внимательно относиться к языку законодательства, приобрести начальные навыки разграничения юридических и лингвистических аспектов одних и тех же явлений на стыке языка и права, осознавать отообразительные и коммуникативные функции языка по отношению к праву в рамках разрабатываемых с этой целью на основе самостоятельной работы студентов спецкурсов «Юрислингвистика», «Этимология юридических терминов», «Культура речи юристов».

Язык права специфичен: многие слова (например, возбуждение, дача, деятель, квалификация, производство, эпизод и др.) имеют отличающиеся от общеполупредельного значения; лексическая сочетаемость (преступная деятельность, совершить преступление, дача взятки), управление (увольнение от должности), порядок слов (за-

натие врачеванием лицом) очень своеобразны. Однако юридический язык является стигмой разнообразности литературного языка и подчиняется его законам.

На первом занятии по введению в языкознание выясняется место русского и английского языков в языковой картине мира, в мировом общении, подчеркивается значение двух языков в профессиональной деятельности юристов-международников, устанавливается связь языка и права, определяется место языкознания среди других наук и язык как важнейшее средство человеческого общения.

На последующих занятиях разбираются теоретические вопросы о знаке, иерархичности языковой системы, значении и значимости, структуре и системе, фонологии, фонеме и ее аллофонах, принципах классификации гласных и согласных, фонетических процессах и законах, ударении и интонации, основах орфоэпии, ассиметричности языкового знака, многозначности и широкозначности, знан-тисемии, кагамбуре, синонимах, омонимах, антонимах, конверсивах, научных и технических терминах, источниках фразеологии, принципах классификации лексикой, элементах словарной статьи, прагматических и стилистических особенностях русского и английского языков.

В качестве дополнительных вопросов на семинарах и в процессе внеаудиторной (самостоятельной) работы студентов рассматриваются «чисто» лингвистические проблемы - вопросы истории (внешней и внутренней) английского и русского языков, предистории языкознания, этимологии английской и русской лексики; а также проблемы юрислингвистики - проследживается функционирование изучаемых языковых явлений в языке права, в письменной и устной формах юридической речи.

Будущим юристам важны, прежде всего, навыки составления профессиональных документов. Поэтому для практических занятий по теме лексикологии и практической стилистики в данное время разрабатывается материал для упражнений: нормативные акты, договоры, статьи конституций и уставов, на которых студенты наблюдают особенности языка права, и процессуальные акты, анализ которых помогает отмечать речевые, стилистические ошибки и устранять их. Стилистической правке придается большее значение, так как на отрывательных примерах можно нагляднее выявить нарушения механизма построения речи и правильного перевода.

Для примера приведем план занятия по теме «Параллельные синтаксические конструкции».

**Теоретическая часть**

1. Что такое параллельные синтаксические конструкции? Назовите их. Дайте общую характеристику (Что общего между ними? Какие различия? В каких речевых стилях используется каждая конструкция? Какие качества придает речи причастные, деепричастные обороты?).

2. Какими ошибкам следует избегать при использовании параллельных синтаксических конструкций:

- а) причастий;
- б) деепричастных оборотов;
- в) придаточных предложений;
- г) конструкций с отглагольными существительными?

**Практическая часть**

Сообщения студентов.

1. Использование параллельных синтаксических конструкций в языке права: студенты готовят на выбор - в статьях Конституции, Гражданского и Гражданско-процессуального кодексов, в актах судебного провозвещения.

2. Ошибки, встречающиеся в процессуальных юридических актах:
  - а) в обвинительных заключениях;
  - б) в приговорах и речах ораторских судебных ораторов.
3. Проверка домашнего задания (определите стилистические недочеты, устраните их).

**Стилистическая правка**

Укажите ошибки в использовании параллельных синтаксических конструкций, исправьте фразы. Определите, какая из параллельных синтаксических конструкций наиболее приемлема в каждом случае и почему.

1. Вутылка, брошенная Ивановым, стукнула Петрова по голове, совершив тем самым дерзкое хулиганство.
2. Приехавший часом ранее Сидоров засел в востроенный шкаф, откуда неожиданно воздвигнулся на потерпевших.
3. Хищение совершено Петровым путем взламывания двери, открытия шкафа, собирания вещей в узел и покидания данной квартиры.
4. Как произошла драка, я не видел. Сидя за компьютером, ко мне бежала жена.
5. Репесов, будучи пенсионером, проводил целые дни на балконе и наблюдал факты совершения хищения продуктов в магазине напротив.

6. На следствии Петров дал показания о сообщниках, участвующих в совершении преступления.

7. Стремясь выгородить сообщников, его показания содержат противоречия.

8. Приобщенные материалы требуют дополнительного расследования.

9. Давая показания, ему пришлось рассказать обо всех обстоятельствах совершения преступления.

10. Данные показания на предварительном следствии необходимо проверить.

11. Материалы дела рассматривались экспертами, не завершившись никаким определенным выводом.

12. Груз, отправляющийся со станции «Красноярск», должен быть доставлен на станцию «Черноярская».

13. Свидетели, которые были вызваны в суд, дали показания, которые подтверждают вину подсудимого, которую вменяют ему органы предварительного расследования.

**Стилистический диктант**

1. Чайкина, схватив лопагу, стоящую во дворе, и ей нанесла удар по голове Егорову, пытаясь прекратить скандал, потом, забежав в комнату, забралась под стол, на котором стояла приготовленная посуда. Включенных лиц необходимо вызвать для дачи показаний.

Ярким примером исправления и совершенствования речи будут тех юристов может также служить часть практического занятия, отведенная тавтологии.

**Теоретическая часть**

- 1) Что такое тавтология? Каковы ее виды? Назовите ее отличия от плеоназма. Дайте общую характеристику (Что общего между ними? Какие различия? В каких речевых стилях используется каждый? В каких фразеологических оборотах встречается тавтология?).
- 2) Допустима ли тавтология в научном и официально-деловом стилях?

**Практическая часть**

Сообщения студентов.

1) Использование тавтологии в языке права: студенты самостоятельно находят примеры тавтологии в юридических документах и речах.

2) Проверка домашнего задания (определите стилистические недочеты, укажите их).

Определите правильный вариант:

- 1) «Обвинительное заключение по делу (№39) Мичуриной Нины Федоровны и Скворцовой Людмилы Ивановны, обвиняемых в преступлениях, предусмотренных ч. 3 ст. 92 и ч. 2 ст. 156 УК РСФСР (с. 201)».
- 2) «Обвинительное заключение по делу 73/83 по обвинению Хайруллина Шакира в совершении преступлений, предусмотренных ч. 3 ст. 147 и ч. 2 ст. 145 УК РСФСР (с. 213)».

\*Возникает вопрос: обвинительное заключение по делу или по обвинению? Единственно правильным является первый вариант, выбор которого диктуется самим названием документа, составленного после окончания предварительного расследования по конкретному уголовному делу и содержащего определенные выводы (заключение) по обвинению лица, совершившего преступление (обвинительное). Повторение однокоренных слов «обвинительное» и «по обвинению» неверно по содержанию и ведет к речевой ошибке - тавтологии. Практическим занятиям отведено всего 6 часов из 20 и необходимо, чтобы они представляли собой систему целенаправленных занятий, в результате которых студенты научатся чувствовать экспрессивно-стилистическую окраску слова, основанно выбирать нужные слова, формы частей речи и синтаксические конструкции для грамотного выражения мысли и при переводе, работать с толковым словарем.

Таким образом, особенностями преподавания курса «Введение в языковедение» студентам-юристам являются: учет практической языковой подготовки (примеры и задания для семинаров берутся как из русского, так и из английского, немецкого и французского языков), направленность на юридический аспект языка (например, теоретические примеры и практические упражнения с юридическими терминами и идиомами) и юрислингвистическую проблематику (формулирование и перевод с английского на русский и, наоборот, на языке права, перевод с языка права на литературный язык).

Программа и формы работы по языковедению в ОИ МПЮА пройдут необходимым апробацию на студентах. Из-за отсутствия единой типовой программы по курсу языковедения для студентов-юристов курс меняется, совершенствуется из года в год, ориентируется на юридический аспект языка, на владение студентами иностранными языками.

## ЛИНГВО-ЮРИДИЧЕСКИЕ ОСОБЕННОСТИ АНГЛИЙСКОГО ЯЗЫКА

*Коровина С.В. - доцент кафедры иностранных языков, к.и.н.*

Лингвистика традиционно изучает функционирование языка в различных сферах - политической, психологической, в сфере идеологии, художественной литературы и правовой в том числе. Во всех социальных сферах лингвистика рассматривает функциональные разновидности языка как объекты; в этом случае лингвистика как бы отвечает на вопрос: как ее объект - язык - развивается и функционирует в различных социальных или профессиональных условиях.

Особенности взаимосвязи языка и права с давних пор интересуют языковедов и правоведов. Диалог этих научных сфер, начавшийся в Германии еще в начале 19 века, стоило момента все более расширяться, подпитываясь новыми общественно значимыми темами. Например, в 70-х годах 20 века укрепление сотрудничества праводедения и лингвистики значительно способствовало требованию общества создавать понятный гражданам язык ведомственных учреждений; в 80-х и 90-х годах обсуждение новых формularioв законодательства, обеспечение равноправия мужчин и женщин, произошло при участии лингвистов. В последние годы одним из важнейших факторов в развитии этого диалога является процесс правовой гармонизации в Европейском Союзе, а также развитие торговли и новых средств коммуникаций, вследствие чего, в частности, растет внимание к вопросам межъязыковой коммуникации в сфере права.

Как следствие этого социального явления, сравнительно недавно появились науки, объектом которых являются взаимоотношения языка и закона. Это такие науки, как юрислингвистика и лингвоюрисдика. Отношение языка к закону изучает юрислингвистика, а закон к языку - лингвоюрисдика; юридический аспект языка - предмет юрислингвистики, языковые аспекты права - лингвоюрисдика.

Если работы, предполагающие участие специалистов по культуре речи в составлении юридических текстов или речей, вызывают регулятивный интерес «чистых» лингвистов, то толкование готовых текстов и их отдельных компонентов (терминов в частности) в сфере внимания отечественных лингвистов (в отличие от зарубежных) попадает редко. Видимо, это связано с интуитивным ощущением того, что при толковании собственно юридических текстов происходит суще-

ственный отрыв от привычных для лингвистов презумпций; такие исследования значительно глубже приближаются к специфическому слою юридического языка.

Таким образом, для лингвистики наибольший интерес представляют работы тех специалистов, в которых при глубоком понимании особенностей устройства и функционирования естественного языка специфика юридического языка рассматривается как исходный принцип его описания. Такова, например, статья Ч. Дж. Филлмора «Об организации семантической информации в словаре» (1983). Автор в ней исходит из посылки, сформулированной в итоге обсуждения: «...Юридический язык представляет интерес для лингвистов как самостоятельная система». Филлмор считает, что юридический язык обладает собственными семантическими закономерностями. Семантика специальных терминов юридического языка основана на условных определениях. В некотором смысле юридический язык демонстрирует нам «способную семантику», доведенную до безрасудства» Так, различие между *simple assault* - «простое применение насилия» и *aggravated assault* - «применение насилия, повлекшее за собой тяжкие последствия» зависит от того, подверглась ли жертва насилию и госпитализации, и продолжалась ли эта госпитализация менее или более 72 часов. Такого рода специфика «жесткой» семантизации терминов в корпоруденции дает основание автору поставить вопрос о глубине различий семантики слова естественного языка, принципиально не обладающей такой жесткостью, и этого же слова в юридическом языке: является ли юридический подъязык «в конце концов, естественным языком», и поэтому «теория лингвистической семантики должна сохранять принципы объяснения и такого рода систем» или же «юридический подъязык - это некий искусственный язык, и лингвистам незачем тратить на него свое время». Применительно к отдельным словам терминам в их лексикографическом аспекте это означает, должны ли давать юристы свои собственные определения, не считаясь с лингвистическими определениями естественно сложившихся значений, считать ли значения терминов первичными, «единственно правильными», а все прочее - вторичными; «или же нам следует считать, что одно и то же слово в одном и том же значении может иметь разные семантические описания (все в одинаковой мере правильные), служащие разным целям?». Последняя точка зрения представляется более предпочтительной. В конце статьи автор отвечает на поставленный в начале вопрос о специфике двух языков: «Юридический язык в одних отношениях подобен обычному языку, а в других отличается от него».

Итак, вопросы о том, является ли язык права особым языком и является ли этот специальный язык внутренне единым, составляют одну из традиционных областей исследований правовой лингвистики. Так как язык права является не только семиотической системой, но и неотделимой частью правовой системы с ее традициями, особенностями логики и функциями, то особенностями этого языка естественным образом выступают из особенностей самого права, среди которых в первую очередь приводятся следующие:

- Высокая степень абстракции юридических понятий. В отличие от специальных областей, как например, таких как техника или естествознание, где терминны обозначают конкретные предметы и могут быть изолированы, по крайней мере, графически, что позволяет достаточно легко определить содержание понятия и соотносить понятие с его языковым обозначением, язык права выражает абстрактные понятия и связи между ними. Отсюда вытекает влорая особенность языка права:

- Тесная связь языка и права.

Правовые понятия и нормы могут быть выражены только посредством языка. Язык является единственным «рабочим инструментом» юриста, инструментом, который должен быть хорошо приспособлен для работы с «рабочим материалом», то есть с системой правовых отношений, чтобы обеспечить ее функционирование. Таким образом, язык права должен быть, с одной стороны, единым, чтобы обеспечить единство внутри правовой системы. С другой стороны, он должен быть применим для различных целей, то есть в различных сферах юридической деятельности.

Обычно исследователи выделяют несколько сфер сопряженности языка и права:

- 1) коммуникативная в суде - языковое поведение сторон перед судом. Это широкое направление исследований включает, в частности, вопросы риторики, стилистики, лингвистики текста, а также различные чисто языковые аспекты, например, социальные и диалектные различия в языковом поведении участников коммуникации;
- 2) юридическая аргументация - способы и возможности выражения юридических аргументов средствами естественного языка с учетом его многозначности, вариативности и неопределенности. Юридическая логика рассматривается тем самым через призму возможности и свойство языка;
- 3) судебная лингвистика - изучение и разработка в правовой практике технических приемов исследования при помощи лингвистики и проч.;



4) языковые нормы в праве - правовые предписания в отношении речи в суде, требования к юридическим переводам, вопросы языковых обозначений, например, в сфере права на имя, права торговых знаков и т.д.;

5) правовая сила языковых действий - действительность законов и правовых норм, виды их языковой маркированности, а также частные случаи языковых действий, например, критерии инвективности и т.д.;

6) критерии трактовки текстов - взаимодействие собственно языковых закономерностей и внеязыковых критериев, позволяющих уточнить значение текста, таких как правовая культура, коммуникативная ситуация, объем знаний участвующих коммуникантов и т.д.;

7) языковые требования к юридическим формулировкам, в частности, в связи с требованием понятности и однозначности. Систематическая разработка языковых критериев соотношения языковой формы юридического текста и его понятности и однозначности.

В. Отто предложил следующую классификацию «слоев» юридического языка, то есть его внутренней структуры:

- язык законов: общие, абстрактные правовые нормы, предназначенные законодателем, как для специалистов, так и для неюристов;
- язык судебных решений;
- язык юридической науки и экспертиз: комментарии и обсуждение специальных вопросов специалистами для специалистов;
- язык ведомственного письменного общения: формуляры, памятки, повестки и т.д.;
- административный жаргон: неофициальное обсуждение специальных и полуспециальных вопросов специалистами.

Концепт «закон» является ключевым концептом правовой картины мира. Особенности смыслового содержания этого концепта в той или иной лингвокультуре отражают специфику действующих в ней правовых систем. Лингвистически это выражается в безэквивалентной лексике, лакунах, смысловых различиях слов, воспринимаемых как эквивалентные в разных языках, национально-культурных особенностях внутренней формы слов, своеобразных коннотациях и т.п. Например, безэквивалентными лексемами в английском правовом словаре по сравнению с русским являются «*ratio desidendi*», «*obiter dictum*», выражающие концепцию судебного прецедента, до недавнего времени неизвестные романо-германским правовым системам понятия *trust* (траст), *temple* (вид реального права, имеющего своим объектом недви-

жимость), *joint tenancy* (совместная собственность, понятие, не имеющее ничего общего с параллельным явлением в континентальных правовых системах). В советском праве таковыми являлись принцип социалистической законности, принцип революционной целесообразности, комитет народного контроля, товарищеский суд и т.п. Примером «белых пятен на семантической карте языка» или лакун может служить тот факт, что в английском языке, например, кроме слова *lawyer* (юрист, адвокат), есть еще несколько обозначений разновидностей адвокатской профессии: *attorney* (уполномоченный, поверенный), *barrister* (адвокат, имеющий право выступать в высших судах), *solicitor* (стряпчий, который имеет право выступать в низших судах), *conveyor* (советник), *advocate* (адвокат высшего ранга).

Концепт «закон» является культурной константой, постоянно присутствующим, относительно устойчивым ментальным образованием. Идеальные смыслы концепта «закон» определяются словом «закон», декодируются в его определениях, предельных в выведенных (на основе словарных дефиниций и данных антропологии и этнографии) формулах лингвокультурной информации, согласовано котормы релевантными признаками концепта «закон» как в английской, так и в русской лингвокультурах выступают:

- согласие;
- писаная норма поведения, санкционированная государственной властью;
- неписаная, но строго соблюдаемая норма поведения, про-должающая вековые традиции;
- запрет;
- обязывание (вменение в обязанность);
- дозволение;
- источник права.

Отличия наивно-языкового представления концепта «закон» в английском языковом сознании заключаются в понимании закона как гаранта свободы, в русском языковом сознании - как предела, ограничителя свободы.

Таким образом, наиболее распространённым конвенциональным значением рассматриваемого концепта в современном английском, да и в русском языке является представление о законе как обязательном для всех правиле, подтверждающемся авторитетом государства либо обычаями и традициями.

Особый интерес вызывает функционирование концептов «право» и «закон» в современной реальности, их отличительные черты по

сравнению с художественным языком. Главной такой чертой, как упоминалось ранее, является жесткость функционально-семантического поля юридического языка. Это имеет свои глубинные обоснования. Сопоставим в этой связи художественное и юридическое функционирование речевого произведения. Первое характеризуется стремлением к открытости смысла, снятием однозначности, приданием ему бесконечного веера субъективных интерпретаций. Механизм естественной интерпретации также предполагает вероятностный выбор возможных вариантов интерпретации слова, высказывания, текста. В значительной мере естественное преодоление их потенциальной «полисмысловости» достигается смысловым согласованием отдельных (потенциально многозначных единиц) с реальным контекстом, опирающимся на здравый смысл (понимание ситуации), фоновые знания, языковой опыт носителя языка. Юридический язык другой. В юридических текстах существует тенденция «перечислить все возможные условия и следствия».

Стремление конкретизировать признаки и обстоятельства - естественная реакция правосудия, стремящегося отойти от полного субъективности и максимально приблизиться к полному объективности, ассоциируемой с законностью и справедливостью.

Разницу между разговорным и юридическим языками иллюстрирует следующая пример, ставший своеобразным фольклором. Фраза «*I give you this orange*» («Я даю тебе этот апельсин») юридически может быть оформлена следующим образом: «*I hereby give, grant and convey to you all my interest, right, title and claim of and in this orange, together with all its rind, skin, juice and pulp, and all right and advantage therein with full power to bite, cut, suck, or otherwise eat or consume the said orange, or give away or dispose of to any third party the said orange, with or without its rind, skin, juice and pulp, subject to any amendments subsequently introduced or drawn up to this agreement*» («Настоящим я даю, дарю и передаю вам в соответствии с моими интересами, правом, статусом и требованием этот апельсин вместе с кожурой, цедрой, соком и мякотью и со всеми правами на кусание, резание, сосание или иное употребление указанного апельсина, или избавление от него, или передачи указанного апельсина в распоряжение третьей стороне, с кожурой, цедрой, соком и мякотью или без кожуры, цедры, сока и мякоти, в соответствии со всеми поправками, прилагаемыми впоследствии к настоящему соглашению»).

Сложность синтаксического строения как английских, так и русских правовых текстов объясняется ориентацией на:

- 1) Однозначность выражаемого в них смысла;
- 2) эксплицитность элементов концептуальной схемы правовой нормы;
- 3) языковую компрессию;
- 4) традицию.

(1) На лексическом уровне принцип однозначности достигается за счет применением только к правовой действительности условной дефиниции ключевых слов (терминов), выражающих элементы концептуальной схемы правовой нормы. Условность дефиниции выражается в разграничении, расширении, сужении общепринятых лексических значений слов, используемых в юридическом дискурсе. Однако синтаксически сложная дефиниция является потенциальным источником смысловой неопределенности правовых предположений. Очевидно, что структура предположений должна быть такой, чтобы отношение определяющего к определяемому являлось явным и однозначно, то есть определяющее должно занимать максимально близкую позицию к определяемому. Однако на практике в предположениях из английских правовых текстов определяющее часто занимает относительно свободную позицию, что позволяет логически относить его к нескольким элементам. Неясность такого рода вызвана смысловой близостью к определяемому нескольких элементов предположения, подлежащих определению. Так, например, использование пассивного залога может затруднить соблюдение принципа однозначности высказывания, поскольку его употребление делает неясным то, на кого падает обязательство подачи заявки, то есть на лицо, передающее права на что-либо, или лицо, которому эти права передаются: *Notice of the sale or disposal of a licensed printing press shall be given to the Registrar within fourteen days.*

(2) Эксплицитность концептуальной схемы правовой нормы достигается за счет языковых маркеров ее элементов. Так как само правило поведения формулируется непосредственно в диспозиции правовой нормы, то эксплицитность именно этого элемента является наиболее значимой. В английских правовых текстах такие операторы, как *must*, *it shall be the duty of*, *shall*, в русских - «обязан, должен», маркируют обязательные нормы поведения; правоустановительные нормы в русских текстах выражаются такими предикатами, как «вправе, имеет право, может», английские правовые нормы - *is entitled to be*, *do not have to*, *have an implied authority*, *in one's discretion*, *may*. Запрещающие нормы в русских правовых текстах маркируются такими глаголами, как «запрещается, не вправе, не может, не допу-

кается», а английских - *must not, shall not, it shall not be lawful*. Эксплицитность в английских правовых текстах проявляется в тенденции употребления маркеров гипотезы: вместо *if* употребляется *in the event that, where, in any case where, in relation to, in the context of, as to* и т.п., а также употребление слов, выносляющих уточняющую функцию (гипонимов при наличии гиперонима, синонимов-дублетов, прилагательных, не несущих дополнительной семантической нагрузки), что приводит к перегруженности правовых предложений длинными последовательностями слов.

Обратной тенденцией эксплицитности является компрессия, делю которой на уровне синтаксиса является преобразование множества простых предложений, констатирующих правовую норму, в единственное сложное, что ведет к сложной казуистике правовых предложений (несколько гипотез), сложности восприятия заколачаемого в них смысла для носителей наивно языкового сознания. Например, «If there is no parent or lawful guardian of such party residing in the Colony and capable of consenting or if such party satisfies the Registrar that after diligent inquiry such party is unable to trace any such parent or guardian, the Registrar may give his consent in writing to the marriage, if an inquiry the marriage arrears to him to be the procer, and such consent shall be effectual as if the parent or guardian had consented». «Если у стороны, находящегося в колонии, нет родителя или законного опекуна, который может дать согласие на брак, или следствием после тщательного расследования установлено, что у данной стороны нет родителя или опекуна, начальник службы регистрации актов гражданского состояния может дать согласие в письменной форме, если исследование обстоятельств брака покажется ему соответствующими закону, это постановление будет являться действительным, если родитель или опекун дали свое согласие».

(3) Компрессия иллюстрирует принцип экономии, который, в частности, проявляется в имплицитном выражении элементов концептуальной схемы правовой нормы. Такая тенденция свойственна правовым документам РФ. Принцип экономии в меньшей мере характерен для английских правовых документов в силу соблюдения четвертого принципа их построения.

(4) Принцип ориентации на традицию, присущий английским правовым текстам, выражается в использовании большого числа латинских (типа *mens rea, ab initio, certiorari*) и французских (*lien, plaintiff, tort*) терминов и коллокаций, заимствованных в результате нормандского завоевания и утвердившихся в языке английского пра-

ва в XVII веке и в настоящее время сопровождаемых премониторными, выносляющими стилистическую функцию единцами (*aforesaid, aforementioned, hereinafore, whatsoever, it hereby declared that*). В результате интерпретация законов не только носилем наивно-языкового сознания, но и специалистом становится во многих случаях проблематичной.

Таким образом, нельзя не признать, что грамотно составленный юридический документ минимизирует возможность возникновения конфликта на его основе.

Конфликт - это не периферия функционирования языка. Любой коммуникативный акт потенциально конфликтен, любое высказывание хранит в себе потенциал непонимания, недопонимания, «не так понимания», двусмысленного понимания. Каждый речевой акт и каждое речевое произведение при определенных условиях может привести к необходимости юридического разбирательства. Можно сказать, что язык существует среди многого прочего также и для того, чтобы создавать конфликты, например, в этой связи, например, примерно говорить об инвективной функции языка; любой язык содержит набор лексических и фразеологических инвективных средств, интонационных схем, схем речевого поведения, обслуживающих зону инвективности. Конфликтотенными являются и сами юридические тексты, многие из которых даже при повышенной требовательности к их языковой точности и логической правильности допускают неоднозначное толкование, приводящее к экспертным и судебным спорам. Специфика такого рода разбирательства приводит к необходимости образования научных и общественных организаций, призванных решать такие конфликты.

Тем не менее, существуют немало конфликтов, которые переходят в сферу социального регулирования. Их юридическое регулирование возможно тогда, когда те или иные ситуации описаны законом, нарушение которых ведет к санкциям. Именно в зоне действия юрисдикции законов возникает собственно юридическое функционирование языка.

Естественно, возникает необходимость объективного экспертного анализа конфликтотенных текстов.

Американский исследователь сквернословия Тимоти Джей анализирует правовую сторону вопросов, связанных с нарушением чести и достоинства граждан США, на примере фактического материала.

Слово «непристойность» (*obscenity*) представляет собой юридический термин, который порой неправильно используется непрофес-

сионалами для обозначения любой профанной или табуированной лексики. Более точное значение этого термина можно выяснить из текста решений Верховного Суда и постановлений по поводу подобного словоупотребления, которое не является разрешенным и не защищено первой поправкой конституции США. Определение непристойности не дается, оно динамично, ибо закон страны - это живой организм, который растет, изменяется или развивается с течением времени в соответствии с изменениями в обществе и решениями судейных органов.

За последние 100 лет Верховный Суд вынес ряд решений, ограничивающих речевую деятельность в четырех случаях:

- 1) непристойная речь (*obscenity*);
- 2) поношение или клевета (*defaming or libelous speech*);
- 3) слова, провоцирующие насильственные действия (*fighting words*);

4) речь, представляющая непосредственную опасность (*that which poses an imminent danger*).

Он также отмечает, что оскорбительность гого или иного выражения может сильно зависеть от пола или расы оскорбляемого.

В практике принято выделять определенные разряды слов литературного и разговорного языка, использование которых, как правило, является оскорбительным. Это:

- слова и выражения, обозначающие антиобщественную, социальную осуждаемую деятельность: *swindler* (мошенник), *cheater* (жулик), *prostitute*, *whore* (проститутка);
- слова с ярко выраженной негативной оценкой, фактически составляющей их основной смысл, также обозначающие социально осуждаемую деятельность или позицию: *racist* (расист), *betrayed* (предатель);
- названия некоторых профессий, употребляемые в переносном значении: *executioner* (палач), *butcher* (мясник);
- зоосемантические метафоры, подчеркивающие отрицательные свойства человека: нечистоплотность или неблагодарность: *swine*, *dirty dog* (свинья), глупость: *donkey*, *ass* (осел);
- глаголы с осуждающим значением или прямой негативной оценкой: *steal* (воровать), *grab* (хапнуть);
- слова, содержащие экспрессивную негативную оценку поведения, без отношения к указанию на конкретную деятельность: *rascal*, *villain*, *scoundrel*, *blackguard* (мерзавец, хам, негодяй);

- эвфемизмы для слов первого разряда, сохранившие, тем не менее, негативный оценочный характер: *fancy girl* (женщина легкого поведения, интеллювачка);

- специальные негативно-оценочные каламбурные образования, использование в качестве характеристик лица нецензурных слов.

Ранее уже отмечалось, что юридические тексты отличаются стремлением к однозначности его толкования, в то время как художественные - отражают субъективную оценку ситуации и содержат подтексты.

Оценочные характеристики представлены также в юмористических высказываниях или шутках. Юмор есть форма мягкой критики. Следовательно, для определения ключа к шутке необходимо определить, какое ценностное суждение в этой шутке опровергается и какими дискурсивными приемами это достигается. Например: «*How can I ever thank you?*», *gushed a woman to Clarence Darrow, after he had solved her legal troubles*. «*Mu dear woman*», *Darrow replied*, «*ever since the Phoenicians invented money, there has been only one answer to that question*». В приведенном тексте мы сталкиваемся с эффектом обманутого ожидания и перефразированием. Фраза «Как я могу Вас отблагодарить?» предполагает стандартную реакцию благодарного человека в виде отказа от благодарности. По сути дела, клиент должен был задать иной вопрос: сколько стоит эта юридическая услуга? Адвокат оказался в затруднительном положении: он не мог ответить прямо о стоимости своего гонорара (это бы нарушило этикетные конвенции), но и не хотел лишиться заработка. Поэтому он прибегает к неожиданному витиеватому ответу, содержание которого предельно просто: благодарность клиента должна быть выражена в деньгах.

Право и закон, являясь важными социальными явлениями, затрагивают интересы самых разных слоев общества и так или иначе отражаются в сознании людей и влияют на их мировоззрение и, следовательно, на языковую картину мира. Понимание права и закона, а также отношение к ним зависит от множества самых разнообразных факторов: информированность, культура, режим в стране и многих других.

Отношение людей к праву и закону может колебаться от самых высоких оценок, рассматривающих эти явления как непреодолимые ценности, до весьма нигилистических оценок, считающих право и закон антиценностью. Все это, естественно, отражается в языковой картине мира личности. И, как следствие, в предложениях, оборотах и афоризмах право понимается как правда, справедливость, как то, что противопоставит обману, произволу, привилегиям.

Интересно рассмотреть отношение к концептам «право» и «закон» в родной (русской) культуре и культуре стран изучаемого языка (английской).

Надо сказать, что английское право, возникшее в 1066 году, в отличие от российского, не знало обновления ни на базе римского права, ни в силу кодификации. Английское право занимает доминирующее место в семье общего права. Общее право - право английское и общее для всей Англии - было создано исключительно королевскими судами, называвшимися Вестминстерскими - по месту, где они заседали.

В английском языке существует намного меньше поговорок и поворотов о праве и законе, чем в русском языке. Возможно, это говорит о том, что к этим социальным явлениям англичане относятся серьезнее, они более законопослушны. Но и в английском праве имеются недостатки, о которых упоминается в англоязычной литературе. Например, Роберт Вернс в эпитафме «Лорд адвокат» высмеивает отсутствие здравомыслия у служителей закона:

«Слова он сыпал, обуян  
Ораторским экстазом,  
И красноречия туман  
Ему окутал разум.  
Он стал затялок свой скрести,  
Нуждаясь в смисгле здравом,  
И где не мог его найти,  
Заткнул прорехи правом».

Американский писатель Теодор Драйзер дает образную картину правоупонимания Каупервуда, главного героя романа «Финансист». Он показывает сущность закона, созданного людьми. Вместо того, чтобы быть справедливыми, судить всех по правде, они сами становятся ловушкой. «Закон можно повернуть куда угодно», - пишет Т. Драйзер, то есть закон может быть истолкован произвольно, что свидетельствует о неравенстве людей перед законом. Ср. в русском языке: «Закон что дышло: куда повернул, туда и вышло» или «Закон, что паутинка: шмель проскочит, а муха увязнет» (в английском языке: *Laws catch flies, but let homets go free* - букв.: Законы ловят мух, а шершней отпускают). «Что сходит с рук ворам, за то ворипшек бьет» (ср. вангл. *Little thieves are hanged? But great ones escape* - букв.: Ворипшек вешают, а крупные воры остаются безнаказанными).

Надо отметить, что, несмотря на некоторый общий фонд (взаимные кальки, заимствования из классических языков, например, лат. *Necessitas non habet legem*, англ. *Necessity need no law* - букв.:

Для нужды нет закона, рус. Про нужду закон не писан; Нужда закон не знает, а через платает и т.п.), русские и английские половицы складывались в различных исторических условиях развития, не совпадающих у двух народов. Например, ср. в англ.: *Possession is nine points of the law* - букв.: Собственность - это девять пунктов закона, то есть богатые люди, владеющие честной собственностью, в глазах законов имеют все преимущество. Ср. в русском языке: Мертвый да богатый не бывает виноватый; Бедному и богатому судиться - лучше в ложке утопиться.

Всем известно, что для того, чтобы лучше понять, как сложилась тот или иной концепт в сознании языковой личности и народа, необходимо учитывать прошлое, историю, нравственные и религиозные воззрения на мир и жизнь вообще. Все это имеет отражение в афористическом материале и поговорах, которые играют большую роль в описании языковой картины мира.

## О КОМПЕТЕНТНОМ ПОДХОДЕ В ОБРАЗОВАНИИ

*Моисеева Л.В. - доцент кафедры иностранных языков, к.п.н*

С принятием в 1999 году Болонской декларации ускорился процесс интеграции европейских стран в единое образовательное пространство. В этот же период Министерство образования РФ разрабатывает Концепцию модернизации российского образования на период до 2010 г. Российская научная и педагогическая общественность, студенты заинтересованы в решении назревших в системе образования проблем, готовы к конструктивному диалогу и реализации целей и задач Концепции на основе правового смысла с учетом исторического опыта России и Европы. Процесс модернизации российского образования должен отвечать задачам дальнейшей демократической трансформации общества и утверждению нового места России в глобализирующемся мировом сообществе.<sup>1</sup>

В материалах модернизации образования компетентный подход к модернизации профессионального образования провозглаша-

<sup>1</sup> Курьякова А.В., Докашенко Л.В., Янкши Н.В. Болонский процесс в контексте модернизации российского образования. - Оренбург, 2004. С. 3.

ется как одно из важных концептуальных положений обновления содержания образования. При этом в качестве центрального, своего рода «узлового» понятия выдвигается понятие «ключевые компетенности», поскольку оно обладает интегративной природой, объединяя знания, навыки и интеллектуальную составляющую образования. Подчеркивается также, что в компетентном подходе заложена идеология интерпретации содержания образования, формируемого «от результатов».

В зарубежной педагогической науке и практике широко представлена еще одна интегративная категория, которая получила название «ключевая квалификация».

Введение в профессиональное образование (помимо знаний, умений и навыков) новых образовательных конструкций - компетенностей, компетенций и ключевых квалификаций - научно обосновано учеными стран Европейского Союза в середине 80-х гг. минувшего столетия (Д. Мергенс, А. Шелтен, Р. Вадер и др.).

Понятие «ключевая квалификация» широко используется сегодня в педагогике Германии. Его теоретическое обоснование было сделано Д. Мергенсом на основе анализа взаимосвязи и взаимосоусловленности социально-экономических и технико-экономических процессов производства и характера профессионального образования в современном обществе. Основная идея заключается в том, чтобы подготовить новое поколение работников, способных адаптироваться к динамичному производству, легко переходить от одного вида труда к другому, обладающих способностями, необходимыми для широкого круга профессий.<sup>1</sup>

В зависимости от уровня профессиональной активности А. Шелтен выделяет пять групп ключевых квалификаций:

- психомоторные умения: координационные умения, скорость реакции, способность к концентрации внимания и др.;
- общепедагогические качества;
- познавательные способности: самостоятельность мышления, креативность, способность к решению проблем, оценочные способности и др.;
- персональные или индивидуально-ориентированные способности: надежность, стремление к качественной работе, добросовестность, ответственность, самостоятельность, критичность, уверенность в себе, оптимизм, направленность на конкретные достижения и успех в работе;

<sup>1</sup> Зеер О., Скапанок О. Компетентностный подход к модернизации профессионального образования. // *Высшее образование в России*. 2005. №4. С. 23.

- социальные способности: готовность к кооперации, к установлению контактов, коммуникативные способности, корпоративность.

Наряду с терминном «ключевые квалификации» в странах ЕС широко используется понятие «базовые навыки». Эксперт проектов ТАСИС Бертил Оскарссон приводит следующие их определение: «Базовые навыки - это личностные и межличностные качества, способности, навыки и знания, которые выражены в различных формах, в многообразных ситуациях работы и социальной жизни. Для индивида в условиях развитой рыночной экономики существует прямое соответствие между уровнем имеющихся базовых навыков и возможностью получения занятости».

При этом он подчеркивает, что базовые навыки как таковые не привязаны к определенной профессии или группе профессий. Они в большей или меньшей степени востребованы всеми профессиями. Более того, они не ограничиваются сугубо профессиональными функциями, но выступают качествами, полезными для любого гражданина современного общества.<sup>1</sup>

Саймон Шо, отмечая отсутствие единого их определения, приводит восемь групп базовых навыков:

- 1) основные навыки, такие, как грамота и счет;
- 2) жизненные навыки, а именно: отношения с другими людьми, навыки самоуправления, профессионального и социального роста;
- 3) ключевые навыки: коммуникации, решение проблем, коллективная работа.
- 4) социальные и гражданские навыки, к которым относятся общественная активность, моральные правила и ценности, сотрудничество;
- 5) навыки для получения занятости, например, обработка информации, приспособляемость к ситуации, самостоятельное принятие решений;
- 6) предпринимательские навыки - самостоятельная деятельность, поиск и исследование деловых возможностей;
- 7) управленческие навыки, охватывающие коммуникацию, консультирование, аналитическое мышление, тренировку и наставление.
- 8) широкие навыки, такие, как способность к анализу, планированию, контролю.

<sup>1</sup> Ibid. С. 24-25.

В Великобритании эти интегративные конструкты профессионального образования называются «ключевыми навыками», которые призваны обеспечить возможность выхода специалиста за пределы специфики профессионального контекста.

Ключевые навыки рассматриваются как способ улучшения перспе́ктив обучаемого в получении широкой компетенции:

- компетенции в выполнении ряда различных рабочих операций, большинство из которых могут быть рутинными и предсказуемыми;

- компетенции в значительном количестве различных операций, выполняемых в разнообразных контекстах. Иные из операций являются сложными, нерутинными, предусматривают некоторую индивидуальную ответственность, сотрудничество с другими людьми;

- компетенции в широком количестве различных рабочих операций, выполняемых в большом числе разнообразных контекстов, многие из операций являются сложными и нерутинными. Предполагается значительная степень ответственности и самостоятельности, нередко требуются осуществление руководства другими людьми и контроль за их деятельностью;

- компетенции в объемном количестве сложных технических или профессиональных рабочих операций, осуществляемых в значительном количестве разнообразных контекстов с выделенной личной ответственностью и самостоятельностью.

Обобщение исследований, проводимых в Западной Европе по проблеме ключевых конструктов, показывает, что общепринятого их определения нет. К ним относятся ключевые квалификации (Германия), базовые навыки (Дания), ключевые навыки (Великобритания).

Одни из них относятся к компетентности - широкой общеобразовательной, политехнической и межкультурной осведомленности, другие обозначают способности в области выполнения широкого спектра обобщенных действий - компетенций, третьи характеризуют социально-профессиональные качества обучаемых и работников. Таким образом, все многообразие новых интегративных единиц профессионального образования можно свести в три группы: компетентности, компетенции и социально-профессиональные качества (или метапрофессиональные качества).

Смыслообразующим компонентом компетентностей являются деятельностные, процессуальные знания.

Универсальные компетентности широкого спектра (радиуса) использования называются ключевыми. Они включают основы современного научного знания, принципы и закономерности множества основных конкретных производств. По нашему мнению, более правильно называть их базовыми компетентностями, тем самым подчеркивая их первичность по отношению к следующим метаобразовательным конструктам: компетенциям и ключевым квалификациям. Базовые компетентности многофункциональны, надпредметны и междисциплинальны. Они многомерны, так как включают познавательные, операционально-технологические, эмоционально-волевые и мотивационные компоненты.

Авторы стратегии модернизации содержания общедо образования, основываясь на зарубежном опыте, приводят следующие базовые компетентности:

- компетентность в сфере самостоятельной познавательной деятельности, основанная на усвоении способов приобретения знаний из различных источников информации, в том числе внешних;

- компетентность в сфере гражданско-общественной деятельности (выполнение ролей гражданина, избирателя, потребителя);

- компетентность в сфере социально-трудовой деятельности (в том числе умение анализировать ситуацию на рынке труда, оценивать собственные профессиональные возможности, ориентироваться в нормах и этике трудовых взаимоотношений, навыки самоорганизации);

- компетентность в бытовой сфере (включая аспекты собственного здоровья, семейного бытия и проч.);

- компетентность в сфере культурно-досуговой деятельности (включая выбор путей и способов использования свободного времени, культурно и духовно обогащающих личность).

Для системы профессионального образования актуальными являются политехническая, организационно-экономическая, информационно-коммуникативная компетентности.

Таким образом, к базовым компетентностям следует отнести комплекс универсальных знаний, отличающихся широким уровнем обобщения. Эти интегральные знания включают общенаучные и общепрофессиональные категории, принципы и закономерности функционирования науки, техники и общества.

К базовым компетентностям относятся:

- общенаучные - знание основных законов природы, общества и деятельности человека;
- социально-экономические - знание основ экономики и организационного поведения;
- гражданско-правовые - знание гражданско-правовых норм;
- информационно-коммуникационные - знание основ информатики и коммуникационных технологий;
- политические - знание естественно-научных основ техники и технологий, принципов функционирования автоматизированного производства, системы контроля и управления ими;
- специальные - общепрофессиональные знания в области целистой профессиональной деятельности.

Компетентности, в отличие от обобщенных, универсальных знаний, имеют деятельный, практико-ориентированный характер.

Из ряда сторон профессиональной компетентности, упоминаемых во множестве работ, можно выделить следующие:

1. Актуальная квалифицированность (знания, умения и навыки из профессиональной области, способности продуктивного владения современными компьютерными информационными технологиями, необходимыми и достигаемые для осуществления профессиональной деятельности).

2. Когнитивная готовность (умение на деятельностном уровне осваивать новый инструментарий, способность к успешному поиску и освоению, использованию необходимой и достоячной информации, умение учиться и учить других).

3. Коммуникативная подготовленность: владение родным и иностранными языками, в том числе способность применять понятийный аппарат и лексику базовых и смежных наук и отраслей, владение коммуникативной техникой и технологиями, вести дискуссии, мотивировать и защищать свои решения на основе умения артикуляции - вербального, образного или иного выражения сущностного содержания в форме или виде, адекватно воспринимаемом в профессиональной среде референтной группой.

4. Креативная подготовленность, то есть способность к поиску принципиально новых подходов к решению известных задач или постановка и решение принципиально новых задач как в профессиональной сфере, так и в смежных областях.

5. Понимание тенденций и основных направлений развития профессиональной области и техносферы в целом в сочетании с духовными, политическими, социальными и экономическими процессами.

6. Устойчивые и развивающиеся профессионально значимые личностные качества, такие как ответственность, целеустремленность, решительность, толерантность, требовательность и самокритичность при достоячно высокой самооценке.

Отметим единство и целостность необходимо дополняющих друга друга представлений о собственно профессиональной компетентности и профессионально значимых качествах личности, что отражается и термином «субъектная профессиональная компетентность».<sup>1</sup>

Реализация компетенций происходит в процессе выполнения разнообразных видов деятельности для решения теоретических и практических задач. В структуру компетенций, помимо деятельностных знаний, умений и навыков, входят также мотивационная и эмоционально-волевая сферы. Важным компонентом компетенций является опыт - интеграция в единое целое освоенных человеком отдельных действий, способов и приемов решения задач.

Компетенции широкого спектра использования, обладающие определенной универсальностью, получили название «ключевых». Ключевые компетенции определяют реализацию специальных компетенций и конкретных компетенций. Одни и те же ключевые компетенции обеспечивают продуктивность различных видов деятельности.

Понятие «ключевые компетенции» было введено в зарубежной педагогической науке в начале 1990-х годов. Международной организацией труда в квалификационные требования к специалистам в системе последиplomного образования, повышения квалификации и переподготовки управленческих кадров. В середине 1990-х годов это понятие начинает определять требования к подготовке специалистов в профессиональной школе.

С.Е. Шишов, ориентируясь на материалы симпозиума «Ключевые компетенции для Европы», состоявшегося в Верне в 1996 г., определяет компетенцию как общую способность специалиста мобилизовать в профессиональной деятельности свои знания, умения, а также обобщенные способы выполнения действий. Ключевые компетенции обеспечивают универсальность специалиста и поэтому не могут быть слишком специализированными. Специалист проявляет свои компетенции только в деятельности, в конкретной ситуации. Непроявленная компетенция представляет собой скрытую возможность.

<sup>1</sup> Дорфеев А. Профессиональная компетентность как показатель качества образования. // Высшее образование в России. 2005. №4. С. 31-32.



Совет Европы определил пять групп ключевых компетенций, формированию которых придается важное значение в подготовке молодежи:

- политические и социальные компетенции - способность взять на себя ответственность, совместно с другими выработать решения и участвовать в их реализации, толерантность к разным этнокультурным и религиям, проявление социальной ответственности личным интересам с потребностями предприятия и общества, участие в функционировании демократических институтов;
  - межкультурные компетенции, способствующие положительным взаимоотношениям людей разных национальностей, культуры и религий, пониманию и уважению друг друга;
  - коммуникативная компетенция, определяющая владение технологиями устного и письменного общения на разных языках, в том числе и компьютерного программирования, включая общение через Internet;
  - социально-информационная компетенция, характеризующая владение информационными технологиями и критическое отношение к социальной информации, распространяемой СМИ;
  - персональная компетенция - готовность к постоянному повышению образовательного уровня, потребность в актуализации и реализации своего личностного потенциала, способность самостоятельно приобретать новые знания и умения, способность к саморазвитию.<sup>1</sup>
- Элитарный характер получаемого образования придает ряду аспектов профессиональной компетенции приоритетный характер, то есть они из желательных становятся обязательными и первостепенными:
- обладание додеятельностной потенциальной креативностью, актуализируемой в освоенной профессиональной деятельности в виде социально значимой творческой активности как необходимым субъективным условием творчества;
  - владение на достаточном уровне творческими процедурами порождения принципиально нового знания;
  - владение умениями принимать ответственные решения;
  - самоидентификация и высокая самооценка личной профессиональной компетентности, осознаваемая как подготовленность и субъективная потенциальная готовность к вступ-

<sup>1</sup> Ibid. С. 28-29.

рипрофессиональной поступательной и межпрофессиональной мобильности;

- способность к критической и инновационной рефлексии по отношению к собственной деятельности: эмоционально-нравственная, нравственно-эстетическая оценка и самооценка, прогнозирование результатов деятельности и взаимоотношений в социуме, регулирование и корректировка собственного поведения, осознание потребности самосовершенствования.

Анализ различных толкований конструкций, включаемых в состав ключевых квалификаций, привел к мысли о необходимости введения понятия «метапрофессиональные качества». Это качества личности специалиста, которые «эксплицируются» в группе смежных и разнопрофильных профессий. Метапрофессиональные качества - это способность, свойства личности, обуславливающие, определяющие продуктивность широкого круга социальной и профессиональной деятельности специалиста.

В современном постиндустриальном обществе существенно изменились социально-профессиональные функции работников: оказались востребованными такие качества, как организованность, самостоятельность, ответственность, практический интеллект, надежность, способность к планированию, решению проблем и др.

Можно выделить две группы метапрофессиональных качеств: - широкого радиуса функционирования, востребованные при выполнении многообразных видов социально-профессиональной деятельности; к ним следует отнести познавательные, регуляторные и коммуникативные качества;

- узкого радиуса действия, необходимого при выполнении определенных типов профессий: человек-человек, человек-техника, человек-природа и др.

К первой группе метапрофессиональных качеств относятся наблюдательность, аттенционные, имажинитивные, мнемические, мыслительные качества, работоспособность, надежность, ответственность, организованность, самостоятельность, социально-профессиональная мобильность и др.

Вторая группа метапрофессиональных качеств разнесена по группам профессий. Так, для социологических профессий типа «человек-человек» актуальны такие качества, как эмпатия, рефлексивность, толерантность, аттрактивность, асертивность, коммуникативность, социальный интеллект и др.

Завершая краткою характеристику метапрофессиональных конструкторов - компетентностей, компетенций и метапрофессиональных качеств, подчеркнем, что все они входят в состав ключевых квалификаций.

Ключевые квалификации - это метапрофессиональные конструкторы широкого радиуса использования, включающие базовые компетентности, ключевые компетенции и метапрофессиональные качества. В свою очередь, каждый из конструкторов содержит мотивационный и эмоционально-волевой компоненты.

Эти метаобразовательные конструкторы именот отчетливо выраженную практико-ориентированную, деятельностную направленность.

Целевая ориентация профессионального образования на конечный результат обусловила необходимость проектирования стандартов профессии. Смыслообразующими единицами таких стандартов могут и должны стать ключевые квалификации. Формирование этих конструкторов у обучаемых (студентов) будет способствовать усилению фундаментальной подготовки специалистов. Важное место в реализации этой задачи принадлежит технологии саморегулируемого обучения и развивающим технологиям профессионального образования.

К ним относятся:

- когнитивно-ориентированные технологии: диалогические методы обучения, семинары-дискуссии, проблемное обучение, когнитивное инструктирование, когнитивные карты, инструментально-логический тренинг, тренинг рефлексии и др.;

- деятельностно-ориентированные технологии: методы проектов и направленных текстов, контекстное обучение, организационно-деятельностные игры, комплексные (дидактические) задания, технологические карты, имитационно-игровое моделирование технологических процессов и др.;

- личностно-ориентированные технологии: интерактивные и имитационные игры, тренинги развития, развивающая психодиагностика и др.

Реализация компетентностного подхода с опорой на международный опыт при игнорировании достижений отечественной педагогики и психологии не оправдана. При научном обосновании императивных конструкторов образования зарубежные ученые опирались на работы П.Я. Гальперина, А.Н. Леонтьева, С.Л. Рубинштейна.

Как же можно модернизировать образование на компетентностной основе? Такой подход сегодня активно обсуждается (Е.Я. Коган,

В.В. Лаптев, О.Е. Лебедев, Е.А. Ленская, А.А. Пинский, И.Д. Фрумин, В.Д. Эльконин и др.).

В нем отражен такой вид содержания образования, который не сводится к знаниево-ориентированному компоненту, а предполагает целостный опыт решения жизненных проблем, выполнения ключевых (то есть относящихся по многим социальным сферам) функций, социальных ролей, компетенций. Предметное знание при этом не исчезает из структуры образования, а выполняет в ней подчиненную, ориентировочную роль.

Компетентностный подход выдвигает на первое место не информированность ученика, а умения решать проблемы, возникающие в следующих ситуациях:

- в познании и объяснении явлений действительности;
- при освоении современной техники и технологии;
- во взаимоотношениях людей в этических нормах, при оценке собственных поступков;
- в практической жизни при выполнении социальных ролей гражданина, члена семьи, покупателя, клиента, зрителя, гражданина, избирателя;
- в правовых нормах и административных структурах, в потребительских и эстетических оценках;
- при выборе профессии и оценке своей готовности к обучению в профессиональном учебном заведении, когда необходимо ориентироваться на рынке труда;
- при необходимости разрешать собственные проблемы жизненного самоопределения, выбора стиля и образа жизни, способов разрешения конфликтов.

Понятно, что научить поведению в подобных ситуациях невозможно. К тому же термин «научить» в строгом смысле здесь не вполне применим. По мнению В.Д. Эльконина, в рамках компетентностного подхода надо строить и заранее задавать «ситуации включения». Слово «включение», употребляемое им, означает оценку ситуаций, проектирование действий и отношений, которые требуют тех или иных решений.

Такое обучение отличается от того, где необходимо запомнить и ответить, где есть готовая формула, в которую надо только подставить значения. Ученик должен осознать постановку самой задачи, оценить новый опыт, контролировать эффективность собственных действий. Словом, речь идет о проекте решения жизненно значимой проблемы. Отсюда и название метода, обеспечивающего формирование компетентности, - проектный.

Авторы статьи провозглашают основную содержания образования не знания, а более сложную культурно-дидактическую структуру - целостную компетентность.<sup>1</sup>

Как будет выглядеть при таком подходе структура содержания образования? Как будет выглядеть сам учебный предмет, если его основу составит не цепочка логически связанных идей и понятий, а некие области деятельности и центры социокультурного опыта? В контексте методического аспекта обучения можно ли будет сформировать культурно-компетентного человека посредством традиционных знаково-собщающих методов или понадобятся некоторые другие проекты, имитационно-моделирующие, исследовательские, информационные и т. п.? Вопросы, поставленные новым подходом, множественно.

Переход к новому уровню целостности образования нельзя осуществить путем чисто количественного изменения традиционных элементов или простого обновления их состава. Напрашивается мысль о замене теоретических знаний на прикладные, практико-ориентированные, однако, очевидно, это нанесет ущерб фундаментальности образования. Может быть, увеличить удельный вес социокультурных, жизненно-практических умений в структуре содержания образования? Но это, скорее всего, не умения, а виды опыта, которые формируются не так, как обычные предметные умения, а создаются в учебном процессе, имитирующем жизненные проблемы и поиск их решения.<sup>2</sup>

Специфика компетентностного обучения состоит в том, что учащиеся не «готовое знание», кем-то предложенное к усвоению, а прослеживаются условия происхождения данного знания. Подразумевается, что ученик сам формирует понятия, необходимые для решения задач. При таком подходе учебная деятельность, периодически приобретаемая исследовательский или практико-преобразовательный характер, сама становится предметом усвоения.

При компетентностном подходе структура содержания образования должна быть изменена, и в связи с этим можно согласиться с А.В. Хуторским, который, говоря об эвристическом образовании, поднимал вопрос о необходимости принципиально другого уровня конструирования содержания образования - метауровня. Универсальность применяемых в эвристическом обучении фундаментальных образовательных объектов и различные личностные подходы учеников к их познанию приводят к тому, что учебные образовательные

продукты выходят за рамки традиционных учебных дисциплин благодаря «вдвугу» открывающимся новым связям и отношениям изучаемого объекта - физического тела, математического знака, природного или культурного явления. Если использовать для описания и оценки подобных результатов традиционные понятия «межпредметные связи», то оказывается нарушенной внутренняя логика образовательного движения учащегося, поскольку образовательное движение ученика в данном случае едино и неразрывно. В то же время необходимостью устойчивые предметные конструкции, позволяющие системно планировать и выстраивать процесс эвристического обучения. Применять для создаваемых дисциплин термин «интегрированный курс» было бы неточно, поскольку под таким обычно понимается взаимосвязанное единство традиционных дисциплин. Для решения данной проблемы А.В. Хуторской вводит понятие метауровня. Учебный метапредмет - это предметно оформленная образовательная структура, содержание которой базируется на системе фундаментальных образовательных объектов. Для метапредмета характерны требования, предъявляемые к обычным учебным курсам: единство целей, содержания, видов деятельности, форм и методов обучения, способов проверки и оценки результатов. Ограничения состоят в более гибком и оперативном характере построения содержания метапредметов, в возможности его оперативной переконпоновки, построения на его основе новых метапредметных структур.<sup>1</sup>

Метапредмет не всегда ведется в течение всего учебного года, он может входить в структуру обычного учебного курса, иметь статус межпредметной темы или раздела. Важно, чтобы общая совокупность как метапредметов, так и обычных учебных предметов охватывала весь комплекс общеобразовательных областей и обеспечивала условия для целостного гармоничного образования детей.

Содержание метапредмета группируется вокруг системы фундаментальных образовательных объектов. Познание фундаментальных образовательных объектов и проблем позволяет ученику самоопределиться по отношению к ним и создать собственное содержание соответствующих образовательных областей.<sup>2</sup>

Из простой суммы знаний и умений «сложить» компетентного человека не удается. Интеграция в содержании образования понятий, способов человеческой деятельности, творческого потенциала,

1 Болотов В.А., Сериков В.В. Компетентности модели: от идеи к образовательной программе. // Педагогика. 2003. №10. С. 11.

2 Ibid.

1 Хуторской А.В. Эвристическое обучение: теория, методология, практика. - М.: Междисциплинарная педагогическая академия, 1998. С. 133.

2 Ibid. С. 133.

опыта проявления личностной позиции осуществляется в процессе создания обучающимся на основе всех этих видов своего собственного опыта, который, в свою очередь, должен стать предметом рефлексии, исследования, оценки.

Таким образом, компетентностный подход - это приоритетная ориентация на цели - векторы образования: обучаемость, самоопределение (самодетерминация), самоактуализация, социализация и развитие индивидуальности. В качестве инструментальных средств достижения этих целей выступают принципиально новые образовательные конструкции: компетентности, компетенции и метапрофессиональные качества. Конструкции объединяются в метаобразовательный концепт - ключевые квалификации.

Реализация компетентностного подхода в профессиональном образовании будет способствовать достижению его основной цели - подготовке квалифицированного специалиста соответствующего уровня и профиля, конкурентоспособного на рынке труда, свободно владеющего своей профессией и ориентированного в смежных областях деятельности, способного к эффективной работе по специальности на уровне мировых стандартов, готового к постоянному профессиональному росту, социальной и профессиональной мобильности.

## ОБРАЗОВАТЕЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КАК СОВОКУПНОСТЬ ОБЪЕКТИВНОЙ И СУБЪЕКТИВНОЙ РЕАЛЬНОСТИ

*Попов Е.Б. - зав. кафедрой иностранных языков, к.п.н., доцент*

Логика статьи исходит из того, что образование функционально, содержательно и организационно обусловлено макрофакторами: типом культуры, господствующей идеологией, стадией политико-экономического развития общества. Поэтому создание целостного представления о сущности образовательной деятельности, ее составлении и динамике предполагает изучение как педагогических теорий и технологий, так и совокупности социокультурных факторов.

Деятельность как философская категория предстает собой реальность во всей ее конкретности; это бытие в совокупности природных и общественно-исторических явлений. При этом разли-

чают объективную реальность, то есть материю, и субъективную реальность, то есть явления сознания. Формой существования субъективной реальности является индивидуальное и общественное сознание в различных его видах. Формами существования материальных объектов и процессов выступают пространство и время. Время есть последовательная смена состояний объектов и процессов; универсальные свойства времени - длительность, неповторимость, необратимость, бесконечность. Пространство предопределяет структурность и протяженность материальных систем; среди универсальных свойств пространства - сосуществование и взаимодействие элементов.

Под образованием понимается, с одной стороны, особый образом подготовленная жизненная среда, создаваемая с целью обучения и воспитания различных возрастных групп людей и отражающая особенности социкультурных ценностей и потребностей общества, в котором организована эта среда, а с другой - специфическая деятельность, направленная на развитие развития этих людей в интересах общества и собственных интересах обучаемых и связанная с овладением общественно-значимым опытом социума, воплощенным в знаниях, умениях, творческой деятельности и эмоционально-ценностном отношении к миру. В краткой форме сущность образования сводится к превращению достижений культуры и цивилизации в достояние членов современного общества.

Понятие «образовательная деятельность» как единство профессиональных и временных характеристик реальности, предопределяющее цели, содержание, формы и условия развития индивидов в процессе освоения культуры и цивилизации, объединяет две составляющие его идеи: идею деятельности и идею образования. Оно неотделимо от педагогических и философских представлений об образовательной инфраструктуре общества, его образовательном потенциале, об образовательных институтах, учреждениях, стандартах.

Подобное утверждение позволяет в качестве первичного плана образовательной деятельности выделить образовательное пространство индивида, которое определяется как образовательная среда, компонентами которой выступают:

- образовательная компетентность как качество личности, предполагающее овладение человеком индивидуальным опытом в виде четырех основных элементов образования: опытом познавательной деятельности, фиксированной в форме ее результатов - знаний, опытом осуществления извещенных способов деятельности - в форме умений действо-

вать по образцу, опытом творческой деятельности - в форме умений принимать нестандартные решения в проблемных ситуациях, опытом осуществления эмоционально-ценностных отношений - в форме личностных ориентаций;  
 - образовательный выбор и образовательные маршруты индивида: степень, формы и характер участия в образовательных институтах формального, неформального и информального секторов; формы и содержание самообразования.

Восприятие человеком своей образовательной среды как процесс извлечения и интерпретации информации предполагает собой процесс осмысления и оценки своего участия в образовательной деятельности. Осознать можно что-то либо в окружающем мире, либо в самом человеке, либо в том и другом сразу, но осознание не может существовать независимо от того, что осознается. Сложный механизм восприятия, который изначально наделен человек, позволяет ему отслеживать неизменные (инварианты) и изменяющиеся (варианты) свойства окружающего мира, а также информацию о самом себе, о совершаемых действиях.

Образовательная среда значима для индивида постольку, поскольку в ней обеспечивается наличие смысловых и ценностных контекстов, субъективно воспринимаемых человеком в качестве значимых.<sup>1</sup> Подобное утверждение позволяет определить в качестве еще одного компонента образовательной среды «индивидуальный смысловой контекст», который охватывает элементы субъективной реальности.

Индивидуальный смысловой контекст раскрывается через образ «Я»; через восприятие и оценку человеком образовательного пространства, логики и динамики его изменения, собственного положения в нем; через оценку индивидом эффективности собственной учебной/образовательной деятельности; через планы и ожидания в сфере образования. Интерпретация индивидуального смыслового контекста представлена в терминах теории психологического сингега времени и пространства - хронология, разрабатываемой В.П. Зинченко.<sup>2</sup> Своеобразие этой теории состоит в том, что она позволяет целостно обозначить социальную ситуацию развития через феномены субъективной интерпретации жизненного опыта и наличной ситуации бытия, живого движения и предметного действия. Восприятие человеком своей образова-

тельной среды как воспринимаемой им ситуации бытия в той или иной степени содержит актуальные связи различных аспектов содержательного времени жизни, педагогическая интерпретация которых позволила сгруппировать выделяемые аспекты в зависимости от их функциональных особенностей:

- геологическое время (естественные геохимические и электромагнитные процессы), техногенное (искусственные изменения природного окружения, вызванные производственной деятельностью людей), биологическое время (процессы биогенеза), биогенное время (состояние организма человека, внутреннее биологические ритмы и циклы, самочувствие человека) и психогенное время (когнитивные, эмоциональные и креативные процессы, структура деятельности, способности; ведущая функция - адаптация;

- социальное время: восприятие динамики совместного бытия, наличной социальной действительности через социальные роли, статус, круг и структуру общения, склонности, притяжения; ведущая функция - социализация;

- технологическое время: усложнение навыков использования орудий как средств для достижения цели, способов их применения и технологий, изменение структуры предметной деятельности, то есть конструктивный аспект опыта жизни, жизненного опыта и витального опыта; ведущая функция - интеграция;

- символическое время: восприятие медиаторов и их динамики в виде объектов-посредников информационного постижения и ценностного осмысления мира (Знак, Слово, Символ, Миф, а также графические, картинные и пластические, кинематические и ритуальные средства репрезентации), их интерпретация и освоение; ведущая функция - инкультурация;

- потенциальное время: сжатие времени (потенцирование), связанное, прежде всего, с феноменом трансценденции человеком своего «я», с обретением себя в выходе на уровень «Я - Ты», с самосознанием, самоопределением, обретением смысла бытия; децентрация целого века как механизм осмысления каждого события с разных временных позиций, с точки зрения других людей, истории, общечеловеческой культуры, предшествующих и последующих поколений.

Обозначенные выше характеристики образовательной среды индивида позволяют утверждать, что она выступает «онтологической линзой» образовательной действительности во всей полноте и сложности двух других ее планов: педагогической действительности и образовательного контекста.

<sup>1</sup> Зинченко В. А. С. *Образование: Философия, культурология, политика.* - М.: Наука, 2003. С. 236.

<sup>2</sup> Более подробно см. Попов Е. В. *Развитие человека и психологическое время жизни: Монография.* - СПб.: НОУ «Экспресс», 2005. 79 с.

Понятие «педагогическая деятельность» трактуется как совокупность явлений, событий, процессов, состояний, переживаний, проявленных в теоретическом, практическом, духовном опыте человечества в процессе реализации педагогических целей и замыслов.<sup>1</sup>

Педагогическая деятельность, прежде всего, определяется как действительность, взятая для научного рассмотрения в аспекте педагогической деятельности.<sup>2</sup> Различают следующие виды деятельности, составляющие систему педагогической деятельности в ее целостности: работа педагогов-практиков, административная деятельность по организации образовательного процесса, научно-исследовательская деятельность по производству научного знания, а также передача результатов педагогической науки практике.

Наряду с различными видами педагогической деятельности элементами педагогической деятельности выступают:

- педагогические обычаи: общепринятые, более или менее устойчивые в той или иной среде, исторически сложившиеся правила и нормы, регулирующие поведение людей в определенной области общественной жизни. Это традиционно принятый порядок, привычный образ действий, соблюдающийся в силу прочно установившихся привычек и охраняемый общественным мнением. Обычай является практическим действием, задача которого - дать образец для подражания, показать, как надо действовать, чтобы унаследовать имеющийся опыт в поведении, труде, образе жизни и достичь реальных результатов. Педагогическими обычаями считаются важнейшие события, праздники (торжественное обновление жизни, которое выплывает эмоционально-психологическую, идеологическую и нравственно-воспитательную функции), церемонии (динамичное, торжественное, официальное действие, порядок проведения которого заранее оговорен, обусловлен и отсуждение от него считается недопустимым) и обряды (закрепление традиционных для какой-либо социальной группы идей, идеалов, норм, ценностей, образцов жизнедеятельности с помощью символов и символических действий), используемые в образовательном процессе;

- педагогические артефакты: специфичные для конкретных педагогических проектов материальные объекты и искусственные сред-

ства деятельности, предназначенные для организации и осуществления образовательного процесса;

- инфраструктура образования: институализация и содержание образования;

- профессиональное педагогическое сознание как форма субъективной реальности может быть определено как-то иначе, что объединяет людей с разными характерами, ценностями, нормами поведения, способностями, когда они начинают заниматься педагогической деятельностью. Педагогическое сознание включает в себя знание принципов и приемов воспитательного воздействия, систему норм, сознательных и бессознательных установок и представлений, определяющих позицию педагога по отношению к обучаемым. Сущность педагогического сознания заключается в построении определенной совокупности смыслов, значений и перспектив предстоящей педагогической деятельности. Оно социально обусловлено, само по себе представляет социальное явление и активно влияет на характер общественных отношений.<sup>1</sup> Основная функция профессионального педагогического сознания состоит в том, что в нем на индивидуальном уровне кодируется не только то, каким образом надо действовать, но, прежде всего, для чего и во имя чего организуется педагогическое воздействие. Эта функция реализуется с помощью соответствующих подсистем педагогического сознания: информационно-процессуальной, технологической, ориентационно-регулятивной (аксиологической). Профессиональное педагогическое сознание может быть обобщенным (обобщение повседневного опыта обучения и воспитания) и теоретическим, то есть научным. Различие между ними сводится к тому, что источник научного сознания - знания, а обобщенного - опыт; метод обобщенного педагогического сознания - интуиция и анализ житейского опыта, научного - не только эмпирические, но и теоретические подходы. Другое отличие связано с самой возможностью передачи педагогических знаний и в способах их передачи от поколения к поколению.

Следующим компонентом образовательной деятельности как исследовательского поля, третьим по счету, выступает образовательный контекст. Контекст - это, с одной стороны, внешний объективный мир, в котором функционируют и взаимодействуют образовательные институты, а с другой стороны, информация, достаточная

<sup>1</sup> Колесникова И.А. Педагогическая реальность: опыт межпарадигмальной рефлексии.

Курс лекций по философии педагогики. - СПб.: «Детство-Пресс», 2001. С. 9.

<sup>2</sup> Краевский В.В., Верещагова Е.В. Методология педагогики: новый этап: учеб. пособие для студ. высш. учеб. заведений. - М.: Издательский центр «Академия», 2006. С. 89.

<sup>1</sup> Дзиртов С.А. Педагогическое сознание: теория и технология формирования и функционирования. Монография. - Екатеринбург: ТОО НИЦ «Униксид», 1998. С. 79.

Для обозначения роли и отношения совокупности объектов к субъективной реальности конкретной социальной группы.

Необходимость выделения в образовательной деятельности контекстного плана связана с тем, что педагогическая деятельность, понимаемая как подсистема деятельности в целом, социальном смысле, находится в одном ряду с деятельностью экономики, производственной, политической. Чем глубже понимание контекста, в котором действует люди, тем более целостно воспринимается картина соответствующего участка мира, тем более адекватными становятся оценки функционирования образовательных институтов и поступков субъектов образования в условиях данного контекста.

Компонентами образовательного контекста выступают:

- исторический момент времени и пространства, политико-экономическая система государства; информационная среда;
- стратегия образования и образовательная политика, как совокупность педагогических ориентиров и средств достижения определенных социально-политических целей;
- образовательный уровень населения и социальная воспроизводимость образования,
- ментальность и общественное сознание: отражение обществом самого себя, своего бытия, развития и практики в совокупности и взаимосвязи всех разнообразных образов; формами общественного сознания выступают: нравственное, эстетическое, правовое, профессиональное, научное, философское, религиозное, политическое сознание; атрибутом общественного сознания является способность оказывать детерминирующее влияние на определившие его условия общественного бытия<sup>1</sup>.

Взаимосвязь элементов объективной и субъективной реальности образовательного контекста объясняется тем, что система приоритетов образования предопределяется не только объективными условиями общества-политического строя, но выступает как форма вербализации архетипов национального самосознания, то есть национального менталитета. Менталитет как коллективно-личностное образование представляет собой устойчивые духовные ценности, глубинные аксиологические установки, латентные привычки, долговременные стереотипы, расматриваемые в определенных пространственно-временных границах, которые в своей совокупности выступают

<sup>1</sup> Новая философская энциклопедия. Т. 3. - М.: Мысль, 2001. С. 589.

как некая интегральная характеристика людей конкретной культуры, определяющая своеобразие видения эгими людьми окружающего мира и объясняющая специфику их реагирования на него. С философской и культурологической позиций менталитет выступает как совокупность представлений, воззрений, чувствований общности людей определенной эпохи, географической области, социальной среды, как особый психологический уклад общества, влияющий на исторические и социальные процессы.

Как следует из данной развернутой характеристики, менталитет представляет собой интегральную духовно-нравственную особенность людей, живущих в конкретной культуре, которая позволяет судить о своеобразии видения эгими людьми окружающего мира и объяснить специфику их отношения к нему. Через призму ментальных представлений происходит восприятие основных аспектов реальности: пространства, времени, искусства, политики, экономики, религии, цивилизации.

Ментальные представления поглощены в концептах - дискретных единицах коллективного сознания, которые отражают предмет реального или идеального мира и которые хранятся в национальной памяти носителя языка в вербально обозначенном виде. Это некая информационная целостность, присутствующая в национальном коллективном сознании и воспринимаемая носителем языка как инвариантное значение семантического поля. В сознании человека эта концептуальная информация хранится в виде образов, ментальных картинок, сценариев, скриптов, фреймов, а в языке - в виде слов. При этом слово не может полностью передать все содержание концепта, оно лишь отражает в своем значении некоторые релевантные для общения признаки. Однако именно слово остается основным средством доступа к концептуальному знанию, посредством которого можно выявить и другие концептуальные признаки, не названные данным словом непосредственно.

На организационном уровне состояние и логика развития образования предопределяются провозглашаемой и реализуемой в стране образовательной политикой, которая выступает как совокупность педагогических ориентиров и средств достижения определенных социально-политических целей. Факторами формирования образовательной политики, наряду с государственным институтами, в той или иной степени выступают институты гражданского общества, науки и бизнеса.

**Таблица 1. Макрофакторы, определяющие приоритеты и содержание общего образования.**

<p><b>Государство</b></p> <p>Сфера интересов - преимущественно стратегия и тактика образования:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- создание системы государственных/муниципальных образовательных учреждений и их нормативно-правовое, ресурсное и финансовое обеспечение;</li> <li>- разработка национальных образовательных проектов с ориентацией на такие установки и образцы поведения, как лояльность, субординация, послушание, исполнительность;</li> <li>- контроль за соблюдением рекомендуемого базисного плана и примерных программ; издание типовых учебников и пособий в соответствии с этими программами;</li> <li>- разработка общих принципов аттестации и лицензирования образовательных учреждений;</li> <li>- организация системы единых государственных экзаменов;</li> <li>- обеспечение системы повышения квалификации педагогических работников.</li> </ul>	<p><b>Гражданское общество</b></p> <p>Сфера интересов - преимущественно тактика образования:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- организация работы профессиональных союзов и ассоциаций в сфере образования;</li> <li>- обеспечение работы попечительских и родительских советов в образовательных учреждениях;</li> <li>- экспертиза и оценка качества образования, программ, учебников, образовательных учреждений;</li> <li>- общественный контроль системы государственных экзаменов;</li> <li>- содействие развитию образовательных услуг в неформальном и информальном секторах общего образования;</li> <li>- развитие сотрудничества с различными общественными организациями и деловыми кругами;</li> <li>- организация совместной деятельности учреждений сферы образования и культуры;</li> <li>- защита образовательных учреждений от возможного произвола и некомпетентности органов управления образованием.</li> </ul>
---	---

<p><b>Институты педагогической науки и педагогического сообщества</b></p> <p>Сфера интересов - анализ оснований педагогической деятельности и образования, их цели и идеалы, обоснование методологии педагогического знания:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- изучение, обобщение практики опыта образовательной деятельности;</li> <li>- создание, апробирование и развитие концепций образовательной деятельности;</li> <li>- разработка новых методов, средств, форм, систем обучения, воспитания, управления образовательными структурами;</li> <li>- организация работы творческих союзов и ассоциаций работников образования для удовлетворения текущих потребностей педагогической науки и практики (научно-практические центры, исследовательские лаборатории и объединения, ассоциации, аспирантуры, докторантуры и т.д.);</li> <li>- прогнозирование развития образовательных систем;</li> <li>- разработка теоретических, методологических основ инновационных педагогических процессов, рациональных связей теории и практики;</li> <li>- разработка учебных стандартов, учебников и программ.</li> </ul>	<p><b>Рынок</b></p> <p>Сфера интересов - преимущественно результаты образования:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- внедрение в сферу образования технологий установок: быстрее, больше, эффективнее, дешевле и пр.;</li> <li>- отношение к образованию как к сфере услуг, приносящих прибыль; создание рынка образовательных услуг, ориентированного на «клиента»;</li> <li>- переход на договорные отношения педагога и обучаемого: «клиент - исполнитель»;</li> <li>- дополнительное финансирование образовательных учреждений и педагогов, добивающихся успехов в повышении качества образования (спонсорство);</li> <li>- опосредованное стимулирование образовательных потребностей населения через повышение его экономической самостоятельности;</li> <li>- профессиональная направленность содержания учебной деятельности в рамках общего образования; действие специализации и дифференцирования образования;</li> <li>- модернизация содержания образования в соответствии с изменяющимися условиями рынка;</li> <li>- обеспечение защиты прав педагогических работников на интеллектуальную собственность.</li> </ul>
---	--



Федеративное устройство нашего государства с необходимостью предполагает учет того, что формирование образовательного контекста обусловливается региональными факторами. Это вызвано тем, что в современной России весьма значимую роль начинают играть процессы, связанные с территорией, региональной идентификацией, которая имеет свою институционализацию и общественное сознание. Региональность подструктур системы образования приобретает все большую этническую и социально-историческую обусловленность, она естественна, воспроизводима и необходима для эффективного функционирования образовательных учреждений в конкретных условиях региона.

Общенаучное понятие «регион» определяется как относительно самостоятельная пространственно-географическая, институционально-политическая, этническая, социальная, административно-территориальная и историко-культурная единица. Основными составляющими региональности выступают:

**Таблица 2. Компоненты регионального образовательного пространства.**

Информальная подструктура
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Опозиция «провинция - центр»;</li> <li>- городской/сельский тип поселения;</li> <li>- экономический уровень развития социума; экономическая самостоятельность; регион-донор или дотационный район;</li> <li>- административная иерархия управления и интеграция различных составляющих региона; силовые органы (институт военной службы, милиция, налоговая служба);</li> <li>- субъекты и агенты образовательной политики;</li> <li>- наличие или отсутствие эффективных форм и механизмов государственно-общественного управления;</li> <li>- национальный состав и стратификация общества (моно- или поликультурная среда);</li> <li>- стратификация общества;</li> <li>- информационная среда с ее специфичными институтами сохранения, обработки и передачи информации; средства массовой информации;</li> <li>- историко-культурный потенциал и культурная насыщенность регионального пространства; текущие социальные и культурные события;</li> <li>- социальная инфраструктура (место проживания и занятости</li> </ul>

Информальная подструктура	Неформальная подструктура	Формальная подструктура
<ul style="list-style-type: none"> <li>- стили, системы коммуникации, сети учреждений обслуживания и досуга); институты рекреации и развлечений; услуги образовательного туризма;</li> <li>- религиозные институты и предпочтения;</li> <li>- семейный уклад и стереотипы семейной жизни;</li> <li>- менталитет; семантическое поле концептов «общее образование», «индивидуальное развитие», «свобода».</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Система художественных, музыкальных, спортивных и других профильных школ;</li> <li>- система учреждений дополнительного образования;</li> <li>- институт репетиторства;</li> <li>- система профильных, оздоровительных и тематических лагерей;</li> <li>- дополнительные образовательные услуги в учреждениях формального сектора.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Педагогическое сознание, традиции и стереотипы;</li> <li>- система профессионального педагогического образования;</li> <li>- система учреждений дошкольного образования;</li> <li>- государственные и частные школы;</li> <li>- институт экстерната;</li> <li>- педагогические сообщества.</li> </ul>

Таким образом, представленное в данной статье обоснование гуманитарной интерпретации образовательной деятельности предполагает изучение действительности в единстве элементов объективной и субъективной реальности на уровне образовательной среды и образовательных маршрутов индивидов, педагогической деятельности и образовательного контекста.

## ФОРМИРОВАНИЕ КУЛЬТУРЫ ЗДОРОВЬЯ БУДУЩИХ ЮРИСТОВ В ВУЗЕ СРЕДСТВАМИ ФИЗИЧЕСКОЙ КУЛЬТУРЫ

*Гухватилиш М.К. - зав. кафедрой физвоспитания, к.п.н., доцент*

В 21 веке учебный предмет «Физическая культура» в высшей юридической школе приобрел иной статус по многим причинам. Во-первых, этот учебный предмет влияет на успешность профессиональной деятельности юриста (следователя, судьи, адвоката). Последние должны быть всегда в физической форме, работоспособны. Во-вторых, он важен в организации физкультурной деятельности студентов - будущих юристов (А.П. Матвеев). По его мнению, сущность этой учебной дисциплины заключается в организации физкультурной деятельности обучаемого с персонализированным ее результатом, который выражается в приобретенных умениях и навыках, знаниях, в совершенствовании физических способностей, увеличения уровня функциональных возможностей организма и физической подготовленности.

По мнению М.И. Махмутова, каждый учебный предмет представляет собой педагогически обоснованную систему научных знаний, умственных и практических способов деятельности (навыков и умений, выражающих основное содержание и методы конкретной науки).

В.А. Виданов считает, что учебный предмет в структурном отношении является производным от науки. Вместе с тем, по его утверждению, учебный предмет не только содержит основы соответствующей науки, но и служит моделью взаимодействия обучаемого человека с необученным, то есть научного знания и практических умений (носителем которых является обученный человек) с психическими и физическими силами и свойствами ученика.

Согласимся с тем, что основу учебного предмета составляют, прежде всего, научные знания, детерминированные целью и задачами обучения. При этом учтем, что дидактические понятия «содержание образования», «учебный предмет», «основы науки» находятся друг с другом в разных отношениях. В учебном предмете, с точки зрения его функции, содержание, подлежащее изучению, находится в неразрывном единстве со средствами его усвоения учащимися. Иначе говоря, он включает в себя следующие виды деятельности:

- усвоение собственно учебного материала дисциплины;

- осознание восприятия учащейся воспитывающей деятельности педагога.  
Можно определить следующие критерии отбора содержания предмета «физическая культура»:

- соответствие сложности содержания учебного материала реальным возможностям студентов;
- соответствие объема содержания учебного материала по физической культуре лимиту времени, отпущенному на изучение этого предмета;
- соответствие содержания учебного материала имеющейся материальной и учебно-методической базе высшей юридической школы.

Структурная модель учебного предмета «Физическая культура» включает цель и задачи предмета, а также компоненты его содержания, являющиеся основанием данной модели.

В качестве компонентов можно выделить основы теоретических знаний о сущности физической культуры и основы двигательной деятельности в сфере физической культуры.

*Основы теоретических знаний о сущности физической культуры.* Исходя из целей и задач учебного предмета «Физическая культура», сущность этого компонента должны составлять следующие направления знаний о физической культуре (Р.Х. Яруллин):

- история физической культуры, раскрывающая возникновение и развитие физической культуры в обществе;
- основы теории физической культуры как науки, изучающей этот феномен. Это направление знаний о физической культуре раскрывает ее сущность, роль и место в обществе, свод понятий, а также средства и способы воздействия;
- типичные основные основы физической культуры. Данное направление знаний о физической культуре раскрывает основы типичных требований при занятиях физическими упражнениями;

- основы спортивной тренировки. Эта сфера знаний раскрывает сущность, закономерности воздействия средств и способностей физической культуры на двигательную сферу человека.

*Основы двигательной деятельности в сфере физической культуры.* Данный компонент содержания учебного предмета «Физическая культура» должна составлять двигательные действия, взятые из уровня их, исторически сложившихся систем физического воспитания, имеющих большое значение для обеспечения жизнедеятель-

ности человека. К ним можно отнести: гимнастические упражнения; легкоатлетические упражнения; подвижные игры; спортивно-игровые упражнения из таких видов спорта, как баскетбол, волейбол, футбол; способы передвижения на лыжах; способы плавания; упражнения из различных видов единоборств. Указанные способы двигательной деятельности в сфере физической культуры являются адекватными целям и задачам учебного предмета «Физическая культура» в высшей юридической школе.

Высшая юридическая школа в соответствии с концепцией модернизации российского образования до 2010 года должна по-новому построить свою деятельность. Ее целью является подготовка высококвалифицированных юристов, способных конкурировать на рынке труда, внести свою лепту в развитие юридической науки.

Анализ психологических, педагогических, методологических исследований, посвященных формированию и развитию различных видов культуры (культуры труда, культуры быта, культуры здоровья и т.д.), позволяет нам считать, что решение подобной рода задачи требует определенных шагов.

Во-первых, необходимо принять свою точку зрения в отношении понятия «культура».

Во-вторых, определиться с исходным понятием «культура здоровья».

Обычно культуру здоровья рассматривают как социально-прогрессивную деятельность человека во всех сферах бытия и сознания, являющаяся диалектическим единством процессов определения (создания ценностей, норм, знаковых систем и т.д.) и распределения (освоение культурного наследия), направленного на преобразование действительности, на превращение богатств человеческой истории во внутреннее богатство личности, их выявление и развитие существенных сил человека (И.П. Дупцкая); или как уровень развития чего-либо, степень соответствия образам в плане образованности, просвещенности, воспитанности (Н.В. Кузьмина).

С точки зрения Э.Г. Юдина, для того, чтобы исследовать феномен культуры здоровья будущего специалиста, важно, с одной стороны, достаточно четко определить границы объекта, с другой - выявить и проанализировать системообразующие связи объекта и способ их реализации.

Понимая под культурой ряд свойств и качеств, характеризующих в активно-творческом плане, прежде всего, человека как уникального субъекта общественно-исторического, создающего про-

цесса, можно говорить о некой личностной характеристике специалиста, его творческих способностях, существенных силах (Э.А. Беллер, М.Т. Новчук, Л.Н. Коган, Н.С. Злобин, Э.В. Соколов).

Н.В. Крылова считает, что категория культуры, помимо суммы духовных достояний человека, воплощает и особенности творческого самовыражения людей.

Деятельностный подход к рассмотрению культуры, при котором она, по мнению Э.С. Маркоряна, выступает как «специфический способ человеческой деятельности», как совокупность плодов и способ деятельности коллективного субъекта - человеческого общества (М.С. Коган), или как способ деятельности конкретного социального субъекта (В.Р. Давидович, Ю.А. Жданов) позволяет нам понять под культурой здоровья будущего юриста владение им совокупностью способов формирования собственного здоровья, сохранения и укрепления возможностей систематического его поддержания в процессе самостоятельной, практической деятельности.

Например, для будущего работника правоохранительных органов очень важно иметь особое отношение к собственному здоровью, которое выступает гарантом стабильности и высокого качества юридической деятельности.

Анализ специальной медицинской, психологической, юридической, технологической и педагогической литературы позволяет нам прийти к выводу, что, во-первых, молдолого человека без специальной дополнительной работы в вузе нельзя заставить укрепить здоровье самостоятельно. Во-вторых, студенту нужно дать возможность самостоятельно определиться в количественной мере здоровья, по-лучить более точное представление о том, «сколько его будет нужно для нормальной практической деятельности».

В науке же до сих пор нет точного определения сущности и количественной меры здоровья. Согласно определению здоровья, приведенного в большой медицинской энциклопедии, оно означает такое состояние организма человека, когда функции всех его органов и систем уравновешены с внешней средой и отсутствуют какие-либо болезненные изменения. В понятие здоровья входит и социальная компонента человека.

С точки зрения известного ученого Н.М. Амосова, здоровье есть сумма резервных мощностей основных функциональных систем. То есть, условно посредством понятия «здоровья» фиксируют комплекс резервных возможностей организма, обеспечивающих социальную активность при максимальной производительности жизни (В.П. Казначеев).

Анализ исследований в области здоровья человека показывает, что ученые пытаются его определить такими категориями, как:

- показатель качества человека и популяции людей (Г.Л. Капица);
- совокупность физических и духовных способностей, которыми располагает организм, живая личность человека (Г.И. Царегородцев);
- мера реализации генетических потенциалов (В. Горячев);
- показатель культуры человека в целом (Г.П. Пасгушек).

По мере того, как человек относится к своему здоровью, можно в какой-то степени судить об уровне развития его общей культуры. Малокультурный человек порой об этом не задумывается, так как у него практически не сформирована потребность в здоровом образе жизни. Он может не обращать внимания на те признаки, сигналы, которые не позволяют культурному человеку это делать.

Здоровье, с точки зрения И.И. Врехмана, позволяет человеку сохранить соцветствующую возрастную устойчивость в условиях резких изменений количественных и качественных параметров природного потока вербальной, структурной и сенсорной информации.

Для полного исследования важно разбираться более точно в том, что из себя представляет этот феномен. Это дело ученых-методиков. Теория и методика профессионального образования нуждается, с одной стороны, в наличии практико-ориентированных педагогических технологий, направленных на формирование и развитие культуры здоровья.

С другой стороны, как и любая наука, юридическая педагогика должна иметь ответы на вопросы дидактического характера: как учить студентов, чтобы они при этом были здоровы и знали, как поддерживать здоровье, и главное - правильно к нему относиться.

Социальная сторона изучаемой проблемы понятна. Чем более здоровыми будут люди, тем более здоровым будет общество, в котором они живут. Именно внешняя среда, окружение человека другими людьми, их нравственный уровень, коммуникативная культура оказывают влияние на здоровье человека, его образ жизни, деятельность, наследственность.

В научном плане важно зафиксировать структуру и содержание здоровья как педагогической единицы.

Здоровьесотворчество, по мнению ученых, - это модель личности, основанная на критериях здорового образа жизни и реализуемая в процессе активного долголетия (Е.А. Шульгин). Значит, речь долж-

на идти о поколении принципиально иных людей, воспитанных в русле здорового образа жизни.

Модель личности, основанная на базовых компонентах культуры здоровья, представляет собой интерес для страны, ориентированной на гуманное отношение к каждому конкретному ее жителю.

Здоровье выступает как базовая ценность, так как остальные ценности являются средствами обеспечения здоровья человека. С позиции личностно-деятельного подхода к решению исследуемой проблемы убеждение человека в том, что главная ценность в жизни - это здоровье, является основой его профессионального личностного поведения. Личность студента и будущего юриста в этом случае структурируется следующим образом: благодаря тому, что он находится в центре образовательного процесса, существенно изменяется в лучшую сторону в контексте здорового образа жизни, меняется характер учебной деятельности и общение с профессорско-преподавательским составом.

Личностные качества конкретного студента влияют на характер проявления каждого из имеющихся показателей здоровья. Поведение студента в процессе обучения в вузе (учебное) во многом определяет либо укрепление, либо ущерб здоровью. То есть студент лично сам индивидуально или с помощью друзей может так организовать свое свободное время (свободное, рабочее, учебное), что поставит его целиком овладению профессией или материальному обеспечению себя материальными средствами, так как режим рабочего дня составляется им самим на быденном уровне понимания вышеуказанных показателей здоровья. Вот почему создание новой модели личности в обществе, опирающейся на критерии здорового образа жизни, - это одна из первоочередных задач, успешное решение которой во многом определяет качество жизни населения страны.

Особо актуально это в начале 21 века, когда налицо снижение общего запаса здоровья населения России.

По данным исследований зарубежных ученых-медиков, многие виды нездорового поведения воспринимаются как нормальные и обычные, а здоровое поведение часто расценивают как «отклоняющееся» от нормы, поскольку нездоровье, здоровьеразрушающее поведение всегда заразительно.

В последнее время здоровьесберегающее поведение стало непопулярным среди студентов, у которых сформировалось явно мифическое представление о своем здоровье. По мнению ученых, истинное здоровое состояние - это не всегда отсутствие заболеваний, но всегда

высокая сопереживаемость организма студента негативным воздействием психического, физического и социального характера.

Можно перечислить мифы, которые, по мнению ученых, испытывают студенты в период своего вузовского обучения:

1. Миф первый: абсолютное здоровье - это недоступная химера.
2. Миф второй: истинное здоровье - это всегда только отсутствие заболеваний.
3. Миф третий: зачем быть абсолютно здоровым, это мало на что влияет. Иногда лучше болеть (меньше спрос).
4. Миф четвертый: нездоровое поведение (не пить много и чаю, не курить, заниматься спортом) - это отклонение от нормы в студенческом обществе.
5. Миф пятый: от занятий физкультурой, а тем более в спортивных секциях, один вред и лишние заботы, пустая трата времени.

Поскольку поведение студентов в процессе обучения в высшей юридической школе имеет особое значение для конечного результата, становится понятным, что целесообразно в качестве базового компонента культуры здоровья считать динамический стереотип поведения, способствующий здоровому образу жизни и определяющий бережное отношение к здоровью окружающих людей (Т. А. Веренева, В. В. Колбанов).

Важно, чтобы у студентов были сформированы потребности на сохранение и укрепление здоровья в соответствии с концепцией здорового образа жизни, реализуя программу профессионального саморазования.

Если здоровье рассматривать как результат профессионального образования и самообразования, то тогда очень важно построить образовательный процесс принципиально по-иному.

Если, например, обозначить сопротивляемость организма будущему юриста буквой  $R$ , то степень здоровья состояния можно определить величиной, которая стремится к единице, но всегда меньше 1,0. Тогда у студента, обладающего абсолютным состоянием здоровья, по мнению экспертов,  $R = 0,75-1,0$ .

Общие задачи воспитания культурного человека заключаются в оптимальном реулировании всех базовых ее компонентов посредством драволюбивой деятельности. В этом случае условием эффективно формирования культуры здоровья студентов является единство ва-леологического образования и профессиональной ва-леологической составляющей профессорско-преподавательского состава вуза.

Культура здоровья будущего юриста - это целенаправленная деятельность в области индивидуального здоровья, представляемая на двух уровнях: философско-мировоззренческом, рассматриваемом ва-леологическую культуру как часть общей культуры, и нормативно-поведенческом - как характеристику профессиональной юридической деятельности (целостная, ва-леологическая, стратегия и тактика).

Можно, видимо, трактовать культуру здоровья как индивидуальное и социальное интегральное личностное качество, отражающее, с одной стороны, характер заинтересованного личностного отношения к ЗОЖ<sup>1</sup> и окружающей среде, а с другой - проявляющееся в процессе индивидуального учения в духовно-прикладной деятельности познания, освоения, преобразования и сохранения собственного здоровья как личного энергокапитала успешной профессиональной деятельности.

Целью формирования культуры здоровья будущего юриста является обеспечение сохранности здоровья молодого человека и его укрепления. Дело в том, что надо в максимальной степени сохранить ту природную степень здоровья, которая имеется у человека посредством обращения к обширным ва-леологическим знаниям, творческому освоению принципов ЗОЖ, раскрытию своих потенциальных способностей и возможностей (М. Г. Маринина), систематическому оздоровлению собственного организма, реализации собственной программы самосовершенствования ЗОЖ.

Несмотря на то, что существуют различные подходы к пониманию сущности культуры здоровья, в исследовании недостаточно, на наш взгляд, уделяется внимание этому феномену. Дело в том, что если изначально здоровье человека принять за целое, то смысл в том, чтобы сохранить его. Однако для этого важно ответить на вопрос: каков необходимый и достаточный состав этого целого, только в том случае можно понять и выявить степень утраты и потери имеющегося целого, данного нам природой, здоровьем отца и матери, их родственников. Другими словами - это сохранение того целого, которое получено изначально, а не приобретено собственными усилиями, что дано сверху: прежде всего, усилиями семьи, в которой родился и воспитывался будущий специалист до поступления в юридический вуз.

Важно выяснить точный состав этих частей целого, и тогда можно говорить об обоснованной структуре культуры здоровья будущего

<sup>1</sup> ЗОЖ - здоровый образ жизни.

юриста. Можно предположить, что она включает следующие компоненты:

- комплекс представлений молодого человека - будущего юриста об абстрактном здоровье человека (здоровьоторческое самосознание);
- опыт здоровьоторческой деятельности;
- направленность личности будущего юриста на систематическое укрепление и сохранение здоровья.

Умственную и физическую работоспособность студентов определяют такие факторы, как рациональное питание, правильный режим труда и отдыха, отказ от вредных привычек, закаливание и физическая активность. Под здоровым образом жизни следует понимать такие типичные формы повседневной жизнедеятельности студента, которые укрепляют и совершенствуют развитие возможности организма, обеспечивая тем самым успешное выполнение им социальных и профессиональных функций.

Средняя жизнь требует, чтобы студент обладал целым рядом культурных навыков, в том числе имел привычку ежедневно заниматься физическими упражнениями. Медицинская наука безоговорочно утверждает - для активной жизнедеятельности и поддержания постоянно высокой работоспособности студенческой молодежи необходимо затрачивать на активное движение, на физическую культуру хотя бы один час в день.

Здоровье и обучение взаимосвязаны и взаимообусловлены. Чем крепче здоровье студента, тем продуктивнее обучение, иначе конечная цель обучения утрачивает подлинный смысл и ценность.

Преподавателям физической культуры вузов следует насторожиться развлекать студентам теоретические положения здоровья образа жизни и побуждать их включать основные его положения в повседневную жизнь. Следует отказаться от жесткой регламентации физической нагрузки и зависимости оценки от выполнения нормативных требований. В современной педагогической практике физического воспитания студентов необходимо создать максимум условий, мотивирующих и побуждающих их к занятиям физической культурой и здоровому образу жизни.

Итак, здоровый образ жизни - главный фактор здоровья студента, за него приходится бороться, преодолевая свою инертность, лень, обжорство, слабость. Работая над собой, укрепляя полезные привычки и искореняя вредные, полезно соблюдать заповедь Станиславского: «Труднее надо сделать привычным, а привычное - легким и приятным».

Формирование и развитие культуры здоровья будущего юриста связано с необходимостью повышать уровень готовности студента к здоровьоторческой деятельности.

В свою очередь, готовность студента к здоровьоторческой деятельности может быть сконструирована следующим образом. Поскольку здоровьоторческая деятельность специалиста включает в себя, прежде всего, желание сохранять и укреплять собственное здоровье, то обязательно в структуру сформированной нами готовности следует включить мотивационные компоненты (М.В. Синчина). Без адекватных знаний, творческого осмысления принципов ЗОЖ, которые обосновывают содержание систематической оздоровительной работы, поэтому важен когнитивный компонент готовности к здоровьоторческой деятельности. Мало знать, как действовать в создавшейся ситуации, надо уметь начать оздоровление собственноторганизма, осуществлять здоровьоторческую деятельность, поэтому операционный компонент формируемой нами готовности к здоровьоторческой деятельности очень важен.

Любая оздоровительная работа требует развитой воли, смелости и решительности, поэтому волевой компонент готовности к здоровьоторческой деятельности особый, требующий внимания, способность будущего юриста включать самонализ состояния собственнотор здоровья должна быть развитая, так как без нее невозможно успешное выполнение им профессиональных задач. То есть, в соответствии к здоровьоторческой деятельности следует включить рефлексивный компонент.

Ведущим компонентом является мотивационный, ибо мотивация как движущая сила человеческого поведения пронизывает все основные структурные образования личности: ее направленность, характер, эмоции, способности деятельности и психические процессы (В.Г. Ананьев). Оно не только пронизывает эти структурные образования, а играет важнейшую роль в становлении внутреннеготор единства целостности этих сторон, «цементирует личность» (В.С. Ильин).

Таким образом, формирование культуры здоровья будущих юристов в вузе возможно, прежде всего, средствами физической культурнотор деятельности, а также за счет высокого уровня педагогической культуры профессорско-преподавательского состава высшей юридической школы (А.М. Столяренко), структурной образовательного процесса, переходом к развитию личностных характеристик будущего юриста. Именно установленная учебными взаимосвязями между личностью студента и характером его учебной деятельности позволяет целе-

направленно развивать культуру здоровья студентов высшей юридической школы.

Из анализа литературных источников по философии, психологии и педагогике следует вывод, то из различных факторов, влияющих и воздействующих на поведение человека, выделяется доминирующей - потребности личности. Потребности личности можно охарактеризовать как ведущий источник активности. Потребность толкает личность на поиск предметов, способных ее удовлетворить. Потребность - психическое явление отражения объективной нужды организма в чем-либо (биологические потребности основы ЗОЖ, свойственные и человеку и животным) или личности (социальные или духовные, свойственные только человеку). Потребности - не самостоятельная форма отражения, но толчок к возникновению каждой из них, поэтому, являясь внутренней причиной активности личности, они чаще и выраженной других психических явлений бывают мотивами действий и деятельности и чаще переживаются, как эмоция и чувства, но могут быть полно познаваемыми суждениями. Воспитание социальных потребностей личности - важнейшая цель ее формирования, их учет - важнейшее условие эффективного руководства личностью и ее перевоспитания.

Установлено, что потребности человека возникают и изменяются в процессе его роста, взросления, а также в соответствии с нормами развития и преобразования общества. Возможности развития потребностей и способностей личности, в принципе, не ограничены. Отсутствие у людей развитых потребностей в физической деятельности и здоровом образе жизни во многом объясняется условиями социальной-экономической жизни общества.

К сожалению, большинство студентов - будущих юристов имеют низкий уровеньвалеологической культуры, у них не воспитаны важнейшие для здорового образа жизни потребности в использовании средств физической культуры. Будущие юристы в большинстве знают (анализ результатов анкетирования, проведенный нами среди студентов I-III курсов юридических специальностей), что успех будущей профессиональной деятельности во многом зависит от уровня их физического развития и состояния здоровья, но, тем не менее, занятия по физической культуре посещаются не регулярно, без желания и интереса. Основным мотивом посещения занятий по физической культуре является желание получить во время зачет, то есть студенты не увлечены активным занятием в процессе физвоспитания на уровне деятельности, относятся к необходимости посещения на уровне дей-

ствий. Предпринимаемые попытки изменения учебных программ мало повлияли на сложившуюся ситуацию. Рассматривая образовательный процесс с позиции воспитания, важно учесть, что личность в своем становлении и развитии испытывает те ценности культуры, которые являются обществственными ценностями. Так же и потребности формирующейся личности возникают и укореняются в сознании под влиянием всех социальных факторов.

## СОЗДАНИЕ СИТУАЦИИ УСПЕХА ДЛЯ СТУДЕНТА НА ЗАНЯТИЯХ ПО ИНОСТРАННОМУ ЯЗЫКУ

*Хлишчева Г.Р. - ст. преподаватель кафедры иностранных языков, к.и.н.*

«...Единственный источник внутренних сил, рождающий энергию для преодоления трудностей, желания учиться, - успех в учении».

(В.А. Сухомлинский)

Актуальность исследования проблемы создания ситуации успеха для студентов на занятиях по иностранному языку обусловлена противоречием между потребностью современного общества в личности с высоким уровнем сформированности субъектной позиции и неразработанностью общих основ конструирования педагогического процесса, ориентированного на актуализацию субъектных сил студенческой молодежи.

Необходимо переосмысление возможностей гуманитарных дисциплин в этом процессе, изучение субъектной позиции студента в речевой деятельности, исследование закономерностей становления субъектной позиции студента в речевой деятельности и связанных с ними технологических особенностей проведения занятий в системе высшего образования. Выявление и реализация педагогических условий, направленных на формирование субъектной позиции студента, обеспечивают развитие личности, способной к эффективной коммуникации, интерактивному взаимодействию, выстраиванию собственного мира ценностей, владеющей творческими способностями научных и жизненных проблем, рефлексии и обеспечивают повышение эффективности образовательного процесса в целом.

Известно, что успех подстегивает развитие, являясь своего рода пусковым механизмом самосовершенствования, саморазвития студента. Даже разовое переживание успеха может коренным образом изменить самочувствие студента, ритм, стиль и качество его деятельности, характер взаимоотношений с окружающими. Если же успех делается устойчивым, постоянным, то возникает цепная реакция, высвобождая скрытые до поры неисчерпаемые возможности личности. Переживание успеха стимулирует студента к участию в более сложной деятельности, активизирует его внутренний потенциал, является мощным источником интеллектуально-нравственного развития человека.

Проблема воспитания человека-творца, активного деятеля, формирования субъектной позиции студента не нова для педагогической науки. В науке появились педагогика поддержки (О.С. Газман), педагогика сотрудничества (Ш.А. Амонашвили, С.Н. Лысенкова, В.Ф. Шагалов), педагогика самоопределения (А.Н. Тубельский), педагогика индивидуальности (О.С. Гребенюк, Т.В. Гребенюк), активно разрабатывались идеи педагогической рискологии (И.А. Абрамова), творческого саморазвития (В.И. Андреев) и педагогического менеджмента (В.П. Смирнов). Особую актуальность в новой парадигме образования вызывали работы, связанные с развитием творческой индивидуальности (А.П. Тряпицына, Р.У. Богданова) и субъект-субъектного взаимодействия участников образовательного процесса (Н.Ф. Радинова, В.В. Горшкова). Субъектность студента и преподавателя, гуманизация их отношений стала той ключевой идеей, которая оказалась одной из самых востребованных в педагогических исследованиях. Достойное место в этом ряду занимает педагогика успеха (Е.И. Казакова, А.П. Тряпицына).

Для того, чтобы свободно проявлять себя, студент должен быть уверен в своих способностях. Ему помогает переживание успеха в собственной деятельности. Успех в привлекательной деятельности вызывает у студента удовлетворение, формирует положительные отношения к занятиям, к продуктам своей деятельности. После переживания ситуации успеха у студента возникают психологические условия принятия деятельности и своего «Я», потребность в повторном проживании успеха. Он хочет пережить приятные минуты успеха, которые придают ему уверенность в себе и желание идти вперед, к новым достижениям.

Вместе с тем, понимание необходимости обеспечить эту ситуацию каждому студенту редко приводит к ее реальному воплощению в практической деятельности высшей школы.

Причины этого явления следует искать в искажении образовательного процесса на устаревших принципах. В своей монографии «Образовательная технология: от призма до философии» В.В. Лузев отмечает, что система обучения в вузах сегодня по большей части сохраняется в том виде, как она была создана для первых средневековых университетов. Эта система исходит из избыточных постулатов, которые в несколько утрированном виде переложены выглядят так:

- контингент обучаемых (студенты) высокомотивирован;
- студенты охотраны через вступительные процедуры, и по этому контингент относительно ровный по уровню стартовой подготовки;
- студент не имеет лица;
- преподаватели являются уникальными носителями знаний и культуры, светочами мысли;
- концепт - единственный источник мудрости, и точность его воспринятия - единственный критерий оценки;
- высокая мотивация студентов становится еще выше от осознания мощности карательных мер, применяемых к нерадивым.

Действительно, как показывают многочисленные исследования, в вузах России сохраняются традиционные подходы к организации и осуществлению процесса обучения, заклочающиеся в значительной степени в репродуктивность лекционно-семинарской системы занятий при явном их преобладании над исследовательскими формами организации учебного процесса.

В результате студенты ориентированы на фиксацию и воспроизведение информации, а многие преподаватели ориентированы на то, чтобы «успеть изложить то, что они запланировали». Слпшком мало внимания уделяется развитию субъектной позиции студентов, их умениям самостоятельно мыслить, принимать решения, управлять собой на основе самоориентации, саморегуляции и самооценки.

В 1890 году американский философ и психолог У. Джемс создал оригинальную формулу «человеческого счастья»:

самооценка = успех / притязание.

Согласно этой формуле, человек тем лучше чувствует, чем выше его самооценка, и наоборот, чем выше самооценка, тем лучше самочувствие. Прогрессивный путь повышения самооценки, по мнению автора, - помогать человеку идти по «Дороге успеха».

Исследователи Е.И. Казакова и А.И. Тряпицына считают, что самореализация студента возможна в том случае, если он будет ориентироваться на достижение успеха. По их мнению, педагогика успе-



ха представляет собой лестницу достижений, каждая ступенька которой - это достижение человеком определенной цели, совершенное с верой в себя и в значимость поставленной цели.

Решение проблемы всестороннего развития каждого студента, создания для него ситуации успеха диктует необходимость определения сущности ситуации успеха, чувства успеха, мотивации достижения успеха, а также определения механизмов ее обеспечения в образовательном процессе.

Ситуация успеха - это организованное сочетание педагогических условий, при которых человеку дается возможность испытать радость успеха, являющегося для него весьма значимым результатом деятельности.

Следует говорить именно об «организованном» сочетании педагогических условий, а именно - создании благоприятного психологического климата, формировании определенных межличностных отношений в студенческой группе. Межличностные отношения в учебной группе действительно должны формироваться педагогом целенаправленно. При этом на определенных стадиях - высших - основным их источником становится саморазвитие коллегтива. Но на начальных этапах центральное место в формировании высокого уровня межличностных отношений принадлежит педагогу. Недаром поэты Древнего Востока говорили, что ученики подобны фруктовому саду, а учитель - садовнику. Поначалу дерева слабые, и их жизнь полностью зависит от хлопот садовника, но потом, окрепнув, они растут сами и приносят сладкие плоды.

В результате ситуации успеха деятельность человека приводит к чувству удовлетворения своими достижениями, гордости за свой труд, самоуважению.

Ситуация успеха - это сочетание условий, которые обеспечивают успех, а сам успех - результат подобной ситуации. Ситуация - это то, что способен организовать преподаватель. Переживания радости, успеха - явления, вызывающие чувство самодостаточности, психологической комфортности, эмоциональной стабильности. С психологической точки зрения успех - это переживание состояния радости, удовлетворения от того, что результат, к которому личностные стремилась, либо совпал с уровнем притязаний (ожиданий, надежд), либо превзошел их.

В основе ожидания успеха, как правило, у студентов лежит стремление заслужить одобрение старших, реакция конкурентиков, стремление утвердить свое «Я», «сделать заявку» на будущее. Может ме-

натся тот круг людей, мнением которых дорожит личность, но суть успеха не меняется.

Ситуация успеха - это такое целенаправленное, организованное сочетание условий, при котором создается возможность достичь значительных результатов в деятельности, это результат продуманной, подготовленной стратегии, тактики. Различается успех и ожидания личности. Можно выделить три вида.

1. Предвосхищаемый успех. В основе его ожидания могут быть и обоснованные надежды, и упование на какое-то чудо. Чудес, как известно, на свете не бывает. На пустом месте успех родиться не может. Может повезти, если зоркий взгляд умного, наблюдательного заметит надежду и не даст повода для разочарования; поддержит, подготовит, убедит. Но может случиться и обратное. Это очень серьезно. Убедившись в том, что их ожидания успеха не сбылись, они готовы винить кого угодно, только не себя.

2. Констатирuemый успех. Студент фиксирует достижение, радуется ему. Важно, что он осознает, что он сделал отличное настроение, дал возможность пережить радость признания, ощущение своих возможностей, веру в завтрашний день.

3. Обобщающий успех. Ожидание успеха становится постепенно устойчивой потребностью. С одной стороны, это благо. Это - состояние уверенности, защищенности, опоры на самого себя. С другой - опасность переоценить свои возможности, успокоиться.

Успех (собственный, разумеется), напротив, любить нельзя, радость он не приносит, но уважать его следует.

Трудно переоценить стимулирующую роль успеха в целом ряде ситуаций. Успех может разложить личность, успех - формировать его лучшие качества. Одно без другого не существует, точнее, не должно существовать.

Он всегда возможен, он даже неизбежен, без него успех теряет свою радость сущность. Лишь глубина успеха помогает нередко человеку вообще постичь всю глубину успеха.

Эффективное педагогическое общение всегда направлено на формирование позитивной Я-концепции личности, на развитие у студента уверенности в себе, в своих силах, в своем потенциале.

Для подтверждения роли педагога в создании ситуации успеха для студентов приведем результаты одного классического эксперимента, проведенного в американском колледже психологом Р. Розенталем. Составил он в следующем: психолог протестировал студентов

по различнымшкалам интеллектуального развития, отобрал несколько из них, независимо от результатов теста, и объявил преподавателям, что именно эти несколько студентов показали наиболее высокий уровень интеллекта, уровень способностей, и что в будущем именно они покажут наиболее высокие результаты в учебе. А в конце учебного года он повторил тестирование этих же студентов и, как ни странно, выяснилось, что те, кого психолог выбрал наугад и высоко оценил как наиболее способных, действительно продемонстрировали блестящие результаты. Этот эксперимент свидетельствует, что 5-концепция зависит от социального окружения студентов, от особенностей отношения к ним в процессе педагогического общения.

Та установка, которую психолог дал преподавателям, передавась молодым людям по нескольким направлениям. Первое: педагог верил, что студент в самом деле способен, и начал различать в нем потенциал, который раньше, без указаний со стороны, мог остаться незамеченным. Открыв такие способности, он неоднократно дает студенту положительную вербальную оценку, а похвала стимулирует положительное отношение к себе, веру в свои силы. Второе: веря в потенциал студента, преподаватель, вероятнее всего, и в учебном процессе будет рассчитывать на него как на наиболее способного. Это отразится в его общении со студентом уже не только на речевом уровне, но и в организации такого предметного взаимодействия, которое позволяет эффективно развивать эти способности.

Этот эффект получил название «эффект Пигмалиона», которое восходит к известному античному мифу о скульпторе, изваявшем статую прекрасной Галатеи и оживившем ее силой своей любви. Отношение к статуе как к живой женщине сделало чудо. «Эффект Пигмалиона» формулируется следующим образом: если к какому-нибудь событию или явлению относиться как реально совершившемуся, оно и в самом деле происходит. Спрогнозируем эту закономерность на нашу проблему. Итак, если мы относимся к студенту как к способному, активному, ответственному, самостоятельному и даем ему это понять - мы создаем предпосылки для того, чтобы он и в самом деле таковым становился. В противном случае отрицательное отношение залуптит тот же механизм самореализующегося предсказания («эффект Пигмалиона»), но в обратную сторону.

Таким образом, к факторам и составляющим ситуации успеха относятся:

- личность преподавателя;
- эмоциональный комфорт;

- творческая атмосфера на занятиях;
  - опора на положительное стимулирование;
  - отрицание внешнего принуждения;
  - отпощения сотрудничества;
  - ценностно-смысловое равенство всех участников;
  - право каждого на ошибку: (самостоятельное продолжение ошибки - путь к истине);
  - безоценочная деятельность: (отсутствие критических замечаний в адрес любого участника), оценка заменяется самооценкой и самокоррекцией;
  - предоставление свободы в рамках принятых правил;
  - диалоговость как главный принцип взаимодействия, сотрудничества, творчества; не спор, даже не дискуссия, а диалог участников, отдельных групп, диалог с самим собой - необходимое условие восхождения к новым истинам. Диалог создает атмосферу постижения любого явления с разных позиций, в разных «цветах», которые лишь совместно дают ощущение «радуги» мира - рождается истинная коммуникативная культура;
  - дифференцированный подход к определению содержания деятельности и характеру помощи студентам при ее осуществлении;
  - словесные поощрения, подбадривание студента, вызывающие у него уверенность в своих силах, стремление соответствовать оценке окружающих;
  - общая морально-психологическая атмосфера выполнения тех или иных заданий, поскольку это в значительной мере снимает чувство неуверенности, боязни прислушаться к внешне сложным заданиям.
- Моделируя учебную ситуацию, необходимо помнить, что решение любой учебной задачи предполагает подготовку, исполнение и оценивание. Поэтому выделим в развитии ситуации успеха несколько этапов.

1. Мотивационный этап, или установка на предполагаемую деятельность. Педагог ставит перед собой задачу формировать у студента стремление как можно успешнее выполнить учебное задание, ощутить себя «творцом обстоятельств», преодолеть трудности, которые могут встретиться в ходе работы, другими словами, формирует мотив достижения успеха. Формируя мотив достижения как основу определенной атмосферы среды обучаемых, педагог вправе предло-

жить различные варианты мотивов: стремление самостоятельно решить интересные задачи, попытаться завоевать авторитет в глазах своих товарищей, стать первым, рассматривать свою деятельность с точки зрения ее пользы для других людей, установить новые контакты в ходе выполнения и т.д.

В итоге на мотивационном этапе преподаватель организует определенные ситуации с целью актуализировать или нейтрализовать эмоции для предстоящей деятельности. Необходимо отметить, что ситуация успеха, связанная с мотивационной сферой, на данном этапе в большей степени определяется психологическими аспектами. В этом ее принципиальное отличие от ситуаций, возникающих на следующих этапах деятельности.

2. Организационный этап, или обеспечение деятельности. Задача преподавателя - обеспечение студента заданием, которое учитывало бы его индивидуальные способности и доставило бы ему удовольствие в ходе выполнения работы.

На этом этапе у некоторых студентов наступает такой период, когда непосредственный интерес к работе переживает состояние конформизма: с одной стороны, необходимость выполнить работу, а с другой - недостаток условий для реализации задачи.

Психологи и педагоги к таким условиям относят четыре аспекта:

- недостаток способностей;
- трудность задания;
- отсутствие везения;
- слабость волевых усилий.

Первые два условия преподаватель может учесть заранее, стоит лишь подбирать задачи в соответствии с индивидуальными способностями студента. Везение зависит от внешних условий, в то время как волевые усилия являются фактором подконтрольным (прежде всего для самого субъекта деятельности), в отличие от способностей, везения и трудности задания. Следовательно, волевое усилие, или самоорганизация, является единственной контролируемой попыткой улучшить результат деятельности. Таким образом, на данном этапе достижения ситуации успеха задачей преподавателя является создание условий для успешного выполнения учебного задания.

Методами решения задачи будут:

- организационный контроль (начало работы, паузы, окончание работы);
- содержательный контроль (консультации по содержанию работы);

- интеллектуальное и эмоциональное стимулирование студентов.

3. Результативный этап, или сравнение предполагаемой оценки с реальной. Перед преподавателем стоит задача организовать работу таким образом, чтобы обратить результативнейшей деятельности в эмоциональный стимул, в осознанный мотив для выполнения следующего учебного задания. Для этого студент должен осознать и проанализировать результат, полученный им на предыдущих этапах деятельности.

Как показывает практика, результативный этап менее всего исследован педагогами. Итог учебной работы обычно сводится к отметке. Известно, что мнения преподавателя и студента в данном вопросе нередко расходятся. Почему? Дело в том, что педагог оценивает итог деятельности: грамотность, аккуратность, правильность, а студент помнит о степени затраченных усилий, концентрации внимания. Другими словами, студент ждет, что оценят не только итог, но и его усилия в процессе деятельности.

Привычные нам виды и формы опроса по иностранному языку, такие как диктанты, зачеты (устные и письменные), творческие работы, в основном противоречат педагогике успеха. Несомненно, они имеют свои плюсы: обеспечивают проверку знаний и умений познательно и практически характера; с их помощью можно определить уровень усвоения материала. Но они имеют и существенный недостаток, заключающийся в том, что проверка таких работ, как правило, осуществляется преподаватель с опорой на нормативные документы, порой не допускающие вариантов в оценивании. К примеру, традиционно за одну орфографическую ошибку ставится отметка «4», за пять ошибок - «2». Зачастую это не формирует установки на успех, и вот почему.

Возьмем, к примеру, двух студентов. Диагностическая работа в начале года показала, что первый студент находится на уровне «2», второй студент на уровне «4», то есть изначально они имеют разный базовый уровень. Начинается изучение новой темы, и проверочная работа показывает, что первый студент допускает одну ошибку на изученное правило и десять ошибок на другие грамматические правила, а второй студент - две ошибки на изученное правило и ноль ошибок на другие правила. Согласно нормативным документам, первому ученику надо поставить «2» за работу, а второму - «4». Но ведь степень усвоения темы и приложенные силы при работе над данным правилом у двух студентов разные, а получается, что для первого

студента нет положительной оценки результатов его труда, хотя тему он усвоил (всего одна ошибка на изученное правило). Второй же студент не повысил свой уровень знаний, но оценен положительной отметкой. Следовательно, в данном случае оценка формальна: она констатирует факт, но не фиксирует уровень развития умений познавательного и практического характера. Этой ситуации ориентации на успех нет ни у первого студента (как бы ни учил, все равно «2»), ни у второго (все дается легко). Таким образом, возникает необходимость в других методах оценки.

Одним из таких методов является дифференцированный подход, то есть обучение студентов по индивидуальному плану. Но, конечно, это не всегда возможно сделать на уроках иностранного языка, когда в группе много студентов и уровень их обученности очень разный.

В практике работы есть и другой вариант оценки работы студентов. Обычно он применяется для наиболее слабых из них. Это система зачетов/незачетов. Если студент усвоил основную тему, как в приведенном выше примере, то он за данную тему получает зачет. В отдельных случаях студент может получить две отметки: первую за общее количество ошибок, вторую за количество ошибок по только что пройденной теме. Таким образом, у него появляется мотивация к изучению следующей темы.

Существуют, по мнению педагогов, два общих варианта соотношения усилий, затраченных учащимся на выполнение задания, и результатов его учебной деятельности:

- усилия, затраченные студентом на выполнение учебной задачи, соответствуют полученной оценке;
- оценка преподавателя и усилия студента неравнозначны. В каждом из этих вариантов, в свою очередь, можно выделить еще два подвида. Рассмотрим все подварианты, исходя из степени трудности ситуации оценки.

Наиболее оптимальный вариант для обеих сторон - **первый**, когда степень затраченных усилий соответствует итогу работы, а значит, и отметке. В этом случае преподавателю достаточно похвалить студента, подчеркнуть его достижения, тем самым стимулируя его к дальнейшей деятельности.

**Второй вариант:** при минимальных затраченных усилиях со стороны студента итог его работы удовлетворяет основным требованиям - пребудет от преподавателя знания индивидуальных особенностей студента, умения анализировать ситуацию, которую можно классифицировать как «мнимый» или «опасный» успех. Прежде всего, сле-

дует продумать систему индивидуальных заданий с повышенным уровнем сложности для конкретного студента; предложить такую форму работы, когда налицо вклад каждого студента в общее дело, и оценивание производится группой студентов, а не одним преподавателем. Кроме того, возможны личные беседы, где преподаватель прямо, но без свидетелей говорит студенту о его недостатках; равнодушшии, лени, попытке списать.

На первый взгляд, возникает парадокс: преподаватель намеренно ставит студента в ситуацию неуспеха. Но цель подобной тактики состоит в том, чтобы в сознании студента родилась радость не столько от отметки, сколько от самого процесса открытия истины. Произойдет же это только в том случае, если студент преодолет определенные трудности учебного, нравственного, коммуникативного характера.

**Вариант третий**, наиболее безобидный для обеих сторон, - студент уверен, что «выложился», но отметка, выставленная преподавателем, не соответствует его ожиданиям. Здесь возможны серьезные конфликты с педагогом, которые могут, в свою очередь, наложить негативный отпечаток на отношение студента ко всему учебному процессу в целом. В данном случае требуется глубокая индивидуальная работа со стороны педагога. Следует предложить студенту попытаться найти свои ошибки, а затем с помощью преподавателя распределить их по видам: механические, на внимание, на логику расуждения, грамматические, орфографические. Не стоит стремиться исправлять все ошибки сразу. Сначала можно предложить студенту поработать над определенным видом. И очень важно впоследствии отметить достижения студента, показать свое уважительное отношение к труду, чтобы у него появилось желание с охотой учиться дальше.

**Четвертый вариант** напоминает первый - количество затраченных усилий соответствует итогу деятельности, но результат - неудовлетворительный. Данный вариант является свидетельством того, что организация условий деятельности на предыдущих этапах строилась без учета индивидуальных способностей конкретного студента. Тогда преподавателю придется начинать все сначала.

Таким образом, результативный этап деятельности преподавателя является диагностическим в его работе, определяющим прогноз на будущее. Студент также корректирует свою деятельность с помощью преподавателя: его осознанное отношение к итогам должно стать стимулом к предстоящей деятельности.

Результативный этап, синтезируя черты первых двух, носит психолого-педагогический характер, поскольку логически следует из

результатов исполнительного этапа и служит основой для формирования мотивов будущей деятельности.

Однако учебная деятельность не заканчивается получением отметки за выполненную работу - перед ним ставится новая задача, требующая применения новых знаний и усилий. Обостренное чувство удовлетворения приносит успех, доставшийся ценой особых усилий, напряжения умственной деятельности. Борьба с трудностями способствует созданию устойчивого положительного отношения к деятельности, но эта борьба должна обязательно подкрепляться успехом.

Однако, как показывает практика, в силу индивидуальных особенностей студенты по-разному реагируют на предложенные преподавателем ситуации. В этом случае можно встретиться с иным видом индивидуального подхода, проявляющегося в ситуации, - направиленным не от преподавателя к студенту, а наоборот. Структура такого занятия должна опираться на ситуацию выбора: студент может определить цель учебного задания в конкретном материале. В то же самое время выбор учебного задания является своего рода показателем отношения студента к своей учебной деятельности: умения соотносить трудности задачи со своими возможностями.

Говоря о создании ситуации успеха на занятиях по иностранному языку, следует признать, что главная беда современных учебников, пожалуй, состоит в том, что они ставят слишком высокие планки, очень много декларируют, но при этом мало помогают студенту преодолеть многочисленные трудности, с которыми он неизбежно сталкивается при изучении иностранного языка. Представленный в них материал зачастую основывается на реалиях, известных западным людям, но не российским студентам, выросшим в иной языковой и культурной среде, которых к овладению подобным материалом следует готовить постепенно и серьезно.

Кроме того, самое слабое место почти всех учебников - и наших, и, особенно, западных - плохая отработка умений и навыков. Авторам хочется как можно быстрее выйти на тот уровень, когда студент бегло говорит, пишет и читает. Но для того, чтобы это случилось, нужно проделать огромную предварительную работу, дать ему лексикку, грамматику, лингвострановедческие знания, сформировать навыки аудирования, чтения, говорения и письма. Ведь чтобы слово или грамматическая структура вошли в речь, студенту следует как можно чаще пользоваться ими. К сожалению, в большинстве учебников это правило не соблюдается.

На своих занятиях мы стараемся ликвидировать эти недостатки. И, прежде всего, пытаемся, по возможности максимально, облегчить жизнь студентам на первых этапах обучения. И студенты, и преподаватели не должны чувствовать, что им нужно куда-то спешить, чтобы успеть за программой.

Студенту на начальном этапе не должно быть трудно. Окрываящая ситуация успеха возможна лишь тогда, когда ему многое удается. А если нет результата, если не получается почти ничего, студенты теряют интерес к изучаемому предмету. Именно поэтому важно, чтобы студент мог каждое иностранное слово и структуру плацельно отработать: несколько раз услышать, проговорить, прочесть и записать. Обучение всем видам речевой деятельности происходит одновременно. Особое внимание уделяется соединению старых традиций с современными технологиями и приемами.

## Раздел девятый

# Информационные технологии

## РАЗВИТИЕ ИНФОРМАЦИОННОГО ОБЩЕСТВА В РОССИИ

*Беляков Д. В. - доцент курса правовой информатики, кандидат военных наук*

Начало развития понятия информационного общества ученые связывают с возникновением и развитием в период с 1970 года по 1980 год теории информационного общества. Основоположниками теории считаются зарубежные авторы Д. Велл и У. Масуда<sup>1</sup>.

Основные положения теории информационного общества сводятся к следующему<sup>2</sup>:

- на смену самовозрастанию капитала идет самовозрастание информации, совместное пользование которой ведет к развитию новых социальных отношений, в которых главное не права собственности, а права пользования;
- возрастание скорости и эффективности обработки информации вместе с понижением стоимости этих процессов имеет далеко идущие социально-экономические последствия;
- информационно-коммуникационная техника становится определяющим фактором социальных перемен, меняющим мировоззрение, ценности, социальные структуры.

Поводом для развития теории информационного общества послужило широкое распространение информационно-коммуникационных технологий (ИКТ), которые приобрели всеобъемлющий характер в жизни общества. Это послужило принятию на международном и государственном уровнях программ развития информационного общества.

В 2000 году странами Большой восьмерки была подписана Оксфордская хартия Глобального информационного общества, согласно

которой, информационно-коммуникационные технологии (ИКТ) являются одним из наиболее важных факторов, влияющих на формирование общества двадцать первого века. Их революционное воздействие касается образа жизни людей, их образования и работы, а также взаимодействия правительства и гражданского общества. ИКТ быстро становятся жизненно важным стимулом развития мировой экономики. Они также дают возможность всем частным лицам, фирмам и сообществам, занимающимся предпринимательской деятельностью, более эффективно и творчески решать экономические и социальные проблемы<sup>1</sup>.

Лидеры Большой восьмерки договорились об учреждении международного экспертного совета обзвана чена интеграция усилий различных государств по преодолению информационного неравенства, или «цифрового разрыва». Решение этой задачи включает организацию активных дискуссий и консультаций с развивающимися странами и странами с переходной экономикой по вопросам развития международного сотрудничества в целях улучшения законодательной, нормативной и информационно-коммуникационной инфраструктуры; развития навыков жизни в информационном обществе; содействия активному участию стран в глобальной экономике, основанной на знаниях.

В Российской Федерации распоряжением Правительства РФ от 12 февраля 2001 года №207-р была утверждена Федеральная целевая программа (ФЦП) «Электронная Россия». Согласно которой к характерным чертам и признакам информационного общества России следует отнести<sup>2</sup>:

- формирование единого информационно-коммуникационного пространства России как части мирового информационного пространства, полноценное участие России в процессах информационной и экономической интеграции регионов, стран и народов;
- становление и в последующем доминирование в экономике новых технологических укладов, базирующихся на массовом использовании перепективных информационных технологий; средств вычислительной техники и телекоммуникаций;
- создание и развитие рынка информации и знаний как факторов производства в дополнение к рынкам природных ре-

<sup>1</sup> Bell D. *The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting*. N.-Y.: Basic books, 1973.

<sup>2</sup> Masuda U. *The Information Society as Postindustrial Society*. Wash.: World Future soc., 1983.

<sup>3</sup> Оптим Генеральному секретарю ООН группы советников по информационным технологиям <http://www.un-govement.ru/pub/rlvato>.

<sup>1</sup> <http://www.its.ru/events/okintova/> «Okintova Charter on Global Information Society»

<sup>2</sup> <http://www.govement.ru/pub/rlvato>

сурсов, труда и капитала, переход информационных ресурсов общества в реальные ресурсы социально-экономического развития, фактическое удволение потребности общества в информационных продуктах и услугах;

- возрастание роли информационно-коммуникационной инфраструктуры в системе общественного производства;
- повышение уровня образования, научно-технического и культурного развития за счет расширения возможностей систем информационного обмена на международном, национальном и региональном уровнях и, соответственно, повышение роли квалификации, профессионализма и способностей к творчеству как важнейших характеристик услуг труда;
- создание эффективной системы обеспечения прав граждан и социальных институтов на свободное получение, распространение и использование информации как важнейшего условия демократического развития.

Согласно ФЦП «Электронная Россия», в целях развития информационного общества в России планируется осуществить следующие мероприятия<sup>1</sup>:

- совершенствование законодательства и системы экономического регулирования в сфере ИКТ;
  - обеспечение информационной прозрачности государства для гражданского общества и взаимодействия между властью и гражданами на основе широкого использования ИКТ;
  - модернизация органов государственного управления посредством внедрения ИКТ;
  - совершенствование взаимодействия государства с хозяйствующими субъектами и создание предпосылок для эффективного внедрения ИКТ в реальный сектор;
  - развитие системы подготовки специалистов по информационным технологиям и квалифицированных пользователей;
  - содействие развитию независимых СМИ посредством внедрения ИКТ, поддержка общедоступных баз данных и электронных библиотек;
  - развитие инфраструктуры публичных сетей доступа.
- Ожидаемые конечные результаты реализации ФЦП «Электронная Россия» заключаются в следующем<sup>2</sup>:

- рост эффективности бюджетного и частного секторов экономики за счет активизации внедрения и использования ИКТ;
- создание условий для ускоренного развития сектора производства товаров и услуг в секторе ИКТ;
- повышение информационной открытости органов государственной власти и местного самоуправления для общества, рост эффективности их взаимодействия с гражданами и повышение качества услуг, оказываемых гражданам и организациям;
- повышение качества среднего, высшего и профессионального образования за счет активного использования ИКТ;
- развитие независимых СМИ за счет внедрения ИКТ и создание на этой основе дополнительных предпосылок для формирования в России гражданского общества.

### **Предпосылки перехода России к информационному обществу**

В России за последние 7-10 лет сформировались такие факторы социально-экономического, научно-технического и культурного развития, которые можно рассматривать как предпосылки перехода к информационному обществу. К таким предпосылкам следует отнести следующие<sup>1</sup>.

Информация становится общественным ресурсом развития, масштабы ее использования стали сопоставимыми с традиционными (энергия, сырье и т.д.) ресурсами.

Уже сегодня объем продаж в России только средств вычислительной техники и информатики (в основном ПЭВМ и периферий) достигает величины более одного миллиона штук в год и оценивается примерно в 1,5 млрд. долларов. Как показывает мировой опыт, стоимость продаж программного продукта, обычно равна или несколько больше затрат на технику, а затраты на персональные средства связи, аудио- и видеопарататуру обычно соизмеримы с затратами на средства вычислительной техники. Эти минимальные приближенные оценки суммарно составляют 4,5 млрд. долларов, что составит порядка 5% ВВП России в 1997 г. Эта величина суммарных затрат на информатику уже имеет макроэкономическую значимость и характеризует рост использования ресурса «информация».

<sup>1</sup> Концепция формирования информационного общества в России. <http://www.iis.ru/ibrary/itss>

<sup>2</sup> Там же.

<sup>1</sup> Российский Интернет. Аналитический обзор РОЦИТ. <http://www.rocit.ru/infom/index>

Можно говорить о том, что в России формировался и успешно развивается отечественный рынок телекоммуникаций, информационных технологий, продаж и услуг. Объем средств, циркулирующих на российском рынке, достигает 5-7, 5 млрд. долл./год.

В целом в стране, несмотря на экономический спад, растет парк ЭВМ, ускоренными темпами идет развитие систем и средств телекоммуникации. Растет количество корпоративных информационных сетей и непрерывно увеличивается число абонентов мировых открытых сетей. Количество российских пользователей Интернета приближается к миллиону. Интенсивно расширяется национальная сеть связи, использующая спутниковые каналы. Успешно осуществляются телефонизация сгрны и стремительно растет рынок средств мобильной связи.

В значительной степени информатизированы многие отрасли хозяйства, банковская сфера и сфера государственного управления.

В общественном мнении складывается понимание актуальности задачи перехода к информационному обществу с политической и экономической точек зрения. Об этом свидетельствует широкий общественный резонанс Концепции государственной информационной политики, которая может рассматриваться как политика обеспечения начального этапа перехода России к информационному обществу.

Сегодня Россия является частью мирового политического и экономического сообщества в такой степени, в какой она никогда не была в прошлом. В прямом и переносном смысле Россия подосоединена к остальному миру кабельными и спутниковыми каналами связи, активно используются сотнями тысяч сотовых и простых телефонов, факсов, компьютеров и т.д.

Сформирована и функционирует государственная структура, ответственная за создание и развитие информационно-технологического базиса обеспечение процессов перехода.

## **Некоторые результаты развития информационного общества в России**

За последнее время в России в областях формирования информационных ресурсов; обеспечения доступа к информации; использования ИКТ, сети «Интернет» достигнуты положительные результаты<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Российский Интернет. Аналитический обзор РОЦИТ. <http://www.rocit.ru/infom/index>  
Обзор Отчета «Россия в Интернете» <http://www.monitoring.ru/internet/simptizing.html>

В стране действуют более 300 сервис-провайдеров Интернет. Не менее 30 процентов имеют необходимые лицензии Роскомсвязи. «Подключено» около 250 тысяч человек. Эксплуатируется до 10 тысяч выделенных каналов корпоративного подключения. Провайдеры обеспечили массовое использование электронной почты в России, стали пионерами создания информационных ресурсов (веб-сайтов).

В России создано более 26 тысяч самостоятельных информационных ресурсов Сети (веб-сайтов, тематических страниц, серверов). Рост - свыше 200% в год. Подавляющее большинство (более 80%) создается за счет внутренних ресурсов владельца. Всею в российском веб размещено не менее 0,5 терабайта информации на русском языке. Коммерческие веб-сайты, как правило, ориентированы на продвижение услуг и товаров конкретной фирмы-заказчика. В то же время, созданы и успешно эксплуатируются справочники и путеводители по городам и странам, существуюю обширные архивы бесплатного и условно-бесплатного программного обеспечения, информационные архивы, включая электронные библиотеки, действуют популярные телеконференции, узлы прямого общения («чаты»). В академических кругах создано заметное количество ресурсов, посвященных результатам научных исследований. Успешно развиваются российские поисковые машины: Апорт (<http://www.aport.ru/>); Яндексе (<http://www.yandex.ru/>); каталоги ресурсов Интернет (<http://www.au.ru/>), «1000 звезд» (<http://www.star.ru/>) и другие. При этом поисковые машины адекватно учитывают морфологию русского языка. Каталог русскоязычной сети, как правило, предлагают посетителям расширенные услуги, позволяющие получать дополнительные информацию о содержании, популярности, доступности и других характеристиках информационных ресурсов. Оценка оборота коммерческих услуг - до 6 млн. долларов в год.

В России по сети Интернет распространяются услуги по предоставлению информации. Для реализации услуг, как правило, используется механизм подписки - публикации, реке - оплата времени работы или объема полученных данных. Наиболее популярны: деловая информация (ФинМаркет (<http://www.fimarket.ru/>), РВК (<http://www.rbc.ru/>), МФД (<http://www.mfd.ru/>), Агентство консалтинговых и деловой информации (<http://www.akdi.ru/>) и пр. Оценка годового объема услуг - до 5 млн. долларов в год.

Растет популярность изготовления и размещения рекламы в электронном виде. Основная цель рекламы в Интернет - увеличение количества посещений заданного ресурса (веб-сайта). Как правило, ис-



пользуется механизм интерактивных рекламных объявлений - баннеров. Действуют рекламные пулы, например: Гласнет (<http://www.glasnet.ru/>), или альянс Демос, ИнфоАрг и Совам-Телепорт (<http://www.balnet.ru/>) и др. Веб-сайты пула, в большинстве случаев, формируются на основе единого подхода к читательской аудитории. Успешно растут рекламные сети: Интерреклама (<http://www.interreklama.ru/>), Реклама.Ру (<http://www.reklama.ru/>), Russian Link Exchange (<http://www.linkexchange.ru/>) и другие. Механизм рекламной сети позволяет размещать баннерную рекламу практически на любом веб-сайте сегмента Интернет. Оценка оборота - до 500 тыс. долларов в год.

Процесс развития информационного общества в России способствует развитию электронного бизнеса, созданию электронного правительства, расширению прав граждан в области получения, передачи информации. Процесс развития информационного общества направлен на усиление власти государства, на создание законов, регламентирующих реализацию процессов развития общества.

В то же время уровень развития российской информационной инфраструктуры, использования информационно-коммуникационных технологий в общественном производстве и государственном управлении не в полной мере соответствует задачам диверсификации экономики, повышения конкурентоспособности страны, благосостояния и качества жизни граждан, укрепления обороноспособности и безопасности, а также существенно уступает развитым странам мира<sup>1</sup>. Сохраняется неравенство в доступе к информации и информационно-коммуникационным технологиям различных групп населения и регионов, которое все более превращается в фактор, тормозящий социально-экономическое развитие общества.

Практически отсутствует производство конкурентоспособной продукции микроэлектронной промышленности, телекоммуникационного оборудования и средств вычислительной техники, в результате чего зависимость развития российской информационной инфраструктуры от поставок зарубежных информационно-коммуникационных технологий значительно превышает критический уровень.

Система образования и науки не может в необходимом объеме обеспечить качественное воспроизводство трудовых ресурсов, требуемое

<sup>1</sup> Интернет в России: статистические данные и социальный состав пользователей. (Департамент правительственной информации Администрации Президента Российской Федерации) <http://www.e-govnet.ru/ru/>.  
Парламентские слушания «Россия и Интернет: выбор будущего»: <http://www.duma.gov.ru/info.com>.

для повышения конкурентоспособности страны в условиях постигнутельного развития.

Медленно реализуется работа по использованию информационно-коммуникационных технологий для сохранения культурного наследия.

Сложившаяся к настоящему времени система обеспечения информационной безопасности страны в недостаточной мере способна противостоять современным угрозам, связанным с использованием возможностей информационно-коммуникационных технологий в террористических и других преступных целях. Слабо налажена координация деятельности государственных органов и негосударственных организаций в области обеспечения безопасности информационных и коммуникационных систем, используемых на ключевых объектах инфраструктуры страны.

Значительные усилия, предпринимаемые государственными органами по созданию условий для идентификации потенциально развитых обществ, недостаточно скоординированы, слабо используются потенциал бизнеса и гражданского общества.

Анализируя сложившееся положение по реализации ФЦП «Электронная Россия», по развитию общества и ИКТ можно заключить, что в России возможны два варианта перехода к информационному обществу.

Первый вариант - повторение того пути, который уже пройден или проходимся другими странами, в основном, европейскими. Он требует значительных капиталовложений в течение короткого времени (не более 7-10 лет до выхода на среднеевропейский уровень информатизации при условии 2-3% темпа экономического роста). Скорость движения по такому варианту будет обеспечиваться выделенными средствами (не менее 5-7% ВВП). Кроме того, этот путь будет требовать существенного изменения российского менталитета и переориентации общественного сознания на цели, приоритеты и направления развития, свойственные американскому или европейскому образу жизни.

Второй вариант - нахождение пути, ориентированного на чисто российские критерии и характеристики качества жизни, социально-культурные особенности и требующего в сегодняшних социально-экономических условиях лишь минимальных капиталовложений со стороны государства. Этот путь нетрадиционный, неапробованный.

<sup>1</sup> Программа «Технологии информационного общества» Европейского Сообщества. <http://www.iorp.sys.ru/intentory>.

Однако он требует хотя бы минимальных темпов экономического роста, политической стабильности в обществе и политической воли исполнительной и законодательной власти, поставившей перед обществом задачу перехода к информационному обществу как задачу высшего приоритета.

## ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ТЕХНОЛОГИИ ОРГАНИЗАЦИИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПОК

*Черняев С.В. - зав. курсом правовой информатики, к.т.н., доцент*

С переходом России к рыночным отношениям потребовалась ко- ренной перестройке системы государственных закупок. От плановых, жестко регламентированных поставок продукции надо было отказаться на приобретение товаров в среде, где перед покупателем вся- кий раз открываются широкие возможности выбора из многочислен- ных предложений поставщиков.

Рынок государственных закупок - это не совсем частнокапитали- стический рынок, где конкуренция продавцов и личная заинтересо- ванность покупателя оказываются мощнейшим экономическим сти- мулом. Государственный чиновник, вообще говоря, не похож на ти- пичного субъекта рынка: ему часто проще приобрести товары у од- ного, возможно, давно знакомого ему поставщика. У чиновника прак- тически нет стимулов для тщательного отбора выгодных для госу- дарства предложений. Более того, при отсутствии четкой регламен- тации процесса закупок этот сектор государственной деятельности нередко становится питательной средой для злоупотреблений и кор- рупции.

Мировая практика выработала достаточно надежный аппарат решения задачи оптимизации государственных закупок и борьбы с коррупцией - законодательно закрепленное проведение открытых торгов (конкурсов). Необходимо, чтобы государственный чиновник был жестко ограничен в выборе механизма приобретения товаров и услуг. Так, в США правила федеральных закупок представляют со- бой документ объемом несколько тысяч страниц. Правила оговари- вают, в частности, что любая закупка объемом свыше 50 000 долла- ров производится исключительно на конкурсной основе.

В России в конце 90-х годов также был принят ряд законов и ру- ководящих документов, регулирующих механизм государственных закупок, в том числе:

- Указ Президента от 8 апреля 1997 г. №305 «О первоочеред- ных мерах по предотвращению коррупции и сокращению бюджетных расходов при организации закупки продукции для государственных нужд»;
- Федеральный закон Российской Федерации от 5 мая 1999 г. №97-ФЗ «О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государ- ственных нужд».

В них была закреплена обязательность организации конкурсов при размещении крупных заказов на закупку продукции для госу- дарственных нужд за счет средств федерального бюджета и бюджетов субъектов Российской Федерации и подробно определены конкрет- ные процедуры конкурсов госзакупок.

Поскольку во время подготовки указанных актов Интернет в Рос- сии еще не получили достаточного распространения, нормативно-пра- вовое обеспечение госзакупок оказалось жестко ориентированным на «бумажный» документооборот. Этот очевидный недостаток был в какой-то мере компенсирован выходом Постановления Правитель- ства Российской Федерации №98 от 12 февраля 2003 г. «Об обеспече- нии доступа к информации о деятельности Правительства Российс- кой Федерации и федеральных органов исполнительной власти». Постановлением №98 в перечень сведений о деятельности Правитель- ства Российской Федерации и федеральных органов исполнительной власти, обязательных для размещения в Интернете, были включе- ны, в частности, сведения об открытых конкурсах государственных закупок, проводимых федеральным органом исполнительной вла- сти, его территориальными органами и подведомственными ему уч- реждениями, в том числе:

- условия их проведения,
- порядок участия в них физических и юридических лиц,
- составы конкурсных комиссий,
- протоколы заседаний конкурсных комиссий.

К сожалению, большинство госзаказчиков либо не знало об ука- занном Постановлении, либо считало возможным игнорировать его требования. Нередко бытует мнение, что обращением к услугам Ин- тернета при проведении конкурсов госзакупок нарушается российс- кое законодательство. Хотя нарушением являлся именно отказ от

интернет-публикации информации о конкурсе. Любопытно, что суд естественно более результативное решение принял в феврале 2005 г. Украина, внесшая те же самые положения об обязательности интернет-публикации непосредственно в законодательные акты, регламентирующие госзакупки.

Важнейшим событием в сфере нормативно-правового регулирования отечественных электронных госзакупок стало появление Федерального закона Российской Федерации №94-ФЗ от 21 июля 2005 г. «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

Первоначально внесенный в Госдуму проект закона носил выраженный антиэлектронный характер и делал весьма заметный шаг назад даже по отношению к действовавшему в то время Постановлению №98. Однако затем, при подготовке ко второму чтению, в текст были внесены многочисленные поправки, в результате чего наиболее дикие антиэлектронные положения законопроекта ушли в прошлое. К сожалению, последние стадии прохождения законопроекта были несколько скомканы, в результате чего многие электронные процедуры оказались непроработанными. Тем не менее, летом 2005 г. закон подписал Президент, а 1 января 2006 г. закон вступил в силу.

Трудности формирования законодательного базиса электронных госзакупок носят, по-видимому, объективный характер. Так, Термания для приведения законодательства в соответствие с реалиями электронного торгования для государственных нужд потребовалось более пяти лет. Россия пока находится лишь в начале этого пути, но похуже, что и нам не удастся уложиться в более сжатые сроки.

Государственные закупки - жизненно важный весомый компонент национальной экономики, их объем в 2005 г. составил более одного триллиона рублей. Реализация электронных торгов по закупке продукции для государственных нужд чрезвычайно актуальна для сегодняшней России. Преимущество, которое несут с собой электронные торги, достаточно очевидны.

Прежде всего, публикация в Интернете исчерпывающей информации о проводимых конкурсных торгах и их результатах делает этот важнейший сектор деятельности государства открытым для каждого гражданина страны. Это не только повышает общественный статус государственного чиновника, но и становится действенным средством в борьбе с коррупцией: теперь любая домохозяйка может, не выходя из дома, контролировать, насколько справедливо госзакупочные цены.

Выход в Интернет позволяет привлечь к конкурсам государственных закупок самый широкий круг поставщиков. Компьютеризация повышает эффективность и надежность всех этапов проведения конкурса. В частности, существенно удешевляются, ускоряются и упрощаются процедуры получения конкурсной документации, подачи и приема конкурсной заявки, передачи уточняющих вопросов к конкурсной комиссии и рассылки ответов на них. Конкурсная комиссия получает в свое распоряжение удобные средства систематизации и сравнения полученных заявок, процедура конкурсного отбора становится более четкой и строгой.

Наконец, внедрение электронных торгов для государственных нужд - необходимый шаг на пути становления России в качестве полноправного участника стремительно формирующейся сейчас мировой системы электронной коммерции.

Роль Федерального закона Российской Федерации №94-ФЗ от 21 июля 2005 г. «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» в формировании правового базиса российских электронных госзакупок весьма неоднозначна.

С одной стороны, закон достаточно определенно выскazyвается в пользу включения в аппарат государственных закупок электронных процедур. Введены понятия официальных сайтов, жестко закреплена обязательность публикации в Интернете извещений о конкурсах, конкурсной документации, протоколов работы конкурсной комиссии, сообщений об отмене конкурсов и т.п.

С другой стороны, легко заметить, что закон писался в спешке и многие аспекты электронных отношений между заказчиком и поставщиком остались непроработанными. Прежде всего, попытаемся проанализировать, что принес закон №94-ФЗ поставщику и заказчику.

Основным достоинством закона №94-ФЗ в главах поставщика является публикация в Интернете конкурсной документации. В новых условиях поставщик сразу получает исчерпывающую информацию о конкурсе. Теперь исключена бытовавшая в прошлом неслепшая ситуация, когда поставщику, прочитавшему лаконичное извещение о конкурсе, требовалось добираться до заказчика, получить (купить) у него документацию - и все это, возможно, лишь затем, чтобы убедиться в том, что данный конкурс ему неинтересен.

В то же время, если следовать логике положений закона, после принятия решения об участии в конкурсе поставщику все же имеет смысл съездить к заказчику за конкурсной документацией: только

так он сможет обратить на себя внимание и в дальнейшем получать от заказчика сообщения о событиях конкурса. Правда, события конкурса отражаются теперь на официальном сайте, но чтобы следить за ними, поставщик должен систематически просматривать сайт конкурса, а это, похоже, несколько сложнее, чем разовая поездка к заказчику. От поездки за документацией закон мог бы легко избавить, предусмотрев электронную подписку на рассылку новостей конкурса, однако требование электронной рассылки в закон не вошло.

Если посмотреть на закон глазами госзаказчика, то выясняется, что ему лишь прибавляются новые хлопоты. Заказчик обязан выполнять практически все те процедуры, которые он выполнял ранее при господстве «бумажных» технологий. Но теперь трудоемкость этих процедур, грубо говоря, удваивается: наряду с «бумажными» манипуляциями надо еще раз сделать по существу то же самое, но в электронном переложении. Причину такого удвоения трудноемкости найти несложно. Это - робость законодателя, осознавшего неизбежность привлечения Интернета к госзакупкам и закрепившего такое привлечение, но не решившегося при этом отказаться от отживших свое «бумажных» отношений.

Попытка законодателя усидеть одновременно на двух стульях - бумажном и электронном - постоянно приводит к коллизиям. Все сроки «бумажных» процедур в законе сокращены до предела, а электронных - неоправданно растянуты. Например, закон систематически требует разместить на сайте сообщение о событиях конкурса в течение двух суток - огромный срок по меркам Интернета, и, напротив, опубликовать это же сообщение в бумажном издании в течение пяти дней - абсолютно нереалистичная стремительность, особенно если речь идет о пересылке информации посредством не электронной, а обычной почты. В то же время возникает вопрос: для чего вообще торопить электронные процедуры, если их бумажные аналоги все равно растянут сроки проведения конкурса?

Текст закона не позволяет понять, о ком заботился законодатель, сохраняя бумажные отношения. Первое, что приходит в голову, - это забота о поставщике из некоего медвежьего угла, не имеющего выхода в Интернет. Однако данная версия не находит подтверждения. В законе определены всего две процедуры, не имеющие параллельных «бумажных» аналогов. Это, во-первых, публикация на сайте разьяснений конкурсной документации, и, во-вторых, публикация на сайте сообщения о проведении запроса котировок. Эти процедуры наиболее востребованы именно поставщиками из «медвежьих уголков»,

которым трудно ориентироваться в нюансах конкурсной документации и которым не по плечу участвовать в более масштабных закупках. И почему-то именно здесь законодатель счел возможным отказаться от услуг «бумаги».

Еще одно возможное объяснение «бумажной» уличенности законодателя - ориентация на гипотетического поставщика, имеющего выход в Интернет, но не имеющего доступа к электронной почте. Действительно, практически нигде в тексте закона электронный адрес поставщика не фигурирует. Однако в одной из последних глав, где определяется механизм подачи жалобы на заказчика, адрес электронной почты поставщика включен в число обязательных атрибутов такой жалобы. Таким образом, и эта версия не проходит. (Любопытно, что согласно закону заказчик, проводящий открытый конкурс, обязан иметь собственный электронный адрес (статья 21, часть 4, пункт 2), но заказчик, проводящий запрос котировок, может и не иметь его (статья 43, пункт 1)).

Только желанием механически спроецировать бумажные отношения на электронную сферу можно объяснить весьма спорное решение о трех уровнях официальных госзакупочных сайтов: федеральном, региональном, муниципальном. Непонятно, кому и зачем может понадобиться столько сайтов? Если всю информацию о российских госзакупках разместить на одном сайте, в выигрыше окажутся все. Региональным и муниципальным властям не придется заботиться об оборудовании, программном обеспечении и поддержании в дееспособном состоянии собственных серверов. А российский поставщик сможет сразу увидеть полную картину российских госзакупок. Разумеется, единый общероссийский сайт может и должен показать поставщику любой интересующий его срез госзакупочной информации: не только региональный или муниципальный, но и, скажем, тематический (например, все объявленные в настоящее время в стране или в группе регионов конкурсы на поставки офисного оборудования).

На первый взгляд, может показаться, что многочисленные официальные сайты будут конкурировать друг с другом, постоянно совершенствуя электронные формы обслуживания. К сожалению, на деле это не происходит. Здесь кроется еще одно противоречие. Несомненно, закон №94-ФЗ служит утверждению в важном секторе отечественной экономики рыночных отношений, поддерживает совершенствование поставщиков за получение государственного заказа. И в то же время тот же самый закон за чем-то порождает несколько тысяч монополистов - официальных сайтов, каждому из которых отдается

в безраздельное владение единственный официальный Интернет-канал, связывающий госзаказчиков конкретного муниципального бюджета, или субъекта Федерации, или федеральных учреждений с участниками размещения государственного заказа.

Каких только упреков не доводилось слышать в адрес печатных изданий, публикующих извещения о конкурсах госзакупок. Все, как жется, согласны с тем, что подавляющее большинство имеющихся у этих изданий недостатков обусловлено именно их монопольным положением в сфере официальной публикации госзакупочной информации. Как можно было, имея за плечами многолетний печальный опыт «бумажных» изданий-монополистов, вновь «наступать на те же грабли», закрепив в законе единственность официального сайта для каждого госзаказчика?!

Представляется, что опыт наконец учтен и Правительство сделало правильные выводы. Одним из первых шагов к применению положений закона №94-ФЗ стал объявленный 7 ноября 2006 г. Минэкономразвития России конкурс на поставку «услуг по сбору информации, подготовке к печати, производству и распространению официальной печатного издания в области государственных закупок для публикации сведений, предусмотренных законом №94-ФЗ от 21 июля 2005 г.». Иначе говоря, «Конкурсные торги» соревновались с другими возможными издателями за свое право публикации извещений о конкурсах. (В этом конкурсе «Конкурсные торги» одержали победу и остались официальным изданием.) Надо полагать, что сходный конкурентный механизм будет применяться при выборе организации, ведущей официальный сайт.

Но насколько эффективна и уместна такая конкуренция? Как, например, при проведении конкурса учсть безусловный козырь «Конкурсных торгов», которые много лет как-никак справлялись со своими обязанностями? Как соотносит этот козырь с вероятными ослепительными предложениями конкурентов, о реальных возможностях и намерениях которых конкурентной комиссией, скорее всего, ничего не будет известно? Как избежать «чемо данного» настроения публикатора (издателя или владельца официального сайта), резонно опасаясь, что в следующих раз при проведении очередного конкурса на право публикации симпатии заказчика неожиданно переменятся? Публикатор оказывается в сложном положении, будучи вынужденным постоянно от конкурса к конкурсу доказывать свое соответствие требованиям закона и заказчика. Конкурс заявок способен даже привести к обратному эффекту - к «антиконкурентции», поскольку пу-

бликатор, возможно, будет поддерживать свои усилия по улучшению издания или сайта, опасаясь того, что высокое качество его услуг опугнет других желающих участвовать в конкурсе, и ему придется добавок мобилизовывать себе фиктивного конкурента, чтобы конкурс формально признали действительным.

В то же время организовать эффективную конкурентную среду совсем несложно. Достаточно было разрешить сотрудничество нескольких официальных сайтов (изданий) и предоставить госзаказчику и участнику размещения заказа право выбора одного из них, в наибольшей степени отвечающего его потребностям. Если уж законодатель так бесцеремонно отказался от единого общероссийского сайта госзакупок, то появление нескольких реально конкурирующих сайтов, казалось бы, не должно его смутить. Тогда бы действительно заработали классические рыночные механизмы, началось соревнование действующих сайтов, а не конкурсных заявок. Такая небуздительная и результативная. Однако, к сожалению, реальное соревнование сайтов остается несбыточной мечтой, поскольку в законе №94-ФЗ жестко закреплено монопольное положение официально сайта.

Закон постоянно подчеркивает полную самостоятельность, и даже обособленность отдельных участников госзакупок. Характерный пример - статья 41, часть 5: «Заказчиком обеспечивается надежность программного обеспечения, используемого для проведения открытого аукциона в электронной форме». Вместо того, чтобы поручить проведение всех электронных аукционов единому официальному общероссийскому сайту, закон призывает заниматься проблемами программного обеспечения даже не персонал региональных или муниципальных сайтов, а непосредственно госзаказчика. Ничего, кроме разобщенности и неразберихи, такое решение не принесет. К пестроте бесчисленных региональных и муниципальных сайтов добавляется еще и многообразие программных решений электронной аукциона, выбранных отдельными госзаказчиками.

Список электронных недоразумений, содержащихся в тексте закона №94-ФЗ, можно продолжать достаточно долго. Надо полагать, какая-то часть из них будет впоследствии разрешена посредством подзаконных актов. Однако без внесения радикальных поправок не посредственно в текст закона, видимо, даже в ближайшее время обойтись не удастся.

**Труды Оренбургского института (филиала)  
Московской государственной юридической академии  
(выпуск восьмой)**

Сдано в набор 1.07.07. Подписано в печать 21.08.07.

Формат 60x84 1/16. Бумага офсетная. Гарнитурa SchoolBookC.

Печать офсетная. Усл. печ. л. 43,5. Тираж 230 экз.

Заказ № \_\_\_\_\_

